

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري.

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون.
تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف:
أ. د. إرزيل الكاهنة

إعداد الطالبة:
عصام صبرينة

لجنة المناقشة

أ. د. إقلولي/ ولد رابح صافية، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيساً
أ. د. إرزيل الكاهنة، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... مشرفاً ومقرراً
د. قلي أحمد، أستاذ محاضر أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحناً
د. خلاف فاتح، أستاذ محاضر أ، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل.....ممتحناً
د. بري نور الدين، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.....ممتحناً

تاريخ المناقشة 2020/07/08

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

اهدي هذا العمل:

إلى الوالدين الكريمين، أطال

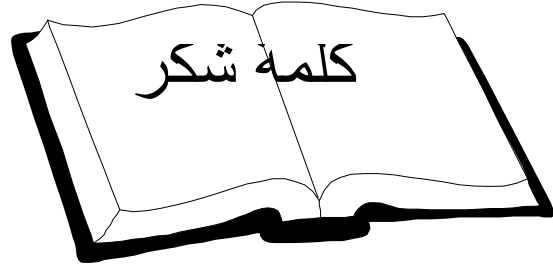
الله في عمرهما.

إلى أخواتي: كاميلية، ليندة،

ليديا.

صبرينة





و

و

.

.

.

كلمة صبرينة

قائمة أهم المختصرات

- ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- ر.ر.ج.ت: الرائد الرسمي لجمهورية تونس.
- ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق.ب.ج: القانون البحري الجزائري.
- سيال: شركة المياه والتطهير للجزائر العاصمة.

Principales Abréviations

- Art :Article.
- CE : conseil d'état.
- TAP : Tribunal administratif de Paris
- C.G.C.T : Code Générale des Collectivistes Territoriales.
- Ed :édition.
- P.U.F, Presses universitaires de France.
- J.C :Juris classeur.
- R.F.D.A : Revue Française de Droit Administratif.
- RI : Revue Idara.
- RARJ : Revue Académique de la Recherche Juridique.
- JOUE : Journal Officiel de L'union Européenne.
- JORF : Journal Officiel de la République Française.

مقدمة:

يعد المرفق العام الصناعي والتجاري كنوع من أنواع المرافق العامة، حيث ظهرت بعد تدخل الدولة في الميادين التجارية والصناعية. وقد أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ قرار مبدأ Bac d'eloka أن المرافق العامة الصناعية والتجارية عبارة عن النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة، أو تعهد به للآخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك قصد إشباع حاجات ذات النفع العام⁽¹⁾.

وقد نتج عن ظهور المرفق العام الصناعي والتجاري تعدد أساليب تسييره. ففي الأصل كانت المرافق العامة بشكل عام تدار من قبل الدولة أو الجماعات الإقليمية، إلا أن الطبيعة الصناعية والتجارية للمرفق العام أضحت لا تتلاءم مع طبيعة هذا التسيير. لذلك تم التفكير في إيجاد طرق جديدة لتسيير تستطيع الدولة من خلالها السيطرة على تعدد المرافق العامة والوصول إلى الفعالية المرجوة منها، وكذا تحسين الخدمة العمومية الاقتصادية فظهر أسلوب المؤسسة العمومية للتسيير. إلا أن هذا الأسلوب الأخير، هو الآخر لم يلق الاهتمام والتطبيق وهذا بالرغم من أنه وجد خصيصا لتقليص الأعباء على الدولة والجماعات الإقليمية وتحقيق الفعالية والنوعية المطلوبة، وهذا على اعتبار أن هذا الأسلوب أرهق الخزينة العمومية.

بالنظر للفشل الذي ألحق بمختلف الأساليب التقليدية لتسيير المرفق العام، كان لابد من البحث عن أساليب جديدة تواكب التطورات الاقتصادية والاجتماعية وهو ما تجلّى بالفعل في الأنظمة الغربية وبالخصوص في النظام الفرنسي الذي استحدث آلية تسيير أطلق عليها تسمية «تفويض المرفق العام *délégation de service public*»، لتأخذها مختلف البلدان من بينها الجزائر بعد الإصلاحات الهامة التي عرفها في عصرنة وتحديث المرفق العام.

يعتبر تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري آلية حديثة في تكريسها وقديمة في تطبيقاتها، إذ تعود أصولها إلى عقد امتياز المرفق العام الذي ما يزال النموذج الأكثر تعبيرا عن هذه الآلية،

1- Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, la société commerciale de l'Ouest africain et la colonie de la Côte d'Ivoire, n°00706, Publie au recueil Lebon. www.legifrance.gouv.fr

بمعنى آخر فآلية التفويض ليست بآلية حديثة في تسيير المرفق العام نو الطابع الصناعي والتجاري وإنما تعود في الأصل إلى عقد امتياز المرفق العام.

إن أسلوب الامتيازات قد ظهر منذ العصر القديم، فالمدن اليونانية كانت تعهد إلى الأفراد القيام بالأشغال لبناء منشآت بغية إدارتها وصيانتها، مع تخويل المتعاقد بعض الامتيازات المتمثلة في تقاضي بدلات من الأفراد مقابل استخدامها⁽¹⁾.

عرفت روما لاحقاً أسلوب الامتياز تحت تسمية Portorium والتي استنقته فرنسا في حقبة النظام الملكي، وكان الامتياز في هذه المرحلة يتمثل فقط في امتيازات الأشغال العامة، لكن مع بداية القرن 19 شهد هذا الأسلوب تغيراً جوهرياً تمثل أولاً بفك الرباط بين الامتياز من جهة والملكية من جهة أخرى، بحث أضحت السلطة العامة وحدها المالك للمرفق العام، وثانياً تحرير مفهوم المرفق العام وعدم ارتباطه بمفهوم الأشغال العامة، هذا التحرر كان نتيجة لتطور نظرية المرفق العام على يد أنصار مدرسة Bordeaux المؤلفة من الفقهاء Duguit-Jeze⁽²⁾.

وقد توسع استعمال أسلوب الامتياز في القرن التاسع عشر وفرنسا اعتمد في تسيير العديد من المرافق العامة الصناعية والتجارية، وذلك بمنح امتيازات لأشخاص خاصة (طبيعية أو معنوية)، لإدارة هذا النوع من المرافق لاسيما في مرفق المياه ومرفق الغاز ومرفق النقل.

بعد التكريسات التطبيقية لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بموجب عقد الامتياز، تدرج المشرع الفرنسي في تناول هذا الأسلوب القديم والمستحدث من خلال عدة قوانين وعلى عدة مراحل، ساهمت في توضيح معالم التفويض مستندا في ذلك إلى قواعد التي أرساها كل من الفقه الفرنسي⁽³⁾ والاجتهادات القضائية للمجلس الدولة الفرنسي⁽⁴⁾.

1 - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة- دراسة مقارنة- ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 14.

2 - حماده عبد الرزاق جماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 12-14.

3- AUBY Jean-François, Les services publics locaux, PUF, Paris, 1982,p16-17.

4- CE du 20 avril 1956, n°98637, Epoux Bertin, publie au recueil Lebon. www.legifrance.gouv.fr.

لقي تفويض المرفق العام قبولا خلال التسعينات من القرن الماضي أين تم وضع أول نظام قانوني خاص به بموجب قانون رقم 93-122 المعروف بقانون Sapin المتعلق بمحاربة الرشوة والشفافية في الحياة الاقتصادية⁽¹⁾، ليتم لاحقا تكريسه بداية على المستوى المحلي.

إن التشريع الفرنسي في تنظيمه لتفويض المرفق العام بشكل عام، استند في جانب كبير منه إلى القواعد التي وضعها الفقه والاجتهاد القضائي وتأثر بالقواعد الأوروبية، إذ كانت لنصوصه دور بارز في دفع المشرع الفرنسي إلى إصدار نصوص تشريعية تتوافق مع اتجاه المجموعة الأوروبية كونها من دول الأعضاء فيها، وكذلك في إطار مساعي الاتحاد الأوروبي لتوحيد القواعد القانونية. في هذا الإطار تدخل البرلمان الأوروبي في سنة 2014 أصدر تعليمة خاصة بمنح عقود الامتياز والمتمثلة في التعليمة رقم UE/23/2014 المتعلقة بمنح عقود الامتياز⁽²⁾.

كما تدخلت السلطة التنفيذية في فرنسا في سنة 2016 وأصدرت أمر رقم 65-2016 المتعلق بعقود الامتياز، إذ مزجت بموجبه بين عقد امتياز الأشغال العمومية وعقد امتياز المرفق العام⁽³⁾. نتيجة لما حققه التفويض في تسيير المرفق العام في الدول الغربية من نتائج هامة، انتهجته بعد ذلك العديد من البلدان النامية لاسيما المغرب وتونس التي خصت هذه الآلية بتنظيم مستقل. إذ نظمها المشرع المغربي بموجب قانون خاص وهو قانون رقم 05-54، المتعلق بتدبير المفوض⁽⁴⁾ والمشرع التونسي نظمها بموجب القانون المتعلق بنظام اللزمات⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للجزائر فإن تفويض المرفق العام ليست بآلية حديثة على المستوى القانوني بل تعود جذورها إلى عقد الامتياز المرفق العام، بحيث تم إقراره في فترة النظام الاشتراكي، إلا أن

1 - Loi n° 93-122 du 29 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption de la vie économique et des procédures publiques, JOUE, n° 25 du 25 Janvier 1993.

2 - Directive 2014/23/UE du parlement européen et du conseil européen du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession. JOUE du 28 mars 2014. www.legifrance.gouv.fr.

3 - L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, JORF du 30 janvier 2016. www.legifrance.gouv.fr.

4 - ظهير شريف رقم 15.06.01 صادر في 14 فبراير 2006، يتعلق بتنفيذ القانون رقم 05-45 المتعلق بتدبير المفوض للمرافق العامة، ج ر عدد 5404، صادر بتاريخ 16 مارس 2006. www.adala.justice.gove.ma.

5 - قانون عدد 23 لسنة 2008، مؤرخ في 1 افريل 2008، يتعلق بنظام اللزمات، ر ر ج ت عدد 28، السنة 151، صادر بتاريخ 4 افريل 2008.

تطبيقه في الواقع العملي لم يكن مستقرا، لعدة أسباب ولعل أهمها احتكار القطاع العام للتسيير مختلف المرافق العامة.

لم يستمر الوضع على حاله إذ دفعت الاضطرابات الاجتماعية والاقتصادية بالدولة الجزائرية إلى التخلي على النهج الاشتراكي بصدر دستور 1989،⁽¹⁾ تبني بموجبه المؤسس الدستوري مبادئ النظام الليبرالي: حرية المنافسة، مبدأ حرية الصناعة والتجارة وفتح مجال التعاون بين القطاع العام والخاص من خلال اعتماد تفويض المرفق العام كآلية للشراكة بين القطاع العام والخاص.

وقد تم تبني تفويض المرفق العام لأول مرة في الجزائر في القوانين المرتبطة بتنظيم المرفق العام الشبكاتي على غرار مرفق المياه⁽²⁾ ومرفق الموصلات السلكية واللاسلكية⁽³⁾ ومرفق الكهرباء والغاز⁽⁴⁾. وتبنته بعد ذلك عدة نصوص قانونية أخرى لاسيما قانون البلدية لسنة 2011،⁽⁵⁾ لكن رغم هذا التكريس القانوني لهذه الآلية إلا أنها لم تحظ بتنظيم قانوني مستقل لها إلى غاية سنة

- 1 - دستور 23 فبراير 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير 1989، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج ر عدد 09، صادر بتاريخ 1 مارس 1989.
- 2 - قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، صادر بتاريخ 4 سبتمبر 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-03 المؤرخ في 27 يناير 2008، ج ر عدد 4، صادر بتاريخ 27 يناير 2008، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 11-10 المؤرخ في 22 يوليو 2009، ج ر عدد 44، صادر في 22 يوليو 2009.
- 3 - قانون رقم 2000-03، مؤرخ في 5 غشت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 48، صادرة في 6 غشت 2000 (ملغى) المستبدل بالقانون رقم 18-04، المؤرخ في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 13 مايو 2018.
- 4 - قانون رقم 02-01، مؤرخ في 5 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08، صادر بتاريخ 6 فبراير 2002، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-10، مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2014.
- 5 - المادة 150 فقرة الثانية من قانون البلدية التي جاء فيها: «ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض». قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 3 يوليو 2011.

2015 لكن مع دمجها بالنص المرتبط بالصفقات العمومية وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾.

ولقد صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيمًا لصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظروف اقتصادية وسياسية تسعى فيها الدولة إلى البحث عن سبل جديدة لتمويل المرفق العام الصناعي والتجاري، ولبناء دولة القانون ومكافحة الفساد وترشيد النفقات العمومية. لكن صدوره بقي بدون نصوص تطبيقية إلى غاية 2018 أين أصدرت السلطة التنفيذية مرسوم تنفيذي يتعلق بتفويض المرفق العام⁽²⁾. بحيث نظم هذه الآلية من كل جوانبها بشكل دقيق ومحكم ومفصل إلا أنه حصرها فقط في تفويضات المرفق العام التي تكون على المستوى المحلي مقارنة بالنصوص السابقة التي ارتبطت بالمستوى الوطني.

يعود تكريس تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري إلى جملة من المبررات أبرزها:

- التراجع المستمر لعائدات المتأنية من الجباية البترولية وما كان من ذلك من اثر سلبي على الخزينة العمومية.
- عدم فعالية الأساليب التقليدية لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، باعتبار أن هذا الأخير يحتاج في إدارته للمرونة بسبب طبيعته الاقتصادية التي تخضع لقواعد المنافسة.
- البحث عن الفعالية الاقتصادية والجمع بين مزايا القطاع الخاص الذي يتميز بالسرعة والمرونة في أداء الوظائف والقطاع العام الذي يسهر على مدى احترام القطاع الخاص للمبادئ التي تحكم سير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.
- التكريس الفعلي لمفهوم الدولة الجديد: الذي يتمثل في انسحاب الدولة من تسيير واستغلال المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بما يضمن تطور ورقي الخدمات التي يقدمها هذا المرفق للمرتفقين.

1 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 2 غشت 2018، يتضمن تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 48، صادر في 5 غشت 2018.

- الإستجابة للضغوطات الخارجية خاصة ضغوطات الاتحاد الأوروبي باعتبار أن الجزائر صادقت على الاتفاق الاورو متوسطي⁽¹⁾. لذا على الدولة الجزائرية بضرورة التعجيل في إصدار نصوص تشريعية تتوافق مع اتجاه المجموعة الأوروبية الهادفة إلى مكافحة الفساد وحماية المال العام، وإعادة تطوير وتحديث القطاع العام من خلال وضع قواعد كفيلة بتنظيمه وتحسب إدارته لاسيما قواعد الشفافية والمنافسة في العقود إضافة إلى ذلك نجد إلى جانبها العولمة واقتصاد السوق وما يملئانه من رهانات تتمثل في الفعالية ومردودية المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

تتمثل الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع في:

-كون التفويض حديث في المنظومة القانونية الجزائرية، والتي لم تحض بالدراسة الكافية حتى في المجال العلمي.

-كون الأساليب التقليدية لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري أثبتت محدوديتها وفشلها في تسيير هذا النوع من المرافق العمومية.

-باعتبار أن تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لفائدة الغير من المواضيع الساعة، كونه يرتبط بالحياة الاقتصادية للدولة.

نظرا لحدثة تنظيم تفويض المرفق العام في القانون الجزائري كان لابد من طرح الإشكالية: حول مدى تمكن القانون الجزائري من إقحام أو استقبال تفويض المرفق العام كآلية لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري كبديل للأساليب التقليدية لغرض الاستجابة لمتطلبات العصرية والحدثة وتلبية حاجات المنفعين منها؟

بغرض توضيح الموضوع ارتأيت إتباع المنهج الاستقرائي لإجراء دراسة تحليلية لمختلف النصوص القانونية المنظمة لتفويض المرفق العام وذلك لبيان مدى تمكن المنظومة القانونية

1 - المادة الأولى من اتفاق الاورومتوسطي والتي جاء فيها: «يوافق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى...». اتفاق الاورومتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 ابريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 ابريل 2005، ج ر عدد 31، صادر بتاريخ 30 ابريل 2005.

الجزائرية من تنظيمها أو عدم تنظيمها الدقيق والمحكم لهذه الآلية. كما تم اعتماد بعض أدوات المنهج المقارن خاصة الاستعانة بالتجربة الفرنسية الرائدة في هذا المجال والتي حققت نجاحات كبيرة في تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري على المستوى المحلي، وكذا بالتجربة المغربية في بعض الأحيان كونها من الدول القريبة لدولة الجزائرية التي أسبقتها في تنظيمها وتكريسها.

تقتضي الإجابة على الإشكالية التطرق إلى تبيان خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري خاصة بعد إصدار العديد من النصوص القانوني لتنظيمه، والتي رسمت له بعض المعالم الخاصة به والتي كانت محل لتحليل (الباب الأول).
ثم إبراز مدى فعالية استخدام هذه الآلية كأسلوب حديث ومعاصر لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري خاصة من حيث مدى تحقيقها لأهداف المرفق العام الصناعي والتجاري ألا وهو تحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى والاستجابة للمتطلبات الحديثة لهذا المرفق وكذا حماية مصلحة المنتفعين (الباب الثاني).

الباب الأول:
**خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو
الطابع الصناعي والتجاري.**

لما كانت الدولة هي مصدر إنشاء المرافق العامة، عن طريق القوانين والتنظيمات فإنه من المفروض أنها هي المسيرة لها. لكن هذه المرافق العامة خاصة منها ذات الطابع الصناعي والتجاري اثبت أن الدولة لوحدها لا يمكن لها القيام بتسييرها، كونها لا يمكن لها أن تحقق المرودية الاقتصادية لكون هذه المرافق تحتاج في إدارتها للمرونة بسبب طبيعتها الاقتصادية التي تخضع لقواعد المنافسة، تطلب الأمر إنشاء أساليب جديدة لتسييرها تتلاءم مع تطور التسيير الاقتصادي الحديث للمرفق العام الصناعي والتجاري من خلال آلية التعاقد وهي تفويض المرفق العام.

يعد تفويض المرفق العام من أهم أشكال الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، كما يعد أيضا أداة وسط بين خوصصة المرفق العام والتخلي عنه للقطاع الخاص والتسيير المباشر من طرف القطاع العام، من خلال إشرافه وحق ملكيته للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض. نظرا لأهمية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري أولت لها مختلف التشريعات أهمية بالغة، كما تقوم هذه الآلية على مجموعة من الضوابط القانونية تجعلها تختلف عن باقي الآليات الأخرى للتسيير، لذلك يتميز التفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بخصوصيات هامة تظهر خاصة من حيث: الطابع الخاص والمميز (الفصل الأول). وكذلك من حيث شفافية إجراءات إبرامه والتي وجدت لهدف حماية المال العام (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

من حيث الطابع المميز لتفويض المرفق العام ذو الطابع

الصناعي والتجاري.

تضطلع الدولة عن طريق مرافقها العمومية إلى تحقيق ضمان حسن سيرها بانتظام واطراد لإشباع الحاجات العامة المادية والمعنوية للمواطنين، عن طريق تقديم الخدمات والسلع اللازمة لذلك. ولكي تحقق الدولة هذه الأهداف تلجأ إلى التنازل عن تسيير مرفقها العام الصناعي والتجاري لأشخاص من القانون العام أو الخاص، وذلك من باب أنها غير متخصصة في هذا المجال خاصة بعد التطورات الاقتصادية وتنمي حاجات المنتفعين. لذا أصبح تفويض المرفق العام وسيلة في يد الجماعة العامة لإشباع حاجات هؤلاء المنتفعين والحل الأنسب لمشكلة تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري والصعوبات المالية التي يواجهها وهو ما جعل من تفويض المرفق العام يتميز من حيث التأطير القانوني الذي خص به (المبحث الأول) وكذا من حيث الطبيعة القانونية الممنوحة له (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

التأطير القانوني لتفويض المرفق العام: تأطير بأسلوب مميز.

يعد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من الأساليب الجديدة التي نظمتها مختلف تشريعات العالم لتسيير مرافقها العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وقد نظمتها بكل جوانبها. فهناك دول نظمتها بموجب قوانين خاصة بها مثل المشرع المغربي وهناك من أصدر تنظيم لها لكن أدمجها بقوانين أخرى وهو ما كرسه المشرع الفرنسي. إن هذه التشريعات المقارنة نظمت هذه الآلية بشكل دقيق ومفصل، ثم أصدرت لاحقا قوانين خاصة لنص عليها واعتمادها كأسلوب لتسيير إلى جانب أساليب التسيير التقليدية.

أما بالعودة إلى المنظومة القانونية الجزائرية نجده قد نظم التفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بموجب قوانين المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري أولاً، ثم نظم هذه الآلية بموجب نص عام ثانياً.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

رغم تباين مختلف القوانين في تنظيم التفويض المرفق العام إلا أنها تتفق كلها على ارتباط تنظيم تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بتنظيم تفويض المرفق العام بشكل عام (المطلب الأول) كما أحاطتها مختلف القوانين بضوابط قانونية موحدة بين كل تفويضات المرفق العام أيا كان محله (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تنظيم تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

يعد تفويض المرفق العام من أهم الأساليب الجديدة التي نظمتها مختلف قوانين العالم لتسيير مرافقها العامة خاصة ذات الطابع الصناعي والتجاري. إذ هناك من الدول التي نظمتها بموجب قوانين خاصة بها مثل المشرع المغربي، وهناك من أصدر تنظيم لها لكن ادمجها بقانون أخرى وهو ما كرسه القانون الفرنسي بموجب قانون رقم 93-122 المؤرخ في 9 جانفي 1993، المتعلق بمحاربة الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية المسمى بقانون 'sapin'. والذي تم استبداله سنة 2016 بالقانون المنظم لعقد الامتياز مدمجا تفويض المرفق العام مع عقد امتياز الأشغال العامة. هذا بالنسبة لتنظيم تفويض المرفق العام في القوانين المقارنة (الفرع الأول). أما في المنظومة القانونية الجزائرية، نجد أن هذه الآلية تم تنظيمها على المستوى الوطني بموجب القوانين المنظمة للمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إلا أنه لا يوجد تنظيم موحد على مستواه. ليتم لاحقا وضع نص خاص ينظم تفويض المرفق العام بشكل عام على المستوى المحلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنظيم تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون المقارن.

إن تفويض المرفق العام ليس بألية حديثة ، وإنما تعود جذورها إلى بداية القرن الماضي عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري. وبذلك ظهر هذا الأسلوب بداية في الواقع العملي للإدارة، ثم بعد ذلك تم تناوله كفكرة في بداية الثمانينات من طرف الفقيه الفرنسي AubyJean- François في مؤلف له تحت عنوان "les services publics locaux"⁽¹⁾، بعدها كرس هذا المصطلح في المنظومة القانونية الفرنسية خلال التسعينات (أولا)، أما بالنسبة للمنظومة القانونية المغربية فنجدها حذت حذو المنظومة القانونية الفرنسية إذ كرست هذا الأسلوب أولا في الواقع العملي ثم نظمتها بموجب قانون خاص بها سنة 2006 (ثانيا).

أولا - تنظيم القانون الفرنسي لتفويض المرفق العام:

كرس مصطلح تفويض المرفق العام في المنظومة القانونية الفرنسية لأول مرة في النصوص التنظيمية، وكان ذلك بموجب التعليمات الوزارية الصادرة عن وزير الداخلية الفرنسي سنة 1987 المتعلقة بإدارة الأشخاص العامة للمرافق المحلية⁽²⁾.

بعد ذلك نظمه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية المسمى بقانون "Loi joxe"، بحيث تناوله في أكثر من موضوع وإن اختلفت التسميات التي أطلقت عليها، ومن أهمها: اتفاقية تفويض المرفق العام واتفاقية تسيير المفوض وعقد المرفق العام. وقد اقتصر هذا القانون على تنظيم عقود تفويض المرفق العام التابع للجماعات

1- AUBY Jean-François, Les contrats de gestion du service public, LGDJ, Paris, 2016,p7.

- ساهم إلى جانب الفقه الفرنسي الاجتهاد الفرنسي في بلورة مفهوم تفويض المرفق العام، وقد ورد لأول مرة مصطلح تفويض المرفق العام على نحو صريح في قرار لمجلس الدولة الفرنسي سنة 1994 في قضية: syndical intercommunal des transportes publics de la région de Douai. راجع في هذا الخصوص:

-CE,15 juin 1994, syndical intercommunal des transportes publics de la région de Douai, N° 136734, publie au recueil Lebon, www.legifrance.fr. consulté le 21/05/2019.

2 - نقلا عن وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص42.

الإقليمية⁽¹⁾. ليتم لاحقا إصدار القانون رقم 93-122 المؤرخ في 9 جانفي 1993، المتعلق بمحاربة الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية المسمى بقانون Sapin، الذي يعتبر الإطار العام لتفويض المرفق العام في فرنسا. حيث نظم هذا القانون تفويض المرفق العام في الفصل الرابع منه، ضمن القسم الثاني المخصص للأحكام العامة ذات الصلة بشفافية في الحياة الاقتصادية، من حيث تخصيص فصل رابع بعنوان "تفويضات المرفق العام". وذلك من المادة 38 إلى المادة 47 منه. وقد نظم بموجب هذه المواد كل من القواعد والأصول اللازمة لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، كما وسّع من نطاق تطبيق تفويض المرفق العام إلى الأشخاص التي يمكن أن تبرم عقد تفويض المرفق العام، وذلك باعتبار أن المشرع استعمل عبارة "الشخص الخاضع للقانون العام"، ويدخل في هذا المقام كل من الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة⁽²⁾.

تضمن هذا القانون كذلك مجموعة من القيود تتعلق بمضمون عقد تفويض المرفق العام، إذ نص على أن اتفاقيات تفويض المرفق العام تخضع لإجراءات الإعلانات تفرضها السلطة المفوضة لتمكين من تقديم عدة عروض للمنافسة. ثم تقوم السلطة المفوضة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم عروض بعد دراسة ضماناتهم المهنية والتقنية والمالية، ومدى قدراتهم على ضمان استمرارية الخدمة العمومية والمساواة بين المتعاملين في الخدمة العمومية. بعد ذلك تقوم السلطة المفوضة بتقديم وثيقة لكل المترشحين تعدد فيها كل الميزات الكمية والنوعية للخدمات. وعند الاقتضاء شروط التسعيرة مقابل الخدمة المؤداة. على أن يتم التفاوض على هذه العروض المقدمة بكل حرية من طرف السلطة المسؤولة عن الشخص العمومي المفوض، الذي يختار المفوض له عند نهاية المفاوضات⁽³⁾.

إضافة إلى هذه القيود التي فرضها، فرض قواعد أخرى تتمثل في إلزامية تحديد اتفاقيات تفويض المرفق العام للمدة الزمنية، بحيث عندما تكون المنشآت تقع على عاتق المفوض له لا بدّ أن تأخذ اتفاقية تفويض المرفق العام بعين الاعتبار طبيعة ومبلغ الاستثمار الذي ينبغي إنجازه، ولا

1 - Loi n° 92-125 du 6 Février 1992 relative à l'administration territoriale de la république, JORF, du 12 mai 1992 : www.legifrance.fr.

2 - Loi n° 93-122, Op.Cit.

3 - Art 38, de la loi n° 93-122, Op.Cit.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

يمكن في هذا الحال تجاوز المدة العادية لمردودية المنشآت حيز التنفيذ. تضمن هذا القانون كذلك حالتين يمكن فيها تمديد فترة التفويض وحدد المدة التي يمكن تمديدها وهي:

1- حالة وجود منفعة عامة

2- حالة ما إذا كان المفوض له مقيد بحسن التنفيذ للخدمة العمومية أو توسيع حقلها الجغرافي ويطلب من السلطة المفوضة من أجل إنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في العقد الأساسي، والتي من شأنها تعديل في الاقتصاد العام للتفويض والذي لا يمكن أن يحقق المردود خلال الفترة المتبقية إلا من خلال رفع السعر المفرط، في حالة الموافقة على التفويض من طرف الشخص العمومي بخلاف الدولة، فإن التمديد يمكن إدخاله إلا بعد تصويت من لجنة المداولات.

نظم هذا القانون كذلك فكرة تدعيم الرقابة، بحيث فرض على المفوض له كل سنة قبل الفاتح جانفي إعداد تقرير سنوي لسلطة المفوضة يتضمن: الحسابات التي تحدد مجمل العمليات المتعلقة بتنفيذ تفويض المرفق العام وتحليل نوعية الخدمة، ويرفق هذا التقرير بملحق يضمن لسلطة المفوضة تقدير شروط إنجاز الخدمة العمومية⁽¹⁾.

إثر تعديل قانون رقم 93-125 بموجب قانون 1168-2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المتعلق بالتدابير الطارئة في سبيل تحقيق إصلاحات اقتصادية ومالية المسمى بقانون Murcef⁽²⁾. أعطى المشرع الفرنسي لأول مرة تعريفا لتفويض المرفق العام وذلك في نص المادة الثالثة منه إذ جاء فيها على أن تفويض المرفق العام عبارة عن عقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، مقابل مالي يتحصل عليه هذا الأخير مرتبط بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يعهد إلى المفوض له إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق⁽³⁾. إن هذا التعريف الذي أتى به المشرع الفرنسي كان

1 - Art. 40 , loi n°93-122, Op.Cit.

2- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (murcef), JORF du 12 décembre 2001. www.legifrance.gouv.fr.

3 - « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ledélégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Art. 3 de la loi n° 2001-1168, Op.Cit.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

ينسجم معاً لمبادئ التي جاء بها قانون "Sapin" خاصة تلك التي نص عليها في المادة 38 منه. بناءً على ذلك شكّل قانون "Sapin" ومختلف تعديلاته التّأطير القانوني لتفويض المرفق العام في فرنسي.

بعدها استبدل المشرع الفرنسي هذا القانون المؤطرة لتفويض المرفق العام سنة 2016 بالقانون المنظم لعقد الامتياز،⁽¹⁾ مدمجاً تفويض المرفق العام مع عقد امتياز الأشغال العمومية.⁽²⁾ ويعد إصدار المشرع الفرنسي لهذا القانون تطبيقاً لقانون الاتحاد الأوروبي كونه أصدر تعليمة

1-L'ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

- يجد إصدار السلطة التنفيذية لنص تشريعي (الأمر) أساسه القانوني في نص المادة 38 من الدستور الفرنسي إذ جاء فيها:

«Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de la loi de ratification n'est pas déposé devant le parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. » la constitution, du 3 juin 1958, JORF, n° 9151, du 5 octobre 1958. www.legifrance.gouv.fr.

2- شكلت الأشغال العامة العنصر الأساسي في نظام الامتيازات خلال القرن 19، لكن هذا الوضع ما لبث أن تغير بداية القرن 20 بظهور وتطور فكرة المرفق العام كمنشآت تستهدف الجماعة العامة تحقيقه تأميناً منها لاحتياجات الجمهور.

يعرف امتياز الأشغال العامة على أنه اتفاق يكلف به أحد أشخاص القانون العام شخصاً آخر لتنفيذ مشاريع تكون غالباً من البنية التحتية واستغلال ناتج العمل العام الذي تم انجازه لقاء مقابل عائدات يتقاضها من المنتفع أو من الجماعة العامة ولمدة محددة بدون أي ارتباط جوهري مع نشاط المرفق العام. راجع في هذا الخصوص حمادة عبد الرازق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 76.

وبذلك فعقد امتياز الأشغال العامة عبارة عن امتياز يعهد للمتعاقدين بناء واستغلال وليس إدارة المرفق العام وهذا ما تم التعبير عنه في: Directive européenne n° 89-440 du 18 juillet 1989 n°89440 modifiant la directive 71305 CEE, port ant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, J.O.C.E du 21 juillet 1989. www.legifrance.gouv.fr.

هناك بعض من الفقهاء ونتيجة لتأثرهم بفكرة أن وجود الأشغال العامة إنما ترتبط بالضرورة بمهمة مرفقية قد نفي استقلالية امتياز الأشغال العامة عن امتياز المرفق العام، كمفوض الحكومة Lasry في قضية Entreprise Peyrot رأى أن وجود الأشغال العامة وبالتالي تشغيل المنشآت الناتجة عنها، يؤدي فعلاً إلى وجود المرفق العام، لكن رغم هذا الموقف لبعض الفقهاء إلا أنه مستقر فقهاً واجتهاداً على استقلالية امتياز الأشغال العامة عن امتياز المرفق العام ولقد عبر عن هذا الموقف عدة فقهاء ولعل أهمهم: مفوض الحكومة Chardennet في قضية Gaz de Bordeaux عند تعريفه لامتياز المرفق العام على أنه يستهدف إما تنفيذ منشآت عامة وإما تحقيق لمرفق عام. راجع في هذا الخصوص وليد حيدر جابر، مرجع سابق ص 516.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

خاصة بعقود الامتياز تتمثل في التعليم رقم 2014/23/UE, sur l'attribution de contrats de concession المتعلقة بمنح عقود الامتياز.⁽¹⁾

عرف هذا القانون تفويض المرفق العام على أنها امتياز المرفق العام، كما ميز بين هذا العقد وعقد امتياز الأشغال العمومية، وحدد أطراف عقد الامتياز.

وفي ذات السياق نظم القانون العام للجماعات الإقليمية الفرنسي في الفصل الأول من الكتاب الرابع منه تفويضات المرافق العام وذلك من نص المادة 1L411-1 إلى 1L411-1⁽²⁾.

إضافة إلى هذه القوانين المؤطرة لتفويض المرفق العام بشكل عام في فرنسا توجد إلى جانبها عدة قوانين أخرى خاصة في مجال المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري لتكريس هذه الآلية كأسلوب لتسييرها وذلك استجابة خاصة للقانون العام للجماعات الإقليمية. ومن بين هذه المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري التي أقرت هذه الآلية كأسلوب لتسيير لعل أبرزها: مرفق النقل ومرفق المياه والتطهير، خاصة وأن القانون العام للجماعات الإقليمية ينص على أن تنظيم الخدمات العامة المحلية والتي من بينها: المياه - النقل يقع على عاتق البلدية أو مجموعة من البلديات ولكن إدارتها يمكن أن تتم مباشرة عن طريق الاستغلال المباشر (La régi) أو تخضع لعقد التفويض لأحدى الشركات القطاع الخاص، بحيث تحتفظ الدولة بعملية المرفق بينما تعهد إلى القطاع الخاص إدارة أو تسيير هذا المرفق⁽³⁾.

ولكن من أهم القوانين الخاصة التي نصت صراحة على أسلوب تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري نذكر: القانون رقم 95-101 المؤرخ في 2 فيفري 1995 المتعلق بتعزيز حماية البيئة، إذ نص صراحة على أسلوب تفويض المرفق العام كآلية تسيير مرفق المياه الصالح للشرب وذلك بالتحديد في نص المادة 75⁽⁴⁾.

1-Directive 2014/23/UE , Op.Cit.

2-Code général des collectivités territoriales, dernière modification le 29 janvier 2017. www.legifrance.gouv.fr.

3-COURBIS Camille, La délégation des services publics d'eau potable :un mode de gestion efficace ?, séminaire «services publics et sphère privée : les nouveaux partenariat » du 8 septembre 2008.p p18.

4 - Loi n°95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF du 4 Février 1995. www.ligifrance.fr

والقانون رقم 1772-2006 تضمن هذه الآلية بموجب نص المادة 54 منه⁽¹⁾، وأقر مدة تفويض في قطاع المياه والتطهير والنفايات.

ثانيا - تنظيم المشرع المغربي لتفويض المرفق العام:

إن تدخل الدولة المغربية على كافة المستويات في الحياة الاقتصادية كان له انعكاس سلبي على المرفق العام وعلى جودة الخدمات التي كانت تسديها للمرتفقين وهو ما دفع بالدولة مع منتصف الثمانينيات إلى البحث عن حلول لهذه الأزمة تحت ضغوطات داخلية وخارجية، بحيث أصبحت الكثير من هذه المرافق لسوء تدبيرها تشكل عبئا على ميزانيتها.⁽²⁾ فبغية تطويرها والبحث عن فعاليتها تم تدعيم قواعد سيرها التقليدية بأخرى كانت حkra على القطاع الخاص، كل ذلك لجعل المرفق العام يواكب التطورات والمستجدات الوطنية والعالمية، ويستطيع أداء الوظيفة التي أنشئ من أجلها، وهي إشباع حاجة المرتفق وتقديم الخدمات بشكل أجود⁽³⁾.

تعتبر المغرب من الدول العربية السبأقة في تكريس تفويض المرفق العام، إذ تم تطبيقه قبل التكريس التشريعي لها⁽⁴⁾. فقد أطر المشرع المغربي تفويض المرفق العام لأول مرة بموجب القانون رقم 05-54 المتعلق بتدبير المفوض للمرافق العامة الصادر في 14 فيفري 2006، وذلك لأجل سد الفراغ التشريعي في مجال تسيير المرافق العمومية المحلية، وضبط سلوكيات وممارسات تواترت في ظل غياب لمقتضيات قانونية خاصة بهذه الآلية، باعتبار المغرب تعرف ممارسات لتدبير المفوض قبل صدور هذا القانون.

أبرم أول عقد تدبير المفوض في المغرب في 1 أوت 1997 بين المجموعة الحضرية للدار البيضاء وشركة الفرنسية La Lyonnaise des eaux الذي تم تفويض تدبير الوكالة المستقلة لتوزيع

1 - Loi n° 2006-1712 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, JORF, du 31 Décembre 2006 : www.ligifrance.fr

2-BEKKALI Abdesslam, « La pratique de la gestion déléguée au Maroc », P.R.M.A.L.D, la gestion déléguée des services publics étude et documents, n°30,2001,p p107-108.

3- EL YAAGOUBI Mohammed, «La gestion déléguée des services publics locaux au Maroc», P.R.M.A.L.D, La gestion déléguée des services publics locaux études et documents n° 30, 2001, p p79.

4- بن سعيد أمين، عبد الرحيم نادية، «إشكالية تفويض المرفق العام كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية واقع التطبيق في المغرب وأفاقه في الجزائر»، مجلة معهد العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، المجلد 21، العدد 01، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2018، ص ص 68.

المياه والكهرباء والتطهير السائل لهذه الشركة وذلك لمدة 30 سنة،⁽¹⁾ وقد تمحور هذا العقد على أربعة محاور رئيسية تتمثل في:

-الأهداف التي يسعى هذا العقد إلى تحقيقها.

-الآثار الاقتصادية.

-حالة الموظفين.

-حماية المجتمع الحضري لدار البيضاء⁽²⁾.

ثم تم بعد ذلك إبرام عدة عقود تدبير المفوض في مجال توزيع المياه والكهرباء والتطهير ولعل أمثلة عن ذلك: عقد منح امتياز إنتاج الماء والكهرباء والتطهير لرباط سنة 1999 ومنحه للفائدة المستثمر الأجنبي Pleiade وذلك لمدة 30 سنة⁽³⁾.

كذلك عقد منح امتياز إنتاج الماء والكهرباء والتطهير لمدينة طنجة سنة 2001، ومنحه للفائدة المستثمر vivendi ONA، وذلك لمدة 25 سنة.

إلى جانب هذا المجال الذي تم إبرام عقود تدبير المفوض أبرم هذا العقد كذلك في مجال جمع النفايات ومن أهمها: عقد منح امتياز جمع النفايات وتدبيرها والتنظيف لمدينة الصويرة لشركة GMF لمدة 5 سنوات، كذلك عقد منح امتياز جمع النفايات وتدبيرها والتنظيف لمدينة الدار البيضاء لشركة SEM لمدة 7 سنوات. أبرام هذا العقد كذلك في مجال توليد الكهرباء عن طريق الإنتاج المستقل للكهرباء بالجرف الأصفر، الذي تم التوقيع على اتفاقيته الشمولية سنة 1996⁽⁴⁾.

يظهر جليا من كل هذه النماذج التطبيقية أن تفويضات المرفق العام مست مختلف القطاعات الخدماتية، ورغم هذا التطبيق العملي لهذه الآلية إلا أنه بسبب غياب قانون ينظمها خلق عدة إشكاليات التي مست بالسير الحسن للعملية، لذا تم إصدار قانون رقم 05-54، لكنه لم ير النور إلى غاية سنة 2006.

1-EL YAAGOUBI Mohammed, Op.Cit,pp80-84.

2-BEKKALI Abdesselam, Op Cit,p p112-125

3-BRAHIMI Mohamed,« L'expérience municipale de délégation des services publics urbains marchands», P.R.M.A.L.D, la gestion déléguée des services publics étude et documents, n°30,2001 ,p p 29-48..

4- تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي "التدبير المفوض للمرافق العمومية في خدمة المرتفق"، المملكة المغربية ج ر عدد

6471، السن الخامسة بعد المئة، صادر بتاريخ 6 يونيو 2016، ص 4247. www.adala.justice.gov.ma

نظم قانون 05-54 تفويض المرفق العام من كل جوانبه، إذ اشتمل هذا القانون على أربعة أبواب،⁽¹⁾ إذ تضمن الباب الأول تحت تسمية: "الأحكام العامة" من المواد 1 إلى 16 بحيث تطرق فيها إلى كل من:

- نطاق تطبيق هذا القانون إذ حصره على عقود تدبير المفوض للمرافق العامة والمنشآت العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية أو هيئاتها والمؤسسات العامة، وبذلك نجد أنه استبعد الدولة من إمكانية إبرام هذه العقود⁽²⁾.

- عبر عن كل الأطر القانونية المتعلقة بهذا النوع من التسيير وتتمثل في تقديم تعريف موسع ودقيق لتفويض المرفق العام.

- إقرار مبادئ المنافسة والشفافية عن طريق نصه على طرق التدبير المفوض الذي يكون بالأصل عن طريق الدعوة إلى المنافسة⁽³⁾ والتفاوض المباشر كطريقة استثنائية كما حدد الحالات التي يمكن اللجوء إليها،⁽⁴⁾ كما أتى بضمان للمفوض له من حيث إقرار التحكيم كآلية لحل النزاعات⁽⁵⁾.

وأقر نشر العقد بموجب نص المادة 14 منه إذ جاء فيها ما يلي «نشر العقد.

ينشر مستخرج من عقد التدبير المفوض في الجريدة الرسمية بالنسبة إلى المؤسسات العامة وفي الجريدة الرسمية للجماعات المحلية بالنسبة إلى الجماعات المحلية وهيئاتها.

يتضمن هذا المستخرج إنماء المتعاقدين وصفاتهما وموضوع التفويض ومدته ومحتواه وكذا البنود المتعلقة بالمرتفقين»⁽⁶⁾. تطبيقاً لهذه المادة تم نشر العديد من المستخرجات لعقد تدبير المفوض وأغلبها تدبير مفوض للمرافق العمومية المحلية ذات الطابع الصناعي والتجاري وأهمها:

1 - أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014-2015، ص 62.

2 - المادة 1 ، قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

3 - المادة 5، القانون نفسه.

4 - المادة 6 ، القانون نفسه

5 - المادة 9 ، القانون نفسه.

6 - القانون نفسه.

- مستخرج من عقد التدبير المفوض لقطاع النظافة للجماعات الحضرية لتاوريرت منشور في الجريدة الرسمية للجماعات المحلية وذلك باعتبار أن هذا التدبير مبرم بين: المفوض وهو الجماعة الحضرية لتاوريرت والمفوض له المتمثل في شركة "CMERFES".

- مستخرج من عقد التدبير المفوض لمرفق النقل الجماعي الحضري بواسطة الحافلات بمدينة خنيفرة. إن هذا العقد مبرم بين: رئيس الجماعة الحضرية لخنيفرة وشركة "حافلات الكرامة" وذلك لمدة 15 سنة⁽¹⁾.

أما الباب الثاني فإنه يعالج " حقوق وواجبات المفوض" وقد تضمنها من المواد 17 إلى غاية المادة 20، إذ تضمن حق الدولة في رقابة تنفيذ العقد والمراجعة الدورية للعقد وإمكانية إعادة النظر فيه، كما تضمن الالتزامات التي تقع على عاتق المفوض.

خصص الباب الثالث لحقوق المفوض إليه وواجباته، إذ أجاز للفائدة المفوض إليه إمكانية التعاقد من الباطن، وسمح للمفوض إليه إمكانية استغلال الملك العام، وفي مقابل ذلك فرض على المفوض إليه التزام إدارة المرفق على مسؤوليته وتحمله المخاطر، وألزم المفوض إليه بتأسيس شركة خاضعة للقانون المغربي يكون غرضها منحصر في تدبير المرفق العام، وفرض على المفوض إليه بتأمين المرفق ضد المخاطر طوال مدة العقد.

أما الباب الرابع تضمن أحكام متعلقة بالإعلام والنزعات بحيث اقر على أن يحدد التدبير المفوض العقوبات التي قد يتخذها المفوض ضد المفوض إليه في حالة عدم الوفاء بالتزاماته أو مخالفة البنود التعاقدية ولاسيما الجزاءات والتعويضات عن الأضرار، وعند الاقتضاء إسقاط حق المفوض إليه⁽²⁾.

الجدير بالذكر، أنه على الرغم من تأخر صدور القانون العام المنظم لتفويض المرفق العام المحلي في المغرب إلى غاية سنة 2006، إلا أنه هناك قوانين تحيل إلى تدبير المفوض قبل ذلك أهمها: الميثاق الجماعي لسنة 2002. إذ تضمنته نص المادة 39 من القانون رقم 00-78 المتعلق

1 - الجريدة الرسمية للجماعات المحلية، صادر بتاريخ 31 يوليوز، العدد الواحد والثلاثون، ص 26 -

40. www.adala.justice.gove.ma. تم الولوج الى الموقع يوم 2017/02/25، على الساعة 14:00.

2 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

بالميثاق الجماعي المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-17، والتي جاء فيها: «المرفق والتجهيزات العمومية المحلية:

1 - يقرر المجلس الجماعي إحداث وتدبير المرفق العمومية الجماعية خاصة في القطاعات

التالية:

- التزويد بالماء الصالح للشرب وتوزيعه؛
- توزيع الطاقة الكهربائية؛
- التطهير السائل؛
- جمع الفضلات المنزلية والنفايات المشابهة لها ونقلها وإيداعها بالمطرح العمومي ومعالجتها؛
- الإنارة العمومية؛
- النقل العمومي الحصري؛
- السير والجولان وتشوير الطرق العمومية ووقوف العربات؛
- نقل المرضى والجرحى؛
- الذبح ونقل اللحوم والأسماك؛
- المقابر ومرفق نقل الجثث؛

يقرر المجلس في طرق تدبير المرفق العمومية الجماعية عن طريق الوكالة المباشرة والوكالة المستقلة والامتياز وكل طريقة أخرى من طرق تدبير المفوض للمرفق العمومية طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها...»⁽¹⁾. يتضح من هذه المادة أن المشرع المغربي أحال إلى تدبير المفوض في هذا القانون، وقرها صراحة على الرغم من عدم صدور أي قانون خاص بهذه الآلية إلى غاية 2006، وهذا بالتالي ما يبرر الممارسات القانونية لهذه الآلية من الناحية العملية في المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري المحلي.

لكن بعد صدور القانون المؤرخ لتدبير المفوض في المغرب سنة 2006، صدرت قوانين خاصة تضمنت هذه الآلية وأهم هذه القوانين: ظهير شريف رقم 1.06.153 الصادر في 22

1 - قانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، ج ر عدد 5058، صادر بتاريخ 21 نوفمبر 2002، مغير بظهير شريف رقم 1.03.82 صادر في 24 مارس 2003 بتنفيذ القانون رقم 0103، ج ر عدد 5093 الصادر بتاريخ 24 مارس 2003، ومغير ومتمم بالقانون رقم 08-17 الصادر بتنفيذه الظهير شريف رقم 01.08.153 بتاريخ 18 فبراير 2009، ج ر عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009 www.adala.justice.gove.ma

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

نوفمبر 2006 بتنفيذ القانون رقم 00-28 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها نص في المادة 18 منه على تدبير المفوض إذ تنص هذه المادة على ما يلي « **تحدد الجماعات أو هيئاتها طرق تدبير المرافق العمومي لنفايات المنزلية والنفايات المماثلة لها أم عن طريق التدبير المباشر أو الوكالة المستقلة أو عن طريق الامتياز أو غير أشغال التدبير المباشر أو المفوض.** في حالة تفويض تدبير هذا المرفق، يخضع المشغل بموجب هذا التفويض لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه»⁽¹⁾. يستشف من هذه المادة أن المشرع المغربي كرس تدبير المفوض وأعطى السلطة التقديرية للإدارة المحلية في اختيارها كأسلوب لتسيير المرافق العامة لنفايات.

الفرع الثاني

تنظيم القانون الجزائري لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

منذ دخول الجزائر نظام اقتصاد السوق أخذ المشرع الجزائري يستجيب شيئا فشيئا لهذا النظام. ومن أهم الاستجابات تكريس تفويض المرفق العام كأسلوب جديد لتسيير المرافق العمومية. وتم هذا التكريس على مرحلتين أساسيتين: تتمثل المرحلة الأولى في مرحلة التردد في النص في استخدام هذه الآلية كأسلوب لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (أولا) ومرحلة ثانية تتمثل في تكريس هذه الآلية بصفة صريحة (ثانيا).

أولا - مرحلة التردد في النص في استخدام تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

في بداية الاهتمام بتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري في القانون الجزائري لم تعتمد الدولة الجزائرية على أسلوب تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري وإنما اعتمدت فقط على الأساليب التقليدية والتمثلة في التسيير المباشر أو إسناده إلى الغير عن طريق أسلوب الامتياز الإداري وذلك على المستوى المحلي (1). في حين في النصوص القانونية المنظمة للمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري على المستوى الوطني نجدها كرسست التفويض وذلك باعتماد أحد أشكالها ألا وهو عقد الامتياز (2).

1 - ظهير شريف رقم 1.06.153 صادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006، بتنفيذ القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، ج ر عدد 5480، صادر بتاريخ 7 ديسمبر 2006. www.adala.justice.gove.ma

1 - عدم النصفى قانون الجماعات الإقليمية القديم على تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

كان تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري المحلي في ظل القانون الجماعات الإقليمية القديم عن طريق الأساليب التقليدية والمتمثلة في كل من أسلوب التسيير المباشر أو عن طريق المؤسسات العمومية أو بموجب عقد الامتياز ولم يتضمن هذا القانون أية إشارة إلى أسلوب تفويض المرفق العام.⁽¹⁾ ما يجب توضيحه أن الامتياز الذي أقره المشرع في هذا الصدد كأسلوب غير مباشر لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري المحلي لا يقصد منه امتياز كشكل من أشكال تفويض المرفق العام وإنما يقصد به الامتياز الإداري.

إذ يعرف عقد الامتياز الإداري على أنه عقد أو الاتفاق الذي تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة. ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنفعةين بخدمات المرفق⁽²⁾. مثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأشخاص الخاص استغلال خدمات توزيع المياه، أو تعهد استغلال ميناء أو استغلال البترول.

عرفت الجزائر عقد الامتياز الإداري في ظل انتهاجها لنظام الاشتراكي، بحيث استعملته لتأطير علاقاتها مع المؤسسات والمقاولات العمومية التي أحدثت لتسيير النشاطات المؤممة من جهة وكذلك مع الجماعات الإقليمية. حيث عرف أسلوب الامتياز الإداري عدم الاستقرار في هذه المرحلة فتخلت عنه الدولة، إلى غاية السنوات الثمانينات أين عادت إحيائه بموجب صدور قانون

1 - المادة 132 من قانون رقم 90-08، مؤرخ في 7 ابريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج ر العدد 15، صادر بتاريخ 11 ابريل 1990، (ملغى)، وكذلك الفرع الثاني من قانون رقم 90-09، مؤرخ في 7 ابريل 1990، يتعلق بالولاية، ج ر العدد 15، صادر بتاريخ 11 ابريل 1990، الموسوم تحت عنوان: طرق تسيير المصالح العمومية الولائية. (ملغى).

2 - RAHAL.(B), «La concession de service public en droit algérien», RI, n°01, 1991, p7-8.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

المياه لسنة 1983 بموجب المادة 20 وما يليها⁽¹⁾. ليتم إصدار نصوص منظمة له سنة 1989 ليأخذ طابعا آخر كوجه من أوجه التسيير الليبرالي للمرفق العام الصناعي والتجاري تماشيا مع التوجه الإيديولوجي الذي عرفته الجزائر⁽²⁾.

نظرا إلى أن الجماعات الإقليمية تقوم بتلبية الحاجيات المحلية بواسطة المرافق العمومية، فإنها ملزمة بمسايرة هذه التغيرات الاقتصادية⁽³⁾. لهذا السبب، نص قانوني البلدية والولاية لسنة 1990 على أسلوب الامتياز كأسلوب استثنائي لتسيير المرفق العام المحلي ذو الطابع الصناعي والتجاري، بحيث تضمنته المادة 138 من قانون البلدية القديم إذ جاء فيها: «**إذ لم يكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا دون أن ينجم عن ذلك ضرر جاز للبلدية منح امتياز ...**»⁽⁴⁾. نفس الوضع منصوص عليه في قانون الولاية القديم في نص المادة 130 والتي أقرت على أنه في حالة تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية في شكل استغلال مباشر أو مؤسسات يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستغلالها عن طريق الامتياز⁽⁵⁾.

2- النص على تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري عن طريق عقد الامتياز على المستوى الوطني.

لم تنص قوانين الجماعات الإقليمية القديم على تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري كأسلوب لتسييرها إلا أن هناك من القوانين المنظمة للمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على المستوى الوطني تضمنته وذلك عن طريق عقد الامتياز. ومن ابرز هذه القوانين نذكر:

1 - نصت المادة 20 من القانون رقم 83-17 على: «**يؤدي استعمال الملكية العامة للمياه في جميع الحالات إلى إنشاء امتياز**»، قانون رقم 83-17، مؤرخ في 16 يوليو 1983، يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30، صادر بتاريخ 19 يوليو 1983، (ملغى).

2 - جليل مونية، «امتياز المرفق العام والتنمية المحلية في الجزائر»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد 53، العدد 1، 2016، ص ص 247-249.

3 - أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 25 أكتوبر 2018، ص 16.

4 - قانون رقم 90-08، مرجع سابق (ملغى)

5 - قانون رقم 90-09، مرجع سابق (ملغى).

أ- القانون البحري: نص القانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 جوان 1998 المعدل والمتمم للأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتعلق بالقانون البحري على عقد الامتياز كأسلوب لتسيير خدمات النقل البحري وذلك بموجب نص المادة 571ق ب ج حيث تضمنت: « النقل البحري ملكية عامة ويمكن أن يكون موضوع امتياز »⁽¹⁾. يتضح من هذه المادة أن النقل البحري كنشاط اقتصادي داخل تحت نظام الملكية العامة، وقد تم تحريره وفتحه للخواص لاستغلاله وإدارته، ولا يكون ذلك إلا عن طريق عقد الامتياز.

تضيف المادة 1/571 من نفس القانون على أنه: « يستغل خدمات النقل البحري أشخاص طبيعيون من الجنسية الجزائرية أو مؤسسات عمومية جزائرية أو أشخاص اعتباريون خاضعون للقانون الجزائري ولهم صفة مجموعة السفن، ويوجد المركز الرئيسي لنشاطهم في القطر الجزائري »، كما تنص المادة 2/571 منه كذلك على أنه « يمنح الامتياز على أساس دفتر الشروط وفق لشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم »⁽²⁾.

يلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري حوّل إمكانية أن يعهد تسيير خدمات النقل البحري لفائدة أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الجزائري وذلك عن طريق عقد الامتياز، الذي هو أحد أشكال تفويض المرفق العام، ويمنح هذا الامتياز على أساس دفتر الشروط. تطبيقاً لهذه المادة صدرت عدة مراسيم آخرها المرسوم التنفيذي رقم 08-57 المؤرخ في 13 فيفري 2008 الذي يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، وبالفعل نص في المادة 12 و 13 منه على أنّ منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري يكون في إطار علاقة تعاقدية يتخذ إما شكل امتياز خاص، أو شكل امتياز عام بحق استغلال مجموع خدمات النقل البحري⁽³⁾.

1 - أمر رقم 76-80، مؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن القانون البحري، ج ر عدد 29، صادر بتاريخ 10 ابريل 1977، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 98-05 مؤرخ في 25 يونيو 1998، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 27 يونيو 1998، انظر كذلك قانون رقم 10-04، مؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 76-80، مؤرخ في 23 اكتوبر 1976، المتضمن القانون البحري، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 غشت 2010.

2 - قانون رقم 98-05، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 08-57 المؤرخ في 13 فبراير 2008، يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري، ج ر عدد 09، صادر بتاريخ 24 فبراير 2008.

ب- قانون الطيران المدني: يعد النقل الجوي مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري يقدم منفعة عامة، تتمثل في خدمة النقل العمومي الجوي للأشخاص والبضائع، يقع على عاتق الدولة التزام بتلبية هذه الخدمة للجمهور⁽¹⁾. خول المشرع الجزائري إمكانية تسيير هذا المرفق من قبل الخواص عن طريق عقد الامتياز، إذ كرسه في الفصل السابع من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني تحت عنوان "الخدمات الجوية" وبالتحديد في المادة 2/115 منه إذ تنص على أنه: « **النقل الجوي للأشخاص والبضائع... كما يمكن أن يكون موضوع امتياز...** »⁽²⁾.

تنفيذا لهذا النص صدر مرسومين تنفيذيين هما: المرسوم التنفيذي رقم 2000-43⁽³⁾ المحدد لشروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته، إذ نظم هذا المرسوم بدقة كيفية منح الامتياز في هذا المجال، والرسوم التنفيذي رقم 2000-337⁽⁴⁾ المحدد لحق الامتياز لاستغلال الخدمات الجوية للنقل العمومي.

ج- قانون النقل البري: كرس قانون النقل البري عقد الامتياز كأسلوب لتسيير خدمات النقل البري سواء نقل الأشخاص عبر الطرقات أو عبر السكك الحديدية وذلك في كل من المادتين:

- المادة 2/10 إذ نصت على أنه : « **يتم إنجاز واستغلال شبكة النقل الحضري من قبل الدولة و/أو الجماعات الإقليمية، أو عند الاقتضاء عن طريق منح الامتياز لكل شخص طبيعي أو**

1 - حمادي زبير، النظام القانوني لتفويض مرفق خدمات النقل الجوي، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27-28 ابريل 2011، ص ص 68-80.

2 - قانون رقم 98-06، مؤرخ في 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 28 يونيو 1998، معدل ومتم بموجب قانون رقم رقم 2000-05، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج ر عدد 75، صادر بتاريخ 10 ديسمبر 2000، معدل ومتم بموجب أمر رقم 03-10، مؤرخ في 13 غشت 2003، ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 13 غشت 2003، معدل ومتم بموجب قانون رقم 08-02، مؤرخ في 23 يناير 2008، ج ر عدد 04، صادر بتاريخ 27 يناير 2008، معدل ومتم بموجب قانون رقم 15-14، مؤرخ في 15 يوليو 2015، ج ر عدد 41، صادر بتاريخ 29 يوليو 2015، معدل ومتم بموجب قانون رقم 19-04، مؤرخ في 17 يوليو 2019، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 21 يوليو 2019.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 2000-43 مؤرخ في 26 فبراير 2000، يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته، ج ر عدد 08، صادر بتاريخ 13 مارس 2000.

4 - مرسوم تنفيذي رقم 2000-337 مؤرخ في 26 أكتوبر 2000، يحدد الامتياز لاستغلال الخدمات الجوية للنقل العمومي ج ر رقم 64، صادر بتاريخ 29 أكتوبر 2000.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

اعتباري خاضع للقانون الجزائري...»⁽¹⁾. يتضح من هذه المادة أنه يتم تسيير أو استغلال شبكة النقل الحضري عن طريق التسيير المباشر كالأصل وعند الاقتضاء يمكن اللجوء إلى تفويض تسيير خدمات النقل البري لفائدة الخواص عن طريق عقد الامتياز.

-المادة 2/31 من ذات القانون إذ نصت على أنه: « يتم استغلال شبكة النقل الجماعي

الحضري وفق نظام الامتياز.

يكون الامتياز محل اتفاقية وفق للشروط وكيفيات المحددة عن طريق التنظيم».

طبقا لهذه المواد فإنه يمكن أن يتم منح امتياز لفائدة أشخاص طبيعيين أو معنويين خاص أو عام، لكن فقط جزائريين للإدارة وتسيير واستغلال شبكة النقل الجماعي الحضري. كرس المشرع نفس الموقف بالنسبة للنقل عبر السكك الحديدية، بحيث اعتماد عقد الامتياز كأسلوب لتسييره وذلك في المواد 21، و24 من ذات القانون⁽²⁾. تطبيقا لهذه المواد صدرت عدة نصوص تنظيمية أهمها: المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المحدد لشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات أو تسييرها، إذ نظم هذه الآلية في المادة 5 إلى المادة 26 منه⁽³⁾.

نستنتج من كل هذه النصوص القانونية أن موقف المشرع الجزائري إزاء تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري في المراحل الأولى منه يمتاز بالتردد بين التبني له وعدم تبنيه، وحتى عند تبنيه، كرس فقط احد أشكاله وهو الامتياز، إذ اخذ حصة الأسد مقارنة بأشكال التفويض الأخرى.

1 - قانون رقم 01-13 مؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 8 غشت 2001، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 11-09، مؤرخ في 5 يونيو 2011، ج ر عدد 32، صادر بتاريخ 8 يونيو 2011.

2 - قانون رقم 01-13، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417 مؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات أو تسييرها، ج ر عدد 82، صادر بتاريخ 22 ديسمبر 2004.

ثانيا - مرحلة التكريس الصريح لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

وإن تأخرت المنظومة القانونية الجزائرية مقارنة بالمنظومات القانونية المقارنة في تكرس تفويض المرفق العام، إلا أنه تدخل المشرع أخيرا ليكرسه بشكل صريح في القوانين المنظمة للمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على المستوى الوطني (1).

لكن بعد عدم وضوح النصوص المتعلقة بتفويض المرافق العمومية الصناعية والتجارية على المستوى المحلي بالخاصة، تدخل المنظم الجزائري ووضع أحكام خاصة بتنظيم تفويض المرفق العمومي في الجزائر وذلك بوضع نص في شكل مرسوم رئاسي، يضم في نفس الوقت تنظيم الصفقات العمومية وتنظيم تفويضات المرفق العام وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، صاحبه هو الآخر صدور نص تطبيقي له وهو المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام في سنة 2018 وحصر نطاق تطبيقه على المستوى الجماعات الإقليمية (2).

1- النص على تفويض المرفق العام في القوانين المنظمة للمرافق العمومية ذات الطابع

الصناعي والتجاري الوطنية.

يعتبر القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، السباق في التشريع الجزائري الذي كرس تفويض المرفق العام بشكل صريح، وذلك في الباب السادس تحت عنوان « الخدمات العمومية للمياه والتطهير » وبالتحديد في قسمها الثاني الموسوم بـ: « تفويض الخدمة العمومية » من الفصل الأول تحت عنوان: أحكام تتعلق بتسيير خدمات للمياه والتطهير.

إذ تنص المادة 2/101 على هذه الآلية بصفة صريحة: « يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية... كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات للأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية » (1).

إضافة إلى التكريس الصريح لهذه الآلية في التشريع الجزائر ينظمها المشرع في هذا القانون سواء من حيث النص عليها على أنها أسلوب قانوني تعاقدية بين طرفين أو عدة أطراف هادف لتسيير واستغلال مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري من قبل شخص من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، وذلك بموجب نص المادة 104 منه إذ جاء فيها: « يمكن الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي

1 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

تتصرف باسم الدولة أو صاحب الامتياز، تفويض كل أو جزء من تسيير نشاطات الخدمة العمومية للماء أو التطهير لمتعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية وضمانات مالية كافية.

كما يمكن صاحب الامتياز إن يفوض كلا أو جزءا من هذه النشاطات لفرع أو عدة فروع لاستغلال المنشأة لهذا الغرض»⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك، تطرق هذا القانون إلى كل العناصر المكونة لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري سواء من حيث تحديد الأطراف أو محل التفويض. ونظم أشكال التفويض وطرق تفويض مرفق المياه. لكن يعاب على هذا القانون عدم تنظيمه بشكل تفصيل لتفويض المرفق العام، لكن حاول تدارك ذلك بعد خمسة سنوات من صدور هذا القانون بموجب صدور المرسوم التنفيذي رقم 10-275 نص على كيفية الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، ونظمها في 4 مواد⁽²⁾، والتي تعد مواد قليلة جدا في تنظيمها لهذه الآلية. ما ملاحظته أنه على الرغم من تأخر صدور هذا المرسوم التنفيذي المحدد لكيفية الموافقة على اتفاقية تفويض المرفق العام للمياه في الجزائر، إلا أنه من الناحية العملية بدأت إجراءات تجسيده مباشرة بعد صدور القانون رقم 05-12 والدليل على ذلك: عقد تسيير المفوض المبرم بين مؤسسة تسيير المياه الصالحة للشرب والتطهير لعنابة والطارف والمتعامل الألماني GELSSSEN WASSER في ديسمبر 2007⁽³⁾.

1 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

- ما يجب توضيحه فيما يتعلق بقانون المياه نص على أنه يتم تفويض الخدمة العمومية، هذا المصطلح خاطئ إذ يتمثل محل تفويض المرفق العام في مرفق عام وليس في خدمة عمومية، إذ تعد الخدمة العمومية هي النتيجة التي يقدمها المرفق العام وبالتالي ليست هي محل التفويض وإنما يتم تفويض مرفق المياه الذي يعد مرفق عمومي ذات طابع صناعي والصناعي والتجاري. راجع في هذا الخصوص دخينيسة أحمد، دسترة القانون الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 284.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 10-275 مؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كفاءات الموافق على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، ج ر عدد 68، صادر بتاريخ 10 نوفمبر 2010.

3 - بورداد مصطفى، التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 72-73.

- وهذه الاتفاقية منشورة على الموقع الإلكتروني الخاص بالديوان الوطني للتطهير: WWW.ONA.DZ تم الولوج الى الموقع بتاريخ 29/08/2016، على الساعة 13:50.

2) تكريس تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري على المستوى المحلي.

يعتبر قانون البلدية لسنة 2011 أول قانون على المستوى المحلي يكرس تفويض المرفق العام (أ)، ليليه بعد ذلك المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي يعتبر أول قانون عام ينظم تفويض المرفق العام في الجزائر. لكنه لم يحصر هذه الآلية على المستوى المحلي بل وسع من نطاق تطبيقها، إلى أن صدر نص تطبيقي لهذا المرسوم حصر نطاق تطبيقه على الجماعات الإقليمية(ب).

أ) تكريس تفويض المرفق العام بموجب قانون البلدية.

تم تكريس تفويض المرفق العام بصفة صريحة على المستوى المحلي بموجب قانون البلدية لسنة 2011 وبالتحديد في نص المادة 150 فقرة 2 منه والتي تنص على أنه: «...و يمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض». يتضح من هذه المادة أن المشرع كرس هذا الأسلوب إلى جانب الأساليب التسيير المصالح العمومية البلدية الأخرى المتمثلة في كل من التسيير المباشر والأسلوب المؤسسة وكذا أسلوب الامتياز وأعطى السلطة التقديرية للإدارة في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسب لتسيير مصالحتها العمومية. كما تضيف المادة 156 من نفس القانون على أنه: «يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا لأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها»⁽¹⁾. يعاب على المشرع في هذه المادة أنه إعتبر أن شكل تفويض المرفق العام يجب أن يتجسد في شكل عقد برنامج أو صفقة طلبية. لكن هذا غير صحيح لأن أشكال عقد التفويض لا تتمثل في هذه الأشكال، وإنما هي أشكال خاصة بالصفقة العمومية وليست بتفويض المرفق العام كما سيتم توضيحه لاحقا. لذا أمل من المشرع الجزائري تعديل هذه المادة وتكريس أشكال تفويض المرفق العام، مثلما كرسها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽²⁾.

1 - قانون رقم 10-11، مرجع سابق.

2 - المادة 210 ، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

ب) تكريس تفويض المرفق العام بموجب نصوص تنظيمية.

أصدرت السلطة التنظيمية الجزائرية تنظيم خاص بتفويض المرفق العام وذلك في شكل مرسوم رئاسي يضم في الوقت نفسه تنظيم الصفقات العمومية ويتمثل في نص المرسوم الرئاسي رقم 15-274 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾.

نظم هذا المرسوم الرئاسي تفويض المرفق العام في الباب الثاني من هذا المرسوم تحت عنوان "الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام"⁽²⁾ وقد خصص له مجموعة من المواد لكنها قليلة جد إذ يتضمن مختلف الأحكام التي تحكمه، مقارنة بالتشريعات الأخرى سواء التشريع المغربي الذي نظمه بموجب قانون خاص بها وكذا التشريع الفرنسي حيث أدمجه في قانون الصفقات العمومية في البداية إلا أنه لم يشير إلى أية نص يشترکہما أو مبادئ، على عكس النص الجزائري الذي خص أحكام مشتركة بين هذان العقدان إلا أنهما مختلفان.

إضافة إلى هذا، فهذا المرسوم نص فقط على الشكل الذي يتم فيه تفويض المرفق العام والمبادئ الواجب احترامها وكذا أشكال التفويض، كما أنه وسع من الأشخاص التي يمكن أن تبرم عقد تفويض المرفق العام مستعملا مصطلح "الشخص الخاضع للقانون العام" ومن ثمة يدخل في هذا المجال كل من الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة⁽³⁾. وبالتالي لم يحصر هذا المرسوم نطاق تطبيقه على فئة معينة من الأشخاص المعنوية العامة كما انه لم يحصر محل التفويض في نوع معين من أنواع المرافق العامة، لكن رغم ذلك يمكن أن نفهم أنه يخص المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في الغالب لأن طبيعة هذا المرفق هي التي تستدعي التسيير بموجب هذه الآلية الجديدة.

استحداث هذا المرسوم سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للرقابة على سير عمليات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽⁴⁾. من أجل رفع هذا العناء

1 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

2 - مرسوم نفسه.

3 - المادة 207، المرسوم نفسه

4 - الباب الرابع من المرسوم نفسه تحت عنوان "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي لطلب العمومي" في المادة منه 213.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

وتحسين نوعية الخدمة العمومية وتكريس نوع من الخبرة داخل المرفق العام الصناعي والتجاري، نص هذا المرسوم على تلقي الموظفين والأعوان العموميين المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تكويناً مؤهلاً⁽¹⁾.

بعد ثلاث سنوات من صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بقي بدون فعالية، إلى أن تدخلت السلطة التنفيذية وقامت بإصدار نص تطبيقي له وذلك بموجب مرسوم تنفيذي رقم 18-199 الذي فصل بشكل دقيق ونظم بشكل محكم تفويض المرفق العام⁽²⁾. لكنه يتناقض في الكثير من الأمور مع المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لاسيما من حيث: نطاق تطبيق المرسوم إذ وسع المرسوم الرئاسي من نطاق تطبيقه في حين المرسوم التنفيذي حصر نطاق تطبيقه على الجماعات الإقليمية. كما حصر السلطة المفوضة في الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها. بناءً على ذلك فالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التابعة للجماعات الإقليمية غير مؤهلة للتفويض لتسيير مرافقها العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وهذا يتناقض مع النصوص القانونية المنظمة للمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري خاصة قانون المياه. لذا يرجى إعادة النظر في هذه المادة وتوسيع من السلطة المفوضة مثلما وسعها في المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك باستعمال عبارة الشخص الخاضع للقانون العام، لإزالة كل التناقضات.

إضافة إلى ذلك، يعاب على المنظومة القانونية الجزائرية في تنظيمه التفويض المرفق العام قد أطرتها بموجب نصين تنظيميين⁽³⁾ ولم يتم تنظيمها بموجب نص تشريعي⁽⁴⁾. لذا حبذا لو أن

1 - الباب الثالث بعنوان "التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، في المادتين 211، 212.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - تعد النصوص التنظيمية تلك النصوص التي تصدرها السلطة التنفيذية في الدولة حسب إجراءات وشكليات حددها القانون ومن هذه السلطات: رئيس الجمهورية، الوزير الأول، والوزراء، ومن أنواع النصوص التنظيمية المراسيم: والتي تنقسم بدورها إلى مرسوم رئاسي يصدر من رئيس الجمهورية، ومرسوم تنفيذي يصدر من الوزير الأول، وإن الهدف من إصدار المرسوم هو لتوضيح وشرح القانون. قانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

4 - النص التشريعي هو مجموعة القواعد القانونية تصدرها السلطة التشريعية في البلاد وتتمثل هذه الأخيرة وفق لنص المادة 112 من تعديل دستور 2016 في كل من مجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وقد حددت نص المادة 140 من تعديل الدستور المجالات التي يشرع البرلمان فيها يتضح منها أنه لم تتناول مسألة التشريع في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

المشرع الجزائري يتدخل لإصدار نص تشريعي ينظم تفويض المرفق العام ككل مثلما فعلته التشريعات المقارنة، ثم إصدار نص تنظمي له.

ما يمكن استنتاجه في الأخير أن المنظومة القانونية الجزائرية قد إنتهجت نهج التشريعات المقارنة بإصدار تنظيم خاص لتفويض المرفق العام. لكن رغم هذه الجهود المبذولة في هذا الصدد إلا أن ذلك يبقى ناقصا، لذا حبذ على المشرع الجزائري التدخل لإصدار قانون خاص بتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري ينظمها من كل جوانبها سواء على المستوى الوطني أو المستوى المحلي. مع ضرورة أن يكون هذا النص خاص بتفويض المرفق العام وليس إدماجه مع نص الصفقات العمومية لوجود اختلاف كبير بين التفويض للمرفق العام والصفقة العمومية كما سيتم تبياناه مع المبحث الثاني.

المطلب الثاني

توحيد الضوابط القانونية المنظمة لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

إن مهمة تحديد العناصر الدالة على أن هذه الوسيلة أو تلك تدخل في التفويض للمرفق العام الصناعي والتجاري، تعد من المسائل الصعبة نظرا لان هذه الأخيرة تحمل في محتواها على بعض التعقيدات، إذ ليست كل عملية تحقيق مرفق عام تدخل في تفويض المرفق العام. فهذا الأخير يمتاز بضوابط قانونية خاصة تجعله كفئة قانونية مستقلة عن سائر الطرق المستخدمة في تحقيق المرفق العام الصناعي والتجاري، ويمكن تقسيم هذه الضوابط القانونية إلى ضوابط موضوعية (الفرع الأول) وضوابط شكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الضوابط الموضوعية المنظمة لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

للمشرع الفرنسي دورا كبيرا في إبراز وتكريس الضوابط الموضوعية الدالة على تفويض المرفق العام والتي عمل الفقه والاجتهاد على تحديدها، والتي سار على منوالها المنظومات القانونية.

تتمثل هذه الضوابط الموضوعية في أنه لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا في حال شكل النشاط محل التفويض مرفقا عاما (أولا) وأن ينصب موضوع التفويض على استغلال وتسيير مرفق عام (ثانيا)، وضرورة ارتباط المقابل المالي بنتائج الجوهرية للاستغلال المرفق العام (ثالثا).

أولا - ضرورة وجود مرفق عام كمحل لتفويض المرفق العام:

يشترط في التفويض أن ينصب محله على مرفق عام، ولا يكفي أن يكون محل التفويض مرفقا عاما وإنما يشترط كذلك أن يكون هذا المرفق العام من المرافق القابلة للتفويض، وأن لا يكون القانون قد نص على عدم جواز تفويضها إلى الغير، وإلا كانت هذه الآلية غير مشروعة. وغالبا ما تكون طبيعة هذه المرافق المراد تفويضها هي مرافق ذات طابع صناعي وتجاري (1) نظرا لاعتبارها المجال الخصب لهذه الآلية، كون طبيعة هذا المرفق هي التي تستدعي التسيير بموجبها (2).

1 - مفهوم المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

يقصد بالمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري ذلك المرفق الذي يكون هدفه تحقيق المصلحة العامة للمواطنين من حيث تلبية حاجاتهم من الناحية الاقتصادية باستعمال أساليب الخواص في تحقيق النتائج المرجوة. (1) أي تلك التي تؤدي أنشطة مشابهة لتلك الأنشطة التي يؤديها الخواص، وتخضع هذه المرافق لنوعين من القواعد القانونية وهي القواعد القانونية العامة عندما تطبق بشأنها مبادئ المرافق العامة (المساواة- الاستمرارية، قابلية المرافق لتغيير) واستعمال امتيازات السلطة العامة، (2) وقواعد القانون الخاص عندما تقارب أنشطة ذات طابع اقتصادي ومن ثمة السير على القواعد التي تحكم الأشخاص الخاصة عند ممارستهم للنشاط الاقتصادي كالعلاقات التي تحكم العقود التي تبرمها هذه المرافق ودعوى المسؤولية المترتبة على ممارسة النشاط الاقتصادي (3).

1-DUFAU Jean, «Services publics à caractère industriel et commercial», RAF, 2001,p p3.

2- عوابدي عمار، القانون الإداري ، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص63-64.

3-AUBY Jean-Bernard, Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles, LGDJ, Paris, p3-6.

أكدت عدة اجتهادات قضائية سواء الفرنسية أو المصرية على إقرار أن المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يعد مرفق عام؛ إذ يشهد للقرار "Bac d'Eloka" إقرار ذلك، ونص على أنها تعمل بشروط شبيهة بشروط المؤسسات الخاصة،⁽¹⁾ كما أقرت هذا الموقف محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في سنة 1957 في قضية رقم 3480 بحيث قضت فيه: « .. إنَّ التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرافق العامة الصناعية والتجارية مع أنه تعمل على تحقيق الربح ولكن الواقع من الأمر الهدف الرئيسي لهذه المرافق ليس تحقيق الربح وإنما تحقيق المصلحة العامة»⁽²⁾.

يترتب عن المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري على اعتباره مرفقا عاما مجموعة من النتائج أهمها:

أ - أن المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يخضع للقانون العام من حيث تنظيم المرفق العام، النزاعات الناتجة عن تعديل التعريف هي من صلاحية القضاء الإداري والأعمال الناتجة عن ممارسة امتيازات السلطة العامة⁽³⁾.

ب - أن المرفق العام الصناعي والتجاري يسير بطريقة شبيهة بتسيير المؤسسات الخاصة لذلك يخضع للقانون الخاص في الأمور التالية : القرارات غير التنظيمية التي تصدر من السلطات المختصة مثلا: رفض الاشتراك في الكهرباء⁽⁴⁾. النزاعات بين المرفق العام الصناعي والتجاري والعاملين لديه، باستثناء الذين لهم وصف الموظفين العموميين هي من اختصاص القضاء الإداري. أما في العلاقة بين المرفق العام الصناعي والتجاري والمستفيدين تخضع للقانون الخاص (التجاري)، وذلك باعتبار أن هذا المرفق يعدّ تاجرا أمام المستفيدين⁽⁵⁾.

1 - محمد امين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 122.
2 - جورج قوديل، بيارد لفولقيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001، ص 540 - 548.

3- AUBY Jean-Bernard, Op.Cit, p06-07.

4 - ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، ذاتية القانون الإداري، المركزية واللامركزية، الأموال العامة للموظف العام، المرافق العامة، الضبط الإداري، القرار الإداري، العقد الإداري، السلطة التقديرية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة، التحكيم الإداري، الحجز الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 346.

5 - هيام مروة، القانون الإداري الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2003، ص 10.

2- المرفق العام الصناعي والتجاري المجال الخصب لتفويض.

يشكل المرفق العام الصناعي والتجاري النطاق الأساسي والملائم لتفويض،⁽¹⁾ وتجد هذه فكرة أساسها في فكرة الاستثمار، خاصة إذ تعلق الأمر بطرق التسيير عن طريق الامتياز أو الإيجار. وما يرتبط بها من نتائج مالية والأرباح والمخاطر التي يتحملها المفوض له، مما يجعل المرفق العام الصناعي والتجاري مشابهة للمشاريع الخاصة من حيث مصادر التمويل والتقنيات والطرق المالية والمحاسبية المتبعة⁽²⁾.

لقد عبر عن هذه الملائمة بين المرفق العام الصناعي والتجارية والتفويض⁽³⁾ العديد من الفقهاء منذ أكثر من قرن. ولعل أبرزهم: ما عبر عنه العميد "Houriou"، حتى قبل ظهور مفهوم المرفق العام الصناعي والتجاري حيث اعتبر أن هناك بعض المرافق التي لا يمكنها أن تحقق إلا عن طريق الامتياز. هذا التوجه القديم أيده الفقه الحديث لاسيما مع الأستاذ Dufau الذي رأى أن المرفق العام الصناعي والتجاري يشكل امتياز في آلية التفويض. وكذلك الأستاذ "Auby" الذي اعتبر المرفق العام الصناعي والتجاري المجال المفضل في التفويض،⁽⁴⁾ وأيضا الفقيه "Moreau" الذي اعتبر أن المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري هو وحده الذي يمكن أن يكون محل التفويض. كما أن مفوض الحكومة Meric ذهب أبعد في قضية Epoux Herbert إذ أقر أنه يستنتج من إتباع التفويض قرينة على وجود مرفق عام صناعي وتجاري⁽⁵⁾.

إلى جانب الفقه الفرنسي تبني الاجتهاد الأوروبي هذه الفكرة، إذ اعتبر أنه لكي يكون النشاط المسير من قبل الغير خاصا كان أو عاما مماثلا للمشروع، يجب أن يكون ذاو طابع صناعي وتجاري خلافا للمرافق العامة الإدارية⁽⁶⁾. تختلف المرافق العامة الصناعية والتجارية عن المرافق

1-AUBY Jean-François, Op.Cit, p95.

2-دحموش فايضة، امتيازات السلطة العامة والهيئات غير العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، علوم في القانون، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2015-2016، ص 69-70.

3-CHEVALLIER Jacques, Le service public, 3éd, PUF , Paris,1987, p12.

4-AUBY Jean-François, Op.Cit, p 93.

5 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 229-230.

6 - نقلا عن مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص55.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

العمومية الإدارية من حيث أن هذه الأخيرة تمارس نشاطا إداريا بحثا يدخل في صميم الوظيفة الإدارية، هذا النشاط الإداري الذي يختلف اختلافا جذريا في طبيعته عن النشاط الخاص للأفراد، الأمر الذي يستوجب ويحتم خضوع هذه المرافق لنظام قانوني خاص واستثنائي هو نظام القانون الإداري الذي يختلف قواعده عن قواعد القانون الخاص، ومن أمثلة عن النوع من المرافق: مرفق التعليم، مرفق الدفاع، مرفق الصحة⁽¹⁾.

أما من الناحية القانونية لا نجد أي نص صريح حصر التفويض في المرافق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، وعليه فمن حيث المبدأ فكل المرافق العامة قابلة للتفويض. يستشف من المشرع الجزائري أنّ المرفق العام الصناعي والتجاري يعتبر من المرافق الخصبة والتي يخصصها بالأساس لتفويض. والدليل على ذلك إقراره لهذه الآلية في القوانين المنظمة للمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من أبرزها:

- قانون المياه بموجب نص المادة 104 منه⁽²⁾.

- قانون البريد والاتصالات الإلكترونية إذ أقر أن هذا المرفق من المرافق القابلة للتفويض، وذلك طبقا لنص المادة 29 من القانون رقم 18-04 إذ جاء فيها: «تمنح الدولة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري "بريد الجزائر" مهمة تطوير واستغلال وتوفير خدمات البريد التي تدخل في نظام التخصيص.

ينشأ بريد الجزائر طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ويكلف بتوفير الخدمة الشاملة للبريد.

ويرخص لبريد الجزائر بإنشاء خدمة التوفير وتوسيع تشكيلة الأداءات المالية المقدمة لزيائنه

على أساس تجاري طبقا لأحكام القانون المتعلق بالنقد والقرض.

تعهد الدولة باستغلال وتطوير الشبكات الوطنية لنقل الاتصالات الإلكترونية إلى المتعامل

التاريخي صاحب رخصة إقامة واستغلال شبكة ثابتة لاتصالات إلكترونية مفتوحة للجمهور»⁽³⁾

1 - محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة (فرنسا، الاتحاد السوفيتي، يوغسلافيا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص110.

2 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

3 - قانون رقم 18-04، مرجع سابق.

- قانون الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات إذ يجيز منح امتياز توزيع الغاز والكهرباء وذلك طبقا لنص المادة 73 منه⁽¹⁾.

وفي ضوء ذلك، أقول أنّ المشرع الجزائري اعتبر المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري من المرافق العامة الأكثر قابلية للتفويض. كما أنه بموجب النص المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجده (أي المنظم الجزائري) استعمل عبارات واسعة لطبيعة المرافق التي يتم تفويضها، إذ ترك السلطة التقديرية للإدارة لتحديد طبيعة المرافق العامة المراد تفويضها، وذلك باعتبار أن المرافق العامة الإدارية وكذلك المرافق الاجتماعية ممكن تفويض تسييرها إلى الغير. إلا أن نيته تنصب على المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري ولن يتعلق الأمر بالمرافق العامة السيادية الأمن والدفاع. وذلك باعتبار أن هذه المرافق لا تستطيع الدولة التخلي عنها للخواص، نظرا لانطوائها على علاقة مباشرة بممارسة السلطة العامة،⁽²⁾ وكذلك لكونها من المرافق المستثناة من التفويض بناء على منع من المشرع، على عكس المرفق العام الصناعي والتجاري التي سمحت بفتحها على القطاع الخاص وبالتالي يجوز تفويضها بكل حرية.

أما في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام فقد تمّ استعمال عبارة "تحويل بعض المهام غير السيادية"⁽³⁾. إن هذه العبارة يسودها نوع من الغموض، إذ هل يقصد بهذه العبارة تفويض المرافق غير السيادية أم المهام غير السيادية؟ لكن أغلب الظن أنه قصد عبارة تفويض المرافق غير السيادية، بالتالي يكون هذا النص وسع من المرافق القابلة للتفويض ولم يحصرها في فئة معينة وإنما استثنى منها فقط الذات الطابع السيادي. لذا حذب لو يتم إعادة صياغة هذه العبارة الغامضة وتعويضها بعبارة تفويض المرافق غير السيادية.

وما تجدر الإشارة إليه، حتى في التشريعات المقارنة لم يحددوا قائمة بالمرافق العامة الواجب تفويضها. فالمشرع الفرنسي سواء في قانون "Sapin" أو في الأمر المتعلق بعقود الامتياز لم يحد طبيعة المرافق المراد تفويضها وإنما ترك السلطة التقديرية للإدارة. لكن من الناحية العملية في فرنسا نجدها تطبق بكثرة كأسلوب للتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.⁽⁴⁾ وذلك باعتبار أن سبب وجود هذه

1 - قانون رقم 02-01، مرجع سابق

2-BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, éditions du moniteur, Paris, 2007, p50.

3 - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

4- RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, 5 édition, L.G.D.J, Paris, 2006, p 563-565.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

الآلية هو لفائدة هذه المرافق العامة الصناعية والتجارية بهدف تحسين الخدمة العمومية الاقتصادية التي تؤديها، ومن أجل عصريتها ومن أجل مواكبتها للتطورات الاقتصادية.

وعليه نستنتج في الأخير، أن كل المرافق العامة سواء الذات الطابع الإداري⁽¹⁾ أو ذات الطابع الاجتماعي⁽²⁾ أو ذات الطابع الثقافي قابلة للتفويض إلى جانب المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

ثانيا: ضرورة ارتباط المقابل المالي بنتائج جوهرية استغلال المرفق العام الصناعي والتجاري.

يلزم كذلك لتحقيق تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري أن يتحقق معه معيار آخر، وهو إلزامية أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج جوهرية لاستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري.⁽³⁾ وقد أكد الفقه والاجتهاد على أن تفويض المرفق لعام يجب أن يتضمن ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج الاستثمار،⁽⁴⁾ أي تحمل المفوض له لمخاطر الاستثمار التي تنتج عن إدارته للمرفق وتشغيله على نفقاته ومسؤوليته.

يعتبر ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار معيارا حاسما لتفويض المرفق العام بشكل عام، باعتبار أنه لا يمكن تصور وجود تفويض مرفقي بعائدات لا تتصل بالمخاطر والعبء المالي للاستثمار، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 15/04/1996 في قضية "Bouches du Rhône"⁽⁵⁾.

1 - هذا ما عبر عنه الاجتهاد الفرنسي في العديد من القرارات القضائية، أولها قضية Terrier حين اعتبر مهمة المتعاقد مع السلطة المفوضة في التخلص من الأفاعي القاتلة بأنها امتياز لمرفق إداري عام، كذلك في قضيتي Société des **Magnier و tsvezia établissements**. وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 232.

2 - هذا طبقا لتعميم الوزاري الصادر في سنة 1998، الذي أكد على إمكانية تطبيق تفويض المرفق العام في مجال المرافق العامة الاجتماعية. راجع في هذا الخصوص محمد عبد الطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 77.

3- BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p220.

4- مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، 447.

5-Cité par, BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Délégation de service public, LITEC, Paris, 2010, p16-17.

- إذ أكد في هذا الحكم على أن ارتباط المقابل المالي للمفوض له بنتائج الاستغلال يعتبر معيارا مميزا لعقود تفويض المرفق العام، وكان هذا الحكم قد صدر بمناسبة الطعن الذي قدمه أحد المحافظين ضد حكم المحكمة الإدارية بمدينة

يأخذ في الاعتبار المقابل المالي للتكاليف وهامش الربح إضافة إلى ذلك يتضمن قدرا من المخاطر المرتبطة بالنتائج الاقتصادية لاستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري⁽¹⁾. إن مصادر المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له في تفويض المرفق العام لا يأتي دائما من قبل المستفيدين. إذ يمكن لسلمة المفوضة أن تقوم بدفع جزء من هذا المقابل المالي، ونكون أمام تفويض مرفق عام⁽²⁾، بذلك توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال⁽³⁾. وأهم مثال على ذلك قضية "Thérond"، بحيث أقر القضاء أن العقد المبرم بين الجماعة العامة وأحد المتعاقدين حول التقاط الكلاب المسعورة وجمع الحيوانات الميتة من الشوارع بأنه عقد امتياز مرفق عام على الرغم من أن المتعاقد يتقاضى مقابل مالي من الإدارة وليس من المنتفعين⁽⁴⁾.

مرسليا برفض إحالة قرار أحد مجالس البلدية والذي تضمن أن يعهد إلى إحدى الشركات بجمع وتصريف النفايات المنزلية في المدينة وإدارة المخلفات البلدية.

وقد رأى المحافظ أن هذا ليس بتفويض مرفق عام، وإنما يعتبر عقد من عقود العمومية (الصفقات العمومية) وكان لا بد أن يخضع في إبرامه للقانون الصفقات العمومية، وليس للقانون "Sapin" 93-122 المتعلق بالوقاية من الفساد في الحياة الاقتصادية.

وقد استند المحافظ في طعنه على أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد لا يتم دفعه من جانب المستفيدين لكنه عبارة عن ثمن قدر بشكل جزافي سنويا بمبلغ محدد، ويتم تسديده على دفعات شهرية، أيد مجلس الدولة الفرنسي المحافظ في طعنه وحكم بأن العقد محل النزاع لا يعد من قبيل عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل المالي للمتعاقد يستحق في صورة ثمن تدفعه المقاطعة (البلدية)، وبالتالي يجب أن يخضع هذا العقد للقواعد التي تنظم العقود العمومية. راجع محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 67 - 80.

-CE du 15 avril 1996, préfet des bouches de Rhône, commune de Lambesc, n°168325, publiée au recueil Lebon. consulté le 23/03/2019. www.legifrance.gouv.fr

1 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p54-55.

2 - زوية سميرة، «اتفاقية التفويض تجسيدا لشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة عباس لغرور خنشلة، المجلد 5، العدد 2، 2018، ص 280.

3 - BRACONNIER Stéphane, Précis du droit de la commande public, édition le moniteur, Paris, 2017, p157.

4 - نقلا عن أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 99.

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية SMITOM على معيار ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال على الرغم من أن الجزء المتغير من المقابل المالي والذي يدفع من قبل المنتفعين هو الجزء الأقل، أما الجزء الأكبر يدفع من قبل السلطة المفوضة⁽¹⁾.

إلى جانب إقرار الاجتهاد القضائي لمعيار ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام أقرته كذلك التشريعات، سواء المشرع الفرنسي بالتحديد في المادة 3 من قانون "Murcef"⁽²⁾، وكذلك بموجب نص المادة L1411-1 من القانون العام للجماعات الإقليمية، والمادة 5 من الأمر المتعلق بعقود الامتياز⁽³⁾.

وتم النص عليه في المنظومة القانونية الجزائرية في نص المادة 207 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؛ بحيث أقرت صراحة على أن المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له بصفة أساسية مرتبط بصورة جوهرية باستغلال المرفق العام⁽⁴⁾.

1 - CE du 30 juin 1999, syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine- et marnais(SMITOM), n°198147, publie au recueil Lebon. Consulté le 18/04/2019. www.legifrance.gouv.fr.

- تتلخص وقائع القضية على أن: إحدى النقابات فوضت إلى شركة خاصة جمع النفايات ومعالجتها، وحدد في العقد أن المقابل المالي فيه جزء ثابت يشكل 70% كأجر يدفع من قبل السلطة المفوضة (النقابة)، والجزء المتغير يشكل 30% من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين. فقد أكد المجلس على أن هذا العقد يعد عقد تفويض مرفق عام وليس صفقة عامة نظرا لارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال على الرغم من أن هذا المقابل يشكل جزء صغير.

2 - Art 3 de la loi du 11-12-2001 insérant un alinéa supplémentaire dans la loi Sapin n° 93-122 du 29/01/1993, prévoit que : « *des contrats par les quels une personne morale de droit public confie la gestion d'in service public dont elle a la responsabilité à un délégué public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat d'exploitation du service* ». Op.Cit.

3 - «...à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix... ». L'ordonnance n°2016- 65, Op.Cit.

4 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

ثالثاً: ضرورة أن يتعلق موضوع تفويض بتسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري.

يلزم لوصف عقد بأنه تفويض مرفق عام ذو طابع صناعي والتجاري أن ينصب موضوع العقد على إدارة واستغلال مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري، تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض⁽¹⁾.

يعد تسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري من أهم معايير تمييزه عن العقود الإدارية الأخرى خاصة الصفقات العمومية. ويعتبر من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المفوض له. ويجب أن يقترن تسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري بتحمل المفوض له مخاطر التشغيل والإدارة سواء بصفة كلية أو بصفة جزئية،⁽²⁾ أي أن يتحمل المفوض له إدارة وتشغيل المرفق العام الصناعي والتجاري إضافة إلى تحمله لمخاطر الاستغلال على نفقته (تحمل المخاطر الاقتصادية)، كما يتحمل تمويل عمليات التشغيل. وفي بعض العقود يتحمل أعباء إقامة المرفق العام الصناعي والتجاري خاصة في أسلوب الامتياز. وقد عبر القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار تحمل المفوض له للمخاطر استغلال المرفق العام الصناعي والتجاري كأداة لتميز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود الإدارية الأخرى، إذ في حالة ما إذا اقتصر دور المفوض له على إدارة واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري من دون تحمل مخاطر تشغيله وإدارته فلا يعتبر تفويض مرفق عام صناعي وتجاري⁽³⁾.

يترتب على قيام المفوض له بإدارة واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري مجموعة من النتائج:

- تحمل مخاطر الاستغلال بشراكة أي تضامن مالي بين الدولة وبين الشخص المكلف بإدارة واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري⁽⁴⁾.

1 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 448.

2 - DEFUILLEY Christophe, Le service public ou défi de l'efficacité économie les contrats de délégation dans la gestion des déchets ménagers, thèse pour le doctorat de science économiques, université Paris II, demis Diderot, 1996, p 10 - 15.

3 - SOLDINI David, « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », R.F.D.A, n°06, 2010, p p 1120-1121.

4 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 98.

- قيام علاقة تعاقدية بين العمال الذين يتم استخدامهم من قبل المفوض له من أجل تأمين الأعمال المتعلقة بالتشغيل والمفوض له، مع إخضاع هذه العلاقة لقانون العمل.

- قيام علاقة تعاقدية بين المفوض له والمستفيدين من خدمات المرفق العام الصناعي والتجاري، مع إخضاعها لأحكام القانون التجاري.

- من حيث تحمل المخاطر كذلك نجد أن المفوض له لا يتحمل نفس درجة المخاطر في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، إذ يتحمل الجزء الأكبر في أسلوب الامتياز، في حين يتحمل الجزء الأصغر في أسلوب الوكالة المحفزة⁽¹⁾.

أكد المنظم الجزائري على هذا المعيار، والمتمثل في أن يكون موضوع تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري في إدارة واستغلال المرفق، وأن يقتصر بتحمل المفوض له لمخاطر الاستغلال والإدارة، وذلك تطبيقاً لنص المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽²⁾. لكن يعاب على هذا المرسوم عدم تحديده لكيفية ومستوى تحمل المفوض له للمخاطر في حين استدرك المرسوم التنفيذي هذه المسألة، إذ نجده حدد بدقة مستوى المخاطر التي يتحملها المفوض له وذلك وفق نسبة مشاركته في تمويل المرفق محل التفويض وقسمه إلى 3 مستويات: المستوى الأول: هو حالة التي لا يتحمل فيها المفوض له أي خطر.

المستوى الثاني: هو حالة التي يتحمل فيها المفوض له جزء من الخطر.

المستوى الثالث: الحالة التي يتحمل فيها المفوض له كل الخطر⁽³⁾.

وتتمثل المخاطر التي قد تعترض المفوض له في: المخاطر التجارية التي تتعلق بإيرادات الاستغلال.

والمخاطر الصناعية: تتعلق بأعباء الاستغلال والنقائص المرتبطة بتسيير المرفق محل التفويض.

ما تجدر الإشارة إليه، أنه في النصوص المنظمة لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لم يتم النص على مبدأ تضامن الدولة والمفوض له في تحمل المخاطر، إذ نجده في النص المنظم لتفويض المرفق العام يلقى في بعض الأحيان بالمسؤولية الكاملة على السلطة المفوضة في تحمل الأعباء المالية والمخاطر. وفي أحيان أخرى يلقى بالمسؤولية الكاملة على المفوض له واستبعد

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 110.

2 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

3 - المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

مبدأ تضامن وتعاون الدولة والشخص المكلف بإدارة واستغلال المرفق العام. على عكس المشرع المغربي الذي اقرّ هذا المبدأ في المادة 24 من قانون تدبير المفوض تحت عنوان: المسؤولية والمخاطر⁽¹⁾. كما يعاب على المرسوم التنفيذي أنه أقر إمكانية عدم تحمل المفوض له لأي مخاطر في المستوى الأولى أين أقر بحالة عدم تحمل المفوض له لأي خطر وهذا غير ممكن لأنه من أهم معايير عقود تفويض المرفق العام هو ضرورة تحمل المفوض له لكل أو جزء حتى ولو كان قليل من المخاطر لكي نكون بصدد عقد تفويض المرفق العام، لذا على المنظم إعادة النظر في هذا المستوى.

الفرع الثاني

الضوابط الشكلية لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري

يشترط إلى جانب الضوابط الموضوعية الواجب توافرها في تفويض المرفق العام ضوابط شكلية تتجسد من خلال وجود علاقة تعاقدية تنصب في شكل اتفاقية (أولاً) تبرم بين طرفين رئيسيين (ثانياً).

أولاً - ضرورة وجود عقد.

ألزمت مختلف التشريعات المنظمة لتفويض المرفق العام على ضرورة أن تتجسد هذه الآلية التي تربط السلطة المفوضة والمفوض له، في شكل علاقة تعاقدية تتجسد في شكل اتفاقية تحدد حقوق وواجبات كلا الطرفين⁽²⁾.

اشتراط المشرع الجزائري الصفة التعاقدية في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري في عدة قوانين لعل أهمها: قانون النقل البري إذ نص عليها بموجب المادة 31 منه: «... يكون الامتياز محل اتفاقية وفق للشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم»⁽³⁾. أيضاً قانون المياه تضمنته في المادة 1/107 بنصها: « يوافق على اتفاقية تفويض الخدمة العمومية حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم...»⁽⁴⁾. وقد تم تنظيم هذه الاتفاقية في مجال المياه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-

1 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

2-BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p.220

3 - قانون رقم 01-13، مرجع سابق.

4 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

275 الذي حدد كفاءات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، إذ نص في المادة الثانية منه على أنه يتم الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير بموجب مرسوم التنفيذي. وأخضع هذا المرسوم طلب الاتفاقية لضرورة أن يتضمن الملف المرفق بمشروع اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير على مجموعة من الوثائق التي تتمثل فيما يلي: الإشعار وملف الإعلان عن المنافسة وتقرير تقييم العروض ومبرر التأهيلات المهنية والضمانات المالية للمتعامل المقبول⁽¹⁾.

أكد على هذه السمة التعاقدية المنظم الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في نص المادة 207 منه، والتي جاء فيها: «...وتقوم السلطة المفوض التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية...»⁽²⁾ وأكدها في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام⁽³⁾.

اشترط المشرع الفرنسي هو الآخر ضرورة تجسيد اتفاقية التفويض في شكل اتفاقية مكتوبة⁽⁴⁾. وسرى على نفس المنوال المشرع المغربي في نص المادة الثانية من قانون تدبير المفوض بنصه على أن تدبير المفوض عقدا⁽⁵⁾.

كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي من جهة أكد على الصفة التعاقدية لتفويض المرفق العام، وذلك في قرار صادر عن مجلس الدولة في 28/01/1995، والذي تم فيه النص على أن أحكام المادتين 38 و40 من القانون sapin لا تطبق إلا في الحالات التي يكون فيها التفويض موضوع

1 - تنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، على أنه: «يجب أن يتضمن الملف المرفق بمشروع اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، الوثائق الآتية:

-الإشعار وملف الإعلان عن المنافسة

-تقرير تقييم العروض،

-مبرر التأهيلات المهنية والضمانات المالية للمتعامل المقبول»

2 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

3 - المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

4- « une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n°2016-65 du 26 janvier 2016 relative aux contrats de concessions, conclu par écrit... » Art L1411-1 du code général des collectivités territoriales, Op.Cit.

5 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

عقدا. ولا تعد هاتان المادتان قابلتين للتطبيق عندما يكون اختيار المفوض له في التفويض الانفرادي سواء بموجب قرار أحادي الجانب، أو بموجب نص قانوني⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لهذه الاتفاقية، فإنها تعد من العقود الإدارية وهو ما أقره صراحة المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بموجب نص المادة 6 منه إذ جاء فيها: «**اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا لتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم.**»⁽²⁾.
ثانيا: تحديد أطراف عقد التفويض.

تبرم اتفاقية التفويض دائما بين شخص معنوي عام يسمى السلطة المفوضة (1) وشخص آخر يسمى مفوض له (2).

1- ضرورة أن يكون الشخص مانح التفويض من أشخاص القانون العام.
يقتضي أن يكون مانح التفويض شخص معنوي عام والمتمثل في الدولة (أ) أو الجماعات الإقليمية (ب)، أو المؤسسات العامة (ج)

أ- الدولة: توصف الدولة بأنها شخص معنوي⁽³⁾ عام الذي يغطي اختصاصه بجميع إقليم الدولة، ويستمد شخصيته المعنوية من طبيعة وجوده دون الحاجة إلى وجود نص يمنحها هذه

1 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 93.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - تعدد المادة 49 من أمر رقم 75-58، الأشخاص الاعتبارية وهي:

-الدولة، الولاية، البلدية،

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

-الشركات المدنية والتجارية،

-الجمعيات والمؤسسات،

-الوقف،

-كل مجموع من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

وتضيف المادة 50 من نفس القانون على أنه «**يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون.**»

يكون لها خصوصا:

- **نمّة مالية،**

- **أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو تلك التي يقرها القانون،**

- **موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها،**

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

الشخصية ويمثل الدولة في ممارسة اختصاصها عدد ضخم من الوحدات الإدارية والمرافق العامة،
مثل: الوزارات⁽¹⁾.

والدولة بهذه الصفة هي المتكفلة بالأصل بالإشراف على المرفق العام سواء بإنشائه أو تسييره وهو ما يفسر أنه في مختلف العقود الإدارية تكون الطرف الأساسي فيها. نفس المعنى ينطبق على عقد تفويض المرفق العام، حيث تكون الدولة الطرف الأساسي في العقد بوصفها السلطة المفوضة. وهو ما تم النص عليه صراحة تقريبا في كل النصوص المنظمة لتفويض المرفق العام منها:

أ-1: قانون المياه: بموجب نص المادة 104 التي تضمنت على أنه: « **تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات...**»⁽²⁾. يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حصر السلطة المفوضة في كل من الدولة يمثلها الوزير المكلف بالموارد المائية أما البلديات، تمثل السلطة المفوضة عندما يتم تفويض الخدمة العمومية للمياه على المستوى المحلي. وقد أقصى الولاية من أن تكون السلطة المفوضة في هذا القطاع. كما حوّل إلى جانب هذين الجهازين، صلاحية التفويض لفائدة صاحب الامتياز وذلك بموجب نص المادة 104 فقرة الثانية من نفس القانون إذ جاء فيها: «...كما يمكن صاحب الامتياز أن يفوض كلا أو جزء من هذه النشاطات لفرع أو عدة فروع لاستغلال المنشأة لهذا الغرض». ويتمثل صاحب الامتياز في المؤسسات العموميتان الوطنية للمياه، وفرضت المادة 108 من نفس القانون على صاحب الامتياز عندما يشرع في تفويض الخدمة العمومية للمياه بصفته سلطة مفوضة أن يطلب الموافقة المسبقة من الإدارة المكلفة بالموارد المائية المتمثلة في وزارة الموارد المائية.

- الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر،

- نائب يعبر عن إرادتها،

- **حق التقاضي.** «أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر 30 سبتمبر 1975، متمم بالقانون رقم 89-01، مؤرخ في 7 فبراير 1989، ج ر عدد 06 صادر في 8 فبراير 1989، والقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان 2005.

1 - مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، ط الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 112.

2 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه قد وسع من الأشخاص التي يمكن أن تبرم عقد تفويض المرفق العام مستعملا عبارة الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام " Les Personnes morales de droit public " ومن ثمة يدخل في هذا الإطار الدولة⁽¹⁾. وهذا على خلاف المشرع المغربي الذي أقصي الدولة من أن تكون كسلطة مفوضة وذلك باعتبار أن القانون رقم 05-54 حصر السلطة المفوضة في الجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة⁽²⁾.

أ-2: المرسوم الرئاسي رقم 15-247: أقرت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أن السلطة المفوضة تتمثل في كل شخص معنوي عام⁽³⁾، دون أن يفصل ما المقصود بالشخص المعنوي العام، إذ أن العبارة جاءت بصيغة العموم، وعليه يمكن إقحام الدولة فيها. لكن رغم إقرار المرسوم الرئاسي هذا التوسع إلا أنه تم تغيير هذه النظرة في ظل المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام جاء بصيغة أخرى وذلك بموجب نص المادة 4 أين حصر الشخص المعنوي العام في كل من: الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها دون أن يشمل عبارة الدولة، وهذا عبارة عن نقص نسجله في هذا الإطار. إلا أن الأمر يمكن أن يفهم بطريقة أخرى وهي أنه بالرغم من هذا التناقض إلا أنه تطبيقا للقاعدة الخاص يقيد العام فإنه عندما يتم التفويض على المستوى الوطني فإنه يتم التفويض من قبل الدولة ممثلة في وزير المكلف بالقطاع، أما عندما يتم تفويض مرفق عام صناعي وتجاري محلي فيتم التقيد بنصوص المتعلق بتفويض المرفق العام الإقليمي.

ب- الجماعات الإقليمية: يقصد بالجماعات الإقليمية وتطبيقا للمادة 16 فقرة الأولى من التعديل الدستوري لسنة 2016 في كل من البلدية والولاية⁽⁴⁾. فالبلدية والولاية هي الأخرى تعتبر من الأشخاص المعنوية بصريح نص المادة 49 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، تمارس مهمة الأعمال الإدارية بكل أنواعها بما فيها إبرام العقود الإدارية بما فيها تفويض المرفق العام. وفي هذا الإطار تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على تولي الجماعات الإقليمية

1 - Art 9 de l'ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

2 - المادة الأولى من القانون رقم 05-54، مرجع سابق.

3 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

4 - قانون رقم 16-01، مرجع سابق.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

صلاحية تفويض تسيير المرفق العام بشكل عام ويمتد الأمر إلى تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري. وعلى العموم فكل من البلدية(ب-1) والولاية(ب-2) تتولى عملية تفويض للمرفق العام.

- **ب-1: البلدية:** تعتبر البلدية تطبيقاً للمادة الأولى من قانون رقم 10-11 الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحدث بموجب القانون. وتطبيقاً أيضاً لنص المادة 16 الفقرة الثانية من التعديل الدستوري تنص صراحة على أن البلدية هي الجماعة القاعدية، وطبقاً لنص المادة 4 للمرسوم التنفيذي رقم 18-199 فالبلدية لها صلاحية التفويض باعتبارها من الجماعات الإقليمية.

كما تنص المادة 150 الفقرة الثانية من قانون البلدية على أنه: «...و يمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض». كما نصت المادة 156 من نفس القانون على أنه: «يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقاً لأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها»⁽¹⁾.

يتضح من هذه المادة أن المشرع كرس هذا الأسلوب إلى جانب الأساليب تسيير المصالح العمومية البلدية الأخرى المتمثلة في كل من التسيير المباشر وأسلوب المؤسسة وكذا أسلوب الامتياز وأعطى السلطة التقديرية للإدارة في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسب لتسيير مصالحها العمومية المتمثلة في:- التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة-النفائات المنزلية والفضلات الأخرى-صيانة الطرقات وإشارات المرور-الإنارة العمومية- الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية-الحظائر ومساحات التوقف-المحاشر- النقل الجماعي-المذابح البلدية- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء- الفضاءات الثقافية التابعة لأماكنها-فضاءات الرياضة والتسلية التابعة لأماكنها-المساحات الخضراء-هذه المصالح هي عبارة عن مصالح عمومية اقتصادية⁽²⁾.

1 - قانون رقم 10-11، مرجع سابق.

2 - المادة 149 من قانون رقم 10-11، مرجع سابق.

لكن يعاب على المشرع في هذا القانون انه نص على أن تفويض المرفق العام يمكن أن يكون في شكل عقد برنامج أو صفقة طلبية لكن هذا غير صحيح لان أشكال عقد التفويض لا تتمثل في هذه الأشكال وإنما تتمثل في أشكال أخرى والتي سوف نراها لاحقا وهذه الأشكال هي أشكال الصفقة العمومية.

ب-2:الولاية: تعتبر الولاية تطبيقا للمادة الأولى من قانون الولاية على أنها: «الجماعة الإقليمية للدولة».

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة.

وتساهم مع الدولة في إدارة وتهيئة الإقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وحماية البيئة وكذا حماية وترقية وتحسين الإطار المعيشي للمواطنين.

وتتدخل في كل المجالات الاختصاص المخولة لها بموجب القانون.

شعارها هو الشعب وللشعب.

وتحدث بموجب القانون»⁽¹⁾.

لم ينص قانون الولاية على أسلوب التفويض على خلاف قانون البلدية. لكن رغم ذلك اقر أحد أشكالها والتمثل في الامتياز وذلك بموجب نص المادة 149 منه إذ جاء فيها: «إذ تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز». يتضح من هذه المادة أن المشرع في هذا القانون اعتبر الامتياز أسلوب استثنائيا لاستغلال احد المصالح العمومية الولائية في حين اعتبر الأساليب التقليدية سواء الاستغلال المباشر أو المؤسسة كأساليب أساسية لاستغلالها. كما أنه اشترط اللجوء إلى أسلوب الامتياز في حالة تعذر استغلالها بموجب الأساليب التقليدية واشترط كذلك ضرورة الحصول على الترخيص بذلك من قبل المجلس الشعبي الولائي.

1 - قانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد12، صادر بتاريخ 29 فبراير 2012.

بمعنى أن الولاية في قانون الولاية لا يمكن لها أن تلجأ إلى أسلوب تفويض المرفق العام، وهذا عكس المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الذي اعترف لها بهذه الصلاحية وهو ما يشكل تعارض بين النصين، سيستدعي التدخل من قبل المشرع لرفعه، والأحسن أن يكون في منح الولاية صلاحية اللجوء إلى تفويض المرفق العام، لأن دواعي المصلحة العامة تقتضي ذلك.

أما القانون الفرنسي فقد نص على صلاحية تفويض تسيير المرفق العام من قبل الجماعات الإقليمية وذلك باعتبارها تدخل ضمن الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام. نفس الوقف تبعه المشرع المغربي الذي نص صراحة على أن الشخص الذي يمكن أن يبرم عقد تفويض تسيير المرفق العام يكون من قبل الجماعات الإقليمية (البلدية والولاية).

ج- المؤسسات العامة: تعتبر المؤسسات العامة شخص عمومي يقوم بنشاط متخصص، إذ تعتبر كأداة للامركزية التقنية وهي مكلفة بتسيير مرفق عام،⁽¹⁾ منح القانون للمؤسسات العمومية سلطة منح وأبرم تفويض المرفق العام، وهذه المؤسسات العمومية المقصودة هي:

ج-1: المؤسسات العمومية الإدارية: تعرف هذه المؤسسات على أنها: المؤسسات التي تمارس نشاطا ذو طبيعة إدارة محضة تتخذها الدولة أو الجماعات الإقليمية لإدارة بعض مرافقها من خلال إعطاء الشخصية المعنوية وتخضع للقانون العام. كما خول لها القانون بعض امتيازات السلطة العمومية، وتعتبر أموالها أموالا عامة وموظفيها هم موظفون عموميين،⁽²⁾ وهي من الأشخاص الاعتبارية الواردة أيضا ضمن أحكام المادة 49 الفقرة الأولى من القانون المدني.

خولت المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للجماعات الإقليمية صلاحية التفويض، للمرفق العام دون أن يفصل في معناه.

ج-2: المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري: إذا كان المرسوم التنفيذي رقم 18-199 قد نص على المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري كسلطة مفوضة إلا أنه بالنسبة للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري فإنه لم يقمها ضمن المؤسسات العامة الإدارية.

1 - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، ص 2012، 70.
2- LINOTTE Didier, ROMI Raphael, Droit du service public, lexis nexis , litec, Paris, 2007,p123-124.

لكن يمكن فهم عدم إقحامها كسلطة مفوضة في عقد تفويض المرفق العام، وذلك كون أن المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري غالباً ما تتخذ صفة المفوض له، أي الطرف الثاني في عقد تفويض المرفق العام. لكن هذا لا يمنع من أنها يمكن أن تكون سلطة مانحة التفويض باعتبارها صفة المؤسسة العامة وذلك طبقاً لنص المادة 45 من القانون رقم 88-01: تنص على أنه «تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة، وتعد تاجرة في علاقتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري، ويكون لها في حياتها نمة متميزة وموازنة خاصة طبقاً للأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في هذا الشأن». (1)

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي إزاء المؤسسات العامة كسلطة مفوضة كان قانون sapin (2) قد استبعد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري الخاصة بالدولة كسلطة مفوضة في حين في الأمر المتعلق بعقود الامتياز قد ادخلها ضمن دائرة السلطة المفوضة وبذلك فكل المؤسسات العامة لها هذه الصلاحية. نفس الموقف كذلك بنسبة للمشرع المغربي خول المؤسسات العامة ككل صلاحية تفويض تسيير المرفق العام.

د: التجمعات: إلى جانب الأشخاص المذكورة آنفاً حددت المادة 5 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام إمكانية أن تكون السلطة المفوضة في شكل ممثل عن الأشخاص العموميين المنشأة أو المسيرة للمرفق عام في إطار التجمع؛ إذ يمكن تجمع عدة أشخاص معنوية عامة في تكتل واحد لتسيير واستغلال المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (3).

1 - قانون رقم 88-01 القسم الثالث من القانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02، صادر بتاريخ 13 يناير 1988، ملغي جزئياً بموجب المادة 28 من أمر رقم 95-25، مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر عدد 55، صادر بتاريخ 27 سبتمبر 1995. (ملغي). راجع كذلك لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد لنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 217-218.

2 - Art 38 du loi n°93-122, Op.Cit.

3 - تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، على أنه: «يمكن تفويض المرفق العام المنشأ أو المسير من قبل عدة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام، في إطار تجمع».

يعين الأشخاص العموميون المذكورون أعلاه ممثلاً عنهم ضمن التجمع، بموجب اتفاقية. ويحوز العضو المعين صفة السلطة المفوضة ويمثل أعضاء التجمع في تجسيد تفويض المرفق العام».

ويقصد بالتجمع ذلك الاتفاق الذي يتم بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ولمدة محددة، بحيث يتخذ هذا التجمع الشخصية المعنوية، ويبقى أيضا أعضائه محتفظين بالشخصية المعنوية اللذين كانوا يتمتعون بها قبل التجمع وعليه فتكون مسؤولية الأعضاء تضامنية وفردية عن ديون التجمع.⁽¹⁾

2- المفوض له:

يعتبر المفوض له الطرف الثاني في عقد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، وهو الشخص الذي تعهد إليه السلطة المفوضة إدارة واستغلال مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري.⁽²⁾ يتميز موقف المنظومة الجزائرية حول تحديد الطبيعة القانون للمفوض له بموقف متدرج، إذ حددته في بعض النصوص القانونية الخاصة ووسعت من نطاقه، وفي بعض النصوص الأخرى حصرت^(أ)، في حين بالعودة إلى التشريعات المقارنة هناك من التشريعات التي وسعت من مجاله وهناك من التي حصرت^(ب) كذلك. لنستنتج في الأخير أن الصفة النهائية للمفوض له يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا^(ج).

أ) الصفة القانونية للمفوض له في المنظومة القانونية الجزائرية: بين الحصر والتوسيع.

لم يوضح المرسوم الرئاسي رقم 15-247 صفة المفوض له، والدليل على ذلك العبارة المستعملة في نص المادة 207 والمتمثلة في «المفوض له» فجاءت على إطلاقه. يمكن أن يكون أي شخص فقد يكون شخص طبيعي كما قد يكون شخص معنوي، وهذا الأخير قد يكون عاما وقد يكون خاصا، كما قد يكون المفوض له وطنيا أو أجنبيا⁽³⁾. لكن بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 حدد بدقة صفة المفوض له. إذ أقر على أنه يتم تفويض تسيير مرفق عام إلى شخص

1 - معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 101.

2 - AUBY Jean-François, Op.Cit,p73.

3 - تنص المادة 207 فقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: «يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له...».

معنوي، عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري أي مقيما في الجزائر.⁽¹⁾ بذلك يكون النص قد وسع من صفة المفوض له الذي قد يكون شخصا معنويا عاما كان أو خاصا، وطنيا أو أجنبيا، دون أن يفصل في المقصود بهذه الأشخاص. لكن المعنى ينصب على أن الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة يمكن أن تتخذ صفة المفوض له كالشركات التجارية التي قد تكون مؤسسات عامة اقتصادية أو أي شخص تابع للقانون الخاص في إطار إشراك القطاع الخاص في عصرنة وتحديث المرفق العام هذا من جهة.

من جهة أخرى باستقراء نص المادة 30 من نفس المرسوم نصت على تضمين ملف الترشيح وثيقة: رقم التعريف الجبائي للمتشحين الأجانب لكن سبق لهم العمل في الجزائر، تتح هذه المادة أن يترشح للتفويض شخص معنوي أجنبي سبق له العمل في الجزائر.

إضافة إلى هذا المرسوم التنفيذي هناك بعض النصوص القانونية الخاصة التي حصرت المفوض له في الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الجزائري. ولعل أهمها: المادة 10 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني إذ جاء فيها: «يمكن أن يكون استغلال خدمة النقل الجوي العمومي أيضا، محل امتياز يمنح لفائدة الأشخاص الطبيعيين من ذوي الجنسية الجزائرية والأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الجزائري»⁽²⁾. يتضح من هذه المادة أنه حصرت المفوض له في الشخص الطبيعي الذي اشترطت فيه تمتعه بالجنسية الجزائرية، كما أنه أقرت على أنه يمكن تفويض لفائدة شخص اعتباري أجنبي لكن لا بد أن تخضع شركته للقانون الجزائري

1 - تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أنه: «...أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي، عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعي في صلب النص "المفوض له" ...» مرجع سابق.

-ذكر بعض النصوص القانونية التي ذكرت موضوع الإقامة : مثلا بالنسبة للمستثمرين الأجانب :
-قانون النقد والقرض الذي اعتمده كمييار لتميز بين الوطنيين والأجانب، وذلك طبقا لنص المادة 125 من أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، صادر بتاريخ 27 غشت 2003، معدل ومتمم بموجب أمر رقم 09-01، مؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 26 يوليو 2009. وبموجب أمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 1 سبتمبر 2010. ومعدل بموجب قانون 16-14، مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر عدد 77، صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2016.

2 - قانون رقم 98-06، مرجع سابق.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

أي احترام شروط ممارسة النشاط بالنسبة للأجنبي. أي اعتماد معيار الإقامة لممارسة النشاط على التراب الجزائري⁽¹⁾.

يعاب على معظم النصوص القانونية المنظمة لتفويض المرفق العام إقصاء الشخص الطبيعي من الأشخاص التي يمكن أن تستفيد من تفويض المرفق العام وذلك رغبة من السلطة في تفويض تسيير المرفق العام للشركات خاصة. وذلك نظرا إلى ظروف استقبال الدولة الجزائرية لهذا النص التي تتمثل في تحديث دور الدولة الجزائرية، في تسيير مرفقها العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بالفتح على القطاع الخاص. لغرض تقديم خدمات أحسن وذات جودة عالية للجمهور وهذا لا يوفره القطاع العام، خاصة في ظل الأزمة الاقتصادية التي تعيشها الدولة الجزائرية بعد سنة 2015 فهي بأمس الحاجة إلى موارد مالية خارج الخزينة العمومية والتي غالبا ما تتمتع بها الشركات الخاصة.

على الرغم من حصر المفوض له في بعض النصوص القانونية إلا أنه هناك من النصوص القانونية الخاصة بتفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري التي فتحت من مجال المفوض له والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة 104 من قانون المياه؛ إذ حددت بدقة على أن المفوض له يكون من المتعاملين العموميين، ويمكن أن يكون من المتعاملين الخاصين⁽²⁾. بهذا لم تحصر المفوض له في شخص المعنوي هذا ما يسمح بإمكانية أن يكون المفوض له شخص طبيعي، وأكثر من ذلك عدم قصر المفوض له في الشخص الوطني وإنما فتحت المجال لإمكانية الاستثمار الأجنبي في هذا المرفق، وبالتالي يمكن لمفوض له أن يكون شخص أجنبي وهو ما يتيح فرصة الاستفادة من الخبرات الأجنبية في هذا المجال وهو ما يثبتته الواقع العملي إذ نجد أنه من الناحية العملية في الجزائر تم تفويض خدمات العمومية للمياه والتطهير للمتعاملين أجنبيا بهذا يكون هذا القانون قد وسع من طبيعة القانونية للمفوض له.

1 - راجع: مرسوم تنفيذي رقم 97-38، مؤرخ في 18 يناير 1997، يتضمن كفاءات منح ممثلي الشركات التجارية الاجانب

بطاقة التاجر، ج ر عدد 5، صادر بتاريخ 19 يناير 1997.

2 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

ب) الصفة القانونية للمفوض له في التشريعات المقارنة.

حدد المشرع الفرنسي الطبيعة القانونية للمفوض له في ظل القانون العام للجماعات الإقليمية في المتعامل الاقتصادي وذلك باستعماله لعبارة *Opérateur Economique* في نص المادة L1411-1⁽¹⁾ وكذلك تطبيقاً لنص المادة 4 من الأمر المتعلق بعقود الامتياز⁽²⁾. وعليه يكون المشرع الفرنسي قد حصر الشخص المفوض له في المتعامل الاقتصادي وهذا على خلاف قانون *sapin* الذي حدد الشخص الذي يمكن أن نفوض له تسيير المرفق العام في شخص عام أو خاص وذلك نظراً لاستعماله لعبارة "délégataire public ou privé"⁽³⁾.

أما بنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 2 من قانون تدبير المفوض على أن المفوض له يمكن أن يكون شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص وكذلك المشرع التونسي في الفصل الثالث منه⁽⁴⁾ وبذلك يكونوا قد وسعوا من مجال المفوض له.

ج) الصفة الممكن تبنيها للمفوض له.

على الرغم من اختلاف التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للمفوض له لكن نستنتج من كلها أنه يمكن تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري إما لفائدة شخص طبيعي أو لفائدة شخص معنوي: قد يكون من أشخاص القانون العام (ج-1) أو من أشخاص القانون الخاص وهو الغالب (ج-2).

ج-1: المفوض له شخص عام: ليس هناك ما يمنع بأن المفوض له من الأشخاص العامة، وهذا ما عبرت عنه أغلب التشريعات. ومثال ذلك عندما يتم تفويض إدارة وتسيير مرفق عام إلى مؤسسة عامة، كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تم إنشائها لغرض إدارة وتسيير المرفق العام مثل الجزائرية للمياه التي هي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تم إنشائها⁽⁵⁾ لغرض إدارة واستغلال المرفق العام للمياه في الجزائر، بحيث تم التفويض لها من قبل

1-Code générale de collectivité territoriale, Op.Cit.

2-«...ou de les concéder à des opérateurs économiques...». Art 4 de l'ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

3 - ROMI Raphael, BERNARDINI Niels, LAMY Valentin, L'essentiel des contrats administratifs, ellipses, Paris, 2016, p74.

4 - قانون عدد 23 لسنة 2008، مرجع سابق.

5 - مرسوم تنفيذي رقم 01-101 مؤرخ في 21 أبريل 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر عدد 24، صادر في 22 أبريل 2001.

وزير الموارد المائية للإدارة واستغلال هذا المرفق وهي مفوض له. ومن الأمثلة عن ذلك في فرنسا منح امتياز توزيع الغاز والكهرباء الذي عهد إلى مؤسسة فرنسا للغاز والكهرباء، والتي هي من أشخاص القانون العام⁽¹⁾.

ج-2: المفوض له شخص خاص: غالبا ما يكون المفوض له من الأشخاص الخاصة سواء كان شركة تجارية أو شركات اقتصاد مختلط أو جمعيات⁽²⁾:

***الشركات التجارية كمفوض له:** يقصد بالشركات التجارية شركات أشخاص أو شركات أموال، وهي الغالب يمكن أن تكون مفوض له تتولى إدارة وتسيير المرافق العامة. نظم المشرع الجزائري أحكام الشركة بصفة عامة في القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، وذلك في الفصل الثالث من الباب السابع من الكتاب الثامن من المواد 416 إلى 449⁽³⁾، في حين المشرع التجاري الجزائري حدد فقط على أن الشركات التجارية تكون لمجرد شكلها أو موضوعها، وهذا تطبيق لنص المادة 544 (معدلة) من القانون التجاري الجزائري⁽⁴⁾، بناء على ذلك يمكن أن تكون شركة تجارية طبقا للقانون الجزائري شركات أشخاص، شركات أموال. نجد أن الشركات التجارية غالبا ما يتم تفويض إليها إدارة واستغلال مرافق عامة خاصة التي تتصف بصفة شركة المساهمة، ومن أهم الأمثلة على ذلك: شركة المساهمة (Seaal) التي تم تفويض لها تسيير الخدمات العمومية للمياه في الجزائر العاصمة.

1 - RAYMUNDIE Oliver, Gestation déléguée des services publics en France et en Europe, moniteur, Paris, 1995, p 49 - 50.

2 - RICHER Laurent, Les contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1991, p435.

3 - تعرف الشركة وفق نص المادة 416 من أمر رقم 75-58، على أنه: «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو معنويان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو يتحقق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذو منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك.» أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

4 - تنص المادة على أنها: «يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو بموضوعها.

تعد شركات التضامن وشركة التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما كان موضوعها.» أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 30، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فبراير 2005، ج ر عدد 11، صادر بتاريخ 9 فبراير 2005، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 15-20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر عدد 71، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2015.

***الجمعيات:** وفق لنص المادة 12 من المرسوم رقم 83-200،⁽¹⁾ يمكن للسلطة المفوضة أن تمنح لتجمعات المهنة استغلال مرافق عامة ذات الصلة بالنشاط ونوعية التخصص الذي تمارسه هذه الجمعيات. وتنظم الجمعيات بمقتضى قانون الجمعيات رقم 12-06 المؤرخ في 12 يناير 2012⁽²⁾. ويقصد بالمنظمات المهنية ذلك التنظيم الذي يهدف أساسا إلى تأطير مهنة معينة، والتي كيفت بأنها مهنة حرة، وممارستها مبنية على شرط توافر المؤهلات العلمية والفكرية، ويسعى هذا التنظيم بكل استقلالية إلى تنمية وتطوير المهنة كخدمة عمومية⁽³⁾. وتجدر التفرة بين المنظمات المهنية والنقابات المهنية نظرا إلى أوجه التشابه بينهما، بالخصوص في الهدف الذي يسعان إلى تحقيقه ألا وهو الدفاع عن المصالح العامة للمهنة. فهذا هو العامل المشترك بينهما. وعليه تعتبر هذه التنظيمات المهنية تنظيمات خاصة من حيث نشأتها وتجمع في عضويتها أفرادا عاديين متحدين فيما بينهم بروابط مزاولة النشاط ذاته⁽⁴⁾. رغم كثرة أوجه التشابه بين المنظمات المهنية والنقابات المهنية إلا إن هناك فروق جوهرية بينهما نذكر:

- الاختلاف من حيث تكيفها القانوني بحيث اعتبر المشرع الجزائري المنظمات المهنية تنظيمات مهنية وطنية كما أنها تعد من الأشخاص المعنوية التي تخضع للقانون الخاص وتقوم بمهمة المرفق العام، في حين النقابات المهنية تعد من الأشخاص القانون العام، تتمتع بالشخصية المعنوية دون إن تعد مؤسسة عامة.

- الاختلاف من حيث حرية الانتساب: لمزاوله المهنة الحرة بصورة قانونية يجب إلزاميا الانضمام إلى التنظيم المهني، بحيث تؤدي المنظمات المهنية مهامها لجميع وعلى جميع المنتسبين إليها إجباريا،

1 - مرسوم رقم 83-200، مؤرخ في 9 مارس 1983، يحدد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وتسييرها، ج ر عدد 12، صادر بتاريخ 12 مارس 1983 (ملغى).

2 - قانون رقم 12-06، مؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 02، صادر بتاريخ 15 يناير 2012.

3 - بوده محند واعمر، المركز القانوني للمنظمات المهنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018/10/4، ص 33.

4 - بن جميل عزيزة، تطور كفاءات تنظيم المنظمات المهنية في الجزائر - منظمة المحامين نموذجاً -، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27-28 افريل 2011، ص ص 04-05.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

فتظم جميع أبناء المهنة الواحدة، في حين الانضمام الى النقابات المهنية اختياري دون أن يتعرض صاحبها لمساءلة القانونية⁽¹⁾.

***شركات الاقتصاد المختلط:** تعرف شركات الاقتصاد المختلط على أنها مشاركة أشخاص القانون العام مع أشخاص القانون الخاص في رأسمال الشركة بهدف تسيير المرافق العامة الاقتصادية والإدارية، وتملك الدولة أو أحد أشخاص القانون العام أغلبية أسهمها، في حين يمتلك الباقي أشخاص من القانون الخاص. وتعتبر المشاركة بين هذين القطاعين المعيار الفاصل لها عن الشركات الأخرى. في كثير من الأحيان تستعمل شركات الاقتصاد المختلط كأسلوب من أساليب تسيير المرفق العام من أجل اجتناب طريقي الاستغلال المباشر والامتياز⁽²⁾.

تبنى المشرع الجزائري شركات الاقتصاد المختلط بموجب القانون رقم 82-13 المؤرخ في 1982/08/28⁽³⁾ وهذه الشركات خاضعة للقانون الخاص، تنشأ على المستوى الوطني أو المحلي، ومن أهم شركات الاقتصاد المختلط في الجزائر، والتي تتخذ صفة المفوض له شركة ذات الاقتصاد المختلط التي أنشئت في شهر ماي 2000، في مجال صيانة الأجهزة المستعملة لتوليد الكهرباء بين الشركة الجزائرية Sonelgaz⁽⁴⁾ والشركة السويسرية BrawBove بحيث تملك الشركة الجزائرية للغاز والكهرباء 40% من رأسمال الشركة أم باقي الرأس المال للشركة الأجنبية.

1 - بوده محند واعر، مرجع سابق، ص 29.

2 - حسين طاهري القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، ص 91 - 92.

3 - قانون رقم 82-13، مؤرخ في 28 غشت 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة للاقتصاد وسيورها، ج ر عدد 35، صادر بتاريخ 31 غشت 1982، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 86-13، مؤرخ في 19 غشت 1986، ج ر عدد 35، صادر بتاريخ 27 غشت 1986. (ملغى).

4 - تعد سونلغاز شركة ذات أسهم وذلك بموجب مرسوم رئاسي رقم 02-195، مؤرخ في أول يونيو 2002، يتضمن القانون الأساسي لشركة الجزائرية للكهرباء والغاز، المسماة "سونلغاز" ش.ذ.أ، ج ر عدد 39، صادر بتاريخ 2 يونيو 2002. (ملغى).

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام.

يعتبر تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري من أهم أشكال الشراكة بين القطاع العام والخاص، كما يعد إحدى الوسائل الأساسية التي يمكن أن تساهم في تمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، كما أنه تمثل أحد آليات التثمين الاقتصادي للملك العمومي. يشكل تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري تعبيراً لعلاقة ثلاثية الأطراف، فهي تبدأ في علاقة قائمة بين السلطة المفوضة والمفوض له من خلال دخول الأول في علاقة مباشرة مع الشخص الذي يعهد إليه مهمة تسيير واستغلال المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، لتنتهي في علاقة بين المفوض له والمنتفعين، تطبيقاً لهذه العلاقات التي تشكل آلية التفويض تبرز ضرورة تكيفها القانوني (المطلب الأول) وكذلك تمييزها عن العقود المشابهة له (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التكيف القانوني لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

يبرم تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري وفق أسلوبين: يتمثل الأسلوب الأول في التفويض بموجب بقرار إداري ويطلق عليه التفويض الانفرادي. (الفرع الأول)، أما الأسلوب الثاني لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يطلق عليه بالتفويض الاتفاقي والذبيتسم بطابعه المركب (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الطابع الانفرادي لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

يعتبر التفويض الانفرادي إحدى الأوصاف القانونية لتفويض المرفق العام بشكل عام وينطبق أيضا على تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري. ويتعلق الأمر بوجود نص تشريعي أو قرار إداري ينظم التفويض لابد من التطرق إلى تعريفه (أولا) ليتم بعدها التطرق إلى صورته (ثانيا).

أولا: التعريف بالتفويض الانفرادي.

يقصد بالتفويض الانفرادي تفويض تسيير المرفق العام أو جزء منه إلى شخص خاص من جهة واحدة وبصفة انفرادية يكون بأساليب كلاسيكية معروفة، كثيرة ومختلفة، واستعماله بصفة دائمة يجعل البعض تارة يتجاهل فيها صفة تسيير المفوض⁽¹⁾. ويتم التفويض الانفرادي بطلب من الشخص الخاضع للقانون الخاص، بحيث يمكن لهذا الأخير أن يطلب من الشخص المعنوي العام المكلف بتسيير المرفق العام أن يمنح له تراخيص أو اعتماد لتسيير جزء من المرفق العام⁽²⁾.

يتميز التفويض الانفرادي باعتباره عمل انفرادي بمجموعة من الخصائص والتي تستتج من تعريفه والتي تجعله يتميز عن التفويض الاتفاقي وهي:

- تفويض تسيير مرفق عام إلى شخص خاص لا يملك في الأصل حق تسييره.
- غياب عقد: لا يستند التفويض الانفرادي إلى عقد يبرم بين السلطة المفوضة والمفوض له، إنما يكون بموجب نص قانوني على شكل نص تشريعي أو قرار إداري⁽³⁾.
- أن التفويض الانفرادي جزئي ولا يكون ابدي بمعنى مقيد بمدة محددة.

1- GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Droit du service public, Montchrestien, Paris, 2000, p227.

2 - يختلف الترخيص عن الاعتماد في عدة نقاط، أهمها: الترخيص مجرد اعتراف بالحق. أما الاعتماد فهو إضافة انه اعتراف بالحق في التسيير يمكن أن يمنح كذلك لصاحب الاعتماد مزايا إضافية تتمثل أساسا في المزايا الضريبية والتسبيقات المالية. راجع عبدش ليلة، اختصاص منح الاعتماد لدي السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 28 أكتوبر 2010، ص 15.

3 - ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, éd Belkise, Alger, 2012, p05.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

- أن الشخص المعنوي العام له حق في الرقابة باعتبار أن السلطة المفوضة تنازلت فقط على جزء من صلاحيتها في شقها المتعلق بالتسيير في حين الملكية المرفق محل التفويض تبقى في يد السلطة المفوضة .

- يعد مظهر من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة العامة⁽¹⁾.

- ينصب موضوعه في السماح لشخص آخر بتسيير نشاط من بين أنشطة المرفق العام.

- إن التفويض الانفرادي لا يخضع لإجراء الإشهار والمنافسة المنصوص عليها في القوانين المنظمة للتفويض الاتفاقي عند اختيار صاحب التفويض؛⁽²⁾ بحيث استثنى كل من المشرع الفرنسي من نطاق تطبيق عقود تفويض المرفق العام الخاضعة لقانون "Sapin"⁽³⁾، وكذلك الأمر المتعلق بعقود الامتياز، بحيث حصر تطبيق هذا القانون على التفويض الذي يكون بموجب عقد⁽⁴⁾. نفس الموقف تبنته المنظومة القانونية الجزائرية، إذ حصر المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽⁵⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199⁽⁶⁾، وقانون المياه⁽⁷⁾ نطاق تطبيقه في التفويض الاتفاقي. بالتالي التفويض الانفرادي يخرج من أحكام هذه النصوص القانونية.

- أن قرار التفويض الانفرادي هو قرار إلزامي بحيث يصدر عن السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة باعتبارها شخص معنوي عام من شأنه أن يرتب حقوق والتزامات في ذمة المفوض له، ويترتب

1 - برهيمي فضيلة، التسيير المفوض للمرافق العامة، معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الاحتكار، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27-28 ابريل 2011، ص ص3-4.

2 - أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009 - 2010، ص 130.

3 - هذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 28 سبتمبر 2000. إذ عبر المجلس عن استبعاد هذا التفويض من نطاق تطبيق قانون "Sapin". فوناسوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 26 نوفمبر 2018، ص 36.

4 - Art 1 de l'ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

5 - المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

6 - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

7 - المادة 107 من القانون رقم 05-12، مرجع سابق.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

على هذه الإلزامية تمتع السلطة المفوضة بامتياز تنفيذ قراراتها دون الحاجة للجوء إلى القاضي الإداري⁽¹⁾.

- ناتج عن السلطة التقديرية لشخص المعنوي المكلف بتسيير المرفق العام.

- يخضع للرقابة القاضي الإداري⁽²⁾.

إن التفويض الانفرادي لم يحض باهتمام كبير من قبل الفقهاء وذلك يعود لسببين رئيسيين هما:

- كون الأشخاص الخاصة هي المؤهلة بتسيير واستغلال مثل هذه المرافق بموجب تصرف انفرادي تندرج ضمن فئات قانونية متنوعة⁽³⁾.

- كون الإطار القانوني في جل التشريعات المنظمة لتفويض المرفق العام ينظم فقط التفويض الاتفاقي دون التفويض الانفرادي⁽⁴⁾.

ثانيا: صور التفويض الانفرادي.

يوجد نوعين من التفويض الانفرادي تتمثل في كل من التفويض الانفرادي عن طريق نص تشريعي⁽¹⁾، والتفويض الانفرادي عن طريق قرار إداري انفرادي⁽²⁾.

1- التفويض الانفرادي بواسطة نص قانوني: يستند هذا التفويض إلى نص تشريعي صادر

من السلطة المختصة وهو مستعمل بشكل متكرر أو استنادا إلى نص تنظيمي الذي هو نادر الاستعمال. حيث يسمح هذا الأسلوب للمفوض له بتسيير مرفق عام أو جزء جوهري منه. وغالبا ما يمنح لمؤسسات عمومية؛ إذ تلجأ الدولة إلى توكيلها مهمة تسيير المرفق عن طريق نص قانوني. وقد جسده المشرع الجزائري في الكثير من المجالات لاسيما:

1 - مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكتية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 09/01/2019، ص16.

2 - براهيم فضيلة، التسيير المفوض للمرافق العامة، معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الاحتكار، مرجع سابق، ص03.

3- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Op.Cit, p07.

4 - مخلوف باهية، مرجع سابق، ص14-15.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

- مجال المياه: إذ تم ذلك بإنشاء "الجزائرية للمياه"⁽¹⁾، كمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، خولت لها مهمة تسيير الخدمة العمومية للمياه وذلك بناء على تفويض قانوني بحيث كلفت هذه المؤسسة بتنفيذ السياسة الوطنية لمياه الشرب على كامل التراب الوطني، من خلال التكفل بنشاطات تسيير عمليات إنتاج مياه الشرب والمياه الصناعية ونقلها ومعالجتها وتخزينها وتوزيعها وضمان توزيعها وضمان التزود بها، إضافة إلى تجديد الهياكل القاعدية التابعة لها وتتميتها، وقد خولت بهذه الأنشطة عن طريق تفويض قانوني⁽²⁾.

- مجال السكن: وذلك بإنشاء الديوان الوطني للترقية والتسيير العقاري، بحيث فصل في صيغته القانونية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 147/91 المؤرخ في 21 مايو 1991، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية للدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كيفية تنظيمها وعملها⁽³⁾، كيفها هذا المرسوم على أنها مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري⁽⁴⁾، أنشأتها الدولة ووكلتها مهمة ترقية الخدمة العمومية في ميدان السكن وتسيير الأملاك العقارية⁽⁵⁾ وتم التفويض لها بناء على تفويض قانوني.

- مجال البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية: نصت المادة 12 من القانون رقم 03-2000 المتعلق بالقواعد العامة للبريد ومواصلات السلكية واللاسلكية على تحويل نشاطات البريد والاتصالات التي كانت تمارسها وزارة البريد والمواصلات على التوالي إلى مؤسسة عمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للبريد ولتتعامل المواصلات السلكية واللاسلكية⁽⁶⁾. وعليه تم تفويض المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بناء على نص قانوني.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 101-01 مرجع سابق.

2 - المادة 6 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 101-01، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 147-91، مؤرخ في 12 مايو 1991، يتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية للدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كيفية تنظيمها وعملها، ج ر عدد 25، صادر بتاريخ 29 مايو 1991، (ملغى).

4 - تنص المادة الأولى فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 147-91 على أنه: «تغير دواوين الترقية والتسيير العقاري القائمة عند تاريخ سريان مفعول هذا المرسوم والمدرجة في القائمة الملحقة في طبيعتها القانونية إلى مؤسسات عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري».

5 - المادتين 4 و 5 من المرسوم نفسه.

6 - قانون رقم 03-2000، مرجع سابق.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

إضافة إلى تفويض المؤسسات العمومية يمنح كذلك التفويض الانفرادي لفائدة الأشخاص الخاصة يحدده القانون ومن أمثلة ذلك:

-الاتحاديات الرياضية الوطنية: نص القانون رقم 04-10 المتعلق بالتربية البدنية والرياضة على أن الاتحادية الرياضية الوطنية هي جمعية ذات صبغة وطنية تسييرها أحكام القانون المتعلق بالجمعيات،⁽¹⁾ وهي تشارك في تنفيذ مهمة خدمة عمومية بمساهمتها من خلال أنشطتها وبرامجها في تربية الشباب وترقية روح الرياضة وحماية أخلاقيات الرياضة، وتمارس هذه الاتحادية نشاطاتها وفق إجراء التفويض⁽²⁾. إن التفويض في هذه الحالة يتم تطبيقه عن طريق نص قانوني بشرط أن تكون الاتحادية معترف بها وأنها تقوم بمهمة المصلحة العامة عن طريق قرار صادر من الوزير المكلف بالرياضة، وهذا طبقا لنص المادة 42 فقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 05-405، والتي حددت كذلك معني التفويض إذ نصت على أنه: «التفويض هو القرار الذي يفوض بموجبه الوزير المكلف بالرياضة الاتحادية الرياضية الوطنية المعترف لها بالمنفعة العمومية والصالح العام بممارسة كل أو جزء من مهام الخدمة العمومية المنصوص عليها في المادة 51 من القانون رقم 04-10 المؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004»،⁽³⁾.

-التعاقدية الاجتماعية: هي شخص معنوية يخضع للقانون الخاص وهذا طبقا لنص المادة 2 فقرة 1 من القانون رقم 02-15 إذ جاء فيها: «التعاقدية الاجتماعية شخص معنوي يخضع للقانون الخاص، ذات غرض غير مريح، تسيير بموجب أحكام هذا القانون وقانونها الأساسي»،⁽⁴⁾.

نصت المادة 31 من القانون السالف الذكر على كيفية تأسيس هذه التعاقدية الاجتماعية، كلفها المشرع بممارسة مهمة المصلحة العامة لصالح مختلف شرائح المواطنين خاصة المتعلقة

1 - قانون رقم 04-10 مؤرخ في 14 غشت 2004، يتعلق بالتربية البدنية والرياضة، ج ر عدد 52، صادرة بتاريخ 18 غشت 2004.

2 - تنص المادة 53 فقرة الأولى من القانون نفسه على أنه: «تمارس الاتحادية الرياضية الوطنية نشاطاتها عن طريق التفويض...».

3 - مرسوم تنفيذي رقم 05-405، المؤرخ في 17 أكتوبر 2005، المحدد لكيفيات تنظيم الاتحاديات الرياضية الوطنية وسيرها وكذا شروط الاعتراف لها بالمنفعة العمومية والصالح العام، ج ر عدد 70، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 2005.

4 - قانون رقم 02-15 مؤرخ في 4 يناير 2015، يتعلق بالتعاقدية الاجتماعية، ج ر عدد 01، صادر في 7 يناير 2015.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

بالصحة العمومية. تضطلع هذه التعاقدية الاجتماعية من الناحية العملية إلى ضمان الحماية الاجتماعية سواء بصفة تكميلية، أو فردية أو جماعية⁽¹⁾.

بناء على ذلك، فوض المشرع الجزائري التعاقدية الاجتماعية كشخص خاص مهمة تسيير المصالح العمومية الاجتماعية بناء على نص تشريعي وهو القانون رقم 02-15، المؤرخ في 4 يناير 2015.

2- التفويض الانفرادي عن طريق قرار إداري انفرادي.

في ظل التحولات الاقتصادية التي عرفتتها معظم دول العالم أفرزت ضرورة التخلي عن بعض المرافق العامة لاسيما التي تكتسي طابع صناعي وتجاري، ونزع قدسيته ليستطيع الأفراد ممارسة هذه النشاطات بكل حرية ومساواة بينهم وتبقي هي كضابطة. ويرجع السبب في ذلك كما اشرنا سالفًا لتخفيف الأعباء الحكومة والبحث عن المردودية في هذه القطاعات، ويكون ذلك بإسناد مهمة الخدمة العامة لأشخاص من القانون الخاص، عن طريق إجراءات إدارية التي تتخذ شكل اعتماد أو تراخيص. ولعل من المرافق العامة التي تعرف تطبيق لهذا التفويض هي المرافق العامة الصناعية والتجارية أي المرافق الشبكية لاسيما:

(أ) مرفق الغاز والكهرباء: نص القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات في مادته الأولى على أن نشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقلها وتوزيعها وتسويقها ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه بواسطة القنوات، ويقوم بهذه النشاطات طبقاً للقواعد التجارية، الأشخاص المعنويون أو الطبيعيون والخاضعين للقانون الخاص أو القانون العام يمارسونها في إطار المرفق العام⁽²⁾.

باعتبار أن توزيع الكهرباء والغاز نشاطاً للمرفق العام يهدف إلى ضمان التمويل بالكهرباء والغاز عبر مجموع التراب الوطني في أحسن شروط الجودة والسعر واحترام قواعد تقنية والبيئية، فإنه لا يخضع مباشرة لمبدأ حرية الصناعة والتجارة المنصوص عليها في المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016⁽³⁾ وإنما يخضع لنظام غير مألوف فيما يخص الدخول لممارسته وتنفيذه⁽⁴⁾.

1 - المادة 4 من القانون رقم 02-15، مرجع سابق..

2 - قانون رقم 02-01، مرجع سابق.

3 - قانون رقم 01-16، مرجع سابق.

4 - المادة 3، قانون رقم 02-01، مرجع سابق

أخضع المشرع دخول في هذه النشاطات لمجموعة من الشروط الخاصة: فيما يخص إنتاج الكهرباء أخضعها لنظام الترخيص مسبق يمنح من طرف سلطة ضبط الكهرباء والغاز. وتستند السلطة حينما تمنح الرخص على مجموعة من المقاييس،⁽¹⁾ يكون ذلك عن طريق إجراء المنافسة. أما بالنسبة لنشاط توزيع الكهرباء والغاز فإن المشرع في هذه الحالة أخضعها لنظام الامتياز يمنح عن طريق مرسوم تنفيذي من اقتراح وزير المكلف بالطاقة بعد أخذ رأي سلطة ضبط قطاع الغاز والكهرباء⁽²⁾. ويعرف المشرع الجزائري امتياز توزيع الكهرباء في المادة 2 فقرة 7 من القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات على أنه: «**حق تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات**»⁽³⁾. يتضح من هذه المادة أن المشرع اعتبر الامتياز حق تمنحه الدولة لفائدة المتعامل لاستغلال شبكة الكهرباء أو الغاز لكن بشرط أن يكون هدف هذه الشبكة هو بيع الكهرباء أو الغاز.

كما نستنتج من هذا التعريف أن امتياز توزيع الكهرباء والغاز ليس عبارة عن عقد وذلك نظرا لانعدام الاتفاق بين صاحب الامتياز والسلطة مانحة الامتياز؛ إذ عندما تمنح السلطة مانحة الامتياز لفائدة احد المتعاملين لا يكون هناك تفاوض بينهما، لذلك فهذا الامتياز عبارة عن تصرف قانوني انفرادي تصدره السلطة المفوضة وذلك في شكل مرسوم تنفيذي⁽⁴⁾.

1 - المادة 13، مرجع نفسه.

- تتعلق هذه المقاييس فيما يلي: القدرات التقنية والاقتصادية والمالية، وكذا الخبرة المهنية لطالب الترخيص، إضافة إلى شروط تتعلق بقواعد حماية البيئة، ضمان سلامة وامن شبكات الكهرباء والمنشآت والتجهيزات المشتركة، الفعالية الطاقوية، وطبيعة مصادر الطاقة الأولية، اختيار المواقع وحياسة الأراضي واستخدام الأملاك العمومية، إضافة إلى الالتزام بواجبات المرفق العام. وهذا طبقا لنص المادة 82 من قانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

- يقصد بنظام الرخصة: ذلك الإجراء الذي تتخذه الإدارة لفرض رقابتها على بعض الأنشطة التي تتطلب دراسة مدققة، راجع في هذا الخصوص عبديش ليلي، مرجع سابق، ص 15.

2 - المادة 72 من قانون رقم 01-02، مرجع سابق.

3 - مرجع نفسه.

4 - فوناسسوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 180.

لكن هذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي أقر بموجب نص المادة L2224-32 أن امتياز توزيع الغاز والكهرباء عقد يبرم بين الهيئة المحلية أو المؤسسات العمومية المساعدة لها، ويتم ذلك بالتفاوض مع طالب الامتياز⁽¹⁾.

تمنح الرخصة والامتياز لممارسة نشاطات إنتاج وتوزيع الغاز والكهرباء على أساس الاعتبار الشخصي هذا ينتج عنه نتائج جد هامة، هي أن المفوض له ملزم باستغلال بنفسه النشاط محل التفويض، ولا يمكن التنازل عنها للفائدة الغير وهذا ما نصت عليه المادة 10 فقرة الأولى من قانون الغاز والكهرباء إذ جاء فيها: «تسلم رخصة الاستغلال اسميا لجنة الضبط لمستفيد وحيد، وهي غير قابلة للتنازل عنها»⁽²⁾. كما أكدته المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-428 وتتص على أنه: «تعتبر رخصة استغلال غير قابلة للتنازل. وتسلم شخصيا من لجنة ضبط الكهرباء والغاز لمستفيد فريد»⁽³⁾.

ب) مرفق البريد والاتصالات الإلكترونية: توصف نشاطات البريد والاتصالات الإلكترونية بنشاطات المرفق العام، حيث كان استغلالها في ظل القانون الملغي يتميز: بمنح نشاط البريد لاستغلالها لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (بريد الجزائر). أما نشاطات المواصلات السلكية واللاسلكية منح لمعامل عمومي (اتصالات الجزائر) التي هي شركة ذات أسهم⁽⁴⁾.

لكن بعد ذلك الغي هذا القانون بموجب القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 مايو 2018، المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، حيث من بين أهدافه هو تحديد

1 - Art 2224-31 du code général des collectivités territoriales, prévoit que : «*Sans préjudice des dispositions de l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, les collectivités territoriales ou leurs établissements publique d'électricité et de gaz en application de l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et de l'article 36 de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 précitée, négocient et concluent les contrats de concession....*» Op.Cit.

2 - قانون رقم 02-01، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 06-428، مؤرخ في 26 نوفمبر 2006، يحدد إجراء منح رخص استغلال المنشآت للإنتاج الكهرباء، ج ر عدد 76، صادر في 29 نوفمبر 2006

4 - قانون رقم 2000-03، مرجع سابق.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

الشروط التي من شأنها تطوير وتقديم خدمات البريد والاتصالات الإلكترونية ذات نوعية مضمونة في ظروف موضوعية وشفافة وغير تمييزية في مناخ تنافسي مع ضمان المصلحة العامة⁽¹⁾.

ميز المشرع في هذا القانون بين نوعان من النشاطات هي:

-نشاطات البريد والتي أخضع استغلالها إلى نظام التخصيص أو الترخيص أو التصريح البسيط؛ إذ حصر استغلال النشاطات الخاضعة لنظام التخصيص المنصوص عليه في المادة 33 من القانون رقم 04-18 لبريد الجزائر كمفوض له⁽²⁾. والتي تتضمن خدمات بريد الرسائل بكل أشكالها في العلاقات الداخلية والدولية ويظهر جليا في هذا النص: «يخضع لنظام التخصيص، إنشاء واستغلال وتوفير خدمات وأداءات بريد الرسائل التي لا يتجاوز الوزن المحدد عن طريق التنظيم وكذا الطابع البريدية، وكل علامات التخليص الأخرى والحوالات البريدية، وخدمة الصكوك البريدية.

دون المساس بأحكام المادتين 3 و5 من هذا القانون، يتم إسناد النشاطات الخاضعة لنظام التخصيص لبريد الجزائر»⁽³⁾. أما النشاطات الخاضعة لنظام التراخيص⁽⁴⁾ والتصريح البسيط⁽⁵⁾ يتم تفويضها للفائدة متعاملين خواص عن طريق إجراء المنافسة بناء على طلب موجه لسلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية.

-نشاطات الاتصالات الإلكترونية لقد فوضت الدولة (وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال) استغلال وتطوير الشبكات الوطنية لنقل الاتصالات الإلكترونية إلى المتعامل التاريخي صاحب الرخصة إقامة واستغلال شبكة ثابتة للاتصالات الإلكترونية مفتوحة للجمهور⁽⁶⁾.

1 - المادة الأولى من قانون رقم 04-18، مرجع سابق.

2 - تنص المادة 29 فقرة 1 من القانون نفسه على أنه: «تمنح الدولة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري 'بريد الجزائر' مهمة تطوير واستغلال وتوفير خدمات البريد التي تدخل في نظام التخصيص.»

3 - القانون نفسه.

4 - المادة 34 فقرة 1 من ذات القانون، إذ جاء فيها: «يمنح الترخيص لكل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم باحترام شروط إنشاء أو استغلال و/أو تقديم الخدمات الخاضعة لنظام الترخيص.»

5 - المادة 37، القانون نفسه.

6 - المادة 97، القانون نفسه.

إضافة إلى هذا سمح هذا القانون للاتصالات الجزائر باعتبارها المالكة الحصرية للحلقة المحلية⁽¹⁾ بفتحها للاستثمار لفائدة الخواص، وكذلك فتح شبكتها للمتعاملين الخواص وهو ما يسمى بتفكيك الشبكة.

بناء على ذلك يمكن للاتصالات الجزائر أن تتعد مع متعامل خاص للقيام بإيصال الكوابيل إلى الزبون وهو ما يسمى بالكيلومتر الأخير بواسطة تفويضات انفرادية بموجب قرارات إدارية تمنح على أساس الاعتبار الشخص يتمثل في: نظام الرخصة أو الترخيص أو التصريح البسيط،⁽²⁾ الغي هذا القانون نظام الاعتماد الذي كان موجودا في القانون القديم.

إن إقرار المشرع لمبدأ تفكيك الشبكة هو إجراء من شأنه تحسين نوعية الخدمة باعتبار أن الزبون سوف يتعامل مع الخواص وغالبا ما تكون شركات متخصصة في المجال وليس اتصالات الجزائر، لكن المشكل الذي يطرح في هذا المجال هل مصالح اتصالات الجزائر ستتعاقل بشكل إيجابي في تطبيق هذه النقطة أم تبقى هي المحتكرة الوحيدة والواقع العملي هو الذي يثبت ذلك.

الفرع الثاني:

الطابع المركب لتفويض المرفق العام.

أثير التفويض بموجب الصيغة التعاقدية عدة تساؤلات حول طبيعة هذه الصيغة هل هي ذات طابع تعاقدية بحت، أم أن البنود التنظيمية الواردة في العقد تؤثر في وصفها كعمل مركب؟ ولقد اهتم الفقه والاجتهاد بدراسة الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام ومن الطبيعي أن تتسحب النظريات والحلول التي تم التوصل إليها إلى اتفاقية تفويض المرفق العام، باعتبار أن عقد امتياز المرفق العام يعد كشكل من أشكال تفويض المرفق العام.

ولقد تباينت آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقد تفويض المرفق العام، بين معتبر عقد التفويض تنظيميا (أولا) وبين من يعتبره ذات طبيعة تعاقدية (ثانيا) في حين هناك اتجاه آخر كيفه على انه عمل مختلط يقوم على أساس مركب بين العناصر التعاقدية والعناصر التنظيمية (ثالثا).

1 - تعريف الحلقة المحلية عبارة عن جزء من الشبكة الثابتة الذي يربط النقطة الطرفية للشبكة في محلات المستعمل النهائي بالموزع أو بأي منشأة معادلة لشبكة اتصالات إلكترونية ثابتة مفتوحة للجمهور.

2 - المادة 115 فقرة 2 من القانون رقم 04-18، إذ جاء فيها: « ويمكن أن يأخذ نظام إنشاء و/ أو استغلال شكل رخصة أو ترخيص عام أو تصريح بسيط... »

أولاً: نظرية الطبيعة التنظيمية لتفويض:

مؤدى الطبيعة التنظيمية للتفويض في اعتبار التفويض تنظيم يستلزم تنفيذ إبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة⁽¹⁾. وليس عقدا يبرم بين السلطة المفوض والمفوض له.

فجانبا من الفقه يعتبر أن التفويض هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة المفوضة بما لها من سلطة عامة، وما على المفوض له قبولها أو رفضها وليس له الحرية في مناقشة بنود هذا العقد⁽²⁾.

وقد تم نقد هذا الرأي على النحو التالي:

- إن إنكار الطبيعة الاتفاقية للتفويض لا أساس له من الصحة وهذا كون أن الاتفاقيات الفرعية التي يتضمنها ترتبط أساسا بالعقد الرئيسي.

- وإن كان يحتفظ للسلطة المفوضة بحقها في التحكم بتعديل قواعد التفويض وإلغاءها دون حاجة لرضا المفوض له، إلا أنه أغفل نصيب صاحب التفويض في إبرام العقد، وعليه هذا الأمر يؤدي إلى تهرب وتخوف الخواص من إبرام مثل هذه العقود⁽³⁾.

ثانياً: نظرية الطبيعة التعاقدية للتفويض:

مفاد هذه النظرية أن التفويض ليس سوى عملية تعاقدية بحتة، ويتجلى هذا التوجه بتطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الواردة في القانون المدني، حيث عدت السلطة المفوضة بمثابة المشتراط، والمفوض له يمثل الفريق الذي يلتزم بتنفيذ الشرط لمصلحة الغير (المنتفعين)⁽⁴⁾.

تعرضت هذه النظرية لانتقادات حادة من زاوية أن الأخذ بها يحول دون إمكانية تدخل الإدارة المانحة التفويض لتعديل شروط الالتزام وهو ما يعرقل السير الحسن للمرفق العام⁽⁵⁾. كما انه لا يمكن تقبل فكرة أن عقد التفويض كعقد مدني لارتباطه بتسيير مرفق عام يحتوى على بنود غير

1 - نقلا عن بن شعلال حميد، عقد الامتياز كآلية لخصوصية تسيير المرفق العام في الجزائر، الملتقى الوطني حول تسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27-28 ابريل 2011، ص ص 69-81.

2 - نقلا عن محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 22-23.

3 - بن شعلال حميد، مرجع سابق، ص 70-81.

4 - يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وإبراز تطبيقاته، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 111.

5- AUBY Jean -Marie, ROBERT Ducos - Ader, Grands services et entreprises nationales, PUF, Paris, 1969, p208.

مألوفة في القانون الخاص، خاصة وأن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني للطابع التعاقدية للتفويض فكرة غير مقنعة.

كون أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تقتضي تحديد الشخص المستفيد من الاشتراط في حين أن عقد التفويض لا يتضمن تحديد المستفيد من هذا العقد بصفة شخصية⁽¹⁾.

ثالثا: نظرية الطبيعة المختلطة لتفويض :

مفاد هذه النظرية أن عقد التفويض حتى وإن لم يكن عقدا فهذا لا يعني أنه ليس كذلك في كل شروطه. وتتمثل الطبيعة المختلطة للتفويض في كون بعض شروطه تكتسي الطابع التنظيمي والبعض الآخر الطابع التعاقدية ويرجع ذلك لكون التفويض الإتفاقي يحقق مصلحتين متناقضتين وهما المصلحة العامة التي على الإدارة حمايتها ويتم ذلك بوضع قواعد سير المرفق العام والمصلحة الخاصة لمفوض له والمتمثلة في مصلحته المالية التي هي محور والهدف الأساسي من التعاقد⁽²⁾.

هذه النظرية لقيت قبولا واسعا من غالبية الدول مثل فرنسا والجزائر،⁽³⁾ وهي تتضمن ما يلي:

1[العناصر التنظيمية: هي الأحكام المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام، يمكن تعديلها بقرارات منفردة من قبل الشخص العام مانح التفويض في أي وقت ويمتد أثارها إلى المرتفقين كالشروط الخاصة بتنظيم الأشغال وسيرها، وتحديد الإتوات التي يجوز تحصيلها وبيان كيفية تقديم الخدمة للمستعملين⁽⁴⁾. ولقد أكد المشرع الجزائري هذا التوجه في المرسوم التنفيذي رقم 05-13 المحدد لقواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والنظهير وكذا التعريفات المتعلقة

1 - جهاد زهير ديب الحرايزين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 374.
2 - نقلا عن تغريب رزيقة، الطبيعة القانونية لعقد امتياز، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27-28 افريل 2011، ص ص 18-19.
3 - نقلا عن بن علة حميد، «إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، التجربة الجزائرية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، عدد 3، 2009، ص ص 135-137.
4 - لعماري أمال، بالة زهرة، «عقد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام»، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبلالي بونعامة، المجلد 5، العدد، 2018، ص ص 135-136.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

به،⁽¹⁾ وكذلك الشروط الخاصة للعمال المستخدمين وورد ذلك في المادة 9 من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للمياه⁽²⁾.

2[العناصر التعاقدية: تلك الأحكام التي لها طابع تعاقدية، قابلة للتفاوض، وتتغير من عقد لآخر. وهي تمثل الجانب التعاقدية الحقيقي لتفويض، لأنها إنشاء لرضا الطرفين، وتطبق عليها نظرية العقود ومبدأ العقد لشريعة المتعاقدين، ولا يمكن تعديلها إلا بموافقة الطرفين⁽³⁾ وأهم الأحكام التي تكتسي الطابع التعاقدية نذكرها منها: المدة، الامتيازات والضمانات الممنوحة للمفوض له، التوازن المالي للعقد.

المطلب الثاني:

تميز تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عن بعض المفاهيم.

إن مفهوم تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري وما يقوم عليه من عناصر يجعله يأخذ مكانته كهيئة قانونية مستقلة في القانون الإداري، فهو تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة تسيير واستغلال المرفق العام للفائدة الغير، لمدة محددة مقابل ما يتحصل عليه من أتاوى من المنتفعين. نظرا لذلك هناك من يخلط هذا المعنى مع الخصوصية وعقد البوت، لذا من الضروري التطرق إلى تميز تفويض المرفق العام والخصوصية (الفرع الأول) وكذا تمييزه عن عقد البوت لتفادي الخلط والغموض الذي يسود هذين الأسلوبين (الفرع الثاني)، وتمييزه كذلك عن الصفقات العمومية (الفرع الثالث).

1 - مرسوم تنفيذي 05-13، مؤرخ في 9 يناير 2005، يحدد قواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به، ج ر عدد 05، صادر بتاريخ 12 يناير 2005.

2 - دفتر الشروط النموذجي لتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير، المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 08-53، مؤرخ في 9 فبراير 2008، متضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير، ج ر عدد 08، صادر بتاريخ 13 فبراير 2008..

3 - تغريت رزيفة، مرجع ساق، ص ص 18.

الفرع الأول:

تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري والخصوصية

اكتسبت الدعوة إلى الخصوصية أهمية كبيرة منذ مطلع الثمانينات من قرن 20 وحتى الوقت الحاضر، إذ كان للأحوال الاقتصادية السيئة التي مرت بها معظم الدول ومنها الجزائر، وما أعقبها من تردي أوضاع المرافق العامة الصناعية والتجارية، فيها وانتشار ظاهرة الفساد الإداري الأثر البارز في تكريس هذه الفكرة (الخصوصية) فالخصوصية هي مصطلح ارتبط بالقطاع العام، وأصبح الكل يتكلم عنه من منطلق أنه الحل للمشاكل والصعوبات التي بات القطاع العمومي يواجهها، إذ استخدم لتقليص حجم القطاع العام، تخفيف الأعباء المالية العامة⁽¹⁾.

نظرا لكون أن تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يؤدي هذه المهام وكذلك يؤدي كل من الخصوصية والتفويض إلى إشراك القطاع الخاص في تسيير واستثمار في المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري ويشكلان أدوات أساسية للإصلاح الاقتصادي والاجتماعي، فهذا الأمر يدعو إلى التساؤل: حول مفهوم الخصوصية (أولا) والتطرق إلى أوجه الاختلاف بين الخصوصية والتفويض (ثانيا). ليتم التوصل في الأخير إلأنه عندما يتم التفويض للفائدة الخواص يعد التفويض في هذه الحالة صيغة من الصيغ التعاقدية لخصوصية التسيير (ثالثا).

أولا: تعريف الخصوصية.

تباينت التعريفات المقدمة لآلية الخصوصية، بين التعاريف الفقهية وتعريف المنظمات الدولية وكذا التعريفات التشريعية.

لكن في مجملها تحمل معنيين: المعنى الواسع والمعنى الضيق.

أ - المعنى الواسع للخصوصية: يقصد به نقل الملكية أو تحويل إدارة المرفق من القطاع العام إلى القطاع الخاص⁽²⁾.

1 - صابر زكي إمام عبد اللا، تطبيق سياسات الخصخصة على المرفق العام الاقتصادي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الزقازيق، 2012، ص 20-22.

2 - حبش محمد حبش، الخصخصة وأثرها على حقوق العاملين بالقطاع العام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 20 - 21.

فهي عملية ترمي إلى إزالة الضبط وتقوية المنافسة تفكيك الاحتكارات العمومية واللجوء إلى نظام الامتياز والمقولة من الباطن لتنفيذ مهام المرفق العمومي وكذلك التنازل عن الأصول العمومية⁽¹⁾.

وفقا لهذا المفهوم فإن الخوصصة تشمل كافة إجراءات تحرير النشاط الاقتصادي من القيود والعقبات القانونية والإدارية التي تحد من المبادرات الخاصة واستبعاد الفكرة الإيديولوجية التي تعتبر القطاع الخاص مكملا للقطاع العام، والنتيجة المترتبة عن هذا الفهم أن تكون الخوصصة وسيلة للحد من الممارسات الاحتكارية والبيروقراطية في المجال الاقتصادي وتحرير الأسواق من القيود وتحرير الأسعار وترشيدها بغية الترويج للمنافسة واستقلالية أغلبية المؤسسات العامة⁽²⁾.

ب - المعنى الضيق للخوصصة: هو عبارة عن نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص وتعني كذلك انتقال الملكية العامة إلى القطاع الخاص وذلك إما بصورة كلية أو جزئية⁽³⁾.
نص المشرع الجزائري على هذه الفكرة من زاويتين:

الزاوية الأولى: تتعلق بالتعريف الذي أقر الأمر 95-22 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية⁽⁴⁾.

أما الزاوية الثانية: تتعلق بالمفهوم الذي يحمله التشريع الساري المفعول وهو الأمر رقم 01-04⁽⁵⁾ المتعلق بنظم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها. إذ عرف الخوصصة

1 - مدون كمال، «واقع النظام القانوني للمرافق العامة في ظل سياسة الخوصصة»، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، المجلد 3، العدد 5، 2017، ص 140.

2 - صبايحي ربيعة، الخوصصة بنقل ملكية المؤسسات العامة الاقتصادية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 7 ماي 2009، ص 61.

3 - إسماعيل صعصاع البديري، «فكرة التخصيص في المرافق العمومية»، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مجلد 14، عدد 2، 2007، ص 177.

4 - أمر رقم 95-22 مؤرخ في 26 أوت 1995، يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية والاقتصادية، ج ر عدد 48، لسنة 1995، معدل ومتمم بالأمر رقم 97-12 المؤرخ في 19 جانفي 1997، ج ر عدد 15، صادر في 21 مارس 1997، (ملغى).

5 - أمر رقم 01-04 مؤرخ في 20 غشت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد 47، صادر في 23 غشت 2001. معدل ومتمم بموجب الامر رقم 08-01، المؤرخ في 28 فبراير 2008، ج ر عدد 11، صادر بتاريخ 2 مارس 2008.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

بموجب نص المادة 13 منه إذ جاء فيها « كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو مغنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية... ».

نستنتج من هذا التعريف أن المشرع الجزائري لم يتضمن أية إشارة إلى خصوصية التسيير بصيغ التعاقدية المحددة بالنص الملغى وإنما يقتصر فقط على نقل الملكية.

وعليه إن المشرع الجزائري لم يتطرق في القانون الجديد المنظم لخصوصية إلى خصوصية التسيير على عكس القانون الملغى الذي جمع بين خصوصية التسيير وخصوصية الملكية.

بناء على ذلك، إن اتفاقية تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري لا تعني خصوصية المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري لأن هذا الأخير كما ذكرناه سالفًا يقتضي تنازل الدولة بصفة كلية وتامة عن المقدمات والأصول والحصص العمومية الخاصة بالمرفق لصالح الخواص⁽¹⁾ في حين التفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عبارة عن توكيل مهمة تسيير واستغلالا لمرفق العام الصناعي والتجاري لأشخاص عامة أو خاصة خلال مدة محددة، دون التنازل التام عن الحقوق والممتلكات لصالح المفوض له، مع احتفاظ الدولة بسلطة التنظيم والرقابة، وعند انتهاء المدة تتولي السلطة المفوضة استرجاع المرفق محل التفويض. لتأكيد على أن التفويض لا يعني الخصوصية، لا بد من التطرق إلى أوجه الاختلاف بين هذين الأسلوبين.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والخصوصية: تتجلى أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والخصوصية في:

[1] الاختلاف من حيث طبيعة النشاط: يرتبط التفويض بالمرافق العمومية ذات الصلة بالنشاط الاقتصادي. بينما الخصوصية التي لا يمكن أن تقع إلا على المؤسسات ذات الطابع العام الاقتصادي⁽²⁾.

1 - مدون كمال، مرجع سابق، ص ص 141.

2 - بلكور عبد الغني، تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: القانون العام، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2010 - 2011، ص 18.

2[الاختلاف من حيث الطابع الخاص للمستثمر: إن المستثمر (المفوض له) في التفويض يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام كما يمكن أن يكون من أشخاص القانون الخاص، في حين في آلية الخصخصة يكون طبيعة المستثمر دائما من أشخاص القانون الخاص⁽¹⁾.

3[الاختلاف من حيث الطابع النهائي للخصخصة: أن التفويض يتجدد أكثر من مرة واحدة على نفس المرفق العام، بينما الخصخصة تهدف إلى تحرير القطاع العام لا تتم إلا مرة واحدة، لأن المشروع العام يكون قد خرج من القطاع العام وبالتالي من ملكية القطاع العام⁽²⁾.

4[الاختلاف من حيث أن عقود التفويض توصف على أنها العقود الإدارية التي تكون من خلالها عدة عقود مثل: الامتياز، الإيجار، مشاطرة الاستغلال، التسيير لا يكون فيها لا نقل ولا خصخصة للعلائية، في حين الخصخصة تتم عن طريق البيع والإيجار وهي بمثابة نقل كلي للملكية⁽³⁾.

5[إضافة إلى كل هذه الاختلافات هناك إلى جانبها اختلاف ظاهر وبارز بين هذين الأسلوبين ويتمثل في: ارتباط التفويض بالمصلحة العامة في حين الخصخصة تغليب للمصلحة الخاصة على المصلحة العامة: ففي الخصخصة المصلحة العامة، تتحول بمجرد خصخصة المؤسسات العامة لتحل محلها المصلحة الخاصة لصاحب المشروع (المستثمر) الذي لا يهمله سوى تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح وتحقيق المردودية، فالصراع بين المصلحة العامة والخاصة ينتهي بمجرد خصخصة المشروع، ونقل الملكية للقطاع الخاص. بينما في التفويض السلطة المفوضة هدفها من تنازل عن تسيير بعض مرافقها للغير هو إشباع حاجات الجمهور، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة فقط⁽⁴⁾.

بناء على ذلك تتأكد أن تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لا تعني الخصخصة، وذلك نظرا لعدة اختلافات بينهما، لكن رغم ذلك نستنتج أنه يعتبر كأسلوب للخصخصة التسيير.

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 468.

2-BETTINGER Christian, La gestion déléguée des services publics dans le monde – concession ou BOT, berger- levraut, Paris, 1997,p89.

3 - مشالي أمينة، خصخصة المرافق العامة، مذكرة ماجستير، فرع دولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015-2016، ص 118.

4 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 470.

ثالثا: عن اعتبار تفويض المرفق صيغة من الصيغ التعاقدية لخصوصية التسيير.

يتم تنفيذ عملية الخصخصة بأساليب متعددة إذ يمكن تقسيمها إلى: أساليب ناقلة للملكية، وأساليب غير ناقلة للملكية والتي تسمى بخصخصة التسيير. وهي عبارة عن تحويل تسيير مؤسسات عمومية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كفاءات تحويل التسيير وممارسته وشروطه⁽¹⁾. فعلمية خصخصة التسيير تقتصر على مهمة التسيير والاستغلال أم ملكية المرفق العام تبقى لشخص المعنوي العام. ومن الصيغ التي يتم بموجبها خصخصة التسيير نجد عقد التفويض.

ما تجدر الإشارة إليه، أن الخصخصة الناقلة للملكية تختلف عن خصخصة التسيير اختلافا كثيرا لاسيما من حيث دور وسلطة الإدارة العمومية فيها بحيث تبقى الجماعة العامة في خصخصة التسيير صاحب السلطة في الإشراف والرقابة والتنظيم فهي التي ترخص وتنظم وتراقب وتعاقب أيضا في حالة ارتكاب المخالفات، بحيث يبقى المستثمر مرتبطا بمجموعة من الالتزامات التي تفرضها المرافق العامة.⁽²⁾ في حين الخصخصة الناقلة للملكية ترفع يد الإدارة ويختفي دورها في التنظيم بعد أن يفقد النشاط الذي تم خصصته صفة المرفق العام ويصبح نشاطا تجاريا بمجرد نقل ملكية ملكية المرفق إلى الشخص الخاص.⁽³⁾

كما تتميز خصخصة التسيير عن خصخصة الناقلة للملكية من حيث تميز خصخصة التسيير بطابع المؤقت إذ يمنح لمدة محددة سواء طويلة أو قصيرة وملكية المرفق تبقى في يد الشخص المعنوي العام في حين الخصخصة الناقلة للملكية تكون نهائية.⁽⁴⁾ إضافة إلى ذلك إن الخصخصة الناقلة للملكية تتحقق بإحدى هذه الأساليب: إما بانتقال ملكية المؤسسة العمومية لمصلحة القطاع

1 - بقعة عبد الحفيظ، الحماية القانونية للعامل في ظل الخصخصة والتسريح الاقتصادي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه علوم، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012-2013، ص 55.

2 - لكحل صالح، مدي انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 79 - 89.

3 - صبايحي ربيعة، مرجع سابق، ص 63.

4 - مدون كمال، مرجع سابق، ص 141-142.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

الخاص، وإما عن طريق تغيير المظهر القانوني للهيئة المعنية،⁽¹⁾ بينما خوصصة التسيير تتحقق بعقود تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني

تميز تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عن عقد البوت.

يعتبر إشراك القطاع الخاص في إقامة وتسيير وامتلاك مشروعات البنية التحتية من التوجيهات الحديثة في مجال السياسات العمومية الرامية لتوفير الخدمات الاجتماعية وجودة رفاهية أفراد المجتمع. فهناك إقبال كبير في الآونة الأخيرة من طرف حكومات الدول النامية والمتقدمة في تطبيق هذه الشراكة العمومية، وقد تحددت أساليب في مجال الشراكة بين القطاعين ولعل أهمها:

تنفيذ مشروعات البنية التحتية وفق أسلوب البوت (أولا) وكذا أسلوب تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري كأسلوب تسيير المرافق العام والذي يختلط العديد من الفقهاء والباحثين في هذين الأسلوبين لذا لا بد من إجراء مقارنة بينهما (ثانيا).

أولا : مفهوم عقد البوت.

إن التطرق إلى مفهوم عقد البوت يكون من خلال التطرق أولا إلى تعريفه⁽¹⁾ ثم نستنتج مميزاته⁽²⁾، وأخير نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري منه⁽³⁾.

1- تعريف عقد البوت: مفهوم عقد البوت هو اختصار للعمليات الثلاث، فحرف (B) يعني

(BUILD) أي البناء، حرف (O) يعني (Operate) أي التشغيل، وحرف (T) تعني (Transfe) أي نقل الملكية إلى الدولة، وهي تشكل المراحل الثلاث لتنفيذ عقد البوت⁽²⁾.

يقصد بعقد البوت تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة (الدولة، أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية)⁽³⁾ إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية سواء كانت من شركات القطاع العام أو الخاص، على أن يقوم المالك بتقديم الأرض اللازمة الكائنة ضمن مشروعه. بينما يقوم

1 - مخلوف باهية، مرجع سابق، ص 36.

2 - بولغاب أمال، «عقد البوت بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز

الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 3، 2013، ص 137 - 138.

3-RITA Wake Jaber, Le contrat administratif international, L.G.D.J., Paris, 2013, p151.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

المستثمر بإنشاء المشروع بتمويل من عنده، ثم تشغيله وإدارته فترة من الزمن يتم الاتفاق عليها، يستغل المستثمر المشروع ليستعيد ما تكبده من نفقات ويحقق أرباحا مناسبة، وفي نهاية المدة المنفق عليها، يعيد المشروع إلى مالكة الأصلي⁽¹⁾.

جاء في تقرير لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي أن مشاريع البوت في أساسها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لمجموعة من المستثمرين، أو أحد الكيانات الخاصة، يشار إليها الاتحاد المالي للمشروع امتياز لإنجاز مشروع معين وتشغيله، وإدارته واستغلاله تجاريا لمدة طويلة تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع، وفي نهاية المدة تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة، دون أي تكلفة، أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا⁽²⁾.

فالتشغيل من القطاع الخاص مع الملكية العمومية للمشروع، عامل أساسي في الاتفاقات التي تعكس مفهوم البوت.

2- مميزات عقد البوت.

يتميز عقد البوت بمجموعة من الخصوصية تتمثل في:

- مساهمة عقد البوت في بناء وتسيير المرافق العامة برأسمال خاص أي مشاركة الخواص في تمويلها وتسييرها، مما يقلل من ضغط هذه المشاريع على الميزانيات العمومية، خاصة إذا نظرنا إلى ضخامة هذه المرافق، وعليه التقليل من العبء المالي للمرفق العام على الدولة لذلك يوصف عقد البوت من عقود التمويل⁽³⁾.

- الاستفادة من خبرة وفعالية القطاع الخاص والتكنولوجيا التي يتميز بها وطرق العمل الحديثة سواء تعلق الأمر بالبناء أو التسيير، لذلك توصف عقود البوت بالعقود الناقلة للتكنولوجيا.

- تحمل القطاع الخاص في عقد البوت للمخاطر الاستثمارية في المرفق العام.

1 - ماهر محمدحامد ، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 27.

2 - LALLIOT Laurence Folliot, «Vers une approche unifiée de la convention de délégation de service public», RFDA, 2003, pp 893 – 902.

3 - مي محمد عزت شرباس، النظام القانوني للتعاقد بنظام البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 18.

- من خلال عقد البوت يتم تحسيس نوعية الخدمة العمومية مما يحقق للدولة دافعا من التنمية والرقي وتوسيع أكثر لفكرة الخدمة العامة والمصلحة العامة⁽¹⁾.

-تعتبر عقود البوت الحل الوسط في الشراكة بين القطاع العام والخاص، إذ تجعل هذه الشراكة متقبلة بصورة أسهل⁽²⁾.

-تتميز عقود البوت بضمان السرعة في التنفيذ خاصة مرحلة البناء حتى يتسنى للمستثمر مدة أطول في التشغيل والاستثمار.

- تحقيق التنمية من خلال مشاريع جديدة متعلقة بالمصلحة العامة، إذ كرست كحل بديل لعجز الدولة من مباشرة فكرة الخدمة العامة لضخامة المشاريع المتعلقة بالمصلحة العامة⁽³⁾.

3 - موقف المشرع الجزائري من عقد البوت: لم يتطرق المشرع الجزائري في قوانينه لتسمية

"بوت". إلا أنه بالرجوع إلى قانون المياه نستشف صيغة من صيغ هذا العقد وذلك بالتحديد في نص المادة 17 من قانون رقم 05-12 التي جاء فيها: « تخضع كذلك للأملك العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز والاستغلال، المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام والقانون الخاص »⁽⁴⁾. يتضح من هذه المادة أن جميع مراحل تنفيذ عقود البوت متوفرة وهي كل من: الإنجاز والبناء والاستغلال، وبعد رجوع المنشآت إلى أملاك الدولة بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض.

كرس المشرع في هذه المادة التفويض والامتياز كاتفاقية يتم بموجبها إبرام عقد البوت، بعبارة أخرى اعتبر المشرع الجزائري اتفاقية الامتياز أو التفويض جزءا من أجزاء عقد البوت.

1 - يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، المنازعات الناشئة عن عقد البوت، رسالة ماجستير في القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص16-17.

2 - سعداني نورة، «الاستثمار وفق عقد البوت»، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ادرار، المجلد 5، عدد 2، صص 181.

3 - صلاح محمد، عبد الكريم البشير، «أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية»، أبحاث الاقتصادية والإدارية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية والتسيير، جامعة محمد خيضر، المجلد 9، عدد 1، 2015، صص 186.

4 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

من الناحية العملية استعملت الدولة الجزائرية هذه الصيغة بعقد البوت بالأخص في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة، وذلك بتشجيع من الشركة العامة الجزائرية للمياه "ADE"، التي أخذت على عاتقها مسؤولية تنفيذ السياسة الوطنية بتنمية وتسيير قطاع المياه في الجزائر.

وفي هذا المجال وقعت شركة المياه تيازة عقد مع الشركة الكندية "SNC Lavalin" والإسبانية "ACCIONSAGUA" بقيمة 150 مليون دولار من أجل تصميم وإنشاء ثم تشغيل محطة تحلية مياه البحر وذلك لمدة 25 سنة⁽¹⁾.

كما نص المشرع الجزائري على المراحل المتضمنة في عقود البوت في القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، بالتحديد في نص المادة 2 منه إذ ورد فيها: «... الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات». كما تضيف المادة 7 من القانون نفسه أنه «ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام حائز رخصة للاستغلال»⁽²⁾. وعليه نجد أن هذه المواد أوردت جميع مراحل عقد البوت، والمتمثلة في كل من: الإنجاز والاستغلال، ثم إعادة المشروع للدولة باعتبار أن توزيع الكهرباء والغاز نشاط للمرفق العام.

ثانيا: الفرق القائم بين تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري وعقود البوت.

يعد تفويض المرفق العام وعقد البوت من صور الشراكة بين القطاع العام والخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية⁽³⁾ وهو ما دفع البعض إلى القول أن عقود البوت ما هي إلا تطور حديث لامتياز المرفق العام، أي اعتبار هذين الأسلوبين وجهان لعملة واحدة. لذا يتبادر إلى الأذهان

1 - نقلا عن حصايم سميرة، البوت B.O.T : إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011/04/12، ص 11 - 12.

2 - قانون رقم 02-01، مرجع سابق.

3 - أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص، في تنفيذ مرافق البنية التحتية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 25.

التساؤل حول: هل يعتبر أسلوب البوت هو نفسه تفويض المرفق العام؟ وإذا كانت الإجابة بالنفي فهل يمكن أن يندرج أسلوب البوت ضمن أساليب تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري؟
للإجابة عن هذه التساؤلات يتوجب عليا إبراز أوجه الاختلاف بين عقد البوت وأسلوب تفويض المرفق العام (1)، ثم أستنتج في الأخير مدى إمكانية إدراج عقد البوت ضمن عقود تفويض المرفق العام (2).

1 - أوجه الاختلاف بين عقد البوت وتفويض المرفق العام: تظهر أوجه الاختلاف بين عقد

البوت وتفويض المرفق العام في عدة مواضع يمكن إبرازها فيما يلي:

(أ) **من حيث الهدف:** إذ يسعى المستثمر في عقد البوت إلى تحقيق منافع خاصة أي تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، إضافة إلى العناصر التكوينية لعقد البوت، نجد أن مهمة تحقيق المنفعة العامة إحدى غايات الدولة مشوبة بموجب هذا الأسلوب،⁽¹⁾ وذلك باعتبار أن عقد البوت لا يحمل معنى الشراكة العامة-الخاصة بكل عناصرها على عكس تفويض المرفق العام الذي يعد كشكل من أشكال الشراكة بين القطاع العام والخاص.

بحيث يدخل عقد البوت في مفهوم الشراكة بين القطاع الخاص في حدود ضيقة، وذلك نظرا لتغليب المصلحة الخاصة للمستثمر على المصلحة العامة،⁽²⁾ وهذا خلافا لتفويض المرفق العام الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة.

(ب) **من حيث تحمل المخاطر:** يتحمل القطاع الخاص كامل الأعباء ومخاطر المشروع في عقد البوت، ولا يتم تطبيق مبدأ التوازن المالي فيه، وبالتالي انحصار عبء المخاطر بالقطاع الخاص، دون أية مشاركة للسلطة المفوضة (الدولة وجماعاتها الإقليمية)⁽³⁾، لكن يمكن أن توجد لكنها تعتبر ثانوية وغير مؤثرة، وإن المخاطر في أسلوب البوت تختلف من مشروع لآخر بحسب طبيعته، لكن يوجد نوعين من المخاطر وهي :

1 - LALLIOT- Laurence Folliot, Op.Cit, p 895.

2 - حلاب محمد، «نظام الامتياز بين التشريع والتطبيق في قانون المياه الجزائري»، مجلة المياه والبيئة، المجلد 6، عدد 11، ص ص 40 - 44.

3- أبو بكر احمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص 27 - 28. راجع كذلك: بو شقور قرضا ، «سيير البنى التحتية»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، المجلد 5، العدد 1، 2018، ص ص 573 - 576.

ب-1: مخاطر الدولة "Risques de l'Etat": هذه المخاطر تسمى كذلك بالمخاطر غير

المباشرة، لأنها ليست لها علاقة مباشرة بالمشروع، وإنما ترتبط بالظروف العامة لدولة المشروع، ومن هذه المخاطر (1):

- المخاطر غير التجارية: تشمل المخاطر السياسية الناتجة عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المضيئة، والتي يترتب عنها حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره. ومن أمثلته: عدم الاستقرار السياسي، الحروب الأهلية والدولية، الاضطرابات المدنية، أي كل ما يتعلق بالأوضاع الداخلية والخارجية للدولة المضيئة. والإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة في إطار ممارستها لسيادتها.

- المخاطر التجارية: يقصد بها الصعوبات المحتملة التي يوجهها المستثمر والتي تؤثر على السير العادي للمشروع، فهي تتعلق أساساً بظروف العمل المحلية وثمان الإنتاج وشروط السوق. وهذه الصعوبات ظرفية ولا ترتبط بالإرادة السياسية وليس للدولة أية مسؤولية فيها فبالتالي لا تتحمل المسؤولية عنها لا كلية ولا جزئية (2).

ب-2: مخاطر المشروع: هي تلك المخاطر المتعلقة مباشرة بالمشروع وتنفيذه، وتتمثل المخاطر الناتجة عن البناء المنشآت، مثلاً سوء تقدير الاحتمالات المالية، أو خطأ في الدراسات الأولية، وبالتالي تتمثل هذه المخاطر في كل المخاطر التقنية والمالية والتسويقية للمشروع (3).

ج) الاختلاف من حيث انحصار مجال تطبيق عقود البوت في المشاريع الضخمة والبنية التحتية، في حين تفويض المرفق العام ينحصر نطاق تطبيقه فقط على المرفق العام.

1- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 492.

2- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005-2006، ص 103-104.

3 - وليد مرزعة حمزة المخزومي، ماهر فيصل صالح، «عقد B.O.O.T ودوره في إنشاء مرافق البنية التحتية وتسييرها في العراق في ظل الأزمات المالية»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 17، العدد 1، 2018، ص ص 567-577.

د) **الاختلاف من حيث ملكيتها:** إن عقود البوت تستهدف مشاريع البنى التحتية فهي لا ترتبط بالضرورة بوجود مرفق عام. في حين تفويض المرفق العام يرتبط بوجود مرفق بحيث ينتفي هذا العقد في حالة انتفاء صفة المرفق العام عن موضوع العقد⁽¹⁾.

و) **الاختلاف من حيث وصف المنتفعين:** إن المنتفع في امتياز المرفق العام هو المرتفق الذي يستفيد من خدمات المرفق العام الصناعي والتجاري⁽²⁾. بينما المنتفع في عقد البوت يختلف باختلاف موضوع عقد البوت، بمعنى أنه ليس له وصف محدد، فإذا كان عقد البوت قد تم في إطار مهمة مرفقية فإنّ المنتفع هو المستهلك في حين إذا اقتصر عقد البوت على التشييد منشآت عامة، ومن ثم إدارتها وصيانتها، ففي هذه الحالة المستفيد والمنتفع من هذا العقد هو السلطة العامة (الجماعة العامة)⁽³⁾.

2- مدى إدراج عقد البوت تحت غطاء أساليب تفويض المرفق العام؟

تعد مسألة تحديد موقع عقد البوت ضمن تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من المسائل التي أثارت عدة تساؤلات والتي قيلت عدة آراء متناقضة فيها، والتي تختلف من دولة لأخرى وذلك وفق نظرها للقطاع العام وكذا أساليب في تحقيقه، وتعد التجربة الفرنسية والتجربة الأنجلوساكسوني من أهم النماذج التي تطرقت إلى هذه المسألة⁽⁴⁾.

للتجربة الفرنسية في مجال تفويض المرفق العام الأثر البارز والمؤثر في تحقيق مشاريع البنى التحتية والمرافق العامة عن باقي دول العالم الأنجلوساكسوني، لكن الاختلاف في وجهات النظر الأنجلوساكسوني والفرنسي حول مفهوم المرفق العام أو المشاريع العامة، أدى بالدول الأنجلوساكسونية إلى ابتكار تقنيات جاءت تحت عنوان "التمويل الذاتي Private Finance

1 - دوار جميلة، دور أسلوب BOT في تسيير الطريق السيار شرق غرب، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27-28 أفريل 2011 ص ص 11-12.

2- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 494.

3- أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص 26-27.

4- مرجع نفسه، ص 29.

Initiative PFI"،⁽¹⁾ وفي هذا الصدد طرح السؤال حول: هل عقد البوت الذي يدخل في غطاء التمويل الذاتي وبالتالي يختلف عن تفويض المرفق العام؟

إجابة عن هذا التساؤل نجد أن المشرع الفرنسي وحتى الفقه لم يتوصل إلى حسم هذا الجدل، ما إذا كان عقد البوت يندرج ضمن تفويض المرفق العام. في حين أقر تقرير صادر عن البنك العالمي سنة 1990 أن عقد البوت هو مفهوم معادل لامتياز المرفق العام ولا يوجد تمييز بينهما⁽²⁾.

أما بالعودة إلى المشرع الجزائري نجد أنه قد حسم مسألة الاختلاف بين عقد البوت وتفويض المرفق العام، إذ أخضع امتياز المرفق العام للقانون الخاص بتفويضات المرفق العام⁽³⁾، في حين النظام القانوني الذي يخضع له عقد البوت فهو غير منظم بموجب قانون خاص به، إذ نجد نصوصه متناثرة، سواء في قانون المياه⁽⁴⁾ أو قانون الغاز والكهرباء⁽⁵⁾، لكن المهم أن المشرع الجزائري لم يوحد هذين الأسلوبين.

لكن رغم كل ما تم التطرق إليه إلا أنه لا يوجد حسم لمسألة مدى إدراج عقد البوت في تفويض المرفق العام. وعليه، فحسب رأي أقول أنه وبالعودة إلى تعريف أسلوب البوت الذي يشمل كل عناصره التكوينية البناء - التشغيل - نقل الملكية وبارتباط هذا الأسلوب بمشاريع البني التحتية، يتضح أن أسلوب البوت يأتي لإقامة وإنجاز مشاريع غير موجودة أصلا. ولكون هذا الأسلوب يدخل تحت عنوان "الامتياز" فبالنظر يأخذ وصف امتياز الأشغال العمومية.

لكن كما اشرنا سلفا أن هذه المنشآت قد ترتبط بمرفق عام موجود وإنما يقتصر هذا الأسلوب على التشغيل، ففي هذه الحالة يوصف بالامتياز المختلط "Concession mixte"، أو امتياز تسيير المرفق العام⁽⁶⁾.

نتيجة لذلك، أسلوب البوت يمكن تكييفه في صورتين:

- 1 - نقلا عن وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 495.
- 2 - مرجع نفسه، ص 495.
- 3 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق. وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.
- 4 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.
- 5 - قانون رقم 02-01، مرجع سابق.
- 6 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 544 .

- الصورة الأولى: امتياز الأشغال العامة وهي الصورة الأصلية له قبل التطرق إلى مدى ارتباط الأشغال المنفذة بوجود لمرفق عام.

- الصورة الثانية: امتياز التسيير والمرفق العام وهي الصورة التي تستخلص لاحقا بعد التثبت من أن تنفيذ الأشغال العمومية جاء في إطار تسيير واستثمار لمرفق عام، وفي هذه الصورة يمكن أن يدخل أسلوب البوت في تفويض المرفق العام.

نستنتج في الأخير الأصل أن أسلوب البوت لا يمكن إدراجه في تفويض المرفق العام، لكن استثناءً يمكن إدراجه إذا أخذ وصف امتياز التسيير لمرفق العام باعتبارهما شكل من أشكال تفويض المرفق العام.

الفرع الثالث:

تميز عقد تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عن الصفقة العمومية.
دمج المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بين تنظيم الصفقات العمومية وتنظيم تفويض المرفق العام وأشار في بعض الأحيان إلى أحكام مشتركة بينهما وهو ما أقره في بعض الحالات المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام.
إن التميز بين هذين العقدين يقود بضرورة لتعريفهما (أولاً) ثم نستنتج الفرق القائم بين هذين العقدين (ثانياً).

أولاً: تعريف الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام.

إن عقود تفويض المرفق العام والصفقة العمومية من بين العقود الأكثر أهمية والتي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة لكن رسم الحدود بين هذين الإجراءين التعاقديين يعد من المسائل الصعبة⁽¹⁾.

تعرف الصفقات العمومية في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه :
«الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به فيبرم بمقابل مع متعاملين

1-GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, 3éd, PUF , Paris,2004, p285.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدارسات»⁽¹⁾.

في حين يعرف تفويض المرفق العام على أنه عقد يبرم بين شخص معنوي عام مسؤول عن مرفق عام صناعي وتجاري إذ يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له وذلك لمدة محددة، ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من نتائج استغلال المرفق العام الصناعي والتجاري⁽²⁾.

ثانياً: الفرق القائم بين عقد تفويض المرفق العام والصفقة العمومية.

قد يتشابه عقد تفويض المرفق العام مع الصفقة العمومية في كثير من الأمور (ب) إلا أن ما يفرقهما أكثر مما يجمعهما (ب).

أ: موازن التشابه بين الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى حد تماثل الصفقة العامة مع تفويض المرفق العام، بحيث اعتبروا أن الصفقة العمومية لا تختلف عن تفويض المرفق العام. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ J- C.Douence أن الصفقة العامة تؤدي إلى إدخال الملتزم في مهمة تنفيذ المرفق العام⁽³⁾. يستند هؤلاء الفقهاء في موقفهم إلى الأسباب التالية:

- الاعتقاد التقليدي أن مدة التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة كانت طويلاً نسبياً،⁽⁴⁾ على خلاف المدة في الصفقات العمومية التي تكون مدته قصيرة، لكن هذا الوضع وفق للمفهوم الحديث لتفويض المرفق العام باتت مدتها مرتبطة بحجم الأعمال المطلوبة، بالتالي من الممكن تنفيذ تسيير مرفق عام في فترة قصيرة لا تتجاوز خمسة سنوات ولعل أحسن نموذج عن ذلك تفويض تسيير مرفق عام بموجب أسلوب التسيير⁽⁵⁾.

1- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

2- المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

3- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 502.

- إلى جانب هذا الفقيه الفرنسي الذي يؤيد فكرة تماثل الصفقة العامة عن تفويض المرفق العام نجد كذلك الأستاذ Marcou والأستاذ Licheres.

4- SOLDINI David, Op.Cit, p 1121.

5- RICHER Laurent, Droit des contras administratifs, 3^e éd, LGDJ, Paris, 1991, p 444.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

- إن المفوض له في التفويض قد يتقاضي عائداته كليا أو جزئيا من الجماعة المفوضة مباشرة،⁽¹⁾ وهو في هذه الحالة يتمثل مع المتعامل المتعاقد في الصفقة العامة.

- خضوع تفويض المرفق العام لنظام الصفقات العامة لاسيما القواعد المتعلقة بالعلنية والمنافسة والشفافية والمساواة⁽²⁾.

ويستشهد أنصار فكرة تماثل الصفقة العامة عن تفويض المرفق العام ببعض الاجتهادات القضائية ومن أهمها: قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية La société lyonnaise des eaux et de "l'éclairage" حيث قضى المجلس على اعتبار ملتزم الصفقة العامة كمساهم أو مشارك في تنفيذ وتسيير المرفق العام⁽³⁾.

- كما تتفق عقود الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام أيضا في فكرة إشراف ومراقبة الهيئة الإدارية المتعاقد معها في ما مدى تنفيذ الشخص الآخر لالتزاماته التعاقدية، باعتبار أن هذه السلطة مقررة كمبدأ عام في كافة العقود الإدارية سواء نص عليها في العقد أم لا ، إذ لا يترتب على إبرام العقد الإداري مهما كان نوعه أن يترك المتعاقد ينفذ العقد بأي وسيلة كانت وإنما تتمتع الإدارة دائما بسلطة الإشراف والمراقبة.⁽⁴⁾

ب: مواطن الاختلاف بين الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام.

تظهر مواطن اختلاف بين هذين العقدين في عدة أمور لاسيما: من خلال المقابل المالي المتحصل عليه من طرف المتعاقد⁽¹⁾ ومن حيث تحمل المخاطر⁽²⁾ ومن حيث الأطراف⁽³⁾ ومن حيث الموضوع⁽⁴⁾.

1) المقابل المالي المتحصل عليه من طرف المتعاقد:

يدفع المقابل المالي للفائدة المتعاقد في عقد الصفقة العمومية كاملا وفوريا في شكل ثمن من طرف الشخص العام وذلك طبقا لنص المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،⁽⁵⁾ إذ يحسب

1-GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Op.Cit, p 276.

2-AUBY Jean-François, Op.Cit,p 76 -132

3-CE du 26 juillet 1985, société lyonnaise des eaux, n° 45044, publié au recueil Lebon. Consulté le 18/03/2019. www.ligifrance.gouv.fr

4- شرقاوي سعاد، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص454.

5 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

هذا المبلغ وفق للتكاليف التي يتحملها بالإضافة إلى هامش ربح تقدره الجهة العامة.⁽¹⁾ ولا يتحدد المقابل المالي على أساس استغلال أو تسيير المرفق العام ليس له علاقة بالمرودية استغلال المرفق العام، في حين أن المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له في عقود تفويض المرفق العام يكون مرتبط بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق العام. ولقد اعتبر معيارا مميزا وفاصلا في تحديد الفرق بين عقد الصفقة العمومية وعقود تفويض المرفق العام كما يقول الأستاذ "BoiteauClaudi" على ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه باستغلال المرفق لا غير، في أغلب الأحيان هي إتاوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة وكذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي أنه في حالة غياب الرابط بين المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام نكون أمام صفقة عمومية وليس عقد تفويض مرفق عام⁽²⁾.

كما يتميز عقد الصفقة العمومية عن عقد تفويض المرفق العام من حيث العلاقة المرتبطة بين أطرافها فنجد في عقد الصفقة العمومية تربط علاقة مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والعون الاقتصادي⁽³⁾ دون أن تكون لهذا الأخير أية علاقة مع المرتفقين. إذ نجد أن المستفيد من الصفقة العمومية هو الشخص العام (المصلحة المتعاقدة) الذي يطلب من الشخص الخاص (العون الاقتصادي) سواء الأشياء التي يتم توريدها أو تنفيذ أو بناء المنشآت أو اقتناء اللوازم. في حين تربط علاقة مباشرة بين الإدارة والمواطن والمفوض له (الخاص) في عقد تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، إذ نجد أن المستفيد من عقود التفويض هو المرتفقين الذين لهم علاقة مباشرة بالمتعاقدين لذلك توصف علاقات عقد تفويض المرفق العام بعلاقة مركبة لأنها تمس ثلاثة أطراف ولهم علاقة مباشرة فيما بينهما⁽⁴⁾.

2) من حيث تحمل المخاطر: إنَّ المخاطر التي قد تنتج عن عقود الصفقات العمومية تقع

1 - شريقي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص182.

2 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit,p54.

3 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية: تحديد العقد الإداري، تكوين العقد الإداري، تفسير العقد الإداري، أنواع العقد الإداري، شرعية العقد الإداري، التحكيم والعقد الإداري، التصالح والعقد الإداري، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة لنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، 222-225.

4 - RAYMUNDIE Olivier, Op.Cit, p37-38.

على عاتق الشخص العام الذي يتحملها لأن ليس هناك تحويل للمسؤولية في تسيير المرفق العام، إذ أن الشخص العام الذي يتحملها هو الذي يبقى صاحب المشروع ويتحمل جميع المخاطر المالية،⁽¹⁾ في حين تسود عقود تفويض المرفق العام ميزة أساسية تتمثل في التضامن والتعاون في تحمل المخاطر، أي يتحمل المفوض له جزء منها كما تتحمل السلطة مانحة التفويض جزء آخر⁽²⁾.

3) من حيث الأطراف: إذا كان طرفا عقد تفويض المرفق العام يمكن أن يكونا من أشخاص القانون العام معاً، فهذا لا يمكن أن يكون كذلك في عقد الصفقة العمومية. فلا يمكن تصور أن تبرم صفقة عمومية بين شخصين من القانون العام، وإنما دائماً تبرم بين الإدارة (المصلحة المتعاقدة) والتي حصرها المنظم الجزائري في نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في كل من الهيئات العمومية الوطنية المستقلة: الولاية، البلدية، الهيئات العمومية الإدارية، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، وكذلك المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهذا عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، مع شخص خاص أطلق عليه المنظم الجزائري تسمية المتعامل الاقتصادي، بالتالي لا يمكن أن تبرم عقد صفقة عمومية بين طرفين من القانون العام، وهذا ما استبعده المنظم الجزائري صراحة بحيث اقر أنه لا يمكن أن توصف العقود المبرمة بين الإدارات صفقة عمومية، في حين أن أطراف عقد تفويض المرفق العام هي الشخص المعنوي العام مع متعامل عمومي أو خاص⁽³⁾.

4) من حيث الموضوع: يختلف عقد الصفقة العمومية عن عقد تفويض المرفق العام من حيث موضوع كلا العقدتين، إذ ينصب موضوع عقد الصفقة العمومية في اقتناء اللوازم أو تنفيذ الشغال العمومية أو توريد الخدمات أو تقديم الخدمات (الدراسات).⁽⁴⁾ فيقتصر دور المتعاقد في عقود الصفقات

1 - شريفي الشريف، مرجع سابق، ص 184.

2 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 448.

3 - المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

4 - عاقلتي فضيلة، «النظام القانوني للصفقات العمومية ودوره في تسيير المال العام»، مجلة الاجتهاد والدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، المجلد 4، العدد 09، 2015، ص ص 37-38.

الباب الأول: خصوصية التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

العمومية بتعهد (بالقيام بهذه المهام) ببناء المباني والمنشآت المرفق العام مقابل مبلغ مالي تدفعه له الإدارة، وهذا في عقد صفقة أشغال عمومية.⁽¹⁾ وعليه لا يعتد موضوع عقد الصفقة إلى التسيير واستغلال المرفق العام من قبل المفوض له واستعمال الوسائل الموفرة والعلاقة المباشرة التي تربطه بالمرتفقين هي التي تميز تفويض المرفق العام. ولقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في عدة قضايا على استغلال تسيير المرفق العام كمعيار فاصل بين الصفقة العمومية وعقد تفويض المرفق العام، بحيث الصفقة العمومية لا تحمل مهمة استغلال وتسيير المرفق العام، في حين عقود تفويض المرفق العام تنصب محلها على تسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض⁽²⁾.

1-BRACONNIER Stéphane, Op.Cit, p77.

2 – RAYMUNDIE Olivier, Op.Cit, p 38.

الفصل الثاني:

من حيث شفافية إجراءات إبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

تتمتع السلطة المفوضة بحرية في اختيار المفوض له عند لجوئها إلى تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري كأصل عام. إلا أن هذه الحرية من الناحية العملية فقد أثبت الواقع الكثير من الانحرافات والتجاوزات، خاصة من حيث الانحراف في اختيار المتعاقدين لما تقتضيه المصلحة العامة والتي أثرت سلباً على الإدارة وعلى المنتفعين على حد سواء، بانتشار ظاهرة الفساد واهدر المال العام.

لذا تدخلت التشريعات للحد من هذه الظاهرة من خلال فرضها للمجموعة من الإجراءات والقواعد الخاصة على إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري والتي يمكن وصفها بإجراءات ذات طابع مميز (المبحث الأول)، كما أن هذه التشريعات أحاطت هذه الإجراءات بجملة من الضمانات القانونية لهدف ضمان شفافية إبرامها (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الطابع المميز لإبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

تعتبر عملية إبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من المراحل الحاسمة إذ تعد نقطة الانطلاق لهذا العقد. خاصة وأن هذه الآلية تستهدف استغلال وتسيير مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري يرتبط وجوده وهدفه بالمصلحة العامة فمن الطبيعي أن تمر هذه الآلية بمراحل تساهم جميعها مع ما يقتضيها من إجراءات وضوابط في إنشائها.

كرس القانون الجزائري جملة من الإجراءات لإبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، وهي إجراءات شبيهة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، وبذلك يكون قد حذا حذو التشريعات المقارنة خاصة المشرع الفرنسي.

إذ باستقراء مختلف الأحكام المنظمة لإجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري على المستوى الوطني نجدها تمتاز بالنقص في تنظيمها، في حين استدرك المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام هذه النقائص. لكن رغم ذلك نجد أن إبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري خصها بإجراءات سابقة ذات تنظيم صارم (المطلب الأول)، مع ضرورة إتباع جملة من الإجراءات التكميلية لإبرامها بشكل نهائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إحاطة الإجراءات السابقة للإبرام بتنظيم صارم.

من الخصوصيات التي يتسم بها إبرام تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري نجد إحاطة إجراءات الإبرام بنوع من الصرامة تتعلق بالضرورة اختيار السلطة المفوضة لآلية التفويض كأسلوب للتسيير المرفق محل التفويض (الفرع الأول)، ثم انتقاء المفوض له (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

اختيار السلطة المفوضة لتفويض كأسلوب لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

تتمتع السلطة المفوضة بحرية واسعة في اختيار أساليب تسيير مرافقها العامة الصناعية والتجارية، وغالبا ما تختار أسلوب تفويض لتسييره (أولا) نظرا لكونه يحقق الأهداف المنتظرة من تفويض تسيير مرفق العام الصناعي والتجاري إلى الغير، خاصة تحقيق خدمة عامة للمتفرقين على أحسن وجه ممكن. ويتم اتخاذ قرار اعتماد أسلوب التفويض لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري من قبل السلطة المختصة (ثانيا) كما تختار إلى جانبها إحدى أشكال التفويض التي تتلائم مع هذا التفويض (ثالثا).

أولا: المقصود بخيار التعاقد بآلية التفويض في المرفق العام الصناعي والتجاري.

لتحديد المقصود بخيار التعاقد بموجب التفويض يستدعي البحث في تعريف حرية التعاقد بأسلوب التفويض (1) والتطرق إلى النصوص القانونية المعبرة عن هذه الحرية (2).

أ) تعرف التعاقد بأسلوب التفويض.

الأصل أن الاختيار في اللجوء إلى العقد هو عادة شائعة بنسبة للأشخاص الخاصة وهو ما يعرف في القانون المدني بحرية التعاقد تطبيقا لنص المادة 106 العقد شريعة المتعاقدين.⁽¹⁾ لكن من جهة أخرى يمكن للأشخاص القانون العام أن تستفيد من هذه الحرية، في هذا الشأن أعطى مجلس الدولة الفرنسي أهمية كبرى لهذه الحرية التعاقدية واعتبرها كمبدأ عام في القانون، لكن لم يعتبرها كمبدأ دستوري إذ لم يعترف به المجلس الدستوري⁽²⁾.

تدخل فكرة تنظيم المرفق العام الصناعي والتجاري ضمن الصلاحيات الأساسية لسلطة العامة، التي تشكل بدورها احد مظاهرها السيادية، هذه الصلاحية التي تشكل احد امتيازات السلطة العامة التي لا يمكن التنازل عنها سوء كليا أو جزئيا.⁽³⁾ وذلك باعتبارها تعد أحد المكونات اللازمة في وجودها. ويدخل ضمن فكرة تنظيم المرفق العام الصناعي والتجاري الطريقة الأكثر

1 - أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

2 - GUGLIELMI Gilles, Koubi Geneviève, Op.Cit, p284

3 - هيام مروة، مرجع سابق، ص 47.

ملائمة لتسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري الذي تعود سلطته التقديرية إلى السلطة العامة المختصة لتحديد⁽¹⁾.

إن حرية تكوين المرفق العام الصناعي والتجاري هي مرتبطة بحرية اختيار أسلوب التسيير، الذي يكون بين حرية الاختيار بين التسيير المباشر وتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري إلى الغير. لذا فإن اختيار أسلوب تسيير هي من المسالك الضرورية في إجراء تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري،⁽²⁾ الذي عرف تطور بالتوازي مع التدخل للأشخاص العامة في النشاط الاقتصادي، إذ منذ القرن 19 إلى غاية السنوات 1929 كانت حرية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري عبارة عن مظهر زائف. وقد كان ذلك نتيجة عن ظاهرة مزدوجة: من جهة كانت إمكانية التدخل في الاقتصاد محدودة بوصاية الدولة وحماية الأموال العامة ومن جهة أخرى الاجتهاد القضائي قد اعترف بهذا التدخل لكن بشرط ألا تنتهك مبدأ حرية الصناعة والتجارة⁽³⁾.

لكن بعد ذلك تغير مفهوم تدخل الدولة في النشاطات الاقتصادية، صاحبها إعترافاً للدولة بمبدأ حرية الإدارة في اختيار أسلوب تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري بشكل واسع وبدأ بذلك أسلوب التفويض يأخذ مكانة معتبرة ضمن أساليب تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري⁽⁴⁾.

وعليه كقاعدة عامة لسلطة المفوضة الحرية الواسعة في اختيار أسلوب لتسيير واستغلال مرافقها العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري؛ إذ عندما ترغب في تسيير واستغلال مرافقها العامة الصناعية والتجارية تستند إلى سلطتها التقديرية في اختيار بين أسلوب الإدارة المباشر أو أسلوب التفويض إلى الغير. لكن غالباً في تسيير المرافق العامة الصناعية والتجارية تختار أسلوب التفويض وذلك باعتباره يتلاءم مع حاجاتها وقدراتها وكذلك استناداً إلى اعتبارات إيديولوجية ترتبط

1- SERGE Alain, AKOFF Mescheri, Droit des services publics, PUF, Paris, 1985, p303-304.

2- GUILLAUME Fauquert, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation, thèse pour obtenir le grade de docteur, spécialité : science de l'eau, option : gestion , école nationale de génie rural des eaux et des forêts, paris, 4 juillet 2007, p 301.

3- GUGLIELMI Gilles , KOUBI Geneviève, Op.Cit, p285

4- وقد عبر عدة فقهاء على مبدأ حرية الإدارة في اختيار أسلوب تسيير مرافقها العامة الصناعية والتجارية. ولعل أهمهم الأستاذ Benoit الذي اعتبر أن المرافق العامة الصناعية والتجارية يمكن أن تتحقق إما بأسلوب الإدارة المباشرة أو بإطار الامتياز.

بالظروف السياسية والمالية والاجتماعية السائدة في الدولة.⁽¹⁾ وترتبط كذلك اختيار الإدارة لأسلوب تسيير مرافقها العام الصناعي والتجاري بالمبادئ العامة التي تقوم عليها النظرية العامة للمرافق العامة الصناعية والتجاري لاسيما مبدأ قابلية المرفق العام للتطور والتكيف، وكذا مبدأ الفعالية الاقتصادية للمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري⁽²⁾.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن معظم المرافق العامة الصناعية والتجارية تتركس مبدأ حرية الإدارة في الاختيار بين أسلوب الإدارة المباشرة وأسلوب التفويض.

2: الأساس القانوني لحرية اختيار آلية التفويض لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري.

عبر المؤسس الدستوري الفرنسي عن مبدأ حرية الإدارة في اختيار أسلوب تسيير مرافقها العامة الصناعية والتجارية، في الدستور لسنة 1985 بموجب نص المادة 72 حيث نصت على انه «... يمكن للمجتمعات المحلية أن تتخذ القرارات في كل المسائل التي تنشأ بموجب الصلاحيات التي يمكن ممارستها في إطار اختصاصها بأفضل طريقة ممكنة...»⁽³⁾. وكذلك بموجب نص المادة 34 منه، والتي حددت شروطه وذلك في ما يلي: «... و يضبط القانون المبادئ الأساسية الآتية: ...»

الاستقلال الإداري للمجتمعات المحلية وصلاحياتها ومواردها،»⁽⁴⁾.

إلى جانب دسترة مبدأ حرية الإدارة في اختيار أسلوب تسيير مرافقها العام ذو الطابع الصناعي والتجاري أقر المشرع الفرنسي هو الآخر هذا المبدأ وذلك في المادة L2221 فقرة الأولى من القانون العام للجماعات الإقليمية⁽⁵⁾. إذ منح الهيئات الإقليمية الحرية في الإدارة، ومن ثم الحرية

1- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 253.

2-GUGLIELMI Gilles ,AKOUBI Geneviève, Op.Cit,p286.

3-« ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi... » Art72/2 de la constitution, du 3 juin 1958, Op.Cit.

4- «la loi détermine les principes fondamentaux :...»

-de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leur ressources» , Art°34 idem.

5 - « les communes et les syndicats de communes peuvent exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial... » Art° L 2221-1 du code générale des collectivités territoriales, Op.Cit.

في كل ما يتعلق بتنظيم المرفق من دون قيود، وأكدته مرة أخرى المادة 4 من الأمر رقم 2016-65 المتعلق بعقود الامتياز⁽¹⁾.

كما صدر في فرنسا مرسوم في 17 مارس 1980 نص على إمكانية الجماعات الإقليمية إدارة مرافقها العامة منها الصناعية والتجارية إما بنفسها وفق لأسلوب الإدارة المباشرة أو عن طريق الغير وفق لأسلوب الإدارة الغير مباشرة (التفويض).

تبنى المشرع المغربي هو الآخر مبدأ حرية اختيار السلطة العامة للأسلوب تسيير واستغلال مرافقها العامة الصناعية والتجارية ويظهر ذلك جليا في نص المادة 39 من الميثاق الجماعي إذ ينص على أن: « المرافق والتجهيزات العمومية المحلية

1- يقرر المجلس الجماعي إحداث وتدبير المرافق العمومية الجماعية خاصة في القطاعات

التالية:

-التزود بالماء الصالح للشرب وتوزيعه،

-توزيع الطاقة الكهربائية،

التطهير السائل،

جمع الفضلات المنزلية والنفايات المشابهة لها ونقلها وإيداعها بالمطرح العمومي ومعالجتها،

الإنارة العمومية،

النقل العمومي الحضري،

-السير والجولان وتشوير الطرق العمومية ووقوف العربات،

-نقل المرضى والجرحى،

-الذبح ونقل اللحوم والأسماك،

-المقابر ومرفق نقل الجثث،

1 -<<Les autorités concédantes, définies à l'article 8, sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leur services publics en utilisant leur propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques.

Le mode de gestion choisi permet d'assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement ainsi que la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics.>>. Ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

ويقرر المجلس في طرق تدبير المرافق العمومية الجماعية عن طريق الوكالة المباشرة والوكالة المستقلة والامتياز وكل طريقة أخرى من طرق التدبير المفوض للمرافق العمومية طبقا للقانون والأنظمة المعمول بها... داخل تراب الجماعة»⁽¹⁾.

يستخلص من هذه المادة أن الجماعات الإقليمية تتمتع بحرية واسعة في الاختيار أسلوب تسيير واستغلال مرافقها العامة بين الإدارة المباشرة أو أسلوب التفويض. وبذلك يكون المشرع المغربي قد حذ حذو المشرع الفرنسي في إقراره مبدأ حرية الإدارة في اختيار أسلوب تسيير مرافقها العامة الصناعية والتجارية بين أسلوب الإدارة المباشرة أو أسلوب التفويض إلى الغير.

المشرع الجزائري هو الآخر كرس مبدأ حرية السلطة المفوضة في اختيار أسلوب التفويض أو أساليب التقليدية لتسيير مرافقها العامة الصناعية والتجارية، ولعل أهم النصوص القانونية التي خولت ذلك نذكر: قانون توجيه النقل البري وتنظيمه بموجب نص المادة 10 إذ جاء فيها: «...يتم إنجاز واستغلال شبكة النقل الحضري من قبل الدولة و/أو الجماعات الإقليمية أو عند الاقتضاء عن طريق الامتياز...»⁽²⁾، وقانون البلدية بموجب نص المادة 150 إذ جاء فيها: «...ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض...»⁽³⁾.

يتضح من مختلف التشريعات المنظمة لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري سواء الوطنية أو الأجنبية أنها أقرت مبدأ حرية الإدارة في اختيار أسلوب تسيير مرفقها العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بين أسلوب الإدارة المباشرة إذ لم تتنازلا عن هذا الأسلوب في التسيير، والذي يعتبر من الأساليب التقليدية، وأسلوب التفويض إلى الغير الذي يعتبر من الأساليب الجديدة لتسيير المرافق العمومية.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن هذه الحرية التي تتمتع بها الإدارة ليست مطلقة يمكن أن يرد عليها استثناء يتمثل في وجود نص قانوني يلزم الإدارة باعتماد أسلوب معين لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري.

1- ميثاق الجماعي 78-00، مرجع سابق.

2 - قانون رقم 01-13، مرجع سابق.

3- قانون رقم 11-10، مرجع سابق.

ثانيا: السلطة المختصة للتفويض.

تعقد اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من قبل ممثلي الجماعات العامة⁽¹⁾، إذ تبرم اتفاقية التفويض على مستوى الجماعات الإقليمية: من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي على مستوى البلدية، إذ هو المؤهل بإبرام مثل هذه العقود، ويبرمها باسم البلدية، بعد مداوات المجلس الشعبي البلدي وهذا طبقا لنص المادة 52 من القانون رقم 10-11 المتعلق بقانون البلدية التي تنص على أنه: «يعالج المجلس الشعبي البلدي الشؤون التي تدخل في مجال اختصاصه عن طريق المداوات». وتتخذ هذه المداوات بالأغلبية البسيطة لأعضائه الحاضرين أو الممثلين عند التصويت وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا⁽²⁾، وتوقع هذه المداوات أثناء الجلسة من جميع الأعضاء الحاضرين عند التصويت ويودع رئيس المجلس الشعبي البلدي هذه المداوات في أجل 8 أيام لدى الوالي مقابل وصل استلام⁽³⁾، وتصبح هذه المداوات قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد 21 يوما من تاريخ إيداعها بالولاية⁽⁴⁾.

في حالة المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات النصوص القانونية المنظمة له تميز بين المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات ذات المنفعة المحلية والجهوية أو الوطنية، إذ في الحالة الأولى اتفاقية انجاز وتسيير أو تسيير فقط المنشآت القاعدية تمنح من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي أما في الحالة الثانية فان الولي هو الذي يمنحها⁽⁵⁾.

أما عندما تكون الاتفاقية مبرمة باسم الدولة فان السلطة المختصة مبدئيا بالمنح تكون الوزارة المسؤولة عن القطاع ومن أمثلة ذلك: في مجال النقل البحري إن اتفاقية الامتياز ودفتر الشروط

1 - ZOUAIMIA Rachid, «La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015», R.A.R.J, v7, n°1, 2016. Pp18-35.

2- المادة 54 من القانون رقم 10-11، مرجع سابق.

3- المادة 55 فقرة الثانية من القانون نفسه.

4- المادة 56 من القانون نفسه.

5- تنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 على أنه: «عندما يصرح بأن المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات ذات منفعة محلية، يمنح الامتياز رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا.

و يمنحه الولي المختص إقليميا عندما يصرح بأنها ذات منفعة جهوية أو وطنية.»

تكون مبرمة من قبل الوزير المكلف بالبحرية التجارية نفس الأمر في مجال النقل الجوي أين تمثل الدولة من قبل الوزير المكلف بالطيران المدني. وفيما يخص اتفاقية امتياز النقل الجوي للأشخاص والبضائع توقع من قبل الوزير المكلف بالطيران المدني وتخضع للموافقة عن طريق مرسوم يؤخذ في مجلس الوزراء⁽¹⁾.

أما في مجال الكهرباء وتوزيع الغاز تمثل الدولة من قبل الوزير المكلف بالطاقة لكن فيما يخص منح امتياز الغاز والكهرباء يتم بموجب مرسوم تنفيذي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة بعد اخذ رأي لجنة الضبط⁽²⁾.

أما عندما تكون السلطة المفوضة مؤسسة عمومية ففي هذه الحالة إن السلطة المختصة بمنح التفويض يكون من قبل مدير المؤسسة ومثال عن ذلك في حالة تفويض خدمات التطهير والتزويد بالماء من قبل صاحب الامتياز والمتمثل في الجزائرية للمياه⁽³⁾ والديوان الوطني للتطهير⁽⁴⁾ لكن بعد موافقة المجلس التوجيه والرقابة فيما يخص الجزائرية للمياه.

نستنتج من مختلف هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائر حصر السلطة منح التفويض في ممثل الإدارة التابعة للمرفق محل التفويض أو الوزارة ممثلة في الوزير أو المدير. إن هذا الاختلاف والتباين في السلطة المختصة في منح التفويض من شأنه أن يؤثر سلبا في طول إجراءات الواجب إتباعها للتوصل للإبرام مثل هذه الاتفاقية،⁽⁵⁾ خاصة وأن المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام لم يحددها بشكل دقيق.

- 1- المادة 117 المعدلة بموجب المادة 5 من أمر رقم 10-03، مرجع سابق.
- 2- المادة 72 من القانون رقم 01-02، مرجع سابق، وأكدته كذلك المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114، مؤرخ في 9 ابريل 2008، يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج ر عدد 20، صادر بتاريخ 13 ابريل 2008.
- 3- المادة 6 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 01-01، مرجع سابق.
- 4- المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 01-102 مؤرخ في 21 ابريل 2001، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير، ج ر عدد 24، صادر بتاريخ 22 ابريل 2001.
- 5- أكلي نعيمة، «التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقد الامتياز»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، المجلد 4، العدد 2، 2017، ص 450-460.

ثالثا: اختيار أحد أشكال تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

عند اختيار أسلوب التفويض لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري لا بد على السلطة المفوضة أن تختار بعد ذلك شكل الذي يتم بموجبه هذا التفويض وذلك وفق عدة اعتبارات، نظرا لكون التفويض يتكون من مجموعة من الأشكال والتي منها حققت إجماعا عليها. وقد حددها المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؛ لكن هذه الأشكال لم تذكر على سبيل الحصر وإنما ذكرت على سبيل المثال (1) ومنها التي لم يتم الإجماع بشأنها لكنها تعد من أشكال تفويض المرفق العام (2).

1) أشكال التفويض المتفق عليها.

تتعدد أشكال تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، إذ هناك من الأشكال التي تتوافر على جميع معايير التفويض، وتعد من أهم الأشكال، وقد تم الإجماع بشأنها وتأتي في المرتبة الأولى بشكل الامتياز (أ) وشكل الإيجار (ب).

أ: الامتياز.

يعتبر الامتياز من الأشكال الأكثر شيوعا في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري خاصة في فرنسا،⁽¹⁾ إذ يعتبر من الأشكال المفضلة في تسيير العديد من المرافق العامة الصناعية والتجارية ولعل أهمها: مرفق النقل، مرفق توزيع ومعالجة المياه.

يقصد بالامتياز ذلك الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام.⁽²⁾ يتضح من هذا التعريف أن عقد الامتياز كشكل من أشكال تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري يمتاز بأنه يستطيل إلى فرعين: امتياز تسيير

1- نقلا عن فوناسسوهيلة، «عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي»، المجلة الأكاديمية

للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد 02، 2014، ص ص 242.

2- المادة 210 فقرة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وأكدته المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199،

مرجع سابق.

المرفق فقط وامتياز إنشاء المنشآت واقتناء الممتلكات الضرورية وينصب محل هذا الامتياز الأخير على إنشاء مرفق غير موجود إذ يتم إنشائه من قبل المفوض له وفي هذا الامتياز يكون امتياز مرفق عام وأشغال عامة في نفس الوقت⁽¹⁾.

نتيجة لذلك، يقترب امتياز كشكل من أشكال التفويض إلى الامتياز في مشاريع الاستثمار وتشييد المرفق العام لدولة لأنه يتضمن بناء المرافق العامة الصناعية والتجارية وثمة استغلالها لكن رغم ذلك نجد أن هذين الأسلوبين مختلفين من حيث السلطات التي تتمتع بها الإدارة بحيث في الامتياز المرفق العام كشكل من أشكال التفويض الإدارة تتمتع بالسلطات التقليدية التي تحوزها في عقودها الإدارية⁽²⁾. في حين في عقد البوت يخضع العقد المبرم بين الدولة والمستثمر من القطاع الخاص للمبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾.

كما يمتاز بتولي المفوض له استغلال المرفق محل التفويض على نفقته ومسؤوليته، فهو الذي يتحمل جميع أعباء تشغيل المرفق ويجنى أرباحه، ويتقاضى المقابل المالي من المنفعين مباشرة⁽⁴⁾.

يحتل امتياز المرفق العام كشكل من أشكال تفويض المرفق العام مكانة معتبرة ومفضلة، في المنظومة القانونية الجزائرية إذ كرسته اغلب النصوص القانونية الخاصة بالمرافق العمومية الصناعية والتجارية والتي اشرنا إليها سالفًا، ومنحته الحيز الكبير مقارنة بأشكال التفويض الأخرى. أما مكانته في المنظومة القانونية الفرنسية فنجد أن المشرع الفرنسي عرف تفويض المرفق العام على أنها امتياز المرفق العام بموجب نص المادة L1411-1⁽⁵⁾، وكان ذلك نتيجة تأثيره بالمنظومة القانونية الأوروبية، وبذلك كرس له مكانة معتبرة.

1 -GUGLIELMI Gilles, Introduction au droit des services publics, éd L.G.D.J, Paris, 1994, p 119.

2- بركية حسام الدين، «تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة»، مجلة الفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، المجلد12، العدد14، 2017، ص ص528-529.

3- نمديلي رحيمة، مرجع سابق، ص ص119-220.

4- SERGE Alain AKOFF Mescheri, , Op.Cit, p 344-347.

5 -«une délégation de service public est un contrat de concession.....» code générale des collectivités territoriales, Op.Cit.

ب: الإيجار: يقصد به ذلك الشكل الذي يقوم بمقتضاه شخص معنوي عام يسمى المؤجر بتفويض شخص آخر يسمى المستأجر تسيير مرافق عام صناعي وتجاري على أن يقدم له التجهيزات الضرورية وينتقل المستأجر مقابل مالي من المؤجر ويكون المقابل المالي مرتبط بالإتاوة التي يدفعها المنتفعين من المرفق⁽¹⁾، ويتصرف فيه المفوض له لحسابه وعلى مسؤوليته، مع تحمل كل المخاطر⁽²⁾.

لقد بقي أسلوب الإيجار لمدة طويلة مرتبط بالامتياز، وجزء منه والعنصر الأساسي المميز لهذا الأسلوب هو عدم تحمل المستأجر لعمليات البناء والاستثمارات المتعلقة بالمرفق العام الصناعي والتجاري⁽³⁾.

عرف أسلوب الإيجار تطورا كبيرا في فرنسا خاصة في مجال السياحة والثقافة والتسليية. فقد عملت السلطة العامة على إنشاء عدة مرافق صناعية وتجارية وحتى الثقافية، إذ قامت بتفويض تسييرها واستغلالها عن طريق أسلوب الإيجار لعدة مؤسسات خاصة بهدف تقليص من أعباء التسيير والاستغلال فقط وهذا ما يجعل من هذا الأسلوب في اغلب الأوقات مدته قصيرة أو متوسطة المدى، وكثيرا ما يتم اختياره من طرف المؤسسات الخاصة⁽⁴⁾.

يتميز عقد الإيجار بخصوصيات تميزه عن أشكال التفويض الأخرى والتي تظهر من خلال:

1- تتحمل السلطة المفوضة نفقات إقامة المنشآت الأساسية، بحيث نجد أن السلطة المفوضة هي التي تتولي تحمل نفقات إقامة المرفق العام الصناعي والتجاري أو إقامة المنشآت الأساسية العائدة له حيث تسلم المرفق إلى المستأجر جاهزا لتشغيل⁽⁵⁾ ويتولى هذا الأخير إدارته واستغلاله

1-ZOUAIMIA Rachid, Délégation de service public au profit de personne privées, Op.Cit ,p 76.

2 - المادة 210 فقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وأكدته المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - DAVIGNON Jean-François, «L'affermage», J C A, du 9 novembre 2004 , 2-3.

4 - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، مرجع سابق، ص 101.

5 - مقالاتي مونة، فاضل الهام، إيجار المرفق العام أسلوب جديد للتسيير في الجزائر، أعمال الملتقى الوطني حول التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد الإنفاق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر باتنة، يوم 27 نوفمبر 2018، ص ص 04.

وتأمين بعض المنشأة الثانوية الضرورية لتشغيل المرفق العام الصناعي والتجاري فقط⁽¹⁾. بالتالي تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض.

2- يلزم المستأجر بتقديم جزء من المقابل المالي الذي يحصل عليه من المنتفعين إلى السلطة المفوضة مقابل استعماله للمنشآت العائدة للمرفق العام الصناعي والتجاري والتي تكبد الشخص العام نفقات إقامتها، لذلك تكون مدة عقد الإيجار قصيرة مقارنة بالامتياز⁽²⁾.

لقد أكد مجلس الدستوري الفرنسي على أن المبلغ المؤدي من المستأجر لسلطة العامة ليس له طابع ضريبي وإنما يشكل عنصر مكون للثمن الذي تكبدته الإدارة والمتعلق بنفقات إقامة منشآت المرفق⁽³⁾.

2: أشكال التفويض التي لم تحضي بإجماع.

كما هناك نوعين من أشكال تفويض التي لم تحظ بإجماع بشأن اعتبارهما من تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لكن رغم ذلك تعتبرها أغلب التشريعات وحتى الاجتهادات القضائية عكس ذلك ومنها عقد مشاطرة الاستغلال (1) وعقد التسيير (2).

أ: **الوكالة المحفزة**: إن الوكالة المحفزة تسمى بمشاطرة الاستغلال وهو المصطلح الصحيح، يقصد به العقد الذي من خلاله توكل السلطة المفوضة تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، يتولى التسيير لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية⁽⁴⁾. ولا يتحصل على المقابل المالي من أتاوى المرتفقين بل يحصل على اجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوة إنتاجية وجزء من الأرباح⁽⁵⁾.

1 - DAVIGNON Jean-François, «L' affermage», Op.Cit,p 2-3.

2- ايماندمبري ومراد بن قيطة، «إيجار المرفق العام في الجزائر على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المفهوم والخصائص والفروق مع أشكال التفويض الأخرى»، مجلة جبال الأبحاث القانونية المعمقة، لبنان، العدد 16، 2017، ص ص 53-54.

3 - GUGLIELMI Gilles, Op.Cit, p 125-126

4- المادة 210 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وأكدته المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق، وقد أطلق هذه النصوص القانونية على مشاطرة الاستغلال مصطلح الوكالة المحفزة والتي قصد منها المشاطرة لذا لا بد حذرا على المشرع أن ينص على هذا الأسلوب بالمصطلح الصحيح وذلك لتفادي كل الغموضات.

5 -SERAGEAlian, MECHERIAKOFF, Op.Cit, p353

يتضح من هذا أن المشاطرة الاستغلال يقوم على مجموعة من الخصائص وهي:

- الاستغلال يكون لحساب السلطة المفوضة.

- السلطة المفوضة هي المكلفة باستغلال البناء وصيانة والتجهيزات الضرورية لسير المرفق.

- تمتع المسير باستقلالية محدودة وبالمقابل تحمل الإدارة لصلاحيات واسعة .

- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط باستغلال بنسبة مئوية من رقم الأعمال

بالإضافة إلى علاوة إنتاجية، وبذلك فإن المقابل المالي الذي يتقاضه المسير مرتبط بنتائج استغلال

المرفق أي مرتبط بأرباح وخسائر تسيير المرفق، في بعض الأحيان كضمان للمسير المرفق فإن هناك

حد أدنى جزافي في العقد⁽¹⁾.

- فيما يخص المخاطر نجد أن السلطة المفوضة هي التي تتحمل مخاطر الاستغلال أما

المسير فيتحمل جزء منها فقط وذلك باعتبار أن أجره مرتبط بنتائج استغلال المرفق الذي يعتبر من

أهم معايير تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري⁽²⁾.

كما يمكن إضافة إلى أجر المسير علاوات متعلقة بالتسيير الفعال والمرتبطة بالمرودية⁽³⁾.

نظرا لكون أن المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير في أسلوب مشاطرة الاستغلال يكون من

قبل الإدارة هناك من الفقهاء الفرنسيين اللذين يقرون بأن أسلوب مشاطرة الاستغلال لا يدخل في

طائفة عقود تفويض المرفق ، لكن تدخل الاجتهاد القضائي الفرنسي وكيف هذا النوع من العقود

بأنه عقد تفويض المرفق العام وذلك في قضية SMITOM التي أشرنا إليها سابقا⁽⁴⁾.

ب: التسيير: هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير مرفق

عام أو تسييره وصيانته ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة، التي تمول

1- فاضل الهام، «أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247»، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة 8 ماي 1945 قلمة، المجلد 12، العدد 25، 2018، ص ص 4-5.

2- حجاب ياسين ، مبروكة محرز، «الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المجلد 1، العدد 2، 2016، ص ص 133.

3-BOITEAU Claudie, Les convention de délégation de service public, Op.Cit,55.

4-GLASER Emmanuel , «Le régime juridique des délégations de service public»RLCT,n°98,2014, pp 52-53.

بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ورقابته الكلية. يدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية⁽¹⁾.
بناء على ذلك فعقد التسيير⁽²⁾ هو عبارة عن عقد تعهد جهة الإدارة بمقتضاه إلى القطاع العام أو الخاص عبء تشغيل المرفق وصيانته لفترة من الزمن، التي تتراوح بين 3 سنوات إلى 5 سنوات، ويظهر فيه الشخص المكلف بالإدارة كوكيل يعمل باسم ولحساب السلطة المفوضة، مقابل عائدات يتقاضاها بصورة جزافية وثابتة، وقد يقتزن أحيانا بحوافز تتعلق بنتائج الاستغلال⁽³⁾.
يتضح من هذا التعريف أن عقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة يشتركان في عدة نقاط أهمها:
-تولي المفوض له إدارة واستغلال المرفق مقابل اجر يحدد في العقد يدفع من قبل السلطة المفوضة.

-تحصيل التعريفات من المستفيدين لحساب السلطة المفوضة.

-السلطة المفوضة هي التي تتولي إقامة المنشآت الأساسية للمرفق⁽⁴⁾.

لكن رغم ما يشترك به العقدين إلا أنهما مختلفان ولعل أهم ما يميز عقد التسيير عن عقد الوكالة المحفزة تظهر من خلال المقابل المالي إذ في الحالة الأولى يحدد بمبلغ مقطوع دون وجود لعلاوة أو إضافات تدفع من قبل السلطة المفوضة إلى المفوض له في حين في العقد الثاني هناك حتما مبلغ إضافي يتقاضاه المفوض له⁽⁵⁾.

1-المادة 210 فقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2-لا يجب الخلط بين عقد التسيير كشكل من أشكال تفويض المرفق العام وعقد التسيير كصنف من عقود الأعمال والمنظم بموجب القانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 فيفيري 1989 المعدل للقانون المدني، والذي نظمه ضمن الباب التاسع تحت عنوان العقود الواردة على العمل وذلك في إطار الفصل الأول مكرر تحت تسمية عقد التسيير. وكتاب الأستاذ أيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2012.

3-GUGLIELMI Gilles, Op.Cit, p129-130.

4-BOITEAU Claudie, Les délégations de service public, Op.Cit,p 69-70.

5-FRANGI Marc, «Les délégations de service public dans le domaine de la distribution d'eau potable», R.A.F, PUF, n°328, 2002, pp411.

ما تجدر الإشارة إليه، أن الدولة الجزائرية من الناحية العملية أعطت المكانة المعتبرة لشكل الامتياز والتسيير في حين أهملت الأشكال الأخرى في التفويضات وهو ما تثبته النماذج التطبيقية التي سيتم التعرض لها في الباب الثاني⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

اختيار المفوض له.

ينفرد عقد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بخصائص ذاتية، تفرض على السلطة المفوضة اختيار الشخص القادر على النهوض بعبء تسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض، والذي يضمن خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المنتفعين. الأمر الذي يستلزم ضرورة إعطاء السلطة المفوضة السلطة التقديرية في اختيار المفوض له وبالتالي تقتضي القاعدة العامة في اختياره على أساس الاعتبار الشخصي، لكن رغم أن الأصل في عقود تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري تقتضي بحرية الإدارة في اختيار المفوض له إلا أنه هناك من التشريعات التي تفرض إتباع إجراءات المنافسة كقاعدة عامة (أولاً) واعتماد التراضي كاستثناء (ثانياً).

أولاً: اعتماد الدعوة للمنافسة كأساس لاختيار المفوض له.

تعد مرحلة اختيار المفوض له من طرف الإدارة من أهم مراحل تفويض مرفق العام الصناعي والتجاري. فحسن اختيار المفوض له يعني التسيير الفعال والعقلاني للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض، بحيث من خلال هذه المرحلة يتم وضع قواعد محددة للاختيار المفوض له مع الإدارة لتمكينها من اختيار أفضل العروض وخصوص من الناحية الفنية والمالية والتقنية والمهنية، وذلك لاختيار أكفأ المتقدمين لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري واستغلاله⁽²⁾.

على الرغم من أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يتناول بالتفصيل آليات اختيار المفوض له، ماعدا إلزام السلطة

1- راجع الصفحة من 228 إلى 229 من الرسالة.

2- محمد موسي خلف الجبور، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2013، ص 48.

المفوضة باحترام مبادئ إبرام الصفقات العمومية، لكن التنظيم المتعلق بتفويض المرفق العام استوجب أن يتم اختيار المفوض له على المستوى المحلي في إطار الدعوة للمنافسة كقاعدة عامة، وذلك في نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بنصها على أنه: «تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة،»⁽¹⁾. يتضح من هذه المادة أن المنظم قد حسم مسألة كيفية اختيار المفوض له على المستوى المحلي، إذ اعتبر طلب المنافسة كأساس لاختياره، بالتالي حفظ على تطبيق مبدأ التنافس بين عدة مترشحين، لكن يعاب على هذا المرسوم عدم تحديده لكيفية إجراء طلب على المنافسة وإنما ترك السلطة التقديرية لسلطة المفوضة لإختياره. أما بنسبة لاختيار المفوض له على المستوى الوطني فإنه تباينت النصوص القانونية حول كيفية اختياره ولا تتفق على أسلوب موحد، إذ هناك من النصوص القانونية التي اعتمدت على مبدأ الاعتبار الشخصي والتي سوف أبينها لاحقا، وهناك من النصوص القانونية الأخرى التي أكدت مبدأ الدعوة للمنافسة كأسلوب لاختيار الشخص الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري وبرز ذلك:

- قانون المياه: إذ أقرت المادة 105 منه على أنه يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها للمنافسة⁽²⁾.

- القانون المتعلق بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات في المادة 73 منه على أنه يتم منح الامتياز في ميدان التوزيع عن طريق طلب عروض تقوم به لجنة الضبط وتدرسه، ولا يجوز التنازل عن الامتياز.

تحدد إجراءات منح الامتياز عن طريق التنظيم⁽³⁾. يتضح من هذه المادة لا يمكن منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز إلا بإتباع إجراءات الدعوة للمنافسة، ما يجعل من حرية السلطة المفوضة مقيدة باختيار أحسن العروض.

1- مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2- قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

3- قانون رقم 02-01، مرجع سابق..

تطبيقا لهذه المادة صدر نص تنظيمي لها وهو المرسوم التنفيذي رقم 08-11 المحدد لكيفية منح امتياز الكهرباء والغاز، أكد في مادته السادسة على أن طلب العروض كطريقة لمنح الامتياز في مجال توزيع الكهرباء والغاز⁽¹⁾.

بناء على جل هذه النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري اعتمد على مبدأ الطلب على المنافسة وألزم السلطة المفوضة أن تتقيد بها لاختيار المفوض له⁽²⁾. لكن هذا المصطلح الذي أورده المشرع-الدعوة للمنافسة-لم يحدد معناه في النصوص القانونية الخاصة بدقة، لكن رغم ذلك حدد المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام معناه ضمن أحكام المادة 11 فقرة 1 منه إذ أقر على أنها: «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...»⁽³⁾.

يتضح من هذه المادة أن الطلب على المنافسة يقصد به أن يكون في السوق عدة متعاملين يتنافسون حول تسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض، متى توفرت فيهم الشروط اللازمة دون تحيز أو مفاضلة من قبل السلطة المفوضة ولا يتم المنح إلا بناء على إجراء المناقصة أو المزايدة باعتبارهما من أشكال طلب المنافسة⁽⁴⁾.

كما اعتمد المنظم الجزائري في بعض النصوص القانونية الأخر أسلوبا آخر لاختيار المفوض له لتسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض، من خلال احترام تجسيد إجراءات الدعوة الشكلية للمنافسة وهو إجراء المزايدة. حيث تنص المادة 6 فقرة أولى من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة

1- مرسوم تنفيذي رقم 08-114، مرجع سابق.

2- قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

4 - على الرغم من أن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 وكذا مختلف النصوص القانونية الخاصة التي أقرت طلب على المنافسة كطريقة الاختيار المفوض له، لم تحدد بدقة كيفية إجراءه إلا أنه بالعودة إلى القواعد العامة في العقود الإدارية نجد أن أشكال الدعوة للمنافسة تتمثل في المناقصة أو المزايدة. وباعتبار تفويض المرفق العام عقد إداري فان ذلك ينطبق عليها كذلك. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 123.

المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها على أنه: « يمنح الامتياز، موضوع هذا المرسوم، عن طريق المزايدة.»⁽¹⁾، وعليه إن المنظم الجزائري اعتمد إجراء المزايدة التي تضمن منافسة فعالة على أسس ومعايير موضوعية تعدها الإدارة مسبقا وعليه تحقق مبادئ العقلانية والشفافية وتكافؤ الفرص.

يقصد بإجراء المزايدة: الإجراء الذي يسمح بتخصيص صفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض،⁽²⁾ أي تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض بأعلى الأسعار⁽³⁾.

أما المعيار المعتمد عليه في إسناد التفويض، فنجد أن نص المادة 11 فقرة 2 من المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام قد اعتمد معيار العرض الأفضل⁽⁴⁾. ويقصد بعرض الأفضل: ذلك العرض الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية وهي: الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام، والضمانات التقنية التي هي عبارة عن الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية، والضمانات المالية التي هي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية.

وهذا المعيار هو الذي كرسه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 47 من الأمر المتعلق بعقود الامتياز وذلك بإقراره على أنه يمنح عقد الامتياز لمقدم العطاء الذي لديه أفضل عرض في ضوء المنفعة الاقتصادية.⁽⁵⁾

نستنتج أن المنظومة القانونية الجزائرية قد حذت حذو التشريعات المقارنة في إقرارها لمبدأ الدعوة للمنافسة كأساس لاختيار المفوض له . وهو ما أقره المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 38 من

1- مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2- المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر بتاريخ 28 يوليو 2002 (ملغى).

3- بهذا نجد أن المزايدة تختلف عن المناقصة التي هي عبارة عن وسيلة لتنفيذ أعمال الإدارة بأرخص الأسعار. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 123.

4- تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أنه: «...يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض...».

5- «Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présent la meilleur offre au regard de l'avantage économique globale pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précise et liés à l'objectif du contrat de concession au à ses conditions d'exécution.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective.» L'ordonnance n°16-65, Op.Cit.

قانون sapain⁽¹⁾ وأكدته المادة 36 فقرة الأولى من الأمر المتعلق بعقود الامتياز⁽²⁾. والمشرع المغربي في نص المادة 5 من تدبير المفوض إذ جاء فيها: «لاختيار المفوض إليه، يجب على المفوض، ماعد في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 6 بعده، القيام بالدعوة إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المترشحين وموضوعية معايير الاختيار وشفافية العمليات، وعدم التحيز في اتخاذ القرارات.»⁽³⁾

بناء على ذلك، كمبدأ عام لاختيار المفوض له في عقود تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري هو حرية السلطة المفوضة في اختياره، لكن عندما يرد نص يقيد هذه الحرية عن طريق إجراء المنافسة تلزم السلطة المفوضة بالتقيد بذلك.

ما تجدر الإشارة إليه، إن إجراء المنافسة في الحقيقة لا يحد على الإطلاق من سلطة الإدارة في اختيار المفوض له بكل حرية ولا يعتبر قيوداً، وذلك نظراً لأنه يقوم على عدة اعتبارات تمثل مجالا خصبا لأعمال إرادتها في اختيار الأكفأ والأنسب لتسيير وإدارة المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض،⁽⁴⁾ خاصة وأن الطلب على المنافسة في إبرام عقود التفويض يعتبر ضماناً لعدم حيادها عن الهدف المسطر في إطار تحقيق المنفعة العامة، حيث يفرض على المفوض له تقديم أفضل خدمة من خلال الاستعانة بأفضل إمكانياته وتقنياته⁽⁵⁾.

لكن ما تجدر الإشارة إليه إنه في حالة ما إذا أقر المشرع ضرورة إجراء المنافسة في العقود الإدارية وجب على الإدارة أن تتقيد بها وإلا عرضت للمعاقبة من طرف القاضي الإداري وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 946 من ق ا م⁽⁶⁾.

1 - «Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en conseil d'Etat...». Loi n°93-122, Op.Cit.

2- Ordonnance n° 2016-65, Op.Cit.

3 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق

4-LINOTTE Didier, ROMI Raphael, Op.Cit, p140.

5- ابو بكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 125-126.

6- تنص المادة على انه : «يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية...». قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 متعلق بالإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 بتاريخ 23 ابريل 2008.

كما حوّلت بعض النصوص القانونية لسلطة المفوضة حرية اختيار بين الاعتبار الشخصي والدعوة للمنافسة لاختيار المفوض له وهو ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 08-363 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 06-139 في مادته الثالثة فقرة أخيرة إذ جاء فيها: «...يتم اختيار المتعاملين أصحاب امتياز النشاطات المذكورة أعلاه، حسب الحالة، إما عن طريق المنافسة، وإما في إطار تفاوض مباشر على أساس سمعة صاحب الطلب ومساهمته التسييرية والتقنية وفائدة استثماره بالنسبة للاقتصاد الوطني.»⁽¹⁾ يتضح من هذه المادة أن السلطة المفوضة لم تعد تتقيد بإجراء المنافسة فقط لاختيار المفوض له بل أصبح ذلك اختياري.

ثانيا: استخدام أسلوب التراضي كاستثناء.

يعتبر الطلب على المنافسة الأصل والقاعدة في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، لكن قد لا تجدي هذه الآلية في اتفاقية التفويض لذلك تلجأ السلطة المفوضة إلى إتباع أسلوب أكثر مرونة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام يتمثل هذا الأسلوب في التراضي والذي يعتبر استثنائيا.

باعتبار التراضي أسلوبا استثنائيا في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام يستدعي التطرق إلى تعريفه (1) وتحديد أشكال التي يتم إفراغها فيها(2).

1: تعريف التراضي.

يعتبر التراضي أسلوب للتعاقد تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد⁽²⁾. تنص الفقرة الثانية من المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199،

1 - مرسوم تنفيذي رقم 08-363، مؤرخ في 8 نوفمبر 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-139، المؤرخ في 15 ابريل 2006، الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاطات قطر السفن وأعمال المناولة والتشوين في الموانئ، ج ر عدد 64، صادر بتاريخ 17 نوفمبر 2008.

- كان اختيار المفوض له في ظل المرسوم التنفيذي رقم 06-139، مؤرخ في 15 ابريل 2006، يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاطات قطر السفن وأعمال المناولة والتشوين في الموانئ، ج ر عدد 24، صادر بتاريخ 16 ابريل 2006. يتم عن طريق التزام السلطة المفوضة بإجراء المنافسة لاختياره وذلك طبقا لنص المادة 3 منه.

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 162

على أنه: « وفي حال إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي.»⁽¹⁾.

كما تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها على أنه: « عندما تكون المزايدة غير مثمرة، يمنح الامتياز بالتراضي.»⁽²⁾. يتضح من هتين المادتين أن أسلوب التراضي يعتبر إجراء استثنائيا لمنح تفويض المرفق العام.

يعرف التراضي على

أنه إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكالية إلى المنافسة⁽³⁾.

2: أشكال التراضي.

تضمنت المادة 16 من المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه: «يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.» تطبيقا لذلك التراضي يمكن أن يأخذ صيغة التراضي البسيط (أ) أو التراضي بعد الاستشارة (ب) وهو نفس الموقف الذي تبنته التشريعات المقارنة (ج).

أ- التراضي البسيط: هو أحد أشكال التراضي، إذ تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية⁽⁴⁾. نظرا لخطورة هذا الإجراء باعتباره المجل الخصب للفساد تظن المنظم لذلك فأفرد حالات حصرية يمكن اللجوء فيها إلى هذا الأسلوب، تم ذكر هذه الحالات ضمن أحكام المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام وتتمثل تلك الحالات في:

أ-1: الوضعية الاحتكارية للمفوض له: هي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا على يد المترشح وحيد إما لاحتلاله وضعية احتكارية والتي يقصد منها وفق لنص المادة 3 فقرة ج من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه «الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

3 - المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

4 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممولائها»⁽¹⁾، وإما الانفراد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها السلطة المفوضة، وهنا تجد هذه الأخيرة نفسها أمام متعاقد ينفرد بالطريقة التكنولوجية⁽²⁾ وحسب رأي هذا هو المقصود بالوضعية الاحتكارية للمترشح الوحيد.

أ-2: الحالات الاستعجالية: إن الاستعجال الذي يبرر اللجوء إلى التراضي البسيط حدد

المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام الحالات التي تبرره والتي تتمثل في:

* عندما تكون اتفاقية تفويض المرفق العام سارية المفعول موضوع فسخ.

* استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.

* رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.

ب- التراضي بعد الاستشارة: يعد هذا الأسلوب شكلا آخر من أشكال التراضي، تلجأ إليه

السلطة المفوضة لاختيار المفوض له، بإقامة منافسة بين ثلاثة مترشحين مؤهلين، وقد حدد

المرسوم التنفيذي رقم 18-199 حالات التراضي بعد الاستشارة بصفة حصرية في نص المادة 19

وتتمثل في الحالات الآتية:

ب-1: عندما يتضح أن الطلب على المنافسة غير مجدية للمرة الثانية: حرص المرسوم

التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام على ضرورة قيام السلطة المفوضة الطلب على المنافسة

لاختيار المفوض له، ولا يتم اللجوء إلى أسلوب التراضي إلا بعد إعلانها للمرتين عدم جدوى

الطلب على المنافسة.

وقد حددت المادة 15 من المرسوم السالف الذكر الحالات التي يتم فيها الإعلان عن عدم

جدوى الطلب على المنافسة وقد تناولها بصفة دقيقة وتتمثل فيما يلي:

• إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى:

1 - أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادرة في 20 يوليو 2003، معدل

ومتمم، بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يوليو 2008، ج ر عدد 36، صادرة بتاريخ 2 يوليو 2008، معدل ومتمم

بقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد 46 صادرة بتاريخ 18 غشت 2010.

2- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص: قانون، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013، ص 106.

-عدم استلام أي عرض.

-استلام عرض واحد.

-عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

• إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية

-عدم استلام أي عرض.

-عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

-عند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية يتبين انه عرض

مطابق لدفتر الشروط، فانه يقبل للمتابعة للإجراءات⁽¹⁾.

وعليه وصول عرض واحد لا يمكن أن يحقق مبدأ المنافسة وطالما كان التنافس من المبادئ

الأساسية في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، فإن تحقيقه يفرض على الأقل وجود مترشحين أو

أكثر لاختيار مفوض له أفضل⁽²⁾.

نستنتج في الأخير أن المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام قد حدد بكل دقة

الحالات التي تلجأ فيها السلطة المفوضة إلى اختيار المفوض له عن طريق التراضي البسيط وكذا

الحالات التي تلجأ فيها إلى التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة، وفي جميع الحالات تتمتع

السلطة المفوضة بالحرية الواسعة في اختيار المفوض له.

ب-2: حالة تفويض المرافق العامة التي لا تستدعي إجراء طلب المنافسة: إلى حد الساعة

لم يتم تحديد قائمة المرفق العمومية التي تستثني من إجراء طلب على المنافسة؛ وفي انتظار القرار

المشترك بين الوزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية لتحديد هذه القائمة⁽³⁾. فانه يتعين

على المرفق ككل الخضوع للإجراءات السابقة الذكر.

نستنتج في الأخير أن اختيار المفوض له في المنظومة القانونية الجزائرية يتسم بتذبذب إذ لم

يعتمد على مبدأ عام لاختياره في النصوص القانونية الخاصة، بذلك خول السلطة المفوضة السلطة

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - تياب نادية، مرجع سابق، ص 107.

3 - المادة 19 فقرة الأخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

التقديرية لذلك، في حين اعتنق مبدأ عام يمكن الاعتماد عليه لاختيار المفوض له على المستوى المحلي، بذلك يكون قد حذو التشريعات المقارنة.

بناء على ذلك، فإن المشرع الجزائري حتى وإن أقر طرق وأشكال لاختيار المفوض له إلا أنه كذلك أقر مبدأ الاعتبار الشخصي، وبذلك يكون المشرع الجزائري يقوم في اختياره للمفوض له على أساس التوفيق بين الاعتبار الشخصي والدعوة للمنافسة.

نستج في الأخير، أن المنظومة القانونية الجزائرية يمتاز موقفها إزاء اختيار المفوض له بين الدعوة للمنافسة والتراضي، إذ هناك حالات حسمت الأمر وقيد السلطة المفوضة بالدعوة للمنافسة كأصل والتراضي كاستثناء. ولكن هناك من نصوص قانونية التي تمتاز بموقف متذبذب إذ ترة تكرر الدعوة للمنافسة كأصل والتراضي كاستثناء⁽¹⁾ وتارة أخرى عدل من ذلك وكرس التراضي كأصل⁽²⁾ وهو ما يشهده الأمر رقم 04-08، المحدد لشروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

لكن رغم هذه التذبذبات إلا أنه عندما يتعلق الأمر بمنح تفويض مرفق عام صناعي وتجاري المحلي تلتزم السلطة المفوضة بالقيود المفروضة عليها في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام أما عندما يتعلق الأمر بتفويض مرفق على المستوى الوطني فتلتزم السلطات المفوضة بنصوص القانونية الخاصة تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام.

أما بالنسبة لموقف التشريعات المقارنة إزاء التراضي كأسلوب لاختيار المفوض له فقد اعتمده كأسلوب استثنائي وقد حددت هذه التشريعات الحالات التي يمكن اللجوء إليها الطريقة لاختيار المفوض له وذلك بشكل حصري، بحيث نص المشرع الفرنسي على هذه الحالات في قانون sapin المادة 41⁽³⁾ وأكدها في المادة 36 فقرة الأخيرة من الأمر المتعلق بعقود

1 - المادة 5 من الأمر رقم 04-08، مؤرخ في 1 سبتمبر 2008، يحدد شروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، صادر بتاريخ 3 سبتمبر 2008، معدل ومتمم.

2 - المادة 15 من قانون رقم 11-11، مؤرخ في 18 يوليو 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40، صادر بتاريخ 20 يوليو 2011.

3- Loi n° 93-122,Op.Cit.

الامتياز،⁽¹⁾ وقد فصلت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 16-86 المتعلق بعقود الامتياز في هذه الحالات بشكل دقيق والتي تتمثل في:

- عندما يقرر القانون احتكارا بشأن خدمة أو نشاط معين لمصلحة مشروع معين بعينه وذلك في حالة التي لا يمكن أن يعهد تسيير مرفق عام إلا لمتعامل اقتصادي معين لأسباب فنية وتقنية وحقوق ملكية.⁽²⁾

- عندما تفوض إدارة المرفق إلى مؤسسة عامة بشرط أن يكون محل التفويض مما يقع بشكل واضح ضمن نشاط هذه المؤسسة وفق للقواعد القانونية التي تحكمها وقد تم الطعن أمام مجلس الدستوري الفرنسي في الاستثناءات المقرر في حالات الاحتكار وبالنسبة للمؤسسات العامة من جانب عدد من أعضاء البرلمان لأنه يتضمن من وجهة نظرهم إخلال بمبدأ المساواة⁽³⁾.

لكن المجلس لم يشاطرهم وجهة نظرهم بالنسبة للنقد الموجه إلى هذا النص فيما يتعلق بأعضاء المشروعات التي تمارس احتكار قانونيا ومثال ذلك مرفق الكهرباء والغاز فهذه المرافق تختلف بحسب طبيعتها عن المشروعات القابلة للمنافسة، لان تفويض تسيير المشروعات الأولى مفروض على شخص عام ومن ثم فان العلانية تسمح بتقديم عروض منافسة ليس لها سبب للوجود تجاه هذه المشروعات ونجد في التشريع الفرنسي المرافق المتعلقة بتوزيع الكهرباء والغاز منذ صدور القانون الفرنسي القاضي بتأمين قطاعي الغاز والكهرباء في سنة 1946، فقبل صدور هذا القانون كانت الإدارة تختار صاحب التفويض من بين عدة مترشحين، لكن بعد صدور القانون فقدت الإدارة حريتها في اختيار المتعاقد مع شركة كهرباء فرنسا وشركة غاز فرنسا.⁽⁴⁾

1- « Elles précisent les hypothèses dans lesquelles un contrat de concession peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables, en raison de l'échec d'une première procédure ou lorsque le contrat ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé ». Ordonnances n°2016-65, Op.Cit.

2- Décret exécutif n°16-86, du 1 février 2016, relatif aux contrats de concession, JORF, n°20-76 du 2 février 2016.

3-GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Op.Cit, p 295-297.

4-ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011-2012، ص254.

يعني أيضا من التزام بالعلانية والمنافسة المسبقة كل عقود تفويض المرفق العام التي لا تتجاوز فيها قيمة المبالغ التي تقع على عاتق المفوض مبلغ 700000 يورو خلال مدة العقد كلها.

- إذا كان المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض تسييره قد طرح للمنافسة ولم يقدم أي عرض أو قدمت عروض لكن الإدارة رأت أنها غير مناسبة⁽¹⁾.

أقر المشرع المغربي هو الآخر اعتماد التراضي كأسلوب استثنائي لاختيار المفوض له ولكن أطلق عليها مصطلح التفاوض المباشر وذلك في الحالات المنصوص عليها في المادة 6 من التدبير المفوض رقم 05-45 المتعلق بتدبير المفوض والتي تتمثل فيما يلي:

- في حالة الاستعجال قصد ضمان استمراري للمرفق العام (غالبا المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري).

- بالنسبة للأنشطة التي يختص باستغلالها الحاملين لبراءات الاختراع أو بالنسبة للأعمال التي لا يمكن إن يعهد بإنجازها إلا مفوض معيناى بعبارة أخرى في حالة ما إذا كان مفوض إليه يملك براءة الاختراع معية لا يملكها سواه أي يتميز بها لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري مثال ذلك:

- لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني والأمن العام.

- إذا كان المفوض جماعة محلية أو إذا لم يتم تقديم أي عرض أو إذا تم الإعلان عن عدم جدوى الدعوة للمنافسة يمكن للمفوض المذكور أن يلجأ إلى التفاوض المباشر⁽²⁾.

1 - BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p54.

2- قانون 05-54، مرجع سابق.

المطلب الثاني:

الإجراءات التكميلية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

لا يكف رسم طرق إبرام تفويضات المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري حتى تتضح معالم التفويض، بل يجب أن يتم تدعيمها بإجراءات مترجمة لها تتبعها السلطة المفوضة وفق للحدود القانونية. لذا تم تقييد السلطة المفوضة بقواعد إجرائية خاصة (الفرع الأول). ولدخول اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري حيز التنفيذ فرضت لها إجراءات نهائية لذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تقييد السلطة المفوضة بقواعد إجرائية خاصة

تجسيدا لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات تجسيدا لهذه المبادئ ألزمت السلطة المفوضة بقواعد إجرائية، إذ لم تذكرها النصوص الخاصة بتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري على غرار قانون المياه وقانون الغاز والكهرباء وغيرها. وإنما المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام هو الذي فصل فيها وهو ما جعلني أتناول هذا المرسوم بالذات. فبعد أن تتم المراحل التحضيرية السابقة على عملية التعاقد (أولا) تدخل السلطة المفوضة مرحلة هامة تتولي فيها الإجراءات التنفيذية (ثانيا).

أولا: المرحلة التمهيدية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

بعد اختيار أسلوب التفويض لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري يتعين على السلطة المفوضة إعداد دفتر شروط، يتضمن الشروط الواجب توافرها والمواصفات المرغوب الوصول إليها.

دفتر الشروط هو عبارة عن وثيقة تضعها السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وكذا الشروط الفنية والمالية والإدارية والاستثمارية اللازمة في تحقيق المرفق إضافة إلى تضمينه حقوق وواجبات أطراف العلاقة.⁽¹⁾ نص

1- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 156.

المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام على أن دفتر الشروط يتضمن بنود تنظيمية وبنود تعاقدية، ويشمل جزئيين:

الجزء الأول: عنوانه "دفتر ملف الترشيح"، يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كفاءات تقديمها.

ويحدد هذا الجزء اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يأتي:

* القدرات المهنية: وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام.

القدرات التقنية: وهي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية.

القدرات المالية: وهي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع

المصرفية.

الجزء الثاني: عنوانه "دفتر العروض" ويتضمن:

البنود الإدارية والتقنية: تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكفاءات تقديم العروض واختيار المفوض له والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

البنود المالية: التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي للفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه عند الاقتضاء مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض⁽¹⁾.

إن هذا المرسوم قد نص بشكل دقيق ومحكم على مختلف الأحكام التي يجب أن يتضمنها دفتر الشروط الخاص بتفويض المرفق العام ومنها الذات الطابع الصناعي والتجاري.

ثانياً: مباشرة المراحل التنفيذية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام. الصناعي والتجاري.

بعد إعداد السلطة المفوضة لدفتر الشروط، تتولى المراحل التنفيذية لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بدءاً بالإعلان عنها⁽¹⁾ إلى استقبال العروض⁽²⁾ وفتح الأظرفة ودراسة العطاءات⁽³⁾ إلى إجراء التفاوض⁽⁴⁾.

1: إلزام السلطة المفوضة بضرورة الإعلان المسبق لتحقيق مبدأ حرية المنافسة.

الإعلان إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة، لان الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة السلطة المفوضة من جهة ومن جهة أخرى فإن الإعلان يحول بين السلطة المفوضة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المترشحين هو موضوع أساسا من اجل تحقيق فعالية الطلب العام وضمان المساواة بين المترشحين، وليبان هذا لايد من التطرق إلى المقصود بإجراء الإعلان (أ) وكيف يتم الإعلان(ب).

أ) المقصود بإجراء الإعلان: يعد مبدأ العلنية من المبادئ التي تكفل مبدأ حرية المنافسة كما يعتبر خطوة أولية لاستدراج العروض،⁽¹⁾ ويشكل الإعلان المسبق وإجراء المنافسة من المبادئ العامة في العقود الإدارية،⁽²⁾ فإجراء المنافسة والعلانية المسبقة لاختيار صاحب التفويض قيدين على مبدأ حرية الشخص العام في اختيار المفوض إليه ويترتب على عدم التقيد بهذا الإجراء في حالة النص المشرع عليها إلى عدم مشروعية القرار المتخذ من قبل السلطة العامة المختصة باختيار المفوض إليه⁽³⁾. إن الإعلان هو إجراء ضروري لتكريس الشفافية ويضمن منافسة اكبر بين المرشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة مسبقا،⁽⁴⁾ وتعتبر هذه المرحلة عن رغبة السلطة العامة في إعلان نيتها في تفويض احد مرفقها العام الصناعي والتجاري، كما يعتبر إجراء الإعلان المجال الحقيقي للمنافسة، لان الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة من جهة ومن جهة أخرى فان الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المرشحين وهو موضوع أساسا من أجل تحقيق فعالية في تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري⁽⁵⁾.

1- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة، في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009، ص 100.

2-AUBY Jean – François, Op.Cit,p76.

3-BEZANCON Xavier , CUCCHIARINI Christian ,COSSALTER Philippe, Le guide de la commande publique, troisième édition, le moniteur, paris,2012,p.222.

4 -BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p 94-96.

5 -LINOTTE Didier et ROMI Raphael, Op.Cit, p140-141

للإعلان دورا هاما في تحقيق الفاعلية الاقتصادية إذ يعزز من فرص المتعاملين في التنافس الأمر الذي يجعل السلطة المفوضة في وضعية مريحة عند اختيارها للمفوض له الذي يسند له مهمة تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض⁽¹⁾.

نظرا لأهمية الإعلان ألزمت المنظومة القانونية الجزائرية السلطة المفوضة بضرورة إعلان طلب على المنافسة والذي يكون عن طريق الإشهار. بحيث على الرغم من أن المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم ينص عليه إلا أن المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام ألزم السلطة المفوضة بضرورة التقيد به وهذا في نص المادة 25 فقرة 1 منه إذ جاء فيه: «يجب إن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة...»⁽²⁾. وهو ما كرسه المشرع الفرنسي كذلك في نص المادة 35 من الأمر المتعلق بعقود الامتياز⁽³⁾. والمشرع المغربي نص المادة 5 فقرة الأخيرة من قانون المتعلق بتدبير المفوض بنصها: «... يجب أن تكون مسطرة إبرام عقد التدبير المفوض موضوع إشهار مسبق»⁽⁴⁾.

ب) كيفية الإعلان: يتم نشر الإعلان عن تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري عن طريق إشهار الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، يمكن استثناء إعفاء بعض المرافق العمومية وذلك نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطاتها من إجبارية الإشهار في الجرائد لكن بشروط:

- ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى (نشر في الوسائل الإلكترونية...)

- ضرورة تعليل السلطة المفوضة لجوئها لهذا الإجراء⁽⁵⁾.

1 - BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p37-38.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - «Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe. » Ordonnance n° 2016-65, Op.Cit.

4 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

5 - تنص المادة 26 من نفس المرسوم على أنه: «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 المفوضة إن تطل لجوئها لهذا الإجراء.»

أما عن بيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان فقد أشارت إليها صراحة أحكام المادة 27 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام وتتمثل في:

- تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، إن وجد.
- صيغة الطلب على المنافسة.
- موضوع وشكل تفويض المرفق العام.
- المدة القصوى للتفويض.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
- قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح.
- آخر اجل لتقديم ملف الترشيح.
- مكان إيداع ملف الترشيح.
- مكان سحب دفتر الشروط.
- دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة.
- كيفية تقديم ملف الترشيح الذي يجب إن يقدم في ظرف مغلق ومبهم تكتب عليه عبارة(لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض)⁽¹⁾.
- إلى جانب كل هذه البيانات الواجب توافرها في الإعلان، يشترط كذلك ضرورة أن يشير إعلان الطلب على المنافسة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الاظرفة.
- ما يمكن ملاحظاته، يجب على السلطة المفوضة عندما تعلن رغبتها في تفويض تسيير إبرام المرافق العام الصناعي والتجاري، عن طريق نشر إعلان، يكون مدته شهر واحد على الأقل لتسمح لكل من يرغب بالتقدم بترشيحه فهو حر في ذلك، فلا يمكن للسلطة المفوضة أن تمنع أيا كان للترشح لإبرام العقد، ويجب أن يتضمن الإعلان مدة عقد تفويض تحت طائلة البطلان⁽²⁾.
- مقارنة بالمشرع الجزائري تضمنت التشريعات المقارنة هي الأخرى إلزامية السلطة المفوضة بإعلان، خاصة المشرع الفرنسي أقر بإلزامية نشر الإعلان عن تفويض تسيير مرفق عام مرتين في

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2- AUBY Jean-François, Op.Cit, p 76.

دورية لها حق نشر الإعلانات القانونية، ومرة أخرى في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بالتفويض وهذا تطبيق للمرسوم 29 مارس 1993 المحدد للقواعد الخاصة بالعلانية السابقة⁽¹⁾ وعندما يقل مبلغ التفويض عن 2,25 مليون أورو، أما إذ تجاوزه فيتم نشر رأي بالإعلان وفق النموذج الأوروبي، أي النشرة الرسمية للاتحاد الأوروبي⁽²⁾. كما فرض إلزامية توفر مجموعة من البيانات في الإعلان⁽³⁾.

أما المشرع المغربي فهو الآخر حدد بدقة مسألة نشر الإعلانات الخاصة بتفويض تسيير المرفق العام وذلك في نص المادة 5 فقرة الثانية من تدبير المفوض إذ تنص على أنه: «... يجب أن تكون مسطرة إبرام عقد التدبير المفوض موضوع إشهار مسبق.»⁽⁴⁾.

2) استقبال العروض: بعد الإعلان عن تفويض بالكيفية المنصوص عليها في المرسوم يجوز لكل من يرغب في التعاقد ممن هم مؤهلين في الاختصاص المطلوب، أن يقدموا عروضهم خلال الآجال المحددة وهذا طبقا لنص المادة 28 من المرسوم رقم 18-199 على أنه: «يجب أن يأخذ تاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض، عبر فسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين. إذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإنه يتم تمديده إلى يوم العمل الموالي.»

يمكن تمديد المدة المحددة لإيداع العروض مرة واحدة، بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب معلل من احد المترشحين.

يخضع تاريخ إيداع العروض في حالة تمديده إلى قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من هذا المرسوم.»⁽⁵⁾.

وعليه يجب على المترشحين أن يقدموا العطاءات في الآجال المحددة،⁽⁶⁾ وخولت السلطة المفوضة أو لأحد المترشحين إمكانية تمديد تاريخ تقديم العطاءات وذلك مرة واحدة مع اشتراطها

1- BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit,p37-38.

2- AUBY Jean-François, Op.Cit, p 77.

3-BEZANCON Xavier, CUCCHIARINI Christian, COSSALTER Philippe, Op.Cit,p276-281.

4 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

5 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

-BRACONNIER Stéphane, Op.Cit,p331-332.

ضرورة إشهار تلك المدة الممددة في الجرائد وذلك ضمانا للشفافية والمساواة بين المترشحين، ولا يأخذ بعين الاعتبار العطاءات الواردة بعد هذه المهلة إلا إذا صادف ذلك يوم عطلة أو يوم راحة وهذا ما أكدته كذلك المادة 29 من نفس المرسوم إذ جاء فيها: «لا تؤخذ الملفات التي يتم استلامها بعد التاريخ أو الساعة القصوى المحددة في إعلان الطلب على المنافسة بعين الاعتبار.»⁽¹⁾. يعاب على هذا المرسوم عدم تحديده للمدة التي يجب تقديم فيها العطاءات بصفة دقيقة لكن رغم ذلك أقر على أنه يجب أن يأخذ تاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض عبر فسخ المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين لذا غالبا ما تكون هذه المدة 30 يوما ولا يمكن أن تقل عن 22 يوما،⁽²⁾ لذا حبذا لو يتم تحديد هذه المدة بشكل دقيق لتكريس الشفافية في الإجراءات.

يتم إيداع العروض في ظرف مغلق ويكتب عليه عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، ولا يجب أن يحمل اسم صاحبه ولا يتضمن أية إشارة تميزه عن غيره من العروض وإلا اعتبر لاغيا، وذلك لمنع أي تحايل أو اتفاق جانبي.

كما نص المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام على الوثائق التي يتضمنها ملف الترشيح وتتمثل في كل من:

-تصريح بالنزاهة.

-القانون الأساسي لشركة.

-مستخرج من السجل التجاري.

-رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري، أو المترشحين الأجانب اللذين سبق لهم العمل في الجزائر.

-كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين المذكورة في دفتر الشروط.⁽³⁾

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - AUBY Jean-François, Op.Cit, p79.

3 - المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

- كما نص على هذه الوثائق في التشريع الفرنسي وذلك في نص المادة 19 من المرسوم رقم 2016-86، مرجع سابق.

3) فتح الاظرفة ودراسة العطاءات: خول المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام

صلاحية فحص العطاءات لجنة اختيار وانتقاء العروض،⁽¹⁾ وتتم هذه المرحلة بمرحلتين: ففي المرحلة الأولى: تجتمع لجنة اختيار وانتقاء العروض بناء على استدعاء السلطة المفوضة في آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض، كما يمكن لهذه اللجنة أن تقوم بتعديل مهلة تقديم العروض شرط إعلام جميع المرشحين المؤهلين لتقديم عروضهم،⁽²⁾ تجتمع هذه اللجنة في جلسة علنية تتولي في هذه المرحلة بفتح الاظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين.

بعد إتمام عملية فتح الاظرفة مباشرة في اليوم الموالي تباشر نفس اللجنة مرحلة ثانية وهي مرحلة دراسة العروض ويكون ذلك في جلسة مغلقة.

تتولي اللجنة في هذه المرحلة:

- إعداد قائمة المرشحين المقبولين: تقوم اللجنة بإعداد قائمة المرشحين المقبولين للمشاركة في تقديم العروض وذلك بعد التحقق من تقديم الضمانات المهنية والمالية وقدراتهم على تأمين استمرارية تشغيل المرفق العام الصناعي والتجاري وتحقيق المساواة بين المستفيدين من خدماته.⁽³⁾

- تقييم العطاءات: بعد إعداد قائمة المترشحين تتولي اللجنة بدراسة العروض المقبولة وتقييمها وفق للأسس والقواعد التي أعلنت عنها السلطة المفوضة في دفتر الشروط، وبعدئذ تقوم بإعداد قائمة العروض مرتبة ترتيباً تفضيلاً، بعد ذلك ترسل هذه اللجنة رأيها الذي يكون في الغالب بشكل تقرير إلى السلطة المفوضة تقترح فيه اسم المرشح أو أكثر للتفاوض معهم مع تبيان العوامل الدافعة كما أنها قد لا تقترح احد لعدم توفر الضمانات والقدرات الكافية لدي المرشحين،⁽⁴⁾ وهو ما أكدته المادة 31 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام.

1 - خول المشرع الفرنسي مهمة فتح الاظرفة وتقييم العطاءات للجنة تفويض المرفق العام la commission de la délégation de service public.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - BEZANCON Xavier, CUCCHIARINI Christian, COSSALTER Philippe, Op.Cit,p285.

4 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p119.

لا يجب على اللجنة أن تقوم بتعداد العروض المقدمة دون إبداء رأي واضح ومعلل وذلك تحت طائلة بطلان الإجراءات⁽¹⁾، وذلك لضمان تكريس الشفافية والنزاهة في الإجراءات.

بعد ذلك تقوم السلطة المفوضة بإرسال لكل المرشحين المقبولين نسخة من دفتر الشروط أو تقوم بدعوتهم إلى سحبه، أين تبين له عرض دقيق حول المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض وكذا الخصائص الكمية والنوعية للخدمات وشروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة المقدمة وذلك دون تمييز، وتدعوهم لتقديم عروضهم.⁽²⁾

وعلى كل مترشح ورد اسمه في قائمة واستلم وثيقة أن يقدم عرضا دقيقا كما يقدم الضمانات المالية والمهنية التي تمكنه من تسيير هذا المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض وأن تكون عروضهم مطابقة لدفتر الشروط هذا طبقا لنص المادة 36 من المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام. وهو ما أقره كذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 38 فقرة الثالثة من قانون sapin⁽³⁾.

أما في حالة التراضي بعد الاستشارة فإن اللجنة تقوم بدعوة 3 مترشحين من أجل تقديم عروضهم⁽⁴⁾، وفي حالة التراضي البسيط يتم دعوة المرشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه⁽⁵⁾. بعد ذلك تقوم اللجنة بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا من أجل إجراء تفاوض حر بين أصحاب العروض دون تمييز⁽⁶⁾. إن هذا الإجراء تضمنه قانون sapin في المادة 38 فقرة الثالثة، حيث منح لشخص العام الحرية في اختيار العارض الذي تتفاوض معه وعدد المرشحين اللذين يخضعون لهذا الإجراء وأكدته كذلك المادة 46 من الأمر المتعلق بعبود الامتياز.

1- مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 485.

2 - AUBY Jean-François, Op.Cit, p80.

3 - « *la collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager* ». L'article 38 alinéa 3 et 4 de la loi n93-122. Modifié par loi n° 2001-1168, art 3. Op.Cit.

4- المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

5- المادة 39 من المرسوم نفسه.

6 - BRACONNIER Stéphane, Op.Cit, p439.

4) المرحلة التفاوضية: حول المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام لجنة اختيار وانتقاء العروض مهمة القيام بإجراء المفاوضات،⁽¹⁾ في حين لم تتطرق النصوص القانونية الخاصة بالمرافق العمومية الصناعية والتجارية لهذه المرحلة.

التفاوض يعني تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية التي يتبادلها طرفا التفاوض، ليكون كل منهم على بينة من أمره في حقوقه والتزاماته⁽²⁾ ويتم التفاوض في حدود ما يسمح به دفتر الشروط ولاسيما على الجانب الفني للمشروع، وتمتد إلى الجانب المالي؛ ما إذا كان بإمكان التقليل من الأثاوى والتعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام الصناعي والتجاري أو التي يدفعها المفوض له لسلطة المفوضة أو التفاوض حول المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له، وتمتد المفاوضات إلى مدة التفويض، ويمكن التطرق كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، لكن لا يمكن التطرق في المفاوضات إلى موضوع التفويض⁽³⁾.

إن المشرع الفرنسي على خلاف المنظم الجزائري خول مهمة المفاوضات للسلطة المفوضة وليس للجنة اختيار واقتناء العروض، وذلك طبقا لنص المادة 38 الفقرة الخامسة من قانون sapin⁽⁴⁾ وما أكدته المادة 46 من أمر المتعلق بعقود الامتياز.⁽⁵⁾ وكذلك المادة 5-1411L من القانون العام للجماعات الإقليمية،⁽⁶⁾ بحيث نصت كل هذه النصوص على أن السلطة المفوضة مختصة في اتخاذ قرار تفويض تسيير مرفق عام صناعي وتجاري معين بإجراء مفاوضات مع العارضين اللذين تتوفر فيهم الشروط الفنية والمالية والمهنية المحددة في دفتر الشروط. بحيث يملك الشخص العام

1- المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. إذ جاء فيها: «تفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين

المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط...»

2 - حماد هعبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 479.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

4-Art 38-5 de la loi 93-122, Op.Cit.

5-«Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.» Art 46 de l'ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

6-Code générale des collectivités territoriales, Op.Cit.

الحرية في اختيار من تتفاوض معه وعدد المرشحين اللذين يخضعون لهذا الإجراء أي تتفاوض معهم بكل حرية دون تمييز أو انحياز وهذه المفاوضات لها طابع ثنائي.⁽¹⁾

تهدف مرحلة المفاوضات مع العارضين المؤهلين إلى الحصول على إيضاحات حول عروضهم والوصول إلى العارض الذي يحقق التوازن المالي للمرفق العام الصناعي والتجاري وفق لشروط توفر تسيير سليم للمرفق العام الصناعي والتجاري المعني.⁽²⁾

بناءً عليه، فإن هذه المرحلة تعد من أهم المراحل التي تميز بين الصفقات العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام، بحيث نجد أن هذا الإجراء لا يتم تطبيقها في الصفقات العمومية. كما تعبر هذه المرحلة عن رغبة المشرع في تكريس والحفاظ على مبدأ الاعتبار الشخصي لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، فهذه القيود المفروضة سواء الإعلان والمنافسة المسبقة لا تستهدف الحد أو القضاء على الطابع الشخصي الذي تتميز به التفويض، إنما هو عبارة عن نوع من التطور والتحديث والحفاظ عليه والسهر على احترامها بشكل جيد، ولهدف تكريس الشفافية والنزاهة في الحياة الاقتصادية ولمكافحة الفساد المنتشر قبل سن هذه التقيدات.⁽³⁾

وذلك باعتبار أن الهدف من القانون هو تحقيق الوضوح في الإجراءات وليس الإخلال بمبدأ حرية الاختيار. إذ يمكن أثناء المفاوضات إجراء تعديلات محددة للعروض المقدمة والتي يقتضيها موضوع عقد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري وتستلزم المصلحة العامة شرط ألا يشكل خروجاً على مبدأ المساواة بين العارضين.⁽⁴⁾

1- BRACONNIER Stéphane, Op.Cit,p439.

2-BOITEAU Claudie,Les conventions de service public, Op.Cit,p124.

3-بوهالي نوال، «التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيد دحلب، العدد 12، 2018، ص ص 331-332.

4- BOITEAU Claudie, ,Les conventions de service public,Op.Cit,p126.

الفرع الثاني:

فرض إجراءات نهائية لدخول اتفاقية تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري حيز التنفيذ.

بعد استكمال جل الإجراءات المنصوص عليها سالفًا تقوم السلطة المفوضة باستخدام الاعتبار الشخصي لانتقاء أحسن المتعاقدين لتفويض له تسيير واستغلال المرفق محل التفويض (أولاً) بعد ذلك يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض (ثانياً) ثم لدخول اتفاقية تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري حيز التنفيذ لابد من توقيع عليها من السلطة المعنية (ثالثاً).

أولاً: استخدام الاعتبار الشخصي في اختيار أحسن المتعاقدين.

كانت عقود تفويض المرفق العام بصفة عامة في بداية تكريسها وحتى الآن تتمتع السلطة المفوضة فيه بحرية واسعة في اختيار الشخص الذي ستكفله تسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري دون أن تتبع في ذلك أية قيود أو قواعد. لذلك توصف عقود تفويض المرفق العام بعقود ذات الطابع الشخصي، وهذه الحرية مرتبطة بدور السلطة المفوضة بمسؤوليتها في تنظيم المرفق العام الصناعي والتجاري. ولقد استقر الفقه⁽¹⁾ والاجتهاد⁽²⁾ في القرن العشرين بهذا المبدأ المتمثل في حرية الإدارة في اختيار المفوض له⁽³⁾، الذي يتم انتقائه على أساس الاعتبار الشخصي.

يقصد بمبدأ الاعتبار الشخصي منح العقد لمتعاقد على أساس أنه يتمتع بكل صفات المتعاقد الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل المتعاقد عليه. فيدخل في المؤهلات الشخصية سمعة المتعاقد من ناحية الكفاية الفنية والمالية والأمانة والثقة وحسن المعاملة

1- من أبرز الفقهاء الأستاذ Loubadere إذ أقر أن الإدارة لها أن تختار بحرية المتعاقد معها كما يفعل ذلك الشخص الخاص وأن هذه الحرية تشكل قاعدة أساسية في اختيار المفوض له. راجع:

-GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Op.Cit, p 292-297.

2- قرار مجلس الدولة الفرنسي صادر في 3 مارس 1993 بنص على هذه القاعدة، في قضية يتعلق موضوعها في الطعن في قرار مجلس البلدي في Saint-Denis de la réunion والذي قرر فيه: تجديد عقد الإيجار مرفق توزيع المياه الشرب دون مراعاة إجراءات العلانية والمنافسة، فقرر المجلس الدولة فيها: أن المجلس البلدي كان يستطيع أن يختار المفوض إليه لتسيير للمرفق العام الصناعي والتجاري بكل حرية دون أن يخضع لإجراءات العلانية والمنافسة. راجع في هذا

الخصوص: محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 209

3- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 220.

وتخصصه في نوع العمل محل العقد وما حصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص وما قام به قبل ذلك من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه⁽¹⁾.

نظرا لأهمية مبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له في عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، أقرت العديد من النصوص القانونية الجزائرية ضرورة اختيار السلطة المفوضة المفوض له الذي تتوفر فيه المؤهلات الفنية والتقنية والمالية. وهو ما أكدته عدة نصوص تشريعية خاصة بتفويضات المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري⁽¹⁾ وكذا المرسوم المنظم لتفويض المرفق العام⁽²⁾.

1- النصوص التشريعية المكرسة للاعتبار الشخصي.

إن أهم النصوص التشريعية المكرسة للاعتبار الشخصي أذكر:

أ: قانون المياه:

نص قانون المياه على أن السلطة المفوضة تفويض خدمات تسيير المياه لفائدة المفوض له الذي تتوفر فيه المؤهلات المالية والفنية وهذا طبقا لنص المادة 104 فقرة الأولى منه إذا جاء فيها: «يمكن الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة أو صاحب الامتياز، تفويض كل أو جزء من تسيير نشاطات الخدمة العمومية للماء أو التطهير لمتعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية و ضمانات مالية كافية»⁽²⁾.

وقد تم التأكيد على هذا المعيار بموجب نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275 المحدد لكيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، بحيث تشترط هذه المادة أن يتضمن الملف المرفق بمشروع اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير مجموعة من الوثائق من بينها مبرر التأهيلات المهنية والضمانات المالية للمتعامل المقبول⁽³⁾. وعليه بالنسبة لتفويض خدمات المياه والتطهير فقد اطر القانون 05-12 اختيار المفوض له الذي

1 - كنعان محمد محمود المرفجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 44.

2- قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

3- تنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، على إنه: «يجب إن يتضمن الملف المرفق بمشروع اتفاقية تفويض

الخدمات العمومية للمياه والتطهير، الوثائق التالية:...

مبررات التأهيلات المهنية والضمانات المالية للمتعامل المقبول».

يمكن أن يكون شخص عام أو خاص ويجوز أن يكون المفوض له متعامل عمومي أجنبي، شرطين وهما:

- المؤهلات المهنية.

- الضمانات المالية الكافية.

ب: قانون الغاز والكهرباء:

أقر المشرع الجزائري في قانون الغاز والكهرباء ضرورة توفر في المفوض له المؤهلات المهنية والضمانات المالية وذلك بالتحديد في نص المادة 7 إذ تنص: «يمنح الامتياز لاسيما على أساس المقاييس العامة الآتية:

- المقدرة التقنية والمالية للترشح للامتياز...»⁽¹⁾.

2- النصوص التنظيمية المكرسة للاعتبار الشخصي.

إلى جانب إقرار هذا المبدأ بموجب نصوص تشريعية أقرته كذلك عدة نصوص تنظيمية، إذ تضمنته المادة 22 فقرة الثانية من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام بنصها «...ويجب على السلطة المفوضة أثناء انتقاء المترشحين، التأكد من قدراتهم المهنية والمالية والتقنية بكل الوسائل المناسبة»⁽²⁾ كما أكدته كذلك المادة 11 والمادة 13 من نفس المرسوم؛ بحيث حدد معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم والذي يكون على أساس مبدأ الاعتبار الشخصي وبذلك يكون قد منح لسلطة المفوضة السلطة الواسعة في اختيار المفوض له⁽³⁾.

وفي ذات السياق هناك عدة نصوص تنظيمية تقر ضرورة توفر المؤهلات الفنية والتقنية والمالية لاختيار السلطة المفوضة لمفوض له في عقد امتياز المرفق العام باعتباره كشكل من أشكال التفويض ولعل أهمها:

1- المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات أو تسييرها إذ أقر هذا المبدأ في نص المادة 13 منه إذ جاء فيها: «يمكن

1- قانون رقم 02-01، مرجع سابق.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - رقراقي محمد زكرياء، «واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر»، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق، جامعة سعيدة، المجلد 4، العدد 2، 2017، ص ص 63-64.

أن يطلب للذين تتوفر فيهم الشروط المذكورة أدناه دون سواهم، الحصول على امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها:

- التمتع بالحقوق المدنية والوطنية،

التوفر على الوسائل البشرية والمادية الضرورية لنشاط

التوفر على الوسائل المالية الضرورية لإنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة

المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها ويرفق تقديمهم:

هوية صاحب الطلب بالنسبة للأشخاص الطبيعيين أو القوانين الأساسية بالنسبة للأشخاص

المعنويين،

إثبات وجود الرأسمال،

المعلومات المتعلقة بإنجاز و/ أو تنظيم الاستغلال المقرر»⁽¹⁾.

2- المرسوم التنفيذي المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته إذ أكد هذا

المرسوم على ضرورة احترام السلطة المفوضة لاعتبارات الفنية والمهنية وتقنية عند اختيارها

للساحب الامتياز وذلك بموجب نص المادة 4 منه⁽²⁾.

3- الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البني التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة

لمهام الخدمة العمومية إذ اقرته في المادة الأولى فقرة 2 منهاذ تنص على أنه: «يمنح هذا الامتياز

بصفة شخصية محضة، ويلتزم صاحب الامتياز في جميع التصرفات القانونية التي يقوم بها في إطار

هذه الاتفاقية مهما تكن طبيعتها باحترام أحكام دفتر الشروط المرفق»⁽³⁾.

نستنتج من مختلف هذه النصوص القانونية أن السلطة المفوضة تقوم دائما باختيار الشخص

الذي يقدم ضمانات مالية ومهنية وتقنية كافية لتسيير المرفق محل التفويض لذا غالبا ما تفويض

تسييره لفائدة أشخاص معنوية خاصة نظرا لاملاكهم مؤهلات قد تفوق في بعض الأحيان ميزانية

الدولة.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2- مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مرجع سابق.

3 - الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البني التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة

العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 15-305، مؤرخ في 5 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط

والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البني التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام

الخدمة العمومية، ج ر عدد 66، صادر بتاريخ 9 ديسمبر 2015.

نفس الموقف أكد عليه المشرع الفرنسي في القانون العام للجماعات الإقليمية بنصه على أنه عند الدعوة للمنافسة لاستقبال ملفات تفويض المرفق العام على اللجنة فتح الأظرفة التأكد من توفر الضمانات المهنية والمالية⁽¹⁾.

كما أكد المشرع المغربي في قانون تدبير المفوض على الصفة الشخصية للمفوض له من خلال التأكيد على أن عقد التدبير يبرم على أساس المزايا الشخصية للمفوض له⁽²⁾.

ثانيا: اتخاذ السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض.

بعد إجراء لجنة اختيار وانتقاء العروض المفاوضات تقترح لمسؤول السلطة المفوضة مترشح الذي يقدم أحسن العروض⁽³⁾، ثم يتولى مسؤول السلطة المفوضة اتخاذ قرار المنح المؤقت لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري⁽⁴⁾.

يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلامياً تخطر السلطة المفوضة بموجبه المترشحين والجمهور عن اختيارها المؤقت وغير النهائي، نظرا لحصول المترشح المختار على أعلى تنقيط فيما يخص العرضين التقني والمالي.

يتم الإعلان عن المنح المؤقت عن طريق إشهار في نفس الجرائد التي نشر فيها الإعلان عن التفويض ويتضمن بيانات وعناصر خاصة بالمترشح الذي تم اختياره للتفويض مثلا اسم الشركة، عنوانها، موضوع التفويض، مدة التفويض، وبصفة عامة كل المعلومات التي تبرر اختيار السلطة المفوضة للمفوض له المختار⁽⁵⁾. أما عندما يتم المنح المؤقت للتفويض المرفق العام في

1 - «une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leur garantes professionnelles et financières...». Art L1411-5, code générale des collectivités territoriales, Op.Cit.

2- تنص المادة 11 من قانون رقم 05-54، على أنه: «الصفة الشخصية يبرم عقد التدبير المفوض على أساس المزايا الشخصية للمفوض إليه...».

3 - المادة 35 فقرة أخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

4 - تنص المادة 41 من المرسوم نفسه، على أنه: «يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض وفق

لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015.»

5 - المادة 25 من المرسوم نفسه.

حالة التراضي بعد الاستشارة فإنه يتم إشهار القرار في جميع الوسائل المتاحة، حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام.

إن إقرار النص المنظم لتفويض المرفق العام بضرورة إشهار قرار المنح المؤقت هو لتكريس الشفافية في اختيار المفوض له، والسماح لأي مترشح شارك في طلب على المنافسة أو في التراضي البسيط أو بعد الاستشارة حق أن يحتج عن ذلك بموجب طعن يرفعه في أجل 20 يوما من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض وذلك أمام لجنة تفويضات المرفق العام، ولهذه اللجنة مهلة 20 يوما من تاريخ استلامها للطعن لإصدار قرارها المعلل حول هذا الطعن، وتبلغه لكل من السلطة المفوضة وصاحب الطعن⁽¹⁾

لكن يعاب في هذا المرسوم التنفيذي إقراره لإجراء المنح المؤقت وتوحيده مع ذلك المنح المؤقت في الصفقات العمومية. وهذا غير صائب كون المنح المؤقت في التفويض الأصل أنه لسلطة المفوضة الحرة الكاملة في اختيار المفوض له بعد المفاوضات تطبيقا لمبدأ الاعتبار الشخصي. وهذا غير موجود في الصفقات العمومية لذا حذب على المشرع إعادة النظر في هذه المادة وضرورة عدم توحيد إجراءات الصفقات العمومية بإجراءات إبرام تفويضات المرفق العام. وبالتالي إلغاء الأحكام الموحدة للقرار المنح المؤقت للتفويض الواردة في نص المادة 41 التي تحيل إلى أحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إن منح التفويض مؤقتا لا يعد المرحلة الأخير للتفويض بل لابد من التوقيع من قبل المترشح المختار.

1 - المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، إذ جاء فيها: «يمكن أي مترشح شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي البسيط بعد الاستشارة، يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض، أن يرفع طعنا لدى لجنة تفويضات المرفق العام المنصوص عليها في المادة 78 من هذا المرسوم في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض.

تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة الملف الطعن واتخاذ قرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ استلامها الطعن.

وتبلغ اللجنة قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن.»

ثالثا: التوقيع على اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

بعد أن يتم التفاوض بين الطرفين على النقاط محل الخلاف بينهما، تتم صياغة اتفاقية التفويض في صيغة نهائية، يقوم الطرفين بالتوقيع عليها، كما يقوم الطرفان بالتوقيع على جميع نسخ العقد، ويوقع على السلطة المفوضة ممثلها⁽¹⁾.

يعتبر إجراء التوقيع في اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من الإجراءات الجوهرية إذ بدونه لا يؤدي إلى بطلان العقد فقط وإنما يؤدي إلى عدم وجود العقد أصلا⁽²⁾. تتمثل السلطة المختصة بالتوقيع على اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري في السلطة المسؤولة عن تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري التي قد تكون الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي⁽³⁾ إذا كان التفويض محلي أما إذا كان التفويض للمرفق عام صناعي وتجاري وطني فإن السلطة المختصة هي الوزير كل في حدود اختصاصه أي يرتبط توقيع اتفاقية التفويض بنوع المرفق محل التفويض⁽⁴⁾.

تضمن المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام هذا الإجراء بنصه على أنه بعد انقضاء آجال الطعون تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض وتسلم نسخة من الاتفاقية للمترشح المقبول⁽⁵⁾.

نستنتج في الأخير أن موقف المنظومة القانونية الجزائرية يتميز بنقص في تنظيمه بشكل محكم لإجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري على المستوى الوطني في حين نظمها بشكل محكم ودقيق على المستوى المحلي. لكن رغم ذلك هناك الكثير من الغموضات والتناقضات الواردة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، لذا أأمل من المشرع الجزائري إصدار قانون خاص ينظم أحكام تفويض المرفق العام ومنها

1 - حمادة عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 325.

2 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 167.

3 - BRACONNIER Stéphane, Op.Cit, p 445-446.

4 - GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Op.Cit,p305.

5 - المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

الذات الطابع الصناعي والتجاري وتوحيد هذا القانون سواء على المستوى الوطني أو الإقليمي وأن يخصها بإجراءات خاصة وشفافة، وعدم توحيدها بأحكام مشتركة مع الصفقات العمومية.

المبحث الثاني:

إحاطة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بضمانات قانونية.

يستهدف المرفق العام الصناعي والتجاري تحقيق النفع العام، فالغرض من إنشائه هو إشباع حاجات عامة للأفراد فمن غير المتصور وجود مرفق عام صناعي وتجاري إذا لم ينطوي نشاطه على المنفعة العامة. ويستهدف المرفق العام الصناعي والتجاري دوماً وفي جميع الأحوال إلى تحقيق المصلحة العامة. لذا رهن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إجراءات إبرام تفويضات المرفق العام ككل بضرورة احترام المبادئ الضابطة لسير وعمل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (المطلب الأول) وكذلك لضمان نجاعتها والسهرة على تكريس شفائيتها أخضع المشرع إبرامها لرقابة صارمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

رهن إجراءات الإبرام باحترام مبادئ تسيير المرفق العام.

لا يكف إخضاع القائمين بإبرام تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري لقواعد خاصة، بل تلتزم السلطة المفوضة في إبرامها كذلك باحترام جملة من المبادئ وذلك لضمان شفافية إجراءاتها.

جاء تكريس هذه المبادئ في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب نص المادة 209 فقرة 1 منه إذ جاء فيها: « تخضع اتفاقيات تفويض المرفق، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها، في المادة 5 من هذا المرسوم... ». تحيل هذه المادة إلى نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي جاء نصها كالاتي: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية

والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم»⁽¹⁾.

من خلال هذه المادة نستخلص أن هذا المرسوم رهن عملية إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام بمبادئ إبرام الصفقات العمومية وهي: حرية الوصول لطلبات العمومية (الفرع الأول) المساواة بين المرشحين (الفرع الثاني) وشفافية الإجراءات (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

نظرا لأهمية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية كرس المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام من قواعد ما يضمن ويكفل تجسيده (أولا) لكن لهذا المبدأ استثناءات، فهناك حالات وأوضاع تبرر خروج السلطة المفوضة عن أحكام ومقتضيات هذا المبدأ دون أن يشكل ذلك إخلال لمبدأ حرية المنافسة (ثانيا).

أولا: تجسيد مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

مقتضى المبدأ هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام والخاص على السواء والمختصين بنوع واحد من النشاط الذي ترمي السلطة المفوضة تفويض تسييره، أن يتقدموا قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم⁽²⁾. وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من دخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة مما يحرمهم من منافع المنافسة الحرة عملا بأحكام المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، إذ جاء فيها: « تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه...»⁽³⁾. وفقا للشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط.

1 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

2 - صالح زمال بن علي، «أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري»، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، كلية الحقوق، جامعة محمد بن أحمد وهران 2، المجلد 6، العدد 1، 2017، ص ص 165-166.

3 - أمر رقم 03-03، مرجع سابق.

فحرية المنافسة هي فتح المجال للأشخاص المعنويين العامة والخاصة الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى السلطات المفوضة المؤهلة قانونا لإبرام اتفاقيات التفويض المرفق وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقا،⁽¹⁾ وتقف السلطة المفوضة موقفا حياديا إزاء المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطاتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها،⁽²⁾ وقد جاء هذا المبدأ تماشيا مع الحرية الاقتصادية التي تعد مبدأ دستوريا، بموجب نص المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016، إذ جاء فيها «حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون»⁽³⁾.

لتحقيق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية لا يكون إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواء من حيث كفاءات إبرام اتفاقية التفويض والذي تتجسد عن طريق تبني مبدأ الدعوة للمنافسة بين المترشحين، والتي أشرنا إليها سالفًا، كما تضمنته كذلك عدة نصوص قانونية خاصة بالمرافق العامة الصناعية والتجارية ولعل أهمها: المادة 123 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد الإلكتروني إذ نص على أن منح رخصة استغلال الاتصالات الإلكترونية تمنح على اثر إعلان المنافسة وتشير الفقرة الثانية على: «أن يكون الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة موضوعيا وغير تمييزي وشفافا ويضمن المساواة في معاملة مقدمي العروض...»⁽⁴⁾.

وتضمنه كذلك القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات بموجب نص المادة 73 بنصه: «يتم منح الامتياز في ميدان التوزيع عن طريق طلب عروض تقوم به لجنة الضبط وتدرسه...»⁽⁵⁾.

ويتجسد كذلك مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية من حيث إجراءات الإبرام من خلال الاعتماد على وسائل الإشهار التي تتم عن طريق نشر في الجرائد.

1- LINOTTE Didier, ROMI Raphael, Op.Cit, p 141-142.

2- CLAMOUR Guylain, BERGERON Marion Ubaud, Le nouveau droit des concessions, éd CREAM, Paris, 2016,p112-116.

3 - قانون رقم 01-16، مرجع سابق.

4 - قانون رقم 04-18، مرجع سابق.

5 - قانون رقم 01-02، مرجع سابق.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يعني مبدأ حرية المنافسة يعد من أهم المبادئ التي تقوم عليها إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، وقد حرص المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام على تكريسها. غير أن تطبيقه لا يأخذ على إطلاقه دائماً. ففي بعض الحالات تجد السلطة المفوضة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلال له،⁽¹⁾ وذلك في حالة توفر حالة من حالات الإقصاءات من المشاركة في تفويض المرفق العام.

نص المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام في القسم الرابع منه تحت عنوان "الإقصاءات من المشاركة في تفويض المرفق العام" وذلك بموجب نص المادة 47 منه إذ جاء فيها: «يقضي، مؤقتاً أو نهائياً، من المشاركة في إجراء تفويض المرفق العام، المتعامل الذي يرتكب فعلاً أو عملاً محل إجراء من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 والمنكور أعلاه».⁽²⁾ وبالرجوع إلى أحكام المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نلاحظ أنها تضمنت جملة من الحالات إذ توفرت احدها حول هذا المرسوم لسلطة المفوضة صلاحية إقصاء المتعامل الاقتصادي من المشاركة في إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام؛ وأغلب هذه الحالات الإقصاء هي حالات منطقية نظراً لكون المفوض له محل اعتبار لذا إذ اختلف ذلك يحق لسلطة المفوضة رفض التعاقد معه وإقصاءه ولا يعد ذلك إخلال لمبدأ حرية المنافسة.

وتتمثل الحالات التي أقرتها المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فيما يلي:

- اللذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.

1 - وليد حيدر جابر مرجع سابق، ص 267.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

-الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

-الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

-الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

-الذين لا يستوفون الإيداع القانوني 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 ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم.

-المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة.

-الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

-الذين اخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم.

وبالرجوع كذلك إلى نص المادة 89 من نفس المرسوم نلاحظ أنها تتعلق بكل متعامل اقتصادي يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه⁽¹⁾.

إلى جانب هذه الحالات نجد كذلك بعض الاستثناءات على مبدأ حرية المنافسة وذلك حماية للمتعاملين الوطنيين ولعل أهم الأمثلة عن ذلك :

-طرح دعوة للمنافسة وطنيا فقط دون الدعوة للمنافسة الدولية وهو ما نصت عليه المادة 10

من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام.

1 -مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

- منح هامش الأفضلية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة: نصت المادة 23 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام على أنه: «إذا كان بإمكان مؤسسات صغيرة ومتوسطة أن تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام، فإنه يتعين على السلطة المفوضة أن توليها الأولوية في منح التفويض». يتضح من هذه المادة أنه في حالة ما إذ تم الدعوة إلى المنافسة من أجل منح تفويض تسيير أحد المرافق العمومية الصناعي والتجارية للفائدة الغير إذا تقدم إلى هذه المنافسة مؤسسة صغيرة ومتوسطة ولها قدرات مالية وتقنية مهنية فإنه يجب على السلطة المفوضة أن تمنح له التسيير وتفضله عن مترشحين آخرين.

إن هدف إقرار هذا المرسوم لحق الأفضلية لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في منح لها التفويض، هو لتشجيع إنشاءها والعمل على ترقيتها وتطويرها في الجزائر وذلك باعتبارها، حجر الزاوية في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية ويعود ذلك لمردودها الاقتصادي الإيجابي على الاقتصاد الوطني من حيث دورها الرائد في تحقيق زيادة متممة في حجم الاستثمارات.

الفرع الثاني:

المساواة في معاملة المرشحين.

إن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين هو نابع من مبدأ المساواة أمام المرافق العمومية الصناعية والتجارية والتي يقصد بها التزام هذه الأخيرة بتقديم خدمات للمنتفعين دون تمييز لا مبرر له⁽¹⁾. والأصل هو تطبيق المبدأ على إطلاقه (أولاً) مع وجود استثناء عليه (ثانياً).

أولاً: مفهوم المساواة في معاملة المرشحين.

تم الإعلان عن هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، وذلك من خلال عدة مواد منها: المادة الأولى التي نصت على المساواة في الحقوق،⁽²⁾ والمادة 7 نصت

1 - ناصر لباد، مرجع سابق، ص 205.

2 - تنص المادة على أنه: «يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق...»، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 21700، الدورة 3، مؤرخ في 10 ديسمبر 1948، صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، مؤرخ في 10 سبتمبر 1963، ج ر عدد 64، صادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

على المساواة أمام القانون،⁽¹⁾ والمادة 6 التي أقرت بمساواة جميع الناس من حيث تمتعهم بالشخصية القانونية،⁽²⁾ وينتج عن هذا المبدأ لا تميز لفرد على آخر في الالتحاق بالمرافق العام الصناعي والتجاري والاستفادة من خدماته والالتزام بأعبائه أيضا⁽³⁾.

يعتبر هذا مبدأ من المبادئ الدستورية الأساسية التي أقرتها واستقرت عليها كافة الدساتير العالم، ومنها دساتير الدولة الجزائرية التي أقرته جل دساتيرها وأخيرها دستور 1996 المعدل في سنة 2016 إذ تضمنته المادة 32 منه إذ جاء فيها: «كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط، أو طرف آخر، شخصي أو اجتماعي».

ونصت عليه كذلك المادة 34 منه إذ جاء فيها: «تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية.»⁽⁴⁾

كما حرص المشرع الجزائري على تكريس هذا المبدأ في عدة نصوص قانونية ولعل أهمها: القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية وذلك في نص المادة 123 إذا جاء فيها: «... يكون الإجراء المطبق على المزايدة بالإعلان المنافسة موضوعيا وغير تمييزي وشفافا ويضمن المساواة في معاملة مقدمي العروض...»⁽⁵⁾.

1 - تنص المادة على أنه: «لكل إنسان في كل مكان، الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية.»، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

2 - تنص المادة على أنه: «الناس جميعا سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دون تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز.»، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

3 - محمد المتولي السيد، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2012، ص 35.

4 - قانون رقم 16-01، مرجع سابق.

5 - قانون رقم 18-04، مرجع سابق.

وبناء على ذلك يعد هذا المبدأ أحد مرتكزات دولة الحق والقانون على نطاق واسع، حيث يتم تنظيم المرافق العامة على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنات في الولوج إليها والإنصاف في تغطية التراب الوطني والاستمرارية في أداء الخدمات⁽¹⁾.

ويقضي مبدأ المساواة بين المترشحين، أن لا ينطوي معايير اختيار المفوض له على طابع تمييزي، كما لا يجوز لسلطة المفوضة أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية⁽²⁾.

بناء على ذلك، يمكن تعريف مبدأ المساواة على أنه إيجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم إلى إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري دون التمييز بين واحد وآخر⁽³⁾، أي أن تلتزم الهيئة المتعاقدة بقبول جميع المترشحين الذين ادعوا عروضهم.

يجد مبدأ حرية المنافسة ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري، وفي هذا ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1789 الذي نص على هذا المبدأ وبين مغزاه: « إنَّ المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا »⁽⁴⁾.

يستند مبدأ المساواة على دعامة أخرى هي تكافؤ الفرص بين المترشحين بالزامهم بتقديم عروضهم سرية مجهولة الهوية، بما يضيفي الشفافية على العملية بل ويمتد ليشمل عدم إمكانية التفاوض مع المترشحين قبل إتمام عملية تقييم العروض عن طريق لجنة اختيار ومفاوضة العروض، في عمل أقرب إلى عمل لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في مجال الصفقات العمومية، وتضمن هذه اللجنة اختيار أفضل العروض واستبعاد العروض غير المطابقة لدقتر

1 - تلعيش خالد، «المرفق العام في الجزائر والتحولت الجديدة في دور الدولة»، مجلة مقاربات، كلية الحقوق، جامعة زيان عشور جلفة، المجلد 4، العدد 3، 2016، ص ص 78-79.

2 - فاضل إلهام، مرجع سابق، ص ص 14.

3 - محمد خلف الجبور، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 52.

4 - بوحفص سيدي محمد، مبدأ حياد الإدارة العامة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007، ص 178.

الشروط والعروض التي لا تتوفر على مطابقة للمعايير المحددة من طرف السلطة المفوضة (خاصة تلك التي لا تتوفر على الضمانات والقدرة المالية والتقنية الكافية لدى المرشحين)⁽¹⁾.

رغم تكريس مبدأ المساواة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، إلا أنه لكل مبدأ استثناء، إذ هناك حالات وأوضاع تبرر خروج السلطة المفوضة عن أحكام ومقتضيات المبدأ دون أن يعتبر ذلك إخلالا بأحكام المنافسة الحرة.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة.

إن تطبيق هذا المبدأ ليس مطلقا وإنما هو نسبي، ففي بعض الحالات تجد السلطة المفوضة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلالا لها تطبيقا لنص قانوني⁽²⁾.

ومن أمثلة تمييز الإدارة كل فئة من المرتفقين بامتيازات وتعريفات متميزة:

- الاشتراكات في النقل بالسكك الحديدية فالتعريفات مختلفة وهناك تعريفات تفضيلية يمكن أن تمنح للزبائن بالنسبة لمرتفقي القطار كالمسافرين وفي إطار نقل البضائع.

- شركة الغاز تستعمل نظاما تحفظيا للأسعار كي تفضل كبار زبائنها، ما يجب الإشارة إليه فقط أنه أصبح مبدأ المساواة من المبادئ التي يقتضي بعض التعااضي عنه لأنه ارتبط باستثمار الخواص في المرافق العامة الصناعية والتجارية، لكنه يبقى من المبادئ التي تعتبر قييدا على المرفق العام الصناعي والتجاري المسير عن طريق الخواص⁽³⁾.

تتوفر فيهم الشروط التي يفرضها القانون، وبالتالي معاملة جميع المترشحين على قدم المساواة ودون انحياز غير مبرر قانونا. إضافة إلى كل هذا لا يتنافى مع مبدأ المساواة وضع شروط للانتفاع بخدمات المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض⁽⁴⁾ مثلا: اشتراط شهادة معنية طالما تلك الشروط كانت عامة وليست شخصية.

وبناء على ذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر 26 جويلية 1996 أن اختلاف تعريفية توزيع المياه بين المستخدمين من خدماته لا يعد خرقا لمبدأ المساواة، لأن

1 - محمد المتولي السيد، مرجع سابق، ص 122.

2 - GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Op.Cit, p389-392.

3 - ضريفينادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 227.

4 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 86-88.

الاختلاف في التعريفه يبرره اختلاف كلفة تمديد شبكة المياه بالنسبة لكل قسم من أقسام المقاطعة واختلاف شروط الاستثمار⁽¹⁾.

كذلك من بعض الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة في مجال إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، إقرار هامش الأفضلية لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وما يبرره هو رغبة الدولة في تشجيع إنشاء هذه الفئة من المؤسسات لما لها من أهمية للاقتصاد الوطني وللدولة بمرمتها.

الفرع الثالث:

احترام الشفافية.

تضمن الشفافية حسن سير المرفق العمومي الصناعي والتجاري، وتوفير للمنتفعين إمكانية المطالبة بحقوقهم⁽²⁾. يجد هذا المبدأ تطبيقه في مرحلة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، في إجراءات اختيار المفوض له من بين عدد من المتعهدين، ويعرف هذا المبدأ الأستاذ Michel Bazex بأنه وسيلة لمراقبة الخدمات المقدمة بواسطة المرفق العام، بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين قد رعيت فعلا من قبل المكلف بتسيير المرفق العام⁽³⁾. وعليه نجد أن مبدأ الشفافية عبارة عن ذلك النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار التعاقد مع الجهة المفوضة قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة⁽⁴⁾.

يشكل مبدأ الشفافية نقطة صراع بين المنتفعين والمفوض له، فالمنتفعين من حقهم ومصالحهم إعلامهم بكيفية تأدية المرفق العام الصناعي والتجاري لنشاطه ونوعية الخدمة التي سيقدمها وتسعيرتها، وما مدى مراقبة المفروضة عليه، أما بالنسبة للمفوض له من مصالحته عدم

1- CE du 26 juillet 1996, L'association Narbonne liberté 89, N°130363130450, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr consulté le 25-05-2018.

2 - تنص المادة 51 فقرة 1 من قانون رقم 16-01 على أنه: «الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها مضمونان للمواطن...».

3-BAZEX Michel, «Obligation communautaire de transparence des services publics», éd J C, octobre 1993, pp 15.

4-LINOTTE Didier, ROMI Raphael, Op.Cit,p141.

إعلام المنتفعين بكيفية تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري، وكذا إخفاءه لوضعه المالي والاقتصادي⁽¹⁾.

يعتبر مبدأ الشفافية قيد يقع على عاتق مسير المرفق العام الصناعي والتجاري، الهدف منه ضمان المصلحة العامة، فشفافية المرفق العام الصناعي والتجاري تقود إلى إعادة الاعتبار لهذا المرفق عبر انفتاحه على محيطه⁽²⁾.

حرص القانون الجزائري على إقرار مبدأ الشفافية وذلك سواء في إبرام الصفقات العمومية وكذا إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، وذلك في نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽³⁾، كما تضمنه قانون المياه⁽⁴⁾ وقانون الكهرباء والغاز⁽⁵⁾، وكذلك قانون البريد والاتصالات الإلكترونية إذ ألزام الأشخاص المكلفين بإدارة المرفق العام بالإبلاغ وبالتفصيل الكافي عن المعلومات المتعلقة بالتعريف وأسعار الخدمات التي تقدم إلى الجمهور والمنتفعين، كما أقرته عدة نصوص تنظيمية ولعل أهمها:

- المرسوم التنفيذي رقم 05-174 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال المادة 17 فقرة 4 منه، أين فرض على مسير الشبكة إعلام الزبون وتسليمه نسخة من العقد المبرم مع المتعامل، وفي حالة التعديل لا يسري هذا التعديل إلا بعد 30 يوما من تسليم نسخة مكتوبة من هذا التعديلات للزبون المعني⁽⁶⁾.

ونصت المادة 21 على ضرورة إعلام الجمهور بالتعريفات ونشرها.

1 - زمال صالح، «مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-

247»، حويليات جامعة الجزائر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد 32، العدد 1، 2018، ص 510.

2 - بوحفص سيدي محمد، مرجع سابق، ص 332-333.

3 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

4 - المادة 109 من قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

5 - مثلا المادة 80 من قانون رقم 02-01، مرجع سابق.

6 - مرسوم تنفيذي رقم 05-174، مؤرخ في 9 مايو 2005، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للموصلات

السلكية واللاسلكية واستغلالها وتوفير خدمات هاتفية ثابتة دولية وما بين المدن وفي الحلقة المحلية للجمهور، ج ر عدد 34، صادر بتاريخ 11 مايو 2005.

- المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المحدد لشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها من خلال المادة 22 حيث فرضت على صاحب الامتياز ضرورة الحق في الإعلام بالتوقيت والتسعيرة المتعلقة بكل خدمة⁽¹⁾. كما تم الاستجابة لمتطلبات الشفافية والنزاهة في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام لاسيما في نص المادة 8 و 25 منه.

أما المشرع الفرنسي فقد كرس مبدأ الشفافية صراحة في القانون الصادر في 08 فيفري 1995، حين وضع قاعدة مفادها إلزام الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام بتقديم تقرير سنوي يبين فيه نوعية وجودة الخدمات المؤداة إلى المرتفقين⁽²⁾ وهو ما أكدته كذلك المادة 52 من أمر رقم 2016-65 المتعلق بعقود الامتياز⁽³⁾.

المطلب الثاني

فرض رقابة صارمة على إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

أخضع المنظم الجزائري إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام للرقابة صارمة وهو ما يستشف من نص المادة 74 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام والتي جاء فيها: «تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية ورقابة بعدية، بمجرد دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ...». تطبيقا لذلك تخضع إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري على المستوى المحلي لرقابة سابقة. (الفرع الأول). وباعتبار اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري تعد عقد إداري فإنها تخضع في مرحلتها ما قبل التعاقد للرقابة القاضي الإداري (الفرع الثاني).

1 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2-Loi n°95-125,Op.Cit.

3- L'ordonnance n°2016-65,Op.Cit.

الفرع الأول:

إخضاع إبرام اتفاقية تفويض المرفق للرقابة السابقة.

خولت صلاحية ممارسة الرقابة السابقة لكل من: لجنة لاختيار وانتقاء العروض وتكون رقابتها رقابة سابقة داخلية (أولاً) ولجنة تفويضات المرفق العام وتكون رقابتها رقابة سابقة خارجية (ثانياً).

أولاً: ممارسة الرقابة السابقة الداخلية من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض.

تتولى السلطة المفوضة في إطار الرقابة السابقة الداخلية صلاحية إنشاء لجنة اختيار ومفاوضة العروض (1). والتي خولها المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام عدة صلاحيات تمارس بموجبها مهامها الرقابية (2).

1-تشكيلة لجنة اختيار ومفاوضة العروض.

أكد المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على إحداث لجنة اختيار ومفاوضة العروض، وذلك بموجب نص المادة 75 منه إذ جاء فيها: «تشئى السلطة المفوضة في إطار الرقابة القبلية الداخلية، لجنة لاختيار وانتقاء العروض...»⁽¹⁾. وتتولى مهمة اقتراح مرشح يتولى تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض، وتتميز هذه اللجنة بتشكيلة خاصة بها. تكمن أهمية الرقابة القبلية الداخلية في كشف الانحرافات والتجاوزات دون توقيع الجزاء فهي تتبن على مراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها⁽²⁾.

خول المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام السلطة المفوضة صلاحية إنشاء لجنة لاختيار وانتقاء العروض وأوكل لها مهمة اقتراح مرشح يتولى تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري، وبذلك تمارس صلاحيتها الرقابية⁽³⁾.

تتشكل لجنة اختيار وانتقاء العروض حسب نص المادة 75 فقرة 2 من المرسوم السالف الذكر على: «تتكون هذه اللجنة من ستة موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة...».

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - تياب نادية، مرجع سابق، ص 118.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

يتم تحديد نظام الداخلي لهذه اللجنة من قبل مسؤول السلطة المفوضة بموجب مقرر، كما تضيف المادة 76 من المرسوم نفسه على أنه «يعين أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض من قبل السلطة المفوضة ويتم اختيارهم نظرا لكفاءاتهم، لمدة 3 سنوات قابل للتجديد»⁽¹⁾.

يتضح من هذه المواد أن المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام قد خول للسلطة المفوضة صلاحية تعيين واختيار أعضاء هذه اللجنة، الذين يجب أن يكونوا من بين موظفيها المؤهلين والتابعين لها. تم تحديد عدد أعضاء هذه اللجنة الذين يجب أن يكونوا ستة (6) أعضاء، وبذلك يكون هذا المرسوم قد قيد من حرية السلطة المفوضة في اختيار عدد أعضاء هذه اللجنة. اشترط كذلك للعضوية في اللجنة شرطا أساسيا لا بدّ على السلطة المفوضة احترامه عند اختيارها لأعضاء اللجنة والمتمثل في ضرورة توفر المؤهلات والكفاءات في هؤلاء الأعضاء. وهذا من شأنه أن ينعكس إيجابيا على اقتراح المرشح الحسن لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض، كما ينعكس إيجابا على التسيير الحسن للمرفق العام الصناعي والتجاري وبالتالي يعود بالفائدة للمنتفعين وللمصلحة العامة ككل.

وحدد هذا المرسوم مدة عمل هؤلاء الأعضاء وذلك لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، هذا من شأنه أن يكرس نوع من الشفافية في اقتراح المرشح لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض⁽²⁾.

لكن من جهة أخرى يعتبر تعيين أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض من قبل السلطة مانحة التفويض عائق، في وجه المفوض له المترشحين، لأن هذه اللجنة تابعة لسلطة مانحة التفويض، وبالتالي تبحث فقط في تحقيق مصالح السلطة مانحة التفويض ولا تراعي مصالح المترشحين، وبالتالي تضع مصلحة السلطة مانحة التفويض في أعلى المراتب على حساب مصلحة المفوض له المترشحين، لكن هذا يجد مبرره في كون السلطة المفوضة تعمل دائما على تحقيق الصالح العام.

1 - مرسوم نفسه.

2- تنص المادة 76 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، على أنه: «يتم اختيار أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض نظرا لكفاءاتهم، لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد.»

2- التحديد الدقيق لمهام لجنة اختيار وانتقاء العروض.

تستمد لجنة اختيار وانتقاء العروض مهامها من نص المادة 77 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام وتتميز في مجملها ذات طابع تقييمي (أ) وتلك التي لها طابع تفاوضي (ب).

أ- الطابع التقييمي: أول ما تقوم به اللجنة هو دراسة مدى مطابقة التعهدات للشروط الواردة في دفتر الشروط لمعرفة ما قد يتضمنه كل تعهد من شروط ومؤهلات، على هذا الأساس يكون للجنة صلاحية إقصاء كل الملفات أو العروض غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط. تظهر صرامة المرسوم في حالة الإقصاء لغياب إحدى الوثائق في الملف الإداري، لكن عند الاقتضاء يمكن لهذه اللجنة أن تطلب من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض⁽¹⁾. ما يجب الإشارة إليه أن اللجنة خلال مرحلة الإعداد تقتصر دور هذه اللجنة فقط على فتح الملفات وفتح العروض.

بعد إتمام عملية التصفية تنتقل اللجنة إلى تحليل العروض عن طريق دراسة تقييمية للعروض وفق لجدول تنقيط، إذ تضعه مسبق السلطة المفوضة ويلتزم به لجنة اختيار وانتقاء العروض ويتضمن جملة من المعايير تخصص لكل معيار منها نقطة معينة لتتمكن اللجنة من خلالها تقييم القدرات المهنية والتقنية والمالية للمترشح، على أساسها يتم حساب مجموع النقاط ويتم ترتيبها ترتيباً تفضيلاً، ليتم بعدها إقصاء العروض التي تحصل على العلامة الدنيا⁽²⁾.

ب- الطابع التفاوضي للجنة اختيار وانتقاء العروض.

حول المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام لجنة اختيار ومفوضات العروض إجراء القيام بالمفاوضات، وذلك عن طريق دعوة المترشح أو المترشحين اللذين تم انتقاؤهم وذلك عن طريق مسؤول السلطة المفوضة، وتتفاوض مع كل واحد على حدة مع ضرورة احترام بنود اتفاقية تفويض المرفق العام وبعد ذلك تحرر محضر على اثر كل جلسة تفاوض باعتبار أنها تأخذ

1- المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أنه: «يجب أن تكون عروض المترشحين اللذين تم انتقاؤهم مطابقة للدفتر الشروط. ولا يمكن قبول الملفات الناقصة. غير أنه يمكن للجنة أن تطلب عند الاقتضاء من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض، عن طريق السلطة المفوضة».

2- المادة 77، المرسوم نفسه

مدة زمنية طويلة نسبيا، ومن ثم تحرر محضر يضم قائمة العروض المدروسة وترتيبها ترتيبا تفضيليا وتقترح على السلطة المفوضة المترشح الذي يقدم أحسن عرض لمنحه التفويض⁽¹⁾.

ثانيا: ممارسة الرقابة السابقة الخارجية من طرف لجنة تفويضات المرفق العام.

في إطار الرقابة الخارجية خول المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام للسلطة المفوضة صلاحية إنشاء لجنة تفويضات المرفق العام بموجب أحكام المادة 78 من المرسوم السالف الذكر.

نظرا لأهمية الدور الذي تلعبه اللجنة سيتم التعرض لها بدراسة تشكيلتها⁽¹⁾ وبيان اختصاصاتها⁽²⁾.

1- تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام.

يخضع تشكيل اللجنة هي الأخرى لسلطة التقديرية لمسؤول السلطة المفوضة ويتم التعيين بموجب مقرر⁽²⁾.

نصت المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بوضوح على تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام بحيث أقرت تشكيلة خاصة في حالة التفويض على مستوى الولاية، إذ تتشكل اللجنة من:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا رئيسا.

- ممثلين عن السلطة المفوضة.

- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي.

- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية.

- ممثل عن المديرية الولائية للأعمال الوطنية.

أما إذا تم التفويض على مستوى البلدية فإن تشكيلة اللجنة تكون كالتالي:

ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا.

1 - المادة 77 مطة د، المرسوم نفسه.

2 - تنص المادة 78 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، على انه: «... يحدد نظامها الداخلي للجنة تفويضات المرفق العام وتشكيلتها، بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة.»

- ممثلان عن السلطة المفوضة.

- ممثل عن المجلس الشعبي البلدي.

- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأملاك الوطنية.

- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.⁽¹⁾ يتضح من خلال هذه المادة، أن تشكيلة لجنة

تفويضات المرفق العام متنوعة من حيث أعضائها، هذا من شأنه تكريس الشفافية والنزاهة في ممارسة هذه اللجنة لمهامها ولا تكون هذه اللجنة مكونة من أعضاء السلطة المفوضة فقط، هذا من شأنه أن تقوم بمهامها على أحسن وجه ولا تكون تابعة فقط للسلطة المفوضة. أي تصدر قراراتها بشكل شفاف.

كما تضيف المادة 80 من نفس المرسوم على أنه تعين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام من قبل إدارتهم، لمدة 3 سنوات (03) قابلة للتجديد⁽²⁾.

يتضح من هذه المادة أن المنظم حدد بكل وضوح سلطة تعين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام، وتتمثل في الإدارة التي ينتمون إليها وليس من قبل السلطة المفوضة فقط وعليه كل ممثل في لجنة تفويضات المرفق العام يتم تعيينه من قبل إدارته، وتكون مدة تعيين هؤلاء الأعضاء لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، يعاب على هذا المرسوم في هذا المجال عدم تحديده بدقة عدة مرات التي يمكن لأعضاء لجنة تفويضات المرفق العام تجديد مدتهم هل يمكن تجديد العضوية مرة واحدة أو مرتين أو 3 مرات وإنما ترك لهم الحرية الواسعة، ويفهم من ذلك أنه يمكن للأعضاء تجديد عضويتهم إلى ما لا نهاية، كما يعاب على هذا المرسوم عدم تحديده لضرورة توفر أعضاء هذه اللجنة على الكفاءة، لذا لا بد على المشرع الجزائري أن يحدد عدد مرات إمكانية تجديد العضوية والتي يجب أن تكون مرة واحدة أو مرتين فقط ولا يجب أن تتجاوز ذلك، لأن ذلك يمكن أن يعتبر تعسفا أو إجحافا في حق الأعضاء الآخرين.

إلى جانب كل هذا إن عدم تحويل المنظم السلطة المفوضة لوحدها صلاحية تعيين أعضاء اللجنة من أجل ألا تكون هذه اللجنة تابعة للسلطة المفوضة فقط، لكي تمارس مهامها الرقابية بكل

1 - المادة 79، مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - تنص المادة 80 من المرسوم نفسه، على أنه: «يعين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة، بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها، لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد.»

شفافية ونزاهة وتبتعد عن أسلوب المحاباة ولكي تصدر قراراتها بدون تحيز أو تمييز، لاسيما مثلاً: في حالة الطعن من قبل أحد مترشحين شارك في المنافسة على قرار المنع المؤقت للتفويض.

ما يمكن ملاحظته أن هذا المرسوم قد حرص على إخضاع إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام لرقابة صارمة وفعالة بدءاً من مرحلة التحضير إلى مرحلة الإبرام.

فالرقابة جزء لا يتجزأ من مبدأ الشفافية الذي يقتضي أن تكون إجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري واضحة مبنية على أساس المنافسة النزيهة.

2- توسيع الصلاحيات الرقابية للجنة تفويضات المرفق العام.

تستمد لجنة تفويضات المرفق العام مهامها من نص المادة 80 من المرسوم التنفيذي السالف

الذكر، إذ تنص على: «تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بما يأتي:

- الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام.

- الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة

في اختيار المفوض له

- الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام؛

- منح التأشيريات للاتفاقيات المبرمة.

- دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها.».

هذه المادة أن لجنة تفويضات المرفق العام أن المهام مخولة لها تتميز في مجملها بطابع الموافقة

سواء على مشاريع دفاتر الشروط المتعلقة باتفاقيات تفويض المرفق العام، وكذلك الموافقة على

مشاريع الاتفاقيات ومشاريع الملاحق. إلى جانب هذه المهمة، خول لها المرسوم التنفيذي السالف

الذكر مهمة منح التأشيريات للاتفاقيات التفويض، وكل هذا حرصاً على شفافية والرقابة من الفساد

وجريمة الرشوة والمحاباة على وجه الخصوص وكذا حماية المصلحة العامة.

إضافة إلى هذه المهام خول للجنة صلاحية يمكن وصفها بمهام ذات الطابع شبه القضائي

وذلك نظراً لصلاحيتها المتمثلة في دراسة وفصل في الطعون التي تقدمها لها⁽¹⁾ أي الفصل في

الطعون الناتجة عن المنح المؤقت لاتفاقية تفويض المرفق العام، لكن اشترط المرسوم التنفيذي لكي

1 - المادة 79 ، المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

تفصل هذه اللجنة في طعون الناتجة عن المنح المؤقت للتفويض أن يلتزم المترشح برفع الطعن في أجل لا يتعدى 20 يوما ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض،⁽¹⁾ لكي تقوم هذه اللجنة بالفصل في هذا الطعن، في أقرب آجال وذلك كله حماية للمصلحة العامة التي هي الهدف الرئيسي من تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

يعاب على هذا المرسوم في هذه المادة أنه لم يحدد طبيعة القرارات التي تصدرها لجنة تفويضات المرفق العام عند فصلها في الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للتفويض هل هي ذات طبيعة إدارية أو قضائية لكن الأرجح أن تكون إدارية.

الفرع الثاني

رقابة القاضي الإداري على المرحلة ما قبل التعاقد لاتفاقية تفويض المرفق العام

الصناعي والتجاري.

أقر التشريع رقابة أخرى تمارس على المرحلة ما قبل التعاقد لاتفاقيات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، وتمارس هذه الرقابة من قبل القضاء الإداري، ويكون ذلك في حالة إخلال الشخص المعنوي العام بمبدأ العلانية والمنافسة عند الإبرام، إذ خول المشرع لكل متضرر من جراء ذلك أن يلجأ أمام القضاء الاستعجالي برفع دعوى استعجالية، كون أن تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري تندرج ضمن نطاق تطبيق هذا القضاء (أولاً)، ويعتبر إخضاع إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لرقابة القاضي الإداري سد لمنافذ الفساد وتكريس للشفافية في الإبرام وتحقيق المساواة بين المتنافسين، وبذلك تعد هذه الرقابة ضماناً للمترشحين من تعسف السلطة المفروضة. كرس المشرع لهذه المنازعة قواعد خاصة من أجل تفعيل آلية الرقابة على تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري (ثانياً).

أولاً - إدراج اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري ضمن نطاق اختصاص القضاء الاستعجالي.

كرس المشرع الفرنسي آلية رقابة القاضي الاستعجالي على المرحلة قبل التعاقد لتفويض المرفق العام ومنها ذو الطابع الصناعي والتجاري بصفة صريحة. وكان ذلك تطبيقاً لقواعد قانون

1 - المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

الاتحاد الأوروبي(1) في حين بالعودة إلى المشرع الجزائري فنجد كرس هذه الرقابة بصفة عامة على جميع العقود الإدارية والتي منها اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري وعليه كرس هذه الرقابة على هذا النوع من العقود بصفة ضمنية(2) ويعود فرض التشريع لهذه الرقابة في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لعدة مبررات(3).

1- التكريس الصريح للمشرع الفرنسي للاستعجال قبل التعاقد في تفويض المرفق العام

الصناعي والتجاري.

إذا كان الاستعجال في علاقات القانون يحوز أهمية خاصة، فأهميته أكبر في المادة الإدارية(1)، لوجود الإدارة كطرف في النزاع. الأمر الذي يزيد من احتمال وجود تجاوز خطير خاصة في إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، لأجل ذلك تبنت التشريعات ومنها المشرع الفرنسي آلية الرقابة بواسطة القضاء الاستعجالي لضمان الشفافية والنزاهة في تسيير المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهو ما لا يمكن تكريسه إلا باحترام قواعد المنافسة والإشهار(2).

إن الاستعجال ما قبل التعاقد يجد مصدره في القانون الأوربي وبالتحديد في اللجنة الأوربية التي فرضت على الدول الأعضاء في إطار التوجيهات المشتركة التي سعت لإنشاء طعنا فعال في حال خرق قواعد إبرام عقود الصفقات العمومية لصالح كل مرشح يتم استعباده(3) بطريقة غير قانونية. وفي سبيل ذلك أصدرت تعليمة رقم 89-665 بتاريخ 21-12-1989 التي وردت تحت عنوان: طعن ورقابة في مجال الصفقات العمومية التوريدات والأشغال "وبذلك شدد المشرع الأوربي بشأن تطبيق القواعد العلانية والمنافسة في نطاق إبرام عقود الصفقات العمومية(4).

1 - سمير محمد المحادين، صلاحيات قاضي الأمور المستعجلة، رسالة مقدمة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 06.

2 - VINCI Nathalie, Le contrôle des délégations de service public, éd territorial, Paris, 2012, p 40-44.

3 - بزاحبيومقرسلى، «رقابة القضاء الاستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد 01، 2018، ص 3-4.

4- Directive 89/665 CEE de conseil du 21/12/1989 portant coordination des dispositions législative, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fourniture et de travaux, JOCE L395 du 30décembre 1989.

وبناء عليها تبنى المشرع الفرنسي هذا التوجه بصدر القانون رقم 92-10 المؤرخ في 4-01-1992 المتعلق بالطعون في مجال إجراءات بعض العقود والصفقات التوردات والأشغال⁽¹⁾ كما صدر في نفس السنة تعليمة رقم 92-13 المؤرخ في 25/02/1992⁽²⁾ المتعلق بالصفقات المبرم في القطاعات الخصوصية في مجالات النقل-الطاقة-المياه-الاتصالات ولم ينص هذا القانون على إدراج عقود تفويض المرفق العام ضمن هذا التوجه الجديد إلى غاية تعديل الجديد لقانون القضاء الإداري، أين وسع المشرع الفرنسي من نطاقه وجعل من القاضي الفرنسي من بين الأكثر فعالية في الاتحاد كلية، إذ لم يكتف بالتوجيهات الأوروبية التي تحصر مجال تطبيق رقابة القاضي الاستعجالي على الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها السقف المحدد أوريبا بل وسع من نطاقها ليشمل كل الصفقات العمومية وكذا عقود تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

ومن بين القوانين التي أدرج ضمنها الاستعجال قبل التعاقد في تفويض المرفق العام في فرنسا، تقنين المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية: L22, L23 ثم المواد L551 و-2- L552، في التعديل الجديد له⁽³⁾.

2 - التكريس القانوني للاستعجال قبل التعاقد في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بصفة ضمنية في الجزائر.

تبنى المشرع الجزائري إمكانية الطعن أمام القاضي الاستعجالي عند مخالفة الهيئة الإدارية (السلطة المفوضة منها) للالتزام بالإشهار والمنافسة من خلال تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصلا كاملا تحت عنوان: الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات" وذلك في الباب الثالث تحت عنوان: الاستعجال "حيث كرس مادتين 946-947 لتنظيم وبيان أحكامه⁽⁴⁾، وتدخل اتفاقية تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجارية فيها وذلك ما يستشف من نص المادة

1 - Loi n° 92-10 du 04 Janvier 1992 relative aux recours est matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, JORF du 7 janvier 1992.

2 - Directive 92/13 CEE du conseil du 25/02/1992, portant coordination des dispositions législative, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunication, JOUE L76, du 23 mars 1992.

3 - Loi n° 2000-597 du 30 Juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF, N° 151 du Juillet 2000.

4 - قانون رقم 08-09 مرجع سابق.

946 ق.إ.م.إ. ويظهر جليا فيها: « يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية»⁽¹⁾. وكذلك باعتبار أن اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري من بين العقود الإدارية التي تلتزم فيها السلطة المفوضة بالإشهار والمنافسة⁽²⁾.

وعليه حددت المادة 946 صنف المنازعات الإدارية التي تدخل في اختصاص رقابة القاضي الاستعجالي وتتمثل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الاتفاقية بسبب الإخلال بإجراءات العلنية والمنافسة.

يؤكد المشرع في المادة نفسها، في فقرتها الثالثة على رقابة القاضي الاستعجالي على المرحلة ما قبل التعاقد إذ جاء فيها: « يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد»⁽³⁾.

بذلك فجميع الإجراءات التي تتخذ في مرحلة الإبرام سواء تعلق الأمر ب: إبرام اتفاقية التفويض أو تأهيل المترشحين، أو إقصاء من المشاركة، كل هذه الإجراءات ذات صلة بالإشهار والمنافسة، وتكون قابلة لرقابة القاضي الإداري.

يتضح من كل ما تقدم أن المشرع الجزائري أدرج اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري ضمن نطاق رقابة القاضي الاستعجالي. باعتبار أن اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من العقود الإدارية التي تستلزم الإشهار والمنافسة والإخلال بها تخضع لرقابة القاضي الاستعجالي الإداري بموجب دعوى استعجالية.

لكن ما يجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه المنازعة مثل المشرع الفرنسي الذي قام بإدراج كل من الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمن رقابة القضاء الاستعجالي بكل صراحة. لذا على المشرع أن يحذو حذو المشرع الفرنسي ويقوم بنص عليهما صراحة.

1 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

3 - مبررات إقرار الاستعجال في منازعات إبرام اتفاقات تفويض المرفق العام الصناعي

والتجاري: يمكن إجمال مبررات إقرار الاستعجال في منازعات إبرام إتفاقات تفويض المرفق العام فيما يلي:

أ) تعزيز الرقابة في مجال إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري: إن تبني المشرع للاستعجال قبل التعاقد يبتغي وراء ذلك تكريس آلية رقابة فعالة على السلطة المفوضة باعتبارها إدارة عامة، وبذلك نظرا لإمكانية تعسفها إذ بموجب هذه الدعوى الاستعجالية يمارس القاضي الإداري رقابته على السلطة المفوضة⁽¹⁾ ويقف كحاجز أمام تعسف الإدارة (السلطة المفوضة) والسلطة المفوضة عندما تفوض تسيير مرفق عام ذو طابع الصناعي والتجاري للغير هدفها ليس التنازل عن المرفق وإنما هدفها تحقيق الصالح العام، فيفرض عليها احترام جميع القواعد التشريعية والتنظيمية المنظمة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام والتصدي لأي إخلال لاحقا⁽²⁾.

ب) تأمين قدر كبير من الشفافية والنزاهة في الإبرام: بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما يتعلق بوجود دعوى صحيحة ووقائية سابقة على إبرام العقد، فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم، لذلك فإن الإدارة تسارع، في أغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي، في دعواه بحكم نهائي⁽³⁾.

ج) تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي والأوروبي: نظرا للتطور الكبير الذي حققه المشرع الفرنسي في حماية مبادئ المساواة العلانية والمنافسة أثناء إبرام تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري⁽⁴⁾ أثر بشكل كبير في المشرع الجزائري وكذلك تأثرهما الكبير بالمشرع الأوروبي خاصة باعتبار أن فرنسا من الدول الأعضاء فيها في ملزمة بكل نصوصها القانونية وكذلك بنسبة للمشرع

1 - GUGLIEMI Gilles, KOUBI Geneviève, Op.Cit, p355.

2 - تياب نادية، مرجع سابق، ص 263.

3 - بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 8-10.

4 - براهيمي فضيلة، «تأثير مبدأ المنافسة على حرية التعاقد الشخص المعنوي العام»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، مجلد 16، عدد 02، 2017، ص ص 117.

الجزائري باعتباره صادق على الاتفاق الاورومتوسط لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجموعة الأوروبية⁽¹⁾.

ثانيا - تكريس القواعد الخاصة لدعوى الاستعجالية قبل التعاقد.

إن إخلال بالتزامات الإعلان والمنافسة، في تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يقتضيه الأمر بحكم القانون تدخل قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد لحماية المبادئ والإجراءات المتممة له.

غير أن اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لرفع دعوى يتميز بطابع خاص، إذ يتطلب توفر شروط شكلية (1) وكذا شروط موضوعية (2).

1 - الشروط الشكلية لدعوى الاستعجالية.

لصحة الدعوى الاستعجالية لا بد أن تتوفر فيه جملة من الشروط الشكلية هي تلك المعروفة بالنسبة لأي عقد إداري مادامت العبارة المستعملة في النصوص هي عبارة العقد. فبالتالي لا بد أن ترفع الدعوى بموجب عريضة مؤرخة وموقعة من طرف محامي (أ) كما لا بد أن تتوفر في المدعي المصلحة لرفع هذه الدعوى (ب) وأما بنسبة للمدعي عليه فهو السلطة المفوضة (ج) كما يجب أن ترفع هذه الدعوى في ميعادها (د).

أ - رفع دعوى عن طريق عريضة مؤرخة وموقعة من طرف محام: تتضمن البيانات الواردة في نص المادة 15 ق.إ.م.إ في نسخ بعدد الخصوم كما يمكن أن ترفع العريضة بوثائق ثبوتية وتودع لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع الرسم القضائي، تقيد العريضة وترقم في سجل حسب ترتيب ورودها ويحدد لها تاريخ أول جلسة بعد ما يبلغ المدعي عليه بنسخة من العريضة عن طريق المحضر القضائي⁽²⁾، لكن الآجال تكون قصيرة تناسب طبيعة الاستعجالية للدعوى ما يجب الإشارة إليه أن المشرع لم يحدد طبيعة العريضة محل الإخطار هل هي عريضة قضائية ترفع وفق إجراءات المقررة لرفع عرائض الاستعجال أم عريضة بسيطة؟ لذا على المشرع تحديد هذه العريضة لكن لأصوب هي الأولى.

1 - مرسوم رئاسي رقم 05-159، مرجع سابق.

2 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

ب - صفة المدعي: تأخذ صفة المدعي في دعوى الاستعجالية قبل التعاقد مفهوما واسعا إذ لا يتاح لكل من له مصلحة كما هو معروف، في القواعد العامة برفع الدعوى بل يقتصر الأمر على عدة جهات، إذ حصر المشرع الجزائري، في المادة 946 ق.إ. م.إ حق إخطار المحكمة الإدارية من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد، والذي قد يتضرر من الإخلال بالإضافة إلى الوالي⁽¹⁾.

ب-1: رفع الدعوى من قبل المرشح المستبعد: هو ذلك المرشح الذي قدم عرضا ولم يتم اختياره خاصة بعد صدور قرار المنح المؤقت للتفويض، بإمكانه رفع دعوى استعجالية قبل التعاقد، ويكون ذلك، في مرحلة من إجراءات الإبرام، وكذلك كل مترشح تضرر من جراء خرق قواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام اتفاقية تفويض مرفق عام ذو الطابع الصناعي والتجاري، وهنا لا يلتزم لوجود الضرر إثبات وإنما يكفي وجود لدى المترشح فرصة الفوز، بالإضافة إلى كل المترشحين اللذين تم إقصائهم واستبعادهم من إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام دون وجه وقد يجتمع المرشحين لتقديم طعن جماعي⁽²⁾.

يتضح من كل هذا أن المشرع قد فتح المجال واسعا في صفة المدعي لرفع الدعوى الاستعجالية ولم يحصره في شخص معين هذا من شأنه إضفاء الشفافية والنزاهة على عملية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري. ما يجب الإشارة إليه أن المفوض لهم بالمناولة لا تقبل دعويهم (المتعاقد من الباطن).

ب-2: رفع الدعوى من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية: أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري للممثل الدولة على مستوى الولاية برفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد إذ أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية⁽³⁾، يعاب على المشرع

1 - تنص المادة على أنه: «...يتم هذا الاخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك للممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة محلية...»

2 - براهيمي فضيلة، «تأثير مبدأ المنافسة على حرية التعاقد الشخص المعنوي العام»، مرجع سابق، ص 118 - 123.

3 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

في هذا المجال أنه لم يحدد مدة رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد، هل سوف يتم رفعها قبل أبرم العقد أو أبرم العقد.

لكن الأصل أن الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد ترفع قبل إبرام اتفاقية التفويض، لذا على المشرع إلغاء هذه المادة والاكتفاء فقط برفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد يكون قبل إتمام إجراءات إبرام اتفاقية التفويض.

ج- المدعى عليه: هو دائما الذي ينسب إليه الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، وعليه يتمثل دائما في السلطة مانحة التفويض التي هي شخص معنوي عام، فيمكن أن تكون (دولة، بلدية، ولاية، مؤسسة عمومية).

د- ميعاد رفع الدعوى: تعد مسألة ميعاد رفع الدعوى الاستعجالية من الأمور التي تثير الغموض إذ بإستقراء نص المادة 946 فقرة الثالثة من ق.إ.م.إ. نجد أنها ترفع قبل إبرام العقد، في حين في نفس المادة فقرة الثانية أقرت إمكانية رفع هذه الدعوى بعد أن تم إبرام العقد،⁽¹⁾ وهذا غير منطقي لأن الأصل أن الدعوى الاستعجالية ترفع قبل إبرام العقد كونها من الدعوى الوقائية، لذا على المشرع تحديد ميعاد رفع هذه الدعوى لما لها من أهمية كبيرة لفائدة المترشحين، لتكريس الشفافية والنزاهة ككل.

2 - الشروط الموضوعية:

تباشر الدعوى الإستعجالية قبل التعاقد في حالة ما إذ تم خرق قواعد الإشهار والمنافسة (أ) أو في حالة اختيار السلطة المفوضة لإجراءات الإبرام غير مناسب (ب) أو في حالة مخالفة مواصفات وخصوصيات التقنية (ج) أو في حالة حرمان أو استبعاد أحد المترشحين من الاتفاقية دون وجه حق (د) أو في حالة الإخلال بقواعد اختيار المفوض له (و).

أ- خرق قواعد الإشهار والمنافسة: يعد الإشهار الصحفي إجراء إجباريا للتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري⁽²⁾ وذلك لنص المادة 25 و 26 من المرسوم التنفيذي المتعلق بالتفويض المرفق العام.

1 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

2 - LINOTTE Didier, ROMI Raphael, Op.Cit, p140.

يعد انتهاك لهذه القواعد عند عدم قيام السلطة المفوضة بالإعلان عن تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري مطلقا أو قيامها بالإعلان لكنه معيب مثلا: تنشر الإعلان في جريدة يومية واحدة، في حين المادة 25 نصت على أنه يجب النشر إعلان بالتفويض، في جريدتين محليتين أو وطنيتين حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام محل التفويض، ويكون ذلك باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل. كما يعد عدم تضمين الإعلان بالبيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 26 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام عيب من عيوب العلنية والمنافسة⁽¹⁾.

إن الهدف الرئيسي من إقرار رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد هو وضع قواعد فعالة في حال مخالفته قواعد الإشهار والمنافسة، لذا فأسباب تأسيس الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد يتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة. وقد نص على بعض أوجه المخالفة في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام، وكذا في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽²⁾، وأيضا في بعض النصوص القانونية المنظمة لتفويض المرفق العام ولعل أهم الأمثلة عن ذلك قانون المياه⁽³⁾. لكن رغم ذلك لم تحدد بشكل حصري كل أوجه المخالفة لالتزام بالإشهار والمنافسة، إذ هناك حالات قد أغفلها، لكنها تشكل في الحقيقة مساس بمبادئ الإشهار والمنافسة تظهر في مراحل سابقة عن الإعلان أهمها: تضمين دفتر الشروط المفروض على المترشحين مخالفات لمبدأ المنافسة⁽⁴⁾.

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يحدد إمكانية رفع دعوى الاستعجالية قبل التعاقد في مثل هذه المخالفة إلا أن المشرع الفرنسي حددها بكل دقة في نص المادة (L1-551) من تقنين المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية بنصه على أنه يمكن للقاضي أن يأمر بإلغاء الشروط التي يتضمنها دفتر الشروط المخالفة لقواعد الإشهار والمنافسة ولا يكتف بذكرها بصفة ضمنية⁽⁵⁾.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق

2 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

3 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

4 - عدو عبد القادر ، «الجديد في قضاء الاستعجال الإداري»، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، العدد الأول، 2013، ص ص 97.

5 - Code de justice administrative, version consolidée au 3 Juin 2018, www.legifrance.dz.

لذا على المشرع الجزائري كذلك أن يحذو حذو المشرع الفرنسي ويحدد بدقة حالات التي تشكل مخالفا للقواعد الإشهار والمنافسة.

ب- اختيار السلطة المفوضة لإجراءات الإبرام غير مناسب: حدد المنظم الجزائري وحتى التشريعات الأخرى آليات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري في المادة 8 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام إلى المادة 21 منه ووفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها⁽¹⁾. لذا فإن استخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة، ومثاله: أن تقوم السلطة المفوضة بإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري مع مفوض له وحيد، دون الدعوة الشكلية للمنافسة تمنحه طبقا لإجراء التراضي في ظل غياب الحالات الداعية للجوء إلى التراضي.

ج- مخالفة مواصفات والخصوصيات التقنية: يعد وضع السلطة المفوضة للمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البلدية من قبيل انتهاكات لقواعد المنافسة ولعل أحسن مثال على ذلك قرار رئيس المحكمة الإدارية بمدينة Grenoble، وقف إبرام عقد تفويض مرفق عام للنقل المدرسي، لأن المحافظة قد أدخلت تغييرا غير مشروع بين المترشحين وذلك باشتراط تقديم شهادة الكفاءة المهنية، بينما كان كل المترشحين غير قادرين على تقديمها، ولم تكن هذه الشهادة هي الوسيلة الوحيدة لتقديم ضماناتهم المهنية⁽²⁾.

د- حرمان أو استبعاد أحد المترشحين من الاتفاقية دون وجه حق: حدد المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام حالات إقصاء المشاركين من المشاركة في اتفاقية تفويض المرفق العام⁽³⁾ وأحالنا هذا المرسوم إلى تلك الحالات التي نص عليها المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽⁴⁾، وهذا ما يعبر عنه بالحظر القانوني من المشاركة ولعل أهم هذه الحالات هي إفلاس - الذين قاموا بتصريح كاذب - المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش والمخالفات الخطيرة للتشريع

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - نقلا عن بروتوكول حليمية، «دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية»، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، المجلد 9، العدد 11، 20، ص ص 282-283.

3 - المادة 47، مرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

4 - المادة 75، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

والتنظيم المعمول به، المسجلون في قائمة المتعاملين الممنوعين من المشاركة في الصفقات وتفويضات المرفق العام بسبب أفعال أو مناورات تعاقب عليها قوانين مكافحة الفساد.

و- الإخلال بقواعد اختيار المفوض له: لم يغفل المشرع في ضبط مجموعة من معايير لاختيار السلطة المفوضة للمفوض له، فجاءت عدة مواد تنظمه وأكدت على إلزامية التأكد من المؤهلات المرشحين، كما فرضت آلية التفاوض وفق مجموعة من المعايير⁽¹⁾، فإن يثبت عدم التزام السلطة المفوضة لهذه المعايير في اختيار المفوض له يعتبر خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة.

ثالثا - النتائج المترتبة من رقابة القاضي الإداري للمرحلة ما قبل التعاقد لاتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

يتمتع القاضي الاستعجالي في إطار المادة 946 ق.إ.م. ج بسلطات واسعة تتجاوز أحيانا سلطات قاضي الموضوع، لأنه يتخذ تدابير نهائية، مما يعزز الطابع الموضوعي لهذا الطعن الذي يمكن القاضي أحيانا من تسوية النزاع في الموضوع، وهذه السلطات لا يتمتع بها عادة قاضي الاستعجال العادي الذي ينظم في أصل الحق.⁽²⁾

عندما يتم تحريك الدعوى الاستعجالي من قبل القاضي الإداري بمقتضى أحكام المادة 946 ق.إ.م.إ.ج، فإن القاضي في هذه الحالة يمارس رقابة كاملة على مدى احترام السلطة المفوضة لقواعد الإشهار والمنافسة، وتتمثل سلطات القاضي الاستعجالي في رقابته لاتفاقية تفويض المرفق

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 355

- مثال عن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتعويض شركة كانت دائما تقدم عروضها لإبرام عقد تفويض تسيير الشواطئ، ولكن كانت دائما تستبعد ولا تفوز في إبرام العقد مما دفعها إلى رفع دعوى قضائية ضد البلدية لتعويضها عن ما خسرت من مبالغ مادية في تحضير عرضها، وذلك في حكم لمجلس الدولة الفرنسي في 26 سبتمبر 2012 انظر:

-C.E du 26 septembre 2012, la communauté d'agglomération seine-Eure, n°359706. www.conseiletat.fr consulté le 09-08-2018.

2 - تنص المادة على أنه: «...يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الآجل الذي يجب أن يمتثل فيه.

ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الآجل المحدد.

ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما»

العام ذو الطابع الصناعي والتجاري فيما يلي: سلطة توجيه الأوامر (1) سلطة تأجيل إبرام العقد (2) وسلطة فرض الغرامات التهديدية(3).

1 - سلطة توجيه الأوامر للسلطة المفوضة: الأصل أنه يحظر على القاضي الإداري سواء في فرنسا أو الجزائر توجيه أمر لجهة الإدارة،⁽¹⁾ إذ يحكم القاضي بمبدأ إجرائي، وهو أن القاضي يفصل في النزاع ولا يمارس مهامه الإدارية وذلك طبقاً لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية⁽²⁾. لكن المشرع الفرنسي وكذا المشرع الجزائري خرجا عن هذا المبدأ فيما يتعلق بسلطة القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في العقود الإدارية، إذ منح له القانون صلاحية توجيه الأوامر لإدارة،⁽³⁾ ويعتبر هذا خروجاً للمبدأ العام، ويظهر جلياً لدى المشرع الجزائري في نص المادة 4/946 ق.إ.م.إ.⁽⁴⁾ أما المشرع الفرنسي فقد أورده في نص المادة L551 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي⁽⁵⁾.

وعليه منح كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة (السلطة المفوضة) من أجل الامتثال للالتزام فيما يخص الإخلال بالمنافسة والإشهار في إبرام العقود الإدارية، ومنها تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري،⁽⁶⁾ ولعل من أهم الأمثلة عن توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة أن يأمرها بنشر الإعلان عن التفويض مرفق عام صناعي وتجاري في الصحف اليومية أو مثلاً أن يأمرها بإعادة نشره مستوفياً جميع البيانات اللازمة.

وهو ما يجعله يتدخل في إضفاء الحق، وينظر في جوهر الدعوى خلافاً للقواعد العامة، لذلك توصف هذه الدعوى بـ: شبه استعجالية⁽⁷⁾.

1 - مزياني فريدة، أمانة سلطاني، «مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية»، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 6، العدد 7، 2010، ص 129.

2 - براهيم فصيحة، «تأثير مبدأ المنافسة على حرية التعاقد الشخص المعنوي العام»، مرجع سابق، ص 121 - 123.

3 - عدو عبد القادر، مرجع سابق، ص 103.

4 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

5 - Code de justice administrative, Op.Cit.

6 - مزياني فريدة، أمانة سلطاني، مرجع سابق، ص 133-134.

7 - عدو عبد القادر، مرجع سابق، ص 101-103.

2- سلطة فرض الغرامة التهديدية: لم يكتفِ المشرع بمنح القاضي الاستعجالي حق إصدار أوامر للإدارة (السلطة المفوضة) بل نص على أسلوب ردي يفرض على الهيئات الإدارية الامتثال لأوامر القضاء، وهي فرض غرامة تهديدية عن كل يوم تتأخر فيه السلطة المفوضة عن تنفيذ أوامر القضاء الإداري،⁽¹⁾ وتسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح لها لاتخاذ الإجراء⁽²⁾.
لم ينص ق.إ.م.إ على كيفية فرض الغرامة التهديدية، وبذلك منح للقاضي الاستعجالي الحرية الواسعة في تقديرها، لكن هذه الغرامة التهديدية لها طابع تبعي لأنها لا تفرض إلا بعد رفض السلطة المفوضة الامتثال للحكم القضائي الصادر ضدها. وهذا من شأنه أن يدعم مصداقية الأحكام القضائية.

يعود تطبيق نظام الأوامر والغرامة التهديدية في فرنسا إلى قانون رقم 95-125 المؤرخ في 1995/02/08. أما فيما يتعلق بطبيعة الغرامة التهديدية فقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنه عبارة عن مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ التزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي بناء على طلب الدائن⁽³⁾.

3- سلطة تأجيل إبرام عقد التفويض: يمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمر بتأجيل إبرام العقد لمدة 20 يوما لمنع السلطة المفوضة من التسريع في توقيعه، وبالتالي التهرب من التزاماتها⁽⁴⁾، لكنه من جهة أخرى يضعف الطعن الإداري الذي يمكن أن يسوي وديا النزاع، ويمكن لهذا أن يكون إجراءً تحفظيا في انتظار القرار النهائي، وفي هذه الحالة يوازن بين إيجابيات وسلبيات التأجيل وتأثيرها على المصلحة العامة⁽⁵⁾. تعتبر هذه السلطة قوية لأنها تشمل عملية التعاقد.

1 - سي العربي عبد العزيز، صلاحية القضاء في لأمر الإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: قانون المنازعات الادارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017/03/9، ص 80-81.

2 - براهيم فضيلة، «تأثير مبدأ المنافسة على حرية التعاقد الشخص المعنوي العام»، مرجع سابق، ص 121..
3 - صدارة محمد، «الغرامة التهديدية في المادة الإدارية»، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، المجلد 11، العدد 02، 2018، ص 113..

4 - براهيم فضيلة، «تأثير مبدأ المنافسة على حرية التعاقد الشخص المعنوي العام»، مرجع سابق، ص 122.

5 - بروك حليلة، مرجع سابق، ص 318.

منح المشرع الفرنسي للقاضي الاستعجالي السابق للتعاقد سلطات أكبر، إذ منح له الحق في تأجيل أو وقف إبرام العقد التفويضي كذلك، ولعل أهم تطبيقاته: قرار رئيس المحكمة الإدارية بمدينة باريس في 16 مارس 1995، إذ أمر القاضي الإداري بوقف إبرام عقد تفويض مرفق عام الذي إبرم في مدينة Nanterre بقصد استغلال أسواق التخزين البلدية، لأن المترشح قد استبعد لعدم كفاية ضماناته المهنية والمالية، بينما الوثائق التي أودعها الملف تشهد على العكس بأن ضماناته كانت كافية، لذلك تم توقيف إبرامه⁽¹⁾.

ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الجزائري قيد القاضي الإداري بضرورة الفصل في هذه النزاعات في أسرع الآجال إذ منحه مهلة 20 يوماً تبدأ من تسري من تاريخ إخطارها بالمخالفة⁽²⁾. نستنتج في الأخير أن الدعوى الاستعجالية التي يمارسها القاضي الإداري عبارة عن رقابة قضائية على عقود تفويض المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري، إذ بموجبها يسهر القاضي الإداري على ضرورة احترام كل إجراءات إبرام عقود التفويض، ولضمان شفافية ونزاهة فيها والابتعاد عن كل أساليب الغش والمحاباة والمفاضلة وكذا الرشوة.

1 - TA du 16 mars 1995, ville de Nanterre, n°9502691, publie au recueil Lebon. Consulté le 07/10/2018.

2 - المادة 947 من قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

الباب الثاني:
مدى فعالية استخدام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

بعد عجز الدولة عن التسيير المباشر لجميع المرافق العمومية خاصة بعد تطور الحياة الاقتصادية، استدعي البحث عن طرق جديدة لتسييرها من شأنها ضمان الفعالية أكثر في التسيير وتحسين نوعية الخدمة العمومية، الأمر الذي وضع الدولة أمام خيار تحرير النشاطات العمومية وإشراك القطاع الخاص في تسييره بواسطة تفويض المرفق العام.

يعتبر تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري أداة لخلق موارد مالية جديدة بعيدة عن الخزينة العمومية التي أصبحت تئن تحت وطأة التراجع المستمر للعائدات المتأتية من الجباية البترولية، وذلك نظرا لما يتحمله المفوض له من مسؤولية تمويل وتحمل مخاطر تشغيل المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض. وهو ما يعني تقليص من الأعباء المالية على الخزينة العمومية. كما يثمر تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري عن نتيجة هامة بنسبة للمنتفعين ألا وهي توفير خدمة عمومية اقتصادية ذات جودة وبأقل التكاليف. كما يعود التفويض بفائدة هامة للمرفق محل التفويض وهو عصرنته وتحديثه. وعليه يترتب عن تفويض تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري نتائج واسعة (الفصل الأول).

نظرا إلى أن المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في الوقت الحاضر يخضع لذات الضوابط السعرية وقواعد المنافسة فعليه الموازنة بين تحقيق المصلحة العامة وتحقيق الأرباح وهو ما يسمح بفعالية اقتصادية أكثر للمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري ومن أجل تحقيق هذه المعادلة سهر القانون على تعزيز هذه الآلية بأكثر قدر ممكن من الضمانات لكل أطرافه (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

النتائج المترتبة عن تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري.

إن إسناد إدارة المرفق العام الصناعي والتجاري إلى المتعاملين الخواص بموجب أسلوب التفويض من شأنه تحقيق جملة من النتائج المرضية والوصول إلى الأهداف المسطرة من قبل الدولة والمتمثل في تحقيق تقليص من الأعباء المالية على الخزينة العمومية وكذلك تحقيق الأهداف لهؤلاء المتعاملين الخواص تتمثل في تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح الذي يسعى من وراء تعاقد مع السلطة المفوضة هذا من شأنه التوفيق بين المصلحتين المتناقضتين (المبحث الأول) كما تحقق هذه آلية نتيجة هامة تتمثل في تحقيق أهداف تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

التوفيق بين مصلحتين متناقضتين: تمويل المرفق العام ومراعاة مصلحة المفوض له.

يهدف التفويض إلى نقل تسيير المرفق العام إلى القطاع الخاص وفق لمنطق التسيير التجاري والصناعي القائم على الفعالية والمردودية المالية، وبذلك يحقق التفويض لفائدة السلطة المفوضة نتيجة هامة تتمثل في توفير بدائل لتمويل المرفق العام الصناعي والتجاري خارج الخزينة العمومية (المطلب الأول) وتحقق لفائدة المفوض له النتيجة التي سعي من أجلها لتسيير المرفق ألا وهي تحقيق الربح باعتباره مستثمر في المرفق العام محل التفويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

توفير بدائل للتمويل خارج الخزينة العمومية.

إن تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري يستدعي الاستعانة بموارد بشرية ومالية كبيرة ضخمة لا تستطيع الدولة والهيئات المحلية لوحدها مواجهتها بواسطة الخزينة العمومية وذلك بسبب عدم الاستقرار الاقتصادي الذي قد يطرأ والذي يجعلها لا تستطيع تأمين الموارد المالية اللازمة. لذا تم تفويض تسيير المرافق العامة الصناعية والتجارية لفائدة أشخاص من القطاع الخاص لتأمين تلك الموارد نظرا لكونه يمتلك من الأموال ما يجعله يشارك الدولة في تأمين السيولة المالية لمرافقها العمومية. وهذا من شأنه تقليص من الأعباء المالية على الخزينة العمومية (الفرع الأول). إلى جانب توفير بدائل لتمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عن طريق إشراك القطاع الخاص يوجد طرف آخر في التفويض قد يساهم في تمويل المرفق العام وهو المنتفع وذلك بواسطة الأتاوى التي يلتزم بدفعها لقاء انتفاعه بهذه الخدمة، وهو ما يعبر عنه بإشراك المنتفع في تمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بواسطة الأتاوى (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مساهمة القطاع الخاص في تمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

يعتبر تمويل المشاريع بشكل عام أساس نجاح أي نشاط سواء كان اقتصادي أو اجتماعي كون توافر الأموال يلبي حاجات طالبيها ويحقق نتائج هامة تعود بالفائدة على اقتصاد الدولة برمتها.

فالمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وبالتالي فهو بحاجة إلى أموال اللازمة لتطويره وتحديثه وتلبية حاجات المنتفعين من الاستفادة من خدماته. في هذا الإطار، فالأصل أن الدولة بواسطة الخزينة العمومية هي التي تتولي مهمة تمويل المرفق العام الصناعي والتجاري سواء من حيث إنشاءها أو من حيث تسييرها لكن بعد أن اثبت التسيير العمومي عجزه عن ذلك، تم البحث عن وسيلة أخرى لتمويل تلك المرافق بواسطة أسلوب التفويض من حيث الاستعانة بالخواص التي تنقل إليهم مسؤولية توفير الأموال مكان الدولة (أولاً). ونظراً إلى أن عقد تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يبرم على أساس المزايا الشخصية للمفوض له، لذا يلتزم هذا الأخير بتسيير واستغلال المرفق بصورة شخصية كأصل (ثانياً)، لكن نظراً للتطور العلمي والتقدم التكنولوجي يتطلب لتنفيذ تسيير المرفق محل التفويض تعاون مع الغير عن طريق اللجوء إلى التعاقد من الباطن كاستثناء (ثالثاً).

أولاً: نقل المسؤولية المالية من الدولة إلى الخواص.

إن تسيير المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يتطلب عناصر مالية وبشرية ضخمة، لا تستطيع الدولة أو جماعاتها الإقليمية لوحدها مواجهتها أو الاستمرار في تحملها بواسطة الخزينة العمومية وذلك بسبب عدم الاستقرار الاقتصادي والمالي وما يرتبط به من صعوبات في استمرارية تأمين الموارد المالية اللازمة⁽¹⁾. فالأزمات الاقتصادية العالمية التي تحدث مازالت تؤثر على سيرورة المرافق العامة لذا فالاستعانة بالقطاع الخاص لتأمين تلك الموارد أصبح أمر ضروري نظراً لامتلاك هذا الأخير من الوسائل التقنية والفنية والمهنية والمالية ما يجعله يشارك الدولة في تأمين السيولة المالية لمرافقها العمومية. كما أن القطاع الخاص له علاقات

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 302-304.

متشعبة إذ له من الوسائل التي تمكنه من اللجوء إلى عدة وسائل ومصادر تمويل وإنشاء سلسلة من العلاقات المالية مع بنوك ومؤسسات مالية داخلية وخارجية تعجز الدولة عن تحقيقها⁽¹⁾.
فالتفويض للقطاع الخاص من شأنه أن يعطي للتسيير بعد اقتصادي وتكون له عوائد وهذه العوائد حتما يترتب عليها اقتطاعات ضريبية تساهم في تمويل الخزينة العمومية. كما يتولي الشخص المفوض له بتمويل المرفق العام الصناعي والتجاري الموكل له تسييره والذي يستنتج من حيث النص في أشكال التفويض ونذكر في هذا الشأن نص المادة 210 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تضمنت: «يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه»،⁽²⁾ والمادة 53 فقرة الثانية من المرسوم رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ، بنصها: «...ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام»⁽³⁾.

بهذا المعنى تكون هذه النصوص القانونية قد وفرت الأعباء على الخزينة العمومية وأوجدت لها وسيلة أخرى إضافية لتمويل مشاريعها ذات الطابع الاقتصادي، الأمر الذي يساعدها على تطوير اقتصادها خاصة على المستوى المحلي⁽⁴⁾. كما يتأكد الأمر أكثر في هذا الإطار حتى عند اختيار الشخص الذي يفوض له تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري على أساس انه يتم دائما اختيار الشخص الذي يقدم ضمانات مهنية وتقنية ومالية كافية لتسيير المرفق والتي اشرفنا إليها سالفًا.

كما يعتبر قيام المفوض له بإدارة المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض من أمواله الخاصة من شأنها توفير بدائل للتمويل التسيير خارج الخزينة العمومية ،خاصة من حيث توليه استغلال المرفق العام على نفقته ومسئوليته وفي حالة ما إذا أسفر استغلال المرفق عن عجز مالي فيجب على المفوض له أن يتحمل هذا العجز. هذا ما يعبر عن التزام المفوض له بتحمل

1 - إرزيل الكاهنة، «عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، العدد 03، 2017، ص ص 23.
2 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
3 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.
4 - إرزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص 23-24.

مخاطر الاستغلال⁽¹⁾، ومن أمثلة عن تحمل المفوض له للمسؤولية والمخاطر نذكر ما هو مقرر في عقود الامتياز والإيجار والوكالة المحفزة، بحيث نصت المادة 53 فقرة الثانية من المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام عليه بنصها: «يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته». كما تنص عليه المادة 54 من نفس المرسوم بنصها: «...ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر». والمادة 55 فقرة الثانية من نفس المرسوم إذ جاء فيها: «وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام»⁽²⁾. كما أكدت عدة نصوص قانونية أخرى تحمل المفوض له لمسؤولية المرفق محل التفويض والتي من شأنها توفير من الأعباء المالية على الخزينة العمومية ومثال عن ذلك: ما نصت عليه المادة 16 فقرة الأولى من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها بنصها على أنه: «يكون صاحب الامتياز مسؤولاً عن إدارة الإنجاز و/أو التسيير»⁽³⁾. والمادة 19 من المرسوم المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري بنصها: «يتولى صاحب امتياز خدمات النقل البحري مسؤولية إدارة استغلال الامتياز»⁽⁴⁾.

وهو ما أقره كذلك المشرع المغربي في نص المادة 24 من قانون التدبير المفوض إذ جاء فيها: «يدبر المفوض اليه المرفق المفوض على مسؤوليته ومخاطره ويشمله بالغاية»⁽⁵⁾. يتبع التزام المفوض له باستغلال المرفق العام على مسؤوليته وتحمله للمخاطر جملة من المهام التي تلقى على عاتق المفوض له على سبيل المثال: ضمان التسيير الفعال للممتلكات التي تمنح بشأنها الامتياز أو الإيجار والسهر على المحافظة عليها والعمل على القيام على نفقته بصيانتها وتصليحها أو استبدال العناصر المتلفة منها⁽⁶⁾، محتملا جميع المخاطر التي تترتب عن

1- SOLDINI David, Op.Cit, p p 1118.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

4 - مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مرجع سابق.

5 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

6 - المادة 19 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها. الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 04-417.

هذا الاستغلال ومن ثم سيكون مسؤولاً عن الخسائر التي يحققها المرفق مثلما هو المستفيد من الأرباح في حالة تحققها⁽¹⁾. إن تحمل المفوض له لهذه الالتزامات من شأنها تقليص من الأعباء المالية على الخزينة العمومية، إذ كانت بموجب أساليب التسيير التقليدية الدولة أو جماعاتها المحلية هي التي تتحملها في حين في التفويض تلقى على عاتق المفوض له.

ثانياً: ضرورة تسيير واستغلال المرفق من قبل المفوض له بصورة شخصية كأصل.

نظراً لكون أن السلطة المفوضة تخضع اختيار المفوض له لمجموعة من الإجراءات الدقيقة لهدف الوصول للشخص الذي تتوفر فيه المقدرة المالية والفنية، للقيام بتسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري فاخياره يبني أساساً على مبدأ الاعتبار الشخصي⁽²⁾. انطلاقاً من ذلك يقتضي على المفوض له أن يقوم باستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض بنفسه⁽³⁾، ويجب عليه أن يضمن التسيير الفعال والجدي للمرفق العام محل التفويض، ولا يمكن له التنازل عن ذلك كلياً أو جزئياً دون موافقة مسبقة من السلطة المفوضة⁽⁴⁾.

يترتب على الالتزام الشخصي بتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عدم جواز التنازل عنه وعدم انتقاله لورثة المفوض له، إلا في الحسابات الدائنية والمديونية الناشئة عن العقد وليس انتقال العقد ذاته⁽⁵⁾.

يعد التزام المفوض إليه مع السلطة مانحة التفويض وما يتفرع عنها من التزامات شخصية يسأل عنها وليس من سبيل للتدخل من هذه المسؤولية حتى في حالة وقوع الفعل من احد تابعيه ودون علمه أو بغير رضائه، وذلك طبقاً لقاعدة مخالفة المفوض له لالتزامه بالتنفيذ بنفسه يشكل خطأ عقدياً يجيز للسلطة مانحة التفويض توقيع جزاءات عليه⁽⁶⁾.

1- BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p 54-55.

2- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Op.Cit, p80.

3- BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p 60.

4- ZOUAIMIA Rachid, «La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015», Op.Cit, p p 23.

5 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 187.

6 - رفاه رزوقي، «الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة-»، مجلة الحقوق الحلب للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، السنة الثامنة، 2016، ص ص284.

أقر المشرع الجزائري التزام المفوض له بتنفيذ التزامه شخصيا ولا يمكن التنازل عنه صراحة في المرسوم التنفيذي المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته في المادة 11 منه إذ جاء فيها «إن الامتياز يكون شخصيا ولا يمكن التنازل عنه ولا يمكن إن يكون محل إيجار أيا كان شكله ويكون مؤقتا وقابلا للإلغاء»⁽¹⁾ كما أكدته المادة 16 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري⁽²⁾.

ثالثا: إمكانية التعاقد من الباطن مع الغير استثناء.

يتسم تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بخاصية جوهرية ألا وهي أن على المفوض له تنفيذ التزاماته بنفسه. لذا فالسلطة المفوضة عندما تبرم مثل هذه العقود تراعي توفر الاعتبارات المالية والفنية والتقنية والمهنية في المفوض له بما يضمن تنفيذ التسيير بدقة وأمانة وعلى نحو يحقق الصالح العام على أكمل وجه ويؤمن تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض بانتظام واضطراد، وبالمقابل يتطلب تنفيذ هذا العقد خاصة في الوقت الراهن تضافر العديد من الجهود لضمان تنفيذه على الوجه الذي يحقق الصالح العام وذلك بسبب تدخل العوامل الاقتصادية وتقدم الأساليب الفنية، فبالنظر للتقدم العلمي والتكنولوجي والفني والتخصصي الدقيق يتطلب لتنفيذ تسيير المرفق محل التفويض تعاون مع الغير المتخصصة. كما يمكن أن تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف من شأنها أن تؤثر على قدرة المفوض له في تنفيذ التزاماته سواء تعلقت هذه الظروف بالمقدرة المالية له أم بالكفاءة الفنية.

الأمر الذي يجعل من الصعب قيام المفوض له بتنفيذ التزاماته دون اللجوء إلى أشخاص آخرين لمعاونتهم في إطار ما يسمى بالتعاقد من الباطن.

انطلاقا من هذه الفكرة لا بد من التطرق إلى معنى التعاقد من الباطن في اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري⁽¹⁾ وموقف التشريعات المقارنة فيه⁽²⁾ وفيما تتمثل آثارها المترتبة عنها⁽³⁾.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مرجع سابق.

2 - تنص المادة 16 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري على انه: «بعد كل نقل للامتياز كله أو جزء منه إلى الغير باطلا ولا اثر له.

يفضي النقل الذي تم مخالفة لأحكام الفقرة السابقة إلى إلغاء الامتياز دون تعويض.»

1- المقصود بالتعاقد من الباطن.

يعد التعاقد من الباطن ضرورة عملية، إذ يمكن أن تطرأ أثناء تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري ظروف معينة من شأنها أن تؤثر على قدرة المفوض له في تنفيذ التزاماته سواء تعلقت هذه الظروف بالمقدرة المالية له أو بالكفاءة الفنية، الأمر الذي جعل من الصعب قيام المفوض له بتنفيذ التزاماته دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع الغير الذي تتوفر فيه سواء المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية للقيام بما يعجز المفوض له عن القيام به حيال تنفيذ العقد الأساسي⁽¹⁾ وكذلك لهدف توزيع المخاطر الهائلة التي يتحملها في هذا العقد. وبهذا الشكل يعد التعاقد من الباطن وسيلة من شأنها توفير بدائل لتمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض.

والتعاقد من الباطن هو عبارة عن تصرف قانوني بين المتعاقد الأصلي (المفوض له) ومتعاقد من الباطن بقصد تنفيذ جزء أو أكثر من محل العقد، ويفترض التعاقد من الباطن أن يكون محل العقد، قابلاً للتجزئة وهو ما يتحقق في مجال عقود تفويض المرفق العام لاسيما في عقد الامتياز نظراً لطول مدته⁽²⁾.

إن التعاقد من الباطن يختلف عن حالة التنازل عن العقد في أن المفوض له في التعاقد من الباطن يبقى مسؤول عن تنفيذ العقد أمام السلطة مانحة التفويض وحتى عن أي إخلال بالتزامات التعاقدية التي قد يتسبب فيها المتعاقد من الباطن، في حين التنازل عن العقد هو عبارة عن التصرف القانوني الذي يبرمه المفوض له مع الغير ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزامه واكتساب حقوقه الناشئة عن عقد التفويض⁽³⁾.

وعليه، كالأصل في عقود تفويض المرفق العام هي عدم جواز التنازل عنها للغير كونها تنصب على جوانب مالية واقتصادية ضخمة مما لا يحتمل معه ترك الأمر لتأويلات والتفسيرات

1 - زياد العرسان، « أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)»، مجلة جامعة البعث، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المجلد 38، العدد 49، ص ص 52-53.

2 - حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 337.

3 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 504.

التي تضر بالمصلحة العامة⁽¹⁾، وأي خلاف عن ذلك يعتبر باطل بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام.

لكن يمكن في حالة استثنائية للسلطة المفوضة أن توافق على التعاقد من الباطن مع الغير وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة، في حالة ما إذ حدث للمفوض له الأصلي اختلال في الكفاية المالية والفنية، هذا ما يؤكد فكرة توفير الأعباء المالية على الخزينة العمومية حتى في لجوء المفوض له للتعاقد من الباطن، لكن شريطة الحصول على موافقة مسبقة من قبل السلطة المفوضة⁽²⁾.

ثار جدال حول مدى اعتبار التعاقد من الباطن عقداً جديداً، إن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بالنفي وذلك نظراً لكون التعاقد من الباطن هو عبارة عن استمرارية وتنفيذ للعقد الأصلي بكافة شروطه ويمكن أن يرد التعاقد من الباطن في ملحق للعقد الأصلي فنجد أن هذا التعاقد لا يعتبر تعاقداً جديداً أو تفويضاً جديداً وإنما هو تابع لتفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري الأصلي⁽³⁾.

2- موقف التشريعات من التعاقد من الباطن في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

الأصل أنه لا يمكن للمفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر لكن استثناءً يمكن اللجوء إلى التعاقد من الباطن، نظراً لأهميته سواء للمفوض له إذ يعد أداة لمعاونته كما يشكل فائدة لسلطة المفوضة من خلال توفير موارد مالية إضافية للخزينة العمومية في مكان المفوض له لذا تدخلت مختلف القوانين لإقراره في اتفاقية تفويض المرفق العام سواء في المنظومة القانونية الجزائرية^(أ) وكذلك في

1 - رفاه رزوقي، مرجع سابق، ص 586.

- وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة الإدارية المصرية حكم في هذا الشأن بتاريخ 25 نوفمبر 1997 وقد قضت على أنه: «أن الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لفترة، إذ لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ التزاماته، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن، بحيث إذا حصل التنازل عن العقد الإداري اعتبر باطلاً بطلان مطلق، لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأً من جانب المتعاقد قد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ»، جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص 268.

2 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 530.

المنظومة القانونية الفرنسية التي كرسته منذ تنظيمه الأول لتفويض المرفق العام(ب) وكذلك في القانون المغربي (ج).

أ)موقف القانون الجزائري.

نص التنظيم المتعلق بتفويض المرفق العام على إمكانية السلطة المفوضة من إجراء المناولةفي اتفاقية تفويض المرفق العام وذلك بالتحديد في القسم الرابع من الفصل الثالث منه تحت عنوان "المناولة" خصص له مادتين 60 و 61.

عرفت المادة 60 من المرسوم السالف الذكر المناولة على انه ذلك الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعي المناول تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له ، شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره وذلك في حدود 40% من اتفاقية التفويض. اجز تنظيم تفويضات المرفق العام التعاقد من الباطن للفائدة المفوض له وأقر له مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

*أن تفرضه متطلبات التسيير أي ضرورة أن يتضمن الجزء الذي يتم فيه المناولة إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره وذلك في حدود فقط 40%، هذا ما يقصد بمناولة جزء من المرفق العام، إذ لا يمكن في جميع الحالات، أن يكون المرفق العام الذي خص به المفوض له موضوع مناولة بصفة كلية وبالتالي لا يمكن أن يكون هناك منولة بصفة كلية أي هناك فقط مناولة جزئية.⁽¹⁾

*ضرورة الموافقة المسبقة من طرف السلطة المفوضة على اختيار المناول أو المناولين. هذا الشرط نصت عليه كذلك المادة 120 من قانون الطيران المدني إذ جاء فيها «يخضع نقل الامتياز إلى الغير للموافقة المسبقة للسلطة مكلفة بالطيران المدني»⁽²⁾.

1 - تنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، على انه:«...ولا يمكن، في جميع الحالات أن يكون المرفق العام الذي خص به المفوض له، موضوع مناولة بصفة كلية.».

2 -قانون رقم98-06، مرجع سابق.

* ضرورة أن تنص اتفاقية تفويض المرفق العام على اللجوء إلى المناولة بشكل صريح، بمفهوم المخالفة في حالة ما إذ لم تنص اتفاقية التفويض ولا يوجد نص صريح يسمح بذلك فإنه لا يجوز للمفوض له اللجوء إلى التعاقد من الباطن⁽¹⁾.

ب) موقف القانون الفرنسي.

يسمى التعاقد من الباطن في إطار الصفقات العمومية بالتعاقد الثانوي sous traitance وفي عقد التفويض المرفق العام تسمى بالتفويض الفرعي sub délégation وهو عبارة عن عمل قانوني يسمح للمتعاقد الأصلي بتكليف شخص ثالث القيام بصورة جزئية أو كلية بالمهمة الموكلة له أساسا.

نص المشرع الفرنسي على التعاقد من الباطن في قانون Murcef إذ عمل هذا القانون على تمييز بين الصفقات العمومية وعقود التفويض، بحيث أجاز التفويض الفرعي بصورة كلية بنسبة لعقود التفويض في حين أجاز التعاقد الثانوي بصورة جزئية بنسبة للصفقات العمومية⁽²⁾. كما عبر الاجتهاد القضائي الفرنسي عن هذا الموقف قبل التشريع وذلك في رأي للمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 21 جوان 2000 عندما أجاز التعاقد من الباطن كقاعدة عامة في العقود الإدارية⁽³⁾.

1 - تنص المادة 7 فقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، على انه: «...غير انه، إذا فرضت متطلبات التسيير، يمكن المفوض له اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة.».

2- Art 6et 7de la loi n° 2001- 1168, Op.Cit.

3-BRACONNIER Stéphane, Op.Cit, p273. Et voire le :

-CE du 21 juin 2000, SARL PLAGÉ , n°212100212101, publiée au recueil

Lebon. www.conseiletat.fr consulté le 28/09/2019.

- إلى جانب القانون الفرنسي تضمنت كذلك التعليمات الأوروبية UE/23/2014 آلية التعاقد من الباطن في امتياز المرفق العام بموجب نص المادة 42 منه والتي نصت على إمكانية اللجوء إلى التعاقد من الباطن في عقود امتياز المرفق العام وأقرت ضرورة احترام عند التعاقد من الباطن مبادئ تنفيذ عقد الامتياز، كما اشترطت على ضرورة تبيان في دفتر الامتياز الجزء الذي يتم فيه اللجوء إلى التعاقد من الباطن وذلك بنصها كالتالي:

«Le respect des obligation visées à l'article 30, paragraphe 3, par les sous- traitants est assuré grâce à des mesures appropriées adoptées par les compétentes agissant dans le cadre de leurs responsabilités et de leur compétences.

Dans les documents de concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut demander ou être obligé par un état membre de demander au soumissionnaire ou au candidat d'indiquer, dans son offre, la part éventuelle de la concession qu'il a l'intention de sous- traiter à des tiers ainsi que les sous- traitants proposés. Le présent paragraphe ne préjuge pas la question de la responsabilité du concessionnaire principal. ». Art 42 de la directive 2014/23/UE, Op.Cit.

ج)-موقف القانون المغربي.

أجاز المشرع المغربي التعاقد من الباطن في عقد تدبير المفوض وذلك بموجب نص المادة 21 من قانون رقم 05-54 المتعلق بتدبير المفوض وقد حدد بدقة الشروط الواجب توافرها في عملية التعاقد من الباطن في هذا العقد والتي تتمثل في: أن يتم التعاقد فقط على جزء من الالتزامات التي يتحملها المفوض له، ضرورة أن يتم النص في العقد الأصلي على شروط وكيفيات التعاقد من الباطن مسبقا، أو أن يتم ذلك بموجب ملحق مستقل عن العقد الأصلي.

كما أفرت هذه المادة المسؤولية الشخصية لمفوض إليه في هذا التعاقد من الباطن تجاه المفوض وبالتالي إبعاد مسؤولية المفوض الفرعي تجاه المفوض⁽¹⁾.

ما تجدر الإشارة إليه، أن الهدف من اللجوء إلى التعاقد من الباطن في اتفاقية تفويض المرفق العام هو من اجل توزيع المخاطر الهائلة، ولتوفير الوسائل المادية والتقنية والمالية للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض في حالة عجز المفوض له عن تنفيذ التزاماته المفروضة عليه وبذلك يعد التعاقد من الباطن وسيلة إضافية لتوفر بدائل لتمويل المرفق العام الصناعي والتجاري.

3-آثار التعاقد من الباطن على اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

يترتب عن التعاقد من الباطن في اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري مجموعة من المسؤوليات والتي يمكن تمييزها في حالة ما إذ تم التعاقد من الباطن بشكل منتظم(أ) وفي حالة ما إذ تم التعاقد من الباطن بشكل غير منتظم(ب).

(أ)آثار التعاقد من الباطن المنتظم.

ينتج عن التعاقد من الباطن الذي يكون منتظما مجموعة من المسؤوليات ترتب في ذمة الأطراف المتعاقدة وتتمثل فيما يلي:

1 - تنص المادة 21 من قانون رقم 05-54 على أنه: «يمكن لعقد التدبير المفوض أن يرخص، بصفة تبعية، للمفوض إليه أن يتعاقد من الباطن بشأن جزء من الالتزامات التي يتحملها برسم التدبير المفوض.

وفي هذه الحالة، يظل المفوض إليه مسؤولا بصفة شخصية تجاه المفوض والاعيار عن الوفاء بجميع الالتزامات التي يفرضها عليه عقد التدبير المفوض.

يجب تحديد كيفيات وشروط التعاقد من الباطن في العقد ويمكن أن تكون موضوع أنظمة ملحقة بالعقد.»

- فبالنسبة لعلاقة المفوض له الأصلي والسلطة مانحة التفويض: يترتب على التعاقد من الباطن استمرار المسؤولية الشخصية للمفوض له الأصلي في تنفيذ العقد بكامله، وتمتد مسؤولية المفوض له الأصلي لتشمل أخطاء المتعاقد من الباطن أو تأخره في تنفيذ التزاماته⁽¹⁾، وهذا طبقاً لنص المادة 61 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 إذ جاء فيها: «ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة، عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة»⁽²⁾. أي بقاء المسؤولية الكاملة على المتعاقد الأصلي.

- أما بنسبة لعلاقة السلطة المفوضة والمتعاقد من الباطن: تنتفي العلاقة القانونية فيما بينهما ولا يطالب كل منهما الآخر بتنفيذ التزاماته على الرغم من موافقة السلطة المفوضة على التعاقد من الباطن، هذا من شأنه عدم قيام أية مسؤولية بينهما أي لا يكون للمتعاقد من الباطن أن يكون مسؤولاً تجاه السلطة المفوضة عن عدم التنفيذ، فهو كأى شخص يقع عليه واجب احترام السلطة المفوضة، وفي حالة إخلال المتعاقد من الباطن بهذا الواجب فإن لسلطة المفوضة الخيار بين الرجوع على المفوض له الأصلي على أساس المسؤولية التعاقدية، أو الرجوع على المتعاقد من الباطن على أساس المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

على الرغم من التعاقد من الباطن تبقى السلطة المفوضة من حقها في الرقابة والإشراف على التنفيذ والتأكد من سلامة الأعمال وصحة الأداء والتأكد من مطابقة المواد والأجهزة والمستلزمات التي يستخدمها المتعاقد من الباطن للمواصفات المتفق عليها مع المفوض له الأصلي⁽⁴⁾.

أما بنسبة للمتعاقد من الباطن يمكن مطالبة السلطة المفوضة بتعويض عما تكبده من نفقات في تنفيذ العقد على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب، ويكون ذلك أمام القضاء الإداري⁽⁵⁾. في حالة امتناع المتعاقد الأصلي عن دفع ما يتوجب عليه لفائدة المتعاقد من الباطن بعد أن يكون الأول قد استوفى جميع حقوقه من السلطة المفوضة، ففي هذه الحالة يحق للمتعاقد من الباطن أن يقاضي

1- BRACONNIER Stéphane, Op.Cit, p273.

2 -مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - جهاد زهير ديب الحرارزين، مرجع سابق، ص 269

4 - رفاه زروقي، مرجع سابق، ص 605.

5 - BRACONNIER Stéphane ,Op.Cit, p274

السلطة المفوضة سندا للمسؤولية شبه التقصيرية⁽¹⁾. وبالتالي توجد صلة مالية بين السلطة المفوضة والمتعاقد من الباطن من خلال آلية السداد المباشر والتي تهدف في المقام الأول إلى تحقيق حماية للمتعاقد من الباطن ضد عجز المتعاقد الأصلي عن السداد⁽²⁾.

إلى جانب كل هذه المسؤوليات المترتبة فيما بين أطراف اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري هناك طرف ثالث في هذه الاتفاقية تمتد آثار التعاقد من الباطن إليه وهو المنتفعين، ففي حالة إصابتهم بأضرار من قبل المتعاقد من الباطن تقام مسؤولية المتعاقد من الباطن، إذ تعوضه على أساس المسؤولية التقصيرية لكن لقيام هذه المسؤولية لابد من توفر عنصر الخطأ من قبل المتعاقد من الباطن وهذا الخطأ قد يكون واجب الإثبات من قبل المنتفعين أو مفترضا منه⁽³⁾.

ب) آثار التعاقد من الباطن غير المنتظم.

ينتج عن عدم تنظيم عملية التعاقد من الباطن في عقد تفويض المرفق العام جملة من النتائج سواء بالنسبة للعقد الأصلي أو بالنسبة للتعاقد من الباطن. بحيث يرتبط المفوض له الأصلي بالمفوض له من الباطن بموجب عقد من عقود القانون الخاص⁽⁴⁾، إذ يصبح بموجبه المفوض له الأصلي كرب عمل والمفوض له من الباطن كمقاول، وفي حالة نشوب نزاع بينهما يتم اللجوء إلى القضاء العادي لفضها⁽⁵⁾. إن التعاقد من الباطن لا يؤدي إلى استبدال المفوض له الأصلي بالتعاقد من الباطن ولا يفقد المفوض له الأصلي صفته الأساسية بل يبقى مسئولاً تجاه السلطة المفوضة عن تنفيذ العقد، وله سلطة الإشراف على المتعاقد من الباطن⁽⁶⁾.

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 531.

2 - زياد العرسان، مرجع سابق، ص 65.

3 - محمود على رحمه، مدي المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن عن تنفيذ الأعمال وأحكامها وخصائص عقد المقاول من الباطن وتمييزه عن العقود الأخرى - دراسة مقارنة-، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 123.

4 - رفاه رزوقي، مرجع سابق، ص 609.

5 - جهاد زهير الحرازين، مرجع سابق، ص 270.

6 - محمود على رحمه، مرجع سابق، ص 71.

ففي حالة ما إذا رفضت السلطة المفوضة إجراء التعاقد من الباطن وقام به المفوض له فإن هذا التعاقد مشوبا بالبطلان، وينتج في حق المفوض له خطأ جسيما يرتب مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عنه كما يعطي لسلطة المفوضة حقا في توقيع الجزاءات عليه بفسخ العقد الأصلي أو إلغاء التفويض⁽¹⁾. وهو ما نصت عليه المادة 16 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري⁽²⁾.

كما أن التعاقد من الباطن بغير موافقة السلطة المفوضة لا يمكن أن يحتج في مواجهة السلطة المفوضة فلا يرتبط المتعاقد من الباطن والسلطة المفوضة أية علاقة قانونية يمكن الاحتجاج بها لإثبات الحق أو الوفاء بالالتزام. وبذلك يبقى المفوض له الأصلي مسؤولا مسؤولية شخصية وكاملة أمام السلطة المفوضة عن تنفيذ العقد وعن الأخطاء التي تقع من المتعاقد من الباطن، وعليه لا يستطيع المتعاقد من الباطن الاستفادة من السداد المباشر له كما لا يستفيد من الدعوى المباشرة تجاه السلطة المفوضة⁽³⁾.

نستنتج في الأخير أن المسؤوليات المالية التي يتحملها المتعاقد من الباطن من شأنها توفير موارد مالية إضافية للخزينة العمومية.

الفرع الثاني:

إشراك المنتفعين في تمويل المرفق العام الصناعي والتجاري بواسطة الأتأوى.

يشكل المنتفع الممول الأساسي للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض وذلك من خلال الأتأوى التي يلتزم بدفعها مقابل انتفاعه من خدمات المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض. وللأتأوى بعدين هما: تمويل الخزينة العمومية وتحقيق مصلحة المستثمر الذي هو محل دراسة في المطلب الثاني، في حين في هذه النقطة يتم التركيز على البعد الأول المتمثل في كون الأتأوى أدا لتمويل لمرفق العام الصناعي والتجاري. ولبيان هذا الدور الذي تلعبه الأتأوى في تمويل المرفق العام لابد من تحديد تعريف الأتأوى (أولا) وتحديد طبيعة الشروط المقررة

1- BRACONNIER Stéphane, Op.Cit, p273.

2 - الملحق الثاني، دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري، مرجع سابق.

3 - زياد العرسان، مرجع سابق، ص 71.

لها وكيفية تحديدها (ثانيا) ليتم في الأخير بيان أن الأتاوى تعد وسيلة لتمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (ثالثا).

أولا: تعريف الأتاوى.

من الخصائص الرئيسية لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري هي دفع المنتفعين من خدمات المرفق مقابل نقدي نظير انتفاعه من خدمات المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض⁽¹⁾، وهذا عكس التسيير المباشر أين يقع على المنتفعين عبء توفير الأموال الضخمة للدولة والجماعات الإقليمية لتسيير مرافقها العامة التي تأمنها من جمهورها عن طريق فرض ضرائب ورسوم عليهم سواء انتفعوا من خدمات أم لم ينتفعوا،⁽²⁾ فبموجب التفويض لا يلتزم الجمهور بأي عبء مالي ما لم يتم انتفاعهم مباشرة من خدمات المرفق العام الصناعي والتجاري⁽³⁾.

عرف القضاء الإداري الفرنسي الأتاوى على أنها عبارة عن اقتطاعات تؤدي من المنتفعين بغية تغطية أعباء المرفق العام الصناعي والتجاري معين أو نفقات لتشييد وصيانة المرفق العام الصناعي والتجاري، وذلك كمقابل للخدمات المؤداة من خلال المرفق أو في استخدام المنشأة⁽⁴⁾. نستنتج مما تقدم أن هذه الأتاوى يشترط فيها جملة من الشروط وهي:

1] أن يكون المقابل لخدمة مؤداة: لقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن الأتاوى المرفق العام الصناعي والتجاري يجب أن تسهم في تغطية أعباء التشغيل المرفق العام الصناعي والتجاري ويجب أن تجد ما يقابلها مباشرة في الخدمة المؤداة إلى المنتفعين⁽⁵⁾.
بالتالي لا بد أن تكون الأتاوى على صلة بأمرين: أن لا تفرض إلا مقابل لخدمات أديت فعلا للمنتفعين بصورة مباشرة وأكد.

أما الأمر الثاني: أن يكون معدلها مشتملا على تغطية لنفقات الخدمة موضوع الانتفاع⁽⁶⁾.

1- ZOUAIMIA Rachid, La delegation de service public au profit de personnes privées, Op.Cit, p 72.

2- BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p 19.

3- RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.Cit, p 576.

4 - نقلا عن أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 147.

5- AUBY Jean Bernard, Op.Cit, p 43.

6 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 180.

2[أن يكون الأتاوى متكافئة مع الخدمة التي يقدمها المرفق: يشترط أن تكون الأتاوى المقطعة من المنتفعين متناسبة مع قيمة الخدمات المؤداة، هذا الشرط هو الذي يميز الأتاوى عن الرسم⁽¹⁾.

فيجب أن يتحقق التناسب بين مبلغ الأتاوى وبين قيمة الخدمة التي يحصل عليها المنتفعون. بالتالي لا بد أن تكون هنالك صلة وثيقة بين معدل أتاوى من جهة والخدمة المؤداة من جهة أخرى، وأن التكافؤ المطلوب لا يعني أن يكون معدل الأتاوى مقتصر فقط على تغطية النفقات التي تستوجبها تأدية الخدمة بل هذا المعدل يمكن أن يشتمل أيضا نفقات أخرى ترتبط بالخدمة نفسها (كعصرنة وتطوير المنشآت).

أكدت محكمة العدل الأوروبية بدورها على وجوب توفر التكافؤ بين قيمة البذل والخدمة المؤداة وذلك لتمييز بين الرسم والأتاوى من جهة أخرى، وذلك في حكم لها في سنة 1993/04/20 إذ أقرت «إن التأديبة النقدية التي يكون معدلها مجردا من أية صلة مع قيمة الخدمة الخاصة أو محسوبا ليس بالاستناد لقيمة الخدمة التي تشكل المقابل له ، لكن بالنظر لمجموع نفقات توظيف وسير المرفق العام ، ينظر على أنها بمثابة ضريبة»⁽²⁾.

3[أن تستهدف تحقيق منفعة خاصة: يجب أن تكون الأتاوى التي يحصلها المفوض له من المنتفعين يجب أن تكون مقابلا لخدمات يستفيد منها المنتفع بصورة خاصة، وعليه إذا تمثلت الأتاوى بمقابل لخدمات لا ينحصر الانتفاع منها بالشخص المكلف بدفعها إنما مجموع الجمهور أي إذا استهدفت الأتاوى شكل تامين مصلحة عامة أكثر من مصلحة خاصة للأشخاص المكلفين بدفعها، ففي هذه الحالة لا يمكن وصف هذا المقابل بالأتاوى⁽³⁾.

1 - بساعد على، تسعير المرافق العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قانون المؤسسات، معهد الحقوق وعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص 42.

2 - وفاء محمود احمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص 237.

3 - هذا ما عبرت عنه محكمة العدل الأوروبية في قضية: chambre syndical du transport aérien أنه الأتاوى لا يمكن اقتطاعها إلا بتوفر شرطين:

* أن لا تكون العمليات التي تستهدف تمويلها محققة أصلا ضمن مصلحة العامة للمنتفعين من النقل الجوي.

* أن تجد الأتاوى المقابل لها في الخدمة المؤداة مباشرة. نقلا عن على بساعد، مرجع سابق، ص 46-47.

نستنتج مما تقدم أن الأتاوى تحتوي على مجموعة من المكونات تتمثل فيما يلي:

* أعباء مالية مرتبطة بالاستثمارات.

* أعباء الاستثمار وأعمال الصيانة.

* العائدات التي سيتحصل عليها المستثمر⁽¹⁾.

ثانيا: الطبيعة القانونية لشروط الأتاوى

لقد انقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين في تحديد الطبيعة القانونية لشروط الأتاوى، إذ هناك اتجاه الأول يسلم بالطبيعة التنظيمية لشروط المتعلقة بالأتاوى التي يدفعها المنتفعين مقابل الخدمة التي تقدم لهم مباشرة، وهذا الرأي هو الرأي الغالب⁽²⁾.

في حين هناك اتجاه ثاني وهو رأي الأقلية يأخذ بالطبيعة المزدوجة لشروط المتعلقة بالأتاوى ويميز أنصار هذا الموقف بين حالتين تتمثل:

الحالة الأولى: في علاقة السلطة المفوضة والمفوض له بالمنتفعين: نجد أن أصحاب هذا الاتجاه يؤيدون الاتجاه الغالب الذي يرى أن الشروط المتعلقة بتحديد الأتاوى الخدمة هي ذات طبيعة تنظيمية وذلك باعتبار أن صالح المنتفعين بخدمات المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض يحتم تدخل السلطة مانحة التفويض في مجال تعريف الأسعار التي يلتزم بها المنتفعين على أساس أن جهة الإدارة هي القائمة أصلا على تحقيق النفع العام⁽³⁾.

الحالة الثانية: علاقة السلطة مانحة التفويض والمفوض له: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشروط المتعلقة بتعريف أسعار الخدمة تتسم بالطابع التعاقدية وهذا يعني أن السلطة مانحة التفويض لا يمكنها تعديل فيها.

ينتهي هذا الرأي إلى ازدواجية الطبيعة القانونية لشروط الأتاوى التي يدفعها المنتفعين مقابل الخدمة المؤداة وهذا ما أكده كذلك مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 1974/05/10 في قضية: Denoyez et Chorques⁽⁴⁾.

1 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 405.

2 - نقلا عن محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 145-146.

3 - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.Cit, p 577.

4 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 406.

مقارنة بالمشرع الفرنسي نجد أن المشرع المصري قد حسم أي جدال فقهي يمكن أن يحدث في هذه المسألة، إذ أقر صراحة في القانون رقم 129 لسنة 1947 بموجب نص المادة 5 منه الطبيعة التنظيمية لشروط المتعلقة بالأتاوى إذ جاء في هذه المادة: «علي مانح الالتزام دائما متى اقتضت تلك المنفعة العامة إن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ويوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل.»⁽¹⁾

أما في الجزائر فتقريبا كل النصوص المتعلقة بتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري عن طريق أسلوب الامتياز والإيجار قررت وبطريقة غير مباشرة أن التسعيرة هي ضمن الأحكام التنظيمية، مثلا: المادة 137 من قانون المياه تنص على انه تعد أنظمة تسعيرة خدمات الماء حسب المنطقة التسعيرية وفق الشروط والكيفيات التي تحدد بموجب مرسوم هذا دليل على الطابع التنظيمي لتسعيرة المياه⁽²⁾ ويضبط تسعيرة المياه المرسوم التنفيذي رقم 05-13 المحدد لقواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به.⁽³⁾ لكن رغم إقرار الطابع التنظيمي لتعريفية في الجزائر إلا انه هناك من المراسيم نستنتج منها الطابع الازدواجي لشروط وأحسن مثال على ذلك هو تعريفية امتياز خدمات النقل الجوي التي تنص في المادتين 25⁽⁴⁾ و 26⁽⁵⁾ من المرسوم التنفيذي رقم 2000-43 المحدد لشروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته على وجوب المصادقة على اقتراحات التعريفات من طرف السلطة مانحة الامتياز. وفي حال كانت هذه التعريفات غير ملائمة تقرر تلقائيا تعريفات أخرى وعلي صاحب الامتياز الالتزام بها، ففي هذا الحالة تتضح الطبيعة التعاقدية والتنظيمية للتعريفية.

1 - قانون رقم 129 لسنة 1947، بشأن التزامات المرافق العامة، صادر بتاريخ 24 جويلية 1947.

2 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 05-13، مرجع سابق.

4 - تنص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-43 على أنه: «ينبغي على أصحاب الامتياز أن يقدموا للسلطة المكلفة بالطيران المدني، قصد المصادقة على تعريفاتهم...».

5 - تنص المادة 26 من نفس المرسوم على أنه: «تلتزم السلطة المكلفة بالطيران المدني بالرد في غضون شهر بالمصادقة على تعريفية كل خط دولي.»

وعندما تعتبر السلطة المكلفة بالطيران المدني أن التعريفات المقترحة غير ملائمة، يمكنها أن تقرر تلقائيا تعريفات أخرى، وفي هذه الحالة، يجب أن تحترم جميع شركات النقل الجوي التي تتولى الرحلات الدولية هذه التعريفات.»

أما فيما يتعلق بكيفية تحديد هذه الأتاوى والتي يجوز للمفوض له (الملتزم أو المستأجر) تقضيها من المنتفعين، فإنه نستنتج من مختلف النصوص القانونية المنظمة والتي تؤكد على أنه: يمكن أن تتفرد السلطة المفوضة بتحديدتها بعد استشارة المفوض له. وقد تحدد التعريفة بصورة قطعية دون استشارة المفوض له وقد يحدد الحد الأقصى للتعريفة بحيث لا يجوز للمفوض له تجاوزها مع تركه حرا في نطاق هذا الحد الأقصى⁽¹⁾.

كما قد يحدد المشرع صراحة سعر الخدمة ومثال على ذلك: المرسوم التنفيذي رقم 05-13 المحدد لقواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به ، كذلك في مرفق الغاز والكهرباء⁽²⁾. وفيما يتعلق بمراجعة وتعديل تعريفة الخدمة في حالة ما إذا كانت اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري تتضمن قواعد تنظيم كيفية تعديل تعريفة الخدمة فان الأطراف ملزمون في هذه الحالة بالتقيد بالأسس التي حددتها الاتفاقية، وفي حالة مخالفة ذلك يكون القاضي الإداري هو المختص في فض النزاع⁽³⁾.

أما في حالة خلو العقد من الطرق الخاصة بتعديل لتعريفه الخدمة فإن المفوض له في هذه الحالة ليس له سلطة في تعديلها بإرادته المنفردة وإلا قامت بحقه المسؤولية التعاقدية مما يعرضه لتوقيع الجزاءات⁽⁴⁾.

أقر المشرع الجزائري مبدأ مراجعة التعريفات لكن بشرط وهو لا بد أن تقتضي المصلحة العامة الاقتصادية ذلك وهذا ما أقرته المادة 142 من قانون المياه⁽⁵⁾، وأكدته كذلك المادة 7 من

1 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p156.

2 - قانون رقم 02-01، مرجع سابق.

3 - ابو بكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 154.

4-RICHER Laurent ,Droit des contrats administratifs, Op.Cit, p 575.

5 - تنص المادة 142 من قانون رقم 05-12 على أنه: «يمكن مراجعة أسعار خدمات الماء إذا اقتضى تطور الظروف الاقتصادية العامة ذلك»

المرسوم المحدد لقواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به⁽¹⁾.

ثالثاً: عن اعتبار الأتاوى وسيلة لتمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

تعد الأتاوى التي يلتزم المنتفعين بأدائها لقاء الخدمة المقدمة من إهمالا لتزامات التي تقع على عاتق المنتفعين. وتشكل هذه الأتاوى وسيلة لتمويل المرفق العام محل التفويض، وبموجبها تحول المنتفع إلى الممول الأساسي للمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري. فصحيح أن المفوض له قد يتلقى مساعدات أو ضمانات مالية من السلطة المفوضة إلا أن إنتاجية المرفق العام ونجاحه مرهون بحجم إقبال المنتفعين واستفادتهم من الخدمة.⁽²⁾ إذ كلما كان إقبال المنتفعين على المرفق محل التفويض كثير كلما كان هناك إدخال لموارد مالية لذلك المرفق أكثر، وهذا من شأنه توفير تمويل ذاتي للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض.

وتستنتج عملية تمويل المرفق العام بموجب أتاوى المنتفعين من خلال أشكال التفويض: ففي أسلوبيا لامتياز والإيجار: يتولى المفوض له تحصيل الأتاوى من المنتفعين⁽³⁾ وهذه الأموال تدخل في ذمته المالية، لكن ليس بصفة كلية بحيث في الامتياز لا تدفع لسلطة المفوضة إلا مقابل استعماله للملك العام. في حين في أسلوبيا لإيجار يتم تقسيم الأتاوى إذ جزء يدفع كمقابل مالي للمفوض له وجزء آخر يدفع لسلطة المفوضة كمقابل للاستثمارات والذي يضمن جزء منه تجديد المنشآت، وبالتالي يدخل جزء من تلك الأموال في الذمة المالية لسلطة المفوضة. فهذه الأموال تساهم في تمويل المرفق العام محل التفويض.

1 - تنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 05-13، على أنه: «تكون تسعيرات الماء صالح للشرب والتطهير قابلة للمراجعة عن طريق مؤشر تطور الظروف الاقتصادية العامة وهذا عن طريق تطبيق صيغ التأشير الممثلة لهيكل تكاليف الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير.»

2 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 362

3 - تنص المادة 210 فقرة الثانية والثالثة، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: «...ويتقاضي عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام...»

أما في أسلوب الوكالة المحفزة والتسيير يتولى تحصيل التعريفات من المستفيدين لمصلحة السلطة المفوضة⁽¹⁾ أي أن التعريفات المحصلة لا تدخل في الذمة المالية للمفوض له وإنما يجري تحصيلها من قبل المفوض له ويتولى تحويلها إلى السلطة المفوضة الذي يدخلها في ذمته المالية فهذا من شأنه توفير بدائل إضافية لتمويل المرفق العام.

بناء على ذلك، فإنّ الأتاوى التي يلتزم المنتفعون بدفعه لقاء انتفاعهم من الخدمات للمفوض له تعد كأسلوب من أساليب تمويل للمفوض له بدل الدولة، وبذلك يتحول المنتفعين من خدمات المرفق العام الصناعي والتجاري إلى ممولين، وهذا من شأنه تقليص الأعباء المالية للدولة ويشكّل إذاً بديل للتمويل. نستنتج من كل ما تقدم، أن تفويض تسيير المرفق العام تعد من أهم أساليب الحديثة التي تشكل بدائل للتمويل المرافق العامة خارج الخزينة العمومية وبالتالي تعد من أهم الأدوات المساعدة والمنقذة للدولة خاصة في ظل الأزمات المالية التي تعاني منها الدولة، إذ بتكريسها والتشجيع على تبنيه يساعد الدولة على تطوير اقتصادها، وخاصة تقليص نسبة كبير من ميزانية مدفوعات الدولة التي كانت توجهها لهذه المرافق، وعليه تحويلها للقيام بمشاريع تنموية أخرى هذا من شأنه تحقيق فائدة لاقتصاد الدولة برمته، وكذلك من شأن هذه الآلية توفير مناصب شغل للشباب وبالتالي امتصاص البطالة. ويعد تحقيق هذه النتائج من أهم مطالب المنظمة العالمية للتجارة للجزائر بتحقيقها، وبالتالي تحقيق هذه النتائج بفضل التفويض يحقق للدولة عدة مكاسب خاصة من الناحية الاقتصادية.

المطلب الثاني:

تحقيق المصلحة الخاصة للمفوض له باعتباره مستثمرا.

يعتبر المفوض له في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري مستثمرا وذلك نظرا أن هذه الآلية تؤدي إلى نقل عامل الاستثمار إليه، إذا كانت هي عديدة الاعتبارات التي تبرر لجوء السلطة المفوضة إلى تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري إلى الغير، فإن لجوء المفوض له إلى هذه الآلية يبرره عامل وحيد وهو تحقيق الربح والذي يتحصل عليه عن طريق المقابل المالي الذي يتقاضاه (الفرع الأول).

1 - تنص المادة 210 فقرة الرابعة والخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: «...يحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية...»

تربط المفوض له علاقة مباشرة بالمنتفعين من جهة والسلطة المفوضة من جهة أخرى. لهذه الاعتبارات من المهم تأمين له أرضية تجعله قادرا على التوفيق بين هذه العلاقة وذلك عن طريق توفير له جملة من الضمانات التي تجعله في موقع المستفيد من هذه الآلية والتي تبعث له نوع من الثقة والاطمئنان لدخول مغامرة الاستثمار في المرفق العام الصناعي والتجاري والتي يتخوف منها الكثير. لذ تم إقرار ضمان التوازن المالي لاتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الحق في الحصول على المقابل المالي باعتباره الهدف الأساسي للمفوض له.

للمفوض له في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري الحق في الحصول على المقابل المالي الذي يكفله له العقد⁽¹⁾ وهو الغاية من استثماره. إن هذا الحق يمكن أن يحصل عليه:

- مباشرة من المنتفعين⁽²⁾ وبعد هذا الحق من أهم الحقوق الأساسية للمفوض له المكلف بتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض، على اعتبار أنه مستثمر يتوخى الربح في إدارته لهذا المرفق، حيث تقوم السلطة المفوضة بتحديدته ويلتزم بادئه في عقد الامتياز والإيجار جمهور المنتفعين ويطلق على هذا المقابل المالي صفة الأتاوى⁽³⁾.

نص القانون الجزائري على حق المفوض له في الحصول على المقابل المالي من قبل المنتفعين عندما يتم التفويض عن طريق أسلوب الامتياز والإيجار وهو ما تضمنه المنظم الجزائري في نص المادة 210 فقرة 2 و3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على أنه: «...و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام»⁽⁴⁾، كما أكدته كذلك المادة 53 و54 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام⁽⁵⁾.

1 - GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Op.Cit, p 276.

2 - GUGLIELMI Gilles, Op.Cit, p 122-126.

3 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 207.

4 - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

5 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

كما نصت كذلك المادة 102 فقرة 2 من القانون المياه على أنه: «كما يكلف صاحب الامتياز كذلك بالاستغلال التجاري للامتياز عن طريق إدخال مجموع عمليات الفوترة وتحصيل المبالغ المستحقة على مستعملي الخدمة العمومية للمياه أو التطهير طبقا لنظام التسعيرة». (1) يتضح من هذه المادة انه تقع التعريفات التي يلتزم المنتفعين بدفعها للفائدة المفوض له تحت نظام تسعيرة الخدمات العمومية للمياه المحدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-13 المؤرخ في 09 جانفي 2005 المحدد لقواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به. كما نصت على انه يجسد قبض هذه التعريفات عبر عمليات الفوترة لمستعملي الخدمة العمومية للمياه جزئيا أو كليا الأعباء المالية التي يتحملها المفوض له في أشغال الصيانة، تجديد الاستثمار.

تتم فوترة وتحصيل المبالغ المستحقة لمستعملي الخدمة العمومية للمياه والتطهير من قبل المفوض له وذلك بمقتضى اتفاقية تبرم بين المفوض له المستغل للخدمة العمومية لتزويد بالماء الشروب والمكلف باستغلال الخدمة العمومية للتطهير (2).

-ويمكن أن يتحصل المفوض له على مقابله المالي مباشرة من قبل السلطة المفوضة (3) وذلك عندما يتم التفويض بموجب الوكالة المحفزة أو عقد التسيير ويتكون هذا المقابل المالي من عنصرين (4):

عنصر ثابت: وهو مبلغ من المال محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال يتقاضاه المفوض له سواء كان المرفق ناجحا أم لا.

1 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

2 - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 05-13، إذ جاء فيها: «تتم فوترة وتحصيل المبالغ المستحقة على مستعملي الخدمات العمومية لتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير من الهيئة المستقلة للخدمات العمومية لتزويد بالماء الصالح للشرب.

تحدد كيفية دفع المبالغ المحصلة لدي المستعملين بعنوان الخدمة العمومية للتطهير بموجب اتفاقية تبرم بين الهيئة المستقلة والهيئة المكلفة باستغلال الخدمة العمومية للتطهير. >>

3 - سردر محمود، «عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر»، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3، العدد 2، 2017، ص ص 181-182.

4- GUGLIELMI Gilles, Op.Cit, p 129-130.

عنصر متغير: هو عبارة عن مكافأة إضافية ترتبط بنتائج استغلال المرفق محل التفويض وتقدر إما على أساس الربح الصافي للمشروع أو على أساس الدخل الإجمالي⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

ضمان التوازن المالي لاتفاقية تفويض المرفق العم ذو الطابع الصناعي والتجاري.

إن حق المفوض له في ضمان التوازن المالي للعقد التفويض الذي ابرمه يستدعي التطرق إلى مضمون هذا الحق في إتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (أولاً) ثم التطرق إلى التعويضات التي يتحصل عليها المفوض له ناتجة عن هذا المبدأ والتي تعد كضمانة له (ثانياً)

أولاً: مضمون فكرة التوازن المالي.

تتحصّر العوامل التي تؤدي إلى إخلال بالتوازن المالي لعقد التفويض إلى عاملين أساسيين: الأول يتمثل في الفعل الصادر من السلطة المفوضة نظراً لتمتعها بسلطات واسعة والتي قد تهدد في بعض الأحيان التوازن المالي للعقد وتلحق ضرراً مالياً بالمفوض له⁽²⁾. كأن تقوم السلطة المفوضة بإجراء تعديلات جوهرية في نظام سير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض أو تخفيضات بليغة في أسعار الخدمات بحيث ينجم عن ذلك خسائر وأضرار تصيب المفوض له.

الثاني يتجلى في الظروف الاقتصادية الطارئة التي تبرز أثناء تنفيذ العقد والتي من شأنها أن تزيد الأعباء على المفوض له ودون تدخل لسلطة المفوضة ودون ارتكابها أي خطأ⁽³⁾. نتيجة لهذه الأسباب ليس من العدل أن يتحمل المفوض له لوحده تلك الأعباء الإضافية دون مشاركة

1- ZOUAIMIA Rachid, «La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015, Op.Cit, p p 24.

2 - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.Cit, p 576.

3 - ZOUAIMIA Rachid, «La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015, Op.Cit, p p24-25.

السلطة المفوضة، لذلك أعترف القضاء الإداري الفرنسي للمفوض له بحقه في الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد⁽¹⁾.

يقصد بمبدأ التوازن المالي لاتفاقية التفويض قيام السلطة مانحة التفويض بضمان التوازن بين التزامات المستثمر وواجباته، الأمر الذي يسمح باقتسام المخاطر التي قد يعترض لها المشروع بينهما⁽²⁾.

مر مبدأ التوازن المالي لاتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بعدة مراحل وتطورات من حيث مضمونه ونطاق تطبيقاته، ويلعب دورا بارزا في مثل هذه العقود⁽³⁾. إذ كان في بداية عقود تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري تم بالمنادة بأن يتحمل المفوض له لوحده مسؤولية إدارة المرفق إيجابية كانت أم سلبية وتتصل السلطة المفوضة كلية من تحملها. إلا أن هذا الوضع تغير مع بداية القرن العشرين، إذ أدت ظروف الحرب العالمية وما تلاها من اضطرابات اقتصادية إلى ضرورة تدخل السلطة المفوضة للتضامن والتعاون مع المفوض له في تحمل المسؤولية والمخاطر أو ما يعبر عنه بفكرة اقتسام المخاطر بين السلطة المفوضة والمفوض له⁽⁴⁾.

1 - ظهرت فكرة التوازن المالي لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز في قضية *compagnie générale française des tramways* حيث قرار مجلس الدولة الفرنسي في 21 مارس 1910 أنه يترتب في مواجهة حق الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة تعويض عادل من جانب الإدارة يضمن لصاحب الامتياز إعادة التوازن المالي للعقد. تتلخص وقائع هذه القضية في قيام مدير إقليم مصب الرون بتحديد مواعيد خدمة الترام في الصيف بما يفرض على الشركة العامة الفرنسية زيادة عربات الترام القائمة بالخدمة لسد حاجة السكان المتزايدة مستندا إلى المادة 22 من لائحة الإدارة العامة لسنة 1881 التي تقرر حق الإدارة في إجراء تعديلات والإضافات اللازمة لتكفل بالسير العادي للأمر تحقيقا لمصلحة الجمهور وبالمقابل تمسكت الشركة بان دفتر الشروط تضمن شرط الحد الأدنى للقطارات الواجب على الملتزم توفيرها وبذلك تكون الدولة قد نقلت إلى النطاق التعاقدى تحديد عدد القطارات، ولا يمكن تعديله إلا باتفاق الطرفين تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

أخذ مجلس الإقليم بوجهة النظر هذه والغي قرار مدير الإقليم، لكن طعن وزير الأشغال بهذا الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي وقدم مفوض الحكومة *bloum* تقريره للمجلس وقد جاء فيه: أنه من جوهر عقد الامتياز أن يتوخى قدر المستطاع إيجاد المساواة بين المزايا الممنوحة للملتزم والأعباء الواقعة عليه.

إذ يتعين أن تتوازن المزايا والأعباء على نحو يشكل الموازنة بين المنافع المتوقعة والخسائر المنتظرة. هذا ما يطلق عليه بالتوازن المالي والتجاري والمعادل المالية لعقد الامتياز. راجع في هذا الخصوص: *CE du 11 mars 1910, compagnie générale française des tramways, n°16178, Publié au recueil Lebon. www.legifrance.gouv.fr. consulté le 20/06/2019.*

2 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 152-153.

3 - حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 694.

4 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p 160.

إن تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري يقوم على فكرة أساسية وهي نقل مسؤولية المالية للمرفق، وما ينتج عنها من مخاطر وأعباء على عاتق المفوض له، لكن هذا المبدأ ليس مطلقاً وإنما هو نسبي إذ نجد أن السلطة المفوضة عند لجؤها إلى أسلوب التفويض تهدف بالأساس إلى إيجاد بدائل لتمويل مرافقها ومنشأتها العامة لكن حصر التمويل بالقطاع الخاص يجعل المرفق عرضة لكثير من الصعوبات هذا من شأنها إخلال في اقتصاديات المرفق محل التفويض لذلك لا بد أن تكون هناك نوع من المشاركة أو تدخل من قبل السلطة المفوضة في تحمل جزء من المسؤولية المالية للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض وليس إقائها على عاتق المفوض له فقط⁽¹⁾.

نتيجة لذلك، برز مبدأ التضامن المالي النسبي بين السلطة المفوضة والمفوض له ويشكل هذا المبدأ حافز وضمان لفائدة المفوض له والتي تبعث فيه نوع من الاطمئنان والعدم الخوف من مغامرة الاستثمار في تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري، والتعويض العادل في حالة اختلال هذا التوازن أي كضمان للمفوض له لاستمرار تنفيذه للمرفق العام الصناعي والتجاري⁽²⁾.

ما تجدر الإشارة إليه أن السلطة المفوضة في عقد تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري لا تنتازل كلياً على المرفق محل التفويض وإنما تنتازل على جزء من صلاحيتها في شقها المتعلق بالتسيير لفائدة الغير وتحفظ ببعض صلاحيتها تجاه المرفق محل التفويض نظراً إلى أن ملكيتها مازالت في يدها لذلك لا بد أن تكون نوع من المشاركة بين السلطة المفوضة والمفوض له في تحمل جزء من المسؤولية والمخاطر، لذا تم إقرار مبدأ حفظ التوازن المالي للعقد التفويض كآلية لمشاركة ولحماية المفوض له.

نظراً لأهمية حق المفوض له في ضمان التوازن المالي للعقد تدخلت بعض التشريعات لتأطيره ولعل أهمها: التشريع المصري في المادة السادسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة إذ تنص: «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل

1 - جهاد زهير بن الحرازين، مرجع سابق، ص 287.

2- BOITEAU Claudie, « Délégation de service public », JC, du 30 octobre 2001, p 17.

أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى قدر المعقول.»⁽¹⁾.

كذلك المشرع المغربي أكد على التضامن والتعاون بين السلطة المفوضة والمفوض له وهذا عندما نص في القانون رقم 05-54 في مادته 4 على أن يعمل أطراف العقد على المحافظة على توازن عقد التدبير المفوض من خلال الحفاظ على التوازن المالي للعقد⁽²⁾.

ثانياً: التعويض كضمانة لحفظ التوازن المالي لاتفاقية التفويض.

يستند التوازن المالي لعقد التفويض إلى نظريتان هما: نظرية فعل الأمير (1) ونظرية الظروف الطارئة (2).

1) المقصود بنظرية فعل الأمير: عرفت محكمة القضاء الإداري المصري فعل الأمير على انه: ... كل إجراء تتخذه السلطة العامة ويكون من شأنه زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه صفة عامة المخاطر الإدارية. وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد أو قد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة...⁽³⁾

هذه النظرية خاصة بالقانون الإداري ولا يوجد لها صلة بالقانون الخاص، حيث تعد أعمال السلطة التي تمس عقود الأفراد السبب الخارجي عن العقد والذي يؤدي إلى إعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تسبب بها الشخص العام ولهذا يعتبر فعل الأمير في القانون الخاص حدثاً خارجاً عن إرادة الطرفين⁽⁴⁾.

وبالتالي يقصد بهذه النظرية كل إجراء تتخذه السلطة العامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ منها من شأنه زيادة الأعباء المالية على المفوض له مع الإدارة يرتب للمفوض له أضرار تؤدي

1 - قانون رقم 129 لسنة 1947، مرجع سابق

2 - تنص المادة 4 من قانون رقم 05-54 على ما يلي: « يسهر الطرفان المتعاقدان على الحفاظ على التوازن المالي لعقد التدبير المفوض مع الأخذ بعين الاعتبار متطلبات المرفق العام والأجرة المنصفة للمفوض إليه».

3 - حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق عام، مرجع سابق، ص 699.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 213.

إلى إخلال بالتوازن المالي للعقد مما يستوجب دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن المفوض له من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات للجمهور⁽¹⁾.

أ) شروط نظرية الفعل الأمير.

لتحقيق هذه النظرية اشترط الفقه والقضاء الإداريين الفرنسي والمصري مجموعة من الشروط الواجب توافرها لتمكين المفوض له من مطالبة الإدارة بالتعويض على أساس هذه النظرية:

* أن يكون هناك عقد من العقود الإدارية (اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي

والتجاري).

* أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة.

* أن يكون الإجراء المتخذ مشروعاً.

* أن يسبب الإجراء للمفوض له ضرر حقيقاً وليس احتمالياً من شأنه إخلال بالتوازن المالي

للعقد.

* أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد⁽²⁾.

إن القضاء الإداري الجزائري كرس هذه النظرية في حكم صادر عن المحكمة العليا 11

ديسمبر 1964 في قضية كهرياء الجزائر ضد بلدية فوكة وقد نتج عن هذه القضية تعويض كامل

لفائدة المتعاقد بسبب الإجراءات والأعباء الجديدة⁽³⁾.

ب) الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير.

إذا تحققت شروط نظرية فعل الأمير فإن المفوض له تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري

من حقه الحصول على تعويض كامل يشمل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة وهذا ما نصت

عليه المواد 140 من قانون المياه إذ جاء فيها: «في حالة ما إذا أدي تطبيق الالتزامات العارضة إلى

1 - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 89.

2 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 367.

3 - نقلا عن محيو أحمد، محاضرات في المؤسسة الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979، ص 389.

أسعار لا تتوافق والتكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الامتياز أو المفوض له، يمكن إن يمنح له تعويض مالي يساوي الأعباء المالية الإضافية التي تحملها في هذا الصدد»⁽¹⁾.

وكذلك المادة 51 فقرة الثانية من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني إذ جاء فيها: «غير أن الدولة باستطاعتها أن تمنح لصاحب الامتياز تعويضا ماليا يعطي كليا أو جزئيا تبعات الخدمة العامة المفروضة عليه»⁽²⁾. وفي ذات السياق كذلك نص قانون توجيه النقل البري وتنظيمه في مادته 18 على انه يترتب على كل تبعة للخدمة العمومية تتم وفق الأشكال والشروط المطلوبة، تعويض تمنحه الدولة أو الجماعات الإقليمية يخصص هذا التعويض لتغطية الكسب الفائت أو العجز الناجم عن استغلال الخدمة المفروضة⁽³⁾.

إضافة إلى التعويض التي تنتج عن نظرية فعل الأمير ينتج كذلك عن هذه النظرية نتائج ثانوية تتمثل في حق المفوض له أن يتحلل من التزامه أو أن يطلب بفسخ العقد إذ نتج عن الإجراء استحالة التنفيذ.

- حق المفوض له في عدم توقيع عليه غرامات في حالة تأخره عن تنفيذ التزاماته⁽⁴⁾.

(2) نظرية الطوارئ الاقتصادية أو الظروف الطارئة: تطبق هذه النظرية في حالة ما إذا طرأت على المفوض له خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد وذلك بسبب تقلبات اقتصادية، ترتب على حدوثها اختلال في اقتصاديات التفويض، اختلالا خطيرا بحيث يصبح تنفيذ الالتزام اشد إرهاق وأكثر في التكاليف على وجه يتجاوز القدر الذي توقعه المتعاقدان، دون أن يكون مسؤولا عنها لا المفوض له ولا السلطة المفوضة⁽⁵⁾.

هذه النظرية من صنع القضاء الإداري الفرنسي فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن 19 وكانت أول قضية طبقت هذه النظرية كانت قضية la Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux في حكم صادر في 30-03-1916⁽⁶⁾.

1 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

2 - قانون رقم 98-06، مرجع سابق.

3 - قانون رقم 01-13، مرجع سابق.

4 - حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 704.

5 - ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profil de personne privées, Op.Cit,p91.

6-CE du 30 mars 1916, compagnie générale d'éclairage de bordeaux, n° 59928. Publié au recueil Lebon.

تجد هذه النظرية أساسها القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 107 فقرة الأخيرة من القانون المدني إذ جاء فيها: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»⁽¹⁾.

إن الهدف من تطبيق هذه النظرية مساعدة المفوض له على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ولضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار.
أ) شروط تطبيق نظرية الطوارئ الاقتصادية.

* حدوث ظرف أو حادث استثنائي لا يمكن دفعه وغير متوقع: يشترط لكي يتمسك المفوض له بهذه النظرية أن يحدث ظرف استثنائي⁽²⁾ خلال مدة تنفيذ العقد، وقد يكون ظواهر طبيعية كزلازل والفيضانات، وقد يكون ظرف اقتصاديا كارتفاع الأسعار ارتفاع يتجاوز الحدود القصوى الممكن توقعها لحظة إبرامه.

لكن يشترط في هذه الأحداث أن لا تكون صادرة من قبل المفوض له ولا من قبل السلطة المفوضة أي لا دخل للأطراف في حدوثها ويجب كذلك أن تكون غير متوقعة من قبل المفوض له ولا يمكن دفعها⁽³⁾.

* ضرورة استقلال الظرف الطارئ عن إرادة الطرفين: لا يستطيع المفوض له أن يطالب بالتعويض استناد إلى هذه النظرية إذا كان هو نفسه سببا في حدوث هذه الظروف، وعليه يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون العلاقة بين الظرف الطارئ والأطراف المتعاقدة مقطوعة⁽⁴⁾.

www.legifrance.gouv.fr. consulté le 21/01/2019.

1 -الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

2 -إن طبيعة الظرف الاستثنائي هو ذو نطاق واسع إذ يمكن أن يكون ظرف طارئ اقتصادي كما يمكن أن يكون طبيعيا وقد يكون من عمل جهة إدارية غير السلطة المفوضة راجع في هذا الخصوص حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 704 -705.

3-AUBY Jean-Marie, ROBERT Ducos- Ader, Op.Cit, p257.

4 -ZOUAIMIA Rachid, Délégation de service public au profil de personne privées, Op.Cit, p92.

*قلب اقتصاديات العقد: لتطبيق هذه النظرية يجب أن يكون من شأن الطرف قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ويشترط أن يلحق بالمفوض له خسارة فادحة استثنائية، تجاوز فداحتها الخسائر العادية المألوفة التي يكون أي متعاقد عرضة لتكبدها أثناء تنفيذ العقد وهذا الشرط نسبي يقدره القاضي⁽¹⁾.

(ب): آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

يترتب على نظرية الظروف الطارئة استمرار المفوض له في تنفيذ التزاماته وتقوم السلطة المفوضة بمعاونته في خسارته وتتحمل جزء منها (1) مع تمتعه بالحصول على التعويض (2)
1) استمرار المفوض له في تنفيذ التزامه: باعتبار أن أساس هذه النظرية هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإنه لا يعفي المفوض له من الوفاء بالتزاماته ولا يتحلل منها بسبب وقوع الظروف الطارئة، لان الطرف الوحيد الذي يعفي المفوض له من تنفيذ التزامه هو حالة القوة القاهرة⁽²⁾.

2) استحقاق التعويض: إن حق المفوض له في الحصول على التعويض في حالة الظروف الطارئة لا يكون تعويضا كاملا وإنما هو تعويض جزئي، إذ تتحمل السلطة المفوضة جزء من الخسارة إلى جانبه⁽³⁾.

هذا التعويض هو عبارة عن معاونة تقدمها السلطة المفوضة للمفوض له من أجل تمكينه من مواجهة هذا الطرف، إذ يتم توزيع الخسارة بين السلطة المفوضة والمفوض له⁽⁴⁾.

نظرا لأهمية مبدأ حفظ التوازن المالي للعقد حذب على المشرع الجزائري التدخل لإصدار مادة صريحة تقره في إتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري وإقرار مبدأ تقاسم

1 - صدر في هذا الشأن قرار لمحكمة العليا الصادر في 10 أكتوبر 1993 في قضية د.ح ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة إذ جاء في القرار: من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها وترتب مع حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول. قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا مؤرخ في 10 أكتوبر 1993، ملف رقم 99694، المجلة القضائية، العدد 1، 1994، ص 217.

2 - ابو بكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 179.

3 - BOITEAU Claudie, « Délégation de service public », Op.Cit, p p 17.

4 - حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 710.

المخاطر بين المفوض له والسلطة المفوضة ولا يلقيه إما كاملة على المفوض له لوحده أو إلقاءه كاملة على السلطة المفوضة. وكان يجب النص على هذه المسألة لما لها من أهمية في استقطاب المستثمرين للاستثمار في تسيير المرافق العام الصناعية وبعث الثقة والاطمئنان في مشاركة القطاع العام لما له فائدة لاقتصادية الدولة برمته خاصة في ظل الأزمة الراهنة أين الجزائر بحاجة إلى موارد مالية خارج قطاع المحروقات.

المبحث الثاني:

تحقيق أهداف تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

إن المرفق العمومي في الأصل هو نشاط غير خاضع للسوق وهو موجه لخدمة المصلحة العامة. لكن النظريات الليبرالية طورت من مفهوم المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، فأصبح هذا المرفق يخضع لذات الضوابط السعرية وقواعد المنافسة التي تخضع لها المؤسسات الخاصة، ولذلك فالمرافق العامة في الوقت الحاضر عليها الموازنة في السعي لتحقيق المصلحة العامة من جهة وتحقيق الأرباح من جهة أخرى خاصة تلك التي تكتسي طابع صناعي وتجاري. ومن أجل الوصول إلى هذه المعادلة لابد من أن يحقق إسناد تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري إلى الغير خاصة الأشخاص الخاصة غاية هامة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة وتقديم الخدمات بأقل التكاليف (المطلب الأول).

كما يحقق تفويض تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري نتيجة فرضتها التحولات الاقتصادية والمتمثلة في تحسين وعصرنة أداء المرفق العام ذو الطابع لصناعي والتجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تحقيق مقتضيات المصلحة العامة.

إن تنازل الدولة عن تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري لأشخاص القانون العام أو الخاص يفرض عليها السهر على احترام المبدأ الأساسي الذي يحكم المرافق العامة وهو مبدأ المصلحة العامة بإبعاده المختلفة. لذا فإن نجاح سير المرفق العام الصناعي والتجاري بموجب التفويض مرتبط أساساً بنجاعة الخدمات المرفق المقدمة من قبل المكلف بتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري، طالما أن السلطة المفوضة تبقى مسؤولة كذلك في مواجهة المنتفعين، لهدف تحقيق وحماية المصلحة العامة في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري تم فرض التفويض لمدة زمنية محددة (الفرع الأول) وقد تم إخضاعها إلى ضرورة احترام أسس والمبادئ التقليدية لحسن سير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

فرض تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري لمدة زمنية محددة.

تعد المدة من أهم العناصر المميزة لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، غالباً ما تتسم في عقد الامتياز بالطويلة نسبياً، والتي تنعكس إيجاباً على مصلحة المفوض له على حساب السلطة المفوضة لذا تدخلت مختلف التشريعات المنظمة لتفويض المرفق العام. وأقرت ضرورة إبرام عقود التفويض لمدة محددة مثل المشرع الفرنسي وهناك من التشريعات التي حددت بدقة المدد والتي فرضت بضرورة احترامها والتقيد بها مثل المشرع الجزائري ذلك لضمان استرجاع السلطة المفوضة للاستثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية اتفاقية التفويض كأصل (أولاً). لكن رغم تقييد التشريعات لضرورة تحديد احترام مدة التفويض إلا أنها أقرت استثناءاً يمكن اللجوء فيها إلى تمديد هذه المدد (ثانياً).

أولاً: تحديد المدة القانونية لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري كأصل.

كانت عقود تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في بداية ظهورها تيرم لمدة طويلة نسبياً، مما ترتب عنها آثار سلبية على السلطة المفوضة ويظهر ذلك جلياً من خلال:

أ[اعتبار المفوض له كمالك للمرفق محل التفويض.

ب[حرمان السلطة المفوضة من تغيير المفوض له طيلة مدة العقد إلا في حال لجوئها إلى الاسترداد، وهذا يؤثر عليها بشكل سلبي بحيث يترتب عليها في هذه الحالة التزامات مالية قد تكون ضخمة⁽¹⁾.

ج[خلق جو من النزاعات من جهة وتوسيع إطار مسؤولية السلطة المفوضة من جهة أخرى⁽²⁾.

نتيجة تضاعف وتزايد إبرام تفويضات المرفق العام الصناعية والتجارية إلى الأجانب اظهر إلى السطح خطورة كبيرة للمدد الطويلة التي تتميز بها عقود التفويض خاصة الامتياز الذي كان يبرم لمدة 99 سنة⁽³⁾.

1- AUBY Jean- François, Op.Cit, p115.

2 - يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص156-160.

3 - SOLDINI David, Op.Cit, p p 1121.

- ولعل أهم مثال على ذلك: امتياز قانة السويس المصرية الذي ابرم لمدة 99 سنة، وكان هذا سبباً مباشراً في احتلال الإنجليز لمصر. نقلاً عن محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص135.

نتيجة كل هذه المظاهر السلبية لعدم تحديد المدة في عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري وكذا في مدته الطويلة، ظهرت الحاجة الماسة إلى إعادة النظر في تحديد مدة عقود التفويض وذلك كأداة لتوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من حيث ضمان استرجاع السلطة المفوضة عند نهاية مدة التفويض للممتلكات والمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض من جهة. والسماح للمفوض له من استرجاع أمواله التي قام بتمويل بها لتسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض وكذا تحقيق نوع من الربح من جهة أخرى⁽¹⁾.

وعليه اثبت الواقع العملي أن المدة الطويلة التي تبرم بها عقود التفويض تشكل نوع من الفساد ونوع من الاحتكارات من قبل بعض المفوضين الخواص وذلك نظرا للمبالغة في تحديد مدة عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري. وذلك باعتبار أن إرادة الطرفين في عقد التفويض تلعب دور أساسي في تحديدها لذا غالبا ما تم تحديدها على أساس المحاباة والرشوة والفساد ومحسوبية مما أثر سلبا على الخدمة العمومية التي تقدمها هؤلاء المفوضين، إلى جانب هدر المال العام كل هذا كان في ظل غياب نصوص تشريعية وتنظيمية تحد من هذه المدد الطويلة.⁽²⁾

أمام كل هذه السلبيات التي أثبتتها عدم إلزامية تحديد المدة في عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري تدخلت معظم التشريعات المنظمة لتفويض المرفق العام بصفة عامة ونصت على ضرورة الحد من هذه الظاهرة خاصة المدة الطويلة أين تم الاتجاه نحو التقيير، والنص على إلزامية أن تبرم عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري للمدة محددة ولا تكون أبدية⁽³⁾.

1 - BOITEAU Claudie, Les délégations de service public, Op.Cit, p 143.

2 - SOLDINI David, Op.Cit, p p 1118.

3 - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.Cit, p 567-568.

1- تنظيم القانون الجزائري لمدة تفويض المرفق العام.

لم يلزم المشرع الجزائري في بعض المرافق العامة الصناعية والتجارية الوطنية أطراف عقد التفويض بمدة محددة وإنما اشترط فقط إلزامية أن تكون عقود التفويض محددة بمدة زمنية، بذلك تكون قد شاطرت نظيره المشرع الفرنسي، وذلك عند تفويض مرفق المياه.

إذ لم ينص قانون المياه على مدة محددة لتفويض الخدمة العمومية للمياه وإنما أشتراط فقط ضرورة أن تكون تفويض الخدمة العمومية للمياه محددة المدة عند عرض التفويض على المنافسة وبالتالي يجب على السلطة المفوض تحديد مدة التفويض قبل إبرام اتفاقية التفويض وذلك تطبيق لنص المادة 105 فقرة الأخيرة من قانون المياه إذ نص على ذلك كالتالي «...مع تحديد لاسيما...مدة التفويض.»⁽¹⁾.

يتضح من ذلك أن تحديد المدة تخضع لسلطة التقديرية للسلطة المفوضة مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العقد الذي قد يتخذه التفويض (الامتياز، الإيجار، التسيير، الوكالة محفزة). لكن من الناحية العملية نجد أن التجربة الجزائرية في تسيير المفوض في مجال الخدمة العمومية للمياه، قامت مؤسسة الجزائرية للمياه بتفويض تسيير خدمات التزويد بالماء الصالحة للشرب في مدينة الجزائر لصالح المتعامل الفرنسي suez-environnement لمدة 5 سنوات ونصف ابتداء من مارس 2006 على أن ينتهي في 2011. ونظرا لنجاحه تم تمديده مرتين المرة الأولى في سنة 2011 والثانية في سنة 2016 للمدة سنتين أخرى.⁽²⁾ وعليه نستنتج من مختلف التفويضات التي منحت كانت مدتها تتراوح بين 5 سنوات إلى 6 سنوات مع السماح بتمديدتها، وعليه الابتعاد عن المدد الطويلة.

في حين هناك من المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تم تقييد تفويضها بمدة محددة وهو ما نجده في: (أ) مرفق النقل البحري إذ نص المرسوم المحدد لشروط منح امتياز خدمات

1 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

2- Revue de presse, 3 février 2016, p20, www.fce.dz. consulté le 10/03/2016.

النقل البحري وكيفياته على أن الامتياز يمنح لمدة 10 سنوات،⁽¹⁾ يبرر تقيد مدة الامتياز ب 10 سنوات في هذا المجال نظرا لخطورة وحساسية المرفق بنسبة للدولة.

ب) مرفق النقل البري: إذ ميز المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق و/أو تسييرها، بين مدتين في تفويض تسيير هذا المرفق وبين وجود أو عدم وجود الهياكل القاعدية وحدد المدة الدنيا التي يجب أن لا يقل عليها مدة العقد.

- إذ خص امتياز إنجاز المنشآت القاعدية وتسييرها، بمدة امتياز لا يقل عن 20 سنة وتحدد الاتفاقية مدة الإنجاز وتاريخ بداية النشاط⁽²⁾.

- أما إذا تعلق الامتياز بتسيير المنشأة القاعدية: لا يمكن أن تقل عن 10 سنوات⁽³⁾.

أما بالنسبة للمرافق العامة الصناعية والتجارية المحلية فلقد حدد المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام بدقة معالم مدة التفويض لكل شكل من أشكال التفويض، وألزم بضرورة احترامها. وتميزت هذه المدد التي حددها بالمعقولة، نظرا لأخذها بكافات الاعتبارات في تحديدها؛ إذ حدد مدة القصوى لتفويض بموجب عقد الامتياز على أن لا يتعدى 30 سنة⁽⁴⁾ وهي مدة معقولة، تخول المفوض له استرجاع ما أنفقه في تسيير أو إنشاء المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض والحصول على الأرباح عند تسييره لهذا المرفق، هذا على خلاف بعض القوانين التي حددت مدة التفويض عن طريق الامتياز ب 99 سنة فهذه المدة غير معقولة.

1- المادة 9، المرسوم التنفيذي رقم 08-57، إذ جاء فيها: «عندما يتم قبول طلب الامتياز، يمنح الوزير المكلف بالبحرية التجارية الامتياز لصاحب الطلب لمدة عشر (10) سنوات.»

2 - تنص المادة 11فقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، على انه: «تحدد مدة الامتياز، موضوع هذا المرسوم بموجب اتفاقية الامتياز عندما يخص الامتياز إنجاز المنشأة القاعدية وتسييرها، لا يمكن ان تقل مدة الامتياز عن عشرين (20) سنة وتحدد الآجال الإنجاز والدخول في النشاط في اتفاقية الامتياز.»

3 - الفقرة الثانية من نفس المادة إذ جاء فيها: «عندما يخص الامتياز التسيير فقط، لا يمكن ان تقل مدة الامتياز عن عشر (10) سنوات.»

4 - المادة 53 فقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

والتفويض بموجب عقد الإيجار فقد حددها ب15⁽¹⁾ سنة كحد أقصى، أي لا يمكن أن تتعدى هذه المدة. أما التفويض عن طريق الوكالة المحفزة والتسيير فإنه حددها بكل من 10⁽²⁾ سنوات و5 سنوات كحد أقصى،⁽³⁾ بذلك يكون هذا المرسوم قد رسم كل الحدود للمدة التفويض ولا يمكن تجاوزها فذلك يعد أداة لضمان استرجاع السلطة المفوضة للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض من قبل المفوض له، وبالتالي تكريس المفهوم الفعلي لتفويض وهي تفويض تسيير المرفق للخواص مع إبقاء ملكية المرفق تحت اسمها.

2- النص على المدة في القانون الفرنسي.

تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون sapin ووضع انطلاقة أولى في رسم معالم جديدة في سياسة تحديث وعقلانية المرفق العام بصفة عامة والمرفق العام الصناعي والتجاري بصفة خاصة⁽⁴⁾. حيث فرض إطار عام لكيفية اعتماد مدة التفويض وذلك بالتحديد في نص المادة 40 منه، إذ تنص: «اتفاقيات تفويض المرفق العام ينبغي أن تكون محددة بمدة من جانب الجماعة العامة بالنظر للمهام أو الخدمات المطلوبة من المفوض له، أما تحديد هذه المدة فيتم بالنظر لطبيعة وحجم الاستثمار، دون أن تتجاوز المدة العادية لاستهلاك المنشآت المستخدمة.»⁽⁵⁾ كما أكد على نفس الموقف القانون الجديد لسنة 2016 بموجب نص المادة 34 فقرة الأولى من أمر رقم 2016-65 بنصه على أن عقود امتياز المرفق العام تيرم لمدة محددة⁽⁶⁾.

يتضح من هذه المواد أن المشرع الفرنسي وضع ضوابط تحد من المدة الطويلة لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، إذ نص على إلزامية تضمين اتفاقيات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري مدة لتنفيذها، كما ميزت هذه المادة في تحديد المدة بين وضعيتين هما:

1 - المادة 54 فقرة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - المادة 55 فقرة السادسة من المرسوم نفسه.

3 - المادة 56 فقرة أخيرة من المرسوم نفسه.

4- FRANGI Marc , Op.Cit,p p 413.

5 - «*les convention de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire, la convention de délégation tient compte pour la détermination de sa durée de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre*». Art 40 de la loi 93-122, Op.Cit.

6 - «*les contrats de concession sont limités dans leur durée...* ». Ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

-**الوضعية الأولى:** عندما لا تتطلب الاستثمارات تشييد للمنشآت فإن المدة تحدد بالنسبة للخدمات المؤدات من المفوض له،⁽¹⁾ ومن أمثلة ذلك: عقد الإيجار موقف السيارات، ففي هذا التفويض لا يفرض على المفوض له إنشاء أو تشييد المنشآت الاستثمارية لذلك من الناحية الواقعية يبرم مثل هذا العقد للمدة تتراوح بين 3 سنة إلى 12 سنة.

- **الوضعية الثانية:** فيتمثل بحاجة الاستثمارات لبناء منشآت تقع على عاتق المفوض له. ففي هذه الحالة فإن المدة تتحدد بالنسبة لطبيعة ومعدل الاستثمارات الواجب تحقيقها دون أن يؤدي ذلك إلى تخطي أو أن تزيد المدة الطبيعية لاستهلاك المنشآت موضع التنفيذ مثل عقد الامتياز⁽²⁾. نستنتج أن قانون sapin يحدد مدة أقصى لعقود تفويض ولا حد أدنى، وإنما ترك لطرفي العقد الحرية الواسعة في التقدير، لكن اشترط فقط إلزامية أن تكون عقود التفويض تبرم للمدة محددة، ويتم تحديد هذه المدة على أساس: الأداء المطلوب من المفوض له، ووفق لطبيعة ومقدار الاستثمارات المطلوبة تنفيذها، على أن لا تزيد المدة العادية لاستهلاك المنشآت إذا كانت على عاتق المفوض له⁽³⁾.

وبالتالي إن المشرع الفرنسي نص على أن تحديد المدة مرتبط بصورة أساسية باعتباريات وظروف تتعلق بطبيعة المرفق موضوع التفويض والوسيلة المستخدمة في تحقيقه أي يختلف ما إذا كان التفويض يكون بأسلوب الامتياز أو الإيجار أو التسيير أو الوكالة المحفزة⁽⁴⁾. فمثلا في أسلوب الامتياز تكون مدته طويلة نسبيا إذ تصل إلى أكثر من 20 سنة أو إلى 60 سنة مقرنة بمدة أسلوب الإيجار التي تكون مدته قصيرة، إلى جانب كل هذا تعد الاستثمارات المكرسة من قبل المفوض له العامل الأساسي في تحديد المدة عقد التفويض، لأن المفوض له بحاجة إلى مدة كافية لتغطية استثماراته وتحقيق الأرباح التي ينشدها، فكلما كبرت الاستثمارات التي يكرسها المفوض له كلما كانت مدة التفويض طويلة، وعندما تكون هذه الاستثمارات متواضعة تكون مدة التفويض أقصر.

1 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 491.

2- SOLDINI David, Op.Cit, p 1119.

3-Loi n°93-122, Op.Cit. Art L1411-2 du code générale des collectivités territoriales, Op.Cit.

4 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p 144-154.

على الرغم من أن المشرع الفرنسي لم يحدد الحد الأقصى لتفويض المرفق كمبدأ عام إلا أنه في قانون 2 فيفري 1995 المتعلق بحماية البيئة،⁽¹⁾ وكذلك في الأمر رقم 2016-65 المتعلق بعقود الامتياز⁽²⁾ حدد مدة خاصة بنسبة لعقود تفويض مرفق:

-المياه الشرب والتطهير .

-النفيات المنزلية وغيرها من النفيات.وقد حددها بمدة لا تتجاوز 20 سنة أيا كان نوع أسلوب

التفويض فيها.

إن هدف تحديد هذه المدة هو لهدف تكريس نوع من الشفافية والنزاهة في تفويض هذه المرافق وكذلك إعطاء نوع من الفرص للمتعاملين آخرين الدخول للتسيير مثل هذه المرافق وتطوير وعصرنة ولتحديثه.وقد اثبت الواقع العملي في فرنسي على كثرة التفويض في تسيير هذه المرافق .

لكن ما يجب الإشارة إليه، أن المشرع الفرنسي نص في هذا القانون على إمكانية أن تتجاوز مدة التفويض في هذه المرافق مدة 20 سنة لكن بعد دراسة مسبقة من طرف المدير الدائرة المالية العامة بمبادرة من السلطة المفوضة لتبرير تجاوز هذه المدة وتبلغ نتائج هذه المعاينة إلى أعضاء لجنة المداولات المختصة قبل كل مداولة متعلقة بالتفويض وذلك طبق لنص المادة 40 من قانون 95-101 المتعلق بحماية البيئة.⁽³⁾

إلى جانب التشريع سهر كذلك الاجتهاد القضاء الفرنسي على التأكيد على ضرورة تحديد المدة في عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري وأن عدم تحديدها يؤدي إلى بطلان العقد برمته⁽⁴⁾.

1- Arte 70 de la loi n°95-101, Op.Cit.

2-« *Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans...* ».Art 34 alinéa 2 de l'ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

3- Loi n95-101, Op.Cit. et voir aussi : COURBIS Camille, Op.Cit.,pp18-19.

4- صدر قرار حديث لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد في 8-4-2009 تحت رقم 271737 إذ سما بوضع حد للعقود التي كانت تمنح لمدة طويلة بشكل مفرط وذلك في قضية Olivert، إذ تدور القضية حول عقد تفويض أبرم بين الشركة العامة للمياه وبلدية Olivert، كان العقد المعروض على مجلس الدولة الفرنسي يتمثل في عقد تفويض لمدة 99 سنة، منح في عام 1933 ومن المقرر أن ينتهي في سنة 2032، قرر المجلس في هذه الحالة إبطاله.

- MINISTERE de budget des comptes publics de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, conséquences de l'arrêt commune d'olivert, direction générale des finances publique,7 décembre2010.

- CE, du 8 avril 2009, commune d'olivert, N°271737, publié au Recueil Lebon. www.ligifrance.gouve.fr.consulté le 08/06/2019.

2- نص القانون المغربي على مدة التفويض.

اكتفي المشرع المغربي بنص على ضرورة أن تبرم عقود تدبير المفوض لمدة محددة، ولم يلزم بتحديد مدد معينة وذلك في نص المادة الثانية من قانون المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة إذ جاء فيها: «يعتبر التدبير المفوض عقدا يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة تدبير مرفق عام...»⁽¹⁾.

ثانيا: إمكانية اللجوء إلى تمديد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بصفة استثنائية.

نص المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام على إمكانية تمديد عقود تفويض المرفق العام لكن حدد بشكل حصري الحالات التي يمكن تمديد التفويض وبالتالي كأصل غير جائز إلا استثناء وذلك لتكريس الشفافية والنزاهة في تفويض المرفق العام(1) وهذه الحالات نص عليها كل من المشرع الفرنسي والمغربي(2).

1-تنظيم القانون الجزائري لمسألة تمديد مدة عقد تفويض المرفق العام ذو الطابع

الصناعي والتجاري:على الرغم من أن المنظم الجزائري لم يقر هذه المسألة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلا أنه استدرك الأمر في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ، وكان هذا المرسوم أكثر تنظيما لمسألة تمديد مدة عقد التفويض، إذ أقر مجموعة من الشروط لإمكانية تمديد عقد تفويض المرفق العام وتتمثل في:

- أن يكون هناك حاجات لاستمرارية المرفق العام.
- حالة إنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية التفويض الأصلية.
- أن تمديد لا يكون إلا لمرة واحدة فقط.
- أن يكون التمديد بطلب من السلطة المفوضة.
- أن يتم التمديد بموجب ملحق⁽²⁾ إذ سمح المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام لسلطة المفوضة بإبرام ملاحق، واستثني أن ينصب هذا الملحق على موضوع

1 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

الاتفاقية أو إنجاز استثمارات أو خدمات تكون على عاتق المفوض له، أو تعديل مدة التفويض، لكن في نفس الوقت أقر استثناء عن ذلك وهي حالة تمديد اتفاقية التفويض عندما تتوفر الشروط الواجب توافرها فيها.

- ضرورة التقيد بمدد التمديد: أقر المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام لكل أسلوب تفويض مدة التي يمكن له التمديد وبالتالي لا يمكن تجاوزها تتمثل فيما يلي:
فيما يخص أسلوب الامتياز يمكن تمديد مدته إلى مدة لا تتجاوز 4 سنوات⁽¹⁾.
وفيما يخص أسلوب الإيجار يمكن تمديد مدته إلى مدة لا تتعدى 3 سنوات⁽²⁾ كحد أقصى.
والوكالة المحفزة يمكن تمديد لها لفترة لا تتعدى (2) سنة كحد أقصى⁽³⁾.

أما أسلوب التسيير فإنّ المرسوم لم يحدد إمكانية تمديد مدته، هذا يدفعنا إلى طرح السؤال هل أسلوب تسيير المفوض لا يتم فيه تحديد المدة بالمقارنة بأشكال التسيير الأخرى؟ أم أنه يمكن تمديده لدواعي استمرارية المرفق العام تطبيقاً لنص المادة 57 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام⁽⁴⁾ وهو الرأي الممكن الأخذ به.

عند انتهاء مدة عقد تفويض المرفق العام يمكن للمفوض له تمديد مدته لكن بتوافر الشروط المنصوص عليها في المرسوم. ويعد تقيد المرسوم لمسألة تمديد تفويض المرفق العام لهدف ضمان استرجاع السلطة المفوضة لممتلكاتها وللمرفق محل التفويض عند نهايته. أما مسألة تجديد عقد التفويض فلم يتطرق المرسومين إليها لكن رغم ذلك أقرت بعض النصوص القانونية الخاصة على أن تجديد عقد التفويض يكون بإتباع إجراءات جديدة وهو ما تضمنته المادة 14 من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط منح امتياز خدمات النقل البحري بنصها: «يجدد الامتياز حسب الأشكال نفسها...»⁽⁵⁾.

1 - انظر المادة 53 فقرة أخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - انظر المادة 54 فقرة أخيرة ، المرسوم نفسه.

3 - انظر المادة 55 فقرة أخيرة، المرسوم نفسه.

4 - تنص المادة 57 من المرسوم نفسه على أنه: «زيادة على حالات التمديد المنصوص عليها في المواد السابقة، يمكن تمديد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام لمدة سنة واحدة(1)، بموجب ملحق وبطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل، وذلك لحاجات استمرارية المرفق العام.»

5 - مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مرجع سابق.

2-تنظيم التشريعات المقارنة لحالات تمديد المدة التفويض.

لم يتضمن المشرع الفرنسي في قانون sapin إلا الحالات التي يجوز فيها تمديد عقد التفويض المرفق العام الصناعي والتجاري. أما التجديد فلم ينص عليه وبالتالي لا يمكن إلا بإبرام عقد جديد وبإجراءات جديدة أي لا يمكن عند انتهاء المدة المتفق عليها في عقد التفويض يقضي بتجديد الضمني عند انتهاء مدته فهذا لا يجوز أبدا⁽¹⁾.

في حين تضمن المشرع الفرنسي إمكانية تمديد مدة التفويض لكن لا يكون ذلك إلا في حالتين ويجب أن يصدر به قرارا من سلطة المفوضة وتمثل هاتين حالتين في:

أ- التمديد لمدة سنة واحدة فقط لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.⁽²⁾ نجد أن المشرع الفرنسي لم يحدد فيما تتمثل هذه الأسباب بدقة وإنما ترك للسلطة المفوضة السلطة التقديرية لتحديدها يمكن أن يتعلق الأمر مثلا: صعوبة ستواجه السلطة المفوضة في حالة تسير واستغلال مرفقها العام الصناعي والتجاري عن طريق أسلوب الإدارة المباشرة⁽³⁾.

ب- إذا كان المفوض له مضطرا من اجل حسن تنفيذ المرفق أو توسيع نطاقه الجغرافي وبناء على المفوض لتنفيذ الاستثمارات مادية غير واردة في العقد الأصلي من شأنها تعديل الاقتصاد العام للعقد ، ولا يمكن استهلاكها أثناء المدة الباقية للتفويض إلا نظير ارتفاع فاحش في الأسعار⁽⁴⁾، لكن لا يمكن التمديد في هذه الحالة إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط إذ حددها المشرع الفرنسي وتمثل في:

* أن تكون الاستثمارات ضرورية، وأن تكون السلطة مانحة التفويض قد طلبت تنفيذها.

* ألا تكون هذه الاستثمارات قد تم الاتفاق عليها في العقد الأصلي أي تكون جديدة.

* أن يكون من شأن هذه الاستثمارات تعجيل اقتصاد العام للتفويض ويكفي أن يؤدي إلى مجرد

التعديل وليس إلى قلب اقتصاديات العقد.

1 -AZRAFIL Lama, La durée des délégations de service public : l'exemple de la France et du Liban, thèse pour obtenir le grade de docteur, faculté de droit et science politique, spécialité : droit public, l'université Montpellier, 14 janvier 2015, p22.

2 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p 144.

3 - BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p73.

4 - AZRAFIL Lama, Op.Cit, p23.

*أن تكون الاستثمارات غير قابلة للاستهلاك خلال المدة المتبقية من العقد نظرا لزيادة الأسعار بشكل فاحش.

*أن تكون الاستثمارات ضرورية لحسن تنفيذ المرفق أو لتوسيع نطاقه الجغرافي ويشترط المشرع في هذه الاستثمارات أن تكون مادية⁽¹⁾.

كما تضمن المشرع المغربي في قانون تدبير المفوض نفس الحالات من أجل تمديد مدة تفويض المرفق العام وذلك طبقا لنص المادة 13 فقرة الثانية والثالثة والرابعة منه⁽²⁾.

وعليه نستنتج أن عقد تفويض المرفق العام يعد من العقود الزمنية ينقضي بانقضاء المدة المحددة له قانونا، وبالتالي فهو ليس ابدى وإنما يتم لفترة زمنية مؤقتة.

الفرع الثاني:

ضرورة احترام المبادئ التقليدية لحسن سير المرفق العام الصناعي والتجاري.

إن المرفق العام الصناعي والتجاري عند تنفيذ اتفاقية تفويضه يخضع إلى مبادئ المرفق العام التقليدية، وذلك تطبيقا للمرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إذ نص على ذلك في المادة 209 فقرة الثانية إذ جاء فيها: «...و زيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف»⁽³⁾ وأكدتها كذلك المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بنصها على انه: «...يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف...». يتضح من هذه المواد أن المنظم يلزم المفوض له بضرورة احترام هذه المبادئ التقليدية وذلك لكونها تضمن حماية مصلحة المنتفعين وبالتالي حماية المصلحة العامة التي هي الهدف الأساسي من المرفق العام الصناعي والتجاري. نتيجة لذلك ينبغي على المفوض له ضمان استمرارية المرفق العام الصناعي والتجاري (أولا) والمساواة بين كل المنتفعين (ثانيا) إلى جانب ضرورة إحترام مبدأ قابلية المرفق للتغير والتكيف (ثالثا).

1 - Loin° 2001-1168, Op.Cit.

2 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

3 -مرسوم رئاسي رقم 15-247، ، مرجع سابق.

أولاً: احترام مبدأ الاستمرارية.

لما كانت الخدمات العامة الاقتصادية التي يقدمها المرفق العام الصناعي والتجاري تمثل مجموعة من الحاجات الأساسية التي لا غنى عنها للجماهير، والتي يحتكر المرفق العام الصناعي والتجاري أداؤها فان توقف هذا الأخير عن أداء خدماته سوف يمثل مشكلة حقيقية يصعب إيجاد الحلول لها ومن هذه الحقيقة صيغت قاعدة الاستمرارية أداء الخدمات المرفقية بانتظام واطراد⁽¹⁾.

يعد مبدأ الاستمرارية من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المفوض له وذلك من خلال التزامه بأداء الخدمات العمومية بصفة مستمرة وبشكل منتظم ودون توقف⁽²⁾ نظرا لما ينجر عن توقفه من عواقب وخيمة على حياة المنفعين. لذا يقال أن "الاستمرارية من روح المرفق العام" وغالبا ما تحرص السلطة المفوضة على النص عليه في دفتر الشروط، لكن في حالة عدم النص عليه لا يعني عدم تطبيقه وإنما يطبق نظرا لارتباطه بالنظام العام المنظم لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري⁽³⁾.

ولا يعف المفوض له من الاستمرارية في تشغيل وإدارة المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض إلا في حالة القوة القاهرة أو في حالات استثنائية وهو ما كرسه المنظم الجزائري في نص المادة 33 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 08-، 53 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير، إذ أقر ضرورة استمرارية الخدمة العمومية للتطهير وعدم توقفها إلا في حالة التوقفات الطارئة أو التوقفات الخاصة⁽⁴⁾.

1 - بوحفص سيدي محمد، مرجع سابق، ص 208.

2- GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, Op.Cit, p410-411.

3 - فرطاس الزهرة، «المرفق العمومي بين تنوع معايير تقسيمه والمبادئ المتكئة في سيره»، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة احمد بن يحيى الونشريس، العدد الأول، جويلية 2016، ص 143.

- يعد هذا المبدأ ذات قيمة دستورية تم تجسيده في التعديل الدستوري لسنة 2016، في نص المادة 99 إذ جاء فيها: «الوزير الأول يسهر عى حسن سير الإدارة العمومية.»

4 - حددت هذه المادة هذه التوقفات بنصها: «يجب أن تسيير الخدمة العمومية للتطهير باستمرار ولا تتوقف إلا في الحالات الاستثنائية المذكورة أدناه.

التوقفات الطارئة: في حالة القيام بإصلاحات على مستوى الشبكة أو حوادث تتطلب تدخلا مباشرا، يتعين على صاحب الامتياز أن يأخذ كل التدبير اللازمة ويبلغ السلطة المانحة للامتياز في أسرع وقت.

كما اقر المشرع الجزائري ضرورة التزام المفوض له بتشغيل المرفق العام الصناعي والتجاري بصفة مستمرة وبصفة الديمومة في نص المادة 32 من ق. ب. ج (1). وأكدته المادة 8 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات أو تسييرها وذلك بصفة مستمرة وتوفير دوما انتظام في الخدمات للجميع المستعملين (2). يتضح من جل هذه المواد أن القانون الجزائري يقر بالزامية ضمان استمرارية المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض من قبل المفوض له، وذلك لهدف حماية المصلحة العامة.

ثانيا: احترام مبدأ المساواة.

حرص المشرع الجزائري على تكريس مبدأ المساواة في تنظيم تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري وجاء ذلك طبق لأحكام الدستور التي نص عليها بموجب المادة 32 منه إذ جاء فيها: «أن كل المواطنين سواسية أمام القانون...» والمادة 34 التي تنص على المساواة الأشخاص بشكل عام إذ جاء فيها: «تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية.» (3).

يتجسد مبدأ المساواة في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من خلال المساواة في معاملة المرتفقين وكذا المساواة أمام أعباء المرفق العام. ونظرا إلى أن المرفق العام الصناعي والتجاري مهيا لتحقيق المنفعة العامة فجميع الأشخاص يستفيدون منه بطريقة متساوية من خلال

التوقفات الخاصة: في حالة وجود أشغال التدعيم أو تحسين أو تمديد أو إنجاز توصيلات يجب إعلام المستعملين، قبل يومين على الأقل، بتوقف أشغال الخدمة العمومية للتطهير». دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 08-53، مرجع سابق.

1 - قانون رقم 98-05، مرجع سابق.

2 - تنص المادة 8 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات أو تسييرها على أنه: «يجب تسيير المنشأة القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات بصفة مستمرة وتوفير دوما انتظام في الخدمات لجميع المستعملين».

3 - قانون رقم 16-01، مرجع سابق.

المساواة في معاملة المرتفقين. يقضي هذا المبدأ أن يلتزم المفوض له بأن يقدم للمنتفعين على قدم المساواة الخدمة العمومية ودون تمييز بين واحد وآخر ولهذا المبدأ شكلين معروفين:

-تساوي المرتفقين أمام المنافع التي يوفرها لهم المرفق العام الصناعي والتجاري وكذلك حق كل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية والتنظيمية التي يفرضها قانون المرفق أن يحصل على الخدمات التي يقدمها المرفق العام الصناعي والتجاري ويترتب على هذا المبدأ نتائج وهي:

-تحتم على المفوض له أن يقدم الخدمات لكل شخص يرغب في ذلك طبقاً لشروط المنصوص عليها في القانون التنظيمي الذي يسير المرفق.

-عدم السماح للمفوض له أن يفضل بعض المرتفقين على البعض الآخر لاعتبارات شخصية، فان تكافؤ الفرص بالنسبة للمواطنين في الحصول على المناصب والوظائف العمومية يعد وجهاً آخر لهذه القاعدة⁽¹⁾.

يتبلور التزام المفوض له بضرورة احترام مبدأ المساواة في كل من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات وذلك في نص المادة 11 فقرة الأولى إذا أقرها صراحة «يتعين على صاحب الامتياز القيام بمعاملة متعاملي نقل المسافرين عبر الطرقات ومهما يكن القانون الذين يخضعون معاملة سوية أي لا يجب أن يقوم بتمييز بينهم وبالتالي لا بد ان يعاملهم معاملة سوية وإذا منح لمعامل الوطني امتيازات لا بد أن يمنح للمتعامل الأجنبي دون تمييز...»⁽²⁾.

ثالثاً: إحترام مبدأ قابلية المرفق للتغيير والتكيف.

يقصد بمبدأ قابلية المرفق العام الصناعي والتجاري للتغيير، مسايرة المرفق العام الصناعي والتجاري للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية والقانونية. ويتكيف بفعالية مع هذه المستجدات دون توقف،⁽³⁾ خاصة وأن حاجيات المنتفعين في تطور دائم.⁽⁴⁾ لذا لا بد من مواكبة هذه التطورات،

1 - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 221.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

3 - حسن محمد على حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 22.

4 - بوهالي نوال، مرجع سابق، ص 339-340.

وعليه ينبغي على المفوض في التفويض اتخاذ جميع التدابير الضرورية اللازمة بغية تكيف المرفق موضوع التفويض مع التطورات الحاصلة وهذا في إطار المصلحة العامة. وليس له ان يتخذ تدابير تستهدف خدمة مصلحته الشخصية على حساب مصالح الجمهور تحت ذريعة التكيف، بحيث يبقى للسلطة المفوضة حق تعديل أو إلغاء ذلك إذ لم يخدم ذلك مصلحة المنتفعين⁽¹⁾.

لأن المنتفعين لا يهمهم من يقدم الخدمة بقدر ما يهمهم الحصول عليها وفق أفضل المعايير وبأيسر السبل وقلل التكاليف. فان لم تقض حاجته على هذا النحو ولم تؤدي الخدمة بالإتقان، فإنه يتهم السلطة المفوضة بتقصيرها في ذلك.⁽²⁾ لذا يتم تطبيق هذه القاعدة عن طريق لجوء السلطة المفوضة إلى التفويض لتحقيق ذلك أو حتى إجراء تعديل بنود هذه الآلية قد تكون غالبا نتائج على الصعيد المالي⁽³⁾.

المطلب الثاني:

تحسين أداء المرفق العام الصناعي والتجاري.

من مميزات تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري هو إشراك الخواص في تسييره؛ إذ يتم الاستعانة أكثر بالخواص اللذين تتوفر فيهم المؤهلات التكنولوجية والخبراتية والأدوات، نظرا لاستعانة بالأهل الاختصاص هذا من شأنه تحقيق جودة الخدمات للمنتفعين (الفرع الأول) وهو ما أكده الواقع العملي من خلال أمثلة عن النماذج المعتمدة في هذا الشأن (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تحقيق جودة الخدمات للمنتفعين.

من الآثار المترتبة عن تفويض تسيير مرفق العام الصناعي والتجاري للفائدة الخواص هو تحقيق توفير خدمات ذات نوعية جيدة والتي تتحقق بفضل استخدام آليات العالية الجودة

1 - حسن محمد على حسن البنان، مرجع سابق، ص 23.

2 - محمود احمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة عين الشمس، 2010، ص 638.

3 - سليمان حاج غرام، «دور المبادئ العامة للمرافق العام المفوض في حماية حقوق المنتفعين»، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص ص 141-142.

من قبل المفوض له (أولاً). والتي يستفيد منها المنتفعين. وعند تحقيقها بأفضل جودة هذا من شأنه أن يؤثر بشكل ايجابي على المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض من خلال توطيد وتحسين علاقة المنتفعين بالمرفق العام الصناعي والتجاري (ثانياً).

أولاً-استخدام آليات عالية الجودة لهدف تحقيق جودة الخدمات.

إن التجربة التي مر بها تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري برر بوضوح عجز هذه الأخير عن تحقيق الأهداف المنشودة وضمان ديمومة الخدمات ونوعيتها.⁽¹⁾ في حين تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري للخواص يحقق تحسين أداء المرفق العام الصناعي والتجاري ومن حيث تلبية حاجات المواطنين والتي تتجلى في توفير جودة الخدمات، وهذا بالنظر إلى أن هؤلاء الخواص تتوافر فيهم المؤهلات التقنية والمعرفة الفنية، ناهيك عن إمتلاكهم لحقوق الملكية الفكرية في جانبها الصناعي كبراءة الاختراع والخبرة والإدارة الجيدة للمؤسسات والمرفق العام⁽²⁾.

فتقديم خدمات ذات نوعية التزم يقع على عاتق المفوض له إذ نصت عليه اغلب قوانين المرفق العام الصناعي والتجاري. ولعل من أمثلة ذلك: ما تنص عليه المادة الأولى من قانون البريد والاتصالات الإلكترونية إذ جاء فيها: «...يهدف هذا القانون على الخصوص، إلى ما يأتي:

-تحديد الشروط التي من شأنها تطوير وتقديم خدمات البريد والاتصالات الإلكترونية ذات نوعية مضمونة...»⁽³⁾. كما تضمنته المادة 2 فقرة الثانية من قانون المياه بنصها على أنه: «ترمي الأهداف التي تدعو الى استعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة إلى ضمان ما يأتي: -التزويد بالمياه عن طريق حشدها وتوزيعها بالكمية الكافية والنوعية المطلوبة...» ونصت عليه كذلك المادة 3 من القانون المتعلق بالكهرباء والغاز بنصها على انه يعتبر توزيع الكهرباء والغاز نشاط للمرفق العام. يهدف المرفق العام إلى ضمان تموين

1 -بوهالي نوال،مرجع سابق ص ص 341.

2 -إرزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص 28.

3 -قانون رقم 18-04، مرجع سابق.

بالكهرباء والغاز عبر مجموع التراب الوطني في أحسن شروط الأمن والجودة⁽¹⁾. كما أكد المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام على ضرورة التزام المفوض له باحترام معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية⁽²⁾.

مع التأكيد على أنه يقصد بمبدأ الجودة أو النوعية: بأنه حق المنتفع في الحصول على خدمة بأفضل نوعية وجودة وبأحسن الأسعار⁽³⁾. إن مبدأ الجودة على علاقة وطيدة بمبدأ قابلية المرفق للتكيف والتغير ومبدأ الشفافية، ويجد هذا المبدأ تطبيقاته إما بناء على نص قانوني أو بناء على بند تعاقد⁽⁴⁾.

يعد مبدأ تحقيق الجودة من المبادئ الحديثة التي تحكم المرافق العامة الصناعية والتجارية، والتي فرضته التطور العلمي والتقني وثورة المعلومات، ويعد منبع هذا المبدأ من النصوص المجموعة الأوروبية وتبنتها بعد ذلك عدة تشريعات ومنها المشرع الفرنسي⁽⁵⁾.

نظرا لأهمية هذا المبدأ لم يبق في التشريع الأوروبي بل انتقل إلى بعض الدول العربية والتي أعطت له قيمة دستورية، إذ يشهد لدستور المملكة المغربية لسنة 2011 دسترة هذا المبدأ في نص الفصل 154 إذ جاء فيها: «يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنين في الولوج إليها، والانصاف في تغطية التراب الوطني والاستمرارية في أداء الخدمات. و تخضع المرافق العمومية للمعايير الجودة والشفافية.»⁽⁶⁾.

يشكل تحقيق جودة الخدمات تجسيدا لرغبة السلطة المفوضة في تحديث وعصرنة مرافقها العامة الصناعية والتجارية خاصة بعد أن أصبحت هناك صفة جديدة للمنتفعين وهي

1 - قانون رقم 02-01، مرجع سابق.

2 - انظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3- GUGLIELMI Gilles, KOUBI Genevieve, Op.Cit, p 455.

4 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص94.

5- GUGLIELMI Gilles, KOUBI Genevieve, Op.Cit, p 455-456.

6 - دستور المملكة المغربية لسنة 2011، ج ر عدد 5964، مكرر الصادر بتاريخ 30 جويلية 2011.

صفة الزبون. فالمرافق العامة الصناعية والتجارية اليوم تسعى إلى إشباع خدمات الزبائن بتقديم خدمات منتجة ومشخصة⁽¹⁾ وبأقل الأسعار والتي يحققها أسلوب التفويض.

فإذا أخذنا على سبيل المثال مرفق المياه فهو يحتاج إلى تقنيين وخبراء لتحسين حسن الاستفادة من خدماتها لاسيما فيما يتعلق بقنوات صرف المياه وأساليب التطهير. لذا نجد أن الدولة الجزائرية لجئت إلى خواص أجنب للاستفادة منها في هذا المجال.

نص المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام على استعمال هذه التقنيات العالية في تفويض المرفق العام من خلال نص المادة 11 فقرة 2 بنصها على انه يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض والذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية.⁽²⁾ كما تم تأكيده في المادة 22 من نفس المرسوم عندما أقر ضرورة تأكيد السلطة المفوضة عند اختيارها للمفوض له بأنه يجب أن يكون ذلك الشخص الذي يقدم ضمانات كافية في مجال التقنيات العالية والجودة ذات الصلة بالتكنولوجيا والخبرة⁽³⁾.

كما نص على ذلك قانون المياه في المادة 104 فقرة 1 منه عندما تم التركيز على أن السلطة المفوضة عند اختيارها للمفوض له سواء كان عاما أو خاصا يجب أن يكون ذلك الشخص الذي يقدم ضمانات كافية في مجال التقنيات العالية والجودة⁽⁴⁾.

وهو ما نص عليه كذلك المشرع المغربي في المادة 7 من قانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض إذ جاء فيها: «يمكن لأي شخص يجيد استعمال تقنية أو تكنولوجيا من شأنها أن تكون مفيدة في تدبير المرفق العام، أن يقدم، بصفة تلقائية، ترشحه مصحوبا بعرض يتضمن دراسة جدوى تقنية واقتصادية ومالية إلى السلطة المختصة قصد اتخاذ قرار بشأن تفويض تدبير المرفق العام المعني»⁽⁵⁾.

1 - بوحفص سيدي محمد، مرجع سابق، ص 288.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - تنص المادة 22 فقرة 2 من المرسوم نفسه على انه: «ويجب على السلطة المفوضة، أثناء انتقاء المترشحين، التأكد من قدراتهم المهنية والمالية والتقنية بكل الوسائل المناسبة».

4 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

5 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

ثانيا-توطيد علاقة المنتفعين بالمرفق العام الصناعي والتجاري.

من النتائج المترتبة على استخدام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري استفادة المنتفعين من جودة الخدمات التي يوفرها المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض.

يعد انتفاع المواطنين من المرفق العام الصناعي والتجاري بموجب تفويضه إلى الغير خاصة عندما يكون الغير شخص خاص، أحد عناصر اكتمال أهداف وجود المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري. ونظرا إلى أن تفويض تسير المرفق العام الصناعي والتجاري لا يقتصر فقط على العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له بل هي مولدة لعلاقة ثلاثية، بحيث يصبح فيها المنتفع كطرف ثالث هو المستفيد من تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري (أ)، وهذا من شأنه تحسين علاقة المنتفعين بالمرفق العام الصناعي والتجاري. ولتوطيد هذه العلاقة تم تكريس له جملة من الحقوق لهدف حمايته(ب).

أ) مركز المنتفعين من المرفق العام الصناعي والتجاري.

يقصد بالمنتفع كل شخص يستحصل على خدمة من المرفق العام مقابل قيامه بدفع أتاوى أو رسوم أو ضرائب، مستخدما بذلك المنشآت الموجودة في إطار المهمة المرفقية⁽¹⁾. إن طبيعة العلاقة بين المنتفعين⁽²⁾ والمرفق العام الصناعي والتجاري هي من طبيعة عقدية وليست تنظيمية، وبالتالي يحكمها القانون الخاص⁽³⁾.

ب) تكريس حماية للمنتفعين من المرفق العام الصناعي والتجاري.

يستفيد المنتفعين من المرفق العام الصناعي والتجاري بجملة من الحقوق ولعل أهمها هو تقديم الخدمة العمومية التي ينتجها المرفق محل التفويض وأن يكون تقديمها دائما ومستمرًا وحياديا لكل جمهور المنتفعين والتي تسهر على حمايتها قواعد القانون الإداري من خلال المبادئ العامة

1 -وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص125.

2 -استعمل المشرع الجزائري عدة مصطلحات متباينة لتحديد المنتفع من الخدمات العمومية، إذ تارة يطلق عليه صفة المستعمل وتارة المنتفع وتارة الجمهور، ولم يوحد المصطلح لذا حذب على المشرع توحيد المصطلح ويوصفه بالمستهلك نتيجة لمواكبة التطورات الحديثة، فلم يعد الآن المنتفع من المرفق العمومي ذو الطابع الصناعي والتجاري ينتفع من الخدمة العامة فقط وإنما ينتفع من خدمة عمومية ذات جودة وبالتالي أصبح زبونا أو مستهلكا.

3 - قانون رقم 88-01، مرجع سابق.

التي تحكم المرافق العامة والمشار إليها أعلاه(مبدأ المساواة، مبدأ الاستمرارية، مبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل)، كما تم إقرار له حق المشاركة في تسيير المرفق(1) ويستفيد من حماية بموجب قواعد قانون الاستهلاك باعتباره يرتبط بالمرفق العام الصناعي والتجاري عقد من القانون الخاص (2).

1- إقرار مشاركة المنتفعين في تسيير المرفق الصناعي والتجاري: يعتبر مشاركة المنتفعين

في تسيير شؤون المرفق العام الصناعي والتجاري تطبيقاً لمبدأ الديمقراطية التشاركية المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 15 من التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي أقر مبدأ الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية. كما تضمنته أيضاً المادة 17 منه والتي تنص على انه: «يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية»⁽¹⁾.

تعرف الديمقراطية التشاركية على أنها مشاركة المواطنين في القرارات والسياسات التي لها تأثير مباشر على حياتهم بدل الاعتماد الكلي في هذه القضايا على الأعضاء المنتخبين، وبالتالي فإن هذه المشاركة من جانب المواطنين تتسم بالتفاعل المباشر والنشط، وتتم في إطار مجتمعات صغيرة بحيث تكون فرص التواصل بين الجماهير اكبر.⁽²⁾ بذلك يكون إشراك المنتفعين في تشغيل المرفق العام الصناعي والتجاري من خلال إبداء الرأي والملاحظات والاقتراحات⁽³⁾ هذا من شأنه توطيد علاقة الإدارة بالمواطنين.

وتهدف الديمقراطية التشاركية إلى إيجاد حل للأزمة التي تتواجد فيها الديمقراطية التمثيلية والاستجابة للمتطلبات الاجتماعية ولتجديد العلاقات الاجتماعية وتكريس المشاركة⁽⁴⁾.

نص المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام على مشاركة مستخدمي المرفق العام في تسيير المرفق العام محل التفويض وذلك من خلال: تقديم مجموع الاقتراحات والملاحظات التي

1 - قانون رقم 16-01، مرجع سابق.

2 - عقوبي مولود، « الديمقراطية التشاركية في المجالس المنتخبة المحلية»، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة احمد زبانه، 2016، ص ص204.

3 - بلحاجي أحمد، علاقة المواطن بالإدارة، مذكرة من اجل لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص ص68-69.

4 - عيساوي عزالدين، «الديمقراطية المحلية: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية»، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد12، العدد2، 2015، ص ص222-224.

بيديها في السجل الخاص الذي يلتزم المفوض له بفتحه للفائدة هؤلاء المنتفعين والذي تؤثر عليه السلطة المفوضة هو ما تم النص عليه في المادة 85 من المرسوم السالف الذكر إذ جاء فيه بشكل صريح: «يلتزم المفوض له، أثناء استغلال المرفق العام، بفتح سجل خاص يوضع تحت تصرف مستخدمي المرفق العام، بغرض تدوين شكاويهم واقتراحاتهم، ويكون مؤشرا عليه من السلطة المفوضة»⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد فقد أوجب المرسوم رقم 88-131 المنظم لعلاقات بين الإدارة والمواطن، على الإدارة الرد على كل الطلبات وشكاوي المواطنين التي توجه إليها⁽²⁾. ويعد هدف تكريس هذا المرسوم لتوطيد علاقة الإدارة بالمنتفعين، وذلك من خلال فرض جملة من الالتزامات على الإدارة لهدف حماية المواطنين من تعسفات الإدارة .

حمل المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام إجراء آخر يكفل تمتين علاقة الإدارة بالمواطنين وإقرار مبدأ مشاركة المنتفعين في استغلال المرفق العام هو تخويل المنتفعين حق إعلام السلطة المفوضة عن أي تجاوزات يمكن أن تحدث من قبل المفوض له كون هذا الأخير غالبا ما يكون من أشخاص خاصة هذا من شأنه السعي وراء تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح على حساب المنتفعين.

وهو ما نصت عليه المادة 86 من المرسوم السالف الذكر إذ جاء فيها: «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»⁽³⁾. يتضح من هذه المادة إقرار حق الإعلام كمظهر من

1-مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2- مرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 4 يوليو 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 6 يوليو 1988.

3- مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

مظاهر حماية المنتفعين من أي تجاوز يمكن أن يصدر من جانب المفوض له وهذا لهدف توطيد علاقة الإدارة بالمواطنين والقضاء على تخوفات المنتفعين، وكذلك لتكريس مبدأ ديمقراطية الإدارة. كما تم إقرار مبدأ الإعلام المواطنين في القسم الأول من الفصل الثاني من المرسوم رقم 88-131 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن تحت عنوان إعلام المواطنين وذلك بالتحديد في نص المادة 8 منه والتي جاء فيها: «يتعين على الإدارة أن تطلع المواطنين على التنظيمات والتدابير التي تسطرها. وينبغي، في هذا الإطار أن تستعمل وتطور أي سند مناسب للنشر والإعلام».⁽¹⁾

2- حماية المنتفعين بموجب قواعد قانون الاستهلاك: باعتبار أن العلاقة التي تربط المرفق العام الصناعي والتجاري بالمنتفعين تخضع للقانون الخاص كقاعدة عامة فمن البديهي أن تكون حماية المنتفعين من المرفق العام الصناعي والتجاري تتم بواسطة قانون الاستهلاك وبالتالي يستفيد المنتفعين من الحماية التي يوفرها هذا القانون ولعل أهمها: استفادة المنتفعين من حق الحصول على المعلومات والتي تكون عن طريق التزام المفوض له بإعلام: أن الحق في المعرفة أو الحق في الإعلام يشكل واحد من أهم الدعامات التي تشكل نسيج أية سياسة ناجحة تهدف لحماية المستهلك ويعد من أهم المبادئ الحمائية المقررة للمستهلك⁽²⁾.

يجد إلزامية إعلام المنتفع أساسه القانوني في نص المادة 84 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام عندما ألزم المفوض له بضرورة نشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية بخصوص استخدام المرفق العام ولاسيما منها مبلغ الأتاوى أو التعريفات وساعات العمل والمستفيدين المعنيين وذلك طوال مدة استغلاله للمرفق العام⁽³⁾ هذا من شأنه إقرار للمنتفعين الحق في الحصول على المعلومات وهو احد الحقوق المعترف بها للمستهلكين.

كما نص على هذا الحق المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات أو تسييرها وذلك بموجب نص المادة 22 منه إذ جاء فيها: «يتعين على صاحب الامتياز إعلام جمهور بالمواقيت والتسعيرات المتعلقة

1- مرسوم رقم 88-131، مرجع سابق.

2 - نوبري سعاد، «الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، العدد الثامن، جانفي 2016، ص ص 223-224.

3- انظر المادة 84 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

بالخدمة»⁽¹⁾ كذلك أقرته المادة 12 فقرة 3 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري إذ فرضت على صاحب امتياز خدمات النقل البحري للمسافرين في حالة إلغاء الرحلات المبرمجة بضرورة إعلام الزبائن عن ذلك⁽²⁾.

نستنتج في الأخير أن مختلف النصوص القانونية المنظمة لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري سواء على المستوى الوطني أو على المستوى المحلي سهرت على تكريس مجموعة من أساليب حمائية لفائدة المنتفعين خاصة من خلال فرض التزام المفوض له بضرورة توفير المعلومة للمنتفعين عن طريق الإعلان أو النشر الغاية منه. وذلك لهدف القضاء على اختلال التوازن بين المفوض له والمنتفعين وبالتالي حماية هذا الأخير باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

الفرع الثاني:

نماذج عملية لدور تفويض المرفق العام في تحسين أداء الخدمات للمنتفعين.

من أجل رفع الكفاءة التسييرية للمرافق العامة الصناعية والتجارية في الجزائر لجأت الدولة إلى إبرام العديد من اتفاقات تفويض المرفق العام سواء مع مستثمرين وطنيين وكذا مع مستثمرين أجانب. لكن من الناحية العملية أغلب التطبيقات كانت مع مستثمرين أجانب لهدف الاستفادة من الإمكانيات التقنية والفنية التي يتمتعون بها وكذا لتحديث أنماط التسيير وعصرنتها، ولعل أهم النماذج التطبيقية التي عرفته هي تفويض خدمات تسيير المياه والتطهير (أولا) وكذلك تفويض خدمات النقل (ثانيا).

أولا: تفويض خدمات تسيير المياه والتطهير.

تطبيقا لنص المادة 104 من قانون المياه تم تفويض خدمات تسيير المياه والتطهير في كبري المدن الجزائرية إلى هيئات أجنبية ذات تجربة عالية في المجال، إذ لقيت بعضها نجاح ولازالت إلى حد الساعة هي المكلفة بتسيير خدمات المياه والتطهير وهناك من النماذج التي لقيت فشلا في التسيير. ومن أهم هذه النماذج التطبيقية للتفويض خدمات المياه:

1 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2 - دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري، الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 08-57، مرجع سابق.

1- من أهم التجارب الناجحة في تسيير المرفق العمومي للمياه والتطهير بأسلوب التفويض في الجزائر هي: أ[عقد تسيير المفوض لخدمات المياه لمدينة الجزائر الموقع بين الشركة الفرنسية suez-environnement⁽¹⁾ والجزائرية للمياه والديوان الوطني لتطهير، هذا العقد خاص بتسيير شبكة تزويد بالماء الشرب والتطهير للعاصمة والولايات المجاورة الموقع في نوفمبر 2005 عن طريق التراضي لمدة 5 سنوات ونصف، دخل حيز التنفيذ في 1 مارس 2006.

تم النص في الاتفاقية على أن تتكفل الشركة بمهمة إدارة وتشغيل وصيانة مرفق المياه والصرف الصحي في الجزائر العاصمة، سمح هذا العقد بإنشاء شركة المياه والتطهير للجزائر العاصمة سيال الخاضعة للقانون الجزائري.⁽²⁾ والتي يحوز على أسهما كل من الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير إلى جانب المتعامل الفرنسي suez-environnement والتي هي شركة مساهمة.⁽³⁾ يعمل الشركاء الثلاثة بضمان تموين الجزائر العاصمة بخدمات المياه والتطهير وتسيير محفظة الزبائن وفق المعايير الدولية بهدف توفير الماء الشروب للمستعملين على مدار 24/24 ساعة مع تحسين خدمات التطهير بالمدينة كما ضمن هذا العقد تحويل الخبرة من الشركة الفرنسية suez-environnement إلى طاقم سيال، كما سمحت هذه الشراكة بتعزيز كفاءة الإطارات الجزائرية،

1 - نقلا عن عطار نادية، التسيير العمومي الجديد كأداة لتحسين القطاع العام، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، الميدان: علوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الفرع: العلوم الاقتصادية، تخصص: تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص106.

2 - AHMANE Kheira, le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister en droit public économique, faculté de droit, Université d'Oran, 2014-2015, p119-120.

3 - عرف المشرع الجزائري شركة المساهمة في المادة 592 (معدلة) من القانون التجاري الجزائري على أنها الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم. ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة. لكن هذا الشرط لا يطبق في على شركات ذات رؤوس أموال عمومية، وهو ما نجده مطبق في حالة شركة سيال.

تعد هذه الشركة تجارية بحسب شكلها أي كان موضوعها، تدخل المشرع بتحديد رأسمالها بمقدار خمسة مليون دينار جزائري على الأقل إذا ما لجأت الشركة للاكتتاب العام ومليون دينار في حالة لجوءها إلى الاكتتاب الخاص وعليه فشركة المساهمة هي الشركة التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي، بل على الاعتبار المالي، إذ فيها العبرة بالحصصة المالية التي يقدمها الشريك هذا طبقا لنص المادة 594 فقرة الأولى من القانون التجاري . أمر رقم 75-59، مرجع سابق.

وكذا إرساء الانضباط والجدية وتحسين مردودية المرفق.⁽¹⁾ ونظرا لنجاح هذا العقد تم تجديده مرتين: المرة الأولى في سنة 2011 على أن ينتهي في 2016 وقدرت قيمة هذا العقد الثاني ب 107 مليون أورو وقد تم توسيع نشاط شركة Seaal في العقد الجديد ليشمل تسيير نفس القطاع بولاية تيبازة إضافة إلى أنظمة الإنتاج والربط سد تاقصبت والجزائر، وكذلك يسر وقدارة وقد ركز الطرف الجزائري في هذا العقد بقوة على الجانب الخاص بضمان نقل المعرفة الفعلية وتحويل التكنولوجيا وذلك عن طريق التكوين المتواصل لإطارات ومستخدمي الشركة من خلال سفريات التكوين والتكوين التطبيقي.

المرة الثانية نظرا لنتائج المرضية التي حققها هذا النموذج الجديد في تسيير خدمات المياه في الجزائر تم تجديده مرة ثانية لمدة سنتين على أن ينتهي في 2018⁽²⁾. بحلول 2018 نالت للمرة الأخرى كل من المؤسسة الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير موافقة وزارة الموارد المائية من أجل تجديد عقد تسيير المفوض للخدمات العمومية للمياه والتطهير بكل من ولاية الجزائر وتيبازة مع الشركة الفرنسية suez-environnement، يتعلق العقد الذي تم توقعه لمدة 3 سنوات بأداء خدمات المياه والتطهير بكل من الولاية السالفة الذكر وكذا موافقة المتعاملين العموميين الوطنيين قصد نقل الخبرات وإنشاء مدرسة وطنية لتسيير وإدارة المياه والتطهير⁽³⁾.

يهدف الاتفاق الجديد إلى متابعة ما تم إنجازه في العاصمة وتحديد أهداف جديدة خاصة بتحسين الشبكات وأداء المرفق وإرضاء الزبائن بكل من الولايتين، كما يهدف إلى نقل الخبرات وإدارة عمل شركة سيال. وقصد بلوغ الأهداف الجديدة قدمت شركة suez-environnement حلول خاصة تتمثل في Tm.aquadvanced بشبكات المياه الصالحة للشرب وشبكات التطهير وحقول مياه الآبار، وبفضل تركيب أجهزة الاستشعار التي تم تركيبها على مستوى الشبكات والآبار إضافة إلى تمويل بأساليب عصرية ستساهم هذه الحلول في تحقيق إدارة فعالة.

1 - محسن زوييدة، التسيير المتكامل للمياه كأداة لتنمية المحلية المستدامة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية والتجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قصدي مرياح ورقلة، ص186.

2- AHMANE Kheira, Op.Cit, p 129.

3- Revue de presse, 11 octobre 2018, p12, www.fce.dz. Consulté le 20/12/2018.

كما نص في هذا العقد الجديد على أن ترافق الشركة الفرنسية المتعاملين الوطنيين للجزائرية للمياه في مجال تموين بالمياه الصالحة لشرب وللدیوان الوطني للتطهير في مجال الصرف الصحي من خلال تحسين الأداء التقني عبر تشخيص ووضع خطط عمل استراتيجية وإنشاء دعم تقني محدد، كما ستراقبهم في إنشاء مدرسة وطنية لتسيير وإدارة المياه والتطهير وتطوير خطط التدريب المؤهلة⁽¹⁾.

لكن رغم النتائج المرضية التي حققها العقد إلا انه يعرف عدة انتقادات من قبل المستهلكين خاصة بسبب ارتفاع تكاليف الخدمات. في حين كان الهدف من التفويض هو تقديم خدمات ذات نوعية جيدة وبأقل التكاليف، وعليه إن حقق هذا العقد توفير للزيائن خدمات ذات نوعية جيدة من جهة إلا انه من جهة أخرى رفع من تكاليفها⁽²⁾.

كما استقادت ولاية وهران بعقد تفويض تسيير خدمات المياه والتطهير ابرم بين المؤسستان العموميتان الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير مع الشركة الإسبانية Agbar⁽³⁾ وذلك في 1 افريل 2008 لمدة خمس سنوات ونصف، أسست شركة SEOR التي أشرفت منذ إنشائها على تسيير خدمات المياه بالولاية بالتعاون مع خبراء شركة Agbar.

تم الاتفاق على أن تقوم الشركة الإسبانية المفوضة خلال ستة أشهر الأولى من العقد على تشخيص الوضع الذي تعانيه خدمات المياه والتطهير بالولاية مع وضع خطط استراتيجية عمل ملائمة يتم تنفيذها خلال 5 سنوات⁽⁴⁾.

أسفر هذا العقد عند نهايته على نتائج مرضية سواء من حيث تحقيق:

-تحديث وتحسين خدمة الزيائن من خلال انتهاج سياسة اتصال فعالة مع الزيائن وذلك من حيث توفير وسائل الراحة، توفير خلايا للاستماع وقنوات لنقل انشغالات واستفسارات المواطنين، وضع

1- Revue de presse, 11 octobre 2018, p12, www.fce.dz. Consulté le 20/12/2018.

2 - محسن زبيدة، مرجع سابق، ص 187.

3- إن شركة اقباز هي شركة إسبانية أنشأت سنة 1867، وهي فرع للمجمع الفرنسي سوزي للبيئة، مقرها الاجتماعي بمدينة برشلونة بإسبانيا، تحتل المرتبة الأولى في السوق الإسبانية، تحتكر توفير خدمتي المياه والتطهير في 1000 بلدية من بين 8000 بلدية بإسبانيا، وتتكفل بنسبة 42% من حجم السوق الإسبانية المسيرة من طرف الخواص، وتستثمر في أكثر من 140 دولة. الشيكو سليمة، عقد تسيير المفوض، للمرفق المياه، مذكرة ماجستر، دولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010، ص 39.

4 - بورداد مصطفى، مرجع سابق، ص 73.

تحت تصرف زبائنها رقم اخضر متصل مباشر بمركز استقبال الهاتفى بإمكان الزبائن الاستفسار ونقل شكاويهم وتساءلا تهم فيما يخص المياه والصرف الصحي(الفواتير، التسعيرات، نوعية الماء).

- توسيع نطاق التغطية من حيث إقامة مشاريع تجديد محطات الضخ وزيادة موارد مائية. -
تحسين نوعية الخدمة المقدمة من حيث ضمان استمرارية الخدمة على مدار 24 ساعة في وهران وتوفيرها وفق معايير مياه الصالحة للشرب.

- تكوين إطارات وتدريب العمال ونقل المعرفة.(1)

ب[إلى جانب هذه التجربة الناجحة هناك من التجارب التي لم تحقق نجاحا أهمها عقد تسيير المفوض المبرم بين الجزائرية للمياه لولاية عنابة والطارف والمتعامل الألماني Gelssenwasser ذلك في 17 ديسمبر 2007 لمدة 5 سنوات ونصف دخل حيز التنفيذ في بداية 2009 من اجل ترقية نوعية الخدمة العمومية لتوزيع مياه الشرب والتطهير. ويتعهد المتعامل الألماني حسب بنود العقد بنقل التكنولوجيا نشاطات توزيع المياه الشرب والتطهير وضمان استغلال الأمثل للثروة المائية والقضاء نهائيا عن مشكل التسريبات والعمل على ترقية توزيع مياه الشرب. (2) لكن للأسف لم يلق هذا العقد نجاحا مقارنة بالعقد الأول لذلك تم فسخه من الجانب الجزائري بسبب عدم وفاء الشركة الألمانية بالتزاماتها التعاقدية وذلك في أبريل 2011 بعد أن تلقت الشركة الألمانية ثلاثة إعلانات، وذلك على أساس تقييم اثبت ضعف التسيير وعدم تحقيق الأهداف المسطرة ونقائص الكبرى على مستوى توزيع المياه والتأطير والتكوين، لكن عرض النزاع على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI في اكتوبر 2012(3).

ما يمكن قوله فيما يتعلق بمختلف التجارب الجزائرية في مجال تفويض خدمات المياه نجد أنها كلها فوضت بموجب عقد التسيير ونعلم أن هذا العقد وتمويل هذا المشروع كان من قبل الدولة

1-لكحل الأمين، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الجزائر، دراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهران.seor، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، في العلوم الاقتصادية، الميدان: العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، الفرع: العلوم الاقتصادية، تخصص: تسيير المالية العامة كلية العلوم، كلية العلوم الاقتصادية علوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص128-160.

2- AHMANE Kheira, Op.Cit, p127.

3-نقلا عن نايل صونية، نموذج الشراكة الاستراتيجية بين المؤسسات العمومية المسيرة لخدمات المياه والقطاع الخاص في الجزائر، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة، العدد 23، مارس 2018، ص ص 53-66.

لذا كان من الأحسن على الدولة اللجوء إلى الأشكال أحر للتفويض مثلا اللجوء إلى أسلوب الإيجار أو الامتياز باعتبار انه بموجب عقد التسيير كان اغلب المخاطر يتحملها الشخص العام، والمقابل المالي كان على عاتقه كذلك.

ثانيا: تفويض خدمات النقل الجوي.

بهدف توفير الشروط الكفيلة بتطوير النقل الجوي واستجابة لاحتياجات المنتفعين في أحسن ظروف الأمن والاقتصاد والفعالية نظم القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني ثلاثة أنواع من نشاطات المرفق النقل الجوي تتمثل في:

- البناء الطيرانى والرقابة التقنية وصيانة الطائرات وهذا المجال محتكر من قبل الدولة.
- المطارات والمحطات الجوية ومحطات الطوافات.
- الخدمات الجوية⁽¹⁾.

تطبيقا لنصوص المواد 115 و116 و117 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران

المدني، تم إبرام ثلاث اتفاقيات امتياز استغلال خدمات النقل الجوي ويتعلق الأمر بكل من:

أ[اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي مع شركة الخليفة للطيران: التي أبرمتها السلطة المكلفة بالطيران المدني والتي تتصرف لحساب الدولة وتدعي السلطة مانحة الامتياز من جهة وشركة الخليفة للطيران وتدعي صاحب الامتياز(رفيق عبد المومن خليفة) من جهة أخرى، بتاريخ 1 جويلية 2001، وذلك لمدة 10 سنوات. وتكون هذه الشركة مسؤولة عن إدارة الاستغلال وضمانه⁽²⁾. لكن للأسف لم يكتمل أهداف هذه الاتفاقية إلى نهايته إذ تم فسخها نظرا للخلافات التي حدثت بين

1 - قانون رقم 98-06، مرجع ساق.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 02-40، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة لطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق لها، ج ر عدد4 الصادر في 16 جانفي 2002.

السلطات الجزائرية والرئيس المدير العام لشركة خليفة للطيران، والاختلاسات التي اتهم فيها سواء في مجال الاستثمار في نشاطات الطيران المدني وكذا في مجال البنوك⁽¹⁾.

ب] اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي مع شركة أنتينيا للطيران: التي أبرمتها كذلك السلطة المكلفة بالطيران المدني في نفس التاريخ وللمدة نفسها التي أبرمت فيها الاتفاقية الأولى وكانت مع شركة أنتينيا للطيران التي هي تابعة لمجموع خليفة للطيران.⁽²⁾ لذ تم كذلك إلغائها في نفس الفترة⁽³⁾.

ج] اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي مع شركة إيكواير الدولية: التي أبرمت بين السلطة المكلفة بالطيران المدني وشركة إيكواير الدولية⁽⁴⁾ وكذلك لنفس المدة وفي نفس التاريخ التي أبرمت فيها الاتفاقيتين السابقتين، هي كذلك تم إلغائها⁽⁵⁾ في نفس فترة إلغاء الاتفاقيتين السابقتين.

ما يمكن ملاحظته، أن الدولة الجزائرية في كل نماذجها المطبقة لتفويض تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري قد فوضته بموجب شكل واحد ألا وهو عقد الامتياز ، إضافة إلى تفويضها دائما للفائدة مفوض له أجنبي ولم يتم تفويض لفائدة شخص وطني، وكان وراء كل ذلك خلفيات كبيرة تتمثل في اختلاسات كبيرة للمال العام والتي أثرت بشكل سلبي على تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري وعلى الخزينة العمومية ككل. وبالتالي تكرر الفساد وإهدار المال العام والدليل على ذلك أن أغلب هذه النماذج المكرسة لم تنجح كلها وإنما بعضها فقط

1 - مرسوم رئاسي رقم 03-403، مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران الخليفة للطيران وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر عدد 68، صادرة في 9 نوفمبر 2003.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 02-41، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر عدد 4، الصادر في 16 جانفي 2002.

3 - مرسوم رئاسي رقم 03-404، مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران أنتينيا للطيران، وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر عدد 68، صادرة في 9 نوفمبر 2003.

4 - مرسوم تنفيذي رقم 02-42، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "إيكواير الدولية" وكذا دفتر شروط المرفق لها، ج ر عدد 4، الصادر في 16 جانفي 2002.

5 - مرسوم رئاسي رقم 03-405 مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران إيكواير الدولية وكذا دفتر الشروط المرفق لها، ج ر عدد 68، صادر بتاريخ 9 نوفمبر 2003.

الفصل الثاني:

تعزيز تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بضمانات قانونية.

إن تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري لفائدة الغير لا يعني تخلي الدولة عن ملكية المرفق محل التفويض، وإنما تبقى مسؤولة عنه. فقط المستجد هو تنازل الدولة عن جزء من صلاحيتها في شقها المتعلق بالتسيير من باب أنها غير متخصصة في هذا المجال، وكذا لتفرغ لوظائفها الأخرى.

تسعى السلطة المفوضة من وراء تفويضها تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري للفائدة الغير الوصول إلى مرحلة تنفيذ موضوعها، كالالتزام يقع عليها باعتبارها المكلفة بتلبية حاجات المنتفعين. لذلك من الطبيعي أن تسعى جاهدة لحماية المرفق محل التفويض والسهر على حسن سيره بانتظام واطراد وذلك عن طريق تكليف السلطة المفوضة بممارسة سلطاتها غير المألوفة (المبحث الأول). غالبا ما يتم اللجوء إلى التفويض لتسيير مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري فإنه حتما ما تثار عنه عدة منازعات بشأنها والتي يتم تسويتها بطرق مختلفة سهر القانون على تحديدها (المبحث الثاني). نظرا إلى تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري للفائدة الغير ليس ابدى وإنما يكون لمدة زمنية مؤقتة حدد القانون حالات انقضاء تفويض المرفق العام وذلك لتأكيد ضمان استرجاع السلطة المفوضة لاستثمارات وممتلكات المرفق العام محل التفويض عند انقضاء التفويض (المبحث الثالث).

المبحث الأول:

تكليف السلطة المفوضة بممارسة سلطاتها غير المألوفة .

الأصل أن تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري يكون من قبل الأشخاص المعنوية العامة، لكن بعد إثبات هذا النوع من أساليب التسيير عجزها عن تسيير هذا النوع من المرافق. ومن أجل تحقيق المردودية ونجاعة المرفق العام الصناعي والتجاري تم تفويضها إلى أشخاص غالبا ما تكون أشخاص خاصة. ولحماية حقوق المنتفعين من تلاعبات القطاع الخاص ولضمان الحصول على خدمات عمومية ذات جودة وبأقل التكاليف، أخضعتها النصوص القانونية المنظمة لها للرقابة صارمة وشديدة لضمان مردودية عالية للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض (المطلب الأول)، الى جانب تخويل السلطة المفوضة سلطة تعديل اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بالإرادة المنفردة و سلطة توقيع الجزاءات (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تشديد الرقابة على تنفيذ تفويضات المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

تعتبر آلية الرقابة أحد العوامل الهامة في إنجاح أسلوب التفويض لتسيير المرافق العامة الصناعية والتجارية، وذلك لكونها تبعث نوع من الأمان في إنجاح سياسة الدولة في تحديث وعصرنة مرافقها العامة لاسيما فيما يتعلق بإدارتها.

فرضت مختلف النصوص المنظمة للتفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري سواء المحلية أو الوطنية رقابة متعددة الجوانب ومن جهات مختلفة والتي تتمثل: في رقابة المفوض له من قبل السلطة المفوضة (الفرع الأول). ورقابة خارجية (الفرع الثاني). لم يكتف القانون بفرض هذه الرقابات بل استحدثت هيئات متخصصة في الرقابة على غرار سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (الفرع الثالث) وسلطات الضبط الاقتصادية (الفرع الرابع).

الفرع الأول:

رقابة المفوض له من قبل السلطة المفوضة.

يقوم حق السلطة المفوضة في الرقابة على تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري على أساس القاعدة التي تقضي بضرورة سير المرفق العمومي الصناعي والتجاري

بانتظام واطراد، لشفافية وفعالية تسيير المفوض يستوجب لها سلسلة من الرقابة. نبدأ بتلك التي تمارسها السلطة المفوضة بنفسها مباشرة على المفوض له والتي لا بد من التطرق إلى مفهومها (أولاً)، وتنظيمها القانوني (ثانياً)

أولاً: مفهوم رقابة السلطة المفوضة على المفوض له.

يعد مبدأ رقابة السلطة العامة على تسيير الخدمة العمومية من المبادئ المسلم بها تقليدياً من قبل الفقه، وأعتبرها من القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية⁽¹⁾. ونظر لتكيف اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري على أنها من العقود الإدارية، فإن للسلطة المفوضة لها الحق في هذه الرقابة هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن لجوء السلطة المفوضة إلى تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري لفائدة الخواص لا يعني تنازل أو تخلي السلطة المفوضة على المرفق محل التفويض، فليس من شأن الأسلوب المعتمد لتسييره أن يؤثر على طبيعة المرفق العام، أو أن يزيل دور الدولة في الرقابة وتحمل المسؤولية⁽²⁾. (ب) تبقى ضامنة ومسؤولة أمام الأفراد عن تسييره واستغلاله،⁽³⁾ إذ تبقى رقابة الشخص المعنوي العام قائمة وفقدانها يعني فقدان ركن أساسي من أركان المرافق العامة⁽⁴⁾.

تعد رقابة السلطة المفوضة على المفوض له خاصية من خصائص عقود تفويض المرفق العام، لأنها تدل على أصالة تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري من طرف السلطة المفوضة.⁽⁵⁾ إذا يجب أن تحتفظ بسلطة الرقابة التي تدخل في صلاحيتها التنظيمية حتى تراقب كيفية تنفيذ المرفق محل التفويض، وتستمد هذه الصلاحية باعتبارها مالكة للمرفق محل التفويض؛ إذ لم تتنازل عنه كلياً وإنما تنازلت فقط على جزء من صلاحيتها في شقها المتعلق بالتسيير، لذلك

1- BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit,p207.

2- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Op.Cit, p92

3- BOITEAU Claudie, «Délégation de service public»,Op.Cit, p p 19.

4 - عبد الحميد الشورابي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 35-36.

5- BEZANCON Xavier et Cuchiarini Christian et COSSALTER Philippe, Op.Cit, p 320.

تتمتع بسلطة واسعة في إجراء رقابتها على المفوض له باعتباره المسير للمرفق العام الصناعي والتجاري المالك لسلطة المفوضة أصلاً⁽¹⁾.

في هذا الصدد يقول مفوض الحكومة Josse بأن امتياز المرفق العام يقوم على معادلة تتمثل فيما يلي: «أن صاحب الامتياز يسير المرفق والسلطة المفوضة تراقب»⁽²⁾.

تمارس السلطة المفوضة هذه الرقابة على المفوض له دون حاجة لنص عليها في اتفاقية التفويض أو في دفتر الشروط بل تمارسها ولو نص في العقد على استبعادها. وإذا نص عليها عقد التفويض فإنها لا تستمد وجودها منه، لأن الرقابة تستمد أساسها من فكرة المرفق العام ومسئولية السلطة المفوضة عن إدارته وحسن سيره⁽³⁾.

إن الهدف الأساسي من فرض هذه الرقابة هو تحقق السلطة المفوضة من احترام المفوض له لشروط المتفق عليها سواء من الناحية المالية أو من الناحية الفنية وكذلك من أجل تأمين متابعة تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري⁽⁴⁾. غير أن هذه السلطة ليست مطلقة، إذ على السلطة المفوضة الالتزام بعدم التعسف في استعمالها، ويلجأ القضاء إلى معيارين لتعين حدود هذه السلطة:

-يتمثل المعيار الأول في: انه لا يجوز أن تؤدي الرقابة إلى تغير طبيعة عقد التفويض ليصل بهذا التعديل إلى نوع من الاستقلال المباشر.

-أما المعيار الثاني: فيتجسد في أن رقابة السلطة المفوضة تقتصر على النشاط دون التدخل في الوسائل التي يستعين بها المفوض له في إدارته للمرفق⁽⁵⁾.

1- VINCI Nathalie, Op.Cit, p8-9.

2 - نقلا عن حماد هبدي الرازي حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 540.

3 - الشرقاوي سعيد ، مرجع سابق، ص 454.

4- ZOUAIMIA Rachid, «La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015», Op.Cit, p p 26-27.

5 - صابر زكي إمام عبد اللا، مرجع سابق، ص 55.

ثانيا: التنظيم القانوني لرقابة السلطة المفوضة على المفوض له.

إلى جانب الفقه الذي أولى الأهمية لمبدأ رقابة السلطة المفوضة على المفوض له، حرصت التشريعات هي الأخرى على الإقرار بها وتنظيمها وذلك سواء في القانون الجزائري(1) أو في القوانين المقارنة (2).

1) في القانون الجزائري.

أخضع القانون الجزائري تنفيذ عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لرقابة السلطة المفوضة بصفة عامة والمفوض له بصفة خاصة، وقد تم النص على ذلك في المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. فبالنسبة لعقد الامتياز فرضت المادة 210 بصريح العبارة رقابة السلطة المفوضة لكون أن المفوض له يستغل المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته. في حين بالنسبة لعقد الإيجار نجد أن المادة 210⁽¹⁾ لم تتضمن أية إشارة لرقابة السلطة المفوضة وهو ما يدفع إلى الحيرة خاصة أنه في إطار عقود الإيجار يتقاضى المفوض له أجره تسييره للمرفق العام وصيانته من خلال تحصيل الأتاوى من منتفعي المرفق العام دون أي إشارة إلى تدخل السلطة المفوضة في تحديد التسعيرة التي يدفعها مستعملو المرفق.

أما بالنسبة للوكالة المحفزة فان السلطة المفوضة تحتفظ بإدارة المرفق العام ويقوم المفوض له بتسييره وصيانته فيستغل المرفق العام لحساب السلطة المفوضة، ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام من طرف السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، ويقوم هذا الأخير بتحصيل التعريفات لحساب السلطة المفوضة.

إلى جانب هذا العقد نجد أن السلطة المفوضة تحتفظ بإدارة المرفق العام المفوض عن طريق عقد التسيير ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام من طرف السلطة المفوضة، على أن يتم تحصيلها من طرف المفوض له لحساب السلطة المفوضة⁽²⁾. يعاب على هذا المرسوم عدم النص على هذه الرقابة في عقود تفويض المرفق العام عن طريق عقد الإيجار والذي استدركه المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

1 - انظر المادة 210 فقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق

2 - المادة 210 فقرة الرابعة والأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

إذ أكد المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العام على رقابة السلطة المفوضة على المفوض له بموجب المادة 51 إذ تنص على أنه: «تكون رقابة السلطة المفوضة على التسيير والخدمات. ويتم تحديدها حسب حجم الخدمات التي يتولاها المفوض له، قصد الحفاظ على مبادئ تسيير المرفق العام المذكور في المادة 3 من هذا المرسوم في مستويين اثنين: المستوى الأول: هو الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة رقابة كلية على المرفق العام موضوع التفويض، عندما تحتفظ بإدارته.

المستوى الثاني: هو الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة رقابة جزئية على المرفق العام، موضوع التفويض، عندما يتولى المفوض له الإدارة والتسيير. »⁽¹⁾. حددت هذه المادة مستويات رقابة السلطة المفوضة وقسمتها إلى رقابة جزئية ورقابة كلية، إذ خولت السلطة المفوضة بموجب عقد الامتياز والإيجار رقابة جزئية. أما بالنسبة لعقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير خولت السلطة المفوضة في هذه الحالة رقابة كلية. وعليه إن أوسع صورة للرقابة على المرفق المفوض هو حينما تحتفظ السلطة المفوضة بإدارة المرفق العام الصناعي والتجاري وهو أمر نجده في هذين العقدين الأخيرين (الوكالة المحفزة وعقد التسيير). وما يبرر ذلك نظرا للمسؤوليات الملقاة على عاتق المفوض له، إذ في الامتياز والإيجار يتحمل عدة التزامات لذلك الرقابة فيه تكون جزئية، في حين عندما يتم التفويض بموجب الوكالة والتسيير التزمات الملقاة على عاتق المفوض له ليست كبيرة لذا تمارس عليه الرقابة الكلية.

كما خصص تنظيم تفويضات المرفق العام قسم خاص للرقابة السلطة المفوضة وهو القسم الثاني تحت عنوان: الرقابة البعدية لتفويضات المرفق العام لكنه تضمن مادتين فقط وهي المادة 82 و83. حرص هذا المرسوم على تشديد رقابة السلطة المفوضة على المفوض له وذلك من خلال تحويلها رقابة ميدانية للمرفق العام محل التفويض. كما تعتمد رقابة السلطة المفوضة على المفوض له عن طريق إلزام المفوض له بتقديم معلومات دورية له مثلا عن طريق تقديم تقرير سنوي الذي يجب أن يشمل الجوانب المالية للاستغلال⁽²⁾. وهو ما أقره كذلك قانون المياه بموجب نص المادة

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Op.Cit, p94.

109 منه إذ جاء فيها: «يجب على صاحب الامتياز تقديم تقرير سنوي لسلطة المانحة الامتياز، يسمح بمراقبة شروط تنفيذ تفويض الخدمة العمومية وتقييمها.

يكون هذا التقرير السنوي والملاحظات المترتبة على دراسته موضوع عرض على الحكومة»⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى ألزم هذا المرسوم السلطة المفوضة بضرورة عقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاثة (3) أشهر مع المفوض له. بمعنى أنه يمكن أن تعقد أكثر من واحد من أجل تقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمة المقدمة وخاصة مدى احترام المفوض له لمبادئ المرفق العام الصناعي والتجاري. بناء على الاجتماع الذي تعقده السلطة المفوضة مع المفوض له تعد السلطة المفوضة في الأخير تقريراً شاملاً يرسل إلى السلطة الوصية⁽²⁾.

ما يمكن ملاحظته في هذا المرسوم الأخير حرص المنظم على إخضاع تفويضات المرفق العام للرقابة صارمة، وذلك لهدف ضمان الحفاظ على مبادئ المرفق العام بالتالي الحفاظ على المصلحة العامة بالدرجة الأولى وذلك خوف من تعسف المفوض له نظراً لكونه يسعى إلى تحقيق أهم أكبر قدر ممكن من الأرباح حتى على حساب المصلحة العامة.

وفي ذات السياق ألزمت المادة 110 من قانون المياه المفوض له أن يضع تحت تصرف السلطة المفوضة كافة الوثائق التي تطلبها وذلك لهدف ممارسة حقها في الرقابة التقنية والمالية والمحاسبية والتسيير.⁽³⁾

إضافة إلى هذه النصوص القانونية التي تقرر صلاحية السلطة المفوضة في رقابة على المفوض له أكدت عدة نصوص تطبيقية ذلك. لكن بإقرار هذه الرقابة على أحد أشكال تفويض المرفق العام ألا وهو عقد الامتياز ولعل أهم هذه النصوص القانونية هي:

1- المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها: إذ فرض على صاحب امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين أن يزود دورياً مدير الولاية المكلف بالنقل المختص إقليمياً، بالمعلومات

1 - قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

3 - تنص المادة على أنه: «يتعين على المفوض له أن يضع تحت تصرف صاحب الامتياز، كل الوثائق التقنية والمالية والمحاسبية الضرورية لتقييم تفويض الخدمة العمومية».

الإحصائية المتعلقة بتقلات المركبات، وتدفق المسافرين، وانتظام استغلال الخدمات، والمواقيت لدى الناقلين المرخص لهم قانوناً، والمستخدمين العاملين والعوارض والحوادث المسجلة وكذلك التسعيرات المطبقة⁽¹⁾.

2- المرسوم التنفيذي المحدد لشروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته: إذ ألزم على أصحاب امتياز الخدمات الجوية لنقل العمومي بتزويد السلطة المكلفة بالطيران المدني بالإحصائيات التي تتعلق بالنقل الجوي، والأسطول الجوي والمستخدمين العاملين، والعوارض والحوادث المسجلة، وكذلك بالمعلومات عن تكلفة الاستغلال، والوضعية المالية للشركة وإيراداتها ومصدرها⁽²⁾.

3- المرسوم التنفيذي المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته: إذ خولت المادة 29 منه لسلطة مانحة امتياز خدمات النقل البحري حق الرقابة، فيخضع صاحب امتياز النقل البحري سواء كانت الملاحاة المرخص بها ساحلية محدودة، أو غير محدود لرقابة صارمة⁽³⁾.

نستنتج في الأخير أن جل النصوص القانونية التي فرضت رقابة السلطة المفوضة على المفوض له جاء على صيغة الأمر، وبالتالي لا يمكن للمفوض له التهرب منه، لكن وجود مثل هذه النصوص القانونية في الأصل لا تشكل الأساس القانوني للرقابة بل تقتصر فقط على التأكيد بإعلان وجودها.

1 - المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2 - المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-43، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 08-57، إذ تنص المادة على أنه: «يخضع صاحب امتياز خدمات النقل البحري ومستخدموه الملاحون وكذا سفنه لمراقبة الدولة.»

2) في القوانين المقارنة.

نظمت التشريعات المقارنة بشكل دقيق ومحكم الرقابة على تفويضات المرفق العام، لهدف حماية المصلحة العامة وكذا كحاجز أمام تلاعبات التي يمكن أن تحدث من قبل المفوض له، وهذا التنظيم الصارم للرقابة سواء في القانون الفرنسي(أ)، وكذا في القانون المغربي(ب).

أ) في القانون الفرنسي.

حرص المشرع الفرنسي على تنظيم الرقابة في عقود تفويض المرفق العام منذ مرحلة إيرامها حتى انتهاء مدتها. وقد بين المشرع الفرنسي أساليب الرقابة والأجهزة التي تمارسها⁽¹⁾. إن المشرع الفرنسي وهو ينظم الرقابة في نطاق عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري قد وسع في عدة صور للرقابة. إذ خول البعض منها للفائدة السلطة المفوضة: إدارية وتوفيقية ومالية والبعض الآخر خولها لأجهزة أخرى⁽²⁾.

بحيث ألزمت المادة 52 من الأمر رقم 65-2016 المتعلق بعقود الامتياز صاحب الامتياز بتقديم تقريراً سنوياً حول تنفيذه للامتياز للفائدة السلطة المفوضة قبل 1 جوان من كل سنة،⁽³⁾ هذه الأحكام كانت منصوص عليه في قانون 8 فيفري 1995 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبالتحديد في المادة 40 فقرة الثانية منه⁽⁴⁾.

يشكل التقرير السنوي المعد من قبل المفوض له أداة لممارسة السلطة المفوضة الرقابة على المفوض له، ووسيلة لتحسين الشفافية في تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري⁽⁵⁾. لأول مرة

1 – VINCI Nathalie, Op.Cit,p 5-6.

2 – BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p208-220.

3 – *«le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services .*

Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, y compris dans le cas prévu au 3 de l'article 6 de la présente». Art 52 de l'ordonnance n°2016-65, Op.Cit.

4 –تضمن القانون المذكور نظاماً خاصاً للرقابة المائية إذ خول الدوائر الإقليمية للمحاسبات سلطة تدقيق وفحص حسابات المفوض له وتتم هذه الرقابة بصورة دورية راجع المادة 40 من قانون sapin.

5 – BEZANCON Xavier, CUCCHIARINI Christian , COSSALTER Philippe, Op.Cit, p 320-321.

حدد النص التنظيمي رقم 2016-65 محتوى التقرير وذلك بالتحديد في نص المادة 33 منه⁽¹⁾ومن أهم ما يجب أن يتضمنها التقرير:

- خصوصية طبيعة نشاط المرفق محل التفويض.
- الحسابات العائدة للعمليات المتعلقة بتنفيذ المرفق العام هي تلك المتعلقة بالمواد والأصول المكرسة لتشغيل المرفق وكيفية تحديدها وكلفتها وحالتها الفنية، وكذلك تلك المتعلقة بالالتزامات المالية المتعلقة بالعقد.
- التعريفات المفروضة مقابل أداء الخدمات إلى المستفيدين، ومدى تناسبها مع الخدمة المؤداة.

- تحليل يبين فيه خطط وتطلعات المفوض له لتطوير المرفق العام الصناعي والتجاري.
- الوسائل الفنية المستخدمة في تشغيل المرفق.
- جرد للأموال المعينة في العقد مثل أموال الاسترجاع وأموال القابلة لتمليك.
- مدى تقييد المفوض له بالشروط البيئية في تنفيذه للعقد⁽²⁾.
- تتخذ صور الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة على المفوض له بصفة مباشرة عدة أشكال يمكن أن نجملها فيما يلي:

* الرقابة الفنية: يقصد بها تلك الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة على المفوض له فيما يتعلق باستغلال موضوع التفويض لتأكد من أن هذا الاستغلال يتم وفق الشروط الفنية المتفق عليها⁽³⁾.

* الرقابة المالية: حق السلطة المفوضة في التفتيش على حسابات المفوض له المتعلقة باستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض فالمفوض له في نطاق عقود تفويض يلزم بمسك دفاتر منتظمة على وفق القواعد المحاسبية⁽⁴⁾.

ب) في القانون المغربي: كرس المشرع المغربي هو الآخر رقابة صارمة على عقود تدبير المفوض سواء بواسطة السلطة المفوضة وذلك بالتحديد في نص المادة 17 من القانون رقم 05-

1-Décret n°2016-86,Op.Cit.

2- AUBY Jean-François, Op.Cit, p117.

3 - يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص177.

4 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public,Op.Cit,p232.

54 المتعلق بتدبير المفوض بحيث ينفرد المفوض تجاه المفوض إليه بسلطة عامة للمراقبة الاقتصادية والمالية والتقنية والاجتماعية والتدبيرية مندرجة في إطار الالتزامات المتبادلة والمترتبة على مقتضيات العقد.

وفي هذا الصدد يتمتع المفوض بكيفية مستمرة بجميع سلطات المراقبة للتأكد من خلال الإطلاع على المستندات وبعين المكان من حسن سير المرفق المفوض وحسن تنفيذ العقد. إذ يجب أن يتضمن عقد التدبير المفوض دورية وأشكال المراقبة التي يمارسها المفوض على تنفيذ التفويض وتتبعه وكذا الوثائق التقنية والمحاسبية والمالية التي يوجهها المفوض إليه بصفة منتظمة إلى المفوض. يمكنه أن يطلب الاطلاع أو أن يطلع على كل وثيقة لدى المفوض إليه لها علاقة بتنفيذ العمليات المرتبطة بالتدبير المفوض.

كما يمكن للمفوض أن يحضر بصفة استشارية اجتماعات مجلس الجهات المكلفة بالتفويض وكذا في الجمعيات العامة للشركة المفوض إليها أو يعين من يمثله فيها، ماعدا إذا نص عقد التدبير المفوض على خلاف ذلك. وتوجه إليه نسخة من الوثائق المعدة للمشاركين في هذه الأجهزة. وإن أي عرقلة لهذه المراقبة تعرض المفوض إليه للعقوبات.⁽¹⁾

نستنتج في الأخير أن المشرع المغربي أفرد لسلطة المفوضة سلطة رقابة واسعة على تنفيذ عقود

تدبير المفوض.

1 - قانون رقم 05-54، مرجع سابق.

الفرع الثاني:

تعزيز رقابة السلطة المفوضة على المفوض له برقابة خارجية.

تم تعزيز رقابة السلطة المفوضة على المفوض له برقابة خارجية تمارس من قبل أعوان أو أجهزة متخصصة بذلك وهو ما كرسته المنظومة القانونية الجزائرية (أولاً)، والمشرع الفرنسي الذي وسع من دائرتها (ثانياً) كذلك سار على نفس المنوال المشرع المغربي (ثالثاً).

أولاً: الرقابة الخارجية على تفويضات المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري.

تمارس الرقابة الخارجية على تنفيذ تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري من قبل الأعوان التابعين لسلطة المفوضة (1) ومجلس المحاسبة (2).

1- الرقابة الخارجية من قبل الأعوان التابعين لسلطة المفوضة

على الرغم من أن المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام أشار فقط بصفة عرضية إلى الرقابة الخارجية بموجب نص المادة 74 فقرة الثانية منه إذ جاء فيها: «...وزيادة على الرقابة الخارجية المنصوص عليها في التشريع المعمول به...»⁽¹⁾ إلا أنه باستقراء مختلف النصوص القانونية الخاصة بالمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري نجد بعضها أقر هذه الرقابة الخارجية، وخولها للأعوان تابعين لسلطة المفوضة.

يمارس الأعوان التابعين لسلطة المفوضة رقابتهم على المفوض له عن طريق عمليات تفتيش، إذ يلتزم المفوض له في هذه الحالة بتقديم نسخ من جميع الوثائق الموجودة عنده ووضعها تحت تصرف هؤلاء الأعوان.⁽²⁾ وهذا ما نص عليه المنظم الجزائري في نص المادة 20 فقرة الثانية والأخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 إذ تنص: «... ويتعين عليه الخضوع لأشكال التفتيش والمراقبة التي يقوم بها، فجائياً وبانتظام، الأعوان التابعين للسلطة المانحة الامتياز أو الأعوان اللذين يفوضهم مدير النقل في الولاية المختص إقليمياً.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - ZOUAIMIA Rachid, «La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015», Op.Cit, p p 27.

ويتعين عليه، بهذه الصفة تزويدهم بكل المعلومات أو الوثائق الضرورية من أجل تأدية مهامهم ومساعدتهم على ذلك»⁽¹⁾.

كما تم النص على هذه الرقابة في دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، إذ فرض على صاحب الامتياز خدمات النقل البحري تسهيل الدخول الحر للأعوان التابعين لسلطة مانحة الامتياز أثناء القيام بمهامهم الخاصة بمراقبة سفنه ومنشآته. ويتعين عليه أن ينقل مجاناً الأعوان التابعين لسلطة مانحة الامتياز العاملين في إطار قيامهم بمهامهم الخاصة بالمراقبة وهذا تطبيقاً لنص المادة 14 منه⁽²⁾.

هذه الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة في نطاق عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري تعبر في الحقيقة عن المفهوم الجديد لتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية أين تظهر السلطة المفوضة (الدولة) كمظهر مراقب فقط . وبالتالي تحويلها من دولة مسير إلى دولة ضابطة.

2- رقابة مجلس المحاسبة:

يحق في الجزائر لمجلس المحاسبة ممارسة الرقابة على تفويضات المرفق العام أو بشكل عام العقود الإدارية، بهدف تشجيع الاستعمال المنتظم والصارم للموارد والوسائل المادية والأموال العمومية. إذ يحق له إجراء رقابة مالية على المرفق العام الصناعي والتجاري باعتبار أن أمواله من الأموال العمومية. وتجد هذه الرقابة أساسها القانوني في نص المادة 192 فقرة 1 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بنصه: «يتمتع مجلس المحاسبة بالاستقلالية ويكلف بالرقابة البعيدة لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية وكذلك رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة...»⁽³⁾. وكذلك في نص المادة 2 من القانون المتعلق بمجلس المحاسبة بنصه على أنه: «يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعيدة لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية...». إضافة إلى هذه المواد خص هذا القانون لمجلس المحاسبة الرقابة على المرفق العام ذو الطابع الصناعي

1 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2 - تنص المادة على أنه: «يلتزم صاحب امتياز خدمات النقل البحري بتسهيل الدخول الحر للأعوان التابعين للسلطة المانحة الامتياز أثناء القيام بمهامهم الخاصة بمراقبة سفنه ومنشآته.

و يتعين عليه أن ينقل مجاناً الأعوان التابعين لسلطة المانحة الامتياز، العاملين في إطار قيامهم بمهامهم الخاصة بالمراقبة...». دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري، مرجع سابق.

3 - قانون رقم 16-01، مرجع سابق.

والتجاري بموجب نص المادة 8 منه إذ تضمنته: «تخضع أيضا لرقابة مجلس المحاسبة... المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري...»⁽¹⁾.

يغلب على هذه الرقابة التي يمارسها مجلس المحاسبة على المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الطابع المحاسبي من خلال تقييم نوعية تسيير أموال المرفق ومدى فعاليتها عن طريق إجراء مقارنة بين تناسب النتائج المحققة مع الأساليب المعتمدة⁽²⁾.

ثانيا: الرقابة الخارجية في القانون الفرنسي.

منح المشرع الفرنسي كذلك هيئات أخرى صلاحية ممارسة الرقابة على عقود تفويض المرفق العام وتسمى بالرقابة الخارجية ولعل أهمها:

- رقابة من قبل مجلس المحاسبة: *la cour des comptes* يمارس هذا المجلس رقابة على حسابات وعائدات المرفق العام محل التفويض ومدى احترام المفوض له والسلطة المفوضة للنصوص، لكن هذا المجلس يمارس رقابته المالية على عمليات التفويض الممنوحة من قبل الدولة والمؤسسات العامة⁽³⁾.

- رقابة الغرف الجهوية للمحاسبة:

هذا الجهاز يراقب عمليات التفويض الواقعة على المرافق العامة المحلية. انشأ هذا الجهاز وفق للقانون اللامركزية الإدارية، ويتمتع بصلاحيات إحالة عقود تفويض إلى هذه الغرف كل من البلديات والمحافظ، وللغرف مهلة شهر لإبداء رأيها وإعداد تقريرها، ويبلغ الرأي إلى الجماعة الإقليمية وممثل الدولة في المناطق والمحافظات⁽⁴⁾.

1 - أمر رقم 95-20 مؤرخ في 17 يوليو 1995 يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد 39، صادرة في 23 يوليو 1995 معدل ومتم بموجب أمر رقم 10-02، ج ر عدد 50، صادرة في 01 سبتمبر 2010.

2 - بوقطة فاطمة الزهراء، «رقابة الدولة على تسيير أموال المرافق العامة». أعمال الملتقى الوطني حول اثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، القطب الجامعي تاسوست، جيجل، يومي 30 نوفمبر و1 ديسمبر 2011، ص ص 219-220.

3- VINCI Nathalie, Op.Cit, p 37-38.

- راجع كذلك وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 350.

4- BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p 171-172.

وعليه تتولى هذه الأجهزة فحص التقارير التي يقدمها المفوض له إلى السلطة المفوضة، ولهذه الأخيرة حق الاطلاع على الفواتير والسجلات التي تتعلق بعقد التفويض، ولها أن تبدي ملاحظاتها لصاحب الشأن وما اتخذ بشأنه من إجراءات⁽¹⁾.

ثالثا: الرقابة الخارجية في القانون المغربي.

فرض المشرع المغربي إخضاع عقود تدبير المفوض للرقابة خارجية من حيث أجهزة خارجية تتمثل في كل من :

1[المجالس الجهوية للحسابات: تمارس المجالس الجهوية للحسابات الرقابة على عقود تدبير المفوض وذلك طبقا لنص المادة 118 فقرة الثانية من مدونة المحاكم المالية إذ تنص على أنه: «يمارس المجلس الجهوي الاختصاصات التالية في حدود دائرة اختصاصاته:

2-مراقبة تسير المقاولات المخولة الامتياز في مرفق عام محلي أو المعهودة إليها بتسييره والشركات والمقاولات التي تملك فيها جماعات ترابية أو مجموعات أو هيئات أو مؤسسات عمومية خاضعة لوصاية هذه الجماعات الترابية ومجموعاتها على انفراد أو بصفة مشتركة بشكل مباشر أو غير مباشر أغلبية أسهم في الرأسمال أو سلطة مرجحة في اتخاذ القرار...»⁽²⁾.

2[المجلس الأعلى للحسابات: تمارس رقابة خارجية على عقود تدبير المفوض من قبل مجلس الأعلى للحسابات طبقا لنص المادة 25 من ظهير شريف رقم 1.79.175 المؤرخ في 14 شتنبر 1979 يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 79-12 المتعلق بالمجلس الأعلى للحسابات⁽³⁾. نتيجة لكل ما تقدم نجد أن مختلف التشريعات فرضت رقابة صارمة وفعالة على عقود تفويض المرفق العام وذلك باعتبار أن محل التفويض هو مال من الأموال العمومية التي يجب على الدولة الحفاظ عليها.

1 - لم يكن مجلس المحاسبة والغرف الجهوية للحسابات مختصة في فرنسا بالرقابة على المفوض له عندما يكون شخصا خاصا وإنما كانت رقابتها محصورة فقط على رقابة عقود التفويض عندما يكون المفوض له شخصا عام فقط، راجع في هذا الخصوص حماده عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز، مرجع سابق، ص553.

2 - ظهير شريف رقم 1.02.124 صادر في 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، ج ر عدد 5030، صادر في 15 اغسطس 2002، ص2294.

3 - ظهير شريف رقم 1.79.175 المؤرخ في 14 شتنبر 1979 يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 79-12 المتعلق بالمجلس الأعلى للحسابات، ج ر عدد 3490، ص 2142.

الفرع الثالث:

رقابة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

استحدث المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هيئة وطنية مستقلة تدعى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي وضعها تحت وصاية وزير المالية. منح لها صلاحية السهر على تطبيق سياسة وإعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تيرمها السلطات المفوضة. وبذلك نجد أن هذه السلطة تتميز بالطابع المميز (أولاً) كما أنها تتميز بالطابع الاستشاري (ثانياً).

أولاً: الطابع المميز لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وفق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام خصائص تتميز بها (1). ونظراً إلى غياب تكيف قانوني صريح لهذه السلطة فهذا يثير الكثير من الغموض حول هذه المسألة خاصة من حيث مدى اعتبارها سلطة ضبط لكن وفق معاييرها نجدها تنتفي على هذه الصفة (2).

1- خصائص سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

في صياغ مكافحة الفساد استحدث المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب نص المادة 213 منه التي تنص على أنه: « تنشأ لدي الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتتمتع باستقلالية التسيير، ويشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات. » ثم أكد من خلال مادته 88 على أنه: « تعد سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم، مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوافق عليها الوزير المكلف بالمالية.

يطلع الأعوان العموميون المذكورون أعلاه على المدونة، ويتعهدون باحترامها بموجب تصحيح، كما يجب عليهم الإمضاء على تصحيح بعدم وجود تضارب المصالح، ويرفق نموذجاً هذين التصريحين بالمدونة»⁽¹⁾. يتضح من هذه المواد أن هذا المرسوم اعتبر سلطة ضبط الصفقات العمومية

1- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق

وتفويضات المرفق العام مجرد هيئة تابعة لوزارة المالية، ومنح لها صلاحية ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي يراد بها الرقابة على إجراءات وطرق تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لهدف المحافظة على المال العام.

ويستنتج من هذه المواد أن هذه السلطة تتميز بخصائص هي:

-إضفاء الطابع السلطوي: يعتبر ذلك ذات أهمية قصوى قانوناً، حيث يترتب عن ذلك قدرتها على اتخاذ القرارات التنفيذية وإصدارها وما يترتب على ذلك من امتياز الأسبقية لافتراض مشروعيتها وبالتالي القيام بالمهام الضبطية المنوطة بها.

-تضطلع بمهمة الضبط ووفقاً لمفهوم القانون العام للأعمال ويندرج الضبط في إطار هذه المهمة كل من التنظيم والرقابة والقمع وتسوية المنازعات.

-تعد مدونة لأخلاقيات المهنة.

-تابعة لوزارة المالية.

-تتمتع باستقلالية التسيير.

-تشمل مرصد لطلب العمومي وهو دور أساسي حتى تتمكن من معرفة حجم الطلب وحجم التعامل.

-تعد هيئة وطنية لتسوية النزاعات هذا الدور هو دور مكمل لدور الضبطي. وتمتع هذه السلطة بهذه الخاصية من شأنه أن يجعلها تتمتع بمكانة هامة في المستقبل كونها تضمن العدالة البديلة في هذا القطاع وبالتالي تخفيف من الأعباء القضاء⁽¹⁾.

ما تجدر الإشارة إليه، أنه في ظل غياب التكييف القانوني لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فهذا يدعو إلى عدة تساؤلات خاصة هل تعتبر هذه السلطة سلطة إدارية مستقلة؟ وإن الإجابة على هذا التساؤل تكون من خلال مقارنة هذه السلطة بالسلطات الإدارية المستقلة من خلال المعايير المتوفرة في هذه الأخيرة.

1- حساين سامية، آليات الرقابة على الاستثمار العمومي من خلال سلطة الضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، أعمال الملتقى الدولي حول الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة.

2-انتفاء معايير سلطة الضبط في سلطة الضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق**العام.**

إن المعايير المتبعة في تكيف سلطات الضبط الاقتصادي يتعلق الأمر: بعدم خضوع السلطة لسلطة رئاسية ووصائية، كذا تمتع السلطة بسلطة التنظيم والعقاب، ومدى تمتع السلطة بالاستقلالية الوظيفية والعضوية.⁽¹⁾ وبإسقاط هذه المعايير في سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن هذه السلطة تتميز بالتبعية لوزارة المالية، وهذه التبعية لها آثار سلبية على ممارسة هذه السلطة لصلاحياتها الرقابية ويؤدي بطريقة غير مباشرة إلى إحكام الرقابة على تفويضات المرفق العام في قبضة وزير المالية، وهو ما يتضح كذلك من حيث أحكام المادة 88 فقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247 أين خول هذه السلطة صلاحية إعداد مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لكن اشترط أن يوافق عليها وزير المكلف بالمالية⁽²⁾ هذا دليل صريح على تبعية هذه السلطة لوزير المالية وبالتالي لا تتمتع هذه السلطة بالاستقلالية في ممارسة مهامها.

كما أنها لا تتمتع بسلطة العقاب حيث أن العقوبات التي تصدرها عند عدم احترام إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تعتبر من اختصاص المصلحة المتعاقدة. غير أن ما يميز هذه السلطة هو تمتعها باختصاص تسوية المنازعات لكن النص لم يوضح ما طبيعة هذه الوسيلة التي تستعملها هذه السلطة فيما إذا كانت ذات طابع ودي⁽³⁾.

ثانيا: الطابع الاستشاري لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

يمكن تصنيف صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بصلاحيات استشارية؛ إذ تصدر آرائها لا تعد أن تكون آراء بسيطة غير ملزمة إذ لم يصف المرسوم الرئاسي عليها صفة الإلزامية للمصالح المتعاقدة كما أن عمليات التدقيق التي تقوم بها في إجراءات إبرام تفويضات المرفق العام وتنفيذها لا تكون إلا بناء على طلب السلطة المختصة.

1 -ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, éd Belkise, Alger, 2013, p160-165.

2- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق

3- حسابين سامية، مرجع سابق ص ص 08-09.

نتيجة لذلك، على المنظومة القانونية الجزائرية اتخاذ خطوات سريعة في تنصيب هذه السلطة من الناحية العملية وكذا فرض نصوص تنظيمية لها، نظرا لصدور نص تطبيقي للمرسوم الرئاسي التي استحدثتها ولم يتضمن أية إشارة إلى هذه السلطة. وهذا ما يؤثر بشكل سلبي على تفويضات المرفق العام بصفة عامة وذات الطابع الصناعي والتجاري بشكل خاص، وكذلك لا بد من تكيفها القانوني بشكل صريح يزيل كل الغموض والتغريات حولها. ذلك نظرا لما لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من دور أساسي سوف تكرسه في ضبط مجال تفويضات المرفق العام خاصة في ظل الآونة الأخيرة؛ إذ تدعو الدولة جميع جماعاتها الإقليمية لاستغلال مرافقها ذات الطابع الصناعي والتجاري بموجب التفويض. فتنصيبها وتوسيع من ممارسة مهامها الضبطية على مثل هذه العقود، من شأنه حماية الدولة لممتلكاتها العمومية من أية تعسفات من قبل المفوض له من جهة وتكريس المفهوم الجديد للتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية من جهة أخرى.

الفرع الرابع:

الرقابة على تفويضات المرفق العام بواسطة سلطات الضبط القطاعية في الجزائر.

إلى جانب استحداث المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سلطة ضبط خاصة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام خول لها مهمة ضبط هذا القطاع، نجد إلى جانبها عدة نصوص قانونية خاصة بالمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري خولت لسلطاتها الضبطية مهمة السهر على ضبط تفويضات في مجالها: لاسيما في مجال الغاز والكهرباء (ثانيا)، البريد والاتصالات الإلكترونية إذ يشهد للقانون المنظم لها الدور المميز الذي خول للسلطة الضبط هذا القطاع في مجال تفويضاته (رابعا) مرفق النقل الذي على الرغم من النص على استحداث سلطة ضبط له إلا أنه من الناحية العملية غير مستحدثة لذا لا بد على المشرع ضرورة استحداثها لضبط تفويضات هذا المرفق (ثالثا) إلى جانب هذه السلطات الإدارية المستقلة التي خول القانون صراحة مهمة الرقابة على تفويضات المرفق، هناك سلطة ضبط كانت في الأول كرسست هذه المهمة بشكل دقيق وصريح وبشكل محكم إلا أنه تم إلغائها تتمثل في سلطة ضبط خدمات المياه، والتي حاليا يسودها فراغ قانوني في هذا المجال (أولا).

أولاً: ضبط تفويضات مرفق المياه: بين التكريس والإلغاء.

أنشأت بخصوص مرفق المياه سلطة ضبط بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-303 المؤرخ في 27 سبتمبر 2008 الذي يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه،⁽¹⁾ وهو النص التنظيمي الصادر تطبيقاً للمادة 65 من قانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه والتي بموجبها يتجه المشرع أكثر إلى مفهوم وظيفي للضبط والهدف المنتظر من ذلك هو السير الحسن للخدمة العمومية للماء والتطهير وكذا السهر على مراقبة مدى احترام أصحاب الامتياز والمفوض لهم التزاماتهم⁽²⁾.

إن استحداث المشرع لهذه السلطة كان قد انتقل من الضبط المركزي إلى ضبط مستقل تمارسه هذه السلطة المستحدثة التي هي سلطة إدارية مستقلة، حيث كان الضبط في مجال المياه قبل استحداث هذه السلطة كانت تمارسه الجزائرية للمياه بموجب نص المادة 6 في فقرتها ط من المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المتضمن انشاء الجزائرية للمياه⁽³⁾ التي بعد ذلك ألغيت بموجب المادة 23 من المرسوم رقم 08-303 المحدد صلاحية وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه.

كان استحداث هذه الهيئة محاولة من الدولة وضع مؤسسات المكلفة بتسيير قطاع المياه أمام مجهر الرقابة لتحسين أدائها وذلك بتحويلها صلاحيات رقابية واسعة أهمها: رقابة وتقييم نوعية الخدمات المقدمة للمستعملين من طرف المؤسسات المستغلة لخدمات العمومية للمياه، إجراء تحليل لأعباء في إطار مراقبة تكاليف وأسعار الخدمات العمومية للمياه والمساهمة في إعداد دفاتر الشروط النموذجية المتعلقة بعمليات تفويض التسيير.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 08-303، المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، يحدد صلاحية وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه، ج ر عدد 56، صادر بتاريخ 28 سبتمبر 2008. (ملغى).

2 - تنص: «يمكن أن تمارس مهام ضبط الخدمات العمومية للمياه سلطة إدارية مستقلة تكلف سلطة الضبط في إطار التشريع الجاري به العمل وأحكام هذا القانون، بالسهر على حسن سير الخدمات العمومية للمياه مع الأخذ بعين الاعتبار بصفة خاصة، مصالح المستعملين.

و في إطار مهمتها، فإن سلطة الضبط:

-تساهم في تنفيذ نظام تسيير الخدمات العمومية للمياه وإعداد المقاييس والأنظمة المتعلقة بها،

-تسهر على احترام المبادئ التي تسيير الأنظمة التسعيرية وتراقب تكاليف وتسعيرات الخدمات العمومية للمياه.

-تقوم بكل التحقيقات والخبرات والدراسات وإصدار النشريات المتعلقة بتقييم نوعية الخدمات المقدمة للمستعملين.

تحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة الضبط وعملها عن طريق التنظيم». قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 01-101، مرجع سابق.

لكن رغم استحداث المشرع لمثل هذه السلطة وما لها من دور رقابي فعال في مجال رقابة تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير إلا أنها لم تبقي على ارض الواقع إذ تم إلغائها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-163 المتضمن إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 08-303⁽¹⁾. وبذلك نكون أمام فراغ قانوني في مجال ضبط خدمات تفويض تسيير المياه في الجزائر، وهذا يثير القلق وذلك بسبب أنه من الناحية العملية هناك تفويضات تسيير هذا المرفق للفائدة أشخاص أجنب، لذا أأمل من المشرع التدخل وإعادة النظر في هذه السلطة، وضرورة إعادتها إلى الواقع العملي لهدف مراقبة هذه التفويضات خاصة مراقبة المفوض له، لكي لا يتعسف في استغلال المرفق، والذي يؤثر على المنتفعين بشكل سلبي، إذ من الناحية الواقعة يشتكي أغلب المنتفعين من خدمات المفوض له (سيال) والأتاوى المرتفعة التي يدفعونها وكل هذا بسبب غياب الرقابة على هذه التفويضات في هذا المجال.

ثانيا: ضبط لجنة ضبط الغاز والكهرباء على تفويضات المرفق العام.

أخضع القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ممارسة نشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقلها وتوزيعها وتسويقها، ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه بواسطة القنوات إلى رقابة وإشراف شبه كامل للجنة الضبط وهذا حماية وضمنا للمصلحة العامة⁽²⁾. تتأكد هذه صلاحيات الرقابية لهذه اللجنة في نص المادة 115 من القانون المذكور أعلاه والتي من أهمها:

-مراقبة وتقييم واجبات المرفق العام.

-دراسة الطلبات واقتراح قرار منح الامتياز على وزير المكلف بالطاقة.

كما أن هذه الصلاحية الرقابية يمكن أن تمارس على المستندات من خلال الاطلاع على كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بنشاط المتعامل وعلاقته المالية ومع المؤسسات التابعة له أو الشركة معه وهذا طبقا لنص المادة 128فقرة الأولى من القانون السالف الذكر إذ جاء فيها:«يمكن لجنة

1 -مرسوم تنفيذي رقم 18-163، مؤرخ في 14 يونيو 2018، يتضمن إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 08-303، المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، الذي يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط خدمات العمومية للمياه وعملها، ج ر عدد 36، صادر في 17 يونيو 2018.

2 - أنشئت لجنة ضبط الكهرباء والغاز بموجب القانون رقم 02-01 ، مرجع سابق.

الضبط أثناء أداء المهام الموكلة إليها، أن تطالب المتعاملين المتدخلين في السوق تزويدها بكل المعلومات الضرورية. ويمكن أن تقوم بمراقبة حساباتهم في عين المكان. «⁽¹⁾.

ثالثا: ضرورة تنصيب سلطة ضبط النقل لإخضاع تفويضات المرفق لرقابتها.

استحدثت المشرع في 2002 بموجب قانون المالية رقم 02-11 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003⁽²⁾ سلطة لضبط النقل بمختلف أنواعه (البري، البحري، الجوي) لكن منذ نصه على انشاء هذه السلطة إلى يومنا هذا لم تجسد هذه السلطة من الناحية الواقعية. نصت المادة 102⁽³⁾ من القانون السالف الذكر أن صلاحيات هذه اللجنة يتم تحديدها عن طريق التنظيم، ونظرا لعدم صدوره لا يمكن إقرار مدى رقابة هذه السلطة على عقود تفويض مرفق النقل بمختلف أنواعه.

لكن نظرا لكثرة عقود تفويض خدمات النقل من الناحية العملية لابد على المشرع أن يتدخل بموجب نص تشريعي، أو حتى على السلطة التنفيذية التدخل لإصدار نص تنظيمي يحدد صلاحيات هذه السلطة وإقرار دورها في رقابة عقود تفويض خدمات النقل، وخاصة مراقبة منح الامتيازات في هذا المرفق.

رابعا: الدور المميز لسلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية في رقابة تفويضات المرفق.

تعتبر سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية والمسماة بسلطة ضبط هيئة مستقلة للبريد والاتصالات الإلكترونية، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وقد تم إنشائها في إطار القانون رقم 03-2000 المؤرخ في أوت 2000 المحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والموصلات السلكية واللاسلكية⁽⁴⁾ والذي الغي بالقانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 مايو 2018⁽⁵⁾، المحدد للقواعد العامة

1 - قانون رقم 02-01، مرجع سابق.

2 - قانون رقم 02-11 مؤرخ في 24 ديسمبر 2002، يتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج ر عدد 86، صادر بتاريخ 25 ديسمبر 2002.

3 - قانون رقم 18-04، مرجع سابق.

4 - قانون رقم 03-2000، مرجع سابق (ملغى).

5 - قانون رقم 18-04، مرجع سابق.

المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية الذي جدد إنشاء سلطة ضبط سوقى البريد والاتصالات الإلكترونية بموجب نص المادة 11 منه⁽¹⁾.

خول القانون رقم 04-18 لسلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية صلاحية الرقابة على المستفيدين من التفويض طيلة مدة استغلالهم للرخصة وذلك وفق لنص المادة 13 فقرة السابعة والثامنة منه إذا جاء فيها: «...منح التراخيص العامة لإنشاء و/ أو استغلال شبكات الاتصالات الإلكترونية وتوفير خدمات الاتصالات الإلكترونية وتراخيص الشبكات الخاصة، وكذا تراخيص تقديم خدمات وأدوات البريد.

المصادقة على تجهيزات البريد والاتصالات الإلكترونية طبقاً للمواصفات والمعايير المحددة عن طريق التنظيم.».

من أجل أداء الدور الرقابي لسلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية على المفوض له، فرضت المادة 158 من القانون أعلاه على المفوضين المستفيدين من رخصة أو ترخيص، أن يضعوا تحت تصرف سلطة ضبط الضبط المعلومات أو الوثائق التي تمكنها من التأكد من مدى احترام هؤلاء المتعاملين للالتزامات المفروضة عليهم بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية⁽²⁾.

نستنتج مما تقدم أن سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية من خلال الوثائق والمعلومات التي تزود بها من قبل المفوض له تفرض رقابة صارمة عن أي تجاوزات يمكن أن يتجاوزها. إضافة إلى مراقبة الوثائق والمعلومات الضرورية تمارس سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية الرقابة عن طريق التقرير السنوي الواجب تقديمه من طرف المفوض له وفق لنص المادة 36 فقرة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 01-219 المتضمن الموافقة على الرخصة لاقامة واستغلال شبكة عمومية للموصلات اللاسلكية الخلوية من نوع GSM ولتوفير خدمات الموصلات

1 -مرجع نفسه.

2 - تنص المادة على أنه: « يجب على المتعاملين المستفيدين من رخصة أو ترخيص عام، أن يضعوا تحت تصرف سلطة الضبط المعلومات أو الوثائق التي تمكنها من التأكد من مدى احترام هؤلاء المتعاملين للالتزامات المفروضة عليهم بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية.

تؤهل سلطة الضبط بإجراء تحقيقات لدى نفس المتعاملين، بما في ذلك التحقيقات التي تتطلب تدخلات مباشرة أو توصيل تجهيزات خارجية بشبكاتهم الخاصة. » قانون رقم 04-18، مرجع سابق.

اللاسلكية للجمهور⁽¹⁾ إذ فرضت على صاحب الرخصة أن يقدم سنويا إلى سلطة الضبط في أجل أقصاه 3 أشهر ابتداء من نهاية كل سنة اجتماعية، تقريرا سنويا في 8 نسخ وكشوفات مالية سنوية مصادق عليها تمارس سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية الرقابة عن طريق التقرير السنوي الواجب تقديمه من طرف المفوض له وفق لنص المادة 36 فقرة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 01-219 إذ فرضت على صاحب الرخصة أن يقدم سنويا إلى سلطة الضبط في أجل أقصاه 3 أشهر ابتداء من نهاية كل سنة اجتماعية، تقريرا سنويا في 8 نسخ وكشوفات مالية سنوية مصادق عليها.

لا تكف سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية بالمراقبة المستتديّة بل تتعداه إلى المراقبة الميدانية من خلال تأهلها لإجراء تحقيقات لدى نفس المتعاملين حتى ولو تطلبت تلك التحقيقات تدخلات مباشرة أو توصيل تجهيزات خارجية بشبكاتهم الخاصة⁽²⁾.

في حالة كشف سلطة الضبط للمخالفات تقوم بتوجيه الإعدارات عن عدم احترام الشروط المنصوص عليها في الرخصة الاستغلال الممنوحة له وتمنح له مهلة 30 يوما للامتثال لتلك الشروط وهذا قبل توقيع الجزاءات الملائمة عليه.⁽³⁾

المطلب الثاني:

تحويل السلطة المفوضة سلطة التعديل وتوقيع الجزاءات.

إن إقرار آلية الرقابة على تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري كدليل على سهر السلطة المفوضة على حماية المصلحة العامة ككل، لذا تم تعزيز هذه الضمانة بسلطتين الأخرويتين التي تتمتع بها السلطة المفوضة باعتبارها شخص معنوي عام، وهذه السلطات تتميز بخصوصيات هامة في هذا العقد، تتمثل في كل من سلطة السلطة المفوضة في تعديل عقد التفويض بالإرادة المنفردة (الفرع الأول) وكذا بسلطة توقيع الجزاءات (الفرع الثاني).

1 - مرسوم تنفيذي رقم 01-219، مؤرخ في 31 يوليو 2001، يتضمن الموافقة على رخصة لإقامة واستغلال شبكة عمومية للموصلات اللاسلكية الخلوية من نوع GSM ولتوفير خدمات الموصلات اللاسلكية للجمهور، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 5 غشت 2001.

2 - المادة 158 فقرة الثانية من قانون رقم 18-04، إذ جاء فيها: «توكل سلطة الضبط بإجراء تحقيقات لدى نفس المتعاملين، بما في ذلك التحقيقات التي تتطلب تدخلات مباشرة أو توصيل تجهيزات خارجية بشبكاتهم الخاصة.»

3 - المادة 36 من القانون نفسه.

الفرع الأول: سلطة تعديل السلطة المفوضة لاتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي

والتجاري بالإرادة المنفردة.

إن حق السلطة المفوضة في تعديل عقد التفويض بالإرادة المنفردة، تتمتع به حتى ولو لم ينص عقد التفويض على ذلك، وتستمد من طبيعة العقد، لكن هذا الحق لا يمكن أن تلجأ إليه السلطة المفوضة إلا في حالة التي تستدعي المصلحة العامة ذلك (أولاً). كما أنه تنحصر صلاحية السلطة المفوضة بالتعديل فقط على الشروط التنظيمية في عقد التفويض (ثانياً) وللهدف حماية المفوض له من جهة أخرى من تعسفات السلطة العامة تم تقييد هذه السلطة بجملة من القيود (ثالثاً).

أولاً: تعديل اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لدواعي المصلحة العامة.

من القواعد المسلمة بها في القانون الإداري أن الدولة هي المكلفة بتسيير مختلف المرافق العامة، فإذا عهدت إلى الغير أمر القيام بذلك فلا يعتبر إلا مساعداً لها في أمر هو من أخص خصائصها. (1)

يعد تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري طريقة غير مباشرة لتسيير المرافق العمومية ولا يعتبر تخلي الدولة عليه؛ إذ تبقى السلطة المفوضة صاحبة الملكية له بحيث فوضت فقط مهمة التسيير المرفق العام للغير، ماعداً هذه المهمة تبقى السلطة المفوضة تمارس حقوقها كلها تجاه هذا المرفق محل التفويض (2).

كما تبقى الدولة ضامنة ومسؤولة أمام الجمهور عن تسييره واستغلاله وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق وتعديل أركان تنظيمه وقواعد إدارته واستغلاله كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك (3).

يقصد بصلاحيات السلطة المفوضة بالتعديل الانفرادي للاتفاقية التفويض حقها في تعديل التزامات المفوض له المنصوص عليه في اتفاقية التفويض سواء بالزيادة أو النقصان وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة (1).

1 - مصلح ممدوح الصرايرة، مرجع سابق، ص 347.

2 - CLAMOUR Guylain, UBAUD - Bergeron Marion, Op.Cit, 147.

3 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 191-192.

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة تعد إحدى القواعد العامة في العقود الإدارية وتتمتع بها حتي في ظل غياب نص قانوني يقرها،⁽²⁾ وتطبق أيضا على عقود تفويض المرفق العام بصفة خاصة، هذه الضمانة تستمدتها السلطة المفوضة من سلطاتها العامة وليس من اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري. وبذلك تعد هذه السلطة مظهر من مظاهر تمتع السلطة المفوضة بامتيازات السلطة العامة، كما تكمن أهمية هذا الحق في انه يحفظ للمرفق مبدأ من مبادئ التي يقوم عليها المرفق العام الصناعي والتجاري وهو مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغير والتطوير⁽³⁾ .

ثانيا: حصر صلاحية السلطة المفوضة في تعديل إتفاقية تفويض المرفق العام بالإرادة المنفردة في الشروط التنظيمية.

كما أشرنا سالف في التكيف القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام على انه يحتوي على شروط تنظيمية⁽⁴⁾ وأخرى تعاقدية،⁽¹⁾ فإن السلطة المفوضة حول لها فقط صلاحية تعديل بالإرادة المنفردة البنود التنظيمية⁽²⁾.

1 - سعاد الشرفاوي، مرجع سابق، ص 456-457.

2 - GUETTIER Christophe, Op.Cit, p435.

3 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 262.

- عبر الاجتهاد القضاء الفرنسي على إقرار صلاحية السلطة المفوضة بإجراء تعديلات على عقد امتياز المرفق العام بإرادتها المنفردة منذ زمان طويل، وذلك منذ القرار الصادر في 1910/03/21 في قضية *companies general des tramways* حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بشرعية القرار الذي أصدرته السلطة الملتزم المقتضي بتعديل مواعيد عمل الترامواي وفرضها على صاحب الامتياز. لكن عدل مجلس الدولة من موقفه هذا ونفي إمكانية السلطة المفوضة في تعديل عقد الامتياز بصورة منفردة وإنما اشترط ضرورة موافقة المتعاقد عن ذلك.

يستند موقف مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه هذا على أساس أن طبيعة عقد امتياز المرفق العام في ذلك الوقت يكيف على انه ذو طابع تعاقدية، فبتالي يطبق بشأنه مبدأ العقد شرعية المتعاقدين أي لا تعديل إلا باتفاق الطرفين.

لكن مجلس الدولة الفرنسي لم يبق على هذا الموقف وإنما عدله مرة أخرى عندما تم تكيف عقود امتياز المرفق العام على أنها ذات طبيعة مختلطة وليست ذات طابع تعاقدية أمام هذا التكيف أقر المجلس صراحة صلاحية السلطة المفوضة بإجراء تعديل بإرادتها المنفردة فيما يخص البنود التنظيمية الخاصة بهذا العقد. راجع في هذا الخصوص وليد حيدر جابر، مرجع سابق. 155.

4- يقصد بالبنود التنظيمية لعقد امتياز المرفق العام تلك النصوص التي تتعلق بتنظيم المرفق العام وسيره وهي لا ترد فقط في اتفاقية التفويض بل يرد بعضها في القوانين واللوائح والقرارات المتعلقة بالامتياز.

إن حصر حق التعديل الانفرادي للبنود التنظيمية للسلطة المفوضة دون البنود التعاقدية هي قاعدة معمول بها في كافة العقود الإدارية،⁽³⁾ إلا أن خصوصية اتفاقية تفويض المرفق العام وطبيعته المركبة جعلت لهذه القاعدة بعض الخصوصية والذاتية تميزها عن تلك المعمول بها في باقي العقود الإدارية وتظهر هذه الخصوصية فيما يلي:

1[تعرف قاعدة عدم مساس سلطة التعديل الانفرادي في باقي العقود الإدارية بالمزايا المالية للمتعاقد في حين في اتفاقية تفويض المرفق العام يجوز لسلطة المفوضة التعديل الانفرادي لشروط الخاصة بالأتاوى التي يقوم المفوض له بتحصيله من المنتفعين من المرفق، والتي تدخل في نطاق المزايا المالية، وذلك لاعتبارها من الشروط التنظيمية في هذا العقد⁽⁴⁾.

2[الشروط المتعلقة بالمدة: في عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري تكيف البنود التي تتناوله على أنها بنود تعاقدية والتي لا يجوز للسلطة المفوضة تعديلها بالإرادة المنفردة. باعتبار أن المدة في عقود التفويض تشكل ضماناً للمفوض له على أساسها قبل التسيير المرفق محل التفويض،⁽⁵⁾ في حين في عقود الإدارية الأخرى تدخل البنود المتعلقة بتحديد المدة في مجال سلطة الإدارة في تعديل العقد سواء بزيادتها أو تقليصها وأساس ذلك أن حاجات المرفق تبرر هذا التعديل وبالتالي تدخل في نطاق شروط تتعلق بسير المرفق⁽⁶⁾.

ثالثاً: فرض قيود على ممارسة حق التعديل لحد من تعسف السلطة المفوضة.

أحاط القضاء الإداري الفرنسي حق السلطة المفوضة بالتعديل الانفرادي بمجموعة من القيود يجب على السلطة المفوضة مراعاتها وهي تمارس هذا الحق⁽⁷⁾ ولكي لا تتعسف فيه. هذا ما يعبر

1- أما البنود التعاقدية فهي تلك البنود التي لا تهم الغير من الأفراد بل تطبق فقط على العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له وهذه غير قابلة للتعديل لأنها تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. راجع في هذا الخصوص سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، ص 470.

2 - ZOUAIMIA Rachid, «La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015», Op.Cit, p 26.

3 - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 471.

4 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 58.

5 - BOITEAU Claudie, «Délégation de service public», Op.Cit, p 13.

6 - وليد حير جابر، مرجع سابق، ص 150.

7 - جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص 153.

على أن حق التعديل الانفرادي ليس حق مطلق وإنما حق نسبي ترد عليه مجموعة من القيود تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمفوض له وتتمثل هذه القيود فيما يلي:

[1] **عدم تعديل مضمون وجوهر الاتفاقية:** يجب على السلطة المفوضة في تعديلها ألا تؤدي إلى تغيير محل الاتفاقية وإعطاء محل أخرى⁽¹⁾ وعلى سبيل المثال: لا يجوز لسلطة المفوضة أن تفرض على مفوض له تسيير مرفق مختلف عن المرفق محل التفويض.

لقد نص المشرع الفرنسي في الأمر المتعلق بعقود الامتياز على شروط التي بموجبها يجوز تعديل عقد الامتياز أثناء تنفيذه دون إجراءات جديدة للمنافسة. إذ أقر على أنه هذه التعديلات لا يجب أن تؤدي إلى تغيير في طبيعة العامة لعقد الامتياز أي محله، كما خول هذا القانون لسلطة المفوضة سلطة الفسخ في حالة ما إذ كان تنفيذ عقد الامتياز لا يمكن أن يستمر إلا بإجراء تعديلات مخالفة لأحكام هذا الأمر.⁽²⁾ كذلك لا يجوز للسلطة المفوضة أن تقوم بفرض تعديل من شأنها أن تؤدي إلى تغيير جوهر الاتفاقية وفي حال فرضت على المفوض له التزامات جديدة فيجب أن تكون بوسعه تحملها أما في حال بلغت الأعباء الجديدة من الضخامة بحيث تعتبر كأنها تفويض جديد فالمفوض له أن يتحرر منها فمثلاً إذا رأت المصلحة العامة تقتضي تعديل أسلوب تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري بمعنى استبدال أسلوب التفويض بأسلوب الإدارة المباشرة، فإنها يجب أن تلجأ إلى إتباع القواعد الخاصة باسترداد المرفق وليس عليها أن تفرض تعديلات جوهرية على المفوض له.⁽³⁾

[2] **أن لا يؤدي التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد:** لا تستطيع السلطة المفوضة أن تفرض على المفوض له تغييرات مبالغاً فيها تتجاوز حدود إمكانياته المالية أو الاقتصادية أو الفنية، لأنه يجب

1 - حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 564.

2 - «*Les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession.*

Lorsque l'exécution du contrat de concession ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le contrat de concession peut être résilié par l'autorité concédante. » Art 55 de l'ordonnance n° 2016-65, Op.Cit.

3 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 195

أن لا يغيب على بالها أن المفوض له كان قد قبل التعاقد وقت إبرام العقد واضعا في اعتباره أن له إمكانيات مالية وفنية. لذا فعند إجراء التعديل يجب عليها أن تراعي الإمكانيات المالية والفنية للمفوض له وأن لا يكون من شأن التعديل قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب⁽¹⁾.

[3] حدوث تغيير في الظروف تبرر التعديل: إن السلطة المفوضة لا تستطيع تعديل العقد إلا في حال أصبحت شروط العقد غير ملائمة مع مقتضيات سير المرفق وغير محققة منفعة أو مصلحة عامة بسبب التغيير الذي طرأ على الظروف المحيطة بالعقد⁽²⁾.

الفرع الثاني:

سلطة توقيع السلطة المفوضة للجزاءات.

إذا كان الأصل في تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري هو حسن النية، حيث يلقي على عاتق كلا الطرفين عدم الإخلال بالتزاماتهم، فضلا عن ضرورة الحفاظ على سير المرفق العام محل التفويض، فإن الإخلال بأي جزء تعاقدي (أولا) تتولد عنه جزاءات شديدة (ثالثا). لكن قبل توقيع هذه الجزاءات يتوجب أن تكون هناك إجراءات شكلية مسبقة تتمثل في إعدار المفوض له (ثانيا).

أولا: إخلال المفوض له بالتزاماته التعاقدية.

إن السلطة المفوضة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات على المفوض له في حالة إخلاله في تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري،⁽³⁾ أو في حالة امتناعه عن تنفيذ العقد أو القيام بتنفيذ لكن مخالف للشروط والموصفات المتفق عليها، أو التأخير في تنفيذ التزاماته أو التنازل للغير عن المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض بشكل يشكل مساس بالمرفق. ويؤدي إلى حدوث أضرار اقتصادية واجتماعية بالغة الأثر، ففي مثل كل هذه الحالات يحق للسلطة المفوضة توقيع الجزاء بحق المفوض له بإرادتها المنفردة وذلك بواسطة قراراتها الإدارية التي تصدرها في هذا الصدد،⁽⁴⁾ ويوجد هذا الحق مصدره في امتيازات السلطة العامة.

1 - CLAMOUR Guylain et UBAUD - Bergeron Marion, Op.Cit, 151..

2- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Op.Cit, p93.

3 - BOITEAU Claudie, «La délégation de service public», Op.Cit, p 17.

4 - GUETTIER Christophe, Op.Cit, p438.

لكن تنفيذ هذه السلطة تسبقها مجموعة من الضوابط التي تستلزم على السلطة المفوضة القيام بها قبل مباشرتها لإجراء توقيع العقوبات على المفوض له المخل بالتزاماته وتتمثل هذه الضوابط في كل من:

ثانياً: توجيه إعدار للمفوض له كإجراء شكلي مسبق لتوقيع الجزاءات.

يسبق عملية توقيع الجزاءات على المفوض له توجيه إعدار للمفوض له لاحتزام بنود العقد وبنود دفتر الشروط⁽¹⁾.

يعد إجراء الأعدار المفوض له قبل توقيع الجزاءات عليه ضماناً له من تعسف السلطة المفوضة في اتخاذ هذا الجزاء في مواجهته، كما تقف كسد منيعاً ضد أي اختلال يحد بالجزاء عن المشروعية⁽²⁾.

ويشترط إجراء الإعدار قبل توقيع الجزاءات لكي لا يتقاجأ المفوض له بهذه العقوبة وهو ما قد يسبب له خسارة فادحة دون منحه الفرصة المناسبة ليصحح خطأه، لذلك كقاعدة عامة يقع على عاتق السلطة المفوضة التزام بضرورة إعدار المفوض له قبل توقيع الجزاء وإلا أصبح قرارها الغير مسبق بالإعدار قابلاً للبطلان⁽³⁾.

أقر القانون الجزائري هذه الضمانة في عدة النصوص القانونية المنظمة لتفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري، والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة 31 من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته بنصها: «إذ لم يستعمل صاحب امتياز خدمات النقل البحري الحقوق التي منح إياها في إطار الامتياز في الأجل المحدد... يتعين على الوزير المكلف بالبحرية التجارية اعذاره باستغلال هذه الحقوق في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر»⁽⁴⁾. وأكدته كذلك المادة 32 من ذات المرسوم. كما تضمنته المادة 25 من المرسوم المحدد لشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسيرها بنصها على أنه: «يمكن السلطة المانحة الامتياز أن تلغي، في أي وقت، الامتياز... بعد اعذارين بقيا بدون رد.

1- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Op.Cit, p96

2 - ضرار القزاز، «سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الادارية دراسة مقارنة(فرنسا- مصر- سورية)»، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد، 53، 2017، ص ص 13-14.

3 - ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées , Op.Cit, p97.

4-مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مرجع سابق.

«⁽¹⁾ نصت عليه كذلك المادة 12 من المرسوم التنفيذي المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز بنصها: «يجوز للوزير المكلف بالطاقة أن يضع للامتياز قبل تاريخ انتهائه إذا لم يحترم صاحب الامتياز دفتر الشروط المذكور في المادة 7 أعلاه وتمادي في مخالفاته بعد تلقيه اعدار من الوزير المكلف بالطاقة»⁽²⁾.

وفي ذات السياق يؤكد المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام ضرورة اعدار المفوض له قبل توقيع الجزاءات عليه وهو ما تضمنته المادة 62 فقرة الثانية منه، إذ جاء فيها: «... غير أنه، وقبل اللجوء إلى الغرامات، يجب على السلطة المفوضة أن توجه إعدارين للمفوض له، لتدارك النقائص المسجلة في الآجال المحددة...»⁽³⁾. يتضح من هذه المادة أن المنظم الجزائري ألزم السلطة المفوضة بضرورة توجيه إعداريين للمفوض له المخل بالتزاماته وذلك لكي لا تتعسف السلطة المفوضة بحقها في توقيع الجزاء على المفوض له. وكذلك هو في نفس الوقت أداة ضمان قانونية للفائدة المفوض له لكي يبعث له نوع من الثقة والاطمئنان لكي يشارك الشخص العام في تسيير المرفق العام، وللقضاء على مشكلة التخوف من الاستثمار في المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

ثالثا: طبيعة العقوبات المفروضة على المفوض له وصرامتها.

إن العقوبات التي تستطيع السلطة المفوضة توقيعها على المفوض له هي ثلاثة أنواع: إذ يتمثل النوع الأول في عقوبات تهدف إلى ضمان تنفيذ العقد وتسمى بالعقوبات القسرية⁽¹⁾، وعقوبات من النوع الثاني تتمثل في عقوبات مالية⁽²⁾ وهناك عقوبات من نوع ثالث وهي عقوبات اشد خطورة تتمثل في العقوبات الفاسخة⁽³⁾.

1-العقوبات القسرية sanctions coercitives.

تتمثل العقوبة التي تسلطها السلطة المفوضة في حالة ما إذا كان استمرارية المرفق العام محل التفويض غير منتظم، في عقوبة الحلول إذ تلجأ إليه السلطة المفوضة نتيجة لإخلال أو امتناع

1-مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2-مرسوم تنفيذي رقم 08-114، مرجع سابق.

3-مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

المفوض له عن القيام بالتزاماته؛ خاصة في حالة تقصيره في تسيير المرفق تقصيرا جسيما.⁽¹⁾ مثلا إذا ارتكب المفوض له مخالفة جسيمة لبنود اتفاقية التفويض والتي من شأنها أن تعرض استمرار وانتظام المرفق محل التفويض للخطر، فإنه يكون لسلطة المفوضة الحق في أن ترفع يده عن تسيير هذا المرفق وتتولي هي بنفسها إدارته بنفسها أو بواسطة شخص آخر تعيينه إلا أن تزول أسباب هذه الحراسة، كما يمكن أن توقع السلطة المفوضة هذا الجزاء نتيجة توقف المفوض له دون خطأ عن متابعة تنفيذ التزاماته مثلا في حالة الإفلاس⁽²⁾.

تأخذ هذه العقوبة وصف وضع المرفق تحت الحراسة عندما يتعلق الأمر بالامتياز والإيجار⁽³⁾. يقصد بعقوبة وضع المرفق تحت الحراسة إبعاد المفوض له عن تسيير المرفق بصفة مؤقتة على أن تقوم السلطة المفوضة بتسييره بنفسها أو بمن تعيينه ضمانا لسير المرفق بانتظام على حساب المفوض له ونفقاته⁽⁴⁾.

إن وضع المرفق محل التفويض تحت الحراسة لا يؤدي إلى فسخ عقد التفويض ولا إلى إسقاط حقوق المفوض له، إنما يترتب عليه رفع يد المفوض له بصورة مؤقتة عن تسيير المرفق محل التفويض مع تحمله لمخاطر التسيير⁽⁵⁾ كما يؤدي إلى:

أ[إقصاء المفوض له عن تسيير المرفق طيلة فترة الحراسة، إذ تتولى السلطة المفوضة تسيير المرفق بصورة مؤقتة إما بنفسها أو بواسطة من يمثلها.

ب[إن السلطة المفوضة تبقى مسؤولة عن أية إساءة أو تجاوز في تحقيقها للمرفق العام، فهي لا يمكن أن تتجاوز الإمكانات أو الحدود المتاحة للمفوض له، فليس لها الحق في أن تلجأ إلى إجراء تخفيضات في رسوم الانتفاع أو تزيد من تكاليف مثلا.

ج[يتولى الحارس تسيير المرفق وكل ما يقوم به من تصرفات تنصرف أثارها إلى المفوض له الذي يبقى مسؤولا عن المرفق⁽¹⁾.

1-AUBY Jean-François, Op.Cit, p 120.

2-BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p198-199.

3 - سعيد عبد الرزاق، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة علمية لنيل هادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 234.

4- BOITEAU Claudie, «Délégation de service public», Op.Cit, p p 17-18.

5 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص122

2-العقوبات المالية: Les sanction pécuniaires.

تملك السلطة المفوضة حق توقيع عقوبة مالية على المفوض له، نتيجة تأخره في تنفيذ أشغاله أو في تقديم التقرير المالي والتقني خلال مدة معينة⁽²⁾. تتخذ هذه العقوبات المالية شكل الغرامات التي هي عبارة عن مبالغ تحددها السلطة المفوضة في العقد مقدما كجزاء لإخلال المفوض له بأحد التزاماته التعاقدية، فإذا ما تحقق هذا الإخلال المنصوص عليه، كان لسلطة المفوضة أن توقع بنفسها العقوبة المالية دون الحاجة لان تثبت انه قد أصابها ضرر من جراء هذا الإخلال⁽³⁾.
نص المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام على هذه العقوبة بموجب نص المادة 62 في فقرته الأولى إذا جاء فيها: «يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أن قد أخل بالتزاماته، وفق ما تنص عليه الاتفاقية.»⁽⁴⁾

لكن ما يجب توضيحه أنه يمكن لسلطة المفوضة أن تعف المفوض له من دفع الغرامات التي فرضتها عيه كلها أو جزء منها في حالات محددة (القوة القاهرة)، إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى عدم قيام السلطة بتعهداتها في مواجهة المفوض له أو إذا قدرت انه لم يلحق ضرر بالمصلحة العامة جراء تأخره .

3-عقوبة الفسخ: sanctions résolutoires

يعتبر فسخ اتفاقية التفويض أقصى الجزاءات التي يمكن لسلطة المفوضة توقيعها على المفوض له؛ جزاء لإخلاله التعاقدية إخلالا جسيما كونه تقصي المفوض له من تسير المرفق بعد أن تكون قد جربت كافة الوسائل لإصلاحه مما يفقد السلطة المفوضة ثقة التعامل معه⁽⁵⁾ خاصة باعتبار أن عقود تفويض المرفق العام توصف بعقود الذات الاعتبار الشخصي.

غالبا ما ينص دفتر الشروط أو اتفاقية تفويض على عقوبة الفسخ وينظم الأحكام المتعلقة بها، لكن حتى في حالة غياب نص ينص على ذلك تتمتع به السلطة المفوضة استنادا إلى سلطتها في

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 557.

2 - سعيد عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 197.

3 - محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 20-23.

4 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

5 - AUBY Jean – François, Op.Cit, p120.

تنظيم وتسيير المرفق العام⁽¹⁾. نظرا لخطورة هذه العقوبة لذا يتطلب لتوقيعها مجموعة من الشروط والتي سوف نشير إليها في المبحث الأخير.

المبحث الثاني:

تسوية منازعات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

لقد ازدادت أهمية وسائل فض منازعات تفويضات المرفق العام بعدا عميقا بعد انتشار والتوسع في اللجوء إلى هذا النوع من الأسلوب لتسيير أغلب المرافق العمومية الصناعية والتجارية، ورغبة منه في حل هذه المنازعات بطريقة عادية وأكثر ودية.

لذا كرس القانون الجزائري طرق ودية لتسوية منازعات التي تنشأ عن عقد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري (المطلب الأول). لكن يمكن أن لا يتم حل هذه النزاعات وديا ففي هذه الحالة تم ترسيخ ضمانات قضائية يتم اللجوء إليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إقرار التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن اتفاقية تفويض المرفق العام

الصناعي والتجاري.

تعتبر التسوية الودية لحل نزعات الناشئة عن تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري الخطوة الأولى التي يجب على السلطة المفوضة والمفوض له أن يبادر بها قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر لعله وذلك على مستوى لجنة التسوية الودية للنزاع (الفرع الأول)، كما يمكن حل وديا كذلك نزعات الناشئة عن تفويضات المرفق العام وذلك نظرا لكونها من العقود الإدارية عن طريق الوسائل البديلة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الفرع الثاني).

1 – BOITEAU Claudie, Les convention de délégation de service public, Op.Cit, p200.

الفرع الأول:

ضرورة التسوية الودية عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاع.

فرض المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام بضرورة تسوية المنازعات التي تثور بين السلطة المفوضة والمفوض له حول تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام أمام لجنة التسوية الودية (أولاً) التي تتميز بتشكيلة مختلطة (ثانياً).

أولاً: استحداث لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزاعات.

عزز تنظيم تفويضات المرفق العام من فرص أولوية التسوية الودية للنزاعات في تفويضات المرفق العام، إذ خصص المرسوم التنفيذي رقم 18-199 قسم خاص وهو القسم السابع منه تحت عنوان: «التسوية الودية للنزاعات» تضمنت 4 مواد حول استحداث لجنة مختصة بتسوية الودية لنزاعات، وتشكيلتها واختصاصاتها وإجراء إخطارها وذلك من المواد 70 إلى 73⁽¹⁾.

نصت المادة 70 من المرسوم أعلاه على أنه: «يجب على السلطة المفوضة والمفوض له، في حالة وجود خلاف بينهما في تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، البحث عن حلول ودية، من خلال اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المنصوص عليها في المادة 71 أدناه»⁽²⁾. يلاحظ من هذه المادة تأكيد تنظيم تفويضات المرفق العام ضمن المرسوم الجديد أولوية التسوية الودية للنزاعات وسعيه إلى تعزيز فرص تطبيقاتها معتمداً على ذلك:

-إلزام السلطة المفوضة والمفوض له بالسعي إلى البحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ بينهما في مرحلة التنفيذ.

-تأسيس لجنة مختصة حولها التسوية الودية للنزاعات في حالة عدم توصل الطرفين للاتفاق.

-جعل التسوية الودية إجراء إجبارياً يحظى بأولوية عن التسوية القضائية للنزاع.

فيما يخص لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة أشار تنظيم تفويضات المرفق العام إلى أنها تنشأ لدى كل مسؤول عن السلطة المفوضة⁽³⁾، بمعنى إذ كانت على مستوى البلدية تنشئ لدى

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - مرجع نفسه.

3 - تنص المادة 71 فقرة 1 من المرسوم نفسه على أنه: «تنشأ لدى كل مسؤول عن السلطات المفوضة المنصوص عليها المادة 4 من هذا المرسوم، لجنة للتسوية الودية للنزاعات».

رئيس البلدية أما إذا كانت السلطة المفوضة ولاية فإنها تنشئ لدى الولي أما إذا كانت السلطة المفوضة مؤسسات عمومية ذات طابع إداري فإنها تنشئ لدى السلطة الوصية.

ثانيا: التشكيلة المختلطة للجنة التسوية الودية للنزعات.

حسب نص المادة 71 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تتشكل لجنة التسوية الودية للنزعات على مستوى البلدية من:

-ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا.

-ممثل عن السلطة المفوضة.

-ممثل عن المصالح غير الممركزة لأمالك الوطنية،

-ممثل عم المصالح غير الممركزة للميزانية.

أما على مستوى الولاية فإنها تتشكل من:

-ممثل عن الولي المختص، رئيسا.

-ممثل عن السلطة المفوضة.

-ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية.

-ممثل عن المديرية الولائية للأمالك الوطنية⁽¹⁾.

يعين أعضاء اللجنة بموجب مقرر من السلطة المختصة ويختارون لكفاءتهم، ويتم اختيارهم من بين موظفين غير معنيين بإجراءات الإبرام والمراقبة وتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام ، إن قرار تنظيم تفويضات المرفق العام لهذا من أجل ممارسة هؤلاء الأعضاء لمهامهم بشكل حيادي لكن رغم ذلك نجد أن هذه اللجنة لا تتمتع بالاستقلالية لا من الناحية العضوية ولا من الناحية الوظيفية.

أما فيما يخص بإجراءات عمل لجنة التسوية الودية للنزعات أشارت المادة 73 على الأشخاص الممكن إخطارها يتعلق الأمر بكل من السلطة المفوضة أو المفوض له لكن هذا المرسوم لم يحصره في هذين الشخصيان كون النص اقر كلمة يمكن بمعني انه يمكن لأشخاص خارج هذه الأشخاص أن تخطر هذه اللجنة مثلا المنتفعين كونهم هم المستفيدين من تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري وعليه في حالة نشوب نزاع بين المفوض له والسلطة المفوضة

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

المتضرر الرئيسي هو المنتفع لذا لا بد من تخويله هو الآخر صلاحية إخطار اللجنة عن النزعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمفوض له لهدف ضمان السير الحسن للمرفق العام الصناعي والتجاري.

يعاب على هذا المرسوم عدم تحدهه لآجال دراسة وتسوية هذه لجنة للمنازعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام. في حين حددها عندما يتعلق الأمر بالطعن ضد قرار فسخ تفويض مرفق عام إذ حولها مدة 10 أيام ابتداء من تاريخ استلام الطعن لاتخاذ قرارها وهذه المدة هي نفسها بنسبة لكل النزعات المعروضة عليه لدراستها وتسويتها.

كما يعاب عليه عدم نصه على كيفية اتخاذ هذه اللجنة لقراراتها هل تتخذها عن طريق التصويت أم لا، وفي حالة التصويت كيف يتم هذا التصويت؟ هذه النقطة يمكن أن نجد تنظيمها في النظام الداخلي لسير هذه اللجنة والذي حول هذا المرسوم صلاحية إعداده لمسؤول السلطة المخولة،⁽¹⁾ وهذا شيء سلبي في هذه اللجنة لا بد أن تقوم هي بإعداد نظامها الداخلي وليس جهة وصية هذا من شأنه خلق التبعية وعدم استقلالية هذه اللجنة وبالتالي فإن قرارات التي تتخذها لا تتصف بالشفافية.

بناء على كل ذلك، نجد أن هذا تنظيم تفويضات المرفق العام لم ينص على مدى إلزامية قرارات التي تتخذها اللجنة هل هي ملزمة لأطراف النزاع أم لا.

ثالثا: محدودية صلاحيات لجنة التسوية الودية للنزعات تفويض المرفق العام.

نصت المادة 71 فقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه: «تختص هذه اللجنة بدراسة النزعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها»⁽²⁾.

يتضح من هذه المادة أن لجنة التسوية الودية تختص بدراسة النزعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام بين السلطة المفوضة والمفوض له، إلى جانب درستها لهذه النزعات تتولي كذلك مهمة تسويتها وحلها بشكل ودي.

1 - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 73 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، على أنه: «...يحدد سير اللجنة ونظامها

الداخلي الذي يعده مسؤول السلطة المخولة.»

2 - مرجع نفسه.

كما نص هذا المرسوم على انه يمكن للمفوض له أن يحتج على قرار الفسخ للطعن أمام لجنة التسوية الودية في آجال 10 أيام ابتداء من تاريخ استلام قرار فسخ اتفاقية الذي تم تبليغه إياه، لكن هذا الإجراء اختياري هنا وليس إجباريا وذلك يستشف من المصطلح الذي أقره في نص المادة 63 فقرة الأولى المتمثل في مصطلح يمكن⁽¹⁾.

يعاب على هذا المرسوم عدم تحديده لطبيعة القرارات التي تصدرها هذه اللجنة ومآل هذه النزاعات في حل فشلها للوصول إلى الحل الودي، لذا على المشرع الجزائري إضافة نصوص قانونية تنظم بشكل محكم ودقيق هذه المسائل اللصيقة بهذه اللجنة نظرا لدورها الأساسي الذي تلعبه في حل نزاعات تفويضات المرفق العام خاصة من حيث توفير الوقت والمال وهي الأهداف التي يسعى المفوض له إلى توفيرها.

الفرع الثاني:

إمكانية التسوية الودية لنزاعات اتفاقية تفويض المرفق العام عن طريق الوسائل البديلة.
إضافة إلى حل النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن تفويضات المرفق العام عن طريق اللجنة المستحدثة، يمكن كذلك حل هذه النزاعات بموجب الطرق البديلة والمتمثلة خاصة في إجراء الصلح وذلك في دعاوى التعويض (أولا). أما بالنسبة للتحكيم فنجد أن هذه الطريقة تثير نوع من الإشكال، إذ الأصل لا يمكن حل نزاعات تفويضات المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري التي تحصر المفوض له في الشخص الوطني، في حين استثناءا يمكن في حالة تفويض تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري للفائدة مفوض له أجنبي(ثانيا).

أولا: اللجوء إلى الصلح في دعاوى التعويض الناشئة عن اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

خص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الباب الخامس من الكتاب الرابع منه تحت عنوان: **في الصلح والتحكيم**⁽²⁾.

1 - تنص المادة 63 من المرسوم نفسه على أنه: « يمكن المفوض له الذي يحتج على قرار الفسخ أن يقدم طعنا لدي

لجنة التسوية الودية للنزاعات...»

2- قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

أجاز هذا القانون للجهة القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل⁽¹⁾ في أية مرحلة تكون عليها الخصومة،⁽²⁾ بناءً على ذلك ينحصر نطاق تطبيق إجراء الصلح في منازعات اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري في تلك النزاعات المتعلقة بالتعويضات، لعل أهمها مثلاً: دعوى تعويض في حالة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من جانب واحد، ففي مثل هذه الدعاوى يجوز اللجوء إلى إجراء الصلح فيها لأنها دعوى القضاء الكامل.

إن إجراء الصلح يمكن أن يكون بمسعى من طرفي الخصومة دون تدخل من القاضي الإداري، كما يمكن أن يكون بمبادرة من القاضي الإداري،⁽³⁾ وفي هذه الحالة يعتبر الصلح صلح قضائي وهو عمل قضائي تصالحي يدخل في وظيفة القاضي، ويكون جزء من نشاطه القضائي، ولا يجوز أن يصدر هذا العمل إلا من قاضي مختص في النزاع موضوع الصلح، ويوصف على أنه عمل تصالحي لأنه يعتمد على اتفاق الأطراف وتصالحهم على إنهاء النزاع القائم بينهما تصالحيًا⁽⁴⁾.

و في حالة ما إذا حصل صلح بين الأطراف المتنازعة ترتب عن ذلك مجموعة من الآثار:

-إفراغ محتوى الصلح في محضر: يقوم رئيس التشكيلة الحكم بتحرير محضر يبين فيه ما تم الاتفاق عليه ويحدد بدقة ما تم التراضي عليه.

-تسوية النزاع ونهايتها: يترتب كذلك عن إجراء الصلح أن يأمر رئيس التشكيلة القضائية بتسوية النزاع وغلق الملف ويصدر في هذا الشأن أمر غير قابل لأي طعن⁽⁵⁾.

لكن ما يجب التنبيه إليه أن المشرع المغربي أقر ضرورة اللجوء إلى مسطرة الصلح إلزامياً قبل اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء لحل النزاعات التي تثور بين المفوض إليه والمرتفقين⁽⁶⁾.

1 - المادة 970 ، القانون نفسه.

2 -المادة 971 ، القانون نفسه.

3 - تنص المادة 972 من قانون رقم 08-09 على أنه: «يتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم.»

4 - بن دعاس سهام، «الصلح كحل بديل للمنازعة الإدارية»، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، المجلد 3، العدد 1، 2017، ص ص 130-131.

5 -تنص المادة 973 من قانون رقم 08-09، على أنه: «إذا حصل صلح، يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضراً، يبين فيه ما تم الاتفاق عليه، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن.»

6 - المادة 9 فقرة الثانية من القانون رقم 05-54، مرجع سابق.

ثانيا: عدم جواز اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري إلا إذا كان المفوض له شخص أجنبي.

لا يجوز اللجوء إلى التحكيم كحل بديل لحل منازعات اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري كقاعدة عامة وذلك طبقا لنص المادة 975 من ق. إ. م. إ. والتي جاء فيها: «لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكما إلا في حالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية». ويتمثل هؤلاء الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 800 ق. إ. م. إ. : الدولة، الولاية، البلدية، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وهي بالأصل تمثل السلطة المفوضة في اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، بناء على ذلك لا يمكن اللجوء إلى التحكيم في اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري التي تكون السلطة المفوضة فيها إحدى الأشخاص المنصوص عليها في المادة 800 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما نصت المادة 1006 ق. إ. م. إ. على أنه: «ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة إن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية»⁽¹⁾.

يلاحظ من هذه المادة أنه القاعدة العامة هي حظر الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم باستثناء في علاقتها الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية.

وعليه أن العلاقات الاقتصادية الدولية في الجزائر لم يحددها المشرع وإنما حدد فقط متى يكون التحكيم دوليا وذلك وفق لنص المادة 1039 ق. إ. م. إ. إذا جاء فيها: «يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل». تطبيقا لهذه المادة يكون التحكيم دوليا حين يكون احد أطرافه منتما إلى المصالح الاقتصادية لدولة أجنبية، بينما الطرف الأخر منتما إلى مصالح الاقتصادية للدولة الجزائرية⁽²⁾. بإسقاط هذه المادة على اتفاقية تفويض المرفق العام نجد انه يمكن أن يتم اللجوء إلى التحكيم في حالة استثنائية وهي حالة تفويض مرفق عام صناعي وتجاري لفائدة المفوض له أجنبي، ولاسيما عندما يتم التفويض بموجب عقد الامتياز والتي تكون المدة فيها طويلا، وهذه

1 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

2 - القانون نفسه.

خصوصية مستمدة من الشراكة الأجنبية والتي يرفض فيها المتعامل الأجنبي الخضوع للقانون الوطني. ومن أمثلة تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم، تفويض مرفق المياه كون المفوض له يمكن أن يكون مستثمر أجنبي، وبالتالي يتم تطبيق أحكام المادة 24 من قانون رقم 09-16 التي تنص على أنه: «يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو أن يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، الا في حال وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين الاتفاق على تحكيم خاص»⁽¹⁾ وفي هذا الصدد نذكر أحسن مثال عن ذلك وهو:

* عقد تسيير المفوض المبرم بين الشركة الفرنسية Suez environnement مع المؤسستان العموميتان الجزائريتان: الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير إذ نص هذا العقد في مادته 35 على أن أي نزاع يمكن أن يحدث بين الأطراف فيما يخص تنفيذ أو تفسير بنود العقد يكون موضوع محاولة تسوية بالتراضي بين الأطراف خلال 15 يوما⁽²⁾.

وفي حالة عدم التوصل إلى التسوية بالتراضي يمكن أن يتم عرض النزاع من طرف الجهة المتضررة على التحكيم أمام الغرفة التجارية الدولية بباريس CCI التي تقرر نهائيا حسب التنظيم. وعليه عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم كطريقة لحل نزاعات عقد تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، إذ ما ابرم هذا الأخير مع مفوض له وطني.

نظرا لتعدد القوانين المنظمة لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري تعددت أحكامه وشروطه من قانون لآخر، وبتفحص جل هذه النصوص القانونية نجد أن القانون الجزائري يفرض بعض الشروط في المفوض له، إذا ما تعلق الأمر بضرورة تمتع بالجنسية الجزائرية، وهو ما يتعارض ودولية العقد ومنه يمكن استبعاد إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في عقد تفويض المرفق العام اعتبارا للحالات التي تفرض طبيعته الوطنية. مثلا امتيازات خدمات النقل

1 - قانون رقم 09-16، مؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 3 غشت 2016. معدل ومتمم بموجب القانون رقم 18-13، مؤرخ في 11 يوليو 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج ر عدد 42، صادر بتاريخ 15 يوليو 2018.

2-بودرافمصطفي، مرجع سابق، ص83.

البحري بالعودة إلى نص المادة 571-1 من القانون البحري نجدها قد أكدت على ضرورة أن يكون المفوض له مقيم في الجزائر كشرط لمنح الامتياز. فبالتالي السلطة المفوضة فيه تتجسد في الدولة ممثلة في وزارة النقل والصيد البحري وهي من الأشخاص المحظورة إلى اللجوء إلى التحكيم، فلا يمكن تصور مفوض له شخص أجنبي نظرا لاشتراطه الجنسية الجزائرية فيه،⁽¹⁾ نفس الموقف كذلك في مجال تفويض خدمات النقل الجوي⁽²⁾.

لذا على المشرع الجزائري إعادة النظر في صفة المفوض له حتى تتناسب طبيعته مع أحكام المادة 1039 ق.إ.م.إ، لهدف تكريس آلية التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن اتفاقيات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

يعتبر التحكيم ذات أهمية بالغة للمفوض له إذ تعد اداة ضمان له، كونها تبعث له نوع من الثقة والاطمئنان للاستثمار في المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وإلغاء كل التخوفات من الدخول في هذا الاستثمار.

المطلب الثاني:

اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعات تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري.

قبل اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعات تفويضات المرفق العام على مستواه لا بد من الإشارة إلى إمكانية تسوية النزاعات التي تنشأ بين الطرفين أمام الإدارة نفسها عن طريق إجراء التظلم، وبعد التظلم شرطا شكلي للقبول الدعوي الإدارية، لكن هذا الإجراء اختياري باعتبار أن تفويضات المرفق العام لم تنص على ضرورة إجراءه فبالتالي للأطراف الحرية في اللجوء إليه أو من عدمه لكن غالبا ما يتم تجاوز هذه المرحلة. فيتم اللجوء مباشرة إلى القضاء لتسوية منازعاتهم.

فبالنظر إلى الخصوصية التي يتميز بها تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، خاصة كون تنفيذه يستغرق فترات زمنية طويلة ما يشكل مناخا خصبا لمجموعة كبيرة من النزاعات.

ونظرا إلى أن تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري ينسج عدة علاقات قانونية بين عدة أطراف، ما قد يجعل احد هؤلاء الأطراف مقصرا في الوفاء بالتزاماته، وهو ما يمهد لنشوب نزاع

1 - قانون رقم 98-05، مرجع سابق.

2 - المادة 10 من قانون رقم 98-06، مرجع سابق.

بينهم وتمثل هذه العلاقات القانونية في تلك التي تبرمها السلطة المفوضة المتمثلة في الشخص المعنوي العام مع مفوض له والتي تدخل مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة إضافة إلى منازعات التي تنتج عن علاقة السلطة المفوضة بالمنتفعين والتي يعود الفصل فيها كاختصاص أصيل للقضاء الإداري (الفرع الأول) وعلاقة المنتفعين بالمفوض له، كما أن هناك علاقة أخرى تربط المفوض له بالعمال الذين يستعين بهم من أجل تنفيذ التزاماته سواء المتعلقة باستغلال أو إنجازه للمنشآت المرفق العام محل التفويض والذي يمكن أن تنشعب منازعات بينهم بالتالي يعود الفصل في جل هذه المنازعات إلى القاضي العادي والذي يتميز بمحدوديته في هذا النطاق (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الاختصاص الأصيل لقاضي الإداري في تسوية منازعات اتفاقية تفويض المرفق العام.

يخول اعتبار احد أطراف اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري الطرف العمومي بالضرورة الجهة القضائية الإدارية الاختصاص في كل ما يثور من منازعات تكون طرف فيها⁽¹⁾ وهذا طبقا لنص المادة 800 ق . إ . م . إ ، وذلك أمام المحكمة الإدارية ويكون الطعن فيها أمام مجلس الدولة⁽²⁾.

يكون تسوية المنازعات الإدارية المتعلقة باتفاقية تفويض المرفق العام عائدة لاختصاص القضاء الكامل (أولا) دون قضاء الإلغاء لكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ هناك بعض الحالات يتعلق بقضاء الإلغاء (ثانيا).

أولا: توسيع اختصاص القضاء الكامل في منازعات اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

يختص القضاء الكامل بكل ما يتعلق بعقد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري من مرحلة بدأ من أول إجراء في عملية التعاقد إلى آخر نتيجة في تصفية كافة الحقوق والالتزامات

1 - AUBY Jean-Marie, ROBERT Ducos-Ader, Op.Cit,p279.

2 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

المرتبة عنها، وعليه سواء اتصلت هذه المنازعة بانعقاد الاتفاقية أو صحته أو تنفيذه، أو انقضاءها، فإنها تدخل في ولاية القضاء الكامل،⁽¹⁾ والتي تأخذ صوراً متعددة(1). إن سلطة القاضي إزاء هذه المنازعات تكون واسعة ولا تقتصر على إلغاء قرار إداري غير مشروع وإنما تتسع لتشمل الحكم المدعي بالحقوق التي تنكرها عليه السلطة المفوضة أو تنازعه في مداها، ويبين بذلك ما يجب على السلطة المفوضة القيام أو الامتناع عنه(2).

1- تعدد منازعات تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل.

تتعدد منازعات تفويضات المرفق لعام الصناعي والتجاري التي يختص القضاء الكامل لحلها تتمثل في تلك المتعلقة ببطان اتفاقية التفويض (أ) وتلك المتعلقة بتنفيذ الاتفاقية أو انقضاءها(ب).
 (أ) دعوى بطلان اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري: يعتبر البطلان الجزاء الذي يترتب القانون لتخلف ركن من أركان العقد أو عدم توفر شرط من شروط صحته، يترتب عليه انعدام آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير،⁽²⁾ وينقسم البطلان إلى نوعين: إما أن يكون بطلاناً مطلقاً: يكون في حالة تخلف أحد أركان العقد كالتراضي، المحل، السبب، والشكلية، ويترتب على ذلك ألا يكون للعقد وجود في نظر القانون أي لا يترتب أي أثر منذ إبرامه ويؤدي إلى زواله وإلغاء ما ترتب عليه من آثار وإعادة الحالة إلى ما كان عليه قبل التعاقد، كما قد ينشئ لأحد أطراف العقد حقاً في اقتضاء التعويض من الطرف الآخر تأسيساً على المسؤولية التقصيرية أو على أساس الإثراء بلا سبب⁽³⁾.

أو البطلان النسبي: هو جزاء عدم توافر شرط من شروط صحة اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري رغم توافر أركانها مثال ذلك أن تتوافر في الرضا عيوبها مثل الغلط، التدليس،

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 303.

2 - عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية لبنان، 2015، ص 428-429.

3 - لكحل مخلوف، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار (دراسة حالة العقار الاقتصادي)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017-2018، ص 255.

الإكراه، ففي حالة توفر هذه العيوب جاز للمفوض له الذي عيب رضاه حق التمسك ببطلان العقد،⁽¹⁾ لكن ما تجدر الإشارة إليه أنه من الناحية العملية نادر الحدوث نظرا إلى أن شخصية المفوض له محل اعتبار .

تعرف دعوى بطلان اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري على أنها دعوى تحرك من أحد الأطراف عقد التفويض للمطالبة بإبطاله حين يشوب عيب يؤثر في تكوينه أو صحتها أركانها مما يؤدي به إلى البطلان.

ب) دعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاءه.

تخضع لولاية القضاء الكامل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاءه كالدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية والتي تسمى بالدعوى التعويضية عن الأضرار التي تسبب فيها احد المتعاقدين للأخر (1) كما تندرج ضمن دعاوى القضاء الكامل الدعوى المتعلقة بإبطال بعض التصرفات السلطة المفوضة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية (2) فضلا عن دعاوى التي تنصب على فسخ عقد التفويض (3).

1- دعوى التعويض: تعرف دعوى التعويض على أنها الدعوى القضائية الذاتية التي يرفعها

أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة وطبقا لشكليات والإجراءات المقررة قانونا للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل لإصلاح الضرر الذي أصاب حقوقهم بفعل نشاط السلطة المفوضة الضار،⁽²⁾ فدعوى التعويض هي من الدعاوى الشخصية لأنها تقوم على أساس حق شخصي لرفعها وتهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية عن طريق المطالبة بالتعويض كمقابل مالي عما أصابه من ضرر مادي أو معنوي⁽³⁾.

بناء على ذلك، يتحصل المفوض له على المقابل المالي في شكل تعويض في حالة إخلال بالتوازن المالي للعقد، أو في حالة استرداد المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض من

1 - جعفر محمد السعيد، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الاسلامي، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 61.

2 - خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية: قضاء الإلغاء- قضاء التعويض دراسة مقارنة، مكتبة القانونية والاقتصاد، الرياض، 2009، ص 255.

3 - عوايدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية دراسة أصلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 255.

طرف السلطة المفوضة وتخضع هذه الدعاوى التي يرفعها المفوض له للحصول على المبالغ المالية المستحقة للولاية القضاء الكامل⁽¹⁾.

تجد هذه الدعاوى تطبيقاتها في نطاق اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري في دعوى التعويض التي يرفعها المفوض له على السلطة المفوضة في حالة تعسفها في تحديد مبلغ التعويض.

2- دعوى إبطال بعض التصرفات السلطة المفوضة المخالفة للالتزامات التعاقدية: باعتبار

أن اتفاقية التفويض عبارة عن عقد إداري ذو طبيعة مختلطة نظرا لكونه يحتوي على شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية، وإن كانت الشروط التنظيمية محلها قائم في العقد ولو قامت السلطة المفوضة بتسيير المرفق بنفسها، تملك حق تعديلها تماشيا والسير الحسن المستمر للمرفق العام الصناعي والتجاري محل العقد⁽²⁾.

في حين في البنود التعاقدية نجد أنها شروطها خاضعة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فكل إخلال، من جانب السلطة المفوضة بإحدى هذه الشروط يكون أهلا للسماح للمفوض له بتأسيس دعوى تسمى بدعوى إبطال بعض التصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية المنصوص عليها في العقد ويؤول الاختصاص في هذا المجال إلى قضاء الكامل، ومن أمثلة: قرار تعليق التفويض، فرض عقوبات من العقوبات المالية وخاصة قرار إلغاء الامتياز، قرار الاسترداد، قرار رفض التعاقد من الباطن، المطالبة بالتعويض على أساس النظرية الظروف الطارئة أو فعل الأمير، ففي مثل هذه القرارات تتخذها السلطة المفوضة في مواجهة المفوض له بصفتها طرف متعاقد⁽³⁾.

1 - بوجاديعمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 13 جويلية 2011، ص 156.

- ترفع دعوى التعويض أما المحاكم الإدارية الابتدائية، مهما كانت صفة الشخص المعنوي العام.

2 - حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز، مرجع سابق، ص 564.

3 - قضت محكمة القضاء الإداري العليا المصرية في الدعوى رقم 1180 لسنة 10 ق. جلسة 18 نوفمبر 1956 على انه: «ما يصدر من القرارات تنفيذا للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغاءه فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، فهي منازعات حقوقية وتكون محلا للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل، فيفصل فيها على نحو لا يختلف عن ولاية القضاء المدني العادي عندما كان يفصل في منازعات العقود التي تبرمها الحكومة مع الأفراد باعتبارها من أعمال الإدارة والصرف وتخضع فيها لسلطة المحاكم العادية إسوة بالارتباطات القانونية الأفراد وبعضهم.» انظر في هذا الخصوص حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 100-101.

يترتب على انتماء دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة مخالفة للبند العقد إلى القضاء الكامل أن لا تنقيد بميعاد دعوى الإلغاء، كما أن هذه الدعوى حتى ولو اقتضت على طلب المفوض له على إلغاء القرار الإداري الذي أصدرته السلطة لان هذه القرارات تدخل في منطقة العقد والآثار التي يترتبها آثار شخصية ولا تقبل الطعن بدعوى الإلغاء من حيث أنها دعوى موضوعية⁽¹⁾.

3- دعوى فسخ عقد التفويض: هناك دعوى أخرى تخضع للقضاء الكامل فيما يتعلق بمنازعة المفوض له والسلطة المفوضة حول قرارها بفسخ الاتفاقية⁽²⁾، مثلا في حالة القوة القاهرة، حالة ضرر لخطا جسيم من الإدارة مانحة التفويض.

يكون فسخ عقد التفويض لتمتع السلطة المفوضة بامتيازات السلطة العامة في حالتين:
أ] تطبيق السلطة المفوضة فسخ عقد التفويض باعتباره عقد إداري استنادا إلى مراعاة مبدأ الملائمة والتكيف الذي ينظم المرفق العام قصد إنهاء العقد الذي أبرمته وبارادتها المنفردة دون أن يقصر المفوض له مع السلطة المفوضة⁽³⁾.

ب] تطبيق في حالة إخلال المفوض له مع السلطة المفوضة بإحدى التزاماته التعاقدية وهو ما أقرته المنظومة القانونية الجزائرية في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام في مادته 62 لكن هذا بعد توجيه إعدارين ويمتتع المفوض له عن تدارك النقائص⁽⁴⁾.
لا يمكن للمفوض له الاعتراض على قرار السلطة المفوضة بفسخ اتفاقية التفويض، عند تطبيقها للبند التعاقدية في الضمان والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المفوض له.

ج) دعوى التفسيرية: يقصد بها طلب يقدمه المفوض له إلى القاضي من أجل شرح وتفسير معاني الخفية لشروط التنظيمية الواردة في اتفاقية التفويض المطعون فيها بالغموض والإبهام⁽⁵⁾.
تتميز دعوى التفسير بمجموعة من الخصوصيات هي :

1 - حماده عبد الرزاق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 174.

2 - DAVIGNON Jean-François, « Concession de service public », JCA, du 22 mai 2006, p 25.

3 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 105.

4 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

5 - بوجادي عمر، مرجع سابق، ص 286.

-تعتبر دعوى التفسير دعوى قضائية محضة بغض النظر عن الجهة التي قامت بتحريكها.

-تختص دعوى التفسير بشرح وتفسير الشروط التنظيمية لعقد التفويض.

-تقليص اختصاص القاضي إذ لا يتعدى عمله إطار التوضيح والشرح الذي يطلبه المدعي

المنصب على المعاني الغامضة والمبهمة في البنود التنظيمية وإعطائها المعنى الصحيح والحقيقي⁽¹⁾.

2-توسيع من النتائج المترتبة عن القضاء الكامل.

يترتب على اختصاص القضاء الكامل بالنظر في المنازعات الإدارية نتائج جد بالغة خاصة

فيما يتعلق بتوسيع من سلطات القاضي أو بتحلل دعوى القضاء الكامل من تلك الشروط التي

تتطلبها دعوى الإلغاء⁽²⁾.

*يتمتع القاضي في الدعوى الخاضعة لولاية القضاء الكامل بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة

النزاع حيث يقوم بتقديم المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى يحدد حقوق المدعي وبالتالي لا

يقتصر دوره على إلغاء القرار المطعون فقط وإنما يمتد ذلك إلى تعديل هذا القرار أو الحكم

بالتعويض المالي⁽³⁾.

*تحلل دعوى القضاء الكامل من شروط دعوى الإلغاء ويظهر ذلك من عدة نواحي:

-إذا كان محل دعوى الإلغاء هو وجود قرار إداري نهائي، فإن نطاق دعوى القضاء الكامل

يتسع ليشمل العقود الإدارية والقرارات الإدارية المتصلة بتلك العقود⁽⁴⁾.

-إذا كان يكتفي في دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مجرد مصلحة، فإن الأمر يختلف بنسبة

لقبول دعوى القضاء الكامل فيشترط أن يستند رافعها إلى حق شخصي.

-إذا كانت دعوى إلغاء تتقيد بمواعيد لرفعها، فإن دعوى القضاء الكامل لا تتقيد بموعد معين⁽⁵⁾.

1 - بوجادي امير، مرجع سابق، ص 287

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 156.

3 - بوجادي عمر، مرجع سابق، ص 287-288.

4 - عكوش فتحي، قواعد منازعات العقود الادارية في القضاء الإداري الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع

الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاغوط، 2014-2015، ص 145.

5 - حماده عبد الرزاق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص 175-176.

ثانياً: اختصاص قضاء الإلغاء بدعوى تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري استثناءً.

لما كانت القاعدة العامة تقضي بخضوع المنازعات المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري (باعتبارها عقود إدارية) لولاية القضاء الكامل، لكن أورد مجلس الدولة الفرنسي استثناءً عن هذه القاعدة العامة والتي تقضي بمجالات للقضاء بالإلغاء في العقود الإدارية بصفة عامة واتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بصفة خاصة وذلك في حالتين أساسيتين يمكن إبرازهما: القرارات المنفصلة عن اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري (1) وحالة الطعون المقدمة من طرف المنتفعين ضد قرارات السلطة المفوضة (2)، إضافة إلى هتين الحالتين الأساسيتان التي اقرهما القضاء توجد حالة أخرى في عقد تفويض المرفق العام يجوز الطعن فيها بالإلغاء ألا وهي حالة الطعون المقدمة من عمال المفوض له ضد السلطة المفوضة (3).

1) اختصاص قضاء الإلغاء في القرارات المنفصلة عن اتفاقية التفويض.

الأصل أن نطاق قضاء الإلغاء ينحصر بالعمل الإداري غير المشروع الصادرة عن السلطة الإدارية بطريقة انفرادية لكن استثناءً يمكن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة والتي تستوجب تعريفها (أ) والشروط التي تسمح بذلك (ب) وفي الأخير نستنتج ربط بين القرار الإداري المنفصل وفسخ عقد التفويض كأثر لهذه الدعوى (ج).

(أ) تعريف القرار المنفصل عن اتفاقية تفويض المرفق العام.

يعرف القرار المنفصل بأنه قرار يسهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزاً (1).

بناءً على هذا التعريف فإن القرارات التي تكون قابلة للطعن فيها بالإلغاء في اتفاقية تفويض

المرفق العام الصناعي والتجاري يدخل في اختصاصها كل من:

أعمالاً منفصلة كل الأعمال التي تسبق العقد الإداري (2) ومن أمثلة ذلك: القرارات السابقة على إبرام العقد والمنفصلة عن القرارات الصادرة بشطب اسم بعض الأشخاص عن عدد المتعاقدين من جهة الإدارة، القرارات الصادرة بحرمان بعض أو أحد المترشحين للدخول في دعوة المنافسة.

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 357.

2 - جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 88-89.

وعليه يمكن تقسيم هذه القرارات في اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري إلى:
1[القرارات المتعلقة باختيار أسلوب التفويض: أي كانت طريقة التعاقد في هذه الآلية سواء كان عن طريق الدعوة للمنافسة أو عن طريق التراضي فإن القرار الذي يصدر بإبرام العقد يعد عقدا إداريا ومثال على ذلك قرار منح التفويض.

2[قرار تجديد العقد والتمديد: تعتبر من قبيل القرارات التي قبل مجلس الدولة الفرنسي إلغائها عن طريق دعوى الإلغاء، في قضية commune d’Azereix حين رفض المجلس البلدي تجديد امتياز صيد الحمام البري في غابة تابعة للبلدية⁽¹⁾.

وعليه إن القرار المنفصل عن اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يخضع الطعن عليه لولاية قضاء الإلغاء، إلا أن لهذا الطعن شروطا يتعين توافرها.

ب) شروط إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد.

يشترط لقبول دعوى الإلغاء القرار الإداري المنفصل عن اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري توفر عدة شروط هي:

* أن توجه الدعوى للإلغاء ضد قرار إداري منفصل عن عقد التفويض، بالتالي ينصب محل الإلغاء في إحدى تلك القرارات ويستبعد مسألة توجه طلب الإلغاء إلى عقد التفويض⁽²⁾.

* تقديم طلب الإلغاء من ذو مصلحة: في هذه النقطة لابد من التمييز بين الطعون المقدمة من قبل الغير والطعون المقدمة من المتعاقدين.

إذ يشترط القضاء الإداري لقبول الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال أن يكون تقديم طلب الإلغاء من قبل الغير المتعاقد، ويتحدد الإطار العام لمصلحتهم في رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات من خلال الاشتراك في إجراءات التفويض وعلى هذا الأساس لا تقبل دعوى الإلغاء لانعدام المصلحة من اللذين لم يشاركوا في هذا الإجراء⁽³⁾.

1 - بلسبط سمية، عقد امتياز خدمات النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنشاطات المينائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013، ص105.

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص359.

3 - زياد أحمد العرسان، «الطبيعة القانونية لإجراءات التنفيذ للعقد الإداري»، مجلة جامعة البعث، المجلد39، العدد25، 2017، ص ص53-54.

إضافة إلى هؤلاء الذين تتوفر فيه صفة المصلحة نجد إلى جانبهم المتعاقدي⁽¹⁾.

* أن تكون القرارات نهائية وباتة: يشترط لقبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد التفويض أن يكون محلا الدعوى كافة الأعمال التحضيرية أو التمهيدية أو الاستشارية كالإعلان عن دعوة المنافسة⁽²⁾

* إقامة دعوى الإلغاء في ميعادها: يجب على طالب إلغاء القرار الإداري المنفصل إقامة دعواه خلال مدة زمنية محدودة قانونيا والمخصصة للطعن القضائي والمقررة بأربعة 4 أشهر من يوم التبليغ أو انشر وهذا طبقا لنص المادة 829 ق. إ. م، مع الأخذ بعين الاعتبار امتداد هذه المدة لسبب من أسباب الانقطاع أو الوقف⁽³⁾.

ج) ربط بين إلغاء القرار الإداري المنفصل وفسخ عقد التفويض كأثر عن دعوى الإلغاء.

يترتب على إلغاء القرار الإداري المنفصل آثار على الوجود القانوني للعقد، ويختلف للمرحلة التي وصل إليها العقد بحيث إذ لم يصل العقد إلى مرحلة الإبرام فإن إلغاء القرار المنفصل له اثر مطلق ويقف حائلا أمام إبرامه. أما إذا تم إبرامه فلقد خول المشرع الفرنسي بصدور قانون 8 فبراير 1995 بشأن تنظيم القضاء والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية،⁽⁴⁾ لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية والمحاكم الاستئنافية سلطة إصدار الأوامر مقترنة بالغرامة التهديدية، تطبيقا لذلك يمكن للقاضي الإداري الذي قرر إلغاء قرار إداري منفصل عن عقد التفويض أن يأمر السلطة المفوضة مباشرة أن تفسخ أو تبطل العقد وذلك في حالة ما إذ رأي القاضي أن هذا الإلغاء يجب أن يؤدي بالضرورة إلى التأثير في العقد نفسه أي يجب أن تكون هناك علاقة وثيقة بين القرار

1 - إن هذا الموقف كان لا يقبل من قبل مجلس الدولة الفرنسي ويستند في رفضه هذا إلى اعتبار أن للمتعاقد حق رفع دعوى موازية أمام قاضي العقد، لكن فيما بعد غير المجلس الدولة من موقفه هذا بعد صدور المرسوم رقم 2 نوفمبر 1864.

2 - قريمس إسماعيل، محل دعوى الإلغاء - دراسة في التشريع القضاء الجزائريين - مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر باتنة، 2013، ص117.

3 - تنص المادة 829 قانون رقم 08-09، على أنه: «يحدد أجال الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر⁽⁴⁾ ن يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي اتو التنظيمي.»

4- Loi n° 95-125,Op.Cit.

الإداري المنفصل وعقد التفويض، وبالتالي ربط بين إلغاء القرار الإداري المنفصل وفسخ التفويض⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري حول مدى امتداد آثار إلغاء القرار الإداري المنفصل على عقد التفويض، فنجد هو الآخر كرس نظام الأوامر والغرامات التهديدية⁽²⁾ فبالإضافة إلى ذلك، يتم ربط بين إلغاء القرار المنفصل وفسخ التفويض بواسطة نظام الغرامات التهديدية.

2- الطعون المقدمة من المنتفعين.

يقر مجلس الدولة الفرنسي بحق المنتفعين الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من السلطة المفوضة في علاقتها مع المفوض له تتضمن إخلال بشروط التنظيمية لاتفاقية التفويض، وكان ذلك في حكمه Mcayzeele الصادر في 10 جويلية 1996 والمؤكد في حكم آخر صدر في 29 ديسمبر 1999⁽³⁾.

* وكذلك إذا خالف المفوض له في علاقته بالمنتفعين للشروط الواردة في اتفاقية التفويض، ففي هذه الحالة يحق للمنتفع أن يلجأ إلى السلطة المفوضة لمطالبتها بالتدخل لإجبار المفوض له على عدم مخالفته للشروط التفويض، فإذا امتنعت السلطة المفوضة عن التدخل فإنها تكون قد أصدرت قرارا سلبيا بالرفض يجوز للمنتفعين الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري⁽⁴⁾.

بناء على ذلك، فإن خروج السلطة المفوضة أو المفوض له لا يتضمن مجرد إخلال بالالتزام شخصي وإنما ينطوي على خروج أو مخالفة للقاعدة تنظيمية واردة في اتفاقية التفويض، مما جعل القرار غير مشروع وبالتالي يفتح المجال أمام المنتفعين بمخاضته عن طريق الطعن فيها أمام القضاء الإداري بموجب دعوى الإلغاء⁽⁵⁾.

1 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 130-132.

2 - المادة 980 والمادة 981 من قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

3 - DAVIGNON Jean-François, Op.Cit, p 25-26.

4 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 108.

5 - حماده عبد الرازق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص 162-163.

3- الطعون المقدمة من عمال المفوض له ضد السلطة المفوضة.

يرتبط عمال المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض بالمفوض له بعقد من عقود القانون الخاص، وهو عقد العمل. ويخضع هذا العقد إلى قواعد قانون العمل، ومن ثم يختص بالنظر في المنازعات المتعلقة به القضاء العادي ولا تربط بين هؤلاء العمال والسلطة المفوضة أية علاقة مباشرة، لكن رغم ذلك لما كانت الإدارة تحرص على أن تضمن اتفاقية التفويض بعض النصوص المتعلقة بأوضاع العاملين وحقوقهم والمفروض أن هذه النصوص ذات طبيعة تنظيمية في مواجهة العاملين ويتعين على المفوض له احترامها في علاقته بعماله، ففي هذه الحالة فقط يمكن للعمال مخاصمة السلطة المفوضة حول تلك البنود أمام القاضي الإداري بموجب دعوى إلغاء.

لقد اختلف مجلس الدولة الفرنسي عن مجلس الدولة المصري في هذا الشأن بصدد صفة الطاعن بالإلغاء في هذا النوع من القرارات، حيث أجاز مجلس الدولة الفرنسي لنقابات العمل الطعن بالإلغاء دون أن يجيز ذلك للعمال أنفسهم وإنما خول لهم فقط الطعن أمام قاضي العقد. في حين خالف المشرع المصري نظيره الفرنسي فقد أجاز هذا الأخير للعمال أنفسهم الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة وبخالف الشروط المتعلقة بهم والوردة في اتفاقية التفويض⁽¹⁾.

الفرع الثاني:**محدودية اختصاص القاضي العادي في منازعات تفويض المرفق العام الصناعي****والتجاري.**

من أبرز المنازعات التي يختص القضاء العادي بتسويتها في تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري هي تلك المنازعات الناتجة عن العلاقة غير المباشر في التفويض ولذلك يوصف اختصاص القضاء العادي في تسوية منازعات تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري بمحدوديته، وتتمثل هذه المنازعات في المنازعات الناشئة بين المفوض له والمنتمين (أولاً) كذلك يوجد إلى جانبها المنازعات الناشئة بين المفوض له والعمال (ثانياً).

1 - جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص. 365.

أولاً: المنازعات الناشئة بين المفوض له والمنتفعين.

لقد أثارت العقود المبرمة بين المفوض له والمنتفعين جدلاً فقهيًا بين اعتبارها عقود من القانون الخاص وبين اعتبارها عقوداً إدارية تخضع للقواعد القانون العام.

في البداية كيف مجلس الدولة الفرنسي العقود المبرمة بين المرفق العام الصناعي والتجاري والمنتفعين بها على أساس أنها عقود خاصة ولو تضمنت عقوداً استثنائية، فاسحا المجال في ذلك لاختصاص القضاء العادي، ثم عدل مجلس الدولة الفرنسي من موقفه. هذا واعتبر أن هذه العقود كأصل هي عقود خاصة يختص بها القاضي العادي، لأنه أجاز في بعض الأحوال تكيف الصلة بين المنتفعين بالمرفق على أساس أنها عقد إداري يختص بها القاضي الإداري بشرط أن يحتوي العقد على الشروط الاستثنائية ولقد استمر هذا الاتجاه طويلاً، ثم عدل مرة آخر وانتهى إلى تكيف هذه العقود على أنها عقود من القانون الخاص⁽¹⁾.

وبذلك في حالة استغلال المفوض له لمرفق العام صناعي وتجاري، يمكن أن يلحق للمنتفعين أضرار نتيجة استغلاله للمرفق محل التفويض، يعود الفصل فيها للقضاء العادي⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهنا لا بد من التمييز في حالة ما إذ تم التفويض لفائدة شخص من الأشخاص القانون العام ففي هذه الحالة باعتبار أن المشرع الجزائري يأخذ بالمعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري فإنه يعود الاختصاص له للفصل في هذه المنازعات. أما في حالة ما إذا كان التفويض لفائدة شخص خاص وهو الغالب ففي هذه الحالة إن المنازعات التي تثور بين المفوض له والمنتفعين هي من اختصاص القضاء العادي فمثلاً عندما يتم تفويض خدمات تسيير المياه والتطهير ففي هذه الحالة يمكن التفويض لشخص عام كما يمكن التفويض لشخص خاص وعليه فإن المنازعات التي تثور بين المنتفعين والمفوض له إذا كان شخص عام يعود لاختصاص القضاء الإداري.

كما يختص لقاضي الإداري بالفصل في المنازعات التي تثور بين المفوض له والمنتفعين من المرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض في حالة نشوب نزاع حول البنود التنظيمية في عقد الاشتراك المبرم بينهما، وفي هذا الصدد يسمح للقاضي الإداري بتطبيق قواعد الاستهلاك⁽³⁾ في حين

1 - حمادة عبد الرازق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص150.

2- DAVIGNON Jean-François, Op.Cit, p p26

3- VINCI Nathalie, Op.Cit, p 52.

إذا كان شخص خاص فيعود الفصل في النزاع لاختصاص القضاء العادي وهنا مسألة تطبيق قواعد قانون الاستهلاك أمر مفروغ منه.

ثانيا- المنازعات الناشئة بين المفوض له والعاملين.

ينصب محل التفويض على مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري، وهو يخضع في الجانب الأكبر من نشاطه إلى قواعد القانون الخاص. فالقاعدة العامة في هذه المرافق تقضي بأن المركز القانوني الذي ينظم ويراعي وضعية عمال ومستخدمي المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض والمسير خاصة بأحد من أشخاص القانون الخاص هو مستمد من القانون الخاص لاسيما قانون العمل⁽¹⁾.

لذلك يوصف هؤلاء الأجراء بالعمال على الرغم من مشاركتهم في تنفيذ واستغلال المرفق العام، إلا أنهم يخضعون لأحكام القانون الخاص، ولا يمكن لأحدهم أن يوصف بوصف الموظف العمومي، وهذا ما أقره الاجتهاد الفرنسي صراحة، وذلك لحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في سنة 1994، إذ أعلن أن المفوض له كشخص خاص لا يمكن أن يتعاقد مع عمال بصفة موظفون عموميون وذلك باعتباره لا يعمل كوكيل عن السلطة المفوضة⁽²⁾. بناء على ذلك، فإن المنازعات التي تثور بين هذان الطرفين يختص بها القضاء العادي وبالتحديد القضاء الاجتماعي⁽³⁾.

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 362.

2 - جهاد زهير بن الحرازين، مرجع سابق، ص 366.

3 - تنص المادة 32 من قانون رقم 08-09، على أنه: «... يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزعات باستثناء القضايا الاجتماعية»، تطبيقا لهذه المادة فإنه لا يجوز لأية جهة قضائية الفصل في القضايا المخولة لمحاكم العمل.

و لقد حددت المادة 500 ق. ا. م. ا النزعات العمالية التي يختص بها هذا القضاء وتتمثل في كل من: إثبات عقود العمل.

تنفيذ وتعليق وإنهاء عقود العمل والتكوين والتمهين.

منازعات انتخاب مندوبي العمال.

منازعات متعلقة بممارسة حق الإضراب.

منازعات متعلقة بممارسة الحق النقابي.

منازعات الضمان الاجتماعي والتقاعد.

منازعات متعلقة بالاتفاقات والاتفاقيات الجماعية للعمل.

ثالثا- المنازعات الناشئة بين المفوض له والغير.

عندما يشغل المفوض له مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري، قد يصيب ضرر للغير من شأنه المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر، ويختص القضاء العادي في الفصل فيها وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 4 من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير إذ جاء فيها: « يتعين على صاحب الامتياز أن يغطي مسؤوليته المدنية بواسطة وثيقة التامين لجميع المنشآت وهايكل الخدمة العمومية للتطهير الممنوحة عن كل الأضرار الملحقة بالغير من جراء الامتياز»⁽¹⁾.

المبحث الثالث:

انقضاء تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

إن تفويضات تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري إلى الغير لا يكون أديا، وإنما يكون لمدة محددة، والتي أشرنا إليها سالفًا في الفصل الأول في تحديد المدة. لكن يمكن أن يتم إنهاء التفويض قبل أوانه وذلك في حالات تم تنظيمها سواء بموجب مرسوم تنفيذي رقم 18-199 أو بموجب القوانين الخاصة للتفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري (المطلب الأول)، وبانتهاء التفويض ينتج عن ذلك مجموعة من الآثار (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الانقضاء غير العادي لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

الأصل أن تفويض المرفق العام ينتهي نهاية طبيعية بانتهاء الفترة المحددة له والتي أشرنا إليها سالفًا. لكن على الرغم من ذلك أورد المرسوم التنفيذي المتعلق بالتفويض المرفق العام حالات خاصة لإنهاء التفويض قبل أوانه تتمثل هذه الحالات في كل من: الفسخ بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة (الفرع الأول). كما خول لكل من الطرفين المتعاقدين إمكانية اللجوء إلى اتفاق ودي لفسخ اتفاقية التفويض (الفرع الثاني). إلى جانب هذه الحالات هناك حالة أخرى تؤدي إلى فسخ عقد التفويض قبل أوانه، تتمثل في الفسخ لخطأ السلطة المفوضة إذ يحق للمفوض له طلب فسخ اتفاقية التفويض (الفرع الثالث).

1 - دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير، مرجع سابق.

الفرع الأول:

لجوء السلطة المفوضة إلى أسلوب الفسخ.

وسع المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام من حالات فسخ السلطة المفوضة لعقد تفويض المرفق العام من جانب واحد، وتتمثل هذه الحالات في كل من: حالة إخلال المفوض له بالالتزامات (أولاً) لضمان المصلحة العامة (ثانياً) وكذلك في حالة القوة القاهرة (ثالثاً).

أولاً: الفسخ بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة لعدم تنفيذ الالتزامات من قبل المفوض له.

يعتبر الفسخ بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة نتيجة لإخلال المفوض له بالالتزامات التعاقدية كعقوبة تتخذها السلطة المفوضة في حق المفوض له،⁽¹⁾ حيث تعود إلى إقصاءه نهائياً من تسيير المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض، نتيجة لارتكابه لخطأ⁽²⁾.

حول المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام للسلطة المفوضة صلاحية توقيع هذا الجزاء دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي متى ثبت لديها ارتكاب المفوض له لمخالفات جسيمة لا تتفق معه أساليب الضغط والإكراه التي تستعمله الإدارة بصفة عامة لردعه، تسبب في اختلال المرفق، أو تكرر إهماله أو عجزه عن تسيير المرفق⁽³⁾.

حصر المرسوم السالف الذكر السلطة المفوضة قبل توقيعها للفسخ بمجموعة من الشروط

تتمثل فيما يلي:

- ضرورة توجيه إذارين للمفوض له لتدرك النقائص.
- ضرورة أن تفرض السلطة المفوضة على المفوض له نتيجة إخلاله بالالتزامات التعاقدية⁽⁴⁾.
- وعليه، إذا ما استمرت المفوض له في إخلال التزاماته التعاقدية يتم توقيع عقوبة الفسخ، وبموجبها ينتهي نهائياً عقد التفويض قبل أوانه ودون تعويض للمفوض له عن الأضرار أو الخسائر التي تكبدها من جراء فسخ اتفاقية التفويض. بذلك نجد أن المرسوم قد أحاط هذه العقوبة

1 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit.p200.

2 - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 772.

3 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 213 - 224.

4 - المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

بمجموعة من الضمانات والقيود التي تكفل عدم إساءة وتعسف السلطة المفوضة في استعمالها، نظرا لقساوتها وجسامة الآثار المترتبة عنها.

إن السلطة المفوضة تحل محل المفوض له في جميع الحقوق والالتزامات بالتفويض، ويتسلم جميع الأموال المنقولة والعقارية التي هي جزء من التفويض.

ومن الأمثلة القانونية التي أقرت الفسخ للاتفاقية التفويض بالإرادة المنفردة كعقوبة، نجد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 08-57 المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري، حدد حالات إلغاء امتياز خدمات النقل البحري، وقد قسم هذه الحالات إلى حالتين أساسيتين، إذ شملت الحالة الأولى، حالات وجوبية تتمثل فيما يلي: حالة التخلي عن الامتياز، حالة إفلاس المفوض له، حالة الحل المسبق للشخص المعنوي، حالة عدم احترام ذو الحقوق لأحكام المادة 11⁽¹⁾، إذا توفرت إحدى هذه الحالات في المفوض له فإنه يؤدي باتفاقية التفويض إلى الإلغاء دون الحاجة حتى إلى إعدار المفوض له، وإنما يتم توقيع عقوبة الفسخ وينتهي عقد التفويض وكأنه لم يكن.

إضافة إلى هذه الحالات الوجوبية لإلغاء امتياز خدمات النقل البحري هناك حالات جوازية تؤدي إلى الإلغاء وهي الأخرى دون تعويض، وذلك نظرا لكونها عبارة عن عقوبة، وتتمثل هذه الحالة فيما يلي:

- إذ لم تصبح الشروط التي تم على أساسها الحصول على الامتياز مستوفاة.
- إذا كان صاحب امتياز خدمات النقل البحري يستغل خدمة أو خدمات النقل البحري في ظروف تختلف عن تلك الواردة في دفتر الشروط، إذ لم يمتثل المفوض له للإعدار الذي تلقاه باحترام بنود دفتر الشروط، عندما يقوم صاحب الامتياز بنقل الامتياز أو جزء منه إلى الغير، عندما لا تبرر أي حاجة الإبقاء عليه⁽²⁾. إن المرسوم التنفيذي رقم 08-57 قد حدد بشكل دقيق حالات توقيع عقوبة الفسخ بالإرادة المنفردة للإرادة على عكس المرسوم التنفيذي رقم 18-

1 - تنص المادة من مرسوم تنفيذي رقم 08-57، على أنه: «... غير انه في حالة وفاة صاحب الامتياز، يمكن نوي حقوقه أن يواصلوا استغلال خدمات النقل البحري، شريطة أن يبلغوا بذلك السلطة مانحة الامتياز في اجل لا تتجاوز

مدته شهرين (2) ويمتثلوا لأحكام دفتر الشروط. »

2 - المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 08-57، مرجع سابق.

199 المتعلق بتفويض المرفق العام أين لم يحدد بدقة هذه الحالات وإنما ترك الباب واسعاً نتيجة لاستعماله لعبارة "الإخلال بالتزاماته".

كما تم النص في المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية للاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها على هذه العقوبة، بموجب المادة 24 بنصها: « في حالة التخلي عن الامتياز، تقرر السلطة المانحة الامتياز إلغاء الامتياز. ». والمادة 25 من ذات المرسوم والتي تنص على أنه: « يمكن السلطة المانحة الامتياز أن تلغي في أي وقت، الامتياز مؤقتاً إذا ما خالف صاحب الامتياز إلتزاماته بشكل خطير أو مكرر وذلك بعد إعدارين بقيا بدون رد. »⁽¹⁾.

ثانياً: إنهاء عقد التفويض بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة لدافع المصلحة العامة.

يعتبر حق السلطة المفوضة في إنهاء عقد التفويض بدافع المصلحة العامة من الحقوق المستقرة منذ زمن بعيد في العقود الإدارية بصفة عامة. وعقد امتياز المرفق العام كشكل من أشكال تفويض المرفق العام بصفة خاصة، ويطلق على هذه النهاية استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة ولا يكون به تقصيراً أو خطأً من جانب المفوض له وإنما لدافع المصلحة العامة⁽²⁾.

تتحقق المصلحة التي تبرر إنهاء السلطة المفوضة لعقد التفويض قبل أوانه، في حالة فرض نظام جديد على عقد التفويض، بحيث يصبح المفوض له فاقد للشروط والمؤهلات الفنية والمالية والمهنية التي يتطلبها النظام الجديد أو حالة تبيان السلطة المفوضة أن أسلوب التفويض لم يعد يتماشى والمصلحة العامة التي أنشأ من أجلها⁽³⁾.

إضافة إلى هذه الحالة تتحقق المصلحة العامة عند إعادة تنظيم المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري أو تطوير الوسائل الفنية المعتمدة أو تطوير سياسة الشخص العام⁽⁴⁾.

نصت المادة 1/64 من المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه : « يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام عند الاقتضاء، من جانب واحد، قصد

1 - مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2 - BOITEAU Claudie, «Délégation de service public», Op.Cit, p 18.

3 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public ,Op.Cit, p205.

4- BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p79.

ضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقاً لبنود اتفاقية التفويض...»⁽¹⁾. يتضح من هذه المادة أن المرسوم خول السلطة المفوضة صلاحية إنهاء (فسخ) عقد التفويض من جانب واحد دون خطأ المفوض له، وذلك في حالة فقط إذا كانت المصلحة العامة تبرر ذلك ولهدف استمرارية المرفق محل التفويض، واشترط عند تقرير السلطة المفوضة لهذا الفسخ تعويض المفوض له تعويضاً عادلاً⁽²⁾.

ينجر عن فسخ عقد تفويض المرفق العام (بالتالي نهايته) بدافع المصلحة العامة آثاراً قانونية تتصرف إلى طرفي عقد التفويض، تعويضاً عادلاً⁽³⁾ يغطي الأصول والأموال غير المستهلكة، وقيمة الأموال التي يقتضي إعادتها إلى الدولة والتي لم تستهلك بعد، وقيمة الأموال الممكن إعادتها، إضافة إلى هذه الأموال التي تدخل في مبلغ التعويض يدخل كذلك فيها تعويض الخسائر التي لحقت بالمفوض له من جراء إنهاء عقد التفويض قبل أوانه، والأرباح التي فاتته، لكن بشرط أن لا يتجاوز مبلغ التعويض مقدار ما يمكن أن يحققه من فوائد وأرباح في حال تنفيذ عقد التفويض حتى نهايته، وذلك طبقاً للمبدأ القائل لا يجوز إثراء المفوض له على حساب السلطة المفوضة (التي تعد إدارة عامة) ودائماً تغليب المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة⁽⁴⁾.

ثالثاً: إنهاء عقد التفويض بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة بسبب القوة القاهرة.

في حالة حدوث قوة القاهرة فإنه يستحيل تنفيذ التفويض في هذه الحالة خول للسلطة المفوضة حق فسخ العقد بالإرادة المنفردة⁽⁵⁾. يقصد بالقوة القاهرة حالة وقوع حادث خارجي فجائي غير متوقع، الذي لا يمكن رده ويحول دون تنفيذ عقد التفويض ويجعل من المستحيل على المفوض له تنفيذ التزاماته فيزول العقد وتنتهي آثاره، أما في حالة ما إذا كانت القوة القاهرة مؤقتة ففي هذه لا تؤدي إلى إنهاء عقد التفويض، وإنما تؤدي إلى تعليق تنفيذه إلى حيث زوالها⁽⁶⁾.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2- BOITEAU Claudie, «Délégation de service public», Op.Cit, pp18.

3 - ما أقرته المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

4 - BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p 79.

5- ROMI Raphael, BERNARDINI Niels, LAMY Valentin, Op.Cit,p79.

6 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, Op.Cit, p 662.

أقر المنظم الجزائري حالة القوة القاهرة كسبب من أسباب التي يمكن إذا توفرت أن يؤدي إلى فسخ عقد التفويض من جانب واحد ودون تعويض يدفع لفائدة المفوض له⁽¹⁾. بالتالي إذا هلك محل عقد التفويض هلاكاً كلياً بسبب من الأسباب الخارجة عن إرادة المفوض له، ينقضي العقد بقوة القانون، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي، في قضية "Electricité de France" في قراره الصادر في 16 جويلية 1952، إذ أقر فيه المجلس أن القوة القاهرة إذا أدت إلى هلاك محل العقد فإنّ العقد يفسخ بقوة القانون دون تحمل أي من الطرفين التعويض عن ذلك⁽²⁾.

إنّ الهدف من تقرير فسخ عقد تفويض التسيير بقوة القانون في حالة هلاك محل العقد بفعل القوة القاهرة، هو إعفاء المفوض له من التعويض على أساس أنه لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ العقد وليس هو الذي وضع حد للعقد، ومن ثم منطقياً أن يتمسك المفوض له باستمرارية العقد إذا كانت القوة القاهرة قد زالت⁽³⁾.

وفي هذا الصدد تنص المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 08-57 المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري على أنه: « عندما يتوقف صاحب الامتياز خدمات النقل البحري عن استغلالها الامتياز كلياً أو جزئياً لأي سبب من الأسباب يتعين على الوزير المكلف بالبحرية التجارية إعداره باستئناف الاستغلال، في أجل مدته 3 أشهر، فإنّ لم يمتثل صاحب الامتياز خدمات النقل البحري لأوامر الوزير المكلف بالبحرية التجارية، عند نهاية هذه الآجال يقوم هذا الأخير بإلغاء الامتياز »⁽⁴⁾.

الفرع الثاني:

انتهاء عقد التفويض ودياً باتفاق الطرفين.

قد يتفق المفوض له والسلطة المفوضة على إنهاء عقد التفويض قبل إتمام مدته وتنفيذاً لالتزاماتهم⁽⁵⁾، ويكون هذا الإنهاء اتفاقياً يستند إلى رضا الطرفين. تطرق المرسوم التنفيذي رقم 18-199 إليه في المادة 65 بنصها: « يمكن أن يتم فسخ اتفاقياً تفويض المرفق العام بموجب اتفاق

1 - المادة 64 فقرة الأخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 770 - 771.

3- BOITEAU Claudie, «Délégation de service public», Op.Cit, p p 19.

4 - مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مرجع سابق.

5 - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 766.

ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام.

تحدد كيفيات حسب التعويض لصالح المفوض له في اتفاقية تفويض المرفق العام⁽¹⁾. الملاحظ في هذه المادة لم يحدد حالات الفسخ الاتفاقي أو إجراءاته وترك الأمر مفتوحا لاتفاق الأطراف عليه في اتفاقية التفويض، وبذلك يكون الفسخ الاتفاقي يجد مصدره في إرادة الطرفين، فالإرادة هي التي أنشأت العقد وهي التي تنهي هذا العقد.

كما رتب المرسوم في هذه المادة الآثار المترتبة عن فسخ الاتفاقي لعقد التفويض قبل أوانه، والمتمثل في تعويض لفائدة المفوض له. وخول صلاحية تحديده إلى اتفاقية التفويض بمعنى حسب إرادة الطرفين والذي يدخل في البنود التعاقدية في هذا العقد.

إنّ الفسخ الاتفاقي يجد أصله في القانون المدني وبالتحديد في المادة 120، إذ تنص على أنه: «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون الحاجة إلى حكم قضائي.

هذا الشرط لا يعني من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين.»⁽²⁾. تطبيقا لهذه المادة نجد أن الفسخ الاتفاقي لعقد التفويض لا بدّ أن يكون بإتباع مجموعة من الإجراءات التي أقرها المشرع في المادة 120 من القانون المدني، لكن ما يعاب على هذا المرسوم انه لم ينظم بشكل محكم الفسخ الاتفاقي لعقد التفويض، وبذلك ترك للاتفاق المتعاقدين باب مفتوح لتنظيمه، هذا من شأنه خلق نوع من الاختلال، وذلك لاعتبارين أساسيين:

1- عدم تساوي المراكز القانونية للطرفين، خاصة وأن عقد التفويض هو عقد إداري، فإنّ السلطة المفوضة دائما تكون في مركز أسمى من المفوض له نظرا لتمتعها بامتيازات السلطة العامة هذا من شأنه التأثير على الجانب التعاقدية في الاتفاق⁽³⁾.

2- أنّ الاتفاق على الفسخ من شأنه أن يؤدي إلى نشوب منازعات بين الطرفين بسبب هذا الاتفاق (خاصة في مسألة التعويضات).

1 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

2 - أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

3 - المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

لذا على المشرع الجزائري تحديد بدقة عملية إنهاء عقد التفويض بالاتفاق وتنظيم كل إجراءاته ولا يحيلها إلى اتفاقية التفويض التي يمكن أن يكون فيها نوع من التعسف، خاصة باعتبار عقد التفويض هو عقد إداري وبالتالي هو عقد إذعان.

الفرع الثالث

إنهاء عقد التفويض لخطأ السلطة المفوضة.

على الرغم من أن عقد التفويض تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري يجعل لسلطة المفوضة مركزا فريدا ومتميزا، مرده مسؤوليتها عن تنظيم وسير المرفق العام. إلا أن العقد يلزم السلطة المفوضة من جهة أخرى على ضرورة احترام ما اتفقت عليه مع المفوض له في اتفاقية التفويض، (البند التعاقدية) ولا تتجاوزها إلا للضرورة تبررها غالبا المصلحة العامة، فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان انحراف بالسلطة العامة. مثلا تعسف السلطة المفوضة في تعديل عقد التفويض، من شأنه أن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، في هذه الحالة كان للمفوض له أن يلجأ إلى القاضي الإداري مطالبا بفسخ عقد التفويض لتجاوز السلطة المفوضة سلطاتها⁽¹⁾.

إن إقرار حق المفوض له في طلب بفسخ عقد التفويض إذا ما ثبت خروج السلطة المفوضة عن الحدود المرسوم لها، يشكل ذلك ضمانا للمفوض له في مواجهة السلطة العامة بالأصل، وهو ما يبعث نوعا من الاطمئنان لدى المفوض له خاصة الخواص للتعاقد مع السلطة العامة. وفي حالة ما إذا ثبت تجاوز السلطة المفوضة لحدودها فإنّ للمفوض له طلب التعويض كذلك عن ذلك التعسف.

1-BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op.Cit, p80.

المطلب الثاني:**النتائج المترتبة على نهاية تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري.**

من أهم النتائج المترتبة عن نهاية عقد تفويض تسيير المرفق العام ذا الطابع الصناعي والتجاري ضمانة استمرارية عقود العمل لفائدة العمال اللذين يشاركون في تنفيذ اتفاقية التفويض رغم تغير المفوض له (الفرع الأول). كما يترتب عن ذلك ضمان تصفية العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول:**ضمان مبدأ استمرارية عقود العمل رغم تغير المفوض له.**

إن تسيير المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري بمقتضى التفويض، يدعو بالمفوض له إلى الاستعانة بعاملين من مختلف الاختصاصات عبر إبرام عقود معهم، هذا من شأنه أن يدعو إلى التساؤل حول: المركز القانوني لهؤلاء العمال؟ هل يعتبرون عمال أجراء باعتبارهم يتعاقدون مع المفوض له، ويحكمهم القانون الخاص، أم هم موظفون عموميين يشاركون في تنفيذ واستغلال المرفق العام (أولاً)، إضافة إلى مصير هذه العقود في حالة الانقضاء، إذ نجد أنه تم الإقرار بمبدأ استمرارية عقد العمل عند النهاية الطبيعية (ثانياً) في حين عند النهاية المبسترة نجد أن هذا المبدأ هناك حالة أين يتم إقراره وحالة عدم إقراره (ثالثاً).

أولاً - المركز القانوني للعمال اللذين يستعين بهم المفوض له في تسيير المرفق محل التفويض.

بمناسبة تنفيذ عقد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري يلجأ المفوض له إلى الاستعانة بعمال لتنفيذ تسيير المرفق العام محل التفويض، ونظراً إلى أنّ محل التفويض هو مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري، فإنّه يخضع في الجانب الأكبر من نشاطه إلى قواعد القانون الخاص، فالقاعدة العامة في هذه المرافق تقضي بأن المركز القانوني الذي ينظم ويراعي وضعية عمال ومستخدمي المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض والمسير خاصة بأحد من أشخاص القانون الخاص هو مستمد من القانون الخاص لاسيما قانون العمل⁽¹⁾.

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 362.

لذلك يوصف هؤلاء الأجراء بالعمال على الرغم من مشاركتهم في تنفيذ واستغلال المرفق العام، إلا أنهم يخضعون لأحكام القانون الخاص، ولا يمكن لأحدهم أن يوصف بوصف الموظف العمومي.⁽¹⁾

تتجسد العلاقة بين المفوض له والعمال المستخدمين في عقد العمل الذي يجري بمقتضاه أن يتعهد العامل أن يعمل لدى صاحب العمل تحت إشرافه ورقابته وتوجيهه لقاء أجر أيا كان نوعه.⁽²⁾

ثانيا :إقرار مبدأ استمرارية عقد العمل رغم تغيير المفوض له عند النهاية الطبيعية للتفويض.

بمناسبة تنفيذ عقد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري يترتب عنه علاقة أخرى تتمثل في علاقة المفوض له والعمال والذي يربطهم عقد العمل، والتي تثار مشكلة هامة عند نهاية عقد تفويض المرفق العام بصفة عامة، فما مصير هذا العقد عند تغير المفوض له؟ عند نهاية عقد التفويض يلتزم المفوض له بأن يعيد المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض لفائدة السلطة المفوضة باعتبارها مسؤولة عنه، وهذه الأخيرة يمكن أن تقوم بإسناد تسيير المرفق إلى مفوض له جديد ليحل بذلك محل المفوض له القديم أو تقوم بإدارته بنفسها، لكن في كلتا الحالتين يتم تغيير في المركز القانوني لشخص المفوض له، لذا يطرح التساؤل حول مدى جواز تطبيق قاعدة استمرارية عقود العمل على تعاقب المفوضين له. لكن تم حسم هذه الإشكالية في التشريعات العمالية بالإقرار صراحة بمبدأ استمرار علاقات العمل بين المفوض له الجديد والعمال، في حالة حدوث تغيير في الوضعية القانونية للمفوض له، وذلك سواء في التشريع الجزائري⁽¹⁾ أو حتى في التشريعات المقارنة⁽²⁾.

1 - هذا ما أقره الاجتهاد الفرنسي صراحة، وذلك لحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في سنة 1994، إذ أعلن أن المفوض له كشخص خاص لا يمكن أن يتعاقد مع عمال بصفة موظفون عموميون وذلك باعتباره لا يعمل كوكيل عن

السلطة المفوضة. نقلا عن وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص362-363.

2 - جهاد زهير ديب الحرازين مرجع سابق، ص 357.

1- إقرار مبدأ استمرارية عقود العمل في القانون الجزائري.

لهدف حماية العمال وإبقاءهم على مناصبهم⁽¹⁾ نص المشرع الجزائري على سريان قاعدة استمرار عقود العمل في حالة حدوث تغيير في الوضعية القانونية للمفوض له، وذلك قياساً بموجب نص المادة 74 من قانون علاقات العمل رقم 90-11، إذ تنص على أنه: « إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمال، لا يمكن أن يطرأ أي تعديل في علاقات العمل إلا ضمن الأشكال وحسب الشروط التي ينص عليها القانون وعن طريق المفاوضات الجماعية »⁽²⁾.

تطبيقاً لهذه المادة إذاً نجد أنه في حالة انتهاء عقد التفويض وأيلولة المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري للسلطة المفوضة لتسييرها إما بنفسها أو بإسناد إدارته إلى مفوض له جديد، يتم تطبيق قاعدة استمرارية عقود العمل.

بناءً على ذلك، يتم إبقاء العمال في مناصبهم ولا يتم تسريحهم وإلا اعتبر ذلك تسريحاً تعسفياً.

يعد إقرار مبدأ استمرارية عقود العمل عند انقضاء التفويض ضماناً للعمال ووسيلة هامة للمرفق العام الصناعي والتجاري وذلك لما له من آثار إيجابية عليه؛ إذ عند نهاية مدة التفويض فإن المفوض له قد قام بتدريب تلك العمال ونقل لهم المعرفة الفنية الخاصة بتسيير العصري

1 - عبدلي حميدة، الاستثمار في عملية الخوصصة، الروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص: القانون العام للأعمال، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، فرع: الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 17 فيفري 2017، ص 183.

2 - قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 25 ابريل 1990، معد ومتمم بموجب القانون رقم 91-29، مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68، صادر بتاريخ 25 ديسمبر 1991، والأمر رقم 96-21، مؤرخ في 9 يوليو 1996، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 10 يوليو 1996، وبالأمر رقم 97-02، مؤرخ في 11 يناير 1997، ج ر عدد 03، صادر بتاريخ 12 يناير 1997، وبالأمر رقم 15-01، مؤرخ في 23 يوليو 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج ر عدد 40، صادر بتاريخ 23 يوليو 2015، وبالقانون رقم 16-14، مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر عدد 77، صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2016، وبالقانون رقم 17-11، مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 28 ديسمبر 2017.

والتكنولوجي لهذا المرفق، وبالتالي يصبحون مؤهلين لتسيير ولا يؤثر على المرفق محل التفويض نهاية مدة تسيير المفوض له، لكن للأسف رغم ما يشكله إقرار هذا المبدأ من أهمية إلا أن الواقع العملي يشهد عكس ذلك إذ غالبا ما لا يقوم المفوض له بتدريب اللازم ونقل المعرفة للعمال والدليل على ذلك ما يشهده التجديد المتكرر لبعض عقود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري مع نفس المفوض له.

2 - الأساس القانوني للقاعدة في التشريعات المقارنة.

تم تكريس قاعدة استمرارية عقود العمل رغم تغيير المفوض له فيكل من التشريع الفرنسي (أ) والتشريع المغربي (ب) وفي التشريع المصري (ج).

(أ) تكريس المشرع الفرنسي للقاعدة استمرارية عقود العمل رغم تغيير المفوض له.

أقر المشرع الفرنسي قاعدة استمرار عقود العمل في حالة حدوث تغيير في الوضعية القانونية للمفوض له في نص المادة L1224-1 من قانون العمل الفرنسي الجديد (التي كانت سابقا المادة L122-12) بنصه: « إذا حصل تغيير في المركز القانوني لصاحب العمل، خصوصا بالميراث أو البيع أو الإدماج أو تحول رأس المال أو الدخول في شركة، فإن جميع عقود العمل السارية وقت حدوث التغيير، تستمر قائمة بين صاحب العمل الجديد والعاملين في المشروع »⁽¹⁾.

إلى جانب إقرار المشرع لمبدأ استمرارية عقود العمل في حالة تغير الوضعية القانونية للمفوض له، أقرها كذلك الاجتهاد القضائي وذلك في حكم لها صادر في سنة 1990⁽²⁾، وأصدرت هذه المحكمة 3 أحكام تتمحور حول:⁽³⁾.

1 - Code du travail français, www.ligifrance.dz

2 - الفوركي مصطفى ، "تغيير المركز القانوني للمشغل"، مجلة القانون والأعمال، العدد الثاني، 2017، ص ص 49 - 50.
- لكن قبل هذا التاريخ قد قضت محكمة النقض الفرنسية عكس هذا المبدأ، إذ أقرت في سنة 1986 بعدم استمرارية عقود العمل التي أبرمها الملتزم السابق سواء في مواجهة السلطة المفوضة من جهة، والملتزم الجديد من جهة أخرى، واشترطي ضرورة وجود علاقة قانونية بين أصحاب العمل المتعاقبين، ونظرا لافتقار العلاقة القانونية في عقد التفويض عند نهايته وتحولها إلى مفوض له جديد أو إعادته إلى السلطة المفوضة فكانت ترفض استمرار مثل هذه العقود لكن عدلت من موقفها هذا في 16 مارس 1990.

3 - بقعة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 79.

- لا يشترط وجود علاقة بين أصحاب العمل المتعاقبين، بل يكفي لاستمرار عقود العمل مع المفوض له الجديد بتسيير المرفق العام انتقال وحدة اقتصادية محتفظة بدايتها مع استمرار المستخدم الجديد في مباشرة النشاط السابق.

إنّ ما يبرر تعديل محكمة النقض الفرنسية من موقفها هذا يجد أساسه في مبررين أساسيين

هما:

- رغبة المشرع في تحقيق الاستقرار المهني للعامل في وظائفهم وحمايتهم من آثار التقلبات الاقتصادية والاجتماعية.

- تأثره بما تضمنه التوجيه الأوروبي الصادر في 14 فيفري 1977 من مجلس المجموعة الأوروبية، إذ أقرت استمرار عقود العمل في حالة انتقال المشروع، رغم عدم وجود علاقة قانونية بين أصحاب العمل المتعاقبين⁽¹⁾. وذلك لتحقيق ملائمة بين قواعد التشريع الفرنسي مع اجتهاد محكمة العدل الأوروبية.

ب - الأساس القانوني لقاعدة الاستمرارية عقود العمل في التشريع المغربي.

كرس المشرع المغربي هو الآخر مبدأ استمرارية عقود العمل (الشغل) عند تغيير المركز القانوني للمفوض له، وذلك سواءً في الشريعة العامة بموجب الفقرة 7 من الفصل 754 ق.ل.ع، كما أكدته المادة 19 من مدونة الشغل، إذ تنص: « إذا طرأ تغيير على الوضعية القانونية للمشغل، أو على الطبيعة القانونية للمقاولة، وعلى الأخص بسبب الإرث، أو البيع، أو الإدماج، أو الخصخصة، فإنّ جميع العقود التي كانت سارية المفعول حتى تاريخ التغيير، تظل قائمة بين الأجراء وبين المشغل الجديد، الذي يخلف المشغل السابق في الالتزامات الواجبة للأجراء، وخاصة فيما يتعلق بمبلغ الأجور، والتعويضات عن الفعل من الشغل، والعطلة المؤدى عنها... أكثر فائدة للأجير »⁽²⁾.

إنّ المشرع المغربي على خلاف المشرع الجزائري والفرنسي من حيث إقراره لمبدأ استمرارية عقود العمل عند تغيير المركز القانوني للمفوض له، بحيث كرسه في كل منفي قانون

1 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 220.

2 - ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 11 سبتمبر 2003، بتنفيذ القانون رقم 65.99 بمدونة الشغل، ج ر عدد 3969، صادر في 8 ديسمبر 2003.

الالتزامات (الشريعة العامة) وأكدته في عدة نصوص قانونية خاصة لاسيما في قانون العمل، في حين في التشريعين السابقين أقره فقط في قانون العمل فقط.

ج - الأساس القانوني لقاعدة الاستمرارية في التشريع المصري.

نص المشرع المصري في المادة 09 من القانون رقم 12 لسنة 2003 المتعلق بقانون العمل على أنه: « لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة طبقا للقانون، حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها.

ولا يترتب على إدماج المنشأة في غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع ولو كان بالمزاد العلني، أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات إنهاء ولو كان بالمزاد العلني، أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات إنهاء عقود استخدام عمال المنشأة ويكون الخلف مسؤولا بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن هذه العقود...»⁽¹⁾. يتضح من هذه المادة إقرار لمبدأ استمرارية عقود العمل في مواجهة السلطة مانحة التفويض (الامتياز) أو في مواجهة المفوض له الجديد (الملتمز الجديد)، إلى جانب إقرار التشريع لهذه القاعدة أقرها كذلك فقه قانون العمل المصري وأقر على أن مثل هذه العقود تستمر بقوة القانون دون الحاجة لأي إجراء بين صاحب العمل اللاحق وعمله المشروع، ويكون وضعها كما لو كان العقد قد أبرم منذ البداية بينهما.

لكن هذا المبدأ يتضمن خروجاً عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الذي يقضي بأن انتقال المؤسسة إلى الخلف الخاص لا يترتب في ذمة هذا الخير أي التزام بعقود العمل التي كانت سارية المفعول وقت الانتقال تطبيقاً للقاعدة نسبية أثر العقد⁽²⁾.

ثالثاً: بين الاستمرارية وعدم استمرارية عقود العمل في حالة إنهاء التفويض قبل أوانه.

كما أشرنا سالفاً على أن تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري يمكن أن تنتهي نهاية طبيعة إلا أنها يمكن أن تنتهي نهاية غير طبيعية عندما تفسخ هذه الآلية نتيجة اتفاق الطرفين العقد أو نتيجة إخلال المفوض له بتنفيذ التزاماته العقدية، وكذلك عند الفسخ نتيجة لتحقيق المصلحة العامة، فإنه ينتج عن ذلك تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في استمرارية العقد العمل⁽¹⁾، إلى

1 - قانون رقم 12 لسنة 2003، يتضمن قانون العمل، صادر بتاريخ 7 أبريل 2003.

2 - بقعة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 61.

جانبا كل هذا ينتج عن قاعدة استمرارية عقود العمل عند نهاية التفويضات نتيجة هامة تتمثل في توزيع عبء الالتزامات بين المفوضين على أساس المسؤولية التضامنية⁽²⁾.

1 - تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في استمرارية عقود العمل عند الفسخ الودي.

فبالنسبة إلى فسخ التفويض باتفاق أطرافه فمن المعلوم أن عقد التفويض يمكن إنجائه باتفاق أطرافه على إنجائه قبل المدة المتفق عليها في بنود العقد، وعليه فإن مصير عقود العمل في هذه الحالة يتم تطبيق اتفاق الطرفين في تحديد مصير هذه العقود من ناحية إمكانية استمرارها بإحلال السلطة المفوضة محل المفوض له القديم فيها أو إنجائها، وفي هذه الحالة تتولى إرادة الطرفين تحديد المسؤول عن التعويض العمال نتيجة إنهاء عقود عملهم قبل وقتها، وبالتالي في مثل هذه الحالة يتم تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في استمرارية عقود العمل⁽¹⁾.

أما في حالة ما إذا تعلق الإنهاء بسبب السلطة المفوضة، فإن هذا الإنهاء إما أن يكون نتيجة لخطأ السلطة المفوضة، أو أن يكون لدواعي المصلحة العامة وهو ما يسمى باسترداد المرفق العام⁽²⁾.

في كلتا الحالتين تتحمل السلطة المفوضة المسؤولية الكاملة عن هذا الإنهاء من خلال تعويض المفوض له عن الأضرار التي لحقت به، ويشمل هذا التعويض الذي يدفع للفائدة المفوض له تعويض للعاملين نتيجة إنهاء عقود عملهم، في حالة ما إذا قررت السلطة المفوضة إنهاء عقود عملهم، لأن أصل أن استمرارية عقود العمل عند تغيير المفوض له هو من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها وأي اتفاق على ذلك يعد باطلا⁽³⁾.

إضافة إلى هذه الحالات التي يمكن أن ينتهي بموجبها عقد التفويض والتي تؤثر في مصير عقود العمل نجد كذلك حالة أخرى لإنهاء عقد التفويض، وهي حالة إخلال المفوض له بتنفيذ التزاماته، ففي هذه الحالة يتحمل المفوض له وحده المسؤولية، بما في ذلك مسؤوليته عن تعويض العمال عن إنهاء عقودهم قبل انتهاء مدته.

1 - على أحمد حسن اللهيبي، «تصفية عقد امتياز المرفق العام»، مجلة تكريت للحقوق، السنة ، المجلد 1، العدد 3، الجزء 6، 2017، ص 689.

2 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 289.

3 - على أحمد حسن اللهيبي، مرجع سابق، ص 692.

وفي حالة ما إذا تعذر على المفوض له القديم الوفاء (تعويض العمال)، ففي هذه الحالة تقوم السلطة المفوضة بالتنفيذ، وبعد ذلك تقوم السلطة المفوضة بالرجوع إلى المفوض له القديم بما وفاه، ويستند في ذلك إلى قواعد الحلول المنصوص عليها في المادة 261 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

2- توزيع عبء الالتزامات بين المفوضين له على أساس المسؤولية التضامنية.

ينتج عن تطبيق قاعدة استمرارية عقود العمل بعد انتهاء عقود تفويض المرفق العام نتيجة هامة، وهي قيام مسؤولية بين سلطة المفوضة والمفوض له عن التزامات عقد العمل، لكن تباينت مواقف التشريعات العمالية في إقرار هذه المسؤولية، إذا بالعودة إلى المشرع الفرنسي نجده أقر في المادة L1224-2، من قانون العمل الفرنسي على أن المفوض له الجديد يلتزم تجاه العمال الذين انتقلوا إليه بالالتزامات التي كانت على عاتق المفوض له القديم، ويلتزم هذا الأخير بأن يرد للمفوض له الجديد المبالغ التي دفعها هذا الأخير، إلا إذا وجد اتفاق يقضي باعتبار هذا الأخير (المفوض له الجديد) مسؤولاً وحده عن هذه الالتزامات⁽²⁾.

بإسقاط هذه المادة على إنهاء عقد التفويض فنجد أن المشرع الفرنسي أخرج من دائرة المسؤولية التضامنية بين السلطة المفوضة أو المفوض له الجديد والمفوض له القديم، وذلك طبقاً لنص المادة L1224-2 والتي أقرتها صراحة من حيث إقرارها في الحالة الاستثنائية للمسؤولية التضامنية، ونصت على أنه في حالة تعاقب المفوضين له دون وجود علاقة قانونية بينهما باستغلال المرفق يعفي من المسؤولية التضامنية.

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه أقر صراحة المسؤولية التضامنية بين السلطة المفوضة والمفوض له عن التزامات عقد العمل وذلك في نص المادة 2/9 من قانون العمل: « يكون الخلف مسؤولاً بالتضامن... »⁽³⁾. أما بالعودة إلى المشرع الجزائري فلم يتضمن أية إشارة إلى المسؤولية

1 - تنص المادة 261 من الأمر رقم 75-58 على أنه: «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفي حقه في الأحوال الآتية:

-إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بوفائه عنه،

-إذا كان الموفي دائناً أو دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للموفي أي تأمين،

إذا كان الموفي اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء للدائنين، خصص العقار لضمان حقوقهم.

-إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق حلوله.»

2- Code du travail français, www.ligifrance.dz

3 - قانون رقم 12 لسنة 2003، مرجع سابق.

التضامنية للمفوضين له المتعاقبين، واكتفى فقط بإقرار مبدأ استمرارية عقود العمل في حالة تغير المفوض له.

الفرع الثاني:

ضمان تصفية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

يعد عقد تفويض التسيير من العقود الزمنية - كما أشرنا سابقا - إذ يتحدد نفاذه بمدة زمنية يجري الاتفاق عليها في اتفاقية التفويض، وإذا كانت هناك من عقود التفويض التي تمتاز فيها المدة بطولها نسبيا، وخاصة هذا في عقد الامتياز إلا أنه ينتهي هذا العقد يوما ما، وذلك سواء كان هذا الإنهاء بانقضاء المدة المتفق عليها أو بصورة مباشرة قبل انتهاء مدته.

وعليه بعد انقضاء عقد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري يترتب عن ذلك تصفية العقد وذلك من خلال تصفية الأموال وذلك نظرا إلى أن المفوض له يستعين في سبيل تسيير واستغلال أو إنشاء المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري محل التفويض بأموال عقارية وأموال منقولة، منها ما تعود ملكيته لحسابه الخاص، ومنها ما تكون مملوكة للسلطة المانحة التفويض وتضعها فقط تحت تصرفه مؤقتا لتحقيق لهدف المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري (أولا)، إضافة إلى تصفية الأموال يتم كذلك تصفية الحسابات (ثانيا).

أولا: تصفية الأموال المادية المستعملة في تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري.

يستخدم المفوض له في تسيير واستغلال المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري أنواع مختلفة من الأموال، وبعضها عقارات مثل: المباني والقنوات، محطات سكك الحديدية. ومنها منقولات مثل: الآلات والمعدات اللازمة لتسيير واستغلال المرفق محل التفويض وكذلك السيارات... الخ، بعضها مملوكة للمفوض له وبعضها الآخر تسلمه له السلطة المفوضة⁽¹⁾، وغالبا ما تنص اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري على أيلولة بعض الأموال إلى الدولة وجوبيا ومجانيا (1).

1 - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 110 .

وهناك من الأموال التي يحتفظ المفوض له وتبقى عائداتها له، مع الاتفاق على حق السلطة المفوضة في شراء ما يلزم من تلك الأموال لتسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري(2)، كما يوجد نوع ثالث من الأموال وهي مملوكة للمفوض له وتسمى بالأموال الخاصة (3).

1- الأموال التي تؤول ملكيتها للدولة وجوبيا ومجانيا "Les biens de retour".

تحدد اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري الأموال التي تؤول إلى الدولة مجانا عقب إنهاء العقد، وهي تلك الأموال التي تعتبر جزء لا يتجزأ من الاستغلال، وذلك باعتبار أن سبب أيلولة هذه الأموال هو ضرورة استمرار تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري(1)، وهذه الأموال يمكن أن تكون مملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية، أي أن المفوض له استلامه للمرفق العام الصناعي والتجاري محل التفويض هي موجودة أصلا، وإما ترجع ملكيتها إلى المفوض له، إذ هو الذي قام بإنشائها أو اكتسبها أثناء تنفيذ عقد التفويض، لكن هذه الأموال بقسميها تشكل أصلا جزءا من الأموال العامة لسلطة المفوضة،(2) وانتفاع المفوض له بها لا يتم استنادا إلى الاعتراف له بحق خاص وإنما استنادا إلى السلطات وردت في عقد التفويض بصفته المسؤول عن الأعمال(3).

الأصل أن تقتصر هذه الأموال على العقارات المستغلة في المشروع مثلا الأراضي، العقارات بالتخصيص، مع أن هذا لا يمنع أن ينص العقد على إدراج بعض المنقولات في تلك القائمة كالعربات في مرفق النقل بالسكك الحديدية(4).

تفترض الأيلولة المجانية لهذه الأموال على أساس أن المفوض له منح له الوقت الكافي لاستهلاك عمرها الإنتاجي وتحقيق جانب من الأرباح، وفي حالة ما إذ قامت السلطة المفوضة باسترداد المرفق قبل نهاية مدة التفويض ففي هذه الحالة تلتزم بتعويضه لأن الوقت يكون غير مسعفا له لاستهلاك ثمنها(5).

1- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées ,Op.Cit,p99.

2 - DAVIGNON Jean-François, Op.Cit, p18.

3 - GLASER Emmanuel, Op.Cit, p p 53.

4 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، 149.

5- حمادعبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 917.

تقتضي قاعدة استمرار سير المرفق العام الصناعي والتجاري بانتظام واطراد أن يلتزم المفوض له بتحويل هذه الأموال إلى السلطة المفوضة بحالة جيدة وصالحة الاستعمال،⁽¹⁾ ولتحقيق ذلك يلتزم المفوض له دوريا بصيانة تلك الأموال طوال مدة التفويض، وحالة مخالفته لذلك توقع السلطة المفوضة الجزاء عليه حتى ولو لم ينص عليه دفتر الشروط أو العقد.⁽²⁾

تعود هذه الأموال عند نهاية العقد للسلطة المفوضة بكل حق دون أن تكون ملزمة بتعويض المفوض له،⁽³⁾ وذلك تطبيقا للقاعدة التي مفادها بأن كل ما يؤول إلى الإدارة وجوبيا يؤول إليها مجانا، وتتجه أغلب التشريعات إلى تضمين نصوصها القاعدة المتقدمة⁽⁴⁾.

ففي التشريع الجزائري تم في القوانين الخاصة بتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري النص على الأموال التي تؤول إلى الدولة عند نهاية عقد التفويض ولعل أهمها: قانون المياه إذ نص على أنه يدخل ضمن أملاك العودة كل التجهيزات والوسائل الضرورية لتوزيع المياه الصالحة للشرب وكذا أنابيب توزيعها، ونص كذلك على انه يتم إرجاع هذه الأموال للسلطة المفوضة بعد نفاذ الامتياز أو التفويض ويكون ذلك بدون مقابل⁽⁵⁾، ويلتزم المفوض له بأن يعيد

1- LINPTTE Didier, POMI Raphael, Op.Cit,p 338.

2-BENMANSOUR Samia «La concession de service public», revue de la trésorerie générale du royaume, n°11,2014,p p20.

3-ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées , Op.Cit,p99.

4- إن هذه القاعدة لا تثير أية إشكالية بالنسبة للأموال التي تعود ملكيتها إلى السلطة المفوضة، لكنها تثار بالنسبة للأموال التي يقيمها المفوض له من أمواله الخاصة سواء في بداية عقد التفويض أو أثناءه، لذا نجد أن الفقه والقضاء قد حسم الأمر، وبتجه إلى ضرورة وجود سند قانوني لانتقال الملكية بلا مقابل سواء تمثل هذا السند القانوني في نص قانوني، أو بند ورد في اتفاقية التفويض أو بند في دفتر الشروط.

وفي هذا المجال يؤكد مجلس الدولة المصري في إحدى فتاواه على أن القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة لا يتضمن نصوصا صريحا يقضي بأبلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام إلى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز، ويتعين الاتفاق عليها سلفا، بين السلطة مانحة الالتزام والمتلزم، ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان، ما لم يتم على ذلك نص في عقد الالتزام. راجع في هذا الخصوص سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 810-811.

5 - تنص المادة 17 من قانون رقم 05-12، على أنه: «تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للانجاز واستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص.»

هذه الأموال بحالة جيدة وهو ما أكدته المادة 5 من المرسوم التنفيذي المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به إذ جاء فيها: « عند انقضاء الامتياز، يتعين على صاحب الامتياز أن يعيد للسلطة المانحة الامتياز كل المنشآت والهياكل التي هي جزء من الامتياز في حالة سير عادية.»⁽¹⁾. وهو ما تضمنته المادة 2 من المرسوم التنفيذي المحدد لكيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز بنصها: «أمالك العودة: الأملاك الضرورية للمرفق المتنازل عنه لتوزيع الكهرباء أو الغاز والتي يجب أن تعاد ملكيتها أو التصرف فيها حتما إلى الدولة عند انتهاء مدة الامتياز...»⁽²⁾.

كما كرس النص المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مآل الأموال عند نهاية عقد تفويض تسيير المرفق العام، والتي نص على أنها يتم إعادتها للشخص المعنوي العام تدخل ضمن أملاك العودة⁽³⁾.

يتضح من جل هذه النصوص القانونية أن القانون الجزائري نص صراحة على أن مآل كل الاستثمارات وممتلكات المرفق بمجرد نهاية عقد تفويض المرفق العام، هي أن تصبح ملكا للسلطة المفوضة وبالتالي استرجاعها.

كما تم تأكيد هذه القاعدة في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام، وذلك بالتحديد في مادته 65 إذ جاء فيها: « تنتهي اتفاقية تفويض المرفق العام بانتهاء مدة التفويض وتنتهي بالفسخ، وتصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد تفويض المرفق العام، ملكا للشخص المعنوي العام»⁽⁴⁾.

2- الأموال التي توّول إلى السلطة المفوضة بمقابل "Les biens de reprise".

تعد من قبيل الأموال التي توّول إلى السلطة المفوضة بمقابل تلك الأموال الموظفة والمملوكة للمفوض له أثناء التفويض، وتعد جزءا لا يتجزأ من المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري

1 - مرسوم تنفيذي رقم 08-53، مرجع سابق.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 08-114، مرجع سابق.

3 - تنص المادة 208 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: « تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام،

ملكاً لشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، المعنى».

4 - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

ومكملة له، غالبا ما تنصب على منقولات المرفق العام، لكن لا يوجد مانع من أن يتضمن عقد تفويض تسيير المرفق العام نصا بأيلولة الأموال العقارية بمقابل⁽¹⁾.

تعد هذه الأموال ملك المفوض له، وعند نهاية التفويض يمكن للسلطة المفوضة إذ رغبت أن تمتلكها لقاء دفع ثمنها، وذلك في حالة ما إذا كانت هذه الأموال ضرورية في تنفيذ المرفق العام الصناعي والتجاري، وتحدد هذه الأموال في اتفاقية التفويض ، وتوصف بالأموال القابلة لتمليك وتتمثل في المنشآت والموجودات⁽²⁾.

يتم تحديد هذا الثمن وفق إحدى الطريقتين:

ط1 -تقدير قيمة الأموال لحظة الاسترداد وفقا للقيمة السوقية للأموال، ويرجع في تقدير قيمة الأموال إلى أهل الخبرة.

ط2 - تقدير قيمة الأموال وفقا لقيمة الاستثمارات الأولى مخصوما منها الاستهلاك الذي تحققت، أي أن يكون أساس التقييم هو القيمة الأساسية للمال، وبالتالي تحسب على النحو التالي التكاليف التي أنفقها المفوض له من أجل الحصول أو إقامة هذه الأموال، ثم يتم خصم وحدة تمثل الاستهلاك العادي، وهذه الوحدة تتضاعف بعدد السنوات التي انقضت من تاريخ التفويض وهذا ما يعرف ب: الثمن بعد خصم الاستهلاك (Prix de revient)⁽³⁾.

1 - DAVIGNON Jean-François, Op.Cit, p 19.

2 - GLASER Emmanuel, Op.Cit, p p 53.

3 - BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public,Op.Cit, p 171.

2- الأموال الخاصة: les biens propre.

تعتبر من الأموال الخاصة تلك الأموال التي تبقى ملكا للمفوض له⁽¹⁾ عند نهاية مدة التفويض، وهي بالضرورة مملوكة له، هذه الأموال إما أن تكون مستقلة عن المرفق العام وإما أن تكون مخصصة له، لكنها لا تشكل جزء لا يتجزأ من المرفق العام الصناعي والتجاري⁽²⁾ مثل السيارات، الآلات.

تحدد الأموال الخاصة بطريقة سلبية من خلال خصم ما يؤول إلى السلطة المفوضة من مجموع الأموال المخصصة لتسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري، فالتفويض تحدد الأموال التي تؤول إلى السلطة المفوضة عند انقضاء مدة التفويض، وكل ما لم تدرجه الاتفاقية في تلك الطائفة يبقى ملكا للمفوض له⁽³⁾. ولقد حددتها المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114 بنصها: «الأموال الخاصة: الأملاك التي يملكها صاحب الامتياز خارج أملاك الاسترجاع وأملاك العودة»⁽⁴⁾.

إن الأموال الخاصة المملوكة للمفوض له يمكن أن تنصب على منقولة كما يمكن أن تنصب على عقارات ويمكن لسلطة المفوضة شراءها في حالة موافقة المفوض له وقد تضمن ذلك المادة 119 من قانون الطيران المدني إذ جاء فيها: «عند نهاية الامتياز، يمكن الدولة، عندما تتضح ضرورة الإبقاء على استغلال المحطة الجوية أو الخط الممنوح، شراء المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري وفق لشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط.

و في حالة الاختلاف حول مبلغ التعويضات، تبت في الأمر الجهة القضائية المختصة»⁽⁵⁾.

نتيجة لذلك، في نهاية مدة التفويض للمفوض له الحرة الكاملة في أخذ هذه الأموال، وهذه النتيجة لا تثير أي إشكال في حالة الأموال المنقولة. لكن في حالة وجود أموال عقارية على المرفق العام الصناعي والتجاري قام ببنائها المفوض له ففي هذه الحالة تثار إشكالية من مالكتها،

1- ZOUAIMIA Rachid, «La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015», Op.Cit, p p 29.

2 - Idem.

3 - حمادة عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 919.

4 - مرسوم تنفيذي رقم 08-114، مرجع سابق.

5 - قانون رقم 98-06، مرجع سابق.

أو بعبارة أخرى ما مصير البنايات المنجزة على أراضي ممنوحة تفويض تسييرها إلى الغير هل تبقى في يد المفوض له باعتباره المالك الأصلي له، أم أنها تعود ملكيتها إلى الدولة؟

لم يتطرق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا النص التطبيقي له إلى هذه الحالة لكن أقر المشرع الجزائري في الأمر رقم 08-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية وبالتحديد في نص المادة 13 منه والتي جاء فيها: «عند إتمام مشروع الاستثمار، تكرر إجباريا ملكية البنايات المنجزة من المستثمر على الأرض الممنوح امتيازها وجوبا بمبادرة من هذا الأخير ويعقد موثق»⁽¹⁾

تطبيقا لهذه المادة فإن المفوض له هو الذي أنشأ البناية على ملكية الدولة، بحيث يصبح مالك الأرض والتي هي الدولة يختلف عن مالك البناية المنجزة عليها والذي هو المفوض له، كرسست هذه المادة ملكية البنايات المنجزة من طرف المفوض له على الأرض الممنوح امتيازها دون القطعة الأرضية المقام عليها البناية.

نص المشرع الجزائري على اعتراف بملكية البنايات أو المنشأة المنجزة من طرف شخص حتى وإن تم إنجازها على أرض الغير، خاصة في حالة البناء بحسن النية وبموافقة مالك الأرض وذلك وفق قواعد الالتصاق المنصوص عليها في القانون المدني⁽²⁾. بالتالي في حالة إنجاز المفوض له بناية على ملكية مملوكة للدولة يجوز أصلا التصرف فيها بموافقتها (عقد التفويض) فانه في هذه الحالة له الخيار بين أن يدفع قيمة المواد والعمال أو مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض، إذا لم يطلب صاحب البناية أو المنشآت نزع المنشآت، غير انه إذا كانت البناية بلغت حد من الأهمية وكان تسديدها مرهق لمالك الأرض جاز له أن يطلب تعويض عادل⁽³⁾. وفي هذه الحالة نكون أمام الطائفة الثانية من الأموال تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري وهي الأموال القابلة لتمليك.

1 - أمر رقم 08-04، مرجع سابق.

2 - من المادة 788 إلى غاية المادة 791 من الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

3 - انظر المادة 785، القانون نفسه.

في حالة منح تفويض للمرفق عام صناعي وتجاري غير مبني بموجب عقد امتياز يتطلب لتسييره إنجاز بناية من طرف المفوض له قصد إنجاز مشروعه الاستثماري في هذه الحالة فان مصير البناية التي تنجز على المرفق تكون محل تنازل بموجب عقد توثيقي.

ثانيا: تصفية الحسابات بين الطرفين المباشرين لتفويض.

بعد انتهاء عقد التفويض سواء انقضاء مدته أو قبل أوانه ينتج إلى جانب تصفية الأموال نتيجة هامة أخرى، تتمثل في تصفية العلاقات المالية بين السلطة المفوضة والمفوض له بما ينطوي عليه من ديون وحقوق متبادلة بين أطراف العقد. صحيح أن المفوض له يتقاضى مقابلا ماليا يعتمد أساسا على نتائج الاستغلال له من الحصول على هذا المقابل لا يمنع من وجود علاقات مالية بين السلطة المفوضة والمفوض له والتي يجب تسويتها، وغالبا ما تتضمن دفاتر الشروط بند ينص على انه في حالة نهاية اتفاقية التفويض فإنه يتم اللجوء إلى تصفية الحسابات⁽¹⁾.

إن إجراءات التسوية المالية تأخذ في الحسابات التعويضات المستحقة بسبب الأخطاء التعاقدية لأحد الطرفين، ومن أمثلة ذلك: إهمال المفوض له صيانة المنشآت الفسخ الانفرادي دون خطأ المفوض له.⁽²⁾ إلى جانب هذه الاعتبارات تؤخذ كذلك ضرورة مراعاة مجموعة من المبادئ والتي تتمثل في:

1 - أن التصفية المالية تخضع للشروط الواردة في العقد على أساس أن النصوص التي يتضمنها عقد التسيير، في هذا الصدد هي نصوص تعاقدية ملزمة للطرفين تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يجوز للإدارة (السلطة المفوضة) تعديلها من جانب واحد⁽³⁾.

2 - إن التسوية المالية تتم وفق للنية المشتركة لأطراف المتعاقدة وذلك بالتطبيق والتفسير الضيق للشروط المتعلقة بالتسوية.

3 - إن التسوية المالية تتطلب من المفوض له تقديم الحسابات، وعليه تقدير الحسابات هذه أمر وجوبي ولو لم يقره العقد: مثل حسابات الاستثمارات الأولى، حسابات الاستغلال⁽¹⁾.

1 - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 812.

2 - على أحمد حسن اللهيبي، مرجع سابق، ص 701 - 710.

3 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 241.

كما يمكن تطبيق الضمان العام لاستيفاء السلطة المفوضة لحقوقها من المفوض له كأداة ضمان لفائدة السلطة المفوضة، بحيث يسود مبدأ في القانون المدني الذي يقضي بحق الضمان العام للدائن يرد على الذمة المالية للمدين، وهو ما يعرف بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه⁽²⁾.

تطبيقاً لهذا المبدأ يستطيع الدائن استيفاء حقوقه عبر التنفيذ على الشق الإيجابي للذمة المالية للمدين، وبالتالي فإنّ الجانب الإيجابي للمفوض له يجب أن يكون دائماً في خدمة الضمان العام للسلطة المفوضة⁽³⁾.

وقد طرح سؤال في هذا الصدد ما مدى إمكانية إعمال هذا المبدأ بالنسبة إلى حقوق السلطة المفوضة تجاه المفوض له؟

في هذا الصدد أقر مجلس الدولة الفرنسي أن السلطة المفوضة لا تملك كأصل حق الضمان العام على أصول المفوض له.

لكن استثناءً يمكن تطبيقه لكن في حدود ضيقة بمعنى تطبيق صفات محدودة يرد على بعض العناصر هذه الأصول، إذ لها استرداد حقوقها أو إجراء المقاصة من هذه العناصر⁽⁴⁾.

1 - حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد إمتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 921.

2 - علي أحمد حسن اللهيبي، مرجع سابق، ص 703-705.

- هذه القاعدة منصوص عليها في المادة 188 فقرة الأولى من قانون رقم 75-58، مرجع سابق.

3 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 243.

4 - أحمد يسين عكاشة، مرجع سابق، ص 88.

ويعد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 11 أوت 1922 الأساس في المبدأ، إذ تضمن هذا الحكم التأكيد على:

- إنّ طبيعة عقد امتياز السكك الحديدية والشروط الواردة فيه، تتعارض مع قيام السلطة المفوضة من متابعة استرداد حقوقها بذات الأوضاع التي يجوز فيها للدائن العادي القيام بها وفقاً للقواعد العامة، وأنه إذا قضى مجلس المديرية بأنه يجوز للسلطة مانحة الامتياز أن تتابع حقها المضمون على جميع الأصول المنقولة والعقارية للشركة، بما في ذلك أموال الطوارئ والدمين الخاص، فإنّه يكون قد أعطى لحقوق الدولة ضماناً واسعاً أكثر من اللازم.

- يخرج عن الضمان العام كل إمكانية للمقاصة الوحدة السنوية المقررة لاسترداد الأموال المستحقة للملتزم (المفوض له)، لأن هذه الوحدة السنوية وفقاً للنية المشتركة للأطراف، يجب أن تظل لدى الشركة الملتزمة في جميع الأحوال دون تغيير.

- يخرج أيضاً من الضمان العام الجزء من العناصر الإيجابية الذي يجد مصدره في المبالغ التي دفعها (الملتزم) لضمان الحد الأدنى ولا يجوز لمانح الالتزام تحصيل السلف من هذا الجزء، أن يقوم باسترداد مباشر عن مبالغ نشأت عنها حقوق مكتسبة وفقاً لنظام الضمان. على أحمد حسن اللهيبي، مرجع سابق، ص 703-705.

خاتمة:

بعد الصعوبات والمشاكل التي عرفتھا الدولة الجزائرية في سنوات الثمانينات، ألزمت الدولة على القيام بتغييرات جذرية استجابة للضغوطات الخارجية. ولعل من أهم هذه التغييرات تغيير من نظامها الاقتصادي المتبع من اقتصاد موجه والتوجه نحو اقتصاد الحر. كما صاحب هذه التغييرات تغيير مفهوم تسيير الدولة لمرافقھا العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الذي كانت تسيير بموجبه، إلا أنها اثبت فشله وعجزه عن تسيير هذا النوع من المرافق كونه لا يستجيب لطبيعة هذا المرفق، لذلك تم التوجه نحو اعتماد أسلوب جديد في تسييرھا يساير التطورات الاقتصادية من جهة ويتماشى مع طبيعة المرفق العام الصناعي والتجاري وفق المفهوم الجديد من جهة أخرى والتي يحققھا تفويض المرفق العام.

يحتل تفويض المرفق العام مكانة هامة ومعتبرة ضمن أساليب تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري، ويعد من أهم السياسات الداعمة لمبادئ الاقتصاد الليبرالي، نظرا لما تحققه هذه الوسيلة من نتائج هامة سواء بالنسبة لاقتصاد الدولة من خلال تقليص الأعباء المالية على الخزينة العمومية. أو بالنسبة للمرتفقين بتحقيق وتلبية حاجاتهم بالجودة والسرعة المطلوبة. إلى جانب كل هذا يحقق نتائج هامة للمفوض له ألا وهو تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح باعتباره مستثمرا.

لكن رغم هذه المكانة الهامة والمعتبرة للتفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري إلا أنه تثير عنه عدة نقائص وتناقضات تحد من فعالية استخدامه، و تبرز هذه النقائص لاسيما:

أولا: من حيث التنظيم: لاحظت دمج مفهوم تفويض المرفق العام ضمن نصوص قانون الصفقات العمومية وتخصيص بعض الأحكام المشتركة بينهما. وذلك سواء في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وكذلك في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام. وهذا أمر غير مقبول كون العقدين مختلفان سواء من حيث المضمون أو من حيث الأهداف، ناهيك عن ذلك تم تنظيم هذه الوسيلة بموجب نصين تنظيميين وليس بموجب نص تشريعي.

ثانيا: من حيث عدم دراسة الفقه والقضاء الجزائري لمعالم تفويض المرفق العام: لاحظت من خلال الدراسة غياب تام لمعالجة الفقه والقضاء الجزائري دراسة القضايا المتعلقة بتفويضات المرفق العام على خلاف الفقه والقضاء الفرنسي الذي يشهد له الدور البارز في تطوير المفاهيم المرتبطة بهذه الآلية.

ثالثا: من حيث الرقابة: استنتجت من خلال الدراسة غياب رقابة فعالة لبعض تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري ولعل أهم نموذج عن ذلك مرفق المياه، إذ يشهد هذا المرفق عدم ضبط التعريفات المفروضة على المنتفعين لقاء الخدمات التي تقدمها الشركات التي تدير هذا المرفق، إذ يشتكي العديد من المنتفعين من ارتفاع غير مبرر لتسعيرة المياه، وكذا من بنوعية وجودة الخدمة المقدمة للجمهور المنتفعين في الآونة الأخيرة خاصة بعد إلغاء سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه .

رابعا: من حيث التسوية القضائية: إذ القضاء الإداري الجزائري لا يتمتع بالسلطات الضرورية التي تمكنه من إلزام السلطة المفوضة على احترام وتنفيذ التزاماتها التعاقدية. إذ لا تملك من وسائل تضمن له تنفيذ أحكامه خاصة توجيه الأوامر للإدارة أو الحكم ضدها بالغرامات التهديدية. ويعود السبب الرئيسي لذلك غياب ثقافة توقيع العقوبات على الإدارة عكس الدول الغربية التي عرفت تطبيقا واسعة لهذه الخاصية لاسيما المشرع الفرنسي.

خامسا: من حيث تفعيل تفويض المرفق العام: من المشاكل التي تعرفها القاعدة القانونية في الجزائر هو مسألة تفعيله، تفويض المرفق العام لا يخرج عن هذا الإطار، حيث يشهد الواقع العملي عدة مشاكل لتفعيل تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري نظرا إلى أن الدولة الجزائرية مازالت تدير العديد من مرافقها العامة الصناعية والتجارية خاصة المحلية منها عن طريق الأساليب التقليدية، إذ هناك العديد من ممتلكات الجماعات الإقليمية غير مستغلة كون الجماعات الإقليمية تفتقر للوسائل لتسييرها.

سادسا: من حيث نقل التكنولوجيا المستعملة: يعاب على مختلف النصوص القانونية المنظمة لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري إغفالها لمسألة نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية عند نهاية مدة التفويض إلى السلطة المفوضة. وهذا بالرغم من استقطاب مفهوم الإدارة الالكترونية لتسيير الخدمات العمومية في الجزائر والتوجه نحو المرفق العام الالكتروني.

وتعد مسألة نقل التكنولوجيا الى السلطة المفوضة عند نهاية مدة التفويض من أهم المسائل الواجب التفاوض حولها والتي يجب أيضا النص عليها في اتفاقية التفويض خاصة عندما يكون المفوض له شركة أجنبية عملاقة، كون هدفها هو تحقيق الربح الفاحش على حساب المصلحة العامة فهذه الشركات تبحث عن الثغرات القانونية للتملص من المسؤولية. فعدم النص عليها يعد من مصلحتها من حيث بقاء السلطة المفوضة في حالة التبعية لتلك الشركات بعد نهاية التفويض ولعل الواقع العملي يشهد ذلك، إذ كلما كانت هناك مشاكل في التسيير يتم استدعاء خبراء تلك الشركات.

سابعا: من حيث مدى نجاح أو فشل تفويض المرفق العام في الواقع العملي: لا يمكن الجزم والحكم بفشل أو عدم نجاح التفويض في تسيير المرافق العمومية الصناعية والتجارية سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الإقليمي بصفة قطعية وهذا نظرا لحدثة النصوص القانونية المنظمة لها من جهة، وكذلك نظرا لقلّة النماذج التطبيقية لهذه الآلية، فبالتالي مدى نجاحها أو فشلها عنصر الزمن هو الكفيل بإثباته من جهة أخرى.

في خضم هذه النقائص والتناقضات التي تسود تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، ارتأيت تقديم بعض الاقتراحات على النحو التالي:

- 1- ينبغي كأول خطوة في سبيل إنجاح تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري محاولة تطهيرها بموجب تقنين خاص بها، وإخراجها من النصوص المنظمة للصفقات العمومية.
- 2- ضرورة الاستفادة من التجارب البلدان المقارنة، من حيث أسلوب تطهيرها القانوني لتفويض المرفق العام وتجسيدها ميدانيا من حيث إتباع النماذج المتبعة في هذا المجال.
- 3- تشجيع مشاركة للقطاع الخاص في تسيير المرفق العام: إذ باتت من الضرورات بسبب الخبرة والكفاءة الإدارية والإنتاجية التي يتمتع بها واستفادة القطاع العام منها. وضرورة تأهيل اليد العاملة وتدريبها بالتقنيات الحديثة. لذا على الدولة سن ترسانة قانونية تضمن منح ضمانات قانونية أكثر للمستثمر مثل: تقاسم المخاطر بين السلطة المفوضة والمفوض له، اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزعات.
- 4- ضرورة الاستفادة من التجارب البلدان المقارنة، من حيث أسلوب تطهيرها القانوني لتفويض المرفق العام وتجسيدها ميدانيا من حيث إتباع النماذج المتبعة في هذا المجال.

5- تعزيز دور أجهزة الرقابة على إبرام تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري سواء على المستوى الداخلي؛ بإدراج توضيحات أكثر تتعلق بلجنة اختيار وانتقاء العروض كونها تلعب دورا هاما في مرحلة الإبرام. إذ على الرغم من تخصيص لها ثلاثة (3) مواد إلا أنها غير كافية لمعالجتها بالقدر الكافي. لذا على المشرع تدارك الأمر بإضافة مواد أخرى تتعلق بالنصاب القانوني الذي تصح به اجتماعاته. وكذا إقرار نص أخري حدد كيفية اتخاذ القرارات فيها. كما لا بد من تحويل لهذه اللجنة نوع من الاستقلالية من الناحية الإدارية وعدم تقييدها بوضع نظامها الداخلي من قبل مسؤول السلطة المفوضة. بل لا بد على اللجنة عند تشكيلها أن تتولي بنفسها وضعها، كذا ضرورة تحديد المدة القصوى التي يجب على هذه اللجنة لإجراء مختلف مهامها، وذلك لهدف تكريس الشفافية وتجنبنا لإطالة الإجراءات، وكذا من أجل ربح الوقت الذي العامل الأساسي الذي يبحث عنه المتعاملين الاقتصاديين في الوقت الحاضر.

6- ضرورة التنسيق بين مختلف الأجهزة الرقابية للتفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري لضمان فعاليتها أكثر وحماية المصلحة العامة ككل.

7- تفعيل الدعوى الاستعجالية كونها دعوى من نوع خاص نظرا لطابعها الوقائي والتي لا بد من ضرورة مباشرتها قبل إبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري حتى نستطيع تجنب الأخطاء وتصحيحها في حال وقوعها مع وضع سبل كفيلة لمنع تكرارها في المستقبل.

8- ضرورة إعادة النظر في صلاحيات القاضي الإداري عن طريق تعزيز مركزه القانوني ومنحه الاستقلالية اللازمة عن الإدارة لإصدار أحكامه بكل شفافية ودون أي تحيز.

9- تجسيد عمل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وضرورة توسيع من صلاحياتها إلى الإشراف على الإجراءات التي تتطلبها عملية اختيار المفوض له المناسب. ضمانا لنزاهة وشفافية إبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري، ولا بد أن تمتد رقابة هذه السلطة إلى مرحلة التنفيذ وذلك لهدف حماية المرتفقين من تلاعبات التي يمكن أن تكون من قبل المفوض له. مع ضرورة تحديد مركزها القانوني بالضبط وليس مجرد وضع تعابير عامة تثير الغموض واللبس.

9-وضع برامج تحسيسية لفرض واستيعاب المواطنين للتعامل مع القطاع الخاص مباشرة. من حيث تغيير نظرة المواطن للمرفق العام بتحويله من التعامل فقط مع الإدارة إلى التعامل مع الإدارة والخواص.

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية:

أ - الكتب:

- 1- أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص، في تنفيذ مرافق البنية التحتية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- 2- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014-2015.
- 3- أيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2012.
- 4- جعفر محمد السعيد، نظرات في صحة العقد وبطالانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 5- جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015.
- 6- جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 7- جورج قوديل، بيارد لفولقيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001.
- 8- حبش محمد حبش، الخصخصة وأثرها على حقوق العاملين بالقطاع العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- 9- حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغير والتطوير، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- 10- حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 11- حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

- 12- _____، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 13- **حمدي ياسين عكاشة**، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 14- **خالد خليل الظاهر**، القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية: قضاء الإلغاء- قضاء التعويض دراسة مقارنة، مكتبة القانونية والاقتصاد، الرياض، 2009.
- 15- **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الادخارية، دار الفكر العربي، عين الشمس، 1991.
- 16- **شرفاوي سعاد**، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 17- **ضريفي نادية**، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2012.
- 18- **عبد الحميد الشورابي**، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 19- **عبد الحميد الشورابي**، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 20- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 21- **عثمان ياسين علي**، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
- 22- **عوابدي عمار**، نظرية المسؤولية الإدارية دراسة أصلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 23- _____، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 24- **كنعان محمد محمود المبرجي**، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

- 25- **نباد ناصر**، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 4، دار المجدد لنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 26- **ماجد راغب الحلو** ، القانون الإداري، ذاتية القانون الإداري، المركزية واللامركزية، الأموال العامة للموظف العام، المرافق العامة، الضبط الإداري، القرار الإداري، العقد الإداري، السلطة التقديرية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة، التحكيم الإداري، الحجز الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 27- _____ ، العقود الإدارية: تحديد العقد الإداري، تكوين العقد الإداري، تفسير العقد الإداري، أنواع العقد الإداري، شرعية العقد الإداري، التحكيم والعقد الإداري، التصالح والعقد الإداري، العقد الإداري الالكتروني، دار الجامعة الجديدة لنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
- 28- **ماهر محمد حامد**، النظام القانوني لعقود الانشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 29- **محمد الصغير بعلي**، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 30- **محمد امينبوسماح**، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 31- **محمد حسن مرعي**، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
- 32- **محمد خلف الجبور**، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 33- _____ ، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 34- **محمد فاروق عبد الحميد**، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة (فرنسا، الاتحاد السوفيتي، يوغسلافيا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- 35- **محمد محمد عبد اللطيف**، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- 36- **محمد موسي خلف الجبور**، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2013.

- 37- محمود على رحمه، مدي المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن عن تنفيذ الأعمال وأحكامها وخصائص عقد المقاولة من الباطن وتمييزه عن العقود الاخرى-دراسة مقارنة-، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
- 38- محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979.
- 39- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009. .
- 40- مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، ط الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016.
- 41- مي محمد عزت على شرباس، النظام القانوني للتعاقد بنظام البوت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.
- 42- هيام مروة، القانون الإداري الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2003.
- 43- وفاء محمود احمد الببوتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
- 44- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة- دراسة مقارنة- ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 45- يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وابرار تطبيقاته، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- ب - الرسائل والمذكرات الجامعية:
*رسائل الدكتوراه:
- 1- اكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 25 اكتوبر، 2018.

- 2- **بقة عبد الحفيظ**، الحماية القانونية للعامل في ظل الخصخصة والتسريح الاقتصادي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه علوم، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012-2013.
- 3- **بوجادي عمر**، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 13 جويلية 2011.
- 4- **بوحفص سيدي محمد**، مبدأ حياد الإدارة العامة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007.
- 5- **بوده محند واعمر**، المركز القانوني للمنظمات المهنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018/10/4.
- 6- **تياب نادية**، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013.
- 7- **جار الله على جار الله المري**، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة عين الشمس، 2014.
- 8- **دحموش فايضة**، امتيازات السلطة العامة والهيئات غير العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، علوم في القانون، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2015-2016.
- 9- **دخينة أحمد**، دسترة القانون الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
- 10- **سعيد عبد الرزاق**، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة علمية لنيل هادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.
- 11- **شريف الشريف**، النظام المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

- 12- صابر زكي إمام عبد اللا، تطبيق سياسات الخصخصة على المرفق العام الاقتصادي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الزقازيق، 2012.
- 13- صبايحي ربيعة، الخصخصة بنقل ملكية المؤسسات العامة الاقتصادية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 7 ماي 2009.
- 14- ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1، 2011-2012.
- 15- عبدلي حميدة، الاستثمار في عملية الخصخصة، الروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص: القانون العام للأعمال، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، فرع: الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 17 فيفري 2017.
- 16- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة، في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.
- 17- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005-2006.
- 18- فوناسوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 26 نوفمبر 2018.
- 19- لكحل صالح، مدي انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.

- 20- **لكحل مخلوف**، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار (دراسة حالة العقار الاقتصادي)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017-2018.
- 21- **محسن زوييدة**، التسيير المتكامل للمياه كأداة لتنمية المحلية المستدامة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية والتجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قصدي مرياح ورقلة، 2013.
- 22- **محمد المتولي السيد**، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2012.
- 23- **محمود احمد سليمان البراشدي**، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة عين الشمس، 2010.
- 24- **مخلوف باهية**، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2019/01/09.
- 25- **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998.
- *الرسائل ومذكرات الماجيستير:**
- 1- **أوكال حسين**، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009 - 2010.
- 2- **بساعد على**، تسعير المرافق العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، قانون المؤسسات، معهد الحقوق وعلوم الإدارة، جامعة الجزائر، 1999-2000.

- 3- **بلحاجي أحمد**، علاقة المواطن بالإدارة، مذكرة من اجل لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- 4- **بلسبط سمية**، عقد امتياز خدمات النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنشاطات المينائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013.
- 5- **بلكور عبد الغني**، تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: القانون العام، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2010 - 2011.
- 6- **بودراف مصطفى**، التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012.
- 7- **حصايم سميرة**، البوت B.O.T : إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011/04/12.
- 8- **سمير محمد المحادين**، صلاحيات قاضي الأمور المستعجلة، رسالة مقدمة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.
- 9- **سي العربي عبد العزيز**، صلاحية القضاء في لأمر الإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017/03/9.
- 10- **الشيكر سليمة**، عقد تسيير المفوض، للمرفق المياه، مذكرة ماجستير، دولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010.

- 11- **عديش ليلي**، اختصاص منح الاعتماد لدي السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 28 أكتوبر 2010.
- 12- **عطار نادية**، التسيير العمومي الجديد كأداة لتحسين القطاع العام، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، الميدان: علوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الفرع: العلوم الاقتصادية، تخصص: تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014.
- 13- **عكوش فتحي**، قواعد منازعات العقود الادارية في القضاء الإداري الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاغوط، 2014-2015
- 14- **قريمس إسماعيل**، محل دعوى الإلغاء -دراسة في التشريع والقضاء الجزائريين-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص: قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013.
- 15- **لكحل الأمين**، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الجزائر، دراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهران.seor، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، في العلوم الاقتصادية، الميدان: العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الفرع: العلوم الاقتصادية، تخصص: تسيير المالية العامة كلية العلوم، كلية العلوم الاقتصادية علوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة تلمسان، 2013-2014.
- 16- **مشالي أمينة**، خوصصة المرافق العامة، مذكرة ماجستير، فرع دولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015-2016.
- 17- **يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري**، المنازعات الناشئة عن عقد البوت، رسالة ماجستير في القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

ج) المقالات العلمية:

- 1- إرزيل الكاهنة، «عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، العدد 03، 2017. ص ص 10-33.
- 2- إسماعيل صعصاع البديري، «فكرة التخصيص في المرافق العمومية»، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مجلد 14، عدد 2، 2007. ص ص 172-191.
- 3- أكلي نعيمة، «التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقد الامتياز»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، المجلد 4، العدد 02، 2017. ص ص 444-460.
- 4- ايماندمبري ومراد بن قيطة، «إيجار المرفق العام في الجزائر على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المفهوم والخصائص والفروق مع أشكال التفويض الأخرى»، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، لبنان، العدد 16، 2017. ص ص 53-70.
- 5- براهيمى فضيلة، «تأثير مبدأ المنافسة على حرية التعاقد الشخص المعنوي العام»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، مجلد 8، العدد 3، 2018، ص ص 124-130.
- 6- بركية حسام الدين، «تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة»، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، المجلد 12، العدد 14، 2017. ص ص 527-547.
- 7- بروك حليلة، «دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية»، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، المجلد 9، العدد 11، 2014، ص ص 279-381.
- 8- بزاحييو مقرئ سلوى، «رقابة القضاء الاستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 3، العدد 01، 2012. ص ص 29-47.

- 9- **بن دعاس سهام**، «الصلاح كحل بديل للمنازعة الإدارية»، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المجلد 3، العدد 1، 2017، ص ص 129-147.
- 10- **بن سعيد أمين**، **عبد الرحيم نادية**، «إشكالية تفويض المرفق العام كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية- واقع التطبيق في المغرب وأفاقه في الجزائر»، مجلة معهد العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، المجلد 21، العدد 01، 2018، ص ص 63-79.
- 11- **بن علة حميد**، «إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، التجربة الجزائرية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، العدد 3، 2009، ص ص 115-151.
- 12- **بو شقورة رضا**، «تسيير البنى التحتية»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، المجلد 5، العدد 1، 2018، ص ص 571-586.
- 13- **بولغاب أمال**، «عقد البوت بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، العدد 3، 2013، ص ص 135-151.
- 14- **بوهالي نوال**، «التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، العدد 12، 2018، ص ص 331-345.
- 15- **تلعيش خالد**، «المرفق العام في الجزائر والتحولت الجديدة في دور الدولة»، مجلة مقربات، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، المجلد 4، العدد 3، 2016، ص ص 71-80.
- 16- **جليل مونية**، «امتياز المرفق العام والتنمية المحلية في الجزائر»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، المجلد 53، العدد 1، 2016، ص ص 243-266.

- 17- **جوادي الياس**، «معايير تحديد مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 09، 2015، ص ص 16-26.
- 18- **حجاب ياسين**، مبروكة محز، «الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري»، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 2، 2016، ص ص 131-157.
- 19- **حلاب محمد**، «نظام الامتياز بين التشريع والتطبيق في قانون المياه الجزائري»، مجلة المياه والبيئة، المجلد 6، العدد 11، 2017، ص ص 81-96.
- 20- **رفاه رزوقي**، «الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة-»، مجلة الحقوق الحلب للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، السنة الثامنة، 2016، ص ص 281-268.
- 21- **رراقى محمد زكرياء**، «واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر»، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي، المجلد 4، العدد 2، 2017، ص ص 57-75.
- 22- **زمال صالح**، «مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247»، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 32، 2018، ص ص 494-518.
- 23- **زوية سميرة**، «اتفاقية التفويض تجسيدا لشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة عباس لغرور خنشلة المجلد 5، العدد 2، 2018، ص ص 276-289.
- 24- **زياد أحمد العرسان**، «الطبيعة القانونية لإجراءات التنفيذ للعقد الإداري»، مجلة جامعة البعث، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المجلد 39، العدد 25، 2017، ص ص 45-77.

- 25- زياد العرسان، « أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) »، مجلة جامعة البعث، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المجلد 38، العدد 2016، 49، ص ص 51-75.
- 26- سرور محمود، «عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر»، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المجلد 3، العدد 2، 2017، ص ص 181-196.
- 27- سعداني نورة، «الاستثمار وفق عقد البوت»، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ادرار، المجلد 5، العدد 2، 2017، ص ص 174-208.
- 28- سليمان حاج غرام، «دور المبادئ العامة للمرافق العام المفوض في حماية حقوق المنتفعين»، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص ص 133-153.
- 29- صالح زمال بن علي، «أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري»، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، كلية الحقوق، جامعة وهران، المجلد 6، العدد 1، 2017، 157-169.
- 30- صدارة محمد، «الغرامة التهديدية في المادة الإدارية»، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 02، 2018، ص ص 112-120.
- 31- صلاح محمد، عبد الكريم البشير، «أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية»، مجلة الأبحاث الاقتصادية والإدارية، عدد 17، 2015، ص ص 173-202.
- 32- ضرار القزاز، «سلطة الادارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الادارية دراسة مقارنة(فرنسا- مصر - سورية)»، مجلة جامعة الباحث، المجلد 39، العدد 5، 2017، ص ص 11-50.
- 33- عاقل فضية، «النظام القانوني للصفقات العمومية ودوره في تسيير المال العام»، مجلة الاجتهاد والدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، المجلد 4، العدد 09، 2015، ص ص 28-51.

- 34- **عدو عبد القادر**، «الجديد في قضاء الاستعجال الإداري»، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق، جامعة ادرار، العدد الأول، 2013، ص ص 90-105.
- 35- **عقبوبي مولود**، «الديمقراطية التشاركية في المجالس المنتخبة المحلية»، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والادارية، جامعة احمد زبانة، 2016، ص ص 202-218.
- 36- **علي أحمد حسن اللهبي**، «تصفية عقد امتياز المرفق العام»، مجلة تكريت للحقوق، كلية القانون، جامعة تكريت، المجلد 1، العدد 3، الجزء 6، 2017، ص ص 680-710.
- 37- **عيساوي عز الدين**، «الديمقراطية المحلية: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 12، العدد 2، 2015، ص ص 212-230.
- 38- **فاضل الهام**، «أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247»، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة قالمة، المجلد 12، العدد 25، 2018، ص ص 1-20.
- 39- **فرطاس الزهرة**، «المرفق العمومي بين تنوع معايير تقسيمه والمبادئ المتحكمة في سيره»، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسلت، العدد الأول، 2016، ص ص 140-147.
- 40- **الفوركي مصطفى**، «تغيير المركز القانوني للمشغل»، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، العدد الثاني، 2017، ص ص 7-152.
- 41- **فوناسسوهيلة**، «عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 10، العدد 02، 2014، ص ص 242-269.
- 42- **لعماري أمال، بالة زهرة**، «عقد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام»، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، المجلد 5، العدد، 2018 ص ص 131-143.

43- مدون كمال، «واقع النظام القانوني للمرافق العامة في ظل سياسة الخصخصة»، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، المجلد 3، العدد 5، 2017، ص 137-155.

44- مزياني فريدة، آمنة سلطاني، «مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية»، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 6، العدد 7، 2010، ص 121-142.

45- نايل صونية، «نموذج الشراكة الاستراتيجية بين المؤسسات العمومية المسيرة لخدمات المياه والقطاع الخاص في الجزائر»، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 23، مارس 2018، ص 39-66.

46- نمديلي رحيمة، «ماهية عقد BOT : بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الاقتصادية وخصومتها»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد 2، 2010، ص 119-132.

47- نويري سعاد، «الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، العدد 8، 2016، ص 221-237.

48- وليد مرزة حمزة المخزومي، ماهر فيصل صالح، «عقد B.O.O.T ودوره في إنشاء مرافق البنية التحتية وتسييرها في العراق في ظل الأزمات المالية»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 17، العدد 1، 2018، ص 567-597.

- الملتيقيات:

1- براهيمى فضيلة، التسيير المفوض للمرافق العامة، معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الاحتكار، أعمال الملتنقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27-28 ابريل 2011، ص 3-4.

- 2- **بن جميل عزيزة**، تطور كفاءات تنظيم المنظمات المهنية في الجزائر- منظمة المحامين نموذجاً-، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27-28 افريل 2011، ص ص 04-05.
- 3- **بن شعلال حميد**، عقد الامتياز كآلية لخصوصية تسيير المرفق العام في الجزائر، أعمال الملتقى الوطني حول تسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27-28 ابريل 2011، ص ص 62-97.
- 4- **بوقطة فاطمة الزهراء**، رقابة الدولة على تسيير أموال المرافق العامة. أعمال الملتقى الوطني حول اثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، القطب الجامعي تاسوست، جيجل، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص ص 215-227.
- 5- **تغريبت رزيقة**، الطبيعة القانونية لعقد امتياز، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27-28 افريل 2011. ص ص 1-15 .
- 6- **حساين سامية**، آليات الرقابة على الاستثمار العمومي من خلال سلطة الضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، أعمال الملتقى الدولي حول الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، ص ص 01-21.
- 7- **حمادي زبير**، النظام القانوني لتفويض مرفق خدمات النقل الجوي، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 27-28 ابريل 2011، ص ص 1-14.
- 8- **دوار جميلة**، دور أسلوب BOT في تسيير الطريق السيار شرق-غرب، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27 - 28 أفريل 2011، ص ص 11 - 27.

9- **مقلاتي مونة، فاضل الهام،** إيجار المرفق العام أسلوب جديد للتسيير في الجزائر، أعمال الملتقى الوطني حول التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد الإنفاق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر باتنة، يوم 27 نوفمبر 2018، ص ص 01-17.

* النصوص القانونية:

أ- النصوص القانونية الجزائرية:

الدهساتير:

1- **دستور 23 فبراير 1989،** الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، مؤرخ في 28 فبراير 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج ر عدد 09، صادر بتاريخ 1 مارس 1989.

2- **دستور 1996،** الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996، معدل ب: القانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008. والقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

-الاتفاقيات الدولية:

1- **الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،** قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 21700، الدورة 3، مؤرخ في 10 ديسمبر 1948، صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، مؤرخ في 10 سبتمبر 1963، ج ر عدد 64، صادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

2- **الاتفاق الاورومتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى،** الموقع بفالونسيا يوم 22 ابريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة

به، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 ابريل 2005، ج ر عدد 31، صادر بتاريخ 30 ابريل 2005.

-النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر 30 سبتمبر 1975، متمم بالقانون رقم 89-01، مؤرخ في 7 فبراير 1989، ج ر عدد 06 صادر في 8 فبراير 1989، والقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان 2005.
- 2- أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 30، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فبراير 2005، ج ر عدد 11، صادر بتاريخ 9 فبراير 2005، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 15-20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر عدد 71، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2015.
- 3- أمر رقم 76-80، مؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن القانون البحري، ج ر عدد 29، صادر بتاريخ 10 ابريل 1977، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 98-05 مؤرخ في 25 يونيو 1998، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 27 يونيو 1998، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10-04، مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 غشت 2010.
- 4- قانون رقم 82-13، مؤرخ في 28 غشت 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر عدد 35، صادر بتاريخ 31 غشت 1982. (ملغى).
- 5- قانون رقم 83-17، مؤرخ في 16 يوليو 1983، يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30، صادر بتاريخ 19 يوليو 1983. (ملغى).
- 6- قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02، صادر بتاريخ 13 يناير 1988. (ملغى جزئياً)
- 7- قانون رقم 90-08، مؤرخ في 7 ابريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج ر العدد 15، صادر بتاريخ 11 ابريل 1990. (ملغى)

- 8- قانون رقم 90-09، مؤرخ في 7 ابريل 1990، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 15، صادر بتاريخ 11 ابريل 1990. (ملغى).
- 9- قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 25 ابريل 1990، معد ومتم بموجب القانون رقم 91-29، مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68، صادر بتاريخ 25 ديسمبر 1991، والأمر رقم 96-21، مؤرخ في 9 يوليو 1996، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 10 يوليو 1996، وبالأمر رقم 97-02، مؤرخ في 11 يناير 1997، ج ر عدد 03، صادر بتاريخ 12 يناير 1997، بالأمر رقم 15-01، مؤرخ في 23 يوليو 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج ر عدد 40، صادر بتاريخ 23 يوليو 2015، وبالقانون رقم 16-14، مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر عدد 77، صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2016، وبالقانون رقم 17-11، مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 28 ديسمبر 2017.
- 10- قانون رقم 90-30، مؤرخ في أول ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52، صادر بتاريخ 2 ديسمبر 1990، معدل ومتم بموجب قانون رقم 08-14، مؤرخ في 20 يوليو 2008، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 3 غشت 2008.
- 11- أمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 يوليو 1995 يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد 39، صادرة في 23 يوليو 1995 معدل ومتم بموجب امر رقم 10-02، ج ر عدد 50، صادرة في 01 سبتمبر 2010.
- 12- أمر رقم 95-22، مؤرخ في 26 غشت 1995، يتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية والاقتصادية، ج ر عدد 48، لسنة 1995، معدل ومتم بالأمر رقم 97-12 المؤرخ في 19 جانفي 1997، ج ر عدد 15، صادر في 21 مارس 1997. (ملغى).
- 13- أمر رقم 95-25، مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر عدد 55، صادر بتاريخ 27 سبتمبر 1995. (ملغى).

14- قانون رقم 06-98، مؤرخ في 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 28 يونيو 1998، معدل ومتم بموجب قانون رقم 05-2000، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج ر عدد 75، صادر بتاريخ 10 ديسمبر 2000، معدل ومتم بموجب أمر رقم 10-03، مؤرخ في 13 غشت 2003، ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 13 غشت 2003، معدل ومتم بموجب قانون رقم 02-08، مؤرخ في 23 يناير 2008، ج ر عدد 04، صادر بتاريخ 27 يناير 2008، معدل ومتم بموجب قانون رقم 14-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، ج ر عدد 41، صادر بتاريخ 29 يوليو 2015، معدل ومتم بموجب قانون رقم 04-19، مؤرخ في 17 يوليو 2019، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 21 يوليو 2019.

15- قانون رقم 03-2000، مؤرخ في 5 غشت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 48، صادرة في 6 غشت 2000. (ملغى).

16- قانون رقم 13-01، مؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 8 غشت 2001. قانون رقم 13-01، مؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه، ج ر عدد 44، صادر في 8 غشت 2001، معدل ومتم بموجب قانون رقم 09-11 مؤرخ في 5 يونيو 2011، ج ر عدد 32، صادر بتاريخ 8 يونيو 2011.

17- أمر رقم 04-01، مؤرخ في 20 غشت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد 47، صادر في 23 غشت 2001. معدل متم بموجب الأمر رقم 01-08، المؤرخ في 28 فبراير 2008، ج ر عدد 11، صادر بتاريخ 2 مارس 2008.

18- قانون رقم 01-02، مؤرخ في 5 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08، صادر في 6 فبراير 2002، معدل ومتم بالقانون رقم 10-14، مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2014.

- 19- قانون رقم 02-11، مؤرخ في 24 ديسمبر 2002، يتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج ر عدد 86، صادر في 25 ديسمبر 2002.
- 20- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادرة في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم، بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يوليو 2008، ج ر عدد 36، صادرة بتاريخ 2 يوليو 2008، معدل ومتمم، بالقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 غشت 2010.
- 21- أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، صادر بتاريخ 27 غشت 2003، معدل ومتمم بموجب أمر رقم 09-01، مؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 26 يوليو 2009. وبموجب أمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 1 سبتمبر 2010. ومعدل بموجب قانون 16-14، مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر عدد 77، صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2016.
- 22- قانون رقم 04-10، مؤرخ في 14 غشت 2004، يتعلق بالتربية البدنية والرياضة، ج ر عدد 52، صادرة بتاريخ 18 غشت 2004.
- 23- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 غشت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، صادر بتاريخ 4 سبتمبر 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-03 المؤرخ في 27 يناير 2008، ج ر عدد 4، صادر بتاريخ 27 يناير 2008، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 09-02، مؤرخ في 22 يوليو 2009، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 26 يوليو 2009.
- 24- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 ابريل 2008.
- 25- أمر رقم 08-04، مؤرخ في 1 سبتمبر 2008، يحدد شروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، صادر بتاريخ 3 سبتمبر 2008، معدل ومتمم.

- 26- أمر رقم 09-01، مؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ، 26 يوليو 2009.
- 27- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 3 يوليو 2011.
- 28- قانون رقم 11-11، مؤرخ في 18 يوليو 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40، صادر بتاريخ 20 يوليو 2011.
- 29- قانون رقم 12-06، مؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 02، صادر بتاريخ 15 يناير 2012.
- 30- قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، صادر بتاريخ 29 فبراير 2012.
- 31- قانون رقم 15-02، مؤرخ في 4 يناير 2015، يتعلق بالتعاضدية الاجتماعية، ج ر عدد 01، صادر في 7 يناير 2015.
- 32- قانون رقم 16-09، مؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 3 غشت 2016. معدل ومتم بموجب القانون رقم 18-13، مؤرخ في 11 يوليو 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج ر عدد 42، صادر بتاريخ 15 يوليو 2018.
- 33- قانون رقم 18-04، مؤرخ في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 13 مايو 2018.

-النصوص التنظيمية:

*المراسيم الرئاسية:

- 1- مرسوم رقم 83-200، مؤرخ في 9 مارس 1983، يحدد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وتسييرها، ج ر عدد 12، صادر بتاريخ 12 مارس 1983 (ملغى).
- 2- مرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 4 يوليو 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 6 يوليو 1988.

- 3- مرسوم رئاسي رقم 02-195، مؤرخ في أول يونيو 2002، يتضمن القانون الأساسي لشركة الجزائرية للكهرباء والغاز، المسماة "سونلغاز" ش.ذ.أ، ج ر عدد 39، صادر بتاريخ 2 يونيو 2002. (ملغى).
- 4- مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر بتاريخ 28 يوليو 2002 (ملغى).
- 5- مرسوم رئاسي رقم 03-403، مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران الخليفة للطيران وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر عدد 68، صادرة في 9 نوفمبر 2003.
- 6- مرسوم رئاسي رقم 03-404، مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران انتينيا للطيران، وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر عدد 68، صادرة في 9 نوفمبر 2003.
- 7- مرسوم رئاسي رقم 03-405، مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران إيكواير الدولية، وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر عدد 68، صادرة في 9 نوفمبر 2003.
- 8- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

***المراسيم التنفيذية**

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 91-147، مؤرخ في 12 مايو 1991، يتضمن تغير الطبيعة القانونية القوانين الأساسية للدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها، ج ر عدد 25، صادر بتاريخ 29 مايو 1991، (ملغى).
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 97-38، مؤرخ في 18 يناير 1997، يتضمن كفاءات منح ممثلي الشركات التجارية الأجانب بطاقة التاجر، ج ر عدد 5، صادر بتاريخ 19 يناير 1997.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 2000-43 مؤرخ في 26 فبراير 2000، يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية وكفاءاته، ج ر عدد 08، صادر بتاريخ 13 مارس 2000.

- 4- مرسوم تنفيذي رقم 2000-337، مؤرخ في 26 أكتوبر 2000 ، يحدد الامتياز لاستغلالالخدمات الجوية للنقل العمومي ج ر رقم 64، صادر بتاريخ 29 اكتوبر 2000.
- 5- مرسوم تنفيذي رقم 01-101، مؤرخ في 21 أبريل 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر عدد 24، صادر في 22 أبريل 2001.
- 6- مرسوم تنفيذي رقم 01-102، مؤرخ في 21 افريل 2001، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير، ج ر عدد 24، صادر بتاريخ 22 افريل 2001.
- 7- مرسوم تنفيذي رقم 01-219، مؤرخ في 31 يوليو 2001، يتضمن الموافقة على رخصة لإقامة واستغلال شبكة عمومية للموصلات اللاسلكية الخلوية من نوع GSM ولتوفير خدمات الموصلات اللاسلكية للجمهور، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 5 غشت 2001.
- 8- مرسوم تنفيذي رقم 02-40، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة لطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق لها، ج ر عدد 4 الصادر في 16 جانفي 2002.
- 9- مرسوم تنفيذي رقم 02-41، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق لها، ج ر عدد 4، الصادر في 16 جانفي 2002.
- 10- مرسوم تنفيذي رقم 02-42، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "ايكواير الدولية" وكذا دفتر شروط المرفق لها، ج ر عدد 4، الصادر في 16 جانفي 2002.
- 11- مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مؤرخ في 20 ديسمبر 2014، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج ر عدد 82، صادر في 22 ديسمبر 2004.
- 12- مرسوم تنفيذي رقم 05-13، مؤرخ في 9 يناير 2005، يحدد قواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به، ج ر عدد 05، صادرة بتاريخ 12 يناير 2005.

- 13- مرسوم تنفيذي رقم 05-174، مؤرخ في 9 مايو 2005، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للموصلات السلكية واللاسلكية واستغلالها وتوفير خدمات هاتفية ثابتة دولية وما بين المدن وفي الحلقة المحلية للجمهور، ج ر عدد 34، صادر بتاريخ 11 مايو 2005.
- 14- مرسوم تنفيذي رقم 05-405، مؤرخ في 17 أكتوبر 2005، يحدد كفاءات تنظيم الاتحاديات الرياضية الوطنية وسيرها وكذا شروط الاعتراف لها بالمنفعة العمومية والصالح العام، ج ر عدد 70، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 2005.
- 15- مرسوم تنفيذي رقم 06-139، مؤرخ في 15 أبريل 2006، يحدد شروط وكفاءات ممارسة نشاطات قطر السفن وأعمال المناولة والتشوين في الموانئ، ج ر عدد 24، صادر بتاريخ 16 أبريل 2006، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-363، المؤرخ في 8 نوفمبر 2008، ج ر عدد 64، صادر بتاريخ 17 نوفمبر 2008.
- 16- مرسوم تنفيذي رقم 06-428، مؤرخ في 26 نوفمبر 2006، يحدد إجراء منح رخص استغلال المنشآت للإنتاج الكهربائي، ج ر عدد 76، صادر في 29 نوفمبر 2006.
- 17- مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مؤرخ في 13 فبراير 2008، يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري، ج ر عدد 09، صادر بتاريخ 24 فبراير 2008.
- 18- مرسوم تنفيذي رقم 08-114، مؤرخ في 9 أبريل 2008، يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج ر عدد 20، صادر بتاريخ 13 أبريل 2008.
- 19- مرسوم تنفيذي رقم 08-303، مؤرخ في 27 سبتمبر 2008، يحدد صلاحية وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه، ج ر عدد 56، صادر بتاريخ 28 سبتمبر 2008. (ملغى).
- 20- مرسوم تنفيذي رقم 10-275، مؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كفاءات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، ج ر عدد 68، صادر في 10 نوفمبر 2010.

- 21- مرسوم تنفيذي رقم 18-163، مؤرخ في 14 يونيو 2018، يتضمن إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 08-303، المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، الذي يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط خدمات العمومية للمياه وعملها، ج ر عدد 36، صادر في 17 يونيو 2018.
- 22- مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 48، صادر في 5 غشت 2018.

***الاجتهاد القضائي.**

-قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 99694، مؤرخ في 10 أكتوبر 1993، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، الجزائر.

الملاحق:

- 1- دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 04-417.
- 2- دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري، الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 08-57.
- 3- دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير، ملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 08-53، المؤرخ في 9 فبراير 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير، ج ر عدد 08، صادر بتاريخ 13 فبراير 2008.
- 4- الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البني التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 15-305، مؤرخ في 5 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البني التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر عدد 66، صادر بتاريخ 9 ديسمبر 2015.

* النصوص القانونية الأجنبية:

- 1- دستور المملكة المغربية لسنة 2011، ج ر عدد 5964، مكرر الصادر بتاريخ 30 جويلية 2011. www.adala.justice.gove.ma.
- 2- قانون رقم 129، لسنة 1947، بشأن التزامات المرافق العامة، صادر بتاريخ 24 جويلية 1947.
- 3- قانون رقم 155 لسنة 1960 بشأن عقد الامتياز المتعلق بمرفق نقل الركاب بالسيارات بمدينة القاهرة.
- 4- ظهير شريف رقم 1.79.175 المؤرخ في 14 شتنبر 1979 يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 79-12 المتعلق بالمجلس الأعلى للحسابات، ج ر عدد 3490، ص 2142.
- 5- قانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، ج ر عدد 5058، صادر بتاريخ 21 نوفمبر 2002، مغير بظهير شريف رقم 1.03.82 صادر في 24 مارس 2003 بتنفيذ القانون رقم 0103، ج ر عدد 5093 الصادر بتاريخ 24 مارس 2003، ومغير ومتمم بالقانون رقم 08-17 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 01.08.153 بتاريخ 18 فبراير 2009، ج ر عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009. www.adala.justice.gove.ma.
- 6- ظهير شريف رقم 1.02.124 صادر في 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، ج ر عدد 5030، صادر في 15 اغسطس 2002، ص 2294.
- 7- ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 11 سبتمبر 2003، بتنفيذ القانون رقم 65.99 بمدونة الشغل، ج ر عدد 3969، صادر في 8 ديسمبر 2003.
- 8- قانون رقم 12 لسنة 2003، يتضمن قانون العمل، صادر بتاريخ 7 ابريل 2003.
- 9- ظهير شريف رقم 1.06.153 صادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006، بتنفيذ القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، ج ر عدد 5480، صادر بتاريخ 7 ديسمبر 2006. www.adala.justice.gove.ma.

- 10- ظهير شريف رقم 15.06.01 صادر في 14 فبراير 2006، يتعلق بتنفيذ القانون رقم 05-45 المتعلق بتدبير المفوض للمرافق العامة، ج ر عدد 5404، صادر بتاريخ 16 مارس 2006. www.adala.justice.gove.ma.
- 11- قانون عدد 23 لسنة 2008، مؤرخ في 1 افريل 2008، يتعلق بنظام اللزمات، ر ر ج ت عدد 28، السنة 151، صادر بتاريخ 4 افريل 2008.
- 12- الجريدة الرسمية للجماعات المحلية، صادر بتاريخ 31 يوليوز، العدد الواحد والثلاثون، www.adala.justice.gove.ma. تم الولوج إلى الموقع يوم 2017/02/25، على الساعة 14:00.

- التقرير:

- التدبير المفوض للمرافق العمومية في خدمة المرتفق"، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي" المملكة المغربية ج ر عدد 6471، السن الخامسة بعد المئة، صادر بتاريخ 6 يونيو 2016. www.adala.justice.gove.ma. تم الولوج إلى الموقع يوم 2017-11-20.

ثانيا - باللغة الفرنسية:

A – Ouvrages :

- 1- **AUBY Jean –Marie, ROBERT Ducos Ader**, Grands services et entreprises nationales, PUF, Paris, 1969.
- 2- **AUBY Jean-Bernard**, Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles, LGDJ, Paris, 2016.
- 3- **AUBY Jean-François**, Les services publics locaux, PUF, Paris, 1982
- 4- _____, Les contrats de gestion du service public, LGDJ, Paris, 2016.
- 5- **BERBARI Mireille, BRIAND Serge**, Délégation de service public, LITEC , Paris, 2010.
- 6- **BETTINGER Christian**, La gestion déléguée des services publics dans le monde – concession ou BOT, berger- levraut, Paris, 1997.
- 7- **BEZANCON Xavier, CUCCHIARINI Christian, COSSALTER Philippe**, Le guide de la commande publique, troisième édition, le moniteur, Paris 2012.
- 8- **BOITEAU Claudie**, Les conventions de délégation de service public, éditions du moniteur, Paris, 2007.

- 9- **BRACONNIER Stéphane**, Précis du droit de la commande publique, édition le moniteur, Paris, 2017.
- 10- **CHEVALLIER Jacques**, Le service public, 3éd,PUF, Paris ,1987.
- 11- **CLAMOUR Guylain, BERGERON Marion Ubaud**, Le nouveau droit des concessions, éd CREAM, Paris, 2016.
- 12- **GUETTIER Christophe**, Droit des contrats administratifs, 3éd, PUF , Paris,2004.
- 13- **GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève**, Droit du service public, Montchrestien, Paris, 2000.
- 14- **GUGULIEMI Gilles**, Introduction au droit des services publics,éd : L.G.D.J, Paris,1994.
- 15- **LINOTTE Didier, ROMI Raphael**, Droit du service public, lexis nexis , litec, Paris, 2007.
- 16- **RAYMUNDIE Olivier**, Gestion déléguée des services publics en France et en Europe, Moniteur, Paris, 1995.
- 17- **RICHER Laurent**, Droit des contrats administratifs, 3éd, L.G.D.J, Paris,2001.
- 18- _____, Droit des contrats administratifs, 5 édition, L.G.D.J, Paris,2006.
- 19- _____, Les contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1991.
- 20- **RITA Wake Jaber**, Le contrat administratif international, L.G.D.J., Paris, 2013.
- 21- **ROMI Raphael, BERNARDINI Niels,LAMY Valentin**, Contrats administratifs, ellipses,Paris,2010.
- 22- **SERGE Alain et KOFF Mescheria**, Droit des services publics, p.u.f, Paris,1985.
- 23- **VINCI Nathalie**, Le contrôle des délégations de service public, éditions territorial, Paris,2012.
- 24- **ZARKA Jean –Claude**, Droit public, éd gualinolextenso, Paris, 2016.
- 25- **ZOUAIMIA Rachid**, La délégation de service public au profit de personnes privées,, édition Belkise, Alger,2012.
- 26- _____, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, édition Belkise, Alger,2013.

B – Thèses et Mémoire :

-Thèses :

- 1- **AZRAFIL Lama**, La durée des délégations de service public : l'exemple de la France et du Liban, thèse pour obtenir le grade de docteur, faculté de droit et science politique, spécialité : droit public, l'université Montpellier, 14 janvier2015.

- 2- **DEFUILLEY Christophe**, Le service public ou défi de l'efficacité économie les contrats de délégation dans la gestion des déchets ménagers, thèse pour le doctorat de science économiques, université Paris II, demis Diderot, 1996.
- 3- **GUILLAUME Fauquert**, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation, thèse pour obtenir le grade de docteur, spécialité :science de l'eau, option : gestion , école nationale de génie rural des eaux et des forêts, paris, 4 juillet 2007.

Mémoire :

- AHMANE Kheira**, Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé, mémoire en vue de 'l'obtention du diplôme de magister en droit public économique, faculté de droit, Université d'Oran, 2013-2014.

C – Articles :

- 1- **BAZEX Michel**, «Obligation communautaire de transparence des services publics», éd JC, octobre 1993.Pp.10-25.
- 2- **BEKKALI Abdesselam**, « La pratique de la gestion déléguée au Maroc », P.R.M.A.L.D ,La gestion déléguée des services publics locaux études et documents n°30, 2001.Pp105-115.
- 3- **BENMANSOUR Samia**, « La concession de service public », revue de la trésorerie générale du royaume, n°11,2014. Pp.20-25.
- 4- **BOITEAU Claudie**, « Délégation de service public », JC, le 30octobre2001, Pp.1-21.
- 5- **BRAHIMI Mohamed**, « L'expérience municipale de délégation des services publics urbains marchands »,P.R.M.A.L.D ,La gestion déléguée des services publics locaux études et documents n°30, 2001. Pp.15-47.
- 6- **BRENET François**, « Contrats administratifs par détermination de la loi », J C , du 13 janvier2009. Pp1-9.
- 7- **DAVIGNON Jean-François**, « Affermage », J C A, du 9 novembre2004 . Pp1-15.
- 8- **DAVIGNON Jean-François**, « Concession de service public », JCA, du 22 mai2006, Pp1-28.
- 9- **DUFAU Jean**, « Services publics à caractère industriel et commercial », revue administratif, 2001,Pp1-21.
- 10- **EL YAAGOUBI Mohammed**, « La gestion déléguée des services publics locaux au maroc », P.R.M.A.L.D ,La gestion déléguée des services publics locaux études et documents n°30, 2001. Pp.79-102.
- 11- **FRANGI Marc**, «Les délégations de service public dans le domaine de la distribution d'eau potable», R.A.F, PUF,N°328,2002,p p
- 12- **GLASER Emmanuel**,«Le régime juridique des délégations de service public»RLCT,n°98,2014, pp 52-53.

- 13- **LALLIOT LaurenceFolliot**, « Vers une approche unifiée de la convention de délégation de service public », RFDA, 2003. Pp.893-902.
- 14- **RAHAL,(B)** « La concession de service public en droit algérien », RI,n°01, 1991, Pp7-37.
- 15- **SOLDINI David**, « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », R.F.D.A,n°6,2010.Pp1114-1123.
- 16- **ZOUAIMIA Rachid**,« La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015 », R.A.R.J , v7,n°1,2016. Pp7-35.

D-Communication :

–**COURBIS Camille**, « La délégation de service public d'eau potable :un mode de gestion efficace ? » Séminaire des services publics et sphère privée : les nouveaux partenariats.2007-2008, en 7 septembre2008Pp5-66.

E: Textes juridiques :

1-Textes juridiques Européens:

- 1- Directive européenne n° 89-440 du 18 juillet 1989 n°89440 modifiant la directive 71305 CEE, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, J.O.C.E du 21 juillet1989.
- 2- Directive 89/665 CEE de conseil du 21/12/1989 portant coordination des dispositions législative, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fourniture et de travaux, JOCE L395 du 30décembre 1989.
- 3- Directive 92/13 CEE du conseil du 25/02/1992, portant coordination des dispositions législative, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunication, JOUE L76, du 23 mars1992.
- 4- Directive 2014/23/UE du parlement européen et du conseil du 26 févrie2014, sur l'attribution de contrats de concession. JOUE du28 mars2014..

2-Textes juridiques Françaises.

- 1- Constitution du 3juin 1958 , JORF ,n 9151, du 5 octobre 1958.
- 2- Loi n° 92-10 du 04 Janvier 1992 relative aux recours est matière de passation de certains contras et marchés de fournitures et de travaux, JORF du 7 janvier 1992.
- 3- Loi n° 92-125 du 6 Février 1992 relative à l'administration territorial de la république JORF du 12 mai 1992 : www.legifrance.fr.
- 4- Loi n° 93-122 du 29 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption de la vie économique et des procédures publiques, JORF,N° 25 du 25 Janvier 1993.

- 5- Loi n° 95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF du 4 Février 1995. www.legifrance.fr
 - 6- Loi n°95-125 du 8 février1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF34, du 9 février1995.
 - 7- Loi n° 2000-597 du 30 Juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF, N° 151 du Juillet 2000.
 - 8- Loin° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (murcef), JORF du12 décembre2001.
 - 9- Loi n° 2006-1712 du 30 Décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, J.O N° 0303 du 31 Décembre 2006 : www.legifrance.fr.
 - 10- L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier2016, relative aux contrats de concession, JORF du 30 janvier 2016.www.legifrance.gouv.fr.
 - 11- Code général des collectivités territoriales, dernière modification le 29 janvier 2017.www.legifrance.gouv.fr.
 - 12- Code de justice administrative, version consolidée au 3 Juin 2018.
 - 13- Code' de justice administrative.
 - 14- Décret n°2016-86 du 1 février2016, relatif aux contrats de concession, JORF, n°20-76 du2février2016. www.legifrance.fr.
- F-Jurisprudences :**
- 1- CE du 11 mars 1910, compagnie générale française des tramways, n°16178, Publié au recueil Lebon.
 - 2- CE 30 mars1916,n : 59928,compagnie générale d'éclairage de bordeaux.www.legifrance.gouv.fr
 - 3- CE du 20 avril 1956, n°98637, Epoux Bertin, publie au recueil Lebon. www.legifrance.gouv.fr.
 - 4- CE du 26 juillet 1985, société lyonnaise des eaux, n° 45044, publié au recueil Lebon. www.legifrance.gouv.fr.
 - 5- CE,15 juin 1994, syndical intercommunal des transportes publics de la région de Douai, N° 136734, publie au recueil Lebon, www.legifrance.fr.
 - 6- TA du 16 mars 1995, ville de Nanterre, n°9502691, publie au recueil Lebon.www.legifrance.gouv.fr
 - 7- CE du 15 avril 1996, préfet des bouches de Rhône, commune de Lambesc, n°168325, Publie au recueil Lebon.
 - 8- CE du 26 juillet1996, l'association Narbonne liberté 89,N°130363130450, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr.
 - 9- CE du 30 juin 1999, syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine- et marnais(SMITOM), n°198147,publie au recueil lebon.www.legifrance.gouv.fr

- 10- CE du 21 juin 2000, SARL PLAGE , n°212100212101, publie au recueil Lebon.www.conseiletat.fr.
- 11- CE, du 8 avrli 2009, commune d'olivert, N°271737, publié au Recueil Lebon.www.ligifrance.gouve.fr.
- 12- C.E du 26 septembre2012, la communauté d'agglomération seine- Eure, n°359706.www.conseiletat.fr.

قائمة المحتويات.

إهداء

كلمة شكر

قائمة أهم المختصرات

1..... مقدمة:

الباب الأول

خصوصية التفويض كأسلوبا جديدا لتسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري

الفصل الأول: من حيث الطابع المميز لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي

10..... والتجاري.

10..... المبحث الأول: التأطير القانوني لتفويض المرفق العام: تأطير بأسلوب مميز

11..... المطلب الأول: تنظيم تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري

الفرع الأول: تنظيم تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون

12..... المقارن.

12..... أولا: تنظيم القانون الفرنسي لتفويض المرفق العام

17..... ثانيا: تنظيم المشرع المغربي لتفويض المرفق العام

الفرع الثاني: تنظيم القانون الجزائري لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي

22..... والتجاري.

أولا : مرحلة التردد في النص في استخدام تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي

22..... والتجاري.

28..... ثانيا : مرحلة التكريس الصريح لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.

المطلب الثاني: توحيد الضوابط القانونية المنظمة لتفويض المرفق العام ذو الطابع

33..... الصناعي والتجاري.

33..... الفرع الأول: الضوابط الموضوعية المنظمة لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.

34..... أولا: ضرورة وجود مرفق عام كمحل لتفويض المرفق العام:

ثانيا: ضرورة ارتباط المقابل المالي بنتائج جوهرية استغلال المرفق العام الصناعي والتجاري.....	39
ثالثا: ضرورة أن يتعلق موضوع تفويض بتسيير واستغلال المرفق العام الصناعي والتجاري.	42
الفرع الثاني: الضوابط الشكلية لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.....	44
أولا: ضرورة وجود عقد.	44
ثانيا: تحديد أطراف عقد التفويض.....	46
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام.....	60
المطلب الأول: التكيف القانوني لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.	60
الفرع الأول: الطابع الانفرادي لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.	61
أولا: التعريف بالتفويض الانفرادي.	61
ثانيا: صور التفويض الانفرادي.	63
الفرع الثاني: الطابع المركب لتفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.....	70
أولا: نظرية الطبيعة التنظيمية لتفويض	71
ثانيا: نظرية الطبيعة التعاقدية للتفويض.....	71
ثالثا: نظرية الطبيعة المختلطة لتفويض	72
المطلب الثاني: تميز تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عن بعض المفاهيم.	73
الفرع الأول: تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري والخصوصة.....	74
أولا: تعريف الخصوصية.	74
ثانيا: أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والخصوصة.....	76
ثالثا: عن اعتبار تفويض المرفق صيغة من الصيغ التعاقدية لخصوصة التسيير.	78
الفرع الثاني: تميز تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عن عقد البوت.	79
أولا : مفهوم عقد البوت.....	79
ثانيا: الفرق القائم بين تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري وعقد البوت. ..	82

الفرع الثالث: تمييز عقد تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري عن	
الصفقة العمومية.....	87
أولاً: تعريف الصفقة العمومية.....	87
ثانياً: الفرق القائم بين عقد تفويض المرفق العام والصفقة العمومية.....	88
الفصل الثاني: من حيث شفافية إجراءات إبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري....	93
المبحث الأول: الطابع المميز لإبرام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.....	94
المطلب الأول: إحاطة الإجراءات السابقة للإبرام بتنظيم صارم.....	94
الفرع الأول: اختيار السلطة المفوضة لتفويض كأسلوب لتسيير المرفق العام ذو الطابع	
الصناعي والتجاري.....	95
أولاً: المقصود بخيار التعاقد بآلية التفويض في المرفق العام الصناعي والتجاري.....	95
ثانياً: السلطة المختصة للتفويض.....	100
ثالثاً: اختيار أحد أشكال تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.....	102
الفرع الثاني: اختيار المفوض له.....	108
أولاً: اعتماد الدعوة للمنافسة كأساس لاختيار المفوض له.....	108
ثانياً: استخدام أسلوب التراضي كاستثناء.....	113
المطلب الثاني: الإجراءات التكميلية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي	
والتجاري.....	120
الفرع الأول: تقيد السلطة المفوضة بقواعد إجرائية خاصة.....	120
أولاً: المرحلة التمهيدية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.....	120
ثانياً: مباشرة المراحل التنفيذية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري	121
الفرع الثاني: فرض إجراءات نهائية لدخول اتفاقية تفويض المرفق العام ذات الطابع	
الصناعي والتجاري حيز التنفيذ.....	131
أولاً: استخدام الاعتبار الشخصي في اختيار أحسن المتعاقدين.....	131
ثانياً: اتخاذ السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض.....	132
ثالثاً: التوقيع على إتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.....	135

المبحث الثاني: إحاطة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بضمانات قانونية.	138
المطلب الأول: رهن إجراءات الإبرام باحترام مبادئ تسيير المرفق العام.	138
الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.	139
أولاً: تجسيد مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.	139
ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.	141
الفرع الثاني: المساواة في معاملة المرشحين.	143
أولاً: مفهوم المساواة في معاملة المترشحين.	143
ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة.	146
الفرع الثالث: احترام الشفافية.	147
المطلب الثاني: فرض رقابة صارمة على إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.	149
الفرع الأول: إخضاع إبرام اتفاقية تفويض المرفق للرقابة السابقة.	150
أولاً: ممارسة الرقابة السابقة الداخلية من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض.	150
ثانياً: ممارسة الرقابة السابقة الخارجية من طرف لجنة تفويضات المرفق العام.	153
الفرع الثاني: رقابة القاضي الإداري على المرحلة ما قبل التعاقد لاتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.	156
أولاً: إدراج اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري ضمن نطاق إختصاص القضاء الاستعجالي.	156
ثانياً : تكريس القواعد الخاصة لدعوى الاستعجالية قبل التعاقد.	161
ثالثاً: النتائج المترتبة من رقابة القاضي الإداري للمرحلة ما قبل التعاقد لاتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.	166

الباب الثاني

مدى فعالية استخدام تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري

الفصل الأول: النتائج المترتبة عن تفويض تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري. ..	172
--	-----

المبحث الأول: التوفيق بين مصلحتين متناقضتين: تمويل المرفق العام ومراعاة مصلحة المفوض له.....	173
المطلب الأول: توفير بدائل للتمويل خارج الخزينة العمومية.....	173
الفرع الأول: مساهمة القطاع الخاص في تمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.....	174
أولاً: نقل المسؤولية المالية من الدولة إلى الخواص.....	174
ثانياً: ضرورة تسيير واستغلال المرفق من قبل المفوض له بصورة شخصية كأصل.....	177
ثالثاً: إمكانية اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع الغير استثناءً.....	178
الفرع الثاني: إشراك المنتفعين في تمويل المرفق العام الصناعي والتجاري بواسطة الأتاوى.....	186
أولاً: تعريف الأتاوى.....	187
ثانياً: الطبيعة القانونية لشروط الأتاوى.....	189
ثالثاً: عن اعتبار الأتاوى وسيلة لتمويل المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.....	192
المطلب الثاني: تحقيق المصلحة الخاصة للمفوض له باعتباره مستثمراً.....	193
الفرع الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي باعتباره الهدف الأساسي للمفوض له.....	194
الفرع الثاني: ضمان التوازن المالي لاتفاقية تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.....	196
أولاً: مضمون فكرة التوازن المالي.....	196
ثانياً: التعويض كضمانة لحفظ التوازن المالي لعقد التفويض.....	199
المبحث الثاني: تحقيق أهداف تسيير المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري... ..	205
المطلب الأول: تحقيق مقتضيات المصلحة العامة.....	205
الفرع الأول: إقران تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري بمدة زمنية محددة.....	206
أولاً: تحديد المدة القانونية لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري كأصل.....	206

ثانيا: إمكانية اللجوء إلى تمديد تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بصفة استثنائية.	213
الفرع الثاني: ضرورة احترام المبادئ التقليدية لحسن سير المرفق العام الصناعي والتجاري.	216
أولا: احترام مبدأ الاستمرارية.	217
ثانيا: احترام مبدأ المساواة.	218
ثالثا: احترام مبدأ قابلية المرفق للتغير والتكيف.	219
المطلب الثاني: تحسين أداء المرفق العام الصناعي والتجاري.	220
الفرع الأول: تحقيق جودة الخدمات للمنتفعين.	220
أولا: استخدام آليات عالية الجودة لهدف تحقيق جودة الخدمات.	221
ثانيا: توطيد علاقة المنتفعين بالمرفق العام الصناعي والتجاري.	224
الفرع الثاني: نماذج عملية لدور تفويض المرفق العام في تحسين أداء الخدمات للمنتفعين.	228
أولا: تفويض خدمات تسيير المياه والتطهير.	228
ثانيا: تفويض خدمات النقل الجوي.	233
الفصل الثاني: تعزيز تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بضمانات قانونية.	235
المبحث الأول: تكليف السلطة المفوضة بممارسة سلطاتها غير المألوفة .	236
المطلب الأول: تشديد الرقابة على تنفيذ تفويضات المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري.	236
الفرع الأول: رقابة المفوض له من قبل السلطة المفوضة.	236
أولا: مفهوم رقابة السلطة المفوضة على المفوض له.	237
ثانيا: التنظيم القانوني لرقابة السلطة المفوضة على المفوض له.	239
الفرع الثاني: تعزيز رقابة السلطة المفوضة على المفوض له برقابة خارجية.	246
أولا: الرقابة الخارجية على تفويضات المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري.	246
ثانيا: الرقابة الخارجية في القانون الفرنسي.	248

- 249 ثالثا: الرقابة الخارجية في القانون المغربي.
- 250 الفرع الثالث: رقابة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 250 أولا: الطابع المميز لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 252 ثانيا: الطابع الاستشاري لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- الفرع الرابع: الرقابة على تفويضات المرفق العام بواسطة سلطات الضبط القطاعية في
الجزائر 253
- 254 أولا: ضبط تفويضات مرفق المياه: بين التكريس والإلغاء.
- 255 ثانيا: ضبط لجنة ضبط الغاز والكهرباء على تفويضات المرفق العام.
- 256 ثالثا: ضرورة تنصيب سلطة ضبط النقل لإخضاع تفويضات المرفق لرقابتها.
- رابعا: الدور المميز لسلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية في رقابة تفويضات
المرفق 256
- 258 المطالب الثاني: تحويل السلطة المفوضة سلطة التعديل وتوقيع الجزاءات.
- الفرع الأول: سلطة التعديل لاتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري بالإرادة
المنفردة. 259
- 259 أولا: تعديل اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري لنوعي المصلحة العامة.
- ثانيا: حصر صلاحية السلطة المفوضة في تعديل عقد تفويض المرفق العام بالإرادة
المنفردة في الشروط التنظيمية. 260
- 261 ثالثا: فرض قيود على ممارسة حق التعديل لحد من تعسف السلطة المفوضة.
- الفرع الثاني: سلطة توقيع الجزاءات 263
- 263 أولا: إخلال المفوض له بالتزاماته التعاقدية.
- 264 ثانيا: توجيه إعدار للمفوض له كإجراء شكلي مسبق لتوقيع الجزاءات.
- 265 ثالثا: طبيعة العقوبات المفروضة على المفوض له وصرامتها.
- المبحث الثاني: تسوية منازعات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري. 268
- المطلب الأول: إقرار التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن اتفاقية تفويض المرفق العام
الصناعي والتجاري. 268
- الفرع الأول: ضرورة التسوية الودية عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاع. 269

- أولاً: استحداث لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزعات..... 269
- ثانياً: التشكيلة المختلطة للجنة التسوية الودية للنزعات. 270
- ثالثاً: محدودية صلاحيات لجنة التسوية الودية للنزعات تفويض المرفق العام..... 271
- الفرع الثاني: إمكانية التسوية الودية لنزاعات اتفاقية تفويض المرفق العام عن طريق الوسائل البديلة..... 272
- أولاً: اللجوء إلى الصلح في دعاوى التعويض الناشئة عن اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري. 272
- ثانياً: عدم جواز اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري إلا إذا كان المفوض له شخص أجنبي..... 274
- المطلب الثاني: اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعات تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري. 276
- الفرع الأول: الاختصاص الأصيل لقاضي الإداري في تسوية منازعات اتفاقية تفويض المرفق العام..... 277
- أولاً: توسيع من اختصاص القضاء الكامل في منازعات اتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري. 277
- ثانياً: اختصاص قضاء الإلغاء بدعاوى تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري استثناء..... 283
- الفرع الثاني: محدودية اختصاص القاضي العادي في منازعات تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري. 287
- أولاً: المنازعات الناشئة بين المفوض له والمنتفعين..... 288
- ثانياً- المنازعات الناشئة بين المفوض له والعاملين. 289
- ثالثاً- المنازعات الناشئة بين المفوض له والغير. 290
- المبحث الثالث: انقضاء تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري..... 290
- المطلب الأول: الانقضاء غير العادي لتفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري. 290
- الفرع الأول: لجوء السلطة المفوضة إلى أسلوب الفسخ. 291

أولاً: الفسخ بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة لعدم تنفيذ الالتزامات من قبل المفوض له .	291
ثانياً: إنهاء عقد التفويض بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة لدافع المصلحة العامة.	293
ثالثاً: إنهاء عقد التفويض بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة بسبب القوة القاهرة.	294
الفرع الثاني: انتهاء عقد التفويض وديا باتفاق الطرفين.	295
الفرع الثالث: إنهاء عقد التفويض لخطأ السلطة المفوضة.	297
المطلب الثاني: توسيع من النتائج المترتبة على نهاية تفويضات المرفق العام الصناعي والتجاري.	298
الفرع الأول: ضمان مبدأ استمرارية عقود العمل رغم تغير المفوض له.	298
أولاً: المركز القانوني للعمال الذين يستعين بهم المفوض له في تسيير المرفق محل التفويض.	298
ثانياً: إقرار مبدأ استمرارية عقد العمل رغم تغيير المفوض له عند النهاية الطبيعية للتفويض.	299
ثالثاً: بين الاستمرارية وعدم استمرارية عقود العمل في حالة إنهاء التفويض قبل أوانه.	303
الفرع الثاني: ضمان تصفية عقد تفويض المرفق العام نو الطابع الصناعي والتجاري. ..	306
أولاً: تصفية الأموال المادية المستعملة في تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري. ..	306
ثانياً: تصفية الحسابات بين الطرفين المباشرين لإتفاقية تفويض المرفق العام الصناعي والتجاري.	313
خاتمة:	315
قائمة المراجع	320
قائمة المحتويات	353

المخلص أطروحة الدكتوراه:

أثبت التطور الاقتصادي الكبير عجز الدولة عن التسيير المباشر للمرفق العام خاصة المرفق العامذات الطابع الصناعي والتجاري مما استدعي البحث عن طرق جديدة لتسييرها لغرض ضمان الفعالية أكثر لمرفق العام وتحسين نوعية الخدمة العمومية التي تقدم للمستفيدين من أداءه. وقد تجلى ذلكبوضع الدولة أمام خيار تحرير النشاطات العمومية بإشراك القطاع الخاص في تسيير المرفق العام وفق آلية جديدة هيآلية تفويض المرفق العام.

تعتبر آلية تفويض المرفق العام في الجزائر من أهم أساليب التسيير للمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاريكونها تلعب دورا فعلا ومزدوجا في تخفيف عبء التسيير على الدولة من خلال خلق موارد مالية جديدة بعيدة عن الخزينة العمومية التي أصبحت تثن تحت وطأة التراجع المستمر للعائدات المتأتية من الجباية البترولية من جهة. كما تعتب الوسيلة المثلى لتحقيق الحاجات العامة للجمهور بالجودة والفعالية والسرعة المطلوبة من جهة أخرى.

تعمل آلية تفويض تسيير المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على التوفيق بين المصالح المتناقضة لذا تعد في الوقت الراهن من أهم وأنجع أساليب التسيير التي تستعين بها الدولة لتسيير واستغلال وتمويل المرافق العمومية الصناعية والتجارية.

نظرا لأهمية هذه الآلية في تسيير المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تدخلت بشأنه مختلف التشريعات لمحاولة تنظيمه ومن بينها المشرع الجزائري وهذا من خلال مختلف القوانين المنظمة للمرافق العمومية.

Résumé en langue française

Le développement économique a prouvé l'incapacité de l'État à gérer le service public, en particulier le service public à caractère industriel et commercial, ce qui a nécessité la recherche de nouveaux mécanismes d'offrir une garantie plus efficace au service public, et d'améliorer la qualité du service public fourni aux bénéficiaires. Cela a été démontré par la position de l'État sur la possibilité de libéraliser les activités publiques en associant le secteur privé à la gestion des services publics, conformément à un nouveau mécanisme de délégation de service public.

Le mécanisme de délégation de service public en Algérie est l'un des plus importants modes de gestion de service public a caractère industriel et commercial, et joue un double rôle dans l'allégement de la charge de la gestion de l'État en créant de nouvelles ressources financières à partir du trésor public. D'un côté. C'est également le meilleur moyen de répondre aux besoins publics avec la qualité, l'efficacité et la rapidité requises.

Le mécanisme de délégation de la gestion des services publics à caractère industriel et commercial vise à réconcilier les intérêts en conflit et est actuellement considéré comme l'un des moyens de gestion les plus importants et les plus efficaces utilisé par l'État pour la gestion, l'exploitation et le financement des services publics à caractère industriel et commercial.

En raison de l'importance de ce mécanisme dans la gestion des équipements publics à caractère industriel et commercial, les différentes législations sont intervenues pour tenter de l'organiser, y compris le législateur algérien, par le biais de diverses lois régissant les services publics