

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de L'enseignement Supérieur et de La Recherche Scientifique

جامعة عين تموشنت بلحاج بوشعيب

UniversiteAin Témouchent–Belhadj Bouchaib



كلية: الحقوق والعلوم السياسية.

قسم: الحقوق.

مخبر: الأسواق، التشغيل، التشريع المحاكاة في الدول العربية



أطروحة

مقدمة من اجل نيل شهادة الدكتوراه

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية.

شعبة: الحقوق

تخصص: قانون عام

من اعداد : وافي محمد

العنوان

النظام القانوني لتفويضات المرفق العام

ناقش علنا، بتاريخ / / ، أمام أعضاء لجنة المناقشة المكون من :

مؤسسة الانتماء	الصفة	الرتبة	الاسم واللقب
جامعة عين تموشنت	رئيسا	أستاذة	أ. زعزوعة فاطمة
جامعة عين تموشنت	مقررا	أستاذة	أ. قدودو جميلة
جامعة عين تموشنت	مقررا ثانيا	أستاذ محاضر (أ)	د. أسود ياسين
جامعة عين تموشنت	ممتحنا	أستاذ محاضر (أ)	د. صانف عبدالاله شكري
جامعة تلمسان	ممتحنا	أستاذ	أ. تروزين بلقاسم
جامعة تلمسان	ممتحنا	أستاذ	أ. عبداللاوي جواد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال جلّ وعلا: (شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَانِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ

الْحَكِيمُ [آل عمران:18])

وقال جلّ وعلا (إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ) [الفاتحة:05]

إهداء هذا العمل إلى:

إلى من إفتقدته أبي رحمه الله رحمة واسعة، الشجرة التي كنت أستظل تحتها، أهدي هذا البحث، وإلى الوالدة وإن طال الحديث بها فلا شعر يوقئها ولا الأقلام، أسأل الله أن يمتّعها بالصحة والعافية، راجياً من هذا البحث أن أكون مصدر فخر لكما، وأن يكون صدقة جارية عنكما وعني. فجزاكما الله خيراً.

وإلى زوجتي الكريمة وإبني قرّة عيني عبد العليم

إلى كل أفراد عائلتي الذين يفرحهم نجاحي، ويحزنهم فشلي

إلى أقاربي من رحمي

إلى من مدّت أيديهم في أوقات الصّعبة، غير راضين بإستكانتي أهدي هذا البحث، إليكم يا أصدقائي الدّاعمين في أحلك الظروف أهدي لحظة سروري.

شكر ونفك

قال تعالى: "...قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ" سورة النمل الآية (19).

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، الحمد لله الذي ما تم جهد ولا ختم سعي الا بفضل، بفضل من الله وتوفيقه على إنجاز هذا العمل المتواضع، فلولاه سبحانه وتعالى المنعم المتفضل وحده لما كتبت سطرًا من هذه الأطروحة. راجيا منه سبحانه وتعالى المزيد من التوفيق والسداد أقدم أسمى عبارات الشكر والعرفان بالجميل للأستاذة الدكتورة **قدودو. جميلة** التي تفضلت بقبول الإشراف على رسالة الدكتوراه، والتي منحتني من وقتها الثمين ومن بحر معلوماتها وخبرتها الواسعة ما شكّل إضافة كبيرة في عملي البحثي، حيث كانت توجيهاتها ونصائحها المنارة التي استعنت بها في كامل بحثي، فأسأل الله العظيم أن يجازيها خير الجزاء، ويبارك فيها ويمتّعها بالصحة والعافية إنّه ولي ذلك والقادر عليه

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من ساهم في مد يد المساعدة لإنجاز هذا البحث العلمي أقول له شكرًا جزاك الله خيرًا

وافي محمد

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية:

ص: الصفحة

ج ر: الجريدة الرسمية

د س ن: دون سنة النشر

ع: عدد

ط: طبعة

ق.إ.م.إ: قانون الاجراءات المدنية والإدارية

ف: فقرة

ر ر: الرائد الرسمي للجمهورية التونسية

باللغة الفرنسية

Art : article

ED : édition

AJDA: Actualité juridique du droit administratif

BOAMP: le Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics

CE: Conseil d'Etat.

CAA: Cour administrative d'appel.

CC : Conseil Constitutionnel.

JORF: Journal Officiel de la République Française

LG.D.J: Librairie Générale de droit de la Jurisprudence.

Op. Cit : Référence précédemment

PUF: Presses universitaire de France

Rec.Leb: Recueil Lebon

مقدمة

المقدمة:

إنّ إنشاء وإستغلال وتسيير المرافق العمومية لتقديم الخدمة للجمهور، كان ولازال من إهتمامات الدّولة القديمة والحديثة على حد السّواء، وإستمرارية هذه الخدمات هو إستمرارية للدّولة، ومدار هذا كلّه على المرفق العام، وهذا الأخير يحتلّ مكانة خاصّة في كل دولة، لأنّه الأساس الذي يمكن من خلاله تلبية الدّولة لإحتياجات الأفراد في جميع جوانب الحياة.

والمُتَّبِع للتطوّر التّاريخي للمرفق العام في الجزائر، يجد أنّه مرّ بتحوّلات وإختيارات أيديولوجية تبنّتها الدّولة آنذاك أثّرت في الوسائل التي يدار بها، وكذا تعدّد طبيعة المرافق العمومية، ولم يكن المرفق العام الجزائري بمنأى عن التحوّلات السياسية والإقتصادية الدّولية، التي تأثّرت بها الظروف الداخلية، فكل تلك التحوّلات إرتبطت بها طرق تسيير وإدارة المرافق العمومية، فتأثّر النظام القانوني للمرفق العمومي من حيث الإنشاء والإدارة.

إنّ الأنظمة السّياسية والإقتصادية التي عرفتها الدّولة من خلال قراءتنا للدساتير الجزائرية المتعاقبة إبتداءً من الحقبة الإشتراكية التي إحتكرت فيها الدّولة وسيلة تسيير وإدارة المرفق العام، فكان الأسلوب المباشر، وأسلوب المؤسّسة العمومية هو الأسلوب السائد، وإن إستعمل أسلوب الإمتياز لكنه بمنطق قطاع العام.

ثمّ بدأت بوادر التطوّر للمرفق العام من حيث تعدّد وسائل إدارته، وتعدّد طبيعته من خلال صدور القانون التوجيهي للمؤسّسات العمومية الإقتصادية سنة 1988¹ الذي إصطّح عليه بقانون إستقلالية المؤسّسات في ظل النّظام الإشتراكي الذي يتميّز بالتسيير الدّولاتي للمرفق العام، كانت بادرة إستباقية لبروز تحوّل إيديولوجي لنظام سياسي إقتصادي فرضته حتمية الظروف الدولية والأزمات المتعدّدة بين السّياسية والإقتصادية والإجتماعية في الجزائر تبنّت خلالها نظام سياسي وإقتصادي ليبرالي، من الإقتصاد المخطّط إلى الإقتصاد الليبرالي لكن بحذر، مُعلنة ذلك في

1 - القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسّسات الإقتصادية العمومية، ج ر، العدد 02، الصادر في 13 جانفي 1988.

دستور 1989¹، إلا أنه ظلت أساليب التسيير على حالها، بمواصلة غير المعلنة في إتباع الاقتصاد الموجّه والظهور بمظهر الدولة الليبرالية، بدليل إستعمال أسلوب الإمتياز كاحتياط يلجأ إليه، وبقيت الدولة بالمفاهيم التقليدية للمرفق العام، وإن كانت المعالم التي حدّدت الوجه الليبرالي الجديد للدولة في دستور 1989 وقبلها قانون التوجيهي لسنة 1988، لا تمتلك سوى طابع شكلي، غاب المضمون الليبرالي عن المجال الاقتصادي والذي يتحكّم فيه قواعد اقتصاد السوق.

ما فتئ الوضع على حاله، إلا أنّ الدولة أدركت أنّ التوجّه نحو القطاع الخاص من خلال تبني النظام الليبرالي حتمية لا بدّ منها، خاصّة توجّه الجزائر نحو الإقتراض من المؤسسات المالية الدولية، والتوقيع على الاتفاقيات مع البنك الدولي، ألزمت الحكومة خلالها بتنفيذ الإصلاحات اللازمة لتحقيق التوجه نحو اقتصاد السوق، وبروز أزمة التسيير العمومي بسبب فشل طرق التسيير التقليدية؛ ظهر التطبيق العملي لنظام تعاقدني جديد بالمفهوم الليبرالي وبمنطق مشاركة القطاع الخاص في إدارة مرافق العمومية التي لطالما كانت حكراً على الدولة، تمثلت في عقود الإمتياز أخذت منحى جديد تميّز بإهتمام بهذا الأسلوب نسشتقه من خلال صدور تعليمة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري تحت رقم 842/3.94 بتاريخ 7 ديسمبر 1994² والمتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

ونحو تغيّر في الخطابات السياسية واللغة القانونية أصبح تنوع وتشجيع على طرق تسيير جديدة بارزاً لاسيما بعد تبني الجزائر نظام خوصصة التسيير، والإهتمام بتسيير المرفق العام بما يتماشى والتكيف الجديد، فتبنّت خلالها الجزائر ميلاد جديد في حقل العقود الإدارية ضمن أنماط تسيير المرافق العمومية وهو تفويض المرفق العام.

1 - المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور، ج ر، 09، الصادرة بتاريخ اول مارس 1989.

2 - التعليمة الوزارية رقم 842/94.3 الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة، تتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها. تم إصدارها بتاريخ 7 ديسمبر 1994، والموجهة إلى الولاة بالاتصال مع ورؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية، رؤساء المنذوبيات التنفيذية.

إنَّ الحَدَثَ الهَامَ هو بروز نِظامِ قَانُونِي مُسْتَقِل وَجَدِيدِ ضِمْنِ أُسَالِيبِ التَّسْيِيرِ الحَدِيثَةِ، وَضِمْنِ العُقُودِ الإِدَارِيَّةِ، مُحْتَجِزًا مَكَانَةً مُمَيَّزَةً فِي القَانُونِ الإِدَارِي، وَهُوَ أُسْلُوبُ تَقْوِيضِ المَرْفِقِ العَامِ، الَّذِي يَعُودُ إِنْشَاءً وَتَطَوُّرًا إِلَى المُنْظُومَةِ القَانُونِيَّةِ الفَرَنْسِيَّةِ بِإِسْهَامَاتِ فِقْهِيَّةِ وَقَضَائِيَّةِ أُخْرِجَهَا المُشْرَعُ الفَرَنْسِي فِي ثَوْبِهَا القَانُونِي عَن طَرِيقِ قَانُونِ سَابَانَ 93-122¹، بَعْدَمَا أَخَذَ مَحَطَّاتٍ تَارِيخِيَّةٍ، حَتَّى أَصْبَحَ مِنَ العُقُودِ الإِدَارِيَّةِ يَحْتَلُّ مَكَانَةً هَامَّةً فِي النَّاتِجِ المَحَلِّي الإِجْمَالِي لِفَرَنْسَا. إِلاَّ أَنَّ صُدُورَ التَّوْجِيهَاتِ الأُورِيبِيَّةِ سَنَةَ 2014 الَّتِي شَكَّلَتْ إلتِزَامًا عَلَى المُشْرَعِ الفَرَنْسِي بِتَحْدِيثِ نِظَامِهِ القَانُونِي بِمَا يَتِمَّاشَى وَمفْهُومِ الأُورِيبِي لِعُقُودِ الإِمْتِيَاذِ، غَيَّرَ مِنَ المَفْهُومِ الفَرَنْسِي لِهَذَا العَقْدِ بَعْدَ تَطْبِيقِ عَمَلِي لِأَكْثَرِ مِنْ 20 سَنَةً، جَاءَ التَّوْجِيهِ الأُورِيبِي UE/23/2014² لِتَوْحِيدِ الأَطْرَاقِ القَانُونِيَّةِ لِدُولِ الأَعْضَاءِ، وَالَّذِي يُعَدُّ آخِرَ تَحْدِيثٍ وَمُرَاجَعَةٍ لِإِجْرَاءَاتِ مَنَحِ عُقُودِ الإِمْتِيَاذِ، دَفَعَ بِالمُشْرَعِ الفَرَنْسِي إِلَى تَبَنِّي الإِلْتِزَامِ الأُورِيبِي، بِإِقْرَارِ سَلْسَلَةٍ مِنَ القَوَانِينِ، فَأُصْدِرَ الأَمْرُ 65-2016 المَوْزَّخُ فِي 29 جَانْفِي 2016 المَتَعَلِّقُ بِعُقُودِ الإِمْتِيَاذِ³، تَغْيِيرَ المَفْهُومِ الفَرَنْسِي لِعَقْدِ تَقْوِيضَاتِ المَرْفِقِ العَامِ، وَإِنْ كَانَ إِحْتِفَظَ بِمُصْطَلَحِ تَقْوِيضِ المَرْفِقِ العَامِ، حَتَّى أَصْبَحَ مَجْلِسُ الدَّوْلَةِ الفَرَنْسِي يُؤَسِّسُ لِإِجْتِهَادَاتٍ وَتَوْجِيهَاتِ الإِتْحَادِ الأُورِيبِي فِي كَثِيرٍ مِنَ أَحْكَامِهِ، ثُمَّ أُلْغِيَ الأَمْرُ آعْلَاهُ بِقَانُونِ الطَّلَبَاتِ العَمُومِيَّةِ لِسَنَةِ 2018، مُتَّبِعًا لِمَفْهُومِ قَانُونِ الجَمَاعَةِ الأُورِيبِيَّةِ مَرَّةً أُخْرَى. وَلَمْ يَقْتَصِرْ أُسْلُوبُ تَقْوِيضِ المَرْفِقِ العَامِ عَلَى فَرَنْسَا، بَلْ تَبَنَّتَهُ دُولٌ أُخْرَى، فَفِي المَغْرِبِ ظَهَرَ هَذَا الأُسْلُوبُ تَحْتَ إِسْمِ التَّدْبِيرِ المُفَوَّضِ مِنْ خِلَالِ قَانُونِ رَقْمِ 05-54 بِتَارِيخِ

1 -Loi no 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF no 25 du 30 janvier 1993, p.

2- Directive 2014/23/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94/1 le 28.3.2014.

3 - Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016 (abrogé)

14/02/2006¹ يُوطّر عقود تفويضات المرفق العام تحت المُسمّى قانون التدبير المفوض للمرافق العامة، وفي تونس ظهر تحت إسم عقود اللّزمات قانون عدد 23 لسنة 2008² وبالعودة إلى الجزائر، وقبل التأسيس لنظام قانوني، ظهر في المنظومة القانونية مُصطلح تفويض المرفق في قانون المياه 12-05³، إلاّ أنّه كان تنظيمًا قطاعيًا يخصّ المرافق العمومية الإقتصادية فقط، وفي قانون البلدية 11-10⁴ لم يكن مُفصلاً، غير أنّها كانت محاولة فتحت الطريق نحو التأسيس للشراكة بين القطاع العام والخاص.

إنّ الحدث الهام والبارز في تاريخ المنظومة القانونيّة الجزائريّة هو تبنيّ المشرّع الجزائري لنظام قانوني مُستقل مُوحّد لعقود تفويضات المرفق العام، وتكريسه لعقد جديد بجانب عقد الصفقات العمومية على غرار ما تبناه المشرّع الفرنسي، مُختلفاً عنه في البعض، تبعاً لخصوصية المرفق العام الجزائري، وذلك من خلال المرسوم الرئاسي 15-247⁵ على أن يحيل تنظيمه عن طريق مرسوم لاحقاً، تبنيّ المشرّع الجزائري تقنية تفويض المرفق العام في ظل تحولات جديدة عرفتها الجزائر تميّزت بظهور أزمة إقتصادية تمثلت بتراجع إيرادات النفط، ممّا سبّب أنحسار الموارد المالية للخزينة العمومية، وهذا ما نصّت عليه تعليمة الوزير الاوّل رقم 348 المؤرخة في 25 ديسمبر 2014 الرّامية إلى تعزيز التوازنات الداخلية والخارجية للبلاد بسبب الازمة المالية 2014 ومن خلال هذا الوضع دفع بالمشرّع الجزائري إلى إرساء نظام قانوني مُتكامل لتحقيق ونقل مهمّة تسيير المرفق العام إلى القطاع الخاص، يهدف إلى تحمّل مخاطر وأعباء وجلب الإستثمار

1 - القانون رقم 05-04 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، الجريدة الرسمية عدد 4505 الصادرة بتاريخ 16 مارس 2006.

2 - قانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في أوّل افريل 2008 المتعلّق بنظام اللّزمات، رر عدد 028 الصادر بتاريخ 2008/04/04.

3 - القانون رقم 12-05 المؤرخ في 04 غشت 2005 ، يتعلّق بالمياه، ج ر عدد 60 صادر في 04 سبتمبر 2005. معدل ومتمم.

4 - القانون 11-10 المؤرخ في 22 جويلية 2011 ، يتعلّق بالبلدية، ج ر عدد 37 صادر في 3 يوليو سنة 2011 المعدل والمتمم.

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

لتلبية حاجات الجمهور المتنامية في ظل الأزمة التي لم تُعد الدولة قادرة على تلبيتها، فصدر المرسوم التنفيذي 18-199 مُفصلاً لآليات إبرام وتنفيذ تفويض المرفق العام.

إنّ النص الجديد والواقع العملي مُختلفين، يلاحظ بعض التردّد من طرف الإدارة في خوض غمار تجربة تفويض المرفق العام، خصوصاً أنّها تجربة جديدة، فهذا التنظيم الجديد لم يُعرف له تطبيقات عملية، رغم وضوح نية السُلطة المتمثلة في وزارة الداخلية بتوجيه من الحكومة وحرصها لتطبيق هذا العقد الجديد، ويتضح ذلك من خلال صدور تعليمات للعمل به على غرار التعليمات رقم 06، وإرسال بقرات لمصالح السُلطات المفوضة لإنشاء لجان الرقابة المتمثلة في لجان تفويضات المرفق العام، ولجان التسوية الودية للنزاعات، إلّا أنّه تمّ إرجاء العمل به إلى حين تجسيد تكوين مُسيري الجماعات المحليّة لمعرفة آليات تطبيقه عملياً، وما يؤكّد نية السُلطات على إرجاءه أيضاً هو صدور المرسوم الرئاسي 20-237 يحدّد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من وباء كورونا¹ دون ذكر تفويضات المرفق العام.

وأمام هذا الحال، وتقويم الباحثين والدارسين لهذا التنظيم، برز مُصطلح جديد لتفويضات للمرفق العام تأكيداً للإستقلالية، مُعلنًا عن ميلاد جديد تحت إسم **التسيير المفوض**، هذا المصطلح تبناه المشرّع الجزائري في المادة 11 من القانون 23-12² " لا تخضع لمجال تطبيق أحكام هذا القانون، العقود المُبرمة: - بعنوان **التسيير المفوض للمرفق العام** والشراكة بين القطاع العام والخاص..."، وبين النصّ الجديد والمُصطلح الجديد سنوات قليلة ترجمت تردّد السُلطة في التطبيق العملي لهذا العقد والتخلّي عنه، وهنا تتضح نية المشرّع عن تنظيم تشريعي آخر بعنوان **التسيير المفوض** بعد فشل تطبيق المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر.

1 - المرسوم الرئاسي 20-237 المؤرخ في 31 اوت 2020، الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج ر 51، الصادرة في 31 اوت 2020.

2 - قانون رقم 23-12 المؤرخ في 05 اوت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر عدد 51 صادر في 06 اوت سنة 2023.

وتتجلى أهمية الموضوع باعتبار عقود تفويضات المرفق من العقود الإدارية المُستحدثة في لغة التشريع الجزائري، وأنها تجربة جديدة على الإدارة الجزائرية، كما أن جُل الدراسات القانونية بخصوص التنظيم 18-199 لم توفّيها حقّها، خاصّة الدراسات والبحوث القانونية لفهم الأطر القانونية والآليات التي تُنفذ بها تلك العقود وتفعيلها، خصوصًا أن هذه التقنية مرّت بعدة محطات إلى ما وصلت إليه في المنظومة القانونية الفرنسية، وأصبحت تتوسّط عقود الطلّبات العمومية بعد الصّفات العمومية في فرنسا، وذلك أنّها تحظى بدعم إجتهدات القضاء والفقهاء، كما تشترك مع منظومة قانونية أخرى، إضافة إلى إجتهدات وتوجيهات القوانين الأوربية.

كما يُعتبر أسلوب التفويض في التشريع المقارن أسلوب ذا أهميّة من حيث مساهمته في الناتج الإجمالي المحلي، وأسلوب تحديث المرافق العمومية، وتلبية حاجات الجمهور من خدمات المرافق العمومية بما يوافق النّجاعة والجودة، إضافة إلى أنّه يُبقي الدّولة بعيدة عن الضّغوطات والتي تترجم في طلبات وإحتياجات الجمهور المتزايدة، وبعيدًا عن تحمّل مخاطر الإستثمار.

وتتجلى أهمّيته أيضًا في تطوير وإثراء القانون الإداري الجزائري، بإعتبار تقنية تفويض المرفق العام إحدى العقود الإدارية الحديثة.

وتهدف الدراسة إلى التّأصيل القانوني لعقود تفويضات المرفق العام، بإثبات إستقلاليّتها وإحتجازها مكانة ضمن العقود الإدارية، وبالتالي تحديد مَوْضعها في القانون الإداري، إضافة إلى بيان أهمّيّتها وضرورة لا بدّ منها في تبنيها، بإعتبارها نمط تسيير مُستحدث متميّز عن باقي أنماط التسيير الأخرى، ومن جهة أخرى تهدف الدراسة إلى تفعيل هذه العقود بعدما عرفت هذه التجربة فشل في تطبيقها العملي، وذلك بتحليل نظامها القانوني بالمقارنة مع التجربة الفرنسية، هذا يساعدنا على بيان النّقائص التي تعترى النظام القانوني لهذه العقود من شأنه أن يُساهم في تفعيلها وتعزيز أمنها القانوني.

كما تهدف الدراسة أيضًا معرفة مكان النظام القانوني الفرنسي، لكي نتوخى تلك النّقائص خصوصًا أن المشرّع الجزائري قد لَمَح إلى إصدار تشريع جديد، وبمصطلح جديد تحت إسم التسيير المفوّض، وذلك في القانون 23-12 الذي يحدّد القواعد العامّة المتعلقة بالصفقات العمومية لا سيما المادة 11 منه، إضافة إلى أخذ ما يتوافق مع خصوصية المرفق العام الجزائري.

كما ترمي الدراسة أيضًا إلى بيان متطلبات نجاحها من حيث توافر على آليات غير قانونية كالإعبارات السياسية، وذلك بضرورة وجود إرادة سياسية، وتشجيع القطاع الخاص، وتكريس الحرية التعاقدية للإدارة، وتكامل المنظومة القانونية التي لها علاقة بتفويضات المرفق العام بإصلاح الإطار القانوني والتشريعي الذي يحقق بيئة قانونية ملائمة.

وتتجسد إشكالية الدراسة بعد تطور أسلوب التفويض في المنظومة القانونية عبر محطات تاريخية إبتداءً من أسلوب الإمتياز إلى تبني أسلوب تفويض المرفق العام من طبيعة تعاقدية لأول مرة في تاريخ التشريع الجزائري بنظام قانوني شبيه إلى حد ما بالنظام القانوني الفرنسي مع بعض الفروقات لخصوصية التشريع الجزائري، وخصوصية المرفق العام الجزائري، إلا أن هذه التجربة نظرًا لتأخر في صدور نظامها القانوني وإرجاء تطبيقها العملي لوجود صعوبات ميدانية، ونقصها التشريعي بمقارنة مع التجربة الفرنسية نتج عنه دون تحقيقها في الواقع العملي، فإذا أردنا معرفة نجاح وتفعيل ظاهرة قانونية معينة لا بد من معرفة وتحليل نظامها القانوني الذي يترجم في آليات تحكمها.

والتجربة التي مرت بها عقود تفويضات المرفق العام في الجزائر لا شك أن عدم وجود تطابق بين النص والواقع العملي يعزو إلى نظامها القانوني المترجم في آليات إبرامها وتنفيذها مع تكاملها بقوانين أخرى تسهم في تفعيلها، وذلك بإجراء مقارنة مع الأنظمة القانونية التي عرفت فيها تلك التقنية نجاحًا ورواجًا لا سيما النظام القانوني لهذه التقنية في فرنسا.

وعليه نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى وُفق المشرع الجزائري في وضع نظام قانوني متكامل لتفعيل تقنية تفويض المرفق العام بما هو معمول به في الأنظمة القانونية المقارنة التي عرفت فيها نجاحًا لهذه التقنية؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية أسئلة فرعية الأتية:

- هل ضغط الضرورة مبرر لتبني تقنية تفويضات المرفق العام كأسلوب مُستحدث إلى

جانب عقود الصفقات العمومية في الجزائر؟

- ما هي مُتطلبات نجاح وتفعيل عقود تفويض المرفق العام؟

-هل السبب عدم تفعيل عقود تفويض المرفق العام يعزو إلى النظام القانوني أم هناك آليات غير قانونية ساهمت في ذلك؟

-هل ذكر المشرع الجزائري* المصطلح الجديد المنصوص عليه في قانون 12-23 سالف الذكر يندرج إلى عدم تكرار تجربة المرسوم 18-199؟ وهل سيأخذ بتلك النقائص التي إعترت التنظيم 18-199؟

وقد تمّ وضع حدود الدراسة، باعتبارها دراسة مقارنة بين النظام القانوني الفرنسي والجزائري مع ذكر عينة من التشريع العربي مكتفين بمصر وتونس والمغرب، دون التركيز عليه في تحليل النظام القانوني، سنتاول تحليل النظام القانوني في فرنسا والجزائر، باعتبار نجاح التقنية في فرنسا بمقارنة مع التجربة الجزائرية التي هي موطن الدراسة.

ولإجابة على هذه الإشكالية من مختلف الزوايا، سنعتمد على أسلوب المنهج التكاملي الجامع الذي يجمع بين الأسلوب الوصفي لتحديد مفهوم تفويض المرفق العام وبيان خصائصه وما يميّزه عن غيره من المفاهيم، إضافة إلى إستعمالنا للمنهج التاريخي لتتبع مسار، والتطور القانوني الذي مرّ به تفويض المرفق العام ليسهل علينا معرفة وسبر أغواره، كما إستعملنا المنهج التحليلي المقارن بين النظامين الفرنسي والجزائري وهو أساس وإستنتاج ما يمكن التوصل إليه بخصوص إشكالية تفعيل تفويض المرفق العام في الجزائر بما هو معمول به في فرنسا، مع أنّ الباحث سيقوم بعرض نقائص التي تعترى النظام المقارن لتجنّب الوقوع في تلك النقائص عند التعديل أو إلغاء النص القانوني المنظم لتفويض المرفق العام مستقبلاً.

ولقد تمّ دراسة الموضوع من قبل عدّة باحثين من مختلف الزوايا التي إنطلقت منها إشكالياتهم، ساهمت في بحثنا من خلال تنويرنا للجوانب المظلمة، وتقديم توضيحات التي أنطلقنا منها بالتفرّد في البحث، حيث تميّز الباحث بطرح جديد تزامن مع تلميح المشرع الجزائري بصدور نص جديد بعد تردّد في التطبيق العملي بالنص 18-199 سالف الذكر، وهذا الطرح تمثّل في تحليل النظام القانوني لإثبات آلية تفعيل هذا النمط الجديد في المنظومة القانونية الجزائرية مع تحليل النظام القانوني الفرنسي الذي عرف نجاحاً لهذا الأسلوب مع بيان مكانه أيضاً من أجل تفعيل تقنية تفويض المرفق العام في الجزائر وسبل تطويرها.

ومن بين الدراسات القانونية المقارنة نجد دراسة الباحث بركبية حسام الدين تحت موضوع "تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر" بإشكالية مدى تحقيق أسلوب تفويض المرفق العام المرودية والتجاعة والتّحسين مقارنة مع الأساليب التقليدية للتسيير باستعمال المنهج المقارن مع ما هو معمول به في فرنسا، توصل فيها الباحث إلى أهميّة هذا الأسلوب، وإفتقار التجربة الجزائرية إلى إرساء نظام قانوني متكامل على غرار ما تمّ دراسته في الجانب الفرنسي، خلّص الباحث بمجموعة من الإقتراحات لنجاح تقنية تفويض المرفق العام في الجزائر.

ومن بين دراسات المقارنة بخصوص النظام القانوني بين فرنسا والجزائر، نجد أطروحة الباحثة شباب حميدة بعنوان النظام القانوني لإتفاقية تفويض المرفق دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري، عالجت فيها الباحثة الإشكالية بمدى الإختلاف والتقارب بين النظامين مع إستعمالها المنهج الوصفي والتحليلي المقارن بين النظامين إستخدمت فيها النص القانوني في الجانب الفرنسي الأخير، وتوصلت إلى أهميّة تفويضات المرفق العام مع الأخذ بالتّجربة الفرنسية في هذا المجال توسعاً في التطبيق من حيث الأشكال، ومن حيث مجال التّطبيق يخص القطاعات الأخرى كالصّحة مثلاً، وخلصت بإقتراحات من شأنها النهوض بتفويض المرفق العام مع إقرارها بالتطبيق التّسبي لهذه التقنية.

أمّا الدراسات التي جاءت تعالج أحكام تفويضات المرفق العام على ضوء ما نص عليه المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر، ومدى توفيق المشرع الجزائري في تبني تقنية تفويض المرفق العام كأسلوب لإدارة المرفق العام نجد دراسة الباحث بو عنق سمير تحت عنوان تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية الذي أسس بحته بناءً على الإشكالية الرئيسيّة بمدى توفيق المُنظّم الجزائري في معالجة أحكام إتفاقيات تفويض المرفق العام كأسلوب لإدارة المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، والنّص المُفصّل في المرسوم التنفيذي 18-199، إستعمل خلالها الباحث المنهج الوصفي في التّأصيل النظري لتقنية تفويض المرفق العام وإعتبرها ضرورة مُبرّرة لإستحداثها، كما إستعمل المنهج التحليلي لمعالجة النظام القانوني الذي يحكّمها، توصل إلى افتقار التقنية من نظام قانوني متكامل مع إقتراح بضرورة تفعيل تطبيق عقود تفويض المرفق العام لا سيما على المستوى المحلي.

كما نجد أيضاً أطروحة الباحثة سمية سلامي بعنوان النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، طرحت فيها الباحثة الإشكالية الرئيسية بمدى توفيق المشرع الجزائري بضبط الأحكام المنظمة لتفويض المرفق العام، وبما تكفله من ترشيد النفاقات العمومية وضمان الجودة في الخدمة العمومية، إستعملت الباحثة منهجين رئيسيين وهما المنهج الوصفي والتحليلي، وتوصلت الباحثة، واعتبرت أن تقنية تفويض كانت ضرورة لا بدّ منها في تبنيها، مع خروجها بتوصيات من بين التوصيات الرئيسية متفاوتة بين ما يخص النظام القانوني المتكامل، وما يخص نجاح هذه التقنية.

أمّا المراجع الأجنبية التي جاءت بكثرة بخصوص دراسة مقارنة، نذكر دراسة الباحثة Giulia STOPPANI تحت عنوان إمتياز المرفق العام في إيطاليا وفرنسا على ضوء القانون الأوربي « La concession de service public en Italie et en France à la lumière du droit européen »

إستعملت فيها الباحثة دراسة مقارنة بين النظامين الإيطالي والفرنسي على ضوء التوجيهات الأوربية، وتوصلت فيها الباحثة على مجموعة من الإستنتاجات في الجانب الفرنسي: إنتقال من تفويض المرفق العام إلى إمتياز المرفق العام تحت مقاومة القانون الفرنسي للتوجيهات الأوربية أظهرت فيها الباحثة تأثير التوجيهات الأوربية على مفهوم المرفق وعلى الإمتياز الفرنسي، فالأول أصبح مُطالب بتحقيق منفعة إقتصادية عامّة بدلا من المصلحة العامة، وبروز مُصطلح الخدمة الشمولية¹، والتأسيس له في التشريع الفرنسي، أمّا الثاني تمّ فيه التقليص لمبدأ الإعتبار الشخصي في إختيار المتعاقدين، وأصبح خياراً فقط، كما نجد دراسة الباحث Laure LAGASSE بعنوان إبرام وتحرير عقود الإمتياز على ضوء قانون الإمتياز الفرنسي 2016-65، عالج فيه الباحث

1 -مصطلح الخدمة الشاملة ذو الأصل الأنجلوسكسوني، ظهر لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية متأثراً بمرفق الشبكات، ثمّ إنتقل إلى الإتحاد الأوربي تحت تأثير تحرير المرافق العمومية الشبكية، تبناه التشريع الفرنسي تحت إلتزام بالتوجيهات الأوربية، ثمّ تبناه المشرع الجزائري في قطاع البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، أنظر إلى نمديلي رحيمة وبيوش صالحة، الخدمة الشاملة و تأثيرها على مقارنة المرفق العام في الجزائر، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، ع01، 2023، ص32.

النظام القانوني للإمتياز الفرنسي من الإبرام والتنفيذ، إستعمل المنهج التحليلي، وتوصّل فيه إلى كفاءات الإبرام والتنفيذ مع عرض الإجتهدات الفقهية والقضائية عند سكوت النصوص الفرنسية. ومن الصعوبات التي وجدناها أنّ هذا الموضوع بإعتباره حديث لم يتناول بكثرة من حيث الدراسات المقارنة، ممّا أثر على قلة المراجع، على غرار الدراسات الفرنسية يوجد فيها الكثير من دراسات المقارنة تعالج جوانب عديدة من تلك الأنظمة، كما أنّ دراسة المقارنة تعتمد على مراجع أجنبية فإننا بذلنا الجهد للوصول إلى إقتباس المعنى من النصّ الأجنبي حرصين على التحليل الجيد الذي يفى بالغرض المطلوب لإعداد دراستنا.

وأخيرًا وللإجابة على الإشكالية المطروحة إرتئينا تقسيم موضوع البحث إلى بابين، الباب الأوّل نتناول فيه تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرّية إختيار طرق التسيير والضرّورة الإقتصادية، نعالج فيه فصلين، الفصل الأوّل: تقنية تفويض المرفق العام أسلوب جديد نحو الإستغلال والتسيير الأمثل للمرافق العمومية، أمّا الفصل الثاني عالجنّا فيه : تطبيقات تفويضات المرفق العام والدواعي والمبادئ التي تحكمها، أمّا الباب الثاني بعنوان تحليل النظام القانوني لتفويضات المرفق العام جاء بفصلين، الأوّل كفاءات إبرام عقود تفويضات المرفق العام، والفصل الثاني نتناول فيه عقد تفويضات المرفق العام النهائية، والتنفيذ.

الباب الأول:

تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية إختيار طرق التسيير
والضرورة الإقتصادية

عُرفت المنظومة القانونية الجزائرية مجموعة متنوعة من طرق التسيير في إدارة المرافق العمومية كالأسلوب المباشر وهو الأصل مُتمثلاً في طريقة الادارة المباشرة، والمؤسسة العامة، والأسلوب غير المباشر وهذا الأخير له إستخدامات متنوعة، وأهمها تقنية تفويض المرافق العمومية.

ولقد تأثرت أساليب إدارة المرافق العمومية بعدة عوامل وهذا كله نتيجة للتحوّلات التي عرفتها الدولة في نظامها من خلال قراءتنا للدساتير الجزائرية المتعاقبة ابتداءً من الحقبة الاشتراكية إلى تبني الدولة نظام إقتصاد السوق خاصة بعد دستور 1989¹، ونتج عن الحقبة الاشتراكية تقييد حرية الإدارة في انتهاج طرق غير المباشرة في تسيير المرافق العمومية²، وإن كانت الدولة قد إستعملت عقود الإمتياز إحدى الصور القديمة لتقنية تفويضات المرفق العام بعد الإستقلال، غير أنّ تطبيقها كان شبه مُحتمس بسبب غياب التنظيم القانوني لها، ومحدودية التطبيق في الواقع العملي بإعتباره خياراً إحتياطي، ويعزى ذلك إلى أهم سبب هو إحتكار القطاع العام لتسيير مختلف المرافق العامة.

ولما كان لزاماً على الدولة مُراجعة دورها ومجال تواجدها سواء عن طريق التسيير المباشر أو عن طريق المؤسسة العمومية بسبب كثرة المرافق العامة وتنوعها، والضغط الكبير على ميزانية الدولة، والأزمات المالية، وتزايد حاجات الأفراد العامة، كما ساد الإقتناع أنّ الأسلوب المباشر وأسلوب المؤسسة العامة لم يعد الأسلوب الأنسب في النظام الإقتصادي المبني على المردودية

1- المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور، ج ر، 09، الصادرة بتاريخ اول مارس 1989.

2- عرف التسيير عن طريق المؤسسة العمومية إلى جانب التسيير المباشر من طرف الدولة والجماعات المحلية لهاكلها بنفسها في الحقبة الاشتراكية إنتشاراً وتوسعاً أعقبه بصدور أمر 71-74 بتاريخ 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات وظهر تدخل الدولة في تلبية الحاجات العامة عن طريق المؤسسات العمومية وطنية ومحلية تم انشاؤها لهذا الغرض، ولقد نصت المادة 05 من الأمر³ تحدث المؤسسة الاشتراكية بموجب مرسوم بإستثناء المؤسسات التي لها أهمية وطنية والتي تحدث بموجب قانون⁴ ونجد أربع أنواع من المؤسسات العمومية: المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي، لتوسع اكثر انظر إلى عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص473 وما يليها .

الإقتصادية، وفعالية التسيير، لذا ظهر للوجود في عديد من الدول نظام التسيير المفوض، ومن الفائدة التنبه على أن التسيير المفوض لم يعد ذلك المفهوم المقنن على التنظيم القطاعي لعقد الإمتياز إحدى الأشكال القديمة لتقنية تفويض المرفق العام، بل أصبح يخضع لنظام قانوني متكامل موحد وشامل، فئة قانونية مستقلة، وهو ما يعتبر قفزة نوعية في تأطير تفويض المرفق العام الذي ينضوي تحته العديد من أشكال عقود التفويض بما في ذلك الإمتياز، ولم يقف هذا التطور عند فرنسا بل شهد العالم ثورة في مجال طرق إدارة المرفق العام، ففي المغرب عُرف بنظام التدبير المفوض، وفي تونس عُرف بعقود اللزمات، أما في الجزائر ولأول مرة في تاريخ المنظومة القانونية الجزائرية صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي ينظم ويؤطر تقنية تفويضات المرفق العام، وأحال تطبيقه مُفصلاً إلى المرسوم رقم 18-199 المتعلق بتنظيم تفويضات المرفق العام، والمفيد بالذكر أن نجاح تقنية تفويضات المرفق العام في بلد ما دون غيره مرهون بالبنية الإجتماعية والمؤسسية لذلك البلد، إضافة إلى توافق وتناسب هذه التقنية مع متطلبات ودوافع طبيعة المرافق العمومية لكل بلد، وأن تكون واضحة المعالم لتحديد موقعها في القانون الإداري.

إن تحديد إطار تقنية تفويض المرفق العام يتطلب منا دراسة النظام القانوني للبلد الأصل والمنشأ لها والسباق التاريخي، إضافة إلى مراحل تطورها، خصوصاً أنها تجربة منتهجة لنظام قانوني مقارن، كما أن هذه التقنية مُتجانسة مع عقود الطلبات العمومية تتوسط وتتداخل بين أصناف العقود الإدارية في النظام القانوني الفرنسي، (الفصل الاول)، كما أن تطبيقات هذا المفهوم الجديد والمستقل الذي يعتبر من الصنف الثاني في عقود الطلبات العمومية له ضوابط ومرتكزات قانونية لتكون أمام عقد تفويض المرفق العام، وتحديد طبيعة العقود التي تبرم بواسطتها مع تحديد خصوصياتها وعمّا يميّزها عن باقي العقود الإدارية وأنماط التسيير، إضافة إلى ذلك دوافع ومبررات اللجوء إليها في الأنظمة القانونية المقارنة، كما أنه هذا الأسلوب له أشكالاً متعدّدة ومبادئ يسير عليها يجب تحديدها بشيء من التفصيل، كما أن بروز الظروف الإستثنائية التي مسّت هذه المبادئ، أدت إلى التفكير الجدي في إيجاد وسيلة لصيانة هذه المبادئ، تمثلت في الإدارة الإلكترونية (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

تقنية تفويض المرفق العام أسلوب جديد نحو الاستغلال

والتسيير الأمثل للمرافق العمومية

ولما كانت الدولة تتحمل المسؤولية الكاملة عن إدارة المرافق العامة وتقديم الخدمات، إلا أنها لم تعد قادرة على تلبية المتطلبات الحالية؛ للتحوّلات الإيديولوجية، والإختيارات الجديدة التي تحكم عالمنا اليوم، حيث تتضمّن هذه المتطلّبات مبادئ وقيم جديدة مثل الفعالية والمردودية الاقتصادية التي يجب على المرافق العمومية مواكبتها بعدما كان أصلها تحقيق المصلحة العامة أو تحقيق المردودية الاجتماعية¹.

إنّ التحوّلات التي رافقت المرفق العام من تبني المصلحة العامة إلى تحقيق المردودية الاقتصادية نستشفه من خلال تحوّل دور الدولة من دولة محتكرة إلى دولة تبحث عن الشراكة مع القطاع الخاص لإدارة مرافقها العمومية بحثاً عن المردودية الاقتصادية، فالمرافق العامة حالياً لم تعد مطالبة بتحقيق المصلحة العامة فقط، بل أصبح أيضاً كالمؤسسات العمومية التابعة للقطاع الخاص مُطالبة بتحقيق مردودية اقتصادية تسمح بإستمراريتها؛ وهذا ما توكّده التشريعات الوطنية والمقارنة بتبني مبادئ حديثة في طرق التسيير الجديدة التي فرضتها هذه التحوّلات نذكر من هذه المبادئ الجودة والنّجاعة في تقديم الخدمة العمومية، وتبني الفكر الاستثمائي في تقنية التفويض كما أنّ التحوّلات كانت لتخفيف العبئ على الطّلب العمومي، وفي ظل الظروف الاقتصادية الصّعبة، تمّ اللّجوء إلى القطاع الخاص لتقليص الضّغط على الطّلب العمومي فكانت التجربة الفرنسية إستخدام نهج التفويضات كبديل لتحقيق هذا الهدف، ولم يقف هذا التحوّل الذي أفرز عن هذه التجربة عند البلد الأصل لهذه التقنية، بل عرف العالم ثورة في انتهاج طرق بديلة لإدارة المرافق العمومية أكثر نجاعة وجودة في تسييرها، أبرزها تقنية تفويض المرفق العام.

إنّ تقنية التفويض تعتبر من العقود الادارية المستحدثة في لغة التشريع والاجتهادات القضائية، والفقهية التي تمّ على إثرها صدور قانون سابان في 26 يناير 1993، وإن كانت قديمة في تطبيقاتها من خلال النظرية الكلاسيكية للإمتياز التي مهّدت الطريق إلى فكرة تفويض المرافق العمومية في ثوبها الجديد.

¹ - نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون العام، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، سنة ، 2011-2012، ص4.

أصبحت تخضع تقنية تفويض المرفق العام لنظام قانوني مميز ومختلف عن باقي العقود الإدارية، لذا وجب علينا الإحاطة النظرية لهذه التقنية من تقديم إطار مفاهيمي لها مبرزاً نشأتها وتطورها مع التطرق إلى خصائصها، وما يميزها عما يشابهها فيما يخص طرق التسيير، وما يشابهها عن مفاهيم أخرى، وكذلك باقي عقود الطلبات العمومية (المبحث الاول)، أما المبحث الثاني سنتطرق فيه إلى المبادئ الكلاسيكية والحديثة التي تحكم عقود تفويض المرفق العام وصورها (المبحث الثاني).

المبحث الاول: الاطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام

يتزايد اليوم الإتجاه إلى تفويض المرافق العامة بشكل ملحوظ لما له من أهمية، وقد حقق رواجاً ونجاحاً في كل دول العالم المتبنية للفكرة¹، ويعود ذلك إلى سببين أساسيين؛ الأول هو إنسحاب التدريجي للدولة من الحقل الاقتصادي، والثاني هو محدودية وعدم فعالية الأساليب الكلاسيكية المستخدمة في إدارة المرافق العامة، التي تسببت في أزمة التسيير العمومي نتج عنها عدم تحمّل ميزانية الدولة لتكاليف ونفقات تسيير المشاريع وسداد القروض.

لقد أدى التحول الذي شهدته الدول في الأنظمة الاقتصادية إلى زيادة اللجوء إلى نظرية العقود الإدارية وتكييفها لمتطلبات التحول، حيث أصبحت تتضمن عقود التفويضات في مكوناتها معايير اقتصادية لم يعتمد عليها العقد الإداري في منظومتنا، مما يؤكد إنتماءها إلى فئة مستقلة من العقود الإدارية إصطلاح على تسميتها بالصنف الثاني للعقود الإدارية؛ لتوسط مكانتها بين الصفقات العمومية وعقد الشراكة العمومية عند تصنيف عقود الطلبات العمومية في المنظومة القانونية الفرنسية، لهذه الأهمية التي تطال تقنية تفويضات المرفق العام وجب علينا معرفة السياق التاريخي

¹ - قد اشار الى رواج وانتشار هذه التقنية الاستاذ Christian Bittinger في مؤلفه " la gestion déléguée des "

service publics dans le monde concession ou BOT " Berger-Levrault.Paris دار النشر

بتاريخ 1997 الصفحة 14 حيث استهدف مؤلفه في مقدمته إستعراض كيفية استخدام معظم الدول حول العالم تقنية التسيير المفوض تشمل اكثر من 140 دولة سواء كان ذلك تحت مسمى الامتياز أو تلك المرتبطة بها التي تستخدمها دول الأنجلوساكسون كعقود BOT وما شابهها، كما اشار الى رواج ونجاح هذه التقنية في دول العالم الاستاذ ابوبكر احمد عثمان في كتابه عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة الصفحة 8 و 9 .

في نشأتها وتطورها (مطلب الاول) ثم نتطرق إلى بيانها من خلال تقديم مفهوم بإبراز تعاريف مختلفة فقهية وقضائية ونرى ما استقرت عليه التشريعات ثم نبين خصائصها.

المطلب الأول: ظهور وتطور فكرة تفويض المرفق العام

إن معرفة قواعد وأصول وأحكام النظم القانونية المقارنة في الحاضر، يتعين علينا معرفة جذورها وتطورها عبر الماضي ليتسنى سبر أغوارها، وكشف الدوافع والأسباب لتبنيها، وإن تكيفها في الحاضر بما يتماشى والتطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي، إضافة إلى التحديات كلها مرتبط بالماضي، ولاشك أن تفويض المرفق العام كنظام قانوني مرّ بمراحل من الوجود إلى التطور، سنبرز أهم المحطات التي أدت إلى نشأته وتطوره ومدى تأثير بيئتها العامة إضافة إلى تأثير التشريعات الوطنية وكذلك التوجيهات الأوروبية.

إن فكرة تفويضات المرفق العام كعلاقة تعاقدية مكتملة ومنظمة وفق المرتكزات القانونية المعروفة اليوم، وفئة قانونية جديدة في حقل العقود الإدارية لم تظهر في النصوص القانونية الفرنسية حتى بعد فترة طويلة¹، مرّت بمراحل زمنية وقبل أن يتمّ الاعتراف بها رسمياً بموجب التشريع، كانت لها وجود في صورة قديمة متمثلة في عقود الإمتياز ألبست ثوباً جديداً، وبالتالي فإن ظهورها ونشأتها كان بقاعدة قديمة للقانون السابق المتعلق بالنظرية الكلاسيكية للإمتياز والعقود المشابهة، ثم ظهرت تطبيقاتها العملية بأطر مختلفة حيث تمّ إستخدامها في البيئة العملية الإدارية للجماعات المحلية الفرنسية لأول مرة إلى أن ضُبطت بموجب تشريع أخرجها إلى الوجود بتأطير قانوني موحد ومستقل، مُستنداً في جانب كبير من إسهامات فقهية وقضائية، وكانت آخر محطة له الإلتزام بالتوجيه الأوربي الذي نُوج بصدر جديد لهذه التقنية، سنبين كل محطة مرّت بها هذه التقنية في التجربة الفرنسية (الفرع الاول).

¹ - "ولعلّ السبب في هذا التأخر يرجع إلى وجهة النظر التي كان يتبناها مجلس الدولة الفرنسي والقائمة على أن تفويض المرفق العام بصوره المختلفة يجب أن تتكيف قواعده التنظيمية مع تطور حاجات الجهات المنظمة، وكذلك مع متطلبات الاستغلال إذ يتطلب عدم وجود إطار تشريعي من شأنه إعاقة مرونة هذا المفهوم الذي يستند أصلاً على أساس تعاقدي" أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2015، ص47.

ثمَّ كانت لهذه التقنية تداعيات لم تقف عند فرنسا، بل تأثرت بها دول أخرى التي تبنت التجربة الفرنسية في إنتهاج أسلوب تسيير جديد في منظومتها القانونية التي طالما إقتصرت على الطُّرق الكلاسيكية للتسيير، سنحاول كشف عن هذه التداعيات وأسبابها ثم التطور الذي عرفته في التشريعات المقارنة مُختارين في ذلك عينة من التشريعات العربية (الفرع الثاني)، بعدها نرى مكانتها في الجزائر وكيف إنتقلت من نصوص مُتفرقة إلى تأطير تشريعي موحدًا لها لأول مرة في تاريخ غير بعيد في المنظومة القانونية الجزائرية.

الفرع الأول: نشأة فكرة عقود تفويض المرفق العام وتطورها.

يعود أصل نشأة تقنية تفويضات المرفق العام إلى فرنسا، فمصطلح تفويضات المرفق العام هو تعبير جديد لعلاقة قديمة بين الدولة والخواص، يُعتبر ثوبًا جديدًا للتطبيق القديم يعود إلى القرن الماضي تمثل في عقود الإمتياز¹، وكانت الإسهامات الفقيه لها دور كبير في بروزها، وكثرة النقاشات عليها خاصة بداية التسعينيات من طرف صحافة الأخبار الفرنسية بإعتباره حدث جديد في العقود الإدارية، حيث يعود الفضل للفقهاء الفرنسيين الذين كان لهم دور فعّال ومؤثر في إبتكار سياسة تفويضات المرفق العام بإرساء قواعدها وأسسها، ليُجسدها بعد ذلك المشرع الفرنسي في ثوبها القانوني الجديد، ولم تقتصر تأثيرتها على فرنسا فحسب، بل إنتشرت هذه الفكرة في دول العالم وإعتمدت على نطاق واسع كنموذج تسيير يحتذى به.

1- يعود أصل وتاريخ تفويضات المرفق العام وإن كان المصطلح حديث الظهور إلى الممارسة القديمة لنظرية الامتياز، العلاقة التعاقدية بين القطاع العام والخاص،، فهي قائمة منذ فترة طويلة في القانون الإداري، وقد أكد قانون سابان على وجودها تحت مصطلح عام، أراد المشرع الفرنسي أن يوفر تنظيمًا لهذه الفئة من العقود الإدارية، حيث عززت في بداية القرن السابع عشر وبدأ تعميمها في فرنسا بعد منح إمتياز القنوات، مثال ذلك منح امتياز قناة دورانس وهي قناة مائية تقع في جنوب فرنسا، تم بناء هذه القناة في القرن السادس عشر لتوفير وسيلة لنقل المياه من نهر دورانس إلى مناطق أخرى، تم منح امتياز قناة دورانس لمتعامل خاص في عام 1554، تعهد صاحب الامتياز بحق استغلالها وإدارتها، ثم توسع منح الامتياز في بداية القرن 19 واعتمد في تسيير العديد من المرافق العامة الصناعية والتجارية، كمرفق المياه حيث تم منح امتياز المياه الى احد الخواص سنة 1777 بتشغيله وتوزيع المياه في كل احياء مدينة باريس، وكذلك إمتياز أشغال بناء الخطوط السكك الحديدية، إضافة إلى إستعمال هذه العقود من طرف الجماعات المحلية للتنمية الحضرية بشكل متزايد.

Xavier BEZANÇON, « Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France », Actes du colloque du 14 et 15 novembre 1996 au Senat, RFDA 1997, no 3, no suppl. p. 15.

أما من حيث النصوص التنظيمية، فتؤكد الكثير من الآراء والدراسات الفقهية الفرنسية أنّ هذه التقنية نشأت عملياً في محيط التطبيقات الإدارية للجماعات المحلية الفرنسية، من بينها آراء ¹، Jean Bouinot D.Laurent O. Rousse

في حين كان أول توظيف للمصطلح في الجانب التشريعي بقانون 1992 إلى غاية صدور قانون سنة 1993 والمسّمى بقانون (Sapin1) الذي توجّ بميلاد جديد بعد أشواط قطعها الفقه الفرنسي بإسهاماته، أين تمّ تنظيمها وتوسيع نطاقها، كما وحدّ هذا الأخير عقود تفويضات المرفق العام في إطار شامل مستقل ضمن أصناف العقود الإدارية، أمّا على مستوى الاجتهادات القضائية وإن كانت هذه الأخيرة إستعملت المصطلح إلاّ بعد سنة 1994² أي يمكن القول ضُعب إسهام إجتهد القضاء الإداري بخصوص المصطلح على غرار العقود الإدارية الأخرى³، إلاّ أنّه في حقيقة الأمر لا يمكن تجاهل وظيفة القضاء الإداري الذي لعب دوراً هاماً في وضع قواعد وأصول أشكال العقود المختلفة التي أصبحت تدرج تحت المسمّى "عقود تفويضات المرفق العام"، حيث أنّ معظم المبادئ التي تخضع لها الصور المختلفة لعقود تفويض المرفق العام الحالية كانت ثمرة جهود مجلس الدولة الفرنسي⁴، فهو يمثّل مصدر إلهام للعديد من التشريعات الوضعية. سنتناول ظهور المصطلح بشيء من التفصيل من خلال المحطّات التي مرّ بها بدءاً بالاجتهادات الفقهية والقضائية والمحيط العملي الإداري إلى التشريع.

أولاً: ظهور مصطلح تفويض المرفق العام في فرنسا

لاشكّ أنّ تقنية تفويضات المرفق العام تعود إلى القانون الإداري الفرنسي، قد أثار وما زال يثير الكثير من النقاشات الفقهية وتطوّرات الاجتهادات القضائية بخصوصها، وكما أشرنا سابقاً

1- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العمومية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.60

2- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة-BOT-تفويض المرفق العام) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.437.

3 - HOEPFFNER Hélène, « La délégation de service public : une notion condamnée ? », in colloque « Délégation de service public : la « loi Sapin » 20 ans après, bilan et perspectives », Revue Lamy Collectivités territoriales, no 98, février 2014. PP 02

4- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 77 .

أنّ الإسهامات الفقهية والإجتهادات القضائية لعبت دورا كبيرا في صقل وبرزو الفكرة، ويرى البعض على أنّ الفقه أول من أعطى الفكرة وجسد المفهوم قبل تناوله من الطرف المشرع في اللغة القانونية¹

أ- ظهور المصطلح في الفقه:

ظهر تعبير "تفويض المرفق العام" في الثمانينات من القرن الماضي، وكانت المرة الأولى التي استخدم فيها هذا التعبير عندما نشر الأستاذ Auby كتابًا بعنوان "المرافق العامة المحلية" بتاريخ 1980²، سلط الضوء على تقنية تفويض المرفق العام بأنّها "كل تسيير للمرفق العام يتولاه شخص معنوي غير الجماعات المحلية أو المؤسسة العمومية التي أنشئت لهذا الغرض". وبالتالي اعتبره إطارًا عامًا يشمل جميع العقود التي تتضمن تفويض التسيير، حيث ركّز الأستاذ Auby على التسيير غير المباشر للمرفق العام من طرف شخص معنوي دون تدخل الجماعات المحلية أو المؤسسة العمومية التي هي في الأصل ضمن التسيير المباشر أو الإستغلال المباشر للمرفق العام.

« Toute gestion de service public assurée par une personne morale autre que la collectivité organisatrice ou l'établissement public créé par elle a cet effet »³.

أمّا من ناحية المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فهي أول من ظهر فيها التفويض بالمعنى الوظيفي، حيث كانت تُشكّل أرضية خصبة لعقود التفويض⁴، فمفوض الحكومة Léon Blum الذي حدّد معالم نظرية عقد الإمتياز، وأعاد رسم تاريخ عقود الإمتيازات في مجال النقل، تناول المصطلح من خلال مطالعته لحكم صادر في 11 مارس 1910 بخصوص قضية (شركة السكك الحديدية الفرنسية العامة للترامواي)، حيث أوضح "لا يمكن للدولة أن تتجاهل المرفق العام للنقل فهو مفوض... يمثل الإمتياز نوع من التفويض، بمعنى أنّه يشكل وسيلة تسيير غير

1- Mireille Berbari, et autre, **délégations de service public**, Litec 2000, p1

2- AUBY Jean-François, **les services publics locaux**, coll. « que-sais-je », PUF, Paris, 1982, p 39 et p7

3 - Lama Azrafil, **la durée de délégation de service public exemple de la France et du Liban**, thèse doctorat ,en droit public ,université Montpellier 1,année 2015,p 31.

4-في هذا الصدد يقول استاذ jean auby "ان قطاع المرافق العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي تشكل المجال

المميز لتفويض المرفق العام، **la délégation de service public**, 1^{er} edition, presses universitaires de France ,1995 ,p10.

مباشرة ولا تعني التخلي أو الإهمال، تظل الدولة مسؤولة عن تنفيذ الخدمة بالنسبة لجميع المواطنين¹

« L'État ne peut se désintéresser du service public du transport. Il est concédé sans doute,..... La concession représente **une délégation**, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de **gestion indirecte**, elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement. L'État reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens ».

ب- ظهور المصطلح في اللغة القانونية:

تمّ تناول هذا التعبير في مختلف النصوص القانونية، تُميّز ضمنها نصين قانونيين، إذ ظهر لأول مرة من الناحية التنظيمية كتطبيق عملي للإدارة المحلية، حيث ورد في التعميم الإداري على شكل منشور وزاري صدر عن وزير الداخلية بتاريخ 07 اوت 1987² المتعلق بتسيير الجماعات الإقليمية لمرافقها العمومية المحلية، والذي تحدّث عن التسيير المفوض وإستخدام المصطلح صراحة "عقد تفويض المرفق" " **contrat de délégation de service** "، إذ عالج المنشور الضوابط المتعلقة بعقود تفويضات المرفق العام من خلال مجال التطبيق، وشروط تنفيذ التسيير المفوض للمرافق العمومية، ونصّ على مبدأ التفويض في المجالات غير السيادية، كما أنه إستند إلى إثنين من آراء مجلس الدولة، الأول بتاريخ 7 أكتوبر 1986³ حول نطاق تطبيق التسيير المفوض، والثاني بتاريخ 7 أبريل 1987⁴ حول قابلية تطبيق قانون الصفقات العمومية على التفويض،

1- Conclusions sur CE 11 mars 1910, Cie générale française de tramways, *Revue du droit public*, 1910, p. 269.

2 - Circulaire du 7 aout 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, JO du 20 décembre 1987, p. 14863 , <https://www.legifrance.gouv.fr/> متاح على الموقع

3- قد طرح السؤال عدّة مرات حول إمكانية تفويض الجماعات المحلية مرافقها الادارية للخواص، فقد تمّ تقديم طلب للحصول على رأي من مجلس الدولة حول هذه المسألة، فهو رأي استشاري تحفظي لمجلس الدولة الفرنسي الخاص بإمكانية تفويض المرافق العمومية الإدارية للجماعات المحلية للخواص لغرض تسيير مرفق اداري محلي تابع لها، والذي إستدعي خصوصا لقضية Cantines Scolaires، اصدر فتواه مؤيداً على تفويض إدارة مطاعم المدرسية للخواص بإعداد و تزويد المدارس بالوجبات الغذائية للتلاميذ، وإستبعاد الحراسة والتّعليم من مجال التفويض. تمّ الإشارة إليه في المنشور الوزاري المؤرخ في 1987/08/07 السابق الذكر.

4- إعتبر هذا الرّأي الإستشاري لمجلس الدولة أن العقد سواء كان مُسمّى أو غير مُسمّى، الذي يكأف به المتعاقد تنفيذ المرفق العام -المطاعم المدرسية- لا يعتبر صفقة عمومية ، وبالتالي، لا يخضع لقانون الصفقات العمومية، وأن

حيث جمع بين نطاق أو مجالات تطبيق تقنية تفويض المرفق العام، أي المرافق الادارية القابلة للتفويض، والجانب الإجرائي الخاص بإستخدام أحكام قانون الصفقات العمومية، لذا يعتبر المنشور من أكثر النصوص تحديداً لمفهوم فكرة تفويض المرفق العام¹.

أما النص الثاني، فهو ترقية للنص القانوني من مفهوم فقهي وتنظيمي إلى مفهوم ضمن مصاف النصوص التشريعية لأول مرة في المنظومة القانونية الفرنسية، فكان أول نص من الناحية التشريعية صدر بشأن إستعمال مصطلح تفويضات المرفق العام هو قانون التوجيه 92-125 المتعلق بالادارة الاقليمية للجمهورية² والمسمى « loi joxe » في المادة 52 منه³، إلا أنه لايعتبر هذا النص حدناً هاماً، فقط أنه أخرج مفهوم تفويض المرفق العام إلى الجانب التشريعي، لم يضبط هذا القانون المصطلح بشكل دقيق، حيث تناوله في أكثر من سياق وإن اختلفت الصور، فإستعمل ثلاثة 03 مصطلحات مختلفة لنفس المفهوم⁴:

«Convention de délégation de service» "اتفاقية تفويض المرفق العام"

«Convention de gestion déléguée» "اتفاقية التسيير المفوض "

«Contrats de service public» "عقود المرفق العام"

ثمَّ أن تكريس المشرع الفرنسي لهذا المفهوم كان محدوداً، فكان الهدف منه فتح الطريق لنقل إلتزام التوجيه الأوروبي إلى النصوص والقواعد في النظام القانوني الفرنسي متمثلة بالأساس

الجماعات المحلية لديها حرية فيما يتعلق بالطرق الخاصة بالتسيير المفوض التي يمكن إعتماها لغرض إدارة المرافق العامة الإدارية المحلية: الإمتياز، الإيجار، التسيير، والوكالة المحفزة أو عند الاقتضاء صيغة اخرى، وهنا أقر بوجود صيغ اخرى غير مُسمّاة، كما أنّ هذا الرأي الإستشاري لم يشر إلى معيار التفرقة بين التفويض والصفقة، إضافة أنّ الجماعات المحلية ليست ملزمة بإجراء مسبق للمنافسة لإختيار العروض المقدّمة، غير أنه يوصى بذلك لإختيار العرض الجيد من حيث التكاليف ونوعية الخدمة. تمّ الإشارة إليه في المنشور الوزاري المؤرخ في 1987/08/07 .

1 -Xavier Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics – contribution à l’histoire administrative de la délégation de missions publiques*, LGDJ, Paris, 1999 p.517 cite par Lama Azrafil, précité, p28-29.

2 - loi d’orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l’administration territoriale de la République (*JORF* n° 33 du 8 février 1992) page 2064.

3 - « Art. L 322-3 : les conventions de délégation de servies public locaux qui doivent être passées par les communes et leur établissements public sont à compter du 1^{er} janvier 1993 et en application des directives communautaires qui les concernent, en soumises à une obligation de publicité préalable dans des conditions prévues par décret en conseil d’Etat ».

4 - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، دار بلقيس، الجزائر ، 2010 ، ص89.

تطبيق مبدأ الشفافية لا سيما الإعلان المسبق عن نيّة التعاقد عن طريق الإشهار والمساواة بين المرشّحين، فكان هذا النصّ تعزيزاً لالتزامات الشفافية، لصالح المنتخبين المحليين والمواطنين، وتوسيع صلاحيات سلطات الرّقابة لتشمل المفوض له؛ لتسيير المرفق العام، يمكن القول أنّ الحدث الفعلي والهام الذي أدّى إلى تأسيس المفهوم بمعناه الحالي بعد التسلسل الزمني لظهور الفكرة وتأطيرها، كان قانون Sapin1¹، الذي قطع شوطاً وتقدماً حقيقي في تاريخ العقود الإدارية.

ثانياً: تطوّر النظام القانوني لتفويضات المرفق العام في فرنسا.

إنّ نقطة بداية التطوّرات للنظام القانوني لتفويضات المرفق العام في فرنسا هو قانون sapin1² المتعلّق بالوقاية من الفساد، واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية، والاجراءات العامّة، الذي يُعتبر بادئاً صدور العديد من القوانين عالجت مختلف الجوانب القانونية لتفويضات المرفق العام ولازالت في إستمرارية، كما أنّه مثّل خطوة هامّة في تطوّر فكرة تفويضات المرفق العام كنظام قانوني مؤطر لعقود التفويض³، جاء بتعديل إجراءات إبرام عقود تفويضات المرفق العام بعد ما كانت قائمة على الإعتبار الشخصي، وهَدَف إلى إصلاح أساليب العمل الأساسية والاستجابة لمتطلّبات الشفافية والمنافسة، وهي مقتضيات الإدارة الحديثة، وهذا بعد بروز إتجاهات تدعو بضرورة التوفيق بين المفهوم الكلاسيكي القائم على الإعتبار الشخصي في إبرام عقود تفويضات المرفق العام مع مقتضيات المنافسة والشفافية من خلال إخضاع الإدارة إلى قيود وإجراءات محدّدة بقواعد ومبادئ لإختيار المفوض له دون المساس بمبدأ الإعتبار الشخصي⁴ كما

¹ - Jean-Bernard AUBY, « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public », Actes du colloque du 14 et 15 novembre 1996 au Senat, RFDA 1997, no 3, no suppl. p. 4.

² -Loi no 93-122 du 29 janvier 1993, op.cit.

³ - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص76

⁴ -انقسم الرأي في التعاقد مع الإدارة إلى فريقين الأول يمثل الإعتبار الشخصي وهو الإتجاه الكلاسيكي القائم باختيار الإدارة الحر للمتعاقدين، وبمقتضاه تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في إختيار المفوض له، على أساس عدم خضوعها لأي إجراءات سابقة على عملية إبرام العقد بين المرشّحين، وتتميّز بوجود موظفين عموميين مختصين لهم خبرة يمثلون السلطة المانحة يتمتّعون بحريّة إختيار الطرف المتعاقد مع الادارة، ولهم حق إسداء التوجيهات اللازمة للمتعاقد مع الادارة، يخضعون لرقابة رؤساءهم بالنسبة لاجراءات الادارية ورقابة مجالس المحاسبة بالنسبة للجانب المالي، أمّا الإتجاه الثاني وهو الإتجاه الجديد المتمثل في وجوب إتباع الادارة قواعد ومبادئ منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به، وينقسم بدوره إلى فريقين: فالاول يمنح للإدارة حرية كبيرة في اختيار طريقة التعاقد مع التزام الادارة بالقواعد

تقدّم، والقائم على المفاوضات بين السلّطة المانحة والمفوض له، إضافة إلى سياسة مكافحة الفساد والالتزامات الأوروبية دفع بالمشرّع الفرنسي إلى إصدار هذا القانون، ثمّ تلتته عدّة إصلاحات تجسّدت في قانون sapin2¹ سنة 2016 تحت رقم 1691-2016، فبعد الإلتزام بإصلاحات أقرّها التوجيه الأوربي UE/23/2014² لتوحيد الأطر القانونية لدول الأعضاء الذي يُعدّ آخر تحديث ومراجعة لإجراءات منح عقود الإمتياز، دفع بالمشرّع الفرنسي إلى تبني الإلتزام الأوربي، بإقرار سلسلة من القوانين، فأصدر الأمر 65-16 المؤرخ في 29 جانفي 2016 المتعلّق بعقود الإمتياز، وفي سنة 2018 تمّ إصدار قانون الطلبات العمومية بجزئيه التشريعي³ والتنظيمي⁴، ولازات التعديلات تطرأ على هذا القانون، إضافة إلى الإجتهدات الفقهية والقضائية، سنبرز خلالها حدثين هامّين في التطور التاريخي لتفويضات المرفق العام هما قانون Sapin1 (أ) والتوجيهات الأوروبية(ب).

أ- قانون Sapin1 والقوانين المعدّلة له:

صدر بتاريخ 29 جانفي 1993 تحت رقم 93-122 نظم هذا القانون عقود تفويضات المرفق العام في فصله الرابع من المواد(47-38)، ثمّ تلتته أحكام مطبّقة على الصفقات العمومية بمادة وحيدة (48)، وبعد ذلك أفرد أحكام مشتركة بين تفويضات المرفق العام والصفقات العمومية

المقرّرة حين تلجأ باختيارها إلى الطريق المنظم، والثاني يجعل إتباع التنظيم إجباريا، ويمثل غالبية الدول التي تأثرت بالتجربة الفرنسية، الجمع بين الإتجاهين إتجاه الإدارة الحديثة مع الإخذ بمبدأ الإعتبار الشخصي المبني في الأصل على تطبيق الإلتزام التوجيه الأوربي المتمثل في الشفافية والمنافسة، وهي قيود تتمثل في قواعد ومبادئ سابقة على عمليات الإبرام تنقيد بها إدارة الجماعات المحلية والمتعاقدين معها، وينتج عن تطبيق مبدأ المنافسة والاشهار: المساواة و الشفافية وحرية وصول الطلبات العمومية دون المساس بمبدأ الاعتراف الشخصي المتمثل في التقنية التفاوضية بعد اتباع قواعد ومبادئ سابقة على عمليات الإبرام وهذا ما جاء بقانون Sapin1، وأمّا في الجزائر فقد أخذ المشرّع الجزائري بهذا الاتجاه التوفيق بين الإعتبار الشخصي وإتباع إجراءات سابقة على عمليات الإبرام تمثل الاشهار والمنافسة. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، اطروحة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2003، ص94-97.

1 -Loi n 2016-1691 du 09 dec2016 relative a la transparence, a la lutte contre corruption modernisation de la vie économique, JORFn 287, voir sur: www.legifrance.com.

2-DIRECTIVE 2014/23/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94/1 le 28.3.2014.

3 -ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018.

4 - décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique., JORF n°0281 du 5 décembre 2018.

في مادتين (49-50)، ومن خلال هذه المواد يمكن القول انه قسم معالجة تفويضات المرفق العام الى ثلاثة اقسام:

-القواعد والاصول اللازمة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام؛

-تدعيم قواعد فرض الرقابة وترسيخها؛

-فرض قيود في مضمون عقود التفويض.¹

وبناءً على ما سبق ذكره، أنه على المستوى التشريعي غير الإتجاه الثابت القائم على الإعتبار الشخصي لمنح عقود التفويض، والمبني على تقنية التفاوض²، فإن أهم تغيير في الجزء الاول من القانون المعنون بالأحكام العامة هو إخضاع عقود التفويض إلى مبادئ العلانية³ والمساواة والمنافسة تحت طائلة البطلان، تندرج هذه المبادئ في نطاق الشفافية ومكافحة الفساد، كما يظهر بوضوح من عنوان القانون، مما يعكس تغييراً واضحاً في المفهوم السائد في مجال عقود القطاع العام.

أصبح استخدام مصطلح تفويض المرفق العام شائعاً ومألوفاً في النصوص التشريعية الفرنسية، صدرت قوانين عدة كرّست الخطوات الإصلاحية، وعمليات التحديث التي توالى بعد صدور قانون Sapin1، حيث لم يتوقف الأمر عند هذا القانون، أدخلت تعديلات حول تحسين شروط الإبرام وتجديد الصفقات، إضافة إلى مراجعة محتوى العقود وإعطاء تعريف جديد من جهة، ومن جهة أخرى إفساح المجال أوسع للمنافسة.

1- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 76 .

2- يرى جانب من الفقه المعاصر في فرنسا، بأن المنافسة المسبقة عن طريق الإعلان طلب العروض لا تتناقض مع الإعتبار الشخصي من خلال الدور الذي تلعبه البيئة التنافسية، في إفساح المجال للمتنافسين لايداع طلبات عروضهم المختلفة والمتفاوتة، مما يتيح للإدارة الإطلاع على أفضل القدرات لإدارة المرفق العام، واجراء مقارنة بين مختلف العروض التي يحملها المتنافسون في ملفات الترشيح، ومن ثمّ التفاوض، وفي هذا الصدد يقول الفقيه **Chapus** : " أن التنافس القائم على العلانية والمنافسة لا يقيد حرية الإدارة في إختيار مفوضها، وإنما ينيّر عناصر الإختيار الحر لهذا المفوض"
3- تنص أحكام المادتين L. 1411-1 و R. 1411-1 (CGCT) من القانون العام للجماعات المحلية الفرنسي على أنه يتعين على الشخص العام الذي ينوي إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام إخضاعه إلى اجراءات الإشهار .

الباب الاول: تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية اختيار طرق التسيير والضرورة الاقتصادية

ومن هذه القوانين: القانون الصادر في 1995/02/02¹ بشأن تعزيز حماية البيئة في مادة 75 و 76 الذي عدّل المادة 40 من قانون sapin1 بخصوص تفويض مرفق المياه والصرف الصحي والنفايات المنزلية²، والقانون الصادر 1995/02/08 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³، بهذا القانون أصبحت تقنية تفويض المرفق العام تحظى بتأطير جيد ومكانة ضمن نطاق عقود القانون العام، تمّ تحديد عتبة المبالغ ومدة التفويض التي يجب أن تكون خاضعة لأحكام الفصل الأول المعنون بالتفويضات المرفق العام من هذا القانون، وهي أحكام تخص الإجراءات الشكلية.

وأخيراً صدر قانون 2001-1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001⁴ المعروف بقانون مورسيف Murcef، والمتعلق بالتدابير الإستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الإقتصادي والمالي، حيث نظم هذا القانون في آن واحد الصفقات العمومية والتفويض في إدارة وإستغلال المرفق العام، كما إعتد المشرع في هذا القانون تعريفاً عاماً وموحداً لجميع عقود التفويض لأول مرة واضعاً حداً للجدل القائم حول الغموض الذي إكتنف فكرة تفويض المرفق العام، وبالتالي التشكيك في الفكرة، وهذا ما أكدته المناقشات حول مشروع قانون مورسيف أمام الجمعية الوطنية⁵، وافق هذا القانون على التعريف المتبني من إجتهدات مجلس الدولة الفرنسي، حيث أدخل معيار أساسي

1 -Loi n°95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF no 29 du 3 février 1995, p. 1840. Voir <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

2- جاءت المادة 75 و 76 من قانون رقم 95-101 المتعلق بتعزيز حماية البيئة لتعدّل احكام المادة 40 من قانون رقم 93-122 حيث نصّت على أنّ مدة اتفاقية التفويض لا تتجاوز 20 سنة بخصوص تفويض في مجال المياه ومجال الصرف الصحي والنفايات المنزلية، ويمكن أن تفوق المدة المذكورة إستثناءً، غير أنّه يجب أن يخضع ذلك إلى المراقبة المسبقة مع تبرير تمديد المدة من طرف السلّطة المفوضّة بالموافقة النهائية من طرف أعضاء مجلس المداولة المختص، اما المادة 76 فرضت تقرير سنوي من رئيس البلدية حول سعر وجودة الخدمة العامة .

3 -Loi n°127-95 du 08 fevrier1995, relative aux marchés publics et délégations de service public JORF n°34, p2186 voir <https://www.legifrance.gouv.fr/>

4 - Loi n° 2001/1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF n°288 du 12 décembre 2001 page 19703.

5 -**Rapport** no 3028, fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur le projet de Loi no 2990 Portant mesures urgentes de reformes à caractères économique et financier, par **Nicolas BRICQ, JO AN**, documents parlementaires, avril 2001, p. 20. affirma que la délégation de service public n'avait jamais reçu une définition législative et que ses contours ont été progressivement définis par la jurisprudence ce qui maintenait « une source d'insécurité juridique » elle expliqua que cette définition légale était désormais « nécessaire ». voir le site <https://www.assemblee-nationale.fr/>.

من منشأ قضائي وهو إرتباط العائدات أو الأجر بشكل جوهري بنتائج الإستغلال¹، لذا يمكن القول أنّ هذا القانون له أهمية خاصة لما أزال من غموض، وقدم مرتكزات جديدة للتقنية تفويض المرفق العام سنبينها في هذا الباب لاحقاً.

ب- التوجيهات الأوروبية وتطورات الحديثة للنظام القانوني لتقنية تفويض المرفق العام:

إعتمدت التوجيهات الأوروبية² ابتداءً من سنة 2014 في إطار مساعي تبسيط الطلبات العمومية وتوحيدها بين دول الأعضاء، إضافة إلى ضمان حرية المنافسة للولوج إلى الطلب العمومي، وتطبيق الشفافية عن طريق الإعلان لتحقيق المساواة بين المتعاملين الإقتصاديين وهي إلتزامات إصلاحية تقع على عاتق دول الأعضاء، ممّا دفع بهذه الدول إلى تحديث نظامها القانوني بخصوص قانون الطلبات العمومية³، لا سيما منها عقود الإمتياز .

1- التوجيه الاوربي رقم UE /23/2014 ومكتسبات قانون Sapin1: كان للقانون الأوروبي المشترك هدفاً، في إطار إنشاء السوق المشتركة، توحيد القواعد التي تنظم على وجه الخصوص النظام القانوني للإمتياز تحت التوجيه رقم UE/23/2014⁴ الصادر بتاريخ 26 فيفري 2014

1 - CE 15 avr. 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, AJDA 1996. Rec. p. 137.

2- هي حزمة تشريعية إصلاحية جديدة تمّ التصويت عليها من طرف البرلمان الاوربي والمجلس خلال سنة 2014 تمثلت في ثلاثة توجيهات على أن تتبناها دول الأعضاء في قوانينها الداخلية قبل 18 افريل 2016 كحد اقصى وهي: التوجيه رقم UE/23/2014 المتعلق بمنح عقود الامتياز المؤرخ في 26 فيفري 2014، والتوجيه UE/24/2014 المؤرخ في 26 فيفري 2014 المتعلق بإبرام الصفقات العمومية المسمّى بتوجيه القطاعات المعروفة بالقطاعات التقليدية، والتوجيه UE/25/2014 المؤرخ في 26 فيفري 2014 المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية التي تتم عن طريق الكيانات العاملة في قطاعات المياه والطاقة والنقل والخدمات البريدية (المعروفة باسم التوجيه "القطاعات الخاصة") وهذه التوجيهات تشكل التشريع الثانوي لقانون الطلبات العمومية الداخلي.

3 - يُقصد بالطلبات العمومية أنها مصطلح عام في التشريع الأوروبي والفرنسي يضم مجموعة من العقود المبرمة من طرف الشخص المعنوي العام مع المتعاملين الإقتصاديين لتلبية حاجات المرافق العمومية، وهي الصفقات العمومية وعقود الإمتياز وعقود الشراكة، ظهر لأول مرة في المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم المؤرخ في 7 مارس 2001، وقد اشار المجلس الدستوري الفرنسي لأول مرة في قرار له رقم 2003-473 المؤرخ في 23 جوان 2003 إلى هذا التعبير في "القانون المشترك للطلبات العمومية" و "المتطلبات الدستورية المتعلقة بالمساواة أمام الطلبات العمومية"، ثم أصبح متداول في لغة التشريع، أخرها الامر 1074/2018 المتعلق بقانون الطلبات العمومية (الشق التشريعي) والذي صنّف العقود في الجزء الاول المعنون بالتعريف ومجال التطبيق.

4 - Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26/02/2014 sur l'attribution de contrats de concession, J.O.U.E du 28/03/2014, L-94, p. 1.

المتعلق بمنح عقود الامتياز، على أن يتبناه المشرع الفرنسي كحد أقصى قبل تاريخ 18 افريل 2016، وجاء هذا التوجيه بقواعد ليس فقط في عمليات إبرام العقود، بل في تنفيذها، كما هدَف إلى تحديد إجراءات واضحة وموحدة بين مختلف عقود الإمتياز، وتعزيز حرية ولوج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى الطلب العمومي، وهو مبدأ من مبادئ قانون الطلبات العمومية بالإعلان المسبق عن طريق الإشهار، وشفافية الإجراءات إضافة إلى تشجيع المنافسة وحمايتها، مما شكّل التزاماً على المشرع الفرنسي دفعه إلى تحديث نظامه القانوني يتفق والتوجيه الأوربي، فصدر الأمر 65-2016 بتاريخ 29 جانفي 2016¹ المتعلق بعقود الإمتياز الذي تبني التوجيه السابق والمرسوم رقم 86-2016 بتاريخ 01 فيفري 2016² المتعلق بتطبيق عقود الامتياز.

وهذا ما صاحبه من تعديلات في الإطار القانوني لتفويضات المرفق العام، وإلغاء النصوص القانونية المنظمة بموجب قانون sapin1 ومراسيمه التنفيذية، ومُعدلاً ما جاء في قانون العام للجماعات الإقليمية الفرنسية (CGCT)، كما ألغى الأمر المؤرخ في 15 جويلية 2009³.

جاء هذا الأمر بمفهوم قانوني جديد غير منسجم مع محتوى قانون سابان، فنصّ على تعريف جديد وإجراءات جديدة، فلم يشر إلى المعيار المالي ولا إلى معيار فكرة المرفق العام التي هي جوهر تفويض المرفق العام، أعطى هذا الأمر أهمية كبرى لمخاطر الإستغلال⁴، وهذا حسب المادة 05⁵ منه، حيث عرّفت الإمتياز الجديد أنّه (عقود الإمتياز هي عقود مكتوبة، تبرم من طرف سلطة واحدة أو مجموعة من السلطات المرخص لهم وفق هذا الأمر، من أجل تنفيذ أشغال أو تسيير مرفق، مع تعامل أو مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين وذلك بنقل مخاطر

1 -Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, op.cit.

2 -Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (rectificatif) JORF n°0031 du 6 février 2016. (abrogé)

3 -Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics JORF n°0162 du 16 juillet 2009.

4 -مقال للباحث Raymundie Olivier بعنوان تعريف عقود الامتيازات ومعايير الامتياز على الموقع

<https://boutique.lemoniteur.fr/> اطلع عليه بتاريخ 2023/01/03 على الساعة 21:05.

5 - Art 5 Ordonnance n° 2016-65, op.cit.(Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui **est transféré un risque lié** à l'exploitation de l'ouvrage ou du service,.... **La part de risque transférée au concessionnaire** implique une réelle exposition aux aléas du marché...").

تشغيل المنشآت أو تسيير مرفق عام.... يتم نقل جزء من المخاطر إلى صاحب الامتياز عند تعرضه الفعلي لتقلبات السوق...) كما نصّت المادة 106¹ على وجود نوعين من عقود الامتياز هما: عقد الامتياز الأشغال، وعقد امتياز الخدمة أو المرفق، فلا يوجد مصطلح المرفق العام الذي هو ركن من أركان تفويضات المرفق العام، يوجد فقط مرفق، ولا يوجد تفويض المرفق العام ضمن التصنيف الفرعي لعقود الامتياز في هذا الأمر، كما كرّسه المشرع الفرنسي في قانونه الداخلي. وهذا ما يدعو إلى طرح الإشكال حول العناصر الجديدة التي تُميّز عقود الامتيازات، وتصنيف أي عقد عمومي في الفئة الجديدة؟ ما مصير تقنية تفويض المرفق العام في ظل التوجيه الأوربي 2014/23 والأمر 2016/65؟ حيث أنّ قانون الإتحاد الاوربي لا يعرف إلاّ صنفين من عقود الطلبات العمومية هما الصفقات العمومية، وعقود الامتياز، هل تمّ إلغاء مُنجزات تقنية تفويضات المرفق العام بعد ما عرفت تطبيقاً لأكثر من 20 سنة؟ والتي تعتبر مكسباً في التشريع الفرنسي، هل عقد الامتياز الجديد هو تجديد لتقنية التفويض أم ثورة في مجال تفويض المرفق العام؟

تساءل الأستاذ² Sébastien Platon في مقال له بعنوان التفويض وامتياز المرفق العمومي في القانون الاوربي، هل تفويضات المرفق العام هي امتياز المرفق بمفهوم قانون الأوربي؟ يجيب الأستاذ: بعد عشرين سنة من قانون سابان Sapin1، يبدو أنّ "تفويض المرفق العام" الفرنسي وجد نظيراً أوروبياً تحت فئة الفرعية للامتياز وهي عقود امتياز المرفق، فكلا الفئتين تشكلان تكملة لبعضهما البعض في الأنظمة القانونية الخاصة بهما.

وبالعودة إلى التصنيف الفرعي لعقود الامتياز في الأمر 65-، 2016، وهو "عقد امتياز المرفق" فهذا التصنيف واسع النطاق يشمل كل أصناف العقود المسماة وغير المسماة بما فيها عقود تفويضات المرفق العام، وبهذا يمكن القول وتأكيداً على ما تقدّم أنّ تقنية تفويضات المرفق

2- Art 6 Ordonnance n° 2016-65, op.cit " I. - Les contrats de concession de travaux ont pour objet :.... II. - Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.".

2 Sébastien Platon, *Délégation de service public et concession de services en droit de l'Union européenne* AJDA 2013 p. 1448.

العام لم تختف، وأنّ المشرّع الفرنسي حافظ على مُنجزاته التي طالّت 20 سنة من التطبيق العملي، وهي جزء من هذا التصنيف في هذا الأمر، أي صنف فرعي لعقود الإمتياز المرفق للجماعات الإقليمية¹، إضافة إلى أنّه إستعمل تعبير "تفويض تسيير مرفق عام" في المادة 06 من ذات الأمر، وبالتوازي مع التعديلات تمّ تعديل بشكل جوهري أحكام قانون العام للجماعات الإقليمية الفرنسية (CGCT) المتعلّق بعقود تفويضات المرفق العام، فأصبح نصّ المادّة 1411-1.L المنصوص عليه في المادة 58² من الأمر 65-2016 منضو تحت فئة فرعية لعقود الإمتياز.

إنّ نصّ المادة الجديد 1411-1.L بعد التعديل أصبح كما يلي: "تفويض المرفق العام هو عقد امتياز بمفهوم الأمر رقم 65-2016 المؤرخ في 26 جانفي 2016 المتعلق بعقود الامتياز المبرم كتابة، والذي بمقتضاه تعهد السلّطة المفوّضة تسيير مرفق عام لمتعامل أو عدّة متعاملين اقتصاديين، والذي يتحمّل المخاطر المرتبطة بالإستغلال المرفق بمقابل، إمّا الحق في إستغلال المرفق موضوع العقد أو هذا الحق مرتبط بثمن..... كما يمكن أن يكلف المفوض له بناء منشآت أو إنجاز أشغال أو إقتناء التجهيزات الضرورية للمرفق العام"، فبهذا التعريف لا يختلف تفويض المرفق العام عن التعريف في المادة 05 من الأمر 65-2016 ويتوافق إلى حد كبير مع التعريف الذي كرسه قانون مورسيف Murcef، في عدّة نقاط ويخالفه في جانب آخر، فقد إعتد المعايير الثلاثة لعقد تفويض المرفق العام وهي "وجود مرفق عام"، "العلاقة

¹ - إذا كانت المادة 141-1.L تحيلنا إلى الأمر رقم 65-2016 المؤرخ في 29 جانفي 2016 المتعلّق بعقود الإمتياز لإبرام وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام، فإنّ المواد الأخرى من قانون العام للجماعات الإقليمية من الكتاب الرابع الفصل الأول من القسم التشريعي (1411-1.L إلى 1411-9.L) المتعلّق بالمرفق المحليّة العمومية، والكتاب الرابع الفصل الأول من القسم التنظيمي (1411-1.R إلى 1411-8.R) تظل تحتفظ بخصوصية إجراءات الإبرام تفويضات المرفق العام كما جاء في قانون Sapin1 وتظل تحتفظ بالتسمية DSP (نذكر منها لجنة تفويضات المرفق العام بخصوص دراسة طلبات المتنافسين، مداوات السلّطة المفوّضة، رأي لجنة تفويضات المرفق العام بخصوص الملاحق إذا فاقت نسبة 5%...).

2 - Art 58 de l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, a modifié l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales « . **Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016** relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public. ».

التعاقدية"، "والمقابل المالي المرتبط بالاستغلال، إلا أنّ المعيار الجديد هو تحمّل المخاطر المرتبطة بالاستغلال المرفق" قد تغير مفهومه إستناداً إلى المفهوم الأوربي، سببته لاحقاً في هذا الباب، فيمكن القول أنّ المشرّع الفرنسي في قانون الإمتياز الجديد قد حافظ على مكتسبات تقنية تفويضات المرفق العام بمفهوم قانون سابان Sapin1 بتوافقه مع التوجيه الاوربي الجديد، وعزّز مكانتها ضمن التصنيف الأكبر لقانون الإمتيازات المرفق الجديد بمصطلحات ومقاييس تتماشى مع التوجه الاوربي الحديث.

غير أنّ أحكام القانون العام للجماعات المحليّة ينطبق فقط على الجماعات المحليّة والمؤسّسات العمومية التابعة لها، فلا ينطبق مصطلح تفويض المرفق العام إلاّ على الاشخاص العامة الخاضعة للقانون العام للجماعات الاقليمية¹، حيث تمّ إلغاء هذا التسمية "Dsp"² بالنسبة للدولة ومؤسّساتها العامّة عند إبرام عقود الإمتياز المرفق، فتسمّى "عقود امتياز المرفق" وليس عقود تفويضات المرفق العام، وإبقاء هذه الأخيرة في القانون العام للجماعات الإقليمية الفرنسية بجزئيه التشريعي والتنظيمي.

2- صدور مدونة الطلبات العمومية ومكانة تقنية تفويضات المرفق العام: كان للتوجيه الأوربي UE/23/2014³ تأثيراً في إصلاح وتحديث النظام القانوني الفرنسي بخصوص الطلبات العمومية بصفة عامّة، وعلى تعزيز مكانة تفويضات المرفق العام ضمن عقود قانون العام لما لها من الأهميّة الإقتصادية لفرنسا بصفة خاصّة، فتمّ إلغاء قانون سابان Sapin1 وصدور

1- يعزى إستمرار والحفاظ على منجزات قانون سابان إلى المسؤولين المحليين الذين أعربوا عن مخاوفهم للحكومة بشأن إعادة النّظر في مفهوم تفويضات المرفق العام أثناء مناقشات تنفيذ التوجيهات الأوربية المذكورة سابقاً لهذا السبب، فإنّ الفصل الأول بعنوان "تفويضات المرفق العام" يظل موجوداً في القانون العام للجماعات المحليّة (CGCT) مقال متاح على الموقع <https://www.doctrinactu.fr/> بعنوان :

« Le maintien de la notion de délégation de service public à l'épreuve de la réforme de 2016 ».

2- هي صيغة مختصرة لـ Delegation de service public، فنجد في البحوث المنشورة بخصوص نمط التسيير الجديد بوضع إختصار للجملة بكلمة Dsp.

3- تستند صلاحية الإتحاد الأوربي للتدخل في هذا المجال إلى المادة 114 الحالية من معاهدة عمل الإتحاد الأوربي، التي تتيح للإتحاد توحيد التشريعات الوطنية بهدف إنشاء سوق مشترك يضمن، وفقاً لأحكام المادة 26 من نفس المعاهدة "حرية تنقل السلع والأشخاص والخدمات ورؤوس الأموال".

قانون سابان Sapin02¹ كنتيجة منطقية للتطورات والتحديثات التي عرفها الإتحاد الاوربي فنصت المادة 38 منه أن تمنح للحكومة صلاحية اعتماد الجزء التشريعي من قانون الطلبات العمومية بموجب أمر في غضون 24 شهراً من تاريخ صدور هذا الأمر، فتم إقرار قانون العام للطلبات العمومية الجزء التشريعي بتاريخ 26 نوفمبر 2018² والجزء التنظيمي بتاريخ 03 ديسمبر 2018³، يجمع وينظم القواعد المتعلقة بمختلف عقود الطلبات العمومية في نص واحد بمفهوم القانون الأوربي، فشملت عقود الصفقات العمومية وعقود الإمتياز إضافة إلى عقود الشراكة وتضمن أيضاً قواعد متناثرة من نصوص أخرى محدّدة⁴، على أن يبدأ سريانه بتاريخ 01 افريل 2019، تمحورت الجهود لإقرار هذا القانون حول ثلاثة محاور⁵:

- تبسيط القواعد المعمول بها عن طريق تقليص عدد النصوص وتنسيق المفاهيم بشكل فعّال بين القانون الفرنسي والقانون الأوروبي لتحقيق التناسق والأمن القانوني؛

1-تبني هذا القانون بتاريخ 09 ديسمبر 2016 تحت رقم 1691-2016 المتعلق بالشفافية ومكافحة الفساد وعصرنة الحياة الاقتصادية يتضمن ثلاثة جوانب اولاً-مكافحة الفساد فأنشأ الوكالة الوطنية لمكافحة الفساد، ثانياً-تعزيز الشفافية بإنشاء مدونة اخلاقيات المهنة وصنع قرار العامة، ثالثاً-عصرنة الحياة الاقتصادية تسهيل الولوج إلى تمويل المؤسسات ومشاريع البنية التحتية، وتعزيز التنظيم المالي والإقتصادي وتحديث قانون الأعمال، فكل هذه الجوانب من أجل تعزيز وإصلاح التشريع الفرنسي بما يتماشى مع المعايير الأوروبية والدولية لا سيما مكافحة الفساد وإعطاء صورة إيجابية بخصوص الشفافية في فرنسا.

2 - Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique [JORF n°0281 du 5 décembre 2018](#).

3 - Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique [JORF n°0281 du 5 décembre 2018](#).

4 -هي الأوامر ومرسيميا التنفيذية التي أصدرها التشريع الفرنسي ملتزماً بالتوجيهات الأوروبية الثلاثة بتبنيها في التشريع الداخلي لفرنسا: التوجيه UE/23/2014 المتعلقة بمنح عقود الامتياز، التوجيه UE/24/2014 المتعلق بإبرام الصفقات العمومية في القطاعات التقليدية، والتوجيه UE/25/2014 المتعلق بإبرام الصفقات العمومية في القطاعات الخاصة، فأصدر المشرع الفرنسي تطبيقاً لهذه التوجيهات أوامر ومراسيمها التنفيذية: الأمر رقم 899-2015 المتعلق بالصفقات العمومية، ومرسومه التنفيذي 360-2016، إضافة إلى القواعد المتعلقة بمنح الإمتياز نظمت في الامر 65-2016 و مرسومه التنفيذي رقم 86-2016، أما القواعد المتناثرة من نصوص أخرى محدّدة، وهي قانون رقم 704-85 المتعلق بالاشراف المنتدب للمشروع العام، والقانون 1334-75 المتعلق بالمناولة، جمعت في نص واحد إصطلح عليه قانون العام للطلبات العمومية أو مدونة الطلبات العمومية.

5- Les grands axes de la réforme de la commande publique : plus de simplicité pour plus de croissance, publier le 01/10/2018 visité le 27/05/2023 à 22h :44. <https://www.economie.gouv.fr/>.

- دعم المؤسسات المتوسطة والصغيرة؛

- عصرنة الممارسات، تدابير الشفافية، مراعاة المعايير الاجتماعية والبيئية في منح العقود

وتنفيذها.

تمّ إلغاء الأمر 65-2016 والمرسوم التنفيذي 86-2016 المتعلقان بمنح عقود الإمتيازات ودخول إلى نظام قانوني جديد، والسؤال الذي يطرح كيف عالجت المدونة العامة للطلبات العمومية بشقيها التشريعي والتنظيمي تقنية تفويضات المرفق العام؟

في حقيقة الأمر أنّ هذه المدونة إستمرت في تطبيق القوانين السابقة المشتقة من التوجيهات الأوروبية سالفة الذكر، أي يمكن القول بدون تعديل للقواعد القانونية السابقة بخصوص عقود الإمتياز وتفويضات المرفق العام، وبالتالي فإنّه ليس إصلاحاً شاملاً، بل يهدف في المقام الأول إلى تجميع النصوص في تقنين واحد وموحد لجميع العقود، تمّ إضافة بعض التعديلات لدمج الاجتهادات القضائية الهامة بشكل خاص¹.

تمّ الإبقاء على النظام القانوني لتفويضات المرفق العام بالنسبة لجماعات المحليّة كما كان في الأمر 65-2016، وعقود الإمتياز بالنسبة للدولة والمؤسسات العمومية، فقد أعاد نفس التعريف لعقد الإمتياز بدون تغيير، في المادة 1211-1.L من مدونة الطلبات العمومية الجديد، غير أنّه أدرج في المادة 1211-3.L من نفس المدونة مصطلح "تفويضات المرفق العام" وأكدّ تصنيفها ضمن إمتياز المرفق معدلاً لأحكام المادة 06 الفقرة 02 من الأمر 65-2016، كما أنّ أحكام المادة 1411-1.L من قانون العام للجماعات المحليّة التي احتفظت بمصطلح تفويضات المرفق العام قد تمّ إدراجها في المدونة في المادة 1211-3.L، كما تمّ تعديل من الفقرة الأولى للمادة 1411-7.L من قانون العام للجماعات الإقليمية "عقد التفويض" إلى "اتفاقية تفويض المرفق العام"²، هذا دليل آخر على حرص المشرع الفرنسي للحفاظ على مكتسبات تقنية

1-Code de la commande publique au 1er avril 2019 et nouveaux textes applicables, la vie communale et départementale, n° 1085, avril 2019, site <https://amf83.fr/> 00:00 الساعة 2023/05/28 زيارة الموقع بتاريخ
2 -« Art. L. 1411-1.-Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent confier la gestion d'un service public dont elles ont la responsabilité à un ou plusieurs opérateurs économiques par une convention de délégation de service public définie à l'article L. 1121-3 du code de la commande publique préparée, passée et exécutée conformément à la troisième par, 2018-1074 op.cit

الباب الاول: تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية اختيار طرق التسيير والضرورة الاقتصادية

تفويضات المرفق العام من خلال تأكيده إدراج المصطلحات متكيّفًا مع الوضع الجديد الذي افرزته التحولات والتحدّيات الجديدة على منطقة اليورو، والحفاظ على الفكرة بتعزيز وتحديث تقنية تفويضات المرفق العام.

ولازالت تقنية تفويض المرفق العام تمثّل القسم الهام في عقود الطلبات العمومية في التشريع الفرنسي تحظى بمناقشات فقهية واجتهادات لمجلس الدولة بشأن ما يثير بخصوصها، لا سيما ضابط التمييز بينها وبين عقود الصفقات العمومية خاصة ركن مخاطر الإستغلال، وتعزيز الأمن القانوني للتقنية، خصوصًا أنّ التشريع الاوربي لا ينصّ على فكرة المرفق العام التي هي جوهر تقنية التفويض¹، كما مستّها إصلاحات في الإطار العام صدرت قوانين تكيف تقنية تفويضات المرفق العام ضمن مدونة الطلبات العمومية مع المستجد نذكر منها قانون "ASAP"² المتعلق بتسريع وتبسيط الإجراءات بخصوص النشاط العمومي، جاء لإصلاح الطلبات العمومية لمواجهة الازمة الصحية المتمثل في انتشار فيروس كورونا، فتمثلت في إتخاذ التدابير الإستثنائية في حالة الظروف الاستثنائية(كتمديد مدّة عقد التفويض المنتهي، حماية المؤسسات المشمولة بالتصفية القضائية، ومنع السُلطات المانحة من فسخ عقودها، حرّية ولوج الى الطلبات العمومية لاسيما في الظروف الاستثنائية) .

1- ويتمثّل الأمن القانوني في تعزيز تقنية تفويضات المرفق العام منها إثبات المرفق العام، موضوع العقد، الملحق، المقابل المالي المرتبط بمخاطر الإستغلال بشكل جوهري، الظروف الاستثنائية، مجالات التفويض.

وهذه بعض اجتهادات مجلس الدولة بخصوص تقنية تفويضات المرفق العام:

إجتهد مجلس الدولة بخصوص ضابط التمييز بين عقد 396352, 09/12/2016, 7ème - 2ème chambres réunies, CÉ, التفويض المرفق العام وعقد إمتياز الملك العام.

إجتهد مجلس الدولة بخصوص مجالات CE 21 septembre 2016, Sté du Grand Dijon et Sté Kéolis, n° 39965 التفويض لا يجب أن تكون واسعة النطاق للتنفيذه

إجتهد مجلس الدولة بخصوص حدود التفرقة بين CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, n° 168325 الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

2 -LOI n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, [JORF n°0296 du 8 décembre 2020](#).

الباب الاول: تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية اختيار طرق التسيير والضرورة الاقتصادية

ووفقاً لما تم ذكره سابقاً، يمكن تلخيص التسلسل الزمني لأهم التعديلات بخصوص التأطير التنظيمي والتشريعي الفرنسي لتفويضات المرفق العام على النحو التالي:

ما قبل التوجيهات الأوروبية 2014

-قانون التوجيه رقم 92-125 المؤرخ في في 06/02/1992 المتعلق بالادارة الاقليمية للجمهورية الفرنسية المسمى بقانون Joxe.

-القانون رقم 93-122 المؤرخ في 29/01/1993 المتعلق بالوقاية من الفساد، وإحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية المسمى بقانون Sapin1 المعدل بما يلي :

-القانون رقم 95-101 المؤرخ في 02/02/1995 المتعلق بتعزيز حماية البيئة؛

-القانون رقم 95-127 المؤرخ في 08/02/1995 المتعلق بالصفات العمومية وتفويضات المرفق العام؛

-القانون رقم 1168-2001 المتعلق بالتدابير الإستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الإقتصادي والمالي المسمى بقانون Murcef.

بعد التوجيهات الاوربية 2014

- الأمر 65-16 المؤرخ في 29 جانفي 2016 المتعلق بعقود الامتياز؛

-المرسوم التنفيذي المؤرخ في 01/02/2016 المتعلق بعقود الامتياز؛

-الامر رقم 1074-2018 المؤرخ في 26/11/2018 المتعلق بمدونة الطلبات العمومية؛

-المرسوم التنفيذي رقم 1075-2018 المؤرخ في 03/12/2018 المتعلق بمدونة الطلبات

العمومية؛

-قانون رقم 1525-2020 المتعلق بتسريع وتبسيط النشاط العموي للطلبات العمومية.

وتجدر الإشارة على أنّ هذه القوانين جاءت لتعكس رغبة المشرع الفرنسي في تعزيز مبادئ

الشفافية والوضوح فيما يتعلّق بالعقود بصفة خاصة، وفي المجال الإقتصادي عامة، فلا يوجد

نص واحد يعالج حصراً التفويض، بل شملت القواعد المنظمة لكل العقود بما فيها التفويض، وهذا ليس تقليلاً من أهمية تدخل المشرع في مجال التفويض¹.

الفرع الثاني: انتقال فكرة تفويضات المرفق العام إلى دول اخرى

لم تقتصر تقنية تفويضات المرفق العام بتجلياتها المختلفة على فرنسا، بل إنتشرت في دول العالم لما عرفته من تحولات جديدة فرضت عليها إصلاحات للتكيف معها، فانتهدت طرق بديلة عديدة لتسيير مرافقها العمومية عن طريق التعاقد والشراكة، لتحقيق الفعالية والنّجاعة في التسيير وجودة الخدمة العمومية، ففي مصر عُرف بعقد الإلتزام، وبعقود الشراكة التي تندرج تحتها عقود البوت وماشابهها، وفي المغرب عُرف بالتدبير المفوض، أما في تونس عُرف بعقود اللّزمات، ثمّ تفويضات المرفق العام في الجماعات المحلية، سنحاول في هذا الفرع معرفة مراحل تطور تقنيات التعاقد عن طريق تفويضات المرفق العام في هذه الدول بإعتبارها متبينة ومتجسّدة لتجربة النظام القانوني الفرنسي لتقنية التفويض.

أولاً: التطور التشريعي لتقنية التفويض في مصر

عُرف المشرع المصري التنظيم التشريعي لأقدم أنواع صور عقود التفويض منذ فترة طويلة وهو عقد إلتزام المرافق العامّة، بموجب قانون رقم 129 لسنة 1947، الذي كان أول تشريع في عقود الإمتياز، إلاّ أنّه لم يتماشى مع المشرع الفرنسي في تطوير هذه التجربة، وتوسيع مجالها لتشمل صور عقود جديدة وتأطير قانوني مستقل.

فالملاحظ للتطور التاريخي لعقود التفويض المرفق العام في مصر أنّه مرّ بمراحل عديدة تمثّلت البداية بصدور قانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالإلتزامات المرافق العامة، ثمّ تلاه قانون 61 لسنة 1958 في شأن منح الإمتيازات المتعلقة بإستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامّة وتعديل شروط الإمتياز، فتناول القانون الأوّل تنظيم الأحكام الموضوعية لعقد الإلتزام المرافق العامّة في تسعة مواد، كما نصّ في المادة الأولى منه على مدّة العقد بمنح عقد الإلتزام

1 - رضا بشقورة، تفويضات الهيئات المرفقية للجماعات المحلية، رسالة دكتوراه، قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2019-2020، ص29.

المرفق العام لمدة لا تزيد عن ثلاثين سنة كحد أقصى، كما نصّ في المواد من 02 الى 07 حق الرقابة للسلطة مانحة الإلتزام على إنشاء وإدارة المرفق العام موضوع الإلتزام، وحق أيلولة المرفق العام للسلطة المانحة بعد انتهاء المدة¹.

أمّا القانون الثّاني فجاء المادّة الأولى منه بمنح إمتيازات متعلّقة بإستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقرار من رئيس الجمهورية، وبعد موافقة مجلس الشعب، وبالنسبة لموارد الثروة المائية، ومناطق صيد الطيور التابعة للوزارة الحربية يكون منح الإمتياز الخاص بإستثماراتها بقرار من وزير الدفاع إذ لم تتجاوز مدّته خمس سنوات²

أمّا المرحلة الثّانية فهي مرحلة وجوب إصدار قانون بمنح إمتياز المرفق العام، فإنقلت فيها الدّولة إلى دولة مؤسّسات، إتّجهت فيها إلى إتّباع أسلوب الخصخصة، وتشجيع إشراك القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العمومية، نظرًا لعدم توافق هذا التنظيم القانوني لعقود الإلتزام من خلال هذين القانونين مع التطوّرات الحديثة في مجال عقود الإلتزام، إضافة إلى مشكلة الديون وإصلاحات المفروضة من طرف المؤسّسات الدّولية للإقراض مثل البنك الدولي، وإسهامات إصلاحية سابقة كلّها عوامل ساهمت في لجوء المشرّع المصري إلى تعديلات جزئية، تقوم على اعتماد نهج التنظيم القطاعي لإشراك القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العمومية، وهذه التعديلات تتيح للحكومة إبرام عقود الإمتياز المعروفة بعقود البوت، التي تتعلق ببعض المجالات مثل انشاء المطارات ومحطّات الكهرباء ومحطّات المياه وكذلك الطّرق، ويمكن عرض الإطار التشريعي للمعالجة الجزئية لغياب التنظيم التشريعي لعقود البوت، حيث صدرت أربعة قوانين وهي³:

-القانون رقم 100 لسنة 1996 يتعلق بتعديل بعض الأحكام لقانون رقم 13 لسنة 1976

في شأن اختصاصات هيئة كهرباء مصر؛

1- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 53.

2- جهاد زهير ديب الحرازين، الاثار المترتبة على عقد الامتياز دراسة نظرية مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، 2015، ص42.

3- حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير-دراسة مقارنة-، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص224.

-القانون رقم 229 لسنة 1996، لتعديل أحكام القانون رقم 84 لسنة 1986 بشأن الطرق

العامّة؛

-القانون رقم 3 لسنة 1997 في شأن منح التزامات المرافق العامّة لإنشاء وإدارة وإستغلال

المطارات وأرض النزول؛

-القانون رقم 22 لسنة 1998 في شأن الموائى المتخصّصة.

وتنصّ أحكام هذه القوانين بإمكانية منح التزامات المرافق العامّة للمستثمرين المحليين والاجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وإستغلال وصيانة محطّات توليد الكهرباء والطّرق العامّة والموائى والمطارات دون الإلتزام بأحكام القانون 129 لسنة 1947 والقانون 61 لسنة 1958¹ المشار إليهما، منها صلاحية السّلطة التنفيذية في منح الإمتياز بقرار من مجلس وزراء بإقتراح من وزير القطاع، خضوع عمليات الإبرام إلى قواعد الإشهار والمنافسة، كما حدّدت مدّة الإلتزام بتسعة وتسعين سنة كحد أقصى، وتنظيم حق الرّقابة والإشراف بين الإدارة والملتزم من خلال عقد الإلتزام².

إزدادت وتيرة عمليات الخصخصة إبتداءً من عام 2004 ، ومع إنشاء وزارة الإستثمار في نفس العام، تسارعت أكثر في مجال المرافق العامّة مع إعتقاد إستراتيجية وطنية في عام 2006 تهدف إلى تشجيع الإستثمارات الخاصّة في مشاريع البنية التحتية مثل المياه والنقل والصحة والتعليم، والتي تحدّد بوضوح الإجراءات المتّبعة لعمليات الخصخصة، فخلال الفترة من 1999 إلى 2008، تمّ دمج القطاع الخاص عبر عقود شراكة بين القطاعين في أربعة مجالات رئيسية: الإتّصالات، والنّقل، والمياه، والصّرف الصّحي.

إلا أنّ التجربة المصرية في تنظيم إشراك القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العمومية من خلال هذه المعالجة الجزئية واجهت إنقادات لعدم وجود إطار شامل ينظّم مشاركة قطاع الخاص في تسيير المرافق العمومية، فكانت تجربة قطاعية فقط. وردت إستثناءً على قانون رقم 129

1 -ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، ط1، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، 2003، ص39.

2 - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق ، ص 57.

الباب الاول: تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية اختيار طرق التسيير والضرورة الاقتصادية

لسنة 1947، وقانون 61 لسنة 1958، إضافة إلى الإصلاحات السابقة إنتقلت مصر إلى المرحلة الثالثة وهي مرحلة المنح بناءً على قانون.

تمثلت المرحلة الثالثة بصدور تشريع شامل موحد ينظم عقود الإمتياز عن طريق عقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص لتغطية النقص التشريعي المتمثل في التنظيم القطاعي لعقود B.O.T وهو ما يساير التشريعات الحديثة وتوجيهات المنظمات الدولية¹ بخصوص تسيير المرافق العمومية وتنفيذها، وسد العديد من الثغرات التي ظهرت في التجارب السابقة، فأصدر المشرع المصري القانون رقم 67 لسنة 2010² المتضمن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، واللائحة التنفيذية³.

ينقسم القانون إلى 4 فصول بمجموع 39 مادة، تناولت فيها الأحكام العامة ومعالجة اللجنة العليا لشؤون المشاركة والوحدة المركزية للمشاركة، إضافة إلى إجراءات الإبرام والإرساء والأحكام الموضوعية لعقد المشاركة، وفي مقدمة القانون الجديد أولى المشرع أهميته على تأكيد تطبيق قانون 67 لسنة 2010 على العقود الجديدة دون سواه بنص المادة الأولى منه "تسري أحكام القانون المرفق على عقود المشاركة مع القطاع لن تخضع هذه العقود لأحكام القانون رقم 129 لعام 1947 بشأن منح امتيازات المرافق العامة، والقانون رقم 61 لعام 1958

1 - وقد تبني البنك الدولي مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص (public-private-partnership) ويرمز له بالرمز (ppp) "وهي عقد طويل الأجل بين هيئة عمومية وطرف خاص بهدف تنمية أو تسيير مرفق عمومي أو تقديم خدمة عمومية، وبموجب هذا العقد يتحمل الطرف الخاص جزءاً هاماً من المخاطر والمسؤوليات، وترتبط حقوقه بمدى الفعالية والأداء التي يقدمها"، وبناءً على توصيات البنك الدولي، يتضمن البرنامج الوطني للشراكة بين القطاعين العام والخاص ستة أنماط للاستفادة من الشراكة بين القطاعين العام والخاص وهي: عقود المرفق، عقود التسيير، عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية ويرمز لها ب(BOOT)، وعقود البناء والتشغيل والتحويل ويرمز لها ب(BOT) وعقود البناء والملكية والتشغيل ويرمز لها ب(BOO) إضافة إلى عقود الإمتياز والإيجار <https://ppp.worldbank.org> ومبدأ الشراكة بين القطاعين العام والخاص (ppp) بمفهومه الحالي ظهر في السبعينيات والثمانينيات في إطار عمليات التنمية الحضرية في الولايات المتحدة، قبل أن يتبنى في المملكة المتحدة في التسعينيات من القرن الماضي.

2- قانون رقم 67 لسنة 2010 باصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة، ح.ر، ع 06 مكرر(أ)، الصادرة في 18 ماي 2010 .

3 - تم اعتماد اللائحة التنفيذية بتاريخ في 23 جانفي 2011 تطبيقاً للقانون رقم 67 لسنة 2010.

بشأن الامتيازات المتعلقة باستثمار الموارد الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك قانون المناقصات العامة رقم 89 لعام 1998 الذي ينظم المناقصات والعطاءات وأي قوانين خاصة أخرى تتعلق بمنح امتيازات المرافق العامة."

وتمّ تعديل بعض أحكام هذا القانون عن طريق قانون رقم 153 لسنة 2021 حيث جاء بإستحداث طرق جديدة للتعاقد مع القطاع الخاص كالتعاقد المباشر والمزايدة المحدودة، إضافة إلى إستحداث أيضاً آليات جديدة لإختيار مشروعات القطاع الخاص وتقليص مدّة التطلّعات، وهذه التعديلات جاءت لتتماشى مع التطوّرات التي فرضتها التحوّلات الإقتصادية لمصر.

وتجدر الإشارة على أنّ مصطلح التفويض لم يعرف في التشريع المصري، غير أنّه تبنّاه كنظام قانوني مستقل لأحد صوره كعقود الالتزام بادئاً، ثمّ تطوّر إلى أن أصبح مفهوم واسع بمصطلحات مختلفة تمثّلت في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص التي تنضوي تحتها عدّة عقود كلّها تتفق مع تفويضات المرفق العام بشروطها ومرتكزاتها لا سيما الإرتباط المالي للمتعاقد مع الادارة "إرتبط جوهري بنتائج الاستغلال"، كما أنّ عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وهو نص حديث يستغرق فيها مفهوم التفويض¹، لكن لم تعرف عقود التفويض بمفهومها الحالي في التشريع المصري إلى التطوّر المطلوب مقارنة مع التشريع الفرنسي والتحديثات الأوربية في هذا المجال.

ثانياً: التطور التشريعي لتقنية التفويض في تونس:

لم تُستثنى تونس من المراحل التي مرّ بها العالم بخصوص تسيير المرافق العمومية، والتي مرّت بثلاثة مراحل من التسيير المباشر إلى مرحلة التخلّي لصالح الخواص، ثمّ مرحلة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، عرّف النظام القانون التونسي تطبيق تقنية الإمتياز والمسماة بالّلزمة قديماً كأحد صورة لتفويضات المرفق العام².

¹ -محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام-دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص70.

2 -يوجد في المنظومة القانونية التونسية للشراكة حالياً صيغتين، الصيغة الأولى تتمثل في الشراكة عن طريق عقود اللّزمات أو الإمتياز وهي إحدى الصّور القديمة لتفويضات المرفق العام بنص القانون 23-2008 المؤرخ في 01=

ظهرت بعض التجارب في عهد الحماية على تونس إمتياز النقل والمناجم، غير أنّها تأثرت بتراجع الأفكار الليبرالية لحساب الأفكار الاشتراكية غداة إستقلالها، تميّزت بتأميم المرافق العمومية، وتسييرها المباشر من طرف الدولة في أغلب الأنشطة الإقتصادية إلى غاية الإعلان عن البرنامج الإصلاحى الهيكلى سنة 1986 حدّد فيه الأنشطة التي تبقى حكراً على الدولة وفتح الطريق أمام القطاع الخاص لتسيير وإستغلال المرافق العمومية، صدر في هذه الفترة نصوص قطاعية تنظّم تقنية الإمتياز: كالتّصوص المتعلقة بتسيير الغابات والمنتزهات الحضرية والملك العمومي للطّرق، والملك البحري والملك المائي...، وكذلك تمكين الجماعات المحليّة من تسليم اللّزمات (الإمتياز)، غير أنّ هذه النّصوص القطاعية المتعدّدة لم تنص على المبادئ وإجراءات الإبرام وتنفيذها¹، وسكوتها عن تحديد الحقوق والواجبات والضمانات المتبادلة بين أطراف عقد اللّزمة لاسيما في مجال البناء، والمنشآت التي تتجز في إطارها، ومن بين القوانين القطاعية التي خوّلت إمكانية تفويض بناء وإستغلال المنشآت البنية التحتية وبعض المرافق العامة إلى اشخاص القانون الخاص:

- القانون رقم 17 لسنة 1987 والمتعلق ببناء وإستغلال الطرق السريعة ؛

- القانون رقم 73 لسنة 1995 الخاص بالتصرّف وأشغال الملك البحري العمومية؛

- القانون رقم 25 لسنة 1999 المتعلق بإستغلال وإستعمال الملك العمومي للموانئ (البحرية

التجارية)؛

- القانون رقم 58 لسنة 1999 المتعلّق بإحداث وإستغلال المطارات المدنية أو أجزاء منها؛

- القانون رقم 70 لسنة 2004 والمتعلّق ببناء وإستغلال محطّات ومنسات التطهير؛

- القانون 57 لسنة 2004 المتعلّق ببناء المطارات المدنية.

=أفريل 2008 المعدل، والصيغة الثانية وهي عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص بنص القانون 49-2015

المؤرخ في 27 نوفمبر 2015 المعدل، رر للجمهورية التونسية، 1 ديسمبر 2015، عدد 9.

1 - للإطلاع أكثر أنظر إلى تقرير حول المشاريع الإستثمارية المنجزة في إطار عقود الشراكة مع القطاع الخاص أو

في شكل لّزمة أو بواسطة آليات التمويل أخرى خارج إطار ميزانية الدولة، متاح على الموقع :

<http://www.finances.gov.tn/sites/default/files/2022-01/br177521.pdf>

وإزاء ما تقدّم من إنتقادات التي إصطحبت تجربة التنظيم القطاعي لعقود اللّزمات لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العامة، ولأهمية التي أصبحت تكتسيها الشراكة بين القطاع العام والخاص، والحاجة إلى ضوابط قانونية موحّدة على غرار التشريعات المقارنة، تدخّل المشرّع التونسي بسن قانون رقم 23 المؤرخ في 01 افريل 2008 المتعلّق بنظام اللّزمات كنص قانوني مستقل عام وشامل يوطّر ويوحّد نظام اللّزمات من المبادئ العامّة لإبرامها إلى الشروط وإجراءات منحها والتنفيذ والرّقابة¹، وأبرز ما جاء في هذا القانون² نلخصه مايلي: جاء في الباب الأول منه أحكام عامّة وتعريفات، فنصّت المادّة الأولى على تحديد النظام القانوني لعقد اللّزمة، وضبط المبادئ الأساسيّة لمنحها وتنفيذها ومتابعتها، ومراقبتها وتحديد النظام القانوني للبنائيات والمنشآت والتجهيزات اللّزمة لتنفيذها.

- إعماده في المادّة الثانية لمدلول واسع لمفهوم اللّزمة إذ اعتبرت عقد اللّزمة تفويضًا للتصرّف في مرفق عمومي، أو إستغلال وإستعمال أملاك أو معدّات عمومية.
- تكريسه في المادّة الرابعة لمبدأ التوازن المالي لعقد اللّزمة، ومبدأ تقاسم المخاطر بين طرفي عقد اللّزمة، وهو جوهر عقد التفويض بصفة عامّة.

أمّا في الباب الثاني فجاء فيه المبادرة بعرض اللّزمات وإختيار صاحب اللّزمة، فنصّت المادّة الثامنة منه فتح باب المبادرة من خلال تقنين إجراءات قبول العروض التلقائية، وفي المادّة التاسعة إقراره لمبدأ الدّعوة إلى المنافسة لمنح عقد اللّزمة مع الأخذ بعين الاعتبار لمبدأ الإعتبار الشخصي عن طريق التفاوض، وضبط الباب الثالث من المادّة 18 الى 34 مكونات عقد اللّزمة من بنود تتعلّق بوثائق ومحتوى العقد، إضافة إلى ضبط الحقوق والواجبات بين طرفي العقد.

توالى عدّة تعديلات وتتمّة لهذا القانون شملت الإطار العام المنظم لعقود اللّزمات، كما جاءت لتوسّع تعريف مانح اللّزمة ليشمل الجماعات المحليّة، أي خضوع أعمالها إلى القوانين

1 - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 64-65

2- قانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في أول افريل 2008 المتعلّق بنظام اللّزمات، رر عدد 028 الصادر بتاريخ 2008/04/04.

المعمول بها في مجال الشراكة، ثم تمّ تكريس تقنية تفويض المرفق العام كنظام قانوني يؤطرها يخصّ الجماعات المحليّة ومرافقها، فصدر القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 مؤرخ في 9 ماي 2018¹ يتعلّق بمجلة الجماعات المحلية على غرار مدونة الجماعات المحلية في التشريع الفرنسي، حيث نصّ على ثلاثة كتب بمجموع 400 فصل، ونصّ صراحة على تفويض المرفق العام للجماعات المحلية فقط دون سواها إلى جانب عقد اللّزمة (الامتياز)، وعقد الشراكة ضمن الفرع الثاني بعنوان التسيير التعاقدية، الباب الثاني المعنون بأحكام الجماعات المحلية ومرافقها من الكتاب الأول المعنون بالأحكام العامّة من الفصل 83 إلى 101، خصّ الفصل 85 إلى الفصل 99 بتفويضات المرفق العام بنفس النهج الفرنسي من وصف للتفويضات المرفق العام كما جاء به قانون مورسيف، إضافة إلى نصّه على المبادئ التي يخضع لها عقد التفويض من المنافسة والمساواة والشفافية والنزاهة، كما تناول حالات الإقصاء من المشاركة، إضافة إلى إجراءات إبرام، وتنفيذ عقود التفويض.

والملاحظ لهذه الفصول الشبيهة لحدّ ما لما تناوله المشرّع الفرنسي، أنّها فرّقت بين عقود اللّزمة وعقود التفويضات المرفق العام، رغم أنّ ما استقرّ عليه التشريع الفرنسي إستغراق عقود الإمتياز في تفويضات المرفق العام، بل أقرّ في مدونة الطلبات العمومية بأنّ تفويضات المرفق العام هي إمتياز مرفق عام، كما أنّ المشرّع التونسي لم يحدّد في هذا الفرع أنواع عقود التفويض المرفق العام فأكتفى بهذه التسمية فقط، أي عقود تفويض المرفق العام إلى جانب عقود اللّزمات (الإمتياز)، ومن المفيد التنبيه أنّه خصّ التفويض فقط، المرافق العمومية ذات الطابع الإقتصادي والصنّاعي والتجاري بخلاف المشرّع الجزائري والفرنسي الذي أقرّ بتفويض المرفق العام الإداري على غرار المرافق العمومية الأخرى².

1 - القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرخ في 09 ماي 2018، يتعلّق بالجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 39 مؤرخ في 15 ماي 2018 .

2 - الفصل 85 من المرجع نفسه " للجماعات المحليّة، بمداولة من مجالسها، أن تقرّر إستغلال مرافق عامّة ذات صبغة اقتصادية صناعية وتجارية بواسطة عقود " تفويض مرافق عامّة محليّة "، تمكّن بمقتضاها جماعة محليّة بصفقتها مانحة التفويض شخصا عموميًا أو خاصًا بصفته صاحب التفويض، التصرّف في مرفق عمومي لا يكتسي صبغة إدارية يعود

فيمكن إيجاز التسلسل الزمني لأهم التعديلات التي تناولها المشرع التونسي بخصوص تفويضات المرفق العام:

- الأمر رقم 2034 لسنة 2008¹ مؤرخ في 26 ماي 2008 يتعلق بضبط كيفية مسك دفتر الحقوق العينية الموظفة على البنايات والمنشآت والتجهيزات الثابتة المنجزة في إطار اللّزمات.
- أمر حكومي عدد 1185 لسنة 2016² مؤرخ في 14 أكتوبر 2016 يتعلق بضبط تنظيم وصلاحيات الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الذي حدّد مجال تدخل هذه الهيئة في حوكمة سير مشاريع الشراكة في صيغة عقود اللّزمات وعقود الشراكة؛
- أمر حكومي عدد 316 لسنة 2020³ مؤرخ في 20 ماي 2020 يتعلق بضبط شروط وإجراءات منح اللّزمات ومتابعتها، فجاء فيه بإضفاء المزيد من المرونة والنجاعة في إبرام وتنفيذ مع الحرص تطبيق مبادئ الشفافية والمساواة بين المرشّحين لا سيما المشاريع الصّغرى.
- قانون عدد 9 لسنة 2021⁴ مؤرخ في 1 مارس 2021 يتعلق بالمصادقة على مرسوم رئيس الحكومة عدد 24 لسنة 2020 المؤرخ في 28 ماي 2020 المتعلق بضبط أحكام خاصة بحالات التمديد في عقود اللّزمات، غير أنّه لم يحدّد في القانون رقم 23 لسنة 2008 المنظم الأوّل لعقود اللّزمات المدّة بل تركه للعقد على خلاف التشريعات المقارنة.

لها بالنظر على أن يكون المقابل المالي مرتبطا بالأساس بنتائج التصرّف في المرفق العام موضوع التفويض وأن يتحمّل صاحب التفويض المخاطر المالية للنشاط المرفقي.

- 1 -الأمر عدد 2034 لسنة 2008 المؤرخ في 26 ماي 2008 يتعلق بضبط كيفية مسك دفتر الحقوق العينية الموظفة على البنايات والمنشآت والتجهيزات الثابتة المنجزة في إطار اللّزمات، رر عدد 045 الصادر بتاريخ 2008/06/03.
- 2 - أمر حكومي عدد 1185 لسنة 2016 مؤرخ في 14 أكتوبر 2016 يتعلق بضبط تنظيم وصلاحيات الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، رر عدد 085 الصادر بتاريخ 2016/10/18.
- 3 -أمر حكومي عدد 316 لسنة 2020 مؤرخ في 20 ماي 2020 يتعلق بضبط شروط وإجراءات منح اللّزمات ومتابعتها، رر، ع 045 الصادر بتاريخ 2020/05/20.
- 4 - قانون عدد 9 لسنة 2021 مؤرخ في 1 مارس 2021 يتعلق بالمصادقة على مرسوم رئيس الحكومة عدد 24 لسنة 2020 المؤرخ في 28 ماي 2020 المتعلق بضبط أحكام خاصة بحالات التمديد في عقود اللّزمات، رر، ع 22 الصادر بتاريخ 2021/03/05.

وتجدر الإشارة على أنّ قانون رقم 23 لسنة 2008 جاء ليوحّد الإطار العام لعقود اللّزمات فإنّه لم يلغي أو يعدّل أحكام النصوص القانونية القطاعية التي لازالت سارية المفعول من شأنه أن ينتج عنه تعارض وتباين في الإجراءات، كما أنّ مجلة الجماعات المحلية لسنة 2018 كرّست عقود تفويضات المرفق العام صراحة وتأطيرها وخصتها للجماعات المحلية والمؤسسات التابعة لها دون غيرها على خطى التشريع الفرنسي واستثنت المرافق العمومية ذات الطابع الاداري من التفويض بخلاف التشريع الفرنسي.

ثالثاً: التطور التشريعي لتقنية التفويض في المغرب

يمتلك المغرب، منذ بداية القرن العشرين، خبرة طويلة في مجال عقود التدبير المفوض¹ المتمثلة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي سبقت فيها الممارسة العملية النصوص القانونية، لإنجاز وإستغلال المرافق العمومية، غير أنّه لم تكن موحّدة ومؤطرة بنص قانوني، أي غياب الأساس القانوني طيلة سنوات الممارسة العملية لتقنية التدبير المفوض، والملاحظ للتطور التاريخي للتدبير المفوض في المغرب أنّه مرّ بمراحل من الممارسة التطبيقية إلى التأطير القانوني لها، ويمكن إجمال هذه التطورات في المراحل التي مرّ بها²:

المرحلة الأولى ما قبل 1912: تمّ إبرام فيها أولى العقود لمنح الإمتياز بعد توقيع على معاهدة الجزيرة الخضراء سنة 1906، عملت السلطات العمومية إلى منح الإمتيازات المرفقية إلى الأجانب، بتطبيق المادتين 105 و 106 من المعاهدة، واللّتان تتصّان على إستخدام رؤوس أموال

1 - مصطلح التدبير المفوض مصطلح مقتبس من التشريع الفرنسي ترجمة لـ La gestion déléguée التي جاء بها قانون التوجيه 92-125 المتعلّق بالادارة الاقليمية للجمهورية¹ والمسمى « loi joxe » في المادة 52 منه، وفي الفقه المقارن يترجم إلى التسيير المفوض، إستعمل المشرّع المغربي لأول مرّة المصطلح ابتداءً من سنة 1997 من خلال إتفاقية للمجموعة الحضرية للدّار البيضاء والشركة الفرنسية la lyonnaise des eaux والذي تحوّل بموجبه إلى تسيير مرفق توزيع الماء والكهرباء والتطهير السائل لهذه الشركة لمدة 30 سن.، إمتداداً لسياسية الخوصصة التي شرع فيها المغرب منذ 1993 تطبيقاً لقانون الخوصصة 89-39 للإطّلاع أكثر أنظر إلى التقرير الخاص بالتدبير المفوض للمرافق العمومية في خدمة المرتفق، تقرير المجلس الإقتصادي والإجتماعي والبيئي، إخطار رقم 18-2015، المنشور على الموقع الالكتروني www.cese.ma.

2-تقرير حول التدبير المفوض للمرافق العامة المحلية، تقرير المجلس الأعلى للحسابات 2014، ص ص 12، 13، المنشور على الموقع الالكتروني <http://www.courdescomptes.ma>

أجنبية لتشغيل المرافق العامة، وتحديد آليات المزايدة العامة لمنح الإمتياز، وما يميّز هذه المرحلة أيضاً الإتفاقية الدولية لعام 1911 بين فرنسا وألمانيا، والتي تسمح بإمكانية إستغلال المرافق العمومية من قبل الدولة أو منح الإمتياز للقطاع الخاص¹.

مرحلة معاهدة الحماية 1914-1920: تميّزت هذه المرحلة بعد التوقيع على معاهدة الحماية سنة 1912 والتي فقدت خلالها الحكومة المغربية سلطتها في إبرام عقود الإمتياز دون الرجوع إلى ترخيص من طرف الحكومة الفرنسية إلاّ أنّها سجلت بداية من هذه المرحلة أعلاه عدّة عقود إمتياز بشكل واسع في ميادين الطّاقة والنّقل بالسّكك وإستغلال الموانئ.

في 1914 تمّ إنشاء الشركة المغربية للتوزيع المياه والكهرباء والغاز (SMD) التي أبرمت تحت صيغة الإمتياز بإنتاج وتوزيع المياه في أربع مدن مغربية، كما منحت في هذه الفترة حقوق الإمتياز لشركات أخرى لتنفيذ مشاريع بنية تحتية للسكك الحديدية والموانئ، نذكر منها الخط السككي بين طنجة وفاس سنة 1914، والخط السككي بين فاس ومراكش سنة 1920، تمّ إستغلال أيضاً موانئ طنجة والدار البيضاء من قبل متعامل اقتصادي خاص في سنة 1916².

مرحلة الإستقلال 1947-1956: تميّزت هذه المرحلة بتوسّع عقود الإمتياز لتشمل مدن أخرى إلى غاية حصول المغرب على الإستقلال سنة 1956 حيث إستعادت السّطات العمومية إدارة جميع القطاعات التي كانت تحت عقود الإمتياز وأصبحت تديرها مباشرة، وقرّرت التخلّي عن أسلوب الإمتياز.

مرحلة الإصلاحات بداية أواسط الثمانينيات: وهي مرحلة توجّه المغرب نحو الإقتصاد الليبرالي يركز فيها على ثلاثة مرتكزات أساسية: الحرية الإقتصادية، والخصوصية، وسياسة التقشّف في المالية العمومية، فبدأ الإهتمام بالعودة إلى التسيير الخاص للمرافق العمومية وأبرمت العديد من عقود الإمتياز في القطاعات الحيوية كتوزيع المياه والغاز والكهرباء، وجمع النفايات والصّرف الصّحي والنّقل الحضري، ونظراً لتبني المغرب سياسة خصوصية المرافق العمومية،

1 - مريم قطاف، البعد الاجتماعي لعقود تفويض المرافق العامة من خلال مكانة المنتفعين (دراسة مقارنة بين كل من الجزائر، تونس، المغرب)، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ع الأول، 2022، ص368.

2 - تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، المصدر السابق، ص27.

فظهرت إلى الوجود عدّة شركات في مجال توزيع الماء والكهرباء في بداية التسعينيات، إستخدم لأول مرّة مصطلح التدبير المفوض من خلال إتفاقية للمجموعة الحضرية للدار البيضاء والشركة الفرنسية la lyonnaise des eaux سنة 1997¹، إلا أنّ التأطير القانوني لهذا النوع من العقود كان شبه منعدم ما ترتّب عنه الصّعوبات العملية، والإنقادات والشكوك القانونية التي رافقت التجربة والتي حاولت الممارسات التعاقدية مواجهتها، فتمّ إنتقاد قصور الإجراءات المتعلقة بمراقبة المفوض إليه، ومن الإنقادات أيضًا عدم إحترام المفوض إليه للإلتزامات التعاقدية في مجال الإستثمارات وإرتفاع الأسعار².

مرحلة التنظيم القانوني: بدأت بوادر التنظيم القانوني لتفويض المرفق العام تحت إسم التدبير المفوض عند إعداد مشروع قانون يتطلّع إلى وضع إطار تنظيمي لإجراءات التدبير المفوض متأثرًا بالتجربة الفرنسية، وإستلهم في إنجازه من التشريعات الأوربية، كما إستفاد التشريع المغربي من التجارب السابقة متمثلة في ممارسات نظام الإمتياز، ولوجود الفراغ القانوني والثغرات ومعالجة القصور الذي كان يتصف به الأسلوب القديم، تكلّلت الجهود بصدر قانون رقم 05-54 بتاريخ 2006/02/14³ يوطّر عقود تفويضات المرفق العام تحت المسمّى قانون التدبير المفوض للمرافق العامة، جاء هذا القانون مستقل عن تنظيم الصفقات العمومية على خلاف التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري بدمج الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في نص واحد، لهذا سنرى مالذي جاء به هذا القانوني.

بوّب القانون الجديد خمسة أبواب، إستهل الباب الأول بالأحكام العامة من مادة 02 إلى 16 أمّا المادّة الأولى منه جاءت بتحديد مجال التطبيق فأختص الجماعات المحلية أو هيئاتها والمؤسّسات العمومية، وإختصّت الأحكام العامة بتعريف تدبير المفوض، كما أخضع في المادة

1 - محمد سعيد السعدي، الشراكة بين القطاع والقطاع الخاص، بحث منشور متاح على الموقع

<https://www.annd.org>

2-الميلود بوطريكي، التدبير المفوض للمرافق العامة والمنافسة، المجلة الالكترونية للدراسات والابحاث القانونية، ص2

متاح على الموقع <https://www.9anonak.com/>

3 - القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، ج ر، ع 4505 الصادرة بتاريخ 16 مارس

.2006

الثالثة المفوض له إلى المبادئ التي تحكم المرفق العام، ونصت باقي المواد على التوازن المالي والدعوة إلى المنافسة لإختيار المفوض له، إضافة إلى اللجوء إلى التحكيم في المنازعات، كما نصت الأحكام العامة أيضاً إلى مضمون العقد ومدته ونهايته.

أما الباب الثاني فتناول حقوق وواجبات المفوض، جاء فيها الرقابة الممارسة على التدبير المفوض، والمراجعات الدورية للعقد والوقوف على التزامات المفوض.

في حين نصّ الباب الثالث على حقوق وواجبات المفوض له منها إمكانية التعاقد من الباطن ومراجعة مخالفة المرتفقين، كما ألزمت المفوض له بإدارة المرفق العام على مسؤوليته وتحمل المخاطر مع وجوب تأسيس شركة من طرف المفوض له خاضعة للقانون المغربي، والإحتفاظ بمستخدمي التدبير المفوض.

ويحتوي الباب الرابع على الإعلام والمنازعات ونص فيه على إحداث نظام الرقابة الداخلية من طرف المفوض له، وضرورة نشر المعلومات المالية والعقوبات والتعويضات في حالة عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية.

كما صدر مرسوم تطبيقي¹ لأحكام المادتين 05 و 12 من القانون 05-54 والمتعلقان بتحديد أشكال وكيفية إعداد وثائق الدعوة إلى المنافسة وإعداد العقود النموذجية التي تحدّد البنود الإجبارية لعقد التدبير المفوض كلها عن طريق قرار من وزير الداخلية.

والجدير بالتنبيه على أنّ مصطلح التدبير المفوض قد أشارت إليه قوانين سبقت الإطار التشريعي سابق الذكر، نذكر منها الميثاق الجماعي لسنة 2002 بنص المادة 39 من القانون

00-78 حيث جاءت معنونة "بالمرافق والتجهيزات العمومية المحلية

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

القطاعات التالية:

-التزود بالماء الصالح للشرب وتوزيعه ؛

1-المرسوم رقم 2.06.362 المتعلق بتطبيق المادة 05 و 12 من القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة ج ر، ع 5454 الصادرة بتاريخ 07 سبتمبر 2006.

-توزيع الطاقة الكهربائية ؛

-التطهير السائل ؛.....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 للقوانين والأنظمة المعمول بها....."¹

نستشف من هذه المادة أنّ المشرع المغربي قد أحال إلى تطبيق التدبير المفوض بالرغم من عدم صدور أي تأطير قانوني قبل قانون 05-54، مما يدل على التطبيقات القانونية لهذا الأسلوب من الناحية العملية.

لقد ظلت المنظومة القانونية المغربية تركز هذا الأسلوب من خلال التحديثات القانونية لا سيما قانون التنظيم رقم 113.4 المتعلق بالجماعات، فنص المادة 83 منه التي إعتبرت التدبير المفوض من سبل التدبير الحديثة المتاحة للجماعات المحلية إلى جانب الأساليب الأخرى².
إلا أنه مازالت التجربة تواجه إنتقادات وما ترتب عليها من آثار خصوصا أنّ النظام القانوني للتدبير المفوض أحال إلى نصوص تطبيقية صدرت متأخرة والأخرى لم تصدر بعد، كما أنّ مفهوم التدبير يختلف عما جاء به التشريع الفرنسي بخصوص إرتباط الجوهري للأجرة بنتائج الإستغلال، إضافة قصور عملية الرقابة على عقود التدبير المفوض.

الفرع الثالث: تكريس عقود تفويض المرفق العام في التشريع والتنظيم الجزائري.

لقد مرّ أسلوب تسيير المرافق العامة في الجزائر بمراحل نتيجة للتحوّلات السياسية والإقتصادية التي عرفتھا، لاسيما بعد التعديل الدستوري 1989 أفرزھا المحيط الإقتصادي الدولي والتحدّيات الداخليّة، أدّى إلى تكيف المنظومة القانونية لأساليب التسيير مع التوجه الإيديولوجي الجديد الذي إنتهجه الجزائر متمثلة بالأساس في نظام إقتصاد السوق، والتخلي عن النظام

1 - المادة 39 من قانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، ج ر ، ع 5058 ، صادر بتاريخ 21 نوفمبر 2002.

2 - عبدالله كوعروس، التدبير المفوض للخدمات الترابية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد خاص بالجماعات الترابية،/ 2019 ، المقال متاح على الموقع

الإشترافي الذي كرسه دستور 1976¹، فسُمِحَ بإشراك القطاع الخاص في إدارة مرافقها العمومية، وتحولت الدولة من دولة متدخلّة إلى دولة حارسة أو ضابطة، كما ساد الإقتناع على أنّ النهوض بالقطاع الإقتصادي وتحقيق التنمية الشاملة لا يضطلع عليه القطاع العام وحده، بل لابدّ من إشراك القطاع الخاص، وبالتالي وجدت طرق بديلة مستحدثة للتسيير ترتكز على تحديث المرافق العامّة، والفعالية في التسيير إضافة إلى تحقيق المردودية.

والمتنبع للتطور التشريعي لأساليب التسيير في المنظومة القانونية وما أفرزته التحولات سالفة الذكر، نجد بداية الأساليب التقليدية متمثلة في الأسلوب المباشر عن طريق تسيير الدولة والجماعات المحلية لهياكلها بنفسها ثمّ أسلوب المؤسسة العمومية، ثمّ إسناد التسيير إلى الغير إستناداً إلى المفهوم الكلاسيكي، وذلك باللجوء إلى أسلوب التعاقد عبر عقود الإمتياز الذي فتح باباً نحو طرق مستحدثة وآليات جديدة لتسيير المرافق العمومية، وهي تفويض المرفق العام، لذا وإستناداً إلى هذا التطور نخلص إلى المراحل التي تمّ فيها إقرار تفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، حيث يمكن تقسيمها إلى مرحلتين:

أولاً: مرحلة التنظيم القطاعي لعقد الإمتياز وبرز مصطلح التفويض .

في هذه المرحلة تميّز التشريع الجزائري بين التفهق والتطور في إستخدام عقود إمتياز المرفق العام، ثمّ الإقرار الصريح في تبني مصطلح تفويض المرفق العام، فكانت الفكرة السائدة إمتياز المرفق العام هو الصورة التقليدية لتفويضات المرفق العام، ثمّ أعقبه تكريس وبرز مصطلح التفويض المرفق العام من خلال قانون المياه 05-12، والحديث عن هذه المرحلة أيضاً يأخذ منعطف متصاعد في إستخدام عقود الإمتياز ومكانة هامة ضمن العقود الإدارية، خاصة سنة 1994 أين صدرت تعليمة وزير الداخلية المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية وتأجيرها، التي تعتبر مهمّة في إعادة الإعتبار وإحياء عقود الإمتياز، والفاصل في تغير منعطف إستخدام هذا الأسلوب بمنح تصاعدي.

1 - أمر رقم 97-76 المؤرخ في 1976/11/22 المتضمن اصدار دستور الجمهورية الجزائرية 1976، ج ر، ع 94، الصادرة بتاريخ 1976./11/24.

أ- إمتياز المرفق العام الصورة التقليدية لتفويضات المرفق العام مرحلة التقهقر:

بداية من هذه المرحلة لا يمكن الحديث عن التفويض المرفق العام خارج عقود الإمتياز إحدى الصور القديمة لتفويضات المرفق العام، هذه المرحلة من بداية الإستقلال إلى مرحلة توحيد النظام القانوني بصدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تميّزت بالتنظيم القطاعي لعقود الإمتياز فكل قطاع نص قانوني خاص بالإمتياز ينظّمه، وتفرّدت أيضاً هذه المرحلة بين التذبذب والإقرار ثمّ التطوّر في إستخدام عقود التفويض.

عُرف إمتياز المرفق العام في الجزائر بعد الإستقلال كأسلوب إستثنائي وتدابير إحتياطي حيث بالإستناد إلى ما ورد في نص المادة 220 من الأمر 67-24¹ المتعلق بقانون البلدية أنّ الأصل في تسيير مصالح البلدية يكون بطريق الإستغلال المباشر طبقاً للمادة 212 من نفس الأمر أو عن طريق المؤسسة العمومية بنص المادة 219 من ذات الأمر، أمّا إستثناءً فيتمّ اللجوء إلى الإمتياز، كما شهد تراجعاً وتخلّي الدولة عنه، وأمام هذا التقهقر فإنّ ما يبرّره هو التوجّه الإيديولوجي الذي إنتهجه الجزائر بعد الإستقلال وهو النظام الإشتراكي الذي سيطرت فيه الدولة على أسلوب التسيير عبر هيئاتها والمؤسسات العمومية التي حوّلت إلى مؤسسات إشتراكية أنشئت لغرض تسيير المرفق العام، وهذا ما أكدّه بصدور الأمر رقم 71-74² المتعلق بالتسيير الإشتراكي للمؤسسات.

كما صدر الأمر 69-38³ المتعلق بقانون الولاية تبني فيه إمتياز المرفق العام، فنصّت المادة 136 منه على إمكانية اللجوء إلى عقود الإمتياز لإستغلال بعض المصالح العمومية مصادق عليها من طرف الوزير.

1- الأمر رقم 67-24 مؤرخ في 18/01/1967، يتضمن قانون البلدي، ج ر، ع 06، الصادر في 18/01/1967 (الملغى).

2- الأمر رقم 71-74 المؤرخ في 16/11/1971، المتعلق بالتسيير الإشتراكي للمؤسسات، ج ر، ع 101، الصادرة في 13/12/1971.. (الملغى).

3- الأمر 69-38 المؤرخ في 23/05/1969، يتضمن قانون الولاية، ج ر، ع 44، الصادرة في 23/05/1967 (الملغى).

والنقطة المهمة التي تشكل جذب الإهتمام أنّ الدولة عرفت رغم الإستثناء إستخدام عقود الإمتياز كإستغلال المحلات التجارية للدور السينما¹، والأماكن ذات الطابع السياحي² وبعض المنشآت الرياضية³، يمكن القول أنّه صدر العديد من المراسيم بعد صدور قانون البلدية لعام 1967، التي تعترف بالبلدية كهيئة عامة مخولة بممارسة الإمتياز.

وتعليقاً على هذه الفترة أنّ الإمتياز كان مقتصرًا في الغالب في صورة تفويض إفرادي سواء بنص تشريعي أو تنظيمي أو بقرار إداري⁴، يهدف إلى تعزيز فكرة إنشاء المؤسسات العمومية الإقتصادية المحليّة والمقاولات، فإستعمل لإقامة علاقة قانونية بين الدولة والمؤسسات العامة التي أنشأت لتسيير النشاطات أو القطاعات المؤمّمة، وإستعمل أيضاً لتأطير العلاقة بين الدولة والجماعات المحليّة، فبقدر ما إعتمدت الجزائر النظام الاشتراكي لفترة طويلة، مركّزة على القطاع العام وتحقيق سيطرة الدولة على النشاطات الإقتصادية، وهذا ما تمّ تكريسه في الميثاق الوطني

- 1 - المرسوم رقم 53-67 المؤرخ في 1967/03/17 ينص على الامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، ج ر، ع 26 الصادرة بتاريخ 28 مارس 1967.
- 2- المرسوم رقم 67-67 المؤرخ في 1967/08/24، يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات، ج ر، ع 75، المؤرخة في 1967/09/12.
- 3 - المرسوم التنفيذي 68-67 المؤرخ في 23/01/1968 المتضمن منح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها، ج ر، ع 8 الصادرة في 1968/01/26.
- 4- يُعرّف الاستاذ رشيد زوايمية التفويض الإفرادي لإدارة المرفق العام أنّه منح من الجماعة العامة بصفة إفرادية بدون إبرام أي عقد بين الطرفين لتسيير المرفق العام، فلا يوجد عقد ولا إجراءات المنافسة والإشهار، ويوجد صنفين من التفويض الإفرادي يتمثّل الأول في التفويض الإفرادي عن طريق نص تشريعي أو تنظيمي وهو صدور نص قانوني من السلطنة المختصة يسمح للمفوض له بتسيير مرفق عام أو جزء أساسي منه، وقد كان حكراً في هذه الفترة على القطاع العام، إذ غالباً ما يمنح للمؤسسات العمومية والجماعات المحليّة، نذكر منها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري إنتدب لها تسيير ديوان الترقية العقارية والتسيير، والمؤسسة الجزائرية للمياه، وقد يمنح للأشخاص المعنوية الخاصة وامثلة لذلك: الإتحادات الرياضية الوطنية والتعاضديات الاجتماعية والمنظمات المهنية، أما الثاني فيتمثّل في التفويض الإفرادي عن طريق قرار إداري ويتمثّل في إسناد مهمّة المرفق العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، ويأخذ شكل إعتاد أو ترخيص، ومن أمثلة ذلك مرفق الغاز والكهرباء، ومرفق البريد والاتصالات، ومرفق الصّحة والمرافق العامة الترويية تمنح الرخصة والإمتياز للأشخاص المعنوية للممارسة هذه الأنشطة. للتفصيل أكثر أنظر إلى رشيد زوايمية *Belkeise. La délégation de service public au profit de personnes privées*, Maison d'édition, Alger, 2012, ص 7 وما يليها.

ودستور 1976¹ زادت وظائف الدولة وتقلص استخدام الإمتيازات ومحدوديته للمشاركة مع القطاع الخاص، كما أنّ هذه الإمتيازات منحت في الغالب للمؤسسات العمومية والبلديات، إضافة إلى عدم وجود قطاع خاص متقدّم قادر على تحمّل أعباء التسيير، ومسؤولية إدارة المرفق العام.²

ب- إمتياز المرفق العام مرحلة التردّد وإعادة الإعتبار:

تميّزت هذه الفترة والتي تبدأ من سنة 1983 بعودة نظام الإمتياز المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويرى جانب من الفقه أنّ إحياء ورد الإعتبار لإمتياز المرفق العام بدأ بإعادة إعتبار للمرفق العام بداية من سنة 1988 وتسمّى بفترة إستقلالية المؤسسات³، على العموم أنّ سنة الثمانينيات هي مرحلة إعادة إعتبار لهذا النمط من التسيير، وذلك بصور قانون خاص بمرفق المياه تحت رقم 83-17⁴ وتمّ تجسيده في العديد من النصوص التطبيقية، فنصّت المادة 20 و 21 منه على هذا الأسلوب من التسيير غير أنّه لا يمنح الإمتياز إلاّ للهيئات العمومية والجماعات المحلية.

1 - نصّت المادة 13 من دستور سنة 1976، المصدر السابق ، على أنّه: "يشكل تحقيق إشتراكية وسائل الإنتاج قاعدة أساسية لإشتراكية، وتمثّل ملكية الدولة أعلى أشكال الملكية الجماعية"، كرّست هذه المادة الإختيار السياسي-الايدولوجي للملكية العامة الإقتصادية في الجزائر، كما كرّست المادة 14 منه توحيد الملكية العامة الإقتصادية للدولة إختيارًا لا رجعة فيه.

2 - انظر: جميلة قدودو، وافي محمد، تطوّر النظام القانوني لتفويضات المرفق العام في الجزائر، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، جامعة جيجل، المجلد 07، العدد 01، 2022، ص 1324 .

3 - يعتبر قانون رقم 88-01 المتعلق بقانون التوجيه للمؤسسات الإقتصادية العمومية المحور المهم في الإصلاحات الإقتصادية التي شرعت فيها الجزائر منذ جانفي 1988. تلك الإصلاحات كان لها أهداف في ميدان إستقلالية المؤسسات وفق مبدأ أساسي: مرحلة تصورية ومعيارية نحو التحوّل من الإقتصاد المخطّط إلى الإقتصاد الليبرالي، وبالتالي إحياء وإعتبار للمرفق العام، والعودة إلى نظام إمتياز المرفق العام الذي يشكل مظهر من مظاهر الإقتصاد الليبرالي، كرّس هذا الجيل الأول من الإصلاحات التخلّي عن الأسلوب الإشتراكي وأخذ منحى ليبرالي. للتوسّع أكثر أنظر إلى محمود شحات، قانون الخصوصية في الجزائر، أطروحة الدكتوراه في القانون، جامعة قسنطينة، 2007، ص 34 ومايليها، كما أكد أيضًا الأستاذ رحال بن عمر على أنّ بداية القانون سالف الذكر يعتبر مرحلة الاولى من إعادة إعتبار للمرفق العام وإحياء نظام إمتياز المرفق العام لآته شكّل البداية الأولى لتحديث المرفق العام من خلال قانون 88-01 سالف الذكر أنظر الى رحال بن عمر، امتياز المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة الادارة ، ع01، 1994 الصفحة 10 ومايليها.

4 - قانون رق 71 - 83 مؤرخ في 16 جويلية 1983، يتضمن قانون المياه، ج ر ، ع30، الصادرة في 19/07/1983 (الملعى).

كما صدر قانون يعم جميع المؤسسات العمومية الاقتصادية تحت رقم 88-01¹ ينظم المؤسسات العمومية الاقتصادية، والذي أعاد الإعتبار وإحياء الصورة القديمة للتفويض (الإمتياز) ويطلق عليه بقوانين إستقلالية المؤسسات، والدارس لكترونولوجيا التنظيم التشريعي لعقود الإمتياز يجد أنّ تلك القوانين التي صدرت كانت مؤشراً على توجّه سياسي جديد في النظام الاقتصادي. لا سيما قانون المياه وقانون إستقلالية المؤسسات السالفين الذكر، كما أنّ الأزمة انفضية لسنة 1986² التي شهدتها الجزائر كلّها إرهابات على توجّه نحو نظام إقتصاد السوق، والتخلي عن النهج الإشتراكي، وبالفعل دفعت التحولات السياسية والإقتصادية والإجتماعية في الجزائر إلى التعديل الدستوري سنة 1989، تبنى فيه المؤسس الدستوري نظام إقتصادي جديد مبني على الحرية الاقتصادية وحرية التجارة، سمح للخواص بالإستثمار في تسيير المرافق العمومية، حيث تمّ إعادة الإعتبار لعقود إمتياز المرفق العام كطريقة تسيير مستحدثة، وهو ما واكبته نصوص تشريعية كثيرة، إعتمدتها في مختلف المرافق العمومية.

صدر أثناءها قانوني البلدية والولاية سنة 1990 إلاّ أنّه أعاد نفس الخطاب القانوني مقارنة مع قانوني البلدية لسنة 1967 والولاية 1969 من خلال نص المادة 132 و 138³ من قانون

- 1 - قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية، ج ر، ع 02، الصادر في 13 جانفي 1988.
- 2 - لقد كانت للامزمة الاقتصادية 1986 بسبب إنبهار اسعار المحروقات تداعيات اقتصادية وسياسية واجتماعية باشرت الدولة إلى اصلاحات هيكلية اعترفت بضرورة التوجه نحو القطاع الخاص، فكانت بوادر اتجاه نحو انتهاج ايدولوجية جديدة تمثلت في تبني نظام اقتصادي جديد، نظام اقتصاد السوق، وإحداث قطيعة مع النظام الاشتراكي، بوادر حملت معها الإعتتماد الرسمي لهذه الايدولوجية في دستور 1989 وتكريسها في دستور 1996، فنتج عنها جملة من التشريعات أهمها القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار، والمرسوم التشريعي رقم 93-12 الصادر في 05 أكتوبر سنة 1993 المتعلق بترقية الاستثمار والقانون رقم 90-10 الصادر في 14 افريل سنة 1990 المتعلق بالنقد والقرض، والأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة، الذي أكّدت المادة الأولى منه على تنظيمه بالمنافسة الحرة وترقيتها والى تحديد قواعد حمايتها قصد زيادة الفعالية الاقتصادية كما أنّ المادة 04 منه كانت تنص على أن : "تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة".
- 3 - تنص المادة 138 "اذا لم يكن استغلال مصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا دون ان ينجم عن ذلك ضرر. جاز للبلديات منح هذا الامتياز..." من قانون البلدية 90-08 المؤرخ في 7 ابريل 1990، ج ر، ع 15 الصادرة في 11 ابريل 1990 (ملغى).

البلدية الصادر بموجب قانون 90-09 وذلك بتأكيد على إستثنائية وإحتياطية اللجوء إلى الإمتياز كوسيلة لتسيير المرفق العام المحلي إذا تعذر التسيير المباشر، نفس الحال بالنسبة لقانون الولاية 90-09 من خلال المادة 130¹، فقط الجديد أنه إستقل بفرع خاص به، بعنوان منح إمتياز المصالح العمومية مقارنة مع أنواع اخرى من طرق التسيير من قانون البلدية 1967 نفس الأمر بالنسبة لقانون الولاية، كما أنه أضفى عليه تبسيط الإجراءات، حيث أصبحت الإتفاقية النموذجية للإمتياز يصادق عليها الوالي بدلاً من مرسوم أو بقرار من وزير الداخلية أو تفويض إختصاص من الوزير في قانون البلدية والولاية القديمين لسنة 1967 و 1969.

والظاهر على هذه الفترة أن عقود الإمتياز لم تعرف تطوراً ولم تتسم بالإستقرار فكانت بين التردد وإعادة إحيائها رغم التحولات التي عرفت الجزائر آنذاك المتمثلة في التوجه الإقتصادي الجديد، ويرجع السبب بمواصلة غير المعلنة في إتباع الإقتصاد الموجّه والظهور بمظهر الدولة الليبرالية، والإكتفاء بالمفاهيم التقليدية للمرفق العام، وفي الواقع، فإن تلك المعالم التي حدّدت الوجه الليبرالي للدولة لا تمتلك سوى طابع شكلي، بينما يغيب المضمون الليبرالي عن المجال الإقتصادي الذي يتحكّم فيه قواعد إقتصاد السوق.²

لم تدم هذه الحالة، فظهرت في هذه المرحلة بوادر إحياء عقود الامتياز المرفق العام أخذت منحى جديد تميّز بإهتمام بهذا الأسلوب نستشفه من خلال صدور تعليمة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري تحت رقم 842/3.94 بتاريخ 7 ديسمبر 1994³ والمتعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، فبناءً على تاريخ صدورها سنة 1994، حيث تزامنت مع مفاوضات بين الجزائر والمؤسسات المالية الدولية، وبعد التوقيع على الإتفاقيات

1- تنص المادة 130 من قانون الولاية "اذ تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية في شكل استغلال مباشر او مؤسسات يمكن المجلس الشعبي الولائي ان يرخص باستغلالها عن طريق الامتياز...." قانون الولاية رقم 90-09 المؤرخ المؤرخ في 7 ابريل 1990، ج ر، ع 15 صادر في 11 ابريل 1990 (ملغى).

2 - محمود شحات، المرجع السابق، ص ص 23، 24.

3 - التعليمة الوزارية رقم 842/94.3 الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة، تتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها. تم إصدارها بتاريخ 7 ديسمبر 1994، والموجهة إلى الولاة بالاتصال مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية، رؤساء المندوبيات التنفيذية.

الباب الاول: تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية اختيار طرق التسيير والضرورة الاقتصادية

مع البنك الدولي، أُلزمت الحكومة خلالها بتنفيذ الإصلاحات اللازمة لتحقيق التوجّه نحو إقتصاد السوق، تمثلت في تخلي الدولة عن تدخلها في الإقتصاد، ومن طرق ذلك الخصوصية¹، فكان الإمتياز والتأجير صورة من خصوصية أساليب تسيير المرافق العمومية خاصّة وأنّ صاحب الإمتياز في هذه التعلّمة يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص².

تُعتبر التعلّمة الوزارية رقم 842/94.3 الأولى من نوعها في إرساء نظام قانوني لإمتياز المرافق العمومية المحليّة وتأجيرها، لم يكن هناك أي نص قانوني سابق ينظّم إمتياز المرافق العمومية سواءً كانت عامّة أو محليّة، وهذا ما يعزّز أهمّيّتها، حيث منحت للجماعات المحليّة الافضلية بإستخدام الإمتياز المرافق العمومية وتأجيرها بعدما كان أسلوب إستثنائي وإحتياطي لتسيير المرفق العام المحلي³، كما جاءت بنمط جديد لم ينص التشريع والتنظيم السابق عليه من قبل وهو التأجير.

1- قد مرّ انتقال الخصوصية بمحطات تاريخية، فالمحطة الاولى (1988-1995) كانت مخصصة للتنظيم وتوضيح الفصل بين السيادة والتجارة، أي بين الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية، فتبنى قانون المالية التكميلي 1994 التدابير والاجراءات الجديدة فقد نصت المادة 24 و 25 من هذا القانون على فتح المجال للمؤسسات العمومية للتنازل عن أصولها للأشخاص الطبيعيين والمعنويين من القطاع الخاص، وأعطى لهذه المؤسسات كذلك الحق في فتح رأسمالها لمؤسسات القطاع الخاص، ووصفت هذه المرحلة بـ"الخصوصية الصامتة، او الجزئية أي خصوصية التسيير دون الملكية وهو النموذج الذي انتهجته الجزائر بتبنيها أسلوب تفويض التسيير، أما المحطة الثانية (2009-2001) كانت تهتم هذه المحطة بنقل ملكية الأسهم التي أصدرتها المؤسسات العمومية الإقتصادية، وفي ظل هذه المحطة طرحت بحدة مسألة إصلاح الدولة من خلال إعادة تنظيم وتسيير المرافق العامة. للمزيد اكثر انظر إلى منية شوايدية، **خصوصية المؤسسات العامة في التشريع الجزائري والمقارن**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2018، ص12 وما يليها.

2- نصّت الفقرة رقم 2 المعنونة بإجراءات منح إمتياز المرافق العمومية المحليّة، كرّست بقابلية تفويض المرفق العمومي المحليّ للخواص طبقاً لمعايير موضوعية تعدها السلطة مانحة الامتياز لإختيار صاحب الإمتياز من ضمن المتعاملين الإقتصاديين الخواص لتسيير المرفق العام المحليّ، فيرجع تحديد الاجراءات لاختيار للمتّزم إلى السلطة التقديرية للهيئة الإدارية، وقد حدّدت المزايدة كطريق للمنافسة وشفافية الإجراءات مع الإعتبار الشخصي. التعلّمة رقم 842/94.3، المصدر السابق. وللمزيد اكثر حول هذه التعلّمة أنظر إلى بن مبارك راضية، **التعليق على التعلّمة رقم 842/94.3 المتعلقة بامتياز المرافق العامة وتأجيرها**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2001/2002.

3- بدري عز الدين، **المرفق العام المحلي كآلية لتطوير التنمية المحلية في الجزائر**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2016-2017، ص03.

الباب الاول: تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية اختيار طرق التسيير والضرورة الاقتصادية

ضبطت التعليمات الإطار القانوني للإمتياز والإيجار بجميع النواحي، بما في ذلك التعريف، الإجراءات، الوثائق(عقد ودفتر الشروط)، محتوى العقد، المدّة، الشروط، سلطة التعديل، حقوق وواجبات الأطراف، والمنازعات، ونهاية العقد.

فبداية من هذه التعليمات تعتبر الفاصل في التطور التدريجي لعقود الإمتياز، حيث إزداد إستخدام لأسلوب الإمتياز والإيجار، كما أنّه توالى العديد من النصوص القانونية تنظّم الإمتياز¹ خاصة بعد تجسيد المؤسس الدستوري في التعديل 1996 لمبدأ حرية الاستثمار والتجارة²

1 - ومن هذه النصوص القانونية: المرسوم التنفيذي 94-41 المؤرخ في 29 جانفي 1994 المتعلق بتعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر، ع 7، الصادرة في 06/02/1994(ملغى). المرسوم التنفيذي رقم 94-320 المؤرخ في 17 اكتوبر 1994 المتعلق بالمناطق الحرة، ج ر العدد67، الصادرة في 19/10/1994 معدل ومتم.

المرسوم رقم 84-322 المؤرخ في 17 اكتوبر 1994 المتعلق بمنح امتياز اراضي الاملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في اطار ترقية الاستثمار، ج ر، ع 67 المؤرخة في 19/10/1994 .
المادة 166 من قانون المالية 1996" يمكن ان يكون انجاز الطرق السريعة ولواحقها، وتسييرها، واستغلالها محل منح امتياز لصالح الاشخاص المعنويين التابعين للقطاع العام او الخاص.....".
الأمر، رقم 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 المعدل والمتمم للقانون رقم 83-17 المتعلق بالمياه، ج ر ع 37، الصادرة بتاريخ 16 يونيو 1996 .

المرسوم التنفيذي رقم 96 - 308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة، ج ر، ع 55 الصادرة في 25 سبتمبر 1996 .

المادة 571 المرسوم 98-05 المتضمن القانون البحري تنص مايلى " النقل البحري ملكية عامة ويمكن ان يكون موضوع امتياز"

المادة 12 و 13 من المرسوم التنفيذي 2000-81 المؤرخ في 09/04/2000 يحدد شروط استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته ج ر، ع 21 الصادر في، 12/04/2000.
المادة 10 من المرسوم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر، ع 48 الصادرة 28 جوان 1998 .

2 -تنص المادة 37 من دستور 1996 "حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون" منشور بموجب مرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 07/12/1996 متعلق باصدار نص تعديل الدستور ج ر، عدد 76 الصادر في 08/12/1996، وهذا المبدأ الإقتصادي لم يشر إليه في دستور 1989، أصبح حالياً مبدأ حرية الاستثمار والتجارة والمقولة في دستور 2020، انظر إلى التعديل الدستوري لسنة 2020 في المادة 61: « حرية التجارة والاستثمار والمقولة مضمونة، و تمارس في إطار القانون» منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20/442 ل 30 ديسمبر 2020 ، المتعلق بالتعديل الدستوري، ج ر، ع 82 الصادرة في 30/12/2020.

وما يمكن ملاحظته من خلال التطور التشريعي للإمتياز في هذه المرحلة بدأت بتكريس إصلاحات بإعادة الإعتبار للمرفق العام فهو جوهر عقد الإمتياز، إلا أنه كان تفتن متأخر، ثم تلاه محاولة مساهمة وزارة الداخلية بإصدار التعليمات الوزارية رقم 842/94.3 التي إعتبرت فاصل في إستجابة للتغير تصاعدي في منحى خصوصية التسيير، ودينامكية عقود الإمتياز التي توسعت وعرفت تزايداً خاصة مع بداية سنة 1995، لتوحيد النظام القانوني لعقد الإمتياز من التعريف إلى إجراءات الإبرام والتنفيذ والرقابة على غرار المنشور الوزاري الذي صدر عن وزير الداخلية الفرنسي بتاريخ 07 اوت 1987، فنستنتج من خلال هذا التطور القانوني الملاحظات التالية:

- بروز تعبير إمتياز المرافق العامة مما يمكن القول حدث جديد في النظام القانوني الجزائري، من التعريف والوصف الدقيق مشتملاً لجميع أركان تقنية الإمتياز، وإتباع إجراءات الإبرام والتنفيذ والرقابة لم تكن من قبل، وهذا بما إستقرّ عليه النظام القانوني المقارن للإمتياز؛
- عدم إستقرار النظام القانوني لعقد الإمتياز فنلاحظ أنّ التشريع كان متذبذباً في طبيعة النص القانوني تنوع بين قوانين وأوامر ومراسيم إضافة إلى قرارات وزارية؛

- تزايد عدد النصوص القانونية المنظمة للإمتياز وشملت قطاعات النقل الجوي، النقل البحري، المياه، الطرق السريعة، إستغلال الشواطئ، إنتاج الكهرباء والغاز، الحمامات المعدنية، البريد والمواصلات... الخ¹؛

- عدم وجود نظام قانوني موحد لعقود الإمتياز المرافق العمومية سوى التعليمات الوزارية رقم 842/94.3 التي لا ترتقي إلى مستوى القانون لطبيعة وخصوصية الموضوع الذي يندرج ضمن العقود الادارية الهامة والمرتبة لاثار تعالجها نصوص ضمن مصاف نصوص تشريعية²؛
- تحديد بعض النصوص القطاعية على النص بمنح الإمتياز دون تحديد إجراءات المنح أو التنفيذ أو الرقابة، إضافة إلى سكوتها عن النص على حقوق وواجبات الأطراف المتعاقدة؛

1 -نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الإمتياز، المرجع السابق، ص ص، 321-322.

2 - راجع: بن مبارك راضية، المرجع السابق، ص 10 وما يليها.

-تقلبات في ضبط أسلوب الإمتياز أدخلت الفقه في أزمة مفاهيمية، رغم أنّ التعلّمة السالفة الذكر أعطت تعريفاً دقيقاً وهذا ما نتمنّه، ولأول مرّة في المنظومة القانونية الجزائرية يصدر تعريفاً للإمتياز بمنظور ما إستقر عليه الفقه والتشريع المقارن بالمفهوم التعاقدى، إلاّ أنّه لا زالت تصدر نصوص قانونية غير مستندة إلى نص تنظيمي يضبطه¹.

ج- تكريس مصطلح التفويض وغموض الفكرة تحت تنظيم قطاعي:

ظهر مصطلح التفويض لأول مرّة في تاريخ المنظومة القانونية المنظمة لأساليب التسيير غير المباشر للمرافق العمومية، تحت فكرة التفويض التعاقدى للمرفق العام، على خطى التشريع الفرنسي في نصّين قانونين، الأول متعلّق بتسيير المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري متمثلاً أساساً في قانون المياه 05-12² والثّاني في المرافق العمومية المحلية ذات الطابع الاداري متمثلاً في قانون البلدية 10-11³.

فجاء الفصل الرابع من قانون المياه 05-12 تحت عنوان "الإعلام حول الماء" مبرراً لمصطلح التفويض صراحة في المادة 67 منه "يتعيّن على الاشخاص الطبيعيين أو المعنويين....والحائزين على رخصة أو إمتياز إستعمال الأملاك العمومية الطبيعية للمياه، وأصحاب الإمتياز، أو المفوّض لهم الخدمات العمومية...."، وفي الفصل الأوّل من الباب السادس من القانون، المعنون ب" أحكام تتعلّق بطرق تسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير" مبرراً اللجوء للتفويض صراحة في المادة 101 الفقرة 2 منه « يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لاشخاص معنويين خاضعين للقانون العام.... كما يمكنها تفويض

1 - أحصى الباحث رضا بشقورة ما يفوق 100 نص تنظيمي بين مرسوم وقرار بعنوان الإمتياز من خلال الجريدة الرسمية وإستدل على عدم إستقرار المشرّع بخصوص تكوين فكرة موحّدة عنه، مما جعل أغلب الفقه الجزائري يدرس الامتياز من منظور التشريعات الغربية، للمزيد راجع رضا بشقورة، المرجع السابق، ص47.

2 - قانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 غشت 2005 ، يتعلّق بالمياه، ج ر، ع 60 صادر في 04 سبتمبر 2005. معدل والمتمم.

3 - القانون 10-11 المؤرخ في 22 جويلية 2011 ، يتعلّق بالبلدية، ج ر، ع 37 الصادرة في 3 يولييو سنة 2011 المعدل والمتمم.

كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية".

كما حَصَّ القسم الثاني بمصطلح التفويض بعنوان "تفويض الخدمة العمومية" طبقاً لما كرسه التشريع الفرنسي، حيث تضمن 07 مواد (من 104 إلى 108) إحتوت فيها على كفاءات إجراء تفويض المرفق العمومي للمياه، فتناول هذا القانون كل جوانب تقنية التفويض سواء من حيث محل العقد أو الإجراءات، وشروط الإبرام وتنفيذ عقد التفويض، أو الرقابة، كما صدر المرسوم التنفيذي 10-275 المحدد لكيفية الموافقة على إتفاقيات التفويض للخدمات العمومية، التي أحالت إليها المادة 107 من القانون 05-12 بتنظيمها عن طريق هذا المرسوم.

ويرجع السبب إلى بروز تقنية التفويض مع تطورها كأسلوب جديد لتسيير مرفق المياه الذي بات يشكل محور سياسات العامة للدولة بعد بروز أزمة إدارة قطاع المياه، وعدم تحكّم المؤسسات العمومية الوطنية في تسييرها، مما خلق أزمة الإمداد بمياه الشرب، فظهرت الحاجة إلى تطوير القطاع تماشياً مع التطورات التي تشهدها شتى المجالات، فدفع بالسلطات الإستعانة بخبرات الشركات الأجنبية المختصة بتسيير مرفق المياه لا سيما في المدن الكبرى¹، إضافة إلى نجاح تقنية تفويضات المرفق العام في الأنظمة التشريعية المقارنة ابتداءً من فرنسا أصل الفكرة، وبالتالي

1 - وهذا ما نستشفه من خلال الإتفاقيات الدولية خاصة مع الاتحاد الأوروبي، وتتجلى في اشراك شركات فرنسية واسبانية والمانية في مجال تسيير المياه لا سيما في المدن الكبرى وهي كالتالي:
-اتفاقية عقد تسيير لمدة خمسة سنوات بين الحكومة الجزائرية والشركة الفرنسية سويز (Suez) ؛
-اتفاقية عقد تسيير لمدة خمسة سنوات ونصف بين مؤسسة تسيير المياه الصالحة للشرب والتطهير " عنابة " و"الطارف" والمتعامل الألماني " جلسن واسر (GELSEN WASSER) "؛
- اتفاقية عقد لمدة خمس سنوات لإدارة المياه وخدمات التطهير لشركة " SEOR " الجزائرية للمياه والمركز الوطني للتصفية والتطهير) بوهان والشركة الاسبانية " AGBAR " ؛
-اتفاقية عقد تسيير بين شركة " سايكو " المنبثقة عن الشراكة بين الجزائرية للمياه بقسنطينة والديوان الوطني للتطهير مع الشركة الفرنسية " مرسيليا للمياه" للتوسع انظر غيلاني عبد السلام، أحسين عثمانى، التسيير المفوض كآلية لتحسين خدمات المياه والتطهير في الجزائر، مجلة التكامل الإقتصادي، ع06، 2018.

الباب الاول: تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية اختيار طرق التسيير والضرورة الاقتصادية

تأثر المشرع الجزائري بهذه التقنية تمهيداً لإشراك القطاع الخاص الأجنبي والإستفادة من خبراته في ميدان تسيير مرفق المياه¹.

أما ما يخص المرافق العمومية الإدارية المحلية، فنصّ قانون البلدية 10-11 على أسلوب الإمتياز والتفويض مستقلّين، وخصّ كل منهما بمادة، مكرّساً القطيعة مع ما جاء به قانون البلدية والولاية لسنة 1990، حيث لم يعد الإمتياز إستثنائياً ولا إحتياطياً لإستخدامه، فظهر تعبير التفويض الإتفاقي للمرفق العام الاداري لأول مرّة في التشريع المحلي من خلال قانون البلدية 10-11 الجديد إلى جانب الامتياز، دون قانون الولاية 12-07²، وقد إستقلّ الفصل الرابع منه المعنون ب"الامتياز وتفويض المصالح العمومية" بإستخدام أسلوب التعاقد عن طريق الامتياز أو التفويض من خلال المادتين 155 و 156³.

1- أظهرت التجارب العملية لتفويض إدارة المرافق العمومية للمياه من خلال عقود إمتياز واتفاقيات التفويض نجاحها بشكل كبير كنموذج يحتذى به في تفويض إدارة المرافق العامة، كما أبرزت هذه التجارب بشكل واضح النقائص التي يجب تصحيحها، وحدّدت بدقة متطلبات النجاح للتطبيقات اللاحقة لعقود تفويض المرافق العامة، سواء في قطاع المياه على وجه التحديد أو في قطاعات مشابهة أخرى. انظر إلى صونية نايل، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه، قانون إداري، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2017-2018.

2- لم ينص قانون الولاية الجديد على مصطلح تفويض المرفق العام فإكتفى بالإمتياز إلى جانب الإستغلال المباشر والمؤسّسة العمومية كأسلوب للتسيير غير المباشر للمرافق العمومية المحلية، رغم أنّ الولاية من الجماعات المحلية اللامركزية على غرار البلدية، غير أنّه الجديد في هذا القانون لم يعد الامتياز طريقة استثنائية أو احتياطية لإستخدامه مغايراً لما نصّ عليه قانون الولاية القديم 90-09، ومن ثمّ يثار الإشكال بخصوص حصر التفويض بمفهوم المشرع الجزائري على مستوى البلدية فقط. أنظر الفرع الثاني المعنون بكيفيات تسيير المصالح العمومية الولائية لا سيما المواد 142 الى 149 من قانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12 صادر في 29 فبراير 2012.

3- المادة 155 "يمكن المصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 اعلاه أن تكون محل امتياز.....يخضع الإمتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق تنظيم".

المادة 156 "يمكن البلدية ان تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 عن طريق عقد البرنامج او صفقة طلبية....." قانون البلدية 10-11، المصدر السابق.

واستعراضاً للمواد المنظمة للتفويض في قانوني المياه والبلدية، فنجد في قانون المياه المادة 105¹ تحمل دلالات على وجود عقود أخرى غير مسمّاة تتضوي تحت صيغة الجمع للخدمات المستعملة من طرف المشرّح "عند عرض المنافسة، تحدد السلطة المفوضة مسبقاً محتوى الخدمات التي يتحمّلها المفوض له، وتختلف نسب تحمّل المخاطر كلياً أو جزئياً أو بدون تحمّل أي خطر حسب كل عقد من عقود التفويض كالايجار والوكالة المحفّزة والتسيير أو الإمتياز، كما أنّ وجود صيغة الجمع أيضاً للمقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له سواء بدفع الأجر أو تحديد تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين، دليل آخر على وجود صيغ من العقود تتضوي تحت التفويض، فهذا المقابل المالي يحدّد حسب كل شكل من أشكال التفويض، قد يكون أجراً تدفعه السلطة المفوضة مباشرة، ويرتبط بأعباء الإستغلال كما في عقد الوكالة المحفّزة، أو أجراً من تحصيل الإتاوى من مستعملي المرفق العام كما في الإيجار².

كما حملت المادة 140³ من القانون نفسه دلالات أخرى تكّرس ركن من أركان عقد تفويض المرفق العام، التي سيتم بيانها لاحقاً، وبهذا الركن وهو إرتباط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الإستغلال، نستطيع تمييز عقود تفويضات المرفق العام عن باقي العقود الادارية.

- 1- المادة 105 "يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها للمنافسة مع تحديد لا سيما، محتوى الخدمات التي يتحملها المّوض له، شروط تنفيذها، المسؤوليات الملتمزم بها، ومدة التفويض، وكيفيات دفع اجر المفوض له، او تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين...." قانون المياه 05-12، المصدر السابق.
- 2 - الشيكو سليمة، وليد عقون، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة متون، المجلد 10، العدد 05، 2017، ص ص98-99.
- 3 - المادة 140 "في حالة ما اذا ادى تطبيق الالتزامات العارضة الى اسعار لا تتوافق والتكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الامتياز او المفوض له، يمكن ان يمنح له تعويض مالي يساوي الابعاء الاضافية التي تحملها في هذا الصدد"، قانون 05-12، المرجع السابق.

أما قانون البلدية فإكتفى بعقد البرنامج أو صفقة طلبيات¹ وسيلتين لإبرام عقود تفويضات المرفق العام تماشياً مع أحكام قانون الصفقات العمومية 10-236² لا سيما المادة 16³ منه. وإستناداً إلى ما ذكرنا، فإننا نثمن خطوات المشرّح في تبني أنماط جديدة لتسيير المرافق العمومية لاسيما الإدارية منها، وإن كانت خطوات متأخرة، إلاّ أنّه وعند قراءتنا لهاذين القانونين بخصوص بروز مصطلح التفويض نجد أنّ تعبير تفويض المرفق العام، جاء في قانون المياه 05-12 وقانون البلدية 11-10 غير منسجم وأثر على دقّة النص، فنجد أنّ المشرّح قد فصل بين الامتياز والتفويض رغم أنّ ما إستقر عليه الفقه والتشريع المقارن أنّ الامتياز مستغرقا في التفويض وهو أحد صورته القديمة، كما أنّ معظم الفقه الجزائري يدرس التفويض من منظور الفقه والتشريع المقارن لعدم إستقرار التشريع الجزائري.

كما أنّ قانون المياه وإن جاء بتأطير لتقنية التفويض من كل جوانبها، إلاّ أنّها كانت مواد قليلة وغير مُفصّلة، فلم يحدّد بشكل كافٍ العناصر الضرورية لتحديد النظام القانوني لتفويض المرفق العام، فهو يختلف عن القوانين المرجعية للتفويض كقانون البلدية 11-10 والمرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم التنفيذي 18-199، مما جعل هذا القانون يكتنّفه الغموض.⁴ بينما جاء قانون البلدية أكثر غموضاً بإستخدامه آلية عقد البرنامج وصفقة الطلبات⁵ لتفويضات المرفق العام والإمتياز، ونجد هاتين الآليتين في تنظيمات الصفقات العمومية، ممّا

1 -المادة 156 من قانون البلدية 11-10، مصدر سابق.

2- المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 07 اكتوبر 2010، ج ر، ع58 الصادرة في 07 اكتوبر 2010(ملغى).

3 -تنص المادة 16، مصدر نفسه " يمكن المصلحة المتعاقدة ان تلجأ ايضا، حسب الحالة الى ابرام عقود البرامج او صفقات ذات طلبيات كلية او جزئية، طبقا للتنظيم المعمول به".

4 -صونية نايل، المرجع السابق، ص ص 396-397.

5 -يحدّد المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية 15-247 عقد البرنامج في المادة 33 منه بأنه " يكتسي عقد البرنامج شكل اتفاقية سنوية او متعددة السنوات تكون مرجعا، ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو اكثر، ويتم تطبيقها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام هذا المرسوم، ولا يمكن أن تتجاوز مدة عقد البرنامج خمس(5) سنوات...". في حين لم يحدد المدة لعقد البرنامج في المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، فالظاهر أنّ المشرّح الجزائري لمّا جعل البية عقد البرنامج لا يبرام عقد تفويض المرفق العام طبقا للاحكام التشريعية والتنظيمية وهو أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، حيث أنّ المدة غير محدّدة في عقد البرنامج، وأنّ المدة في عقود التفويض طويلة ممّا يمكن القول أنّ الآلية منسجمة من

يمكن القول أنّ المشرّع لم يميّز بين عقود تفويض المرفق العام، والصفقة العمومية، بل أقرّ في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 13-03 المعدّل للمرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أنّ عقود التفويضات تخضع لأحكام المرسوم المنظم للصفقات العمومية وهذا لا ينسجم مع مفهوم تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة، والفقهية وحتى من منظور الفقه الجزائري، ولعلّ ذلك راجع إلى التجربة الحديثة المتنبّاة وخصوصية المرفق العمومي الجزائري، وماتحضى به الصفقات العمومية كآلية لها مكانة أساسية في حقل العقود الإدارية.

ثانيا: مرحلة توحيد النظام القانوني والاقرار بتقنية تفويض المرفق العام بصورتها الحديثة.

في هذه المرحلة تميّزت بحدثين، الحدث الأوّل تميّز التشريع بتكريس لأول مرة بميلاد عقد جديد ضمن مصاف العقود الإدارية فئة جديدة مستقلة لها نظامها القانوني الخاص، ويعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 المعلن عن هذا الحدث، وإحالة تفصيله إلى المرسوم التنفيذي 18-199(أ)، والأمر الثاني، لم يقف الحدث عند هذا المرسوم، فقد صدر قانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية معلّنا عن ميلاد جديد تحت إسم التسيير المقوّض معلّنا القطيعة والإنفصال عن الصفقات العمومية سنيّنه بشيئ من التفصيل(ب)

جانبا المدّة وهي ركن أساسي في عقود تفويض المرفق العام، وهذا ما أقرّه المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل للمرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 02 الفقرة الأخيرة منه وهذا نصّها "تخضع الصفقات المبرمة في إطار المشروع المقوض لأحكام هذا المرسوم. وتتولى لجنة الصفقات المختصة الرقابة الخارجية لهذه الصفقات" مما يؤكّد أنّ المشرع الجزائري كرّس مفهوم عقود التفويض في قانون البلدية 10-11 على أنّه صفقة عمومية، في حين أنّه تم تحديد المدّة لعقد البرنامج ب خمس(5) سنوات في المرسوم الرئاسي 15-247 الذي الغى المرسوم الرئاسي 10-236، وخص بابا لتفويضات المرفق العام ممّا يدل على انه تراجع عن هذا المفهوم وهنا يثار الإشكال بخصوص تعارض المرسوم مع قانون البلدية 10-11 ساري المفعول.

أما الآلية الثانية وهي صفقة الطلبات وقد حددتها المادة 34 من المرسوم الرئاسي 15-247 مايلي "تشتمل صفقة الطلبات على إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم..... يكون مدة صفقة الطلبات سنة واحدة قابلة للتجديد، ويمكن أن تتداخل في سنة مالية أو أكثر. لا يمكن أن تتجاوز صفقة الطلبات خمس (5) سنوات" الظاهر إستعمال المشرّع هذه الآلية أنّها تنسجم مع عقود الإيجار أو التسيير صورة من صور تفويضات المرفق العام التي لم يسمّيها المشرّع في قانون البلدية 10-11 يمكن أن تكون هذه العقود مدّة تفويضها قصيرة كحد أقصى 5 سنوات في عقد تسيير المرفق العام.

أ- تكريس التنظيم القانوني لتفويضات المرفق العام بصورتها الحديثة:

يعتبر نص تنظيم الصفقات العمومية 15-247¹ هو الأول من نوعه يكرّس تقنية تفويضات المرفق العام ذات منشأ فرنسي في تاريخ المنظومة القانونية الجزائرية المنظمة للعقود الادارية، بعدما عرفت غموضاً في نصوص متناثرة، وعدم التفصيل في نظامها القانوني، تمّ إصدار هذا المرسوم كأول تقنين يحدّد الإطار العام للتفويض، يتضمن مجموعة من الأحكام تكرّس آلية جديدة لإدارة المرافق العامة ضمن أساليب التسيير التقليدية، بإظهار مضمونه وتحديد أشكاله والمبادئ العامة ضمن الباب الثاني المعنون بـ"الاحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام" في اربعة (04) مواد من 207 الى 210، على ان يفصل في أحكام هذا الباب بمرسوم تنفيذي، الذي صدر تحت رقم 18-199² بنمط النظام القانوني الفرنسي.

وخلالاً لما كان مكرّساً في المراحل السابقة أصبح الإمتياز في تقنية تفويضات المرفق العام أحد أشكالها، كما أصبحت تقنيات تفويضات المرفق العام تشغل مكانة ضمن العقود الادارية موازية للصفقات العمومية، كما أضحت تقنية تفويضات المرفق العام تؤطر لجميع العقود، والمرافق العمومية في شتى القطاعات بعدما كانت قطاعية³.

رتّب المرسوم التنفيذي 18-199 مجموعة من الشروط والإجراءات لإبرام وتنفيذ عقد التفويضات المرفق العام، وكرّس صور من عقود تفويضات المرفق العام، وأقرّ بإدارية عقودها، كما قدّم تعريفاً لعقود تفويضات المرفق العام شبيهه بالتعريف الذي تناوله قانون مورسيف، والمميّز في هذا المرسوم أيضاً انه أخضع اتفاقية تفويضات المرفق العام إلى مبادئ حديثة وكلاسيكية تخص الإجراءات والأخرى تخص التسيير، ومبادئ حديثة تكميلية كالجودة والنجاعة في تقديم الخدمة العمومية، سنبينها لاحقاً في هذا الباب.

1 - مرسوم رئاسي رقم 247-2015، المصدر السابق.

2 -مرسوم تنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 اوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر، ع 48 الصادرة في 05 اوت 2018.

3 -بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص20.

وبالتفصيل نصّ هذا المرسوم على 06 فصول بمجموع 88 مادّة، تناول فيه بشكل رئيسي حيث خصّ الفصل الأوّل بأحكام تمهيدية كالتعريف، وموضوع إتفاقية التفويض وطبيعتها القانونية، إضافة إلى المبادئ التي تخضع لها، أمّا الفصل الثاني جاء بأربعة (04) أقسام حدّدت فيها طرق وإجراءات إبرام إتفاقيات تفويض المرفق العام، إضافة إلى تأهيل المترشحين، والإقصاءات من المشاركة في تفويض المرفق العام، في حين حمل الفصل الثالث 06 أقسام جاء فيها بيانات إتفاقية تفويض المرفق العام، وأشكال عقود تفويضات المرفق العام وهي: الإمتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة، التسيير، إضافة إلى المناولة، والملحق، إنتهاء عقود تفويض المرفق العام، والتسوية الودية للمنازعات، أمّا الفصل الرابع حمل آليات الرقابة التي تخضع لها عقود تفويضات المرفق العام، جاءت بقسمين نصّت فيهما الرقابة القبلية والبعديّة، وخصّ الفصل الخامس العلاقة بين المفوض له ومستعملي المرفق العام.

وصدرت تعليمة رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019¹ عن وزير الداخلية تتضمن تجسيداً لأحكام المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر، كرّست فيها تطبيق تفويض المرفق بإعتباره وسيلة تمكّن مسيري الجماعات المحلية من تسيير المرافق العمومية بشكل فعّال ومرن يضمن معايير الجودة والنجاعة في تقديم الخدمات العمومية.

كما جاء في هذه التعليمة إستثناء بعض المهام على سبيل الحصر من التفويض في جميع الأحوال، ثمّ تطرقت التعليمة إلى التذكير بإجراءات الإبرام وتنفيذ، ومعالجة النقائص التي تقف أمام تطبيق هذا المرسوم، وذلك بضرورة تشكيل لجان تفويضات المرفق العام، إضافة إلى إعداد دفاتر شروط متعلقة بإجراءات تفويض المرفق العام وتكييفها مع نموذج دفتر الشروط المرفق بهذه التعليمة.

ومن الغاية التنبيه أنّه لم يتم إبرام عقود تفويضات المرفق العام لحد الآن، وذلك بصدور برقية عن أمين العام وبتفويض من وزير الداخلية إلى الولاية تحت رقم 2067 بتاريخ 27 جوان

1- التعليمة رقم 06 مؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية.

2019 مفادها إرجاء العمل بالتعليمية رقم 06 السالفة الذكر إلى حين تكوين مسيري الجماعات المحلية في مجال تفويضات المرفق العام¹، خصوصًا أنّها تجربة جديدة في تاريخ المنظومة القانونية المؤطرة لأساليب تسيير المرافق العمومية، والجدير بالذكر أنّ المرسوم الرئاسي 15-247 قد نصّ على ضرورة تلقّي تكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذه من الآليات لتفعيل الطلبات العمومية²، وما يؤكّد نية السّلطات على إرجاءه أيضًا هو صدور المرسوم الرئاسي 20-237 سالف الذكر يحدّد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من وباء كورونا³ دون ذكر تفويضات المرفق العام.

إنّ المشرّع الجزائري وفي مراحل مختلفة، تطرّق إلى كل ما يدرج ضمن التفويض باستخدام مصطلحات مختلفة، سيطر فيها استعمال تعبير "الإمتياز"، شهد تأثيرًا واضحًا في العديد من المجالات، وخاصة فيما يتعلق بالجماعات المحلية، أين أصبح الأمر إلى حد التفويض لتسيير المرافق العامة والأملاك العامة بموجب تعليمات صادرة عن الوزارة، وهو أمر يؤول في الأصل إلى القانون.

ب- بروز مصطلح جديد لتفويضات المرفق العام تأكيدًا للإستقلالية:

لقد رأينا أنّ التكريس الجديد لتفويضات المرفق العام لم يعرف لها تطبيقات عملية، وبتتبع المسار التشريعي لهذه التقنية نجد حدث آخر تمثّل في صدور قانون، 23-12 يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية مُعلنًا عن ميلاد جديد تحت إسم التسيير المفوض، ولعلّ هذه التسمية موفقة سببنيها لاحقًا في هذا الباب، هذا المصطلح تبناه المشرّع الجزائري في المادة 11

1 - برقية عن أمين العام وبتفويض من وزير الداخلية إلى الولاية تحت رقم 2067 بتاريخ 27 جوان 2019.
2 - كان من الأفضل أن ينص المرسوم التنفيذي 18-199 أيضًا في مواده على ضرورة تلقي مسيري الجماعات المحلية بالأخص، والموظفون والاعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ تفويضات المرفق العام بصفة عامة تكوينًا ودورات تحسين المستوى وتجديد المعارف، ولا تخص مسيري الجماعات المحلية وحدهم، وإن كان قد نص على هذا المرسوم الرئاسي 15-247 في الباب الثالث من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المعنون ب" التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادتين 211 -212، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم. فتكون البرقية الصادرة عن وزارة الداخلية تأكيدًا على ضرورة التكوين خصوصًا انها تجربة جديدة بخلاف الصفقات العمومية.

3 - المرسوم الرئاسي 20-237 المؤرخ في 31 اوت 2020، المصدر السابق.

من القانون 23-12 " لا تخضع لمجال تطبيق أحكام هذا القانون، العقود المبرمة:
-بعنوان التسيير المفوض للمرفق العام والشراكة بين القطاع العام والخاص..."، وذلك تتضح
نية المشرع عن تنظيم قانوني آخر للتسيير المفوض بعد فشل تطبيق المرسوم التنفيذي 18-199
سالف الذكر.

المطلب الثاني: تحديد مفهوم تفويض المرفق العام كمصطلح جديد في التشريع والاجتهاد
من المقرر قبل تدخل المشرع الفرنسي ضبط مفهوم تفويض المرفق العام في قانون
مورسيف¹ "Murcef"، أنه لم يوجد تعريفاً جامعاً مانعاً لتقنية تفويضات المرفق العام، ولم يتم تحديد
مفهوم من قبل السلطات التنظيمية التي وضعت نظامها القانوني في التسعينيات من القرن
الماضي، ولم يضع القاضي الإداري هذا المفهوم بما هو عليه الآن، ولم يقدم الفقه تحديداً متفقاً
عليه لهذا المفهوم، بل إكتفت بتطبيقات عملية، مما أثار جدلاً بغموض فكرة تفويضات المرفق
العام وإكتتاف الشكوك حولها، وقد إنصبّ الغموض حول مضمونها بتقاربها مع الكثير من المفاهيم
القانونية ذات الصلة، وأي نقل للمرفق العام يندرج في التفويض بمفهومه الواسع، أو بمعنى الضيق
حصر وتحديد عقود المعنية بالتفويض بتحقيق عناصر محددة فيها دون غيرها، بدليل تعدد
التعريفات الفقهية، وما يؤكد ذلك، التقرير الذي أعدته لجنة المالية والإقتصاد العام حول قانون
مورسيف² بضرورة وضع تعريف لتفويضات المرفق العام يحسم الجدل ويعزز الأمن القانوني
للفكرة (الفرع الاول)، مما يميزها بخصائص تختلف عن غيرها من العقود الادارية وأساليب التسيير
(الفرع الثاني).

الفرع الاول: التعاريف المختلفة لتقنية تفويض المرفق العام.

تباينت التعريفات الفقهية حول فكرة تفويضات المرفق العام خصوصاً بعد بروز نظامها
القانوني في الواقع العملي للإدارة المحلية سنة 1987، وما ذلك إلا لتعزيز الأمن القانوني للفكرة،
لاسيما أن بعض التعريفات جاءت كإنتقادات للتعريف العام الذي أتى به قانون سابان 1.

1- Loi n° 2001-1168, Op. Cit.

2-Rapport no 3028 de Nicole BRICQ, OP. cit.

كما ساهمت إجتهدات مجلس الدولة الفرنسي في إعداد معيار لضبط مفهوم تفويضات المرفق العام، وأمام هذا الجدل في تباين آراء الفقهاء، والنقص الذي شاب التعريف التشريعي لقانون سابان 1 تدخل المشرع إلى إصدار تعريف تشريعي موحدًا لكل المفاهيم التي قيلت بشأنه في قانون مورسيف، وأما في الجزائر وردت تعاريف بخصوصها، رغم ان تقنية تفويض المرفق العام نمط جديد في تاريخ المنظومة القانونية الجزائرية، سنبين في هذا الفرع التعريفات الفقهية في الفقه المقارن والفقه الجزائري(اولا)، ونرى ما جاء به التشريع المقارن(ثانيا)، وتوظيف المفهوم في التشريع الجزائري(ثالثا).

أولاً: التعريف الفقهي وفقاً للفقه المقارن

ووفقاً لما تقدّم يتحدّد التعريف الفقهي لتفويضات المرفق العام بتعاريف واسعة، وتعاريف ضيقة، وتشمل الأولى على جميع الحالات التي يُكلّف فيها الشخص المعنوي العام المسؤول عن المرفق العام بنقل مهمّة إدارته وإستثماره إلى الغير سواء لأشخاص القانون العام أو الخاص، سواء أخذ الصيغة التعاقدية أو ما يسمّى بالتفويض التعاقدية الذي يندرج فيه كل عقد إداري موضوعه أن يعهد تسيير وإستغلال مرفق عام إلى الغير على اختلاف أشكال تلك العقود وأنظمتها القانونية التي تنظّمها، قد تكون عقود امتياز أو عقود شراكة أو عقود البوت، أو حتى الصفقات العمومية، أو يأخذ صيغة عمل إفرادي (التفويض الإفرادي)، وقد يتمّ بموجب قرار إداري أو نص تشريعي يتضمن نقل مهمّة تسيير وإستثمار مرفق عام إلى الغير(1).

أمّا المعنى الضيق(الفني الدقيق) لتفويضات المرفق العام فيقيد تقنية تفويضات المرفق العام في التفويض التعاقدية فقط، أي عقود محدّدة العناصر ولها نظام قانوني مستقل يؤطّرها ويميّزها عن غيرها من العقود الإدارية، وتأخذ صوراً متعدّدة منها عقود مسمّاة التي عرّفها النصوص القانونية صراحة والأخرى غير مسمّاة تكيف كعقد تفويض متى توفّرت فيها المرتكزات القانونية لعقد التفويض التي حدّتها المعايير التشريعية والقضائية المستنبطة من النظام القانوني المنظّم لها(2).

أ-التعريف بمعناه الواسع(العام):

وهو التعريف الذي إقترحه المقرر في الجمعية الوطنية أثناء مناقشة قانون مورسيف "Murcef"¹، "إعتبر التفويض المرفق العام يجمع كل الحالات التي تنفذ مرفق عام بتكليف الغير مهما كان نظامه القانوني أو نمط العائدات" وهنا يتضح جليا أنه جمع كل الوسائل التي يكون فيها تفويضًا للمرفق العام بغرض النظر عن طبيعة الوسيلة او نمط المقابل المالي.²

ومن بين التعاريف الفقهية التي قدّمها الفقه الفرنسي بالمعنى الواسع، نجد تعريف الاستاذ Mathieu Noel بأنه "عقد تفويض المرفق العام هو نقل التكليف أو التحمل الفعلي لمرفق عام إلى المفوض له"³ دون تحديد الوسيلة أو نوع العقد، فهو كل عقد يتضمن نقل مسؤولية تسيير المرفق العام للغير.

في حين عرّفه الأستاذان P.-L. Frier, J. Petit عقد تعهد بموجبه الإدارة، تحت مراقبتها الصارمة، إلى فرد أو شركة، أو حتى إلى إدارة عامّة أخرى، بمهمة تولّي مسؤولية تنفيذ مرفق عام، وليس مجرد تقديم خدمة⁴، وهذا التعريف يشمل أيضًا إدارة عمومية ويكون عن طريق التفويض الانفرادي فلا يشملها التفويض التعاقدية على غرار الخواص، ويكون بهذا المعنى الواسع أنه أسند التفويض إلى التفويض التعاقدية والانفرادية.

وعرّفه الأستاذ T.Dalfarra: بأنه "تفويض المرفق العام يشير إلى أي وسيلة تقوم بموجبه الجماعة العامّة بتكليف شخص قانوني آخر بإدارة مرفق عام، يمكن أن يكون التفويض تعاقدية

1 -Loi n° 2001-1168, Op.Cite

2 -La délégation de service public englobe tous les cas où «l'exécution du service public est confiée à un tiers que soit son statut et son mode de rémunération» rapport, op.cit.

. انظر الى وليد حيدر، المرجع السابق، ص 11.

3 - « le contrat de delegation de service public transfere la charge effective d'un service public au delegataire. »Mathieu Noel , Recettes annexes dans les contrats partenariat ,<https://www.parme-avocats.com/> اطلع عليه بتاريخ 2023/07/28 على الساعة 21:36

4 -« un contrat par lequel l'administration confie, sous son étroit contrôle, à un particulier ou à une entreprise, voire à une autre administration publique, le soin de prendre en charge l'exécution même du service public, et non de fournir simplement une prestation ». P.-L. Frier, J. Petit, Droit administratif, 9e éd. LGDJ, Coll. Domat droit public, Paris 2014, n°503, p. 319.

أو بصورة انفرادية¹، فهنا يعرض الأستاذ تعريفاً شمولي تطرّق فيه إلى التفويض بنوعيه التعاقدية والانفرادية وبأي وسيلة كانت إمتياز، صفقة.. الخ.

أمّا في الفقه العربي نجد من التعريفات بمعناه العام تعريف الأستاذة Amel Aouij Mrad "تفويض المرفق العام بأنه العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات والمهام الضرورية لتسيير مرفق عام، وإستغلاله لأشخاص من القانون الخاص"².
-تعريف وليد حيدر جابر "يعني تفويض المرفق العام أن تعهد الدولة أو أحد اشخاص القانون العام إدارة وإستغلال مرفق عام إلى شخص طبيعي أو معنوي غالباً من أشخاص القانون الخاص"³.

ب-التعريف بمعناه الخاص(الفني الدقيق):

لقد كان للفقه إسهاما جلياً في تحديد معالم تقنية تفويضات المرفق العام بمعناه الضيق، وحجزها مكانة في حقل العقود الإدارية وتحديد معالمها في القانون الاداري، ما يميّزها عن باقي العقود الادارية لا سيما الصفقات العمومية، فمن بين هذه التعاريف نجد تعريف Marie Rouault "تفويض المرفق العام أن تعهد الإدارة بعقد مع الخواص أو حتى مع إدارة عمومية أخرى تحت رقابتها الصارمة، تحت مسؤوليتهم تنفيذ المرفق العام. يرتبط أجر المفوض له جوهرياً بنتائج استغلال المرفق العام (رسوم مدفوعة من قبل المستخدمين)".⁴، كما عرّفه أيضاً الأستاذان Jacques petit و Pieurre laurent بأنّ "تفويضات المرفق العام هي تكليف الإدارة بتفويض المرفق العام للمفوض له سواء كان أحد اشخاص القانون الخاص(شخص طبيعي،

1 -T. Dalfarra " la délégation de service public designe tout procédé par lequel une collectivité publique confie la gestion du service public à un organisme qui'en est juridiquement distinct. Elle peut etre contractuelle ou unilaterale" Cité par, Jean Bouirot, comment assurer l'égal accès à l'information juridique technique et économique avant le contrat en cours de contrat et lors de sou renouvellement, RFDA, 1997, p 41.

2 -نادية ضريفي ، تفويض المرفق العام في الجزائر الملتقى الدولي الاول الموسوم بـ "المرفق العمومي في الجزائر

ورھاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية " ، 22و23 أفريل جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة 2015

3 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص435.

4 - « La délégation du service public l'administration confie par un contrat à particulier ou une entreprise voire à une autre administration publique sous son étroit contrôle le soin de prendre en charge de l'exécution même de service public la rémunération de Du délégataire est substantiellement liés aux résultats de l'exploitation de service (redevance versée par les usagers » Marier.c Roualt, **droit administratif**, 5° édition, éd. LGDJ- Montchrestien, Lextenso edition, Paris 2009, p. 132.

شخص معنوي) أو ادارة عمومية أخرى تحت رقابتها الصارمة، بتنفيذ بنفسه وتحت مسؤوليته مرفق عام، وليس فقط تقديم خدمة، عادة ما تكون هذه النقلات تخص مرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، ولكن تلك التفويضات موجودة أيضاً في بعض المرافق العامة الادارية (مثل إدارة الطرق السريعة، والنقل المدرسي، والخدمات الصحية). يتميز هذا النوع من العقود بخصوصيات نظراً للروابط التعاقدية بين الطرفين وأثارها على الغير، أي مستعملي المرفق العام، ويختلف موضوع العقد من حيث المبدأ عن الصفقة العمومية وخاصة طريقة تعويض، فالإدارة لا تدفع سعراً محددًا، بل يتم تقاضي المفوض له الاجر بشكل أساسي بناءً على نتائج الإستغلال¹.

أما الاستاذ Auby فقد عرّف تفويضات المرفق العام بأنها "العقد الذي يعهد فيه إلى شخص آخر يسمى" صاحب التفويض "تنفيذ مهمة مرفق عام والقيام بالاستغلال الضروري للمرفق، ويمكن أن يتضمن إقامة منشأة عامة، وأن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام واقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدي اليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة، أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة في العقد التي تعكس الإستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها"².

في حين جاءت التعاريف الفقهية في الفقه العربي متابينة منها ما وافق الفقه الفرنسي باعتباره أصل الفكرة، والأخر مستنبطاً من التجارب التي مرت به الدولة، ففي الفقه المغربي، خصوصاً بعد ظهور مصطلح "التدبير المفوض" في التشريع، إنقسم الفقهاء إلى ثلاث اتجاهات. فيرى أصحاب الإتجاه الأول بمساوات بين التدبير المفوض وأسلوب الإمتياز، فهم لا يفرقون بين

1 - « les délégations du service confier sous son étroit contrôle À un particulier ou une entreprise voire a une administration publique Le soin de prendre en charge l'exécution même du service public et et non fournir simplement une prestation ce transfert concerne en général des services publics industriels et commerciaux mais de telles délégation existant aussi pour certains services administratifs (Gestion des autoroutes transport scolaire hospitalière Ce contrat présente des spécificités car autres les liens contractuels entre les deux parties Il y a des incidences Pour des tiers Les usagers du service public l'objet De contrat est a priori Différents de marchés publics et surtout son mode de rémunération l'est l'administration ne verse pas un prix mais le contractant est au contraire rémunérer pour l'essentiel par les résultats d'exploitation. » Pieurre-laurant Firer ,Jacques Petit, **précis de droit administratif**, 5^e édition, éd. LGDJ- Montchrestien, Lextenso edition, Paris 2008, p. 338.

2 -J.AUBY, **la delegation de service guide pratique**, OP. cit, p44.

نقلا عن ابوبكر احمد عثمان في كتابه، المرجع السابق، ص.80

التدبير المفوض والإمّياز، حيث أنّ "التدبير المفوض" في المغرب يستمد جذوره من أسلوب الإمّياز لكّته، يتميّز عنه في بعض النقاط، ويُعتبر تعديلاً ضمنياً للنهج الإمّيازي¹، ومنهم الأستاذ " عبد السلام البقالي" بأنّ التدبير المفوض نجد أصوله في أسلوب الإمّياز لكن يختلف عن هذا الأخير، وإن كان بمثابة الإصلاح الضمني له، بخصوصيات معينة²

أمّا الإتجاه الثّاني فيعتبرون التدبير المفوض نهجاً جديداً لتسيير المرافق العامة، بالإضافة إلى أساليب تفويض أخرى للمرافق العامة ومنهم الأستاذ " عبد الله الحداد" الذي عرّف التدبير بأنّه طريقة جديدة من بين الطرق المعتمدة لتسيير المرافق العامة تتشابه مع عقد الإمّياز، وتختلف عنه لأنّ المدّة الزمنية لهذا الأخير تكون أطول، كما أنّ الملتزم يتعهد بتوفير الأموال والمستخدمين، بينما في التدبير المفوض تبقى التجهيزات في ملكية الإدارة، كما يحتفظ المفوض له بالمستخدمين مع مراعاة حقوقهم³ وكذلك يمثّل هذا الإتجاه أحمد بوعشيق الذي اعتبر التدبير المفوض إلى جانب الخوصصة والإمّياز من أساليب وطرق تسيير المرافق.

في حين الإتجاه الإخير. تبنّى المفهوم الفرنسي لتفويض المرفق العام، في تقديم تعريفاً واسعاً، منهم الأستاذ اليعكوبي محمد، فقد رأى في التدبير المفوض، كل تدبير لمرفق عام بواسطة شخص معنوي خاص، وغالبا ما يوكل هذا الشكل للخواص، على أنّ التدبير المفوض يمتد لإحتواء مختلف طرق التسيير الكلاسيكية كعقود الامّياز والوكالة وكل اتفاقيات التفويض المتروحة مداها بين حد أدنى وحد أقصى⁴.

1 - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص82.

2 - الموسوعة القانونية الشاملة، العقود الادارية بين النظرية والتطبيق، بحث ودراسة قانونية، على الموقع <https://www.universal-legal-encyclopedia.com/> اطلع عليه بتاريخ 2023/08/06 الساعة 07:06

3- عبد الله الحداد، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، سنة 2001، ص.152 نقلا عن الاستاذ يحي محمد، قراءة نقدية لمفهوم التدبير المفوض على ضوء مستجدات قانون 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرفق العام، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 80، 2008، ص3.

4-El Yaâkoubi M. La gestion déléguée des services publics locaux au Maroc, REMALD, n° 19, 1997,

نقلا عن الاستاذ يحي محمد، المرجع السابق، ص 03 p.149 et s.

ثانيا: التعريف الفقهي وفقا للفقهاء الجزائريين

إنّ البحوث والدراسات الفقهية بخصوص تقنية تفويضات المرفق العام في الجزائر قليلة وذلك يرجع إلى حداثة تبني المشرع الجزائري هذا الأسلوب من جهة، وتركيز الفقه الجزائري على مفهوم فكرة المرفق العام والإمتياز، وماتركته المنظومة التشريعية من أزمة مفاهيمية حول الإمتياز من جهة أخرى، غير أنّه لم يمنع الباحثين في الدراسات القانونية من تقديم تعريفات فقهية حول مضمون الفكرة.

فوجد تعريف أستاذ عمار بوضياف " بأنه أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة يعهد بموجبه الشخص من أشخاص القانون العام أمر تسيير إدارة مرفق عام، وتلبية حاجات عامة عن طريق شخص آخر يدعى المفوض له، وقد يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو الخاص لمدة محددة وتحت إشراف ورقابة المفوض"¹.

كما يرى الأستاذ رشيد زوايمية أنّ فكرة تفويض المرفق العام تحتوي على مدلولين:

المدلول الأول: يُعد تفويض المرفق العام بمثابة عمل قانوني يسمح أو يخول للهيئات العمومية بتحويل مهمة تسيير المرفق العام إلى أشخاص القانون الخاص.

المدلول الثاني: يعتبر أسلوب التفويض طريقة من طرق تسيير المرفق العام، فيتولّى من خلاله أشخاص القانون الخاص هذه المهمة التي كانت حكرًا على الهيئات العمومية.²

أما الأستاذة ضريفي نادية فقد قدّمت تعريفا لعقد تفويض المرفق العام بأنه "تفويض المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يحوّل شخص من القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية) تسيير وإستغلال مرفق بكل مسؤولياته وما يتحمّله من أرباح وخسائر، يختلف عن الصفقة العمومية من حيث الإستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي، ويتحصّل المفوض له على المقابل المالي للتسيير والإستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل أداء الخدمة، أو عن طريق الإدارة لكن يجب أن يكون هذا المقابل المالي مرتبطا بإستغلال المرفق ونتاجا

1 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، ط6، الجزائر، 2015، ص68.

2 - Rachid Zouaimia, OP. cite .p.4

عن تشغيله، ويكون هذا الاستغلال لمدة معيّنة، قد يشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية والتجارية، ويتم اختيار المفوض وفق إجراءات واضحة تضمن الشفافية والمنافسة لإختيار الأفضل، وبذلك ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المرتفقين، وفق عقد يحدد حقوق المفوض له والتزاماته بكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية، وضرورة تكيف مع المحيط الداخلي والخارجي"¹

ثالثاً: مناقشة التعاريف الفقهية

وازاء ما تقدّم من التعاريف الفقهية إبتداءً من الفقه الفرنسي الذي كان سبباً في تقديم تعاريف مختلفة نتج عنها جدل بسبب غموض ومطاطية المفهوم، وباعتبار البلد المنشأ لهذه الفكرة، فالتعاريف لم تكن متوافقة في الفقه الفرنسي والمقارن بصفة عامّة، إضافة قلة التعاريف الفقهية في الفقه الجزائري واختلافها فيما بينها بسبب حداثة انتهاج أسلوب التفويض كما تقدّم ذكره، ومنهم من قدّم تعريفاً يوافق المقاربة الفرنسية، فإنّه بات من الضروري القول أنّ الفقه لم يصل إلى تعريف جامع، غير أنّه متفق على العناصر الضرورية لقيام تفويض المرفق العام، وهذا كافي لإبراز وتكريس واستقلالية الفكرة ضمن العقود الادارية، من بين العناصر المتفق عليها هي مرتكزات عقد تفويض المرفق العام، نذكرها مايلي:

- وجود مرفق عام دون التمييز بين المرافق العامة الإدارية والإقتصادية ؛
- تحويل تسيير المرفق العام إلى الشخص العام أو الخاص دون تمييز بينهما ؛
- التنفيذ المباشر للمرفق العام ؛
- وجود السمة العقدية لتقنية تفويضات المرفق العام ؛
- المقابل المالي دون تحديده.

ومن المفيد التنبيه على أنّ الإختلاف والجدل بين ما يقدم تعريفاً واسعاً، وحتىّ التعريف الضيق، لا يعني تقنية تفويضات المرفق العام، فهو يمثّل تغليب عنصر على آخر، فهذا يعزّز في ذاته الأمن القانوني للفكرة، وبالتالي يساعد التشريع على توحيد الاراء الفقهية مستتبها منها

1 - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، ابجزائر، 2010، ص 141.

تعريفًا جامعًا، وهذا ما كرّسه التشريع الفرنسي بإحداث تعريفًا جامعًا مستتبًا للأراء الفقهية والإجتهادات القضائية، من خلال قانون مورسيف الذي وضع حدًا للجدل وصقل المفهوم و إخرجه إلى دائرة الإستقلالية وتمييزه عن غيره ضمن العقود الإدارية المعترف بها فقها وقانونا، في حين التعاريف في الفقه الجزائري نجد الأقرب إلى ما إستقرّ عليه التشريع الفرنسي تعريف أستاذة ضريفي فهو جمع كل مقومات تقنية تفويض المرفق العام، أمّا باقي الفقه، فجاءت منقسمة منها ما جاءت متقاربة إلى حد بعيد مع الفقه وما كرّسه التشريع الفرنسي، ومنهم إعتبره إمتياز ومنهم إعتبره أسلوبا جديداً، وهذا راجع إلى التجارب التي مرّت بها تلك الدول، إضافة إلى إختلاف في الايديولوجيات والخصائص المميزة لتلك الأنظمة.

رابعاً: التعريف التشريعي لتفويضات المرفق العام

وإزاء الإختلاف الفقهي خاصة بعد نقص تعريف لتفويضات المرفق العام من خلال قانون Sapin01¹ سالف الذكر، تدخل المشرّع الفرنسي مرّة أخرى واضعاً تعريفاً موحداً في قانون مورسيف لتبسيط مسائل إجتهادات الفقهية، والقضائية التي كانت تثار حول المفهوم.²

والسبب الرئيسي مستمدّ من الأمن القانون، ويكمن في ضرورة إستقرار القانون وتجنّب أي خطر للتفسير من طرف القضاء الإداري، ممّا يتيح للجماعة العامّة معرفة القواعد المعمول بها في كل عقد يعترمون إبرامه، لذلك من الممكن التأكيد على أن المشرّع قام بتكريس معايير تفويض المرفق العام خصوصاً أنّ تفويضات المرفق العام فكرة مطاطية تتداخل مع العقود الادارية المشابهة كالصفقات العمومية، فكل الإجتهادات القضائية والفقهية تركّز على تمييزها بالدرجة الأولى عن الصفقات العمومية، فكان لزاماً ضبط هذه التقنية بمعايير تختص بها عن غيرها³.

1 -Loi no 93-122 , Op.Cit.

2 - Gros manue, kalfèche grégory, **Les conventions de délégations de service public**, Jurisclasseur Collectivités Territoriales, 2004, p06.

3 -يرى الفقيه Pierre DELVOLVE إن إدخال تعريف لتفويضات المرفق العام في القانون لا يخدم الأمن القانوني بشكل كامل، في الواقع، قد يكون إدخال تعريفاً في القانون من شأنه أن يعوق تطور القانون في هذا المجال انظر الى Pierre DELVOLVE; " **les contradictions de la délégation de service public**"; In AJDA actualité juridique; 1996.

ولم يقتصر التعريف القانوني لهذه التقنية على فرنسا(1)، بل تدخل المشرع في التشريعات المغاربية(2) بتكريس تعريف قانوني لها، ثم تبعه بذلك المشرع الجزائري (3)
أ-التعريف القانوني في التشريع الفرنسي:

كرّس المشرع الفرنسي تعريف تقنية تفويضات المرفق العام في المادة 03 من قانون مورسيف "Murcef" حيث عرّفها مايلي:

" تفويضات المرفق العام عقداً يعهد بموجبه شخص معنوي من القانون العام بتكليف تسيير مرفق للمفوض له (شخص معنوي عام أو خاص) يتحمل المسؤولية عنه، ويكون أجره مرتبطاً بشكل جوهري بنتائج إستغلال المرفق، يُمكن أن يُكلّف المفوض له ببناء منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية للمرفق ".¹ كما حملت المادة 1-1141 من قانون الجماعات الاقليمية تعريفاً موافقاً لأحكام الأمر 65-2016 المتعلق بالإمتياز ووسّعت من مفهوم المخاطر المرتبطة بنتائج الإستغلال، فعرّفته بأنه " عقد امتياز بمفهوم الامر رقم 65-2016 المؤرخ في 26 جانفي 2016 المتعلق بعقود الإمتياز المبرم كتابةً، والذي بمقتضاه تعهد السلطة المفوضة تسيير مرفق عام لمتعامل أو عدّة متعاملين إقتصاديّين، والذي يتحمل المخاطر المرتبطة بالإستغلال المرفق، في المقابل له الحق في إستغلال المرفق موضوع العقد أو هذا الحق مرتبط بئمن، الجزء المنقول من المخاطر إلى المفوض له يتضمن تعرضاً حقيقياً لتقلبات السوق،

كما وافقه ذلك الفقيه Philippe TERNEYRE أن القانون يجمّد، في الواقع، تطوراً لم يصل بعد إلى نهايته في كثير من الجوانب. نظراً لأن القانون يبدو أقل إستجابة لتطوّرات المجتمع من القضايا القضائية، فإنّه لا يبدو أنّه الأساس الأمثل لتقديم تعريف لتفويضات المرفق العام الذي يتكيّف بسرعة وفعالية مع التطورات، ولا سيما التطورات الاقتصادية. انظر إلى Philippe TERNEYRE; " la notion de convention de délégation : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire"; In périodique AJDA Actualité Juridique, 1996.

لكن أنّ الجدل والشكوك الذي إكتنف تقنية تفويضات المرفق العام، والدفاع عن الحدث الهام بميلاد جديد لعقد إداري وإثراء المنظومة القانونية للعقود الإدارية، كما أنّه ولدواعي استقرار القانوني لهذا العقد، كان لزاماً على المشرع التدخل لوضع تعريفاً جامعاً مانعاً وإن كان التعريف القانوني يعيق التطور لهذه الفكرة، ولكن من جهتنا أنّ القانون هو نفسه ينطوّر أيضاً، وبالتالي تتطور فكرة تفويضات المرفق العام.

1- l' Art 3 de la loi n° 1168-2001 Modifié l'Art 38 de loi 93-122 Op.Cit. « 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. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

بحيث يجب أن لا تكون أي خسارة محتملة يتحملها المفوض له مجرد إسمية أو محتملة، ويتحمل المفوض له مخاطر الإستغلال في ظروف عادية، لا يتأكد من قدرته على تعويض الاستثمارات أو التكاليف التي تكبدها، المرتبطة بإستغلال المرفق، كما يمكن أن يكلف المفوض له بناء منشآت أو انجاز أشغال أو اقتناء التجهيزات الضرورية للمرفق العام¹.

ب-التعريف القانوني في التشريع المغربي:

قدّم كل من التشريع التونسي والمغربي تعريف قانوني لتقنية تفويض المرفق العام بشكل مماثل لما كرسه المشرع الفرنسي.

1-التعريف القانوني في التشريع التونسي: فقد عرّفه المشرع التونسي من خلال قانون للجماعات المحلية الفصل 85، "بمداولة من مجالسها، أن تقرّر إستغلال مرافق عامة ذات صبغة إقتصادية صناعية وتجارية بواسطة عقود "تفويض مرافق عامة محلية"، تمكّن بمقتضاها جماعة محلية بصفتها مانحة التفويض شخصا عمومياً أو خاصاً بصفته صاحب التفويض، التصرف في مرفق عمومي لا يكتسي صبغة إدارية يعود لها بالنظر على أن يكون المقابل المالي مرتبطاً بالأساس بنتائج التصرف في المرفق العام موضوع التفويض، وأن يتحمل صاحب التفويض المخاطر المالية للنشاط المرفقي، يمكن أن يتضمن عقد تفويض المرفق العام إلزام صاحب التفويض بإحداث منشآت أو بإقتناء أملاك أو تجهيزات ضرورية لسير المرفق. تنص مداولة الجماعة المحلية على نوعية الخدمات المرفقية التي يقترح تفويضها وخاصياتها الفنية. للجماعات المحلية الإستعانة بمكاتب أو مؤسسات متخصصة للتفاوض وإعداد مشاريع عقود

¹ [Article L1411-1](#) «Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service.

Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service publi ».

تفويض مرافقها العامة. تبرم عقود التفويض وفق إجراءات تقوم على مبادئ المنافسة والمساواة والشفافية والنزاهة".¹

2- التعريف القانوني في التشريع المغربي: في حين عرّف المشرع المغربي تقنية تفويضات المرفق العام تحت مصطلح التدبير المفوض في المادة 02 من قانون 05-54 سالف الذكر بأنه "يعتبر التدبير المفوض عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى "المفوض" لمدة محددة، تدبير مرفق عام يتولّى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى "المفوض إليه" يخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق ارباح من التدبير المذكور أو هما معاً. يمكن أن يتعلّق التدبير المفوض بإنجاز أو تدبير منشأة عمومية أو هما معاً تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض".

ومن خلال قراءتنا للتعريفات القانونية يظهر لنا جلياً أنّ كل من التشريع التونسي والمغربي يتبنيان نفس المقاربة التي تبناها المشرع الفرنسي، والتي تتمثل في عناصر أساسية تشكل جوهر عقد تفويض المرفق العام وإن كان إختلاف في التركيز على عنصر بدقة دون غيره، مثل عنصر المخاطر في التشريع التونسي دون المغربي، وهذا ما سنبينه في هذا الباب بتخصيص مبحث له باعتباره مهم في تمييز عقود تفويض المرفق العام عن غيرها من العقود الادارية.

ج- توظيف فكرة تقنية تفويض المرفق العام في القانون الجزائري:

عرّف المنظم الجزائري هو الآخر تقنية تفويضات المرفق العام في المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر بأنها " يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتمّ التّكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من إستغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرّف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق

1 - الفصل 85 القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرخ في 09 ، المصدر السابق.

العام بموجب إتفاقية. وبهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام...¹

كما عرّفته المادة 02 المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام " يقصد بتفويض المرفق العام، في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محدّدة، إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه، بهدف الصالح العام". وبالعودة الى المادة 04 من نفس المرسوم، "يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة" أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي، عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص "المفوض له"، بموجب إتفاقية تفويض"²

نلاحظ من التعريف الذي قدّمه المشرع الجزائري في 15-247، أنه أيضا إنتهج المقاربة التشريعية الفرنسية، لكنّه تفرّد بنص على صور تفويضات المرفق العام وخص كل صورة بتعريف وهو طرح نمثّه، ثمّ لم يستثني نطاق التفويض إلاّ ما خالف التشريع، فكلّ إدارة قابلة للتفويض ما لم يخالف التشريع، في حين المرسوم التنفيذي 18-199 خصّ التفويض للجماعات المحلية والمؤسسات التابعة لها بالدرجة الأولى، على خلاف ما أقرّه المشرع الفرنسي، كما أنّه تبنّى جل المعايير التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام، متخصّصًا فيها بتوسّع وتدقيق معيار على آخر، فنذكر منها المعيار المالي الذي يعتبر معيار أساسي للتفرقة بين عقد التفويض والصفقة العمومية، وهو إرتباط الأجر بشكل جوهري بنتائج الاستغلال، وبمعيار المخاطر أو المخاطر الاقتصادية³، يعتبر هذا الأخير عنصرًا جوهريًا ضمن المعيار المالي، إضافة إلى المعايير

1 - المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، مصدر سابق.

2-المادة 02 و 04 مرسوم تنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 اوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مصدر سابق

3- Thierry Kirat, et Al, le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat, Revue internationale de droit Economique, 2005, p296.

متاح على الموقع <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2005-3-page-291.html> ,

الأخرى، وهي العقد بين شخص المعنوي العام والمؤسسة، وموضوع العقد وهو إستغلال مرفق عام، سنبينها بشيء من التفصيل لاحقاً في الأسس التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: خصائص الجوهرية لتقنية تفويضات المرفق العام

يتبين لنا من خلال عرض إطار تحديد ضبط تفويضات المرفق العام مجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من أنماط التسيير المشابهة، وكذلك العقود الإدارية، وقد حددها الفقه والقضاء، وتجدر الإشارة إلى أنّ منها ما يشكل أسس تفويض المرفق العام وأهمها ما يلي:

- **فكرة المرفق العام:** تعتبر عنصر جوهري في تصنيف عقود تفويضات المرفق العام، سواءً كانت مرافق عامة إدارية أو إقتصادية، ويجب أن تكون هذه المرافق قابلة للتفويض، فالمشرع الفرنسي قد حدّد المرافق العامة القابلة للتفويض على عكس المشرع الجزائري فإكتفى بنص المادة 03/207 من المرسوم الرئاسي 15-247 بشرط واقف، وهو عدم وجود نص تشريعي يمنع ذلك، قد أشارت المادة 02 من المرسوم 18-199 إلى هذا المانع وحصرته بالمهام غير السيادية¹.

- اطراف عقد تفويضات المرفق العام: يهدف عقد تفويض المرفق العام تكليف الطرف

المتعاقد (المفوض له) من الإدارة (السلطة المفوضة) بمسؤولية ضمان تنفيذ جزئي أو كلي للمرفق العام، فهوية الأطراف المتعاقدة في عقد التفويض يكون بين أشخاص القانون العام (الدولة أو الجماعات المحلية أو مؤسسة عمومية ذات الطابع الاداري)، ويسمى المفوض أما الطرف الثاني فهو المفوض له، وقد يكون أحد أشخاص القانون العام (إدارات عمومية اخرى) أو أشخاص القانون الخاص (خواص، أو مؤسسات أو جمعيات)، ولا يشترط في عقد التفويض تقييد الطبيعة القانونية للشخص المفوض له، أي سواء شخص معنوي عام أو خاص. كما تقدّم بيانه.

- موضوع العقد: هو إستغلال مرفق عام، يكلف بموجبه تسيير جزئي أو كلي للمرفق العام

يكون المفوض مسؤولاً عنه، حيث يتحمّل المفوض له المخاطر التي تحوّلت إليه، فإذا كان لا

1 - قد اشارت التعلّيمية 06 المؤرخة في 09/06/2019 الى المهام غير قابلة للتفويض وهي مهام سيادية وتمثلت في تسليم وثائق الهوية والسفر، الحالة المدنية، العمليات الانتخابية، تحصيل الجباية المحلية، الوقاية وتسيير الاخطار والكوارث، حماية الاشخاص والممتلكات، وهذه خاصة بالجماعات المحلية والمؤسسات العمومية التابعة لها، كما أنّ المرسوم التنفيذي 18-199 لم يحدد المرافق العامة السيادية وغير السيادية.

يتحمّل المفوض له مخاطر الاستغلال، فلا نكون أمام عقد تفويض المرفق العام، فقد يعهد للمفوض له (المتعاقد) إستغلال مرفق عام فقط، أو انجاز منشآت أو اقتناء الممتلكات الضرورية لإقامة مرفق عام وإستغلاله.

-**الخاصية التعاقدية** : المعلوم أنّ التفويض الإفرادي لتسيير المرفق العام لا يخضع لقانون رقم 93-122 الصادر في 29 يناير 1993، المعروف بقانون "سابان"، فوفقاً لهذا القانون لا يتحقّق تفويض المرفق العام إلاّ بالآلية التعاقدية بين الشخص المعنوي العام مانح التفويض "السلطة المفوضة" والمفوض له، كما أكدّ قانون "مورسيف" هذه العلاقة عند وضعه لتعريف تفويض المرفق العام، وبالتالي إستبعد التفويض الانفرادي للمرفق العام من نطاق تطبيقه، كما كرّس مجلس الدولة الفرنسي لهذه الخاصية في قرار له الصادر بتاريخ 1995/05/09¹ المتعلّق بالنقل العمومي وتوزيع ونقل الغاز بإعتبار هذا العقد تفويض انفرادي فلا ينطبق عليه أحكام المادة 38 و 40 من قانون "سابان"، كما كرّس المشرّع الجزائري هو أيضاً الطابع التعاقدى لتفويض المرفق العام كخاصية مميزة عن باقي العقود الادارية إلى جانب عقود الإفرادية لتسيير المرفق العام.

-**مدّة العقد الطويلة نسبياً** : كانت المدّة إحدى العناصر الأساسية للإمتياز، والتي كانت طويلة جداً، حتى قد تصل إلى حد غير مقيد، جاء قانون سابان بتغيير هذا الوضع بتحديد المدّة، مشيراً إلى أنّ المدّة يجب أن تكون "محددة من قبل الجماعة بناءً على الخدمات المطلوبة من المفوض له". وتأخذ "اتفاقية التفويض بعين الإعتبار في تحديد مدّتها، طبيعة وقيمة الاستثمار المطلوب تنفيذه، ووضع القانون أيضاً قيوداً على إمكانية التمديد للمدّة، تتخذ هذه القرارات بناءً على تصويت الهيئة التنفيذية للمجلس البلدي، فهذه الخاصية تميّزها عن العقود الإدارية الأخرى لا سيما الصفقات العمومية²، وهذا راجع إلى طبيعة تنفيذ الخدمات التي تتطلّب مدّة طويلة خاصة

1 - CE, avis, n°356931 du 9 mars 1995 et avis n°357262 du 28 septembre 1995, EDCE 1995 p. 399 et 402

2 - David SOLDINI, **La délégation de service public, sa fonction, ses critères**, Revue française de droit administratif, 2011, 06, p.1118. [halshs-02243138](https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02243138).

أن الإستثمارات التي يكلف المفوض له بانجازها، وإهلاك المنشآت المستعملة وإسترجاع الأعباء وتحقيق الأرباح تتطلب مدة زمنية طويلة¹.

-**خضوع اتفاقية تفويض المرفق العام لإلتزامات المرفق العام:** وهي إلتزامات تقع على

عانتف المفوض له، تتمثل في إحترام مبادئ المرفق العام التقليدية، وهي عناصر مميزة لتفويض المرفق العام، يتعين على (المفوض له)، ما لم تكن هناك قوة قاهرة، ضمان إستمرارية تقديم الخدمات التي تم تكليفه بها بانتظام، والمساواة بين المرتفقين، وضرورة تكيف المرفق العام مع التحوّلات الجديدة، خاصة أن المبادئ الحديثة تتكيف مع هذه التحوّلات، منها ما أقره المشرع الجزائري، فتمثلت في ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية.

-**ارتباط الجوهرى للمقابل المالى بنتائج الإستغلال:** تعتبر هذه الخاصية جوهر عقود

التفويض المرفق العام، وهي خاصية من منشأ قضائي، وقد أقرها قانون سابان 01 ثم كرسها قانون مورسيف في تعريف لتفويضات المرفق العام، هذه الخاصية هي المعيار الاساسي للتفريق بين الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي إحدى القضايا الهامة في المنازعات الإدارية، ويعني ذلك أن يرتبط المقابل المالى الذي يتحصل عليه المفوض له إرتباطاً جوهرياً بنتائج الإستغلال، ويعكس ذلك بتحمل مخاطر الإستثمار التي تنتج عن تسيير المرفق وتشغيله

1 - غير أن المشرع الفرنسي حدّد الحد الاقصى والادنى لإتفاقية التفويض، كما خول للسلطة المفوضة تحديد مدة الاتفاقية بين الحد الادنى والاقصى، على عكس قانون سابان، حيث نصّت المادة 3114-8.L من الامر رقم 18-1074 المتعلق بالطلبات العمومية، والمادة 34 من الامر 2016-65 الملغى ألا تتجاوز المدة ب 20 سنة لا سيما في مجال المياه الصالحة للشرب، والصرف الصحي، والنفايات المنزلية والنفايات الأخرى، وإذا تجاوز هذا الحد يجب أخذ رأي السلطة المختصة في الدولة بمبادرة السلطة المانحة بمبررات تجاوز هذه المدة، مع خضوع هذا الرأي لمراقبة هيئة المداولة المختصة، أما الحد الأدنى المحدد ب 05 سنوات فقد نصّت عليه المادة 3114-2.R، وهي المدة الادنى كفيلا في بعض عقود تفويضات المرفق العام بتنفيذ الاستثمارات، في حين المدة في التشريع المغربي والتونسي لم تحدّد، بل تركها المشرع للعقد، أما في التشريع المصري فقد حدّدت المدة 05 سنوات كحد ادنى و الأ يتجاوز 30 سنة كحد اقصى، في = حين المشرع الجزائري فقد عدّد جملة من الممدد حسب نوع العقد فأكبر مدة لعقد الامتياز محدّدة 30 سنة مع إمكانية تمديد بملحق مدة 04 سنوات، أما عقد الايجاو فمحدد كحد اقصى ب 15 سنة مع تمديد بملحق مدته 03 سنوات، أما عقد الوكالة المحفزة فمدته كحد H اقصى عشرة سنوات مع إمكانية تمديده بملحق مدته 02 سنة، فحين حدد عقد التسيير بمدة 04 سنوات.

أو إقتناء اللوازم الضرورية لإقامة المرفق على نفقته ومسؤوليته، ولا يرتبط المقابل المالي بالرّسوم التي يدفعها المستفيدين من المرفق، قد تكون مصادر أخرى مرتبطة بنتائج الإستغلال تدفع من طرف الشخص العام، ولا يعني أيضا أن يكون دائما مرتبط بنتائج الاستغلال قد يتحصّل المفوض له، على ثمن من مصادر أخرى غير مرتبطة بنتائج الاستغلال تدعم المرفق.¹

- **عنصر المخاطر الاقتصادية:** وهو عنصر جديد، فمنح إمتياز المرفق العام يعني يتضمن نقل مخاطر الإستغلال المرتبطة بالخدمات إلى صاحب الإمتياز.

المبحث الثاني: تفويضات المرفق العام فئة مميّزة ضمن العقود الإدارية.

إنّ التقنية التعاقدية إحدى الأساليب الشائعة للنشاط الإداري، وتحلّ مكانة مميّزة في القانون الإداري وما يُثار بشأنها أمام القضاء المختص بها، وتعتبر تقنية تفويضات المرفق العام إحدى هذه الوسائل التعاقدية، وفئة متابينة ضمن الفئات التعاقدية والأعمال القانونية الأخرى التي تستعملها الإدارة في نشاطها اليومي.

إنّ ضرورة إيجاد وسيلة للتوضيح من أجل تحديد وتصنيف العقود العامّة مهم جدًا، ومع ذلك، فإنّ تصنيف العقود أصبح الآن مسألة خاصة بالمتخصّصين، لأنّ تصنيف عقد الإمتياز أو صفقة عمومية أو تفويض المرفق العام ليس دائما أمرًا سهلاً. فمعايير تحديد هذه المفاهيم المختلفة كثيرة ومتغيرة ومشتركة في الواقع، لم يزد ظهور مفهوم عقود التفويض سوى من صعوبات الفهم القائمة بشأن هذه الفئات، فوجب علينا تحديد عمّا يميّزها عن غيرها من عقود الطلبات العمومية بإعتبارها عقدا ضمن هذه العقود (**المطلب الأول**) وطرق التسيير الأخرى بإعتبارها أسلوبًا من أساليب التسيير (**المطلب الثاني**)، إضافة إلى بروز مصطلحات جديدة في المنظومة القانونية الجزائرية متعلقة بالتفويض وجب توضيحها عمّا يشابهها من مصطلحات والمفاهيم الأخرى بإعتبارها من المفاهيم المتشابهة (**المطلب الثالث**).

1 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 97-99

المطلب الاول: تمييز تفويض المرفق العام بإعتباره عقدًا من عقود الطلبات العمومية.

وتوطيدًا لما تمّ بيانه بخصوص مصطلح الطلبات العمومية، فإنّ الطلبات العمومية مصطلح ظهر في اللغة القانونية الفرنسية، ثمّ تبناه المشرّع الجزائري كمصطلح عام، دون تصنيف العقود فيه، فهو يشمل العقود التالية بالمفهوم الفرنسي: الصفقات العمومية وعقود الشراكة، إلى جانب تفويضات المرفق العام، لذا وجب تفصيل هذا المصطلح لكي يتسنى لنا العناصر المتشابهة والمختلفة لبيان إستقلالية وتمييز تقنية تفويضات المرفق العام عن الصفقات العمومية (الفرع الأول) وعقود الشراكة بين قطاع العام والخاص (الفرع الثاني) بإعتبارهما من عقود الطلبات العمومية.

الفرع الأول: تمييز عقد تفويضات المرفق العام عن الصفقات العمومية.

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية نظرًا لإرتباطها الأساسي بنشاط الإدارة، تلجأ إليها هذه الأخيرة لتلبية حاجاتها المتّصلة بنشاطها، وقد أولاها المشرّع أهمية بالغة، فخصّها بترسنة قانونية لإتصالها بالمال العام، فأخضعها إلى إجراءات خاصّة تتشابه إلى حد ما مع تفويضات المرفق العام، وقد تتداخل فيما بينها في بعض الأسس، ممّا يترتّب عليه تدخّل القاضي لتحديد طبيعة العقد، فوجب علينا تحديد الصفقات العمومية (أولاً)، وتحديد مظاهر التقارب (ثانياً) والإختلاف فيما بينهما (ثالثاً).

أولاً: المقصود بالصفقات العمومية

تعتبر الصفة العمومية صنف من أصناف العقود الإدارية المعرّفة بالقانون،¹ وقد عرّفها المادة 02 من قانون 12-23 المشار اليه سابقاً بأنها "عقود مكتوبة، تبرم بمقابل من قبل "المشتري العمومي" المسمّى المصلحة المتعاقدة مع متعامل إقتصادي واحد أو أكثر والمسمّى المتعامل

1 - "الصفقات العمومية هي عقود إدارية بموجب تحديد القانون، وقد خصّ قانون Murcef لسنة 2001 النزاعات المتعلقة بهذه الصفقات للقاضي الإداري، إنّ التعريف العضوي للصفة العامة الذي تم تقديمه في مرسوم بتاريخ 1 أغسطس 2006 والذي تم تناوله في المادة 1 من قانون الصفقات العامة هو: "الصفقات العامة هي العقود المبرمة بمقابل بين الجهات المانحة والمتعاملين الاقتصاديين عامين أو خواص لتلبية إحتياجات في مجال الأشغال أو التوريدات أو الخدمات".

المتعاقد لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات¹، ولا يختلف التعريف عنه في التشريع الفرنسي حيث عرفها في المادة L.1-1111 من قانون الطلبات العمومية² بأنها "الصفقة هي عقد تبرم من قبل مشتري عمومي واحد أو عدة مشتريين عموميين مع متعامل أو عدة متعاملين إقتصاديين لتلبية حاجات في مجال الأشغال، اللوازم أو خدمات بمقابل سعر أو ما يعادله"، وترتكز الصفقات العمومية على معايير أهمها:

أ-الجهة المانحة للصفقات العمومية:

تبرم الصفقة العمومية كما هو معرّف في القانون من طرف المصلحة المتعاقدة التي تُمثّل أحد أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص، وقد إستثنى المشرع الجزائري تطبيق أحكام الصفقات العمومية بالنسبة للعقود المبرمة بين هيئتين عموميتين فيما بينها، وتكون الجهات المانحة(الدولة، الجماعات المحلية المؤسسات العمومية التابعة لها، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري)³.

ب-موضوع الصفقات العمومية:

يرتبط موضوع الصفقات العمومية بإحدى العمليات التالية:

قد تشمل صفقة إنجاز أشغال أو تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال اللوازم المتصلة بنشاطها اليومي، أو خدمات مثل الدراسات وصيانة، وخدمات النظافة، والإطعام والفندقة أو صفقات الدراسات لإنجاز المشاريع.

1 -المادة 02 من قانون رقم 23-12، المصدر السابق.

3- Art L1111-1 du l'ordonnance n° 2018-1074 Op.Cit «un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateur économique, pour répondre à leurs besoin en matière de travaux de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent. ».

3 -وقد أخضعت المادة 09 من القانون 23-12 المؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد القانون التجاري والمؤسسات العمومية الإقتصادية لأحكام الصفقات العمومية إلى جانب المصالح العمومية المتمثلة في الهيئات والإدرات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وذلك عندما تكون العملية ممولة كلياً أو جزئياً من طرف ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية، في حين المؤسسات العمومية الإقتصادية عندما تكون مكلفة من طرف الدولة أو الجماعات المحلية بالاشرف المنتدب للمشروع.

ج-المقابل المالي:

يكون المقابل المالي في الصفقات العمومية محدّد بثمن، ويتمّ تحديده بناءً على تكاليف الخدمات مع الأرباح في العقد مقابل التنفيذ الشخصي للخدمات المتفق عليها، يدفع السعر أو الثمن بشكل كامل وفوري لقاء الخدمات المنجزة، وقد عرّفت المادة 02 من القانون 12-23 المشار إليه سابقاً الصفقة أنها مبرمة بالمقابل المالي بين الاطراف المتعاقدة، تدفعه السلّطة المانحة للصفقة والمحدّدة بالقانون على شكل سعر متفق عليه، وقد بينت المادة 73 منه الأجر المتعامل المتعاقد وكيفياته.

ثانياً: مظاهر التقارب بين تفويضات المرفق العام والصفقة العمومية

إنّ فكرة التقارب بين تفويضات المرفق العام والصفقة العمومية في فرنسا، والتي في الغالب تصل إلى حد التشابه، تُعزى إلى التوجه الفقهي من جهة، وإلى الإطار الحديث لتقنية التفويضات من جهة أخرى، وما إجتهاادات الفقهية وقرارات مجلس الدولة الفرنسي بخصوص هذا التقارب لتكييف العقد إلاّ دليل على ذلك.

فإنّ من مظاهر التقارب بين العقدين أنّهما يشتركان في كونهما من عقود الطلبات العمومية التي تعتبر مفهوماً واسعاً يضم مجموعة من العقود العامّة تبرمها الجهات العامّة؛ لتلبية حاجاتها المتصلة بنشاطها، وهي عقود تفويضات المرفق العام، والصفقات العمومية، إضافة إلى عقود الشراكة¹، حيث أنّ عقود الطلبات العمومية تتوحّد بخاصية مشتركة، فتتفق عقود تفويضات المرفق العام مع الصفقة العمومية بمايلي:

أ-من حيث الطبيعة العقدية:

فإنّ كلا العقدين في الطلبات العمومية من العقود الادارية بتحديد القانون، وهذا ما نصّت عليه المادة L6 من قانون الطلبات العمومية 1074-2018²

1- بنور اسماء، بنور قويدر، الحدود الفاصلة بين احكام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2021، ص 181.

2- [Art L6](#) « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs....».

سالف الذكر، كما حدّد التنظيم الجزائري في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 18-199 المشار إليه سابقًا طبيعة العقد، "أنّ إتفاقية تفويضات المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به وأحكام هذا المرسوم".

ب- من حيث أطراف العقد:

تبرم الصفقة العمومية من قبل أشخاص قانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص، وهو ما يتفق مع عقود تفويضات المرفق العام، بهدف تلبية حاجات المصالح المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات، وتتمثّل هذه المصالح في الدّولة الممثلة في الهيئات والإدارات العمومية، والجماعات المحليّة والمؤسّسات العمومية الخاضعة للقانون العام، فالعقد الذي لا يكون أحد أطرافه المذكورة بما حدّد القانون، فلا يعتبر عقد صفقة أو تفويض المرفق العام، فقد نصّت مدونة الطلبات العمومية الفرنسية في المادة L6، والتنظيم والتشريع الجزائري على حصر الطرف المتعاقد المتمثل في الشخص المعنوي العام¹

ج- من حيث مبادئ الإبرام :

كلاهما يخضعان لنفس المبادئ التي أقرتها القوانين المنظمة للطلبات العمومية، وهي مبادئ مشتركة، فقد نصّت المادة L3 من قانون الطلبات العمومية الفرنسي 1074-2018 على وجوب احترام المبادئ² وتتمثل في:

-حرية وصول الطلبات العمومية؛

-المساواة في معاملة المترشحين؛

1- فقد نصّت المادة 04 و06 من المرسوم الرئاسي 15-247 بخصوص الصفقات العمومية حصر طرف العقد، بل نفت صحّة العقد إن لم يكن أحد أطرافه المذكورة في ذات المادة وهي الدّولة الممثلة في الهيئات والإدارات العمومية يمثلها مسؤول هيئة العمومية، الجماعات المحليّة ويمثّلها الوالي بالنسبة للولاية ورئيس المجلس الشعبي بالنسبة للبلدية، والمؤسّسات العمومية ذات الطابع الإداري يمثلها مدير عام أو مدير مؤسّسة عمومية، ونصّت المادة 207 بعنوان تفويضات المرفق العام على كل شخص عام خاضع للقانون العام دون حصره، غير أنّ المرسوم التنفيذي 18-199، قد حصر طرف العقد ممثلا في الجماعات المحليّة والمؤسّسات العمومية التابعة لها.

2-Art L3, Ord 1074-2018, op.cit « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. ».

-شفافية الاجراءات.

بدوره كرّس المنظم الجزائري هذه المبادئ في المرسوم الرئاسي 15-247 المشار إليه سابقاً وهو نفس المسلك الذي إنتهجه التشريع الفرنسي بدمج عقود تفويضات المرفق العام مع الصفقات العمومية¹ في نص واحد وأخضعها لهذه المبادئ عند إتباع إجراءات الإبرام إلى غاية تنفيذها، وذلك لهدف تحقيق نجاعة الطلب العمومي وإستعمال الحسن للمال العام.

د-من حيث إجراءات الإبرام والتنفيذ والرقابة:

تشارك الصفقة العمومية مع تفويضات المرفق العام من حيث الدعوة إلى المنافسة التي تشكّل القاعدة العامة أو وفق إجراء التفاوض كقاعدة استثنائية، وتكون الدعوة إلى المنافسة عن طريق الإعلان الإلزامي في جريدتين يوميتين ووطنيتين، كما يلزم نشر الإعلان في نشرة الرسمية للإعلانات الطلبات العمومية أو في مجلة قانونية الإعلانات BOAM فيما نصّ عليه التشريع الفرنسي، أما في التشريع والتنظيم الجزائري، أوجب نشر الاعلان في جريدتين وطنيتين باللغة الوطنية والاجنبية وكذلك في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP²

ثالثا: مظاهر التباين بين تفويضات المرفق العام والصفقة العمومية

إنّ معايير تمييز تفويضات المرفق العام عن الصفقة، التي كانت نتيجة الاجتهادات الفقهية وتطبيقات القضاء والتشريع الفرنسي كرّست إستقلالية تفويضات المرفق العام، وعزّزت الامن

1 - إنتهج المنظم الجزائري نفس المسلك بخصوص قانون 95-127 المؤرخ في 08 فيفري 1995 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الفرنسي، حيث اسند المبادئ نفسها، وعليه فإنّ الحدود الفاصلة بين تفويضات المرفق العام والصفقة، التي كانت نتيجة الاجتهادات الفقهية وتطبيقات القضاء والتشريع الفرنسي يعكس تاثيراتها على التمييز بين العقدين في التجربة الجزائرية، دون تجاهل بعض المميزات لكلا النظام القانوني الجزائري والفرنسي. انظر إلى رضا بشقورة، المرجع السابق، ص53.

2 - نصّت المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر بوجوب نشر اعلان عن الصفقة العمومية في جريدتين وطنيتين باللغة الوطنية والاجنبية، كما ينشر الزاميا في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي على الاقل، وهي الطريقة الالكترونية لتعزيز الشفافية، ويشارك تفويضات المرفق العام مع الصفقة العمومية في نشر الاعلان وجوبا في جريدتين وطنيتين بنص المادة 25 من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر، غير أنّه إستثنى الطريقة الالكترونية، وهذا يدل على أنّ الصفقات العمومية حضيت إهتماما كبيرا لدى السلطات العمومية دون تفويضات المرفق العام، وهذا ما نقرأه من خلال توصيات الدراسات بإقتراح تعزيز الشفافية ودور الطريقة الالكترونية بالنسبة لعقود تفويضات المرفق العام.

القانوني للفكرة، والإقتناع بتوحيد الأراء الفقهية توجت بصدور تشريع مستقل موحد لميلاد جديد في حقل العقود الادارية، ولم يحظى موضوع تمييز تفويضات المرفق العام عن العقود الادارية المماثلة أبرزها الصفقة العمومية في الاجتهادات الفقهية والقضائية الجزائرية ما حظي به في بلد المنشأ، رغم تأثر التشريع الجزائري بالمقاربة الفرنسية في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهذا ما سيتم بيانه لاحقا.

أ- معيار المقابل المالي المرتبط بنتائج الإستغلال:

يعتبر هذا المعيار أساسي والفاصل للتمييز بين عقد تفويضات المرفق العام والصفقة العمومية، ومصدره العائدات المتأتية من المستفيدين أو الشخص العام، المرتبطة بصفة جوهرية بنتائج الإستغلال على خلاف الصفقة فإنّ المقابل المالي فيها يكون على شكل ثمن يتقاضاه المتعامل المتعاقد لقاء الخدمات المنجزة من طرفه، وقد تكون على شكل إتاوات أو ثمن، ويتحمل صاحب التفويض مخاطر الإستثمار التي تأتي من إدارته وتشغيل للمرفق العام على نفقته ومسؤوليته، حيث يتكفل بالتغطية المالية للمشروع، أي نقل المخاطر إلى المفوض له، هذا المعيار ظهر بالفعل في إجتهادات مجلس الدولة الفرنسي مع قرار صادر له بتاريخ 15 أبريل 1996¹.

ب- معيار إستغلال مرفق العام:

إنّ موضوع عقد تفويض المرفق العام هو إستغلال مرفق عام، فلا يمكن إعتبار عقد تفويض المرفق العام إن لم يكن موضوعه نشاط مرفق عام. يديره المفوض له بإستغلاله وتشغيله متحملاً في ذلك المخاطر، في حين الصفقة العمومية فموضوعها تأمين اللوازم، والخدمات إضافة إلى الأشغال، وهي من إحتياجات الطلب العمومي المرتبط بالنشاط العادي للمرفق دون تدخل المتعامل المتعاقد في تسيير الإدارة أو إستغلال المرفق العام.

1 - يعتبر هذا المعيار من منشأ إجتهادات المجلس الدولة الفرنسي مع قرار صادر له بتاريخ 15 ابريل 1996 ثم تبناه المشرع الفرنسي كمعيار للتمييز بين عقود التفويض والصفقة العمومية عند وضع تعريفا موحد لعقد التفويض في قانون مورسيف رقم 2001-1168 الصادر في 11 ديسمبر 2001.

ج- إختلاف في اجراءات الابرار:

تختلف إجراءات الإبرام بين العقدين، فكل عقد له نظام قانوني مستقل عنه وإن كان في نص واحد، وإن كان النظام القانوني متشابه من حيث طريقة الإرساء، من الإعلان الى غاية المنح، إلا أنّها لها خصوصيتها تبعًا للنظام القانوني المنشئ لها. كإختلاف عتبة الابرار، وبروز الإعتبار الشخصي في تفويض المرفق عن غيره، كإجراء المفاوضة الذي تقوم به لجنة الإختيار وانتقاء العروض¹.

رابعًا: وضع المسألة في خضم تناقض المنظومة القانونية الجزائرية

أثارت مسألة إستقلالية التفويض عن الصفقة العمومية في العديد من الدراسات الفقهية الفرنسية، والقرارات الصادرة عن القضاء الإداري الكثير من الجدل، ممّا تدخل المشرّع الفرنسي بتكريس معيار التفرقة من خلال قانون مورسيف واضعًا حدًا للجدل، ولازات في تطور مستمر لمرونة هذه المعايير، وعدم دقة التعريفات المقدمة بشأنها، إلى أن أصبح تدخل القاضي في كثير من قرارات صادرة عنه بوضع حدود الفاصلة بين العقدين.

أمّا في التنظيم الجزائري الذي يعتبر شبيهه إلى حد ما مع قانون بلد المنشأ للتقنية، فإنّ وضع المسألة في التجربة الجزائرية، يتخذ إشكالات قانونية، بخصوص بروز مصطلح التفويض في قانون البلدية 10-11 متأثرًا بتنظيم الصفقات العمومية، فجعل من خلاله التفويض وفق آلية عقد البرنامج أو صفقة الطلبات (أ)، كما كرس في تنظيم الصفقات العمومية 03-13 في المادة 02 منه إخضاع عقود تفويضات المرفق العام لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، ألغي بالمرسوم الرئاسي 15-247 غير أنّه حمل هذا الأخير أيضًا هذه الاشكالية في المادة 235² منه،

1 - المادة 35 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

2 - نصّت الفقرة السادسة من المادة 35 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ان "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ لصفقة "دراسة وإنجاز واستغلال أو صيانة" أو إلى "صفقة إنجاز واستغلال أو صيانة"، عندما تبرّر أسباب تقنية أو اقتصادية ذلك، في هذه الحالة، يجب أن ينص دفتر الشروط على متطلبات النجاعة التي يتعين بلوغها، ويمكن حسابها...". من خلال قراءتنا لهذه المادة التي تشترك مع عقود تفويضات المرفق وعقود البوت، فلا يمكن التمييز بينها وبين هذه الصفقة، ثم إنّ المقابل المالي ليس من نتائج الإستغلال بل يدفع ثمنًا لقاء الخدمة، ومن هنا تثار المسألة بخصوص هذا النوع من الصفقة، بالرغم نص هذا المرسوم على تأطير شامل ومستقل لعقود تفويضات المرفق العام، بما

رغم أنه يعتبر المؤطر الجديد لتفويضات المرفق العام، بدليل القانون الجديد 23-12¹ يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية الذي ألغى تنظيم الصفقات العمومية 15-247 فأبعد من خلاله كل إشكالية تثير تشابه بين العقدين وتناقض في المنظومة القانونية.

أ- تمييز تفويض المرفق العام عن عقد البرنامج وصفقة الطلبات:

إنّ وضع المسألة وبمقارنة نصوص قانونية² سبقت بتبني تفويضات المرفق العام مع تنظيم تفويض المرفق العام³ الذي يحمل في طياته نسخة شبيهة بما كرّسه المشرع الفرنسي قطع فيها شوطاً كبيراً بفضل الإسهامات الفقهية واجتهادات مجلس الدولة الفرنسي، نجد تناقضاً صريحاً بما كرّسه المنظم الجزائري بين إقرار معايير التفرقة بين العقدين في النص الجديد، وبين إخضاع تفويضات المرفق العام لأحكام الصفقات العمومية باعتبارها صفقة عمومية، وهذا لا يستقيم البتة.

1- عقد البرنامج وصفقة الطلبات: نصّت المادة 156 من قانون البلدية على أنه يتم

التفويض وفق آلية عقد البرنامج أو صفقة طلبات، فهل يعني أنّ صفقات الطلبات وعقد البرنامج صنف من أصناف تفويض المرفق العام، وبالتالي لا يستقيم مع التعريف الموضوعي للصفقة، أم أنّ عقد تفويض المرفق العام ينفذ وفق هاتين الآليتين ضمن الصفقات العمومية؟

وبالتالي نفع في عدم وجود تمييز بينهما وعدم إستقلالية الفكرة بوجود المقابل المالي كميّار جوهري للتفرقة بين العقدين، فما هو عقد البرنامج وصفقة الطلبات؟

نصّت المادة 31⁴ من القانون 23-12 إلى إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى عقود

البرامج أو صفقات الطلبات، فحدّدت في المادة 32 منه عقد البرنامج بأنّه يكتسي شكل إتفاقية

ينماشى ومعايير وأسس عقد تفويض المرفق العام في التشريع المقارن، والاشهاد على ذلك القانون رقم 23-12 الذي ألغى المرسوم 15-247 وبالتالي إلغاء المادة 35 قابلاً في القانون الجديد المادة 34 فإكتفت بالنص على إجراء الدراسة والانجاز، دون ذكر صفقة، ودون ذكر مصطلح الاستغلال والصيانة الذي هو جوهر عقود التفويض، يبدو أنّ المشرع الجزائري يتجه إلى فصل تفويضات المرفق العام وتكريس معايير التفرقة وإستقلالية النمط ضمن العقود الادارية.

1 - قانون رقم 23-12 ، المصدر السابق.

2 - قانون البلدية 11-10 ، المصدر السابق، المرسوم الرئاسي 13-03 ، المصدر السابق..

3 - المرسوم التنفيذي 18-199 ، المصدر السابق.

4 - نفس ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 الملغى في المادة 33 في تعريفه لعقد البرنامج، إلا انه يختلف عنه في المدة المحددة في المرسوم بخمس سنوات، أما في القانون 23-12 لم ينص على مدة البرنامج، هل يتم تحديده عن طريق

سنوية أو متعدّدة السنوات تكون مرجعاً، تحدّد فيه طبيعة الخدمات الواجب تأديتها واهميتها، والموقع ومبلغ عقد البرنامج وبرنامج إنجاز، ويمكن أن يتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفق أحكام قانون الصفقات العمومية، فأما صفقة الطلبات فعرفت المادة 33 من نفس القانون " تشمل صفقات الطلبات على إنجاز أشغال أو إقتناء لوازم أو تقديم خدمات...تكون مدّة صفقات الطلبات سنة واحدة قابلة للتجديد، ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين"، وعليه التناقض الذي حمله قانون البلدية في المادة 156 صريح، فيكون لزاماً إعادة النظر في أحكام هذه المادة وكل طرق التسيير غير المباشر للجماعات المحلية، خصوصاً أنّ قانون الصفقات العمومية 23-12 حمل في طياته بوادر صدور ميلاد جديد بعنوان التسيير المفوض منفصلاً عن قانون الصفقات العمومية، كما أبعد كل الإشكالات التي تمس باستقلالية فكرة التفويض من عدمها.

غير أنّه ومن وجهة نظرنا ليس سهواً أو خطأ وقع فيه المشرع الجزائري في نصّه على عقود البرنامج أو صفقة الطلبات كآلية لتفويض المرفق العام كما دونته بعض الدراسات والبحوث القانونية، فالظاهر أنّ المشرع الجزائري لمّا جعل آلية عقد البرنامج لإبرام عقد تفويض المرفق العام طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية وهو أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، فغلب على التصوّر التشريعي والفقهي سيطرة مفهوم الصفقة العمومية بإعتبارها الآلية الأكثر أمناً من حيث الأمن القانوني، كما أنّ فكرة التفويض لم تتشكل بعد، حيث أنّ المدّة غير محدّدة في عقد البرنامج وأنّ المدّة في عقود التفويض طويلة ممّا يمكن القول أنّ الآلية منسجمة من جانب المدّة وهي ركن أساسي في عقود تفويض المرفق العام، وهذا ما اقرّه المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل للمرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 02 الفقرة الاخيرة منه وهذا نصّها " تخضع الصفقات المبرمة في إطار المشروع المفوض لأحكام هذا المرسوم. وتتولى لجنة الصفقات المختصة الرقابة الخارجية

العقد بين الاطراف المتعاقدة ؟ مما يدل على توجه المشرع الى اعطاء الحرية للادارة في تحديد مضمون العقد، خصوصا أنّ المشرع الفرنسي قد حدّد المدّة في عقود الطلبات العمومية في المادة L5 Art من الأمر 1074-2018 .
« Ces contrats sont conclus pour une durée limitée » .

لهذه الصفقات"، مما يؤكد أنّ المشرّع الجزائري كرّس مفهوم عقود التفويض في قانون البلدية 10-11 على أنّه صفقة عمومية وينفّذ وفق إحدى آلياتها كما تقدّم، في حين أنّه تم تحديد المدّة لعقد البرنامج ب خمس (5) سنوات في تقديم الخدمات وهذا ينطبق من حيث المدّة لعقد التسيير، غير أنّه تكريس المشرّع لتنظيم قانوني جديد بعنوان تفويضات المرفق العام في المرسوم الرئاسي 15-247 الذي الغى المرسوم الرئاسي 10-236، وخصّ بابًا لتفويضات المرفق العام دلّ على أنّه تراجع عن هذا المفهوم، وهنا يثار الإشكال بخصوص تعارض قانون البلدية 10-11 الذي مزال ساري المفعول مع المرسوم.

الفرع الثاني: تمييز عقد تفويضات المرفق العام عن عقود الشراكة (PPP).

تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP)¹ من العقود الحديثة نسبيًا، إلاّ أنّه يظلّ أحد النماذج الإقتصادية المكتملة للنماذج الكلاسيكية التي تعتمد بشكل أساسي على موارد الدولة لتمويل مشاريع التنمية، مثل الصفقات العمومية، فهو نموذج أصبح خيارًا إستراتيجيًا للجزائر من أجل ترشيد الإنفاق العام، وتخفيف الضغط الناجم عن إستخدام النمط الكلاسيكي المعتمد على الخزينة العمومية لتمويل وبناء وصيانة المعدّات والبنية التحتية العامة². ولأهميّة الأمر تبنّى المشرّع الجزائري هذا النمط من العقد في القانون 23-12³ يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ونظرًا للنتائج العملية لهذا النوع من العقود، بات لزامًا التطرّق لنشأة هذا المفهوم (أولاً)

1- ويقصد بالإختصار PPP- Public-private Partnership .

2 -المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، الشراكة عام خاص، نشرة رقم 02، على الموقع

<https://www.cnese.dz/> ، زيارة الموقع بتاريخ 2023/09/14 على الساعة 23:37

3 -لم ينص المشرّع الجزائري في تاريخ العقود على هذا العقد وإن كان إستعمل تطبيقاته دون النص عليه كمصطلح مستقل ومؤطر بنص، حتّى جاء هذا القانون، فقد ذكر المصطلح صراحة في المادة 11 " لا تخضع لمجال تطبيق أحكام هذا القانون، العقود المبرمة: - بعنوان التسيير المفوض للمرفق العام والشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص....." فإستثنى المشرّع الجزائري تطبيق أحكام الصفقات العمومية على هذين النمطين، يبدو أنّ المشرّع الجزائري يحضّر إلى تشريع لاحق مستقل عن الصفقات العمومية بخصوص الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لأهميته إضافة إلى إقراره بمعايير التفرقة والتمييز بين العقود الادارية بنصّه على عدم اخضاع احكام الصفقات العمومية على هذين النمطين من العقود، خصوصًا أنّ المنظومة القانونية سابقا عرفت تناقضات وتقلبات في المفاهيم أدخلت الفقه في ازمة مفاهيمية وعدم الأمن القانوني.

وتحديد مفهومه، ثم نتطرق إلى خصائصه المميّزة عن عقود التفويض خاصة أن هذه الأخيرة تتجسّد في عقود الشراكة بين القطاع والخاص (ثانياً)، وذلك لبيان أوجه التشابه والإختلاف.

أولاً: نشأة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

نشأ مبدأ الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهومه الحالي في السبعينيات من القرن الماضي في إطار عمليات التخطيط الحضري في الولايات المتحدة، قبل أن يتم أخذ المفهوم بصورة أساسية في المملكة المتحدة في 1990، ولكن تحت مسمى (P.F.I) Private Finance Initiative "مبادرات التمويل الخاص" وليس Public-private Partnership، وهذان المفهومان يعبران إلى نفس المضمون ويقتصر في مشاركة القطاع الخاص في إستغلال وصيانة مرافق الإدارة العامة، إضافة إلى المقابل المالي محدّد يتم الحصول عليه من جهة الإدارة¹.

فكان الدافع في بريطانيا، وراء اعتماد هذا النوع من العقود هو دافع إقتصادي بحت، حيث تم اللجوء إلى هذه العقود بغرض تحقيق مكاسب إقتصادية، تمثّلت في تعزيز إستثمار القطاع الخاص في إطار عقود تُدفع من قبل الشخص العام، ولا سيما في مجالات المستشفيات والمدارس والسجون، وإحداث بنية تحتية جديدة²، ثم أصبحت بعدها عقود تحت المسمى PPP.

هذا النمط قد تمّ إعتماده في بلدان أوروبية أخرى، بما في ذلك فرنسا تحت مسمى "الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، أو ما يُعرف اختصاراً بـ PPP (Partenariat Public-Privé). لذا يوجد نموذجين لنفس المعنى بإختلاف التسمية فقط، نموذج انجلو ساكسون PFI والنموذج الفرنسي PPP.

أ- النموذج الانجلوساكسون:

يضم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في هذا النموذج ثلاثة أنواع من العقود وهي : الشراكة المؤسّساتية (إنشاء شركات تعتمد على رؤوس أموال عامة وخاصة مثل شركات الإقتصاد

1- محمد علي ماهر محمد علي، المرجع السابق، ص80.

2- زيارة الموقع بتاريخ 2023/09/19 <https://www.ipemed.coop>, site Partenariats public-privé en Méditerranée . على الساعة 07:56.

المختلط أو المشاريع المشتركة¹ ("joint ventures")، والشراكة التي تقوم فيها الشركات الخاصة بتقديم إستشارات لأشخاص القانون العام بخصوص تقييم أصولها، وأخيراً عقود مبادرة التمويل الخاص (PFI) التي تعتبر أكثر الأنماط PPP إنتشاراً.

إنّ المفهوم الأنجلوسكسوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص لا يحكم مسبقاً على نمط تعويض الشريك (التعويض يأتي بشكل جوهري من المستخدمين أو السّلطة المتعاقدة) وقد يتعلق بالترتيبات مع أو بدون مخاطر التشغيل، علاوة على ذلك، لا يوجد مفهوم أو مصطلح معادل بالانجليزية لمفهوم "المرفق العام أو الخدمة العامة" فقط المفهوم المستخدم على المستوى الأوروبي هو "المرافق ذات المصلحة الاقتصادية العامة"²، إضافة أنّ النهج الأنجلوسكسوني يختلف عنه في المقاربة الفرنسية، حيث يتبع مراحل كثيرة ومعقدة لتنفيذ عقود الشراكة تصل إلى عدّة مراحل أصدرتها مذكرة توجيهية بعنوان دليل خطوة بخطوة لعملية الشراكة من خلال عقود المبادرة التمويل الخاص³ PFI .

1 - "المشروع المشترك (la venture joint) هو شكل من أشكال التعاون و/أو التحالف الإستراتيجي الدولي، يوصف على أنّه تشكيل كيان تضامني بين طرفين ، أحدهما محلي والآخر أجنبي لإنتاج و/أو تسويق منتج أو خدمة معينة. فيما يتعلق بالطرف المحلي قد يكون فرداً أو مؤسسة خاصّة أو حكومة الدّولة المضيفة أو مزيجاً بين الاثنين، في حين قد يكون الطرف الثاني - الأجنبي - مستثمراً خاصاً أو حكومة دولة أجنبية أو منظمة دولية. يتمنّع هذا الكيان بالإنستقلالية القانونية ويرأس مال مقسّم بين الشركاء بنسب معيّنة، يتمّ الإتفاق عليها بين الطرفين، ويتقاسم للأرباح، التكاليف، الخسائر والمسؤوليات" سمية بن علي، دور المشاريع المشتركة في الرفع من تنافسية المؤسسات المقاولّة من الباطن: دراسة تحليلية تقييمية لقطاع الصناعات الميكانيكية في الجزائر، مجلة دراسات، جامعة عمار تليجي، ع82، 2019، ص132-133.

2 - Typologie des PPP : comparaison juridique et terminologique des PPP dans les conceptions française et anglo-saxonne, <https://ppp.worldbank.org/> 21:46 الساعة 2023/06/11 زيارة الموقع في

3 - تتكون مراحل انجاز المشاريع PFI في الطرح الانجلوسكسوني حسب توجيهات الإدارة التنفيذية للخبزينة البريطانية من عدّة مراحل، فكل مرحلة تتجز عبر خطوات، فتبدأ من إعداد إحتياجات الأعمال، تقييم الخيارات، إلى التعبير عن التعاقد ثم تليها مرحلة الإنتقاء الأولي للعروض المقدّمة، إعداد قائمة مختصرة فيها إختيار مقدّمي العروض على أساس الكفاءات والشروط التقنية المحدّدة مع تحمل المخاطر والقدرة التمويلية، ثم تليها مرحلة مراجعة التقييم وإجراء التفاوض بعدها يتم إختيار أفضل عرض والتقييم النهائي، فتأتي مرحلة منح العقد والإفقال المالي، وأخيراً إدارة العقود بعد توقيعه ووضع إشعار العقد في الجريدة الرسمية للمجموعة الأوربية، للمزيد أكثر أنظر إلى منشورات جامعة عبدالحاميد مهري- قسنطينة²، مراحل إنجاز مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفق النموذج الفرنسي والبريطاني -دروس مستخلصة للجزائر - مجلة دراسات اقتصادية، المجلد 07 العدد 01 جوان 2020، ص168 وما يليها.

ب- النموذج الفرنسي:

يوجد في النموذج الفرنسي عقود بترتيبات قانونية ومالية، حيث يتبع النموذج الفرنسي جملة من المراحل لإنجاز مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص¹، تتوافق مع المعايير التي تم اعتمادها لتحديد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP)، سواء من قبل المفوضية الأوروبية أو وفقاً للقانون الإنجليزي. يمكن تصنيف هذه الترتيبات إلى ثلاثة أنواع رئيسية من الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا وهي: عقود تفويضات المرفق العام، عقود شغل الملك العام، عقود الشراكة² وتنقسم هذه الأخيرة إلى صيغ متنوعة نذكر منها عقود إجمالية ذات تمويل الخاص، عقود الإمتياز، صفقات الشراكة.

أما نشأة عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في فرنسا، كان بسنة 2004 عندما قنن المشرع الفرنسي هذا الأسلوب بأمر تحت رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان 2004 المتعلق بعقود الشراكة³ والمعدل بقانون رقم 735-2008 الصادر في 28 جويلية 2008 المتضمن عقود الشراكة، ويعود الدافع إلى أسباب قانونية وتمويلية وإقتصادية، حيث كان الظهور الأول لعقود الشراكة متمثلة في عقود مقاولات الأشغال العامة (METAP) وبصدور قانون الأشغال العامة سنة 2004 كخطوة أولى لصدور الأمر 559-2004 سالف الذكر، الذي جاء لتكملة والتعويض النقص في الأساليب الكلاسيكية للطلبات العمومية، خاصة أن عقود (METAP) تقترب من الصفقات العمومية من جهة، وتفويضات المرفق العام من ناحية أخرى، لاسيما ما يتعلق بالجانب المالي بإعتباره المعيار لتكييف العقود وتصنيفها، ففي الصفقات العمومية التي تتبع منطق الشراء العام أي حصول المتعاقد على حقوقه المالية بصورة ثمن لقاء الخدمات المقدمة، وبدون نقل المخاطر إلى القطاع الخاص، فحين تفويضات المرفق العام التي تتدرج في منطق إنشاء وإستغلال

1 - وتتجلى هذه الترتيبات في مراحل متباعدة لتنفيذ عقود الشراكة كرسها الأمر الذي صدر بخصوص عقود الشراكة والمتمثل في الأساس الأمر 559-2004، تبعه عدة مراسيم تنظيمية، وتتمثل هذه المراحل على خلاف المفهوم الانجلوسكسوني في: مرحلة التقييم الأولي (المبادئ والشروط) ثم تليها المرحلة الثانية إجراءات منح عقود الشراكة، ثم البناء التعاقدية، وأخيراً تنفيذ عقد الشراكة، وهي مراحل مشتركة في تنفيذ عقود الطلبات العمومية في النهج الفرنسي.

2 - زيارة الموقع بتاريخ 2023/09/25 على الساعة 21:19 <https://www.ipemed.coop>, op.cit,

3-Ordonnance n° 04-559 du 17 Juin 2004, portant création du contrat de partenariat public-privé

المرفق مع نقل المخاطر إلى القطاع الخاص¹، فظهرت إشكالية تكيف هذه العقود في تشابك أحكام عقود مقاولات الأشغال العامة (METAP) خاصة بعد صدور قانون الأشغال العامة لسنة 2001 الذي جرّدها من الأسس أدّت إلى حظرها، ونظرًا لأهمية عقود مقاولات الأشغال العامة (METAP)، فقد بادر المشرّع الفرنسي إلى تبني مضمون هذه العقود تحت مسمّى جديد هو عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (ppp)²، أمّا الأسباب التمويلية والإقتصادية، فقد وضّحها بيان عرض الأسباب لمشروع قانون المتعلق بعقود الشراكة من طرف وزارة الاقتصاد والمالية والعمل، الذي تم على إثره اعتماد الأمر 2004-559 سالف الذكر³

أمّا في الجزائر بعد أن أصبح الإقتصاد الجزائري أكثر انفتاحًا في السنوات الأخيرة بدخوله التدريجي في إقتصاد السوق، أضحت مقارنة الشراكة بين القطاعين العام والخاص أسلوب يتم الترويج له من قبل الدولة، وخيارًا استراتيجيًا لا بدّ منه، والذي لم ينتشر بعد بشكل واسع، ولا زالت المنظومة القانونية لم تمتلك إطارًا تنظيميًا خاصًا لهذا النهج رغم أنّ المشرّع الجزائري في تاريخ المنظومة القانونية لم ينص عليه صراحة إلاّ في القانون 12-23 السالف الذكر، وإن كان إستعمل تطبيقاته دون النصّ عليه كمصطلح مُستقل ومؤطر، حتىّ جاء هذا القانون الذي يعتبر منعطفًا هامًا في تاريخ العقود الإدارية على غرار تفويضات المرفق العام في مجال عقود الشراكة، فقد ذكر المصطلح صراحة في المادة 11 " لا تخضع لمجال تطبيق أحكام هذا القانون، العقود المبرمة: - بعنوان التسيير المفوض للمرفق العام والشراكة بين القطاع العام والخاص..."، وهذا يعكس إهتمام المشرّع الجزائري بتبني هذا الخيار، وفي إنتظار النص القانوني المؤطر لهذا النمط يعكس توجه ورغبة المشرّع الجزائري في تأطير وتنظيم هذا الأسلوب على غرار التشريعات المقارنة، إلاّ أنّه لا ننكر الممارسة العملية لهذا النمط، فقد ظهرت في الواقع العملي بعض المشاريع

1-Stéphane Saussier et Phuong Tra Tran, L'efficacité des contrats de partenariat en France : une première évaluation quantitative, Revue d'économie industrielle, 140 | 2012,p83

2 -ستار جبار البديري، العقود الادارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الادارية دراسة تحليلية مقارنة،

ط1، مكتبة زين الحقوقية والادبية ش.م.م لبنان، 2018، ص ص 132، 133.

3 -EXPOSÉ DES MOTIFS, PROJET DE LOI relatif aux contrats de partenariat, Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, sur le site <https://www.economie.gouv.fr> consulte le 11/11/2023 a 10 :00h

بناءً على نموذج PPP في قطاعات المياه والطاقة والاتصالات، وتمّ الإعلان عن عدد من المشاريع في قطاع النقل¹.

ولعلّ أهم أشكال العملية لعقود الشراكة نجد عقود تفويضات المرفق العام التي تمّ تنظيمها بالنصوص القطاعية المتعدّدة، مثل قانون 05-12 المتعلق بالمياه الذي نصّ على مشاركة القطاع الخاص في تسيير المرافق العمومية للمياه والصرف الصحي، أين سمح بشراكة المؤسسة العمومية الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير من جهة ومتعاملين أجنب من جهة أخرى بهدف تشكيل شركات إقتصاد المختلط، تمّ منحها تفويض مرفق المياه والصرف الصحي، ومن جهة أخرى نصّ في المادة 106 منه على التفويض في إطار عملية الشراكة ببناء وإستغلال وإعادة التأهيل منشآت الري²، ثمّ تلاه قانون البلدية 10-11 مكرّساً أسلوب التفويض كأحد انماط شراكة الجماعات المحلية مع القطاع الخاص، فنصّت المادة 150 الفقرة 02 منه بإمكانية اللجوء إلى أسلوب التفويض كخيار للجماعات المحلية ضمن الأساليب التقليدية للتسيير المتمثلة في الأسلوب المباشر، وأسلوب المؤسسة العمومية، ثمّ أسلوب الإمتياز هذا الأخير يبقى ضمن أساليب عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص³.

ولم تقف المنظومة القانونية في تكريسها لهذا الأسلوب الحديث، فقد أقرّ المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 35 سألغة الذكر بإدخال عنصر الصيانة والإستغلال في الصفقات العمومية للتسيير المرافق العمومية، وهذا ما تفسره بعض الدراسات لباحثين أنّ المشرّع الجزائري يتجه إلى أسلوب الشراكة⁴، وأخيراً التكريس الصريح لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون رقم 23-12، في إنتظار صدور نص قانوني ينظم عقود الشراكة كما تمّ بيانه.

1 -le site <https://www.ipemed.coop>, op.cit

1-FOUNAS Souhila, **Le contrat de partenariat public-privé (PPP) : un instrument utile de bonne gouvernance et de relance économique**, Revue Académique de la Recherche Juridique, Volume 11, n° 04,2020, p634.

3 - فتلك الأساليب التي لم تحدّد ضوابطها في التنظيم القطاعي لها، كانت تتفق مع معايير أسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وإلا يوجد فرق بين تلك الأساليب في الاطار المرجعي المؤطر لها سيتم بيانه لاحقاً.

4 -النوي خرشى الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، 2018، ص 141.

ثانيا: مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وخصائصها

يتطلب تمييز عقود تفويضات المرفق العام عن عقود الشراكة التعرّض لتحديد هذه الاخيرة من جوانبها القانونية(أ)، خصوصا تشابك علاقتها التعاقدية في العديد من المراحل وإشراكهما في بعض الخصائص(ب).

أ-تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

فقد نال تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إهتمام التشريعات المقارنة، ومختلف التوجهات الفقهية، فتعددت التعاريف بشأنه، إلا أنه لا يوجد تعريفاً عالمياً موحدًا رغم توصيات المنظمات الدولية لتبني هذا النمط من العقود، فعرف المشرع الفرنسي عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (ppp) في الأمر رقم 559-2004 الآنف ذكره " أنه عقد إداري تعهد بمقتضاه الدولة أو أحد المؤسسات العامة إلى أحد أشخاص القانون الخاص، ولمدة محددة بناءً لمدى إهلاك الإستثمارات أو طرق التمويل المعتمدة، القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الإستثمارات غير المادية، لمشاريع أو التجهيزات الضرورية للمرفق العام من أجل بناءها أو تحويل المنشآت، أو تجهيزها وصيانتها، أو إستغلالها أو تسييرها، وعند الإقتضاء تقديم خدمات أخرى التي تساهم في ممارسة الشخص العام لمهمة المرفق العام المسؤول عنه، يتم دفع المقابل المالي للمتعاقد من قبل الإدارة على مدار مدة العقد".

« Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle

est chargée..... la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat.....»¹

من خلال هذا التعريف يكون المشرع الفرنسي قد حدّد تكييف العقد بأنّه عقد إداري، وبالتالي يكون خاضعاً للقواعد العامة التي يتقيّد بها نظام العقود الإدارية، من حيث قانون واجب التطبيق والقضاء المختص في الدعاوى، كما أنّ المدّة محدّدة وأنّ المقابل المالي تدفعه الإدارة طوال مدّة العقد على شكل دفعات دورية يتمّ تقسيمها مدى تلك المدّة².

في حين عرّف المشرع المصري عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة 02 من قانون رقم 67 لسنة 2010 المذكور سابقاً بأنّه "العقد الذي تبرمه الجهات الإدارية تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء تجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الإلتزام بصيانة ما يتمّ إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للإستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام وإضطراد طوال فترة العقد"³،

كما وسّع المشرع المصري من طرق الحصول على المقابل المالي لشركة المشروع، بالإضافة إلى توافقه مع المشرع في الفرنسي في أسلوب دفعات تدفعها الإدارة طوال السنة، فيمكن لشركة المشروع أن تبيع خدماتها للمنتفعين مباشرة كمقابل مالي يتحصّل عليه المتعاقد، كما يمكن أيضاً أن تبيع الخدمة للجهة الإدارية كمقابل مالي محدّد في العقد، وبالتالي فإنّ المشرع المصري لم يقتصر على نمط واحد المطبق في فرنسا، وإنّما عالج عقوداً عدّة من ضمنها عقد الشراكة مع القطاع الخاص، والذي ينطبق ومفهوم عقد الشراكة المنظم طبقاً للأمر 2004-559 المشار إليه سابقاً.

وعرّفه المشرع المغربي بالقول أنّه "عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقد محدّد المدّة، يعهد بموجبه شخص عام إلى شريك خاص مسؤولة القيام بمهمّة شاملة تتضمنّ التصميم

1-Art 1 Ordonnance n2004-559, op.cit.

2 - ستار جبار البدري، المرجع السابق، ص120.

3 - المادة 02 من قانون رقم 67 لسنة 2010، المصدر السابق.

والتمويل الكلي أو الجزئي والبناء، أو إعادة التأهيل وصيانة أو إستغلال منشأة أو بنية تحتية أو تقديم خدمات ضرورية لتوفير مرفق عمومية¹

وعرّف المشرّع التونسي هو أيضًا عقود الشراكة بكونها عقد كتابي لمدة محدّدة يعهد بمقتضاه شخص عمومي إلى شريك خاص بمهمة شاملة تتعلّق كلياً أو جزئياً بتصميم أو إحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية أو غير مادية ضرورية لتوفير مرفق عام².

أمّا المشرّع الجزائري لم يعرّف عقد الشراكة في قوانينه، ولا يوجد في المنظومة التشريعية الجزائرية نص قانوني ينظّم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، رغم الترويج لهذا النمط من قبل السّلطات، ولم يظهر هذا المصطلح إلا في قانون رقم 23-12 المشار إليه سابقاً، لكنّه وبالرجوع الى قانون المياه 05-12 سالف الذكر نجده قد أشار إلى أحد أساليب الشراكة في قوانين قطاعية متفرّقة من أهمّها:

1- عقود نظام البناء والتشغيل والتحويل B.o.T وذلك في المادة 17 منه³، وبالرجوع إلى قانون الأملاك الوطنية⁴ وذلك في نص المادة 64 مكرر/1، فقد عرّف هذه الصيغة "يشكل منح الإمتياز إستعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون، والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم به الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السّلطة صاحبة حق الإمتياز، بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمّى صاحب الإمتياز، حق إستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي، أو تمويل، أو بناء، أو إستغلال منشأة لغرض الخدمة العمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز، محل منح الإمتياز إلى السّلطة صاحبة الإمتياز"

1 - المادة الاولى من القانون رقم 12-86 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 2014، ج ر، ع، 6328 الصادرة بتاريخ 2015/01/22.

2 - القانون رقم 49 لسنة 2015 المؤرخ في 27/11/2015 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، رر للجمهورية التونسية، ع 096 مؤرخ في 01 ديسمبر 2015.

3 - المادة 17 من قانون المياه 05-12 المصدر السابق.

4 - القانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 المعدل ومتمم المتعلق بقانون الاملاك الوطنية، ج.ر، ع 44 الصادرة بتاريخ 2008/08/03، ص 10.

وعند قراءتنا لنص هاتين المادتين السالفتين تشير إلى توفر خصائص الشراكة بين القطاعين العام والخاص متمثلة في عقود البوت كمظهر من مظاهرها بتوفر جميع مراحلها البناء و/أو الإيجار، ثم الإستغلال الذي يقابل مصطلح التشغيل في عقد البوت B.O.T وبعدها أبولة جميع المنشآت الى أملاك الدولة بعد نفاذ عقد الإمتياز أوالتفويض.

2-عقود تفويض المرفق العام: فقد عرّف المشرع الجزائري أحد أصناف عقود تفويض المرفق العام وهو عقد الإمتياز لا سيما في المادة 207 من المرسوم الرئاسي والمرسوم 199-18 السالفين الذكر بأنّ الإمتياز "...تعهد السلّطة المفوّضة للمفوض له إمّا إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وإمّا تعهد له فقط بالإستغلال المرفق العام.

ومن خلال التعاريف المقدّمة في التشريعات المقارنة، والتشريع الجزائري نجد أنّها تتفق على خصائص مشتركة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تميّزها عن غيرها من العقود وهي:

ب-خصائص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بجملة من الخصائص، سنبحث في العناصر المختلفة التي تميز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ونحاول تصنيفه ضمن الفئات القانونية المختلفة الموجودة، بما في ذلك فئة العقود الإدارية لا سيما عقود تفويضات المرفق العام.

-عقود الشراكة هي عقود إجمالية شاملة: تتضمن ثلاثة عناصر وهي التمويل (يمكن أن يكون التمويل جزئياً) للإستثمارات غير المادية، والمشاريع أو التجهيزات الضرورية للمرفق العام. وتتضمن أيضاً البناء أو تحويل المشاريع أو المعدّات أو أي إستثمارات أخرى (بما في ذلك الإستثمارات غير المادية)، وأخيراً الصيانة أو التشغيل أو إدارة المرفق العام.

-عقود طويلة الأجل: فلا معنى لعقد الشراكة إن لم يرتبط مدّته بمدى مدّة إهلاك الإستثمارات أو طرق التمويل المعتمدة، وهو الأصل للتعاقد لكلا الجانبين في أطراف العقد، والمدّة تختلف حسب طبيعة المشاريع وطبيعة تعقيدها.

-الشروط تعويضية للمتعامل المتعاقد في عقد الشراكة: يدفع التعويض من طرف الشخص المعنوي العام، وتتمثل في ثلاثة طرق وهي: تتوزع الأجرة على شكل دفعات سنوية على طول مدة العقد، ترتبط الأجرة بأهداف الأداء، أو بيع الخدمة للمنتفعين مباشرة وفقاً لما يستند إليه العقد. -عقود الشراكة عقود إدارية: ولا تختلف التشريعات المقارنة التي تتبع المقاربة الفرنسية في كون عقود الشراكة من طبيعة إدارية، تبعاً لتعريف التشريعات الواردة أعلاه، وهذا ما أكدته المناقشات البرلمانية وتأكيد مجلس الدولة أثناء دراسته للطعون المقدمة ضد الأمر 2004-559 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.¹

-مبدأ تقاسم المخاطر: يُعدّ هذا المبدأ خاصية أساسية في عقود الشراكة (ppp)، وهي المخاطر التي يتحملها المتعاقد أثناء تشغيله أو إستغلاله للمرفق العام، ممّا ينتج عنها أعباء يتحملها، ولا يتعيّن على الشريك تحمّل جميع المخاطر، حيث يقوم هذا المبدأ على إيجاد آلية متكاملة للتوازن العقدي، تقوم على تنظيم المخاطر التي تمّ تحديدها وتحليلها مسبقاً²

ثالثاً: أوجه التشابه والاختلاف بين عقود التفويض وعقود الشراكة

تتشترك عقود تفويضات المرفق العام مع عقود الشراكة (ppp) في بعض عناصر هذه العقود وتختلف عنها في جوانب أخرى، ومن جملة ما تشترك به عقود تفويضات المرفق العام مع عقود الشراكة في ما يلي³:

-كلاهما من عقود الطلبات العمومية، وهذا ما نصّ عليه قانون الطلبات العمومية 1074-2018 المشار إليه آنفاً، حيث تمّ إستبدال مصطلح عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمفهوم الأمر 2004-559 بصفقات الشراكة طبقاً للمادة 09 من قانون الطلبات العمومية

1-CE, 29 octobre 2004, M. Sueur et autres, req. n°269814)

2 -احمد البرعي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص الجماعات المحلية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف، سنة 2022-2023، ص ص 41، 42.

3 - ستار جبار البدري، المرجع السابق، ص 129.

-كلاهما فئة من فئات العقود الإدارية بنصّ القانون ويخضعان للمبادئ العامة للعقود الإدارية، فقد نصّ قانون الطلبات العمومية المشار إليه على الطبيعة الإدارية للعقود من خلال نص المادة L6 من قانون الطلبات العمومية 1074-2018.

-يمثّل كلاهما عقود اجمالية مركبة، تتكون فيها العلاقة التعاقدية من العديد من المراحل والعمليات المتتالية اللازمة لتنفيذها، ابتداءً من مرحلة التصميم مروراً بمرحلة البناء والتشغيل، ونهاية العقد بنقل الملكية للجهة المانحة.

-يخضع كلاهما إلى إجراءات التعاقد تسبق عملية الابرام أي كقاعدة عامة تخضع لمبدأ الاعلان وحرية المنافسة، أمّا فيما يتعلّق بأوجه الإختلاف بين العقدين فتتمثل فيمايلي:

-من حيث طبيعة الإلتزام: فموضوع الإلتزام في عقود الشراكة التي تعتبر إحدى طرق التمويل في إنشاء البنية التحتية الأساسية المخصّصة للمرافق العامة الضرورية، فهو لا يتعلّق بممارسة مهمّة تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام بشكل أساسي بل الأمر يتسع في نطاق المهمة) تمويل الإستثمارات، بناء المشاريع أو التجهيزات الضرورية، الصيانة...ألخ)، فالهدف الأساسي من العقد هو الإستفادة من كفاءة المتعاقد الخاص، ورفع قدرة وكفاءة المرفق العام، فلو تضمن عقد الشراكة عملية إستغلال مرفق عام فلا ينتقل إلى نظام التفويض بل يظل في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، في حين تفويضات المرفق العام تتعلّق كأصل عام بتسيير مرفق عام المترتب على الإستغلال، فهذا الاخير هو صميم عقود تفويض المرفق العام، بتحمّل مسؤولية فعلية عن إدارة المرفق العام وتحت مراقبة السلّطة المفوّضة وفي إطار العام المتفق عليه، مع الإستقلالية الكافية في تسيير المرفق العام.¹

-من حيث أطراف العقد: إنّ إبرام عقد تفويضات المرفق العام يكون بين شخص من أشخاص القانون العام (الدولة متمثلة في الهيئات والإدارات العمومية، الجماعات المحلية الولاية والبلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإدارية) وشخص من اشخاص القانون الخاص أو

1- Questions écrites au sénat ou à l'assemblée nationale - Réponses ministérielles, OE AN n°95948 - 27 juin 2006 - Frontière entre les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat, Question publiée au JO le : 06/06/2006 page : 5770, Réponse publiée au JO le : 27/06/2006 page : 6843.

شخص من أشخاص القانون العام كما تمّ بيانه، أمّا في عقود الشراكة (ppp) فإنّ الأمر يتطلب بشكل مطلق أن يكون أحد طرفي العقد شخص من أشخاص القانون الخاص محلياً كان أو أجنبياً.

- من حيث المقابل المالي: كقاعدة عامة يكون المقابل المالي في عقود الشراكة (ppp) ثمناً تدفعه الإدارة للمتعاقد معها بصورة مجزأة على شكل دفعات سنوية موزعة على طول فترة الزمنية المحددة في العقد، من غير أن يرتبط العقد بنتائج الإستغلال، في حين أنّ المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام مرتبط جوهرياً بنتائج الإستغلال، وهذا الشرط الأساسي الذي يميّز عقود تفويضات المرفق العام عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى.

- من حيث فكرة تحمّل المخاطر: فإنّ تطبيق الفكرة في العقدين يختلف، ففي عقد الشراكة (ppp) تقوم الفكرة على مبدأ توزيع أو تقسيم للمخاطر بين أطراف العقد.

فتقسيم المخاطر يجب أن يتمّ من خلال بند في العقد بعد مرحلة التفاوض، يُفترض أنّ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP) يضمن توزيعاً أمثل للمخاطر بين الإدارة والشريك الخاص، حيث يتحمّل كل طرف المخاطر أي له القدرة على إدارتها بشكل أفضل، وكمثال على ذلك، يمكن تقسيم المخاطر إلى مخاطر تقنية (تصميم وبناء وتنفيذ) ومخاطر تجارية (مخاطر الإستغلال)، حيث يتحمّل الشريك الخاص المخاطر التقنية وتحمّل الإدارة المخاطر التجارية¹، أمّا عقد تفويضات المرفق العام، فإنّه يقوم على فكرة مؤداها تحمّل المفوض له مخاطر الإستغلال الناتجة عن تسيير مرفق عام كلّها خلال المرحلة اللاحقة لإبرام العقد، بإعتبار أنّ هذه العقود هي عقود إدارة وليس عقود تمويل، هذا كأصل عام، إلاّ أنّه يمكن تطبيق توزيع المخاطر بين الإدارة والمتعاقد نتيجة ما يقع فعلاً من مخاطر كتطبيق لحكم قضائي متعلق بمبدأ التوازن العقدي².

المطلب الثاني: تمييز تقنية التفويض وطرق التسيير المشابهة بإعتبارها أسلوباً من أساليب التسيير.

يُعدّ تفويض المرفق العام من قبل عقود الإدارة بإعتباره أسلوباً من أساليب التسيير غير المباشرة، فينقطع ويلتقي مع طرق التسيير المرافق العمومية لكثرتها، ويرى بعض الفقه أنّ إستخدام

1 - -FOUNAS Souhila, op.cit, p628.

2 - ستار جبار البدري، مرجع سابق، ص 131.

إصطلاح "تفويض المرفق العام" من جانب المشرع هو استخدام غير موقف، وذلك أن استخدام هذا المصطلح من شأنه أن يخلق حالة من الخلط، والإلتباس مع نظام آخر يختلف تمامًا عنه¹، لذا وجب علينا تحديد هذه الطرق ومعايير التمييز لرفع اللبس والإشتباه، ومن هذه الأساليب ما نجدها في طرق تسيير من طرف الشخص العام كالإدارة المباشرة والمؤسسة العمومية (الفرع الأول)، والأخرى عن طريق الغير كالتأهيل الإفرادي (التفويض الإفرادي)، وشركات الاقتصاد المختلط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن التسيير المرفق من طرف الشخص العام

فالشخص العام الذي ينشئ المرفق العام لا يديره بالضرورة بنفسه، ويمكن أن يعهد بإدارة المرفق إلى الغير، سواء كان شخص عام أو خاص، فلا يمكن أن يكون هذا النقل لصالح الطرف الغير كاملاً، حيث تحتفظ الجماعة العامة بسلطة المراقبة للمرفق المعني، وعليه ينقسم التسيير الشخص العام للمرفق الذي أنشأه ويديره بنفسه ويسمى أسلوب الإدارة المباشرة (أولاً)، والمرفق العام يديره غير الذي أنشأه ويسمى أسلوب المؤسسة العامة (ثانياً).

أولاً: تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة

سنتطرق الى المقصود بالادارة المباشرة بإعتباره إحدى أساليب التسيير المباشر من طرف الشخص العام (أ) وخصائص هذا الأسلوب (ب) لكي نعرف أوجه التشابه والفرق بين أسلوب تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة (ج).

أ- المقصود بأسلوب الإدارة المباشرة:

ويقصد بالإدارة المباشرة الإستغلال المباشر للمرفق العام من طرف الإدارة أو السلطة العامة، وأن تكفل هذه الأخيرة القيام بنفسها تلك المهمة²، ويعرف كذلك بأنه التسيير المضمون

1 - ومن خلال إستقراءنا للتطور التاريخي لعقود تفويضات المرفق العام في المنظومة القانونية الجزائرية وجدنا أن المشرع الجزائري إعمتد مصطلح "تفويضات المرفق العام" على غرار المشرع الفرنسي بنص المرسوم الرئاسي 15-247، إلا أنه عدل عن هذا المصطلح واصبح بعنوان التسيير المفوض بنص قانون 23-12 سالف الذكر، والذي ألغى المرسوم الرئاسي 15-247، وهذه في نظرنا تسمية موفقة لرفع اللبس والاشتباه مع العقود الادارية الاخرى والمفاهيم المتشابهة.

2 - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 239.

من طرف الجماعة العامة في تولّي المرفق الذي أنشأته مسؤولية تشغيله مباشرة، بإستخدام أجهزتها ومواردها البشرية والمالية¹، كما يعني الإستغلال المباشر أن تقوم الإدارة بنفسها بتشغيل المرفق بأساليب القانون العام مستخدمة في ذلك عمالها وأموالها، سواء كانت الإدارة مركزية أو محلية، ولا يتمتع المرفق بالشخصية المعنوية².

وبناءً على ذلك يرى بعض الفقهاء أنّ الإدارة المباشرة هي طريقة لإدارة مرفق عام، يتميز بالاستغلال المباشر من جانب الشخص العام الذي أنشأه دون وساطة شخص آخر³.

ب- خصائص الإدارة المباشرة:

وإستناداً إلى ما تمّ بيانه تتميز الإدارة المباشرة بجملة من الخصائص⁴:

- المرافق العامة التي تدار عن طرق الإستغلال المباشر ليس لها شخصية قانونية متميزة، أي أنّه لا تتميز عن الشخص العام الذي أنشأها، والذي يتسفيد بالحقوق ويتحمّل بالإلتزامات.
- تنظيم المرفق العام يتبع مباشرة الشخص العام الذي أنشأه، فالمرافق العامة التابعة للدولة تخضع لمختلف الوزارات، والموظفون فيها يخضعون رئاسياً للوزراء⁵.

- المرفق لا يتمتع بالإستقلال المالي، إلاّ أنّه يمكن أن تكون للمرافق ميزانية ملحقة.

ج: أوجه التشابه والفرق بين الأسلوبين:

تتشارك تقنية تفويضات المرفق العام مع أسلوب الإدارة المباشرة في أنّ موضوعها ينطوي في إدارة وإستغلال مرفق عام، وتنفردان في النقاط التالية⁶:

1 - Renan Le Mestre, **Droit du service public**, Gualino éditeur, Paris, mai 2003, p. 123.

2 - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1996، ص 441.

3 - حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 244.

4 - المرجع نفسه، ص 244.

5 - ويدخل في هذا الجانب الإدارة المركزية للوزارات والإدارات المحلية للجماعات المحلية ومختلف المصالح الأخرى التابعة للدولة والتي تدعى بالمصالح الخارجية الموجودة على المستوى الجهوي أو الولائي أو الدوائر (مصالح الجباية، الجمارك، الخزينة... إلخ)، للمزيد أكثر حول تقسيمات الهياكل انظر إلى عمار بوضياف، **الوجيز في القانون الإداري**، المرجع السابق، ص 181 وما يليها.

6 - يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاتها عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البوت (B.O.T) دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص ص 131-132.

-يتولّى إدارة المرفق العام في ظل الإدارة المباشرة الشخص العام الذي يرتبط به المرفق،
أمّا في تقنية تفويضات المرفق العام فيتولّى شخص مختلف غير الشخص العام المرتبط به
المرفق، فقد يكون شخصاً خاصاً أو عامّاً.

-يمكن الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرفق العام الذي يرتبط به دون قيود
تتعلّق بنوعية المرفق، فلا يوجد مرافق عامة غير قابلة للإدارة المباشرة من طرف الشخص العام
شرط التقيد بقواعد الإختصاص والصّلاحية التي حدّدها الدستور والقوانين والأنظمة، في حين
يشترط بشرط واقف في تقنية تفويضات المرفق العام، وهو وجود نص يمنع من تفويض المرفق
وهي المرافق السيادية أو مرافق ذات الطابع الدستوري التي لا يجوز تفويضها¹.

-يتولّى الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة مرفق عام المرتبط به وفقاً لأحكام
القانون العام، ويمكن أن يمنح لإحدى وحداتها الإستقلالية المالية مع بقاء إرتباطها الإداري
بالشخص العام، أمّا في تقنية تفويضات المرفق يتولّى صاحب التفويض إدارة المرفق بإستقلالية
عن الشخص العام من الناحية الإدارية والمالية.

ثانياً: تفويض المرفق العام والمؤسسة العامة

أنشأت المؤسسة العامة كأسلوب لتسيير المرافق العامة، وذلك لتخفيف العبء عن الإدارة
المركزية بسماع لهذه المؤسسات بإدارة المرافق وتحت إشرافها ورقابتها، خاصة وأنّ نشاط الدولة
في إزدياد وتطوّر، وهي صورة من صور اللامركزية المرفقية²، ونظراً لأهمّية موضوع تفويضات
المرفق، فوجدنا أنّه ينتشابه مع أسلوب المؤسسة العامة في جانب ويختلف عنها في جوانب أخرى،
ومنعاً لهذا الإلتباس والغموض، يجدر بنا تعريف أسلوب المؤسسة العامة وماهو خصائصه(أ)
لكي نستطيع تحديد أوجه الشبه والتباين بين الأسلوبين(ب).

1 - ما نص عليه المرسوم الرئاسي 15- 247 في المادة 207 "...وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف...."
2 - وقد أطلق عليها الفقه باللامركزية المرفقية كمقابل للامركزية الإقليمية للمزيد اكثر انظر الى عمار بوضياف، وجيز
في القانون الاداري، مرجع سابق، ص471.

أ- المقصود بالمؤسسة العامة وخصائصها:

يقصد بالمؤسسة العامة على أنها " شخص معنوي متخصص من أشخاص القانون العام يتولى إدارة مرفق عام، ويتمتع بالإستقلال المالي والإداري، ويرتبط بأحد أشخاص القانون العام الذي يمارس عليه الوصاية الإدارية"¹.

ويرى جانب من الفقه أن المؤسسة العامة هي: "وسيلة من وسائل إدارة المرافق العامة، عن طريق منظمة عامة تمنح الشخصية الاعتبارية والإستقلال المالي وتخضع في الوقت ذاته للرقابة المالية من جانب الدولة"²

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن المؤسسة العامة تتميز بخصائص التالية³:

- تمنح المؤسسة العامة الشخصية المعنوية المستقلة عن الدولة أو الشخص العام الذي ترتبط به، ويترتب على الشخصية المعنوية إستقلال المؤسسة من الناحية المالية والإدارية لتحقيق أهدافها.

- تنشأ المؤسسة العامة على أساس وجود مرفق عام، أي وجود نشاط إداري تتوافر فيه صفات المرفق العام.

- تخضع المؤسسة العامة لقيود التخصص، والذي يعني تحديد مهمة المؤسسة العامة عند إنشائها، وحصر نطاقها ضمن هذه المهمة.

- خضوع المؤسسة لنظام الوصاية الإدارية، لأن إستقلالية المؤسسة العامة ليس مطلقاً، فهي جزء من التنظيم الإداري اللامركزي للدولة، لذلك ترتبط بأحد أشخاص القانون العام حسب طبيعة نشاطها.

1 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 61.

2 - مهند نوح، القانون الإداري، منشورات الجامعة الإفتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 55.

3 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 62-63.

ب- أوجه التشابه والاختلاف بين الأسلوبين:

وقد يتداخل مفهوم المؤسسة العامة مع مفهوم التفويض على اعتبار الدولة في ظل المؤسسة العامة تنشئ شخصاً عاماً مستقلاً يعهد إليه إدارة المرفق العام وإستغلاله، وهذا قد يتشابه مع أسلوب تفويض المرفق العام لاسيما إحدى صورته متمثلاً في الإمتياز¹ غير أن المؤسسة العامة تختلف عن تقنية تفويضات المرفق العام في عدة أوجه أهمها:

- إن العلاقة القائمة بين المفوض له والسلطة المفوضة مانحة التفويض هي علاقة تعاقدية في حين العلاقة بين المؤسسة العامة، والشخص العام هي علاقة تنظيمية تخضع للقوانين والأنظمة المتعلقة بها².

- يرتبط المقابل المالي في تقنية تفويضات المرفق العام بصورة جوهرية بنتائج الإستغلال، أما في ظل المؤسسة العامة يمكن للدولة أن تمول المرفق العام عن طريق المساهمات والإعانات المالية³.

- يكون الشخص الذي يعهد إليه إدارة المرفق العام عن طريق المؤسسة العامة شخصاً عاماً، في حين يكون صاحب التفويض أي المفوض له شخصاً عاماً أو خاصاً، ويمكن للمؤسسة العامة أن تكون صاحبة تفويض مرفق عام.

- يخضع المفوض له لرقابة وإشراف الشخص العام الذي يرتبط به المرفق العام موضوع التفويض، لكن في المؤسسة العامة فإنها تخضع إلى نظام الوصاية الإدارية على أعمال المؤسسة، بحيث لاتصبح قراراتها نافذة إلا بعد تصديقها من قبل السلطة الوصية⁴.

1- المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 متعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمادة 53 من المرسوم التنفيذي 18-199، متعلق بتفويضات المرفق العام مصدرين سابقين.

2- يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاتها عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البوت (B.O.T) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 132.

3 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 484.

4 - المرجع نفسه، ص 484.

الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن التسيير المرفق من طرف الغير.

قد تلجأ الجماعة العامة التي أنشأت المرفق العام إلى تكليف الخواص إلى إدارة وإستغلال المرفق العام المرتبط بها، لضمان تنفيذ المرفق، ويدخل في طرق التسيير من طرف الغير كل من تفويضات المرفق العام، وأسلوب التأهيل الإفرادي (أولاً)، شركات الإقتصاد المختلط (ثانياً)، لذا وجب تحديد أوجه التقارب والتباين بينهما.

أولاً: تفويض المرفق العام والتأهيل الإفرادي (التفويض الإفرادي)

من المقرر قانوناً أن قانون سابان 1 لسنة 1993 لاينطبق إلاً على إدارة وإستغلال المرفق العام عن طريق التعاقد، وتمّ إبعاد التفويض الإفرادي، وهذا ما أكدّه مجلس الدولة الفرنسي، قسم الاشغال العامة في رأيه الصادر في 1996¹، وبالتالي غياب إجراءات المنافسة والإشهار، والتعاقد إلاً أنه هناك تداخل فيما بينهما في العديد من الجوانب المشتركة، فعلىنا تحديد مفهوم هذا الاسلوب لرفع اللبس والغموض بين الأسلوبين.

أ- المقصود بالتأهيل الإفرادي:

"هو أن تمنح الدولة بإرادتها المنفردة لأحد اشخاص القانون العام أو الخاص، صلاحية إدارة مرفق عام، بموجب قانون صادر عن السلّطة التشريعية أو قرار صادر عن السلّطة التنفيذية، أو بقرار فردي صادر عن السلّطة التقديرية، لأحد الاشخاص العامة المستقلة"²، ويعرّفه الأستاذ رشيد زوايمية بأنّ تعهد الجماعة العامة مهمّة مرفق عام إلى أحد الاشخاص القانون الخاص بصفة منفردة دون إتباع أسلوب التعاقد.³

وهذا الأسلوب يطلق عليه الأسلوب التنظيمي للإدارة غير المباشرة للمرافق العامة، يتم وفقاً لقرار من جانب واحد، ويطلق عليه أيضاً التأهيل، ويتخذ التأهيل شكلين: التأهيل التشريعي (بنص

1 -CE, avis, sect. trav. publ., 9 mars 1995, n 356931,EDCE n 47/1995, p. 399 : v. Brenet F., La délégation unilatérale de service public, AJDA 2013, p. 1435.

2 --يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاتها عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البوت (B.O.T) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص143.

3-ZOUAIMIA Rachid, « La délégation unilatérale de service public au profit de personne privée » revue,Idara, N°42, 2001, pp. 49-50.

قانوني أو تنظيمي) أو التأهيل عن طريق القرار الإداري (بقرار إداري فردي صادر عن السلطة التقديرية لأحد الأشخاص العامة المستقلة).

1- **التأهيل بنص تشريعي:** بداية يناط التأهيل التشريعي لصالح المؤسسات العامة الذي يتضمن نظام إنشاءها الخدمة الموكّلة بها، ويتم ذلك بقانون أو نص تنظيمي، ومن أمثلة عن ذلك المؤسسات العامة للتعليم العالي، والمستشفيات، أيضاً المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كمثال دواوين الترقية وتسيير العقاري ومؤسسات النقل الحضري وشبه الحضري¹، كما يوجد التأهيل التشريعي للأشخاص المعنوية الخاصة، وقد حدّد القانون بوضوح هذه الأشخاص التي يعهد إليها تسيير مرفق عام، وكمثال لذلك الاتحاديات الرياضية الوطنية²، والتعاضديات الاجتماعية³، والمنظمات المهنية⁴

2- **التأهيل بموجب قرار إداري إنفرادي:** في هذا الجانب يقتصر التفويض الإنفرادي عن طريق قرار إداري من جانب واحد على توفير إمكانية للأفراد الخواص لأداء مهام المرفق العام دون أن تحظى بإمتياز، ويتمّ التفويض بقرار إداري أحادي الجانب الذي يأخذ شكل ترخيص أو موافقة أو اعتماد، ونطاق مجالات هذا التفويض نجد المرافق العمومية التي تهدف إلى الحماية الصحية، وتلك التي تهدف إلى التعليم والتربية وكذلك الخدمات ذات الطابع الإقتصادي أو الخدمات البريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، وأيضاً المرفق الكهربا والغاز⁵، وهذا نوع من

1- ZOUAIMIA Rachid, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, OP. cit,p08.

2 - وقد نظمها القانون 13-05 المؤرخ في 23/07/2013 المتعلق ببتنظيم الأنشطة الدنية والرياضية وتطويرها الجديدة الرسمية، العدد 39 المؤرخة في 31/07/2013 طبقاً للمادة 87 فهي "جمعية ذات صبغة وطنية تسييرها احكام القانون المتعلق بالجمعيات رقم 12-06 وأحكام هذا القانون..." كما تمارس هذه الإتحادية نشاطها عن طريق التفويض طبقاً لاحكام المادة 92 منه "التفويض بمهمة الخدمة العمومية هو القرار الذي يمكن ان يفوض بموجبه الوزير المكلف بالرياضة الاتحادية الوطنية المتخصصة للممارسة مهمة أو عدة مهام للخدمة العمومية..."

3 - وطبقاً لاحكام المادة 02 من قانون 15-02 المتعلق بالتعاضديات الاجتماعية المؤرخ في 04/01/2015 ج ر، ع، 10 المؤرخة في 07/01/2015 " التعاضدية الاجتماعية شخص معنوي يخضع للقانون الخاص ذات غرض غير مريح..."

4 - ZOUAIMIA Rachid, « *La délégation unilatérale de service public au profit de personne privée*, OP. cite,p50.

5 - Ibid., p. 62.

الحرية الاقتصادية فرضتها التحولات التي عرفتها أساليب تسيير المرفق العام؛ للبحث عن المردودية والفعالية في التسيير وتخفيف العبء عن الدولة.

ب- أوجه التشابه والاختلاف:

ومن خلال التعاريف السابقة يشترك التأهيل (التفويض الإفرادي) وتفويضات المرفق العام (التفويض التعاقدية) في كونهما طريقة لإدارة المرافق العامة، وغالبًا ما يكون الشخص الذي يعهد إليه تسيير المرفق العام من اشخاص القانون الخاص، غير أنّهما يختلفان في مجموعة من النقاط وهي:

-وجود السمة التعاقدية في تقنية تفويضات المرفق العام بين صاحب التفويض والسلطة المفوضة، يلتزم أطراف العقد بالأحكام المنصوص عليها في العقد، إضافة إلى النظام القانوني للتفويض، أما في ظل التفويض الإفرادي هي علاقة تحكمها النصوص التشريعية والتنظيمية، فهي علاقة نظامية وليست علاقة تعاقدية¹

-يخضع التفويض للنظام القانوني المحدد من قبل المشرع، في حين التأهيل لا يخضع للنظام القانوني الخاص بالتفويض، وأكد مجلس الدولة الفرنسي في رأي إستشاري له على أنه لا يجوز اعتماد تقنية التأهيل إلا في حال وجد النص القانوني الذي يجيزه بصورة صريحة²

ثانياً: تفويض المرفق العام شركات الإقتصاد المختلط.

تعتبر شركة الإقتصاد المختلط أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة الاقتصادية، وابتكرت حديثاً، وكان الهدف منها تخفيف العبء عن أسلوب الإدارة المباشرة للمرافق العامة، فماذا يقصد بشركات الإقتصاد المختلط؟

أ- المقصود بشركات الإقتصاد المختلط:

وهي شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص يشترك في تكوين رأسمالها وإدارتها أحد أشخاص القانون العام مع أحد اشخاص القانون الخاص

1 -CE, avis, sect. trav. publ., 9 mars 1995., OP. cite.,

2 -مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص471

(الأفراد أو الشركات الخاصة) بهدف إدارة نشاط له علاقة بالمصلحة العامة.¹
وأساس الفكرة في هذه الشركات التوفيق بين مقتضيات مصالح الجماعة العامة التي تمثلها الدولة أو هيئاتها الإدارية وهي ضمان إدارة المرفق العام الإقتصادي، وبين مقتضيات المصالح الفردية وهي الربح الخاص.

وقد عرفها المشرع الجزائري في القانون المنظم لهذا النوع من الشركات بأنها " تلك الشركات التي يكون رأسمالها مشترك بين مؤسّسة أو مؤسّسات إشتراكية وطنية وطرف أو عدّة أطراف أجنبية"²، وما يميّز هذا النوع من الشركات بمجموعة من الخصائص على أنّها مايلي:
- إشتراك الأموال العامة والخاصّة أو الوطنية والأجنبية في إنشاء شركة أي وجود رأسمال مختلط بين الاموال العامة أو الوطنية تدفعها الدولة، وأموال خاصّة أو أجنبية يساهم بها الأفراد أو المؤسّسات؛

- مساهمة السّلطة في إدارة شركة الإقتصاد المختلط بحجم مساهمة الشخص العام، فتتحول إلى شركة وطنية فيما إذا ملكت الدولة جميع رأسمالها؛³
- وتخضع للرّقابة المزدوجة رقابة خارجية على المرفق العام الذي تديره هذه الشركة المتمثّلة في إستمرارية المرفق العام، أمّا الرّقابة الداخليّة فتكون من خلال ممثليها في إدارة الشركة المساهمة.

والجدير بالذكر أنّ تأسيس شركات الإقتصاد المختلط في القانون الجزائري تخضع لأحكام القانون التجاري كما تخضع إستثناءً لأحكام القانون 82-13 سالف الذكر.

ومن حيث تكوين رأسمالها يشترط أن تكون الدولة مالكة على الأقل 50% أو 51% من رأسمال الشركة حتّى تتمكن من إدارة الشركة والرّقابة عليها طبقاً لأحكام المادة 22 من القانون

1 - سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص372.
2 -المادة رقم 01 من القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتضمن تأمين الشركات المختلطة الإقتصادية وتسييرها المعدل والمتمم، ج ر، عدد 35، المؤرخة في 31/08/1982.
3 -العربي وردية، الشركة ذات الإقتصاد المختلط في النظام القانوني الجزائري، مجلة دراسات قانونية، العدد 12، 2011، ص90

82-13 أعلاه¹، في حين تُقدّر المساهمة في الجانب الفرنسي تصل إلى 98%، مثال شركة الخطوط الجوية Air France، ومع ذلك تبقى شركة إقتصاد مختلط.

وما يمكن القول أنّ شركات الإقتصاد المختلط سواء في الجزائر أو فرنسا هو أسلوب وسط بين الإستغلال المباشر، ونظام تفويضات المرفق العام، لذا قد يتشابه هذا الأسلوب مع تفويضات المرفق العام، ويختلف عنه في نقاط أخرى سنبيّنها مايلي:²

ب- أوجه التشابه والإختلاف:

تشارك شركات الإقتصاد المختلط مع تقنية تفويضات المرفق العام في كونها طريقتين من طرق إدارة المرافق العمومية، غير أنّهما تختلفان في النقاط التالية:

- تتّسم العلاقة بين شركة الإقتصاد المختلط والشخص العام بالعلاقة النظامية في حين العلاقة بين تفويضات المرفق العام والشخص العام هي علاقة عقدية.

- تعد شركات الإقتصاد المختلط من أشخاص القانون الخاص في حين يمكن أن يكون المفوض له شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام.

- تخضع شركات الإقتصاد المختلط إلى القوانين والأنظمة الصادرة عن المشرع ولا سيما لنص إنشائها والنظام الأساسي المكوّن لها، أمّا تقنية التفويض فتخضع لبند العقد والنظام القانوني الخاص بها.

المطلب الثالث: مُصطلح جديد لتفويضات المرفق العام ومُصطلحات أخرى مشابهة:

المنتبّع للتطور التاريخي لتفويضات المرفق العام في المنظومة القانونية الجزائرية خاصة تغيير في المصطلحات التي إعتمدها المشرع الجزائري من عقد الإمتياز إلى عقد تفويض المرفق العام إلى التسيير المفوض للمرفق العام، هذا الأخير تبناه المشرع الجزائري في المادة 11 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية المشار إليه سابقاً، فما الفرق

1 - المرجع نفسه، ص 89.

2 - يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاتها عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البوت (B.O.T) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 134.

بين مصطلح تفويض المرفق العام بنص المرسوم الرئاسي 15-247، ومصطلح التسيير المفوض بنص القانون 23-12 أعلاه؟ (الفرع الاول).

كما أنه وبالتوازي ظهر مصطلح جديد أخرج في حقل العقود الإدارية مستقل عن التفويض تحت المسمى **تفويض التسيير للمحافظ**؛ لإنجاز المشاريع الذي ينظمه أحكام المرسوم 20-404¹ والمصطلح الآخر الإشراف المنتدب على المشاريع، الحالة الخاصة للأول الذي أشار إليه المرسوم 21-62²، من طبيعة تفويض الصلاحيات وفي موضوع ومحيط القانون العضوي 18-15³ المؤطر لهما، فمالذي جاء به القانون العضوي 18-15، وماذا تعني هذه المصطلحات؟ خصوصاً إستغراق أساليب كثيرة في الشراكة ما يجعل تمييز مصطلح تفويض المرفق العام بالمسمى الجديد، التسيير المفوض أمراً غاية في الأهمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التسيير المفوض المصطلح الجديد لتقنية التفويض

من خلال ما إستقرناه من المنظومة القانونية الفرنسية بخصوص تقنية تفويضات المرفق العام، والدراسات القانونية للباحثين نرى أنه لا يوجد فرق بينهما، فالنصوص القانونية، والدراسات القانونية الفقهية والبحوث يستعملون مصطلح تفويض المرفق العام، وتارة التسيير المفوض، كما أنّ التشريعات المقارنة التي تتبنى المقاربة الفرنسية كالمشرع المغربي يستعمل مصطلح التدبير المفوض ترجمة Gestion Deleguée، إلا أنّ ومن وجهة نظرنا نرى أنّ مصطلح التسيير المفوض مصطلح دقيق خصوصاً أنّ بعض الفقه يرى مصطلح تفويض المرفق العام غير موفق من شأنه أن يخلق حالة من الخلط والإلتباس مع نظام آخر يختلف تماماً عنه كما تحدثنا آنفاً، إضافة إلى أنّ التفويض لا يرد على "المرفق" ذاته وإنما على "إدارة المرفق" ذاتها لأنه يتعلّق

1 - المرسوم التنفيذي رقم 20-404 المؤرخ في 29/12/2020 يحدّد كفاءات تسيير وتفويض الإعتمادات المالية، ج ر، ع 80، الصادرة في 29/12/2020.

2 - المرسوم التنفيذي رقم 21-62 المؤرخ في 08/02/2021 يحدد اجراءات التسيير الميزانياتي والمحاسبي الملائمة لميزانيات المؤسسات ذات الطابع الاداري والهيئات والمؤسسات العمومية الاخرى المستفيدة من تخصيصات ميزانية الدولية، ج ر، ع 11، الصادرة 15/02/2021

3 - القانون العضوي رقم 18-15 المؤرخ في 02/09/2018 المتعلق بقوانين المالية المعدل والمتم، ج ر، ع 53، الصادرة بتاريخ 02/09/2021.

بإدارة المرفق من قبل شخص عام أو خاص غير مسؤول في الأساس عن المرفق، وحسن ما فعل المشرع، كما أنه ومن وجهة نظرنا أيضاً أنه مصطلح واسع قد يشمل تفويض تعاقدية وتفويض من جانب واحد كما تكلمنا عنه سابقاً، وهذا يؤكد دليل الصفقات العمومية الجزائري الطبعة 2021¹ من إعداد وزارة المالية بالتعاون مع منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD)، حيث وصفت التسيير المفوض أنه قد يكون قانونياً تكليف مؤسسة عمومية أنشئت لهذا الغرض (تفويض إنفرادي) أو (تفويض تعاقدية) هذا الأخير هو موضوع المواد 207 إلى 210 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الفرع الثاني: تفويض التسيير والإشراف المنتدب على المشاريع ضمن القانون العضوي

15-18.

صدرت العديد من النصوص التنظيمية تؤطر وتنظم القانون العضوي 15-18 المتعلق بقوانين المالية الذي ألغى قانون 84-17² المتعلق بقوانين المالية، و صدر ضمنه أنماط تسيير جديدة في هذه النصوص المؤطرة تتشابه في المصطلح والكيفية مع التسيير المفوض (المصطلح الجديد لتقنية تفويضات المرفق العام)، فما الضابط تمييز بينهما؟

أولاً: القانون العضوي 15-18 المتعلق بقوانين المالية.

وهو إطار قانوني جديد كرس جملة الإصلاحات تبنتها الجزائر في مجال تسيير المالية العمومية متمثلة في تحديث أنظمة الميزانية خاصة أن قانون 84-17 الإطار المرجعي الأول للتسيير الأموال العمومية بعد الإستقلال لم يعد يساير التطورات المالية والمحاسبية على المستوى الدولي، فقد شرع في عصرنة الأنظمة الميزانية منذ سنة 2005 أين أبرمت وزارة المالية (المديرية العامة للميزانية) عقداً مع المكتب الإستشارات كندي CRC SOGEMA من أجل وضع تصور شامل ومتكامل لإصلاح المالية العمومية، في إطار القرض المقدم من طرف

1 - دليل الصفقات العمومية في الجزائر ، الطبعة 2021، المنجز من طرف وزارة المالية بالتعاون مع منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE متاح على الموقع www.oecd.org/editions/corrigenda

2 - قانون رقم 84-17 المؤرخ في 07 يوليو 1984 يتعلق بقوانين المالية، ج ر، ع 28، الصادرة في 10 يوليو 1984 الملغى .

البنك العالمي¹ (crédit N° 7074-ALG) عرف هذا النظام تأخرًا في صدوره دام 12 سنة حتى سنة صدوره 2018 على أن ينفذ بالتدرج، ليكن أول تحضيره وتنفيذه سنة 2023.

يعتبر هذا القانون مرجع ومؤطر كل ما يتعلق بتسيير مالية الدولة من شأنه يحكم إعداد قوانين المالية ومضمونها، وكيفية تقديمها والمصادقة عليها من قبل البرلمان، كما يحدد مبادئ وقواعد المالية العمومية وحسابات الدولة وتنفيذ قوانين المالية ومراقبة تنفيذها.

إنّ التوجهات الكبرى لهذا النظام المؤسس وفق المعايير الدولية تتمثل في دعم التوازن الهيكلي للميزانية، وذلك الانتقال من ميزانية الوسائل إلى ميزانية النتائج من شأنه تحقيق فعالية التسيير المترتب عنها نتائج محققة من طرف المسيرين بتفعيل مبدأ المساءلة، ومن التوجهات الكبرى أيضا المقاربة الميزانية على المدى المتوسط، فنصّ في المادة 05 منه على أن يتمّ تأطير ميزانياتي متوسط المدى على كل سنة من طرف الحكومة بناءً على إقتراح وزير المكلف بالمالية، في بداية إجراء إعداد قانون المالية ويحدد للسنة المقبلة والسنتين الموالتين تقديرات الإيرادات والنفقات ورصيد ميزانية الدولة، وكذا مديونة الدولة عند الإقتضاء².

ومن التوجهات أيضا إعداد ميزانية وفقا لبرامج ترتكز على تحقيق النتائج، أي اعتماد برنامج وهي إعتمادات مالية موزعة على أساس أنشطة³ تشمل مجموع الإعتمادات المالية التي تشكل البرنامج والبرنامج الفرعي، والتي تربط بهدف محدد طبقا للنتائج المسطرة، والتي تكون موضوع تقييم، إضافة إلى تحقيق ثنائية الحرية والمسؤولية، وأيضا توحيد الميزانية والمدونات، وإضفاء الشفافية⁴.

1 - حاج جاب الله أمال، الاطار القانوني لقوانين المالية، دراسة تحليلية للقانون العضوي 18-15، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة المجلد 06، العدد 06، 2021، ص 117.

2 - المادة 05 من القانون العضوي 18-15 مصدر سابق.

3 - ينقسم تصنيف النشاط لأعباء ميزانية الدولة إلى محفظة البرنامج، البرنامج الفرعي، النشاط الفرعي، فهو مجموعة متجانسة من الأعمال و/أو المشاريع التي تستلزم موارد بشرية ومالية ومادية من أجل إنتاج سلعة أو خدمة، كل عمل أو مشروع لا يمكن إلحاقه إلا بنشاط واحد للمزيد أكثر أنظر إلى المنشور رقم 7336 المؤرخ في 2022/10/04، النشاط تقسيم عملي للبرنامج، وزارة المالية، المديرية العامة للميزانية.

4 - لخضر بن عليّة، تكريس ميزانية مستدامة من خلال تطبيق أحكام القانون العضوي رقم 18 - 15 المتعلق بقوانين المالية، مجلة ادارة اعمال والدراسات الاقتصادية، مجلد 01 ع 09، 2023، ص ص 98-100.

ثانياً: تفويض التسيير والإشراف المنتدب على المشاريع

بروز مصطلح تفويض التسيير والإشراف المنتدب على المشاريع خارج عقود الطلبات العمومية يجمع بين نقل الإختصاص، ونقل التسيير تتشابه في جانبها الموضوعي مع التسيير المفوض (تفويضات المرفق العام) المذكور آنفاً، حيث أحدث المرسوم التنفيذي 20-404¹ نوعاً آخر مستقل من التفويض، والمسّمى بتفويض التسيير وهو إجراء مؤطّر بموجب القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية 18-15² ونصوصه التنظيمية³، الذي يتملّ في تكليف المفوض له بتسيير

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 20-404 المؤرخ في 2020/12/29 يحدّد كفاءات تسيير وتفويض الإعتمادات المالية، ج ر، ع 80، الصادرة في 2020/12/29.
- 2 - القانون العضوي رقم 18-15 المؤرخ في 2018/09/02 المتعلق بقوانين المالية المعدل والمتمم، ج ر، العدد 53، الصادرة بتاريخ 2018./09/01.
- 3 - صدرت العديد من النصوص التنظيمية تؤطر وتنظم القانون العضوي 18-15 المتعلق بقوانين المالية الذي الغى قانون 84-17 المتعلق بقوانين المالية، ومن هذه النصوص:
 - المرسوم رقم 20-354 المؤرخ في 2020/11/30 يحدد العناصر المكونة للتصنيفات اعباء ميزانية الدولة.
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-335 المؤرخ في 22 نوفمبر 2020 الذي يحدد كفاءات تصميم وإعداد الإطار الميزانياتي المتوسط المدى .
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-353 المؤرخ في 30 نوفمبر 2020 الذي يحدد كفاءات العناصر المكونة لتصنيف إيرادات الدولة.
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-354 المؤرخ في 30 نوفمبر 2020 الذي يحدد كفاءات العناصر المكونة لتصنيفات أعباء ميزانية الدولة
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-383 المؤرخ في 2020/12/19 يحدد شروط وكفاءات حركة الاعتمادات المالية وكذا كيفية تنفيذها .
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-384 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020 الذي يحدد شروط تنفيذ إعتمادات الدفع المتوفرة خلال الفترة التكميلية.
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-385 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020 الذي يحدد كفاءات تسجيل واستعمال الأموال المخصصة للمساهمات بعنوان البرامج المسجلة في ميزانية الدولة .
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-386 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020 الذي يحدد شروط استعادة الإعتمادات المالية .
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-387 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020 الذي يحدد كفاءات إعداد جدول التعداد المرفق بمشروع قانون المالية للسنة.
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-403 المؤرخ في 26 ديسمبر 2020 الذي يحدد شروط نضج وتسجيل البرامج .
 - المرسوم التنفيذي رقم 20-404 المؤرخ في 2020/12/29، المصدر السابق.

أو إنجاز كل أو جزء من برنامج بإسم ولصالح الدولة (مصلحة المفوضة)، ويجسد بوثيقة تعاقدية بين المفوض، وقد يكون وزيراً أو مسؤول هيئة عمومية بصفته مسؤول محافظة البرامج، وهي إتمادات مالية محدّدة بنتائج وأهداف، وهو الذي يقوم بتفويض التسيير لمصلحة أخرى تابعة للدولة أوهيئة إقليمية أو مؤسسة عمومية تحت الوصاية وتدعى في صلب النص "المفوض له"، يكلف هذا الأخير، بإسم ولصالح المفوض إبرام وتوقيع وتنفيذ العقود القانونية الضرورية لأداء المهام الموكّلة إليه، وهي تحقيق أهداف موضوع الإتمادات المالية، فهو يعتبر الأمر بصرف النفقات، ويحدّد عقد تفويض التسيير لإتزامات لكلا الأطراف مع فسخ العقد من جانب واحد في حالة إخلال المفوض له في تنفيذ التفويض، كما يلزم على المفوض له إرسال تقارير دورية حول تنفيذ الإتمادات المخصّصة له، وحول تحقيق الأهداف المسطّرة للمفوض كل ثلاثة أشهر أو ستة أشهر حسب الحالة¹.

أمّا والإشراف المنتدب على المشاريع، فلقد خصّ المشرّع الجزائري عقد تفويض التسيير للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي عندما تتدخل لتنفيذ كل أو جزء من البرنامج المفوض لها، ويكون في هذه الحالة عن طريق إتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع، فما هو الإشراف المنتدب على المشروع؟

في الحقيقة الأمر أنّ المشرّع الجزائري تبني هذا المصطلح من العقد لأول مرة في قانون المالية لسنة 2012 في المادة 61 منه² وبعدها بموجب المادة 12 في تعديل تنظيم الصفقات العمومية 03-13 المشار إليه سابقاً، غير أن النص التطبيقي والمنظّم لهذا العقد كان بتاريخ 2014/11/20 تحت رقم 14-320³.

-المرسوم التنفيذي رقم 21-62 المؤرخ في 08/02/2021، المصدر السابق.

1 - للإطلاع أكثر انظر : منشور رقم 1174 المؤرخ في 13/02/2023، شرح كفايات تفويض التسيير وتحديد قواعد وشروط تنفيذه، وزارة المالية.

2 -قانون رقم 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011 يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر، ع72 لسنة 2011

3 -المرسوم التنفيذي رقم 14-320 المؤرخ في 20/11/2014، يتعلق بالإشراف على المشروع والإشراف المنتدب على المشروع، ج ر، ع68، الصادرة في 23 نوفمبر 2014 المعدل والمتمم.

فعرّف هذا المرسوم الإشراف المنتدب على المشروع "المشروع أو البرنامج المفوض للمؤسسة أو الهيئة العمومية من قبل صاحب المشروع (الدولة) عن طريق اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع، بحيث تكلف بتنفيذ و/أو بإنجاز كل أو جزء من المشروع أو البرنامج، وذلك بإسم ولصاحب المشروع"¹

وعرّفه معجم مصطلحات القانون العضوي 18-15 المذكور سابقاً بأنه "المهمة التي تكون فيها المؤسسة أو الهيئة العمومية مكلفة من خلالها بتنفيذ و/أو بإنجاز كل أو جزء من المشروع أو عملية التجهيز العمومي وهذا بإسم ولحساب الدولة، يتم تكليف بهذه المهمة عن طريق اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع"²

وبالعودة إلى أحكام القانون العضوي 18-15 والمنشور رقم 1403³ المبيّنة لكيفيات تفويض التسيير - تفويض الإشراف على المشروع للمؤسسات - المذكورة أعلاه، فإنّ تفويض التسيير فيما يتعلّق بالإشراف المنتدب على المشروع يقتضي التحويل إلى المفوض له، الصلاحيات والإختصاصات الضرورية لتأدية مهامه، عن طريق اتفاقية دون إمكانية تفويضها أو مناوئتها.

أ- أوجه التشابه والاختلاف بين التسيير المفوض وتفويض التسيير:

إنّ تفويض التسيير للبرامج بوثيقة تعاقدية هو أحد تطبيقات نظام تفويض السلطة أو الإختصاص في القانون العام، وهذا ما أكدّه معجم مصطلحات القانون العضوي 18-15 المتعلق بقوانين المالية بأنه "القرار الذي تفوض سلطة ما من خلال سلطة تسيير الإعتمادات لشخص ما، وهو شكل من أشكال تفويض السلطة"⁴، إلاّ أنّه يتفرّد عنها بخصائص التي يتشكل بها المحتوى

1 - المادة 03 من المرسوم 14-320، المصدر السابق.

2 - وزارة المالية، المديرية العامة للميزانية، معجم المصطلحات القانون المتعلقة بقوانين المالية، 2021، الجزائر، ص 8.

3 - للإطلاع أكثر انظر : منشور رقم 1403 المؤرخ في 28/02/2023، شرح كيفيات تفويض - تفويض الإشراف على المشروع - للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والهيئات الأخرى.

4 - معجم مصطلحات القانون العضوي 18-15، ص ص 6-7، المصدر السابق.

القانوني المتميز لمدلوله وبالأحكام الخاصة بصحته العضوية والموضوعية كأحد أبرز الوسائل القانونية لتوزيع السلطة المالية¹.

وعليه يشترك تفويض المرفق العام (التسيير المفوض) مع تفويض التسيير في نقل الإختصاص من جهة إلى جهة أخرى، إلا أنه يختلف عنه في مسائل جوهرية وهي كالاتي:
- إن تفويض التسيير هو تفويض السلطة المالية يجب أن يكون محدوداً وجزئياً، فلا يجوز للرئيس وهو الأمر بالصرف الرئيسي نقل جميع اختصاصاته المتمثلة في توزيع البرامج المترجمة في الإعتمادات المالية المخصصة لتسيير المصالح غير الممركزة للأمر بالصرف الثانوي، أما تفويض المرفق العام يشمل جميع المهام والأعمال التي تقتضيها إدارته وإستغلاله.

- إن مدة تفويض التسيير قد يكون خاضع لمبدأ السنوية في الأنشطة التي تنفذ خلال السنة المالية أو صدور رخصة لتمديد السنة المالية، لهذا يتم التفويض لنفس المفوض له في مرة واحدة، كما أن تفويض التسيير في برامج التجهيز تكن حسب مدة إنجاز المشاريع المكلف بإنجازها من طرف المفوض له²، في حين المدة في تقنية تفويض المرفق العام (التسيير المفوض) فهي طويلة حسب أشكال التفويض اقصاها 30 سنة في عقد الإمتياز وأدناها 05 في عقد التسيير مع إمكانية التمديد حسب نوع العقد أيضا في حدود 04 سنوات في الإمتياز و 01 سنة في عقد التسيير.

- إن المقابل المالي في تفويضات المرفق العام مرتبط بصفة جوهرية بنتائج الإستغلال على شكل رسوم يتقاضاها المفوض له من مستعملي المرفق، كما يمكن أن يكون مدفوع من طرف الشخص العام مرتبط بنتائج الاستغلال، أما المقابل المالي في تفويض التسيير يكون على شكل تعويض عن التكاليف والأعباء لا سيما في تفويض التسيير للمؤسسات العمومية الاقتصادية،

1- عبدالحكيم سعاد، دور تفويض الإعتمادات في تحقيق عدم التركيز المالي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 17، العدد 01، 2022، ص 887

2 - للإطلاع أكثر انظر إلى المنشور 5959، مصدر سابق وكذا المنشور رقم 5959 المؤرخ في 2022/08/17 المتعلق بالتسيير الانتقالي لاعتمادات البرنامج الجاري والموقوف بتاريخ 2022/12/31 بعنوان البرنامج القطاعي غير الممركز

وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المكلفة بتنفيذ كل أو جزء من البرنامج عن طريق اتفاقية الإشراف المنتدب عن المشروع.¹

- لا يعف تفويض التسيير المفوض من مسؤولياته في تحقيق الأهداف في حين المفوض له في تقنية التفويض يتولى إستغلال المرفق العام وتحت مسؤوليته ونفقاته وليس على مسؤولية مانح التفويض الذي يتولى الرقابة والإشراف.

- يجوز في عقد التسيير تعديل السلطات المفوضة أو فسخها، فيحق للمفوض أن يقوم بتعديل مجال التفويض أو إلغائه، أما في تفويضات المرفق العام يمكن تعديل العقد لكن دون تغيير جوهرى لموضوع العقد أو طبيعته أو مداه، كما أن إلغاء عقد تفويضات المرفق العام من طرف السلطة المفوضة يكون بإخلاله للالتزامات التعاقدية من قبل المفوض له أو لمقتضيات المصلحة العامة، أو في حالة القوة القاهرة.²

ب- أوجه التشابه والاختلاف بين التسيير المفوض والإشراف المنتدب على المشاريع

إنّ إتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع هي الإجراء الذي يرسم العلاقة بين الدولة والمتعامل عندما يستفيد من تفويض تسيير بعنوان تنفيذ عملية إستثمار عمومي، وهذه العلاقة هي توكيل في نقل الإختصاص والصلاحيات، وعليه يشترك تفويض المرفق العام (التسيير المفوض) مع تفويض التسيير في نقل الإختصاص من جهة إلى جهة أخرى، إلاّ أنّه يختلف عنه في مسائل جوهرية ولا يمكن الخلط بينهما³ وهي كالاتي:

- لا تخضع اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع لأحكام الصفقات العمومية⁴، وبالتالي فهي مستثناة من إجراءات المنافسة والإشهار، فيعيّن صاحب المشروع (الشخص العام) صاحب

1 - المرسوم التنفيذي رقم 21-62 المؤرخ في 2021/02/08 يحدد اجراءات التسيير الميزنياتي والمحاسبي الملاعمة لميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري والهيئات والمؤسسات العمومية الاخرى المستفيدة من تخصيصات ميزانية الدولة، ج ر، ع 11، الصادرة بتاريخ 2021/02/15.

2 - المادة 62-64-65 المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 2018/08/02، المصدر السابق.

3 - CE, 17 juin 2009, Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte, requête n° 297509.

4 - المادة 11 من قانون 23-12 المؤرخ في 2023/08/05، مصدر سابق.

المشروع المنتدب¹ مسبقا بمقرر لإعتبارات الحصرية التي تقوم بها هذه المؤسسات لا يمكن تنفيذ هذه الخدمة إلا ضمن مجال نشاط وإختصاص صاحب المشروع المنتدب²، في حين تفويضات المرفق العام تقوم على أساس تعاقدية، وتخضع لقانون خاص بها ينظم إجراءات المنافسة والإشهار.

-إختلاف طبيعة العقد بينهما، ففي إتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع فهي تفويض للصلاحيات والإختصاصات عن طريق التوكيل، في حين تفويضات المرفق العام فهو تفويض التسيير للمفوض له من طرف السلطة المفوضة، أي نقل لمهمة تسيير المرفق العام تحت مسؤولية وعلى نفقته بتحمل المخاطر الناتجة عن هذا النقل.

-من حيث أطراف العقد: فإن طرفي العقد في إتفاقية الإشراف المنتدب يكون بين الشخص العام يدعى في صلب النص صاحب المشروع وهي الدولة بإسمها ولحسابها، والطرف الثاني يدعى في صلب النص "صاحب المشروع المنتدب" ويكون ممثلاً حصرياً في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المؤسسات العمومية الإقتصادية، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، مركز البحث والتطوير، أما في ظل تقنية التسيير المفوض (تفويضات المرفق العام) فإن طرفي العقد يكون بين الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، وشخص من أشخاص القانون الخاص أو شخص من أشخاص القانون العام.

-المقابل المالي: يرتبط المقابل المالي في التسيير المفوض (تفويضات المرفق العام) بصفة جوهرية بنتائج الإستغلال مع تحمل المخاطر، ويكون في صورة رسوم يدفعها مستعملي المرفق مقابل الخدمات، أتاوى سنوية، منحة محدّدة بنسبة مئوية، أو أجر جزافي في حالة العجز، أما

1 - وصاحب المشروع المنتدب والمفوض اليه المشروع ذكرتها المادة 03 على سبيل الحصر: المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، مؤسسات البحث والتطوير.

2 -المادة 03 من المرسوم 19-197 المؤرخ في 2019/07/10 يعدل ويتم المرسوم 14-320 المتعلق بالاشراف على المشروع والاشراف على المشروع المنتدب، ج ر، ع 45 لسنة 2019.

في ظل إتفاقية الاشراف المنتدب على المشروع فإنّ المقابل المالي يكون في صورة أجر حسب النسبة المئوية وتتراوح بين 2% و 4% من الكلفة التقديرية للمشروع أو البرنامج¹.

- لا يمكن المناولة أو التعاقد من الباطن أو المتعامل الثانوي² في إتفاقية الإشراف المنتدب، امّا في ظل تقنية تفويضات المرفق العام فإنّ المناولة ممكنة، وهذا ما نصّ عليه المرسوم التنفيذي 18-199³، فالمفوض له يستطيع أن يعهد تنفيذ جزء من الإتفاقية المبرمة لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى "المناول" شريطة أن يتضمّن هذا الجزء من الإتفاقية إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره، وذلك في حدود 40% من إتفاقية تفويض المرفق العام، ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد إتجاه السّلطة المفوضة في تنفيذ الجزء من إتفاقية التفويض موضوع المناولة.

-
- 1 - وهذا ما نصّت عليه المادة 14 من المرسوم التنفيذي 14-320 السالف الذكر، غير أنه في : منشور رقم 1403 المؤرخ في 28/02/2023، المصدر السابق، فقد حدّدت النسبة المئوية على شطر كل جزء من رخصة الإلتزام وهي الكلفة التقديرية للمشروع كالاتي: 2% للشطر الذي لا يتجاوز 05 ملايين دج ، 1,5% للشطر الذي يفوق 05 ملايين دج ويقل عن 10 ملايين دج أو يساويه، 1% للشطر الذي يفوق 10 ملايين دج .
 - 2 - إختلفت المصطلحات القانونية لهذا النوع من التعاقد في المنظومة القانونية، فاستخدم التعاقد من الباطن وإصطلح عليها أيضا التفويض الفرعي، وإستعمل في مواضع أخرى مصطلح المتعامل الثانوي، ولكن ما إستقرّ علي التشريع هو المناولة.
 - 3 - المادة 60 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

الفصل الثاني:

تطبيقات تفويضات المرفق العام، والدواعي، والمبادئ التي تحكمها

لقد أفرز المحيط العملي والتطبيقي للإدارة المحلية الفرنسية لتقنية تفويضات المرفق العام إلى ظهورها كفئة قانونية مستقلة وجديدة في حقل العقود الإدارية، إستنبط الفقه وإجتهادات مجلس الدولة أسس ومعايير لتطبيق هذه التقنية، فهي شروط ضرورية لوجود عقد تفويض المرفق العام وتمثّل الأمن القانوني لها؛ لتميزها عن باقي العقود الإدارية المشابهة، وأساليب التسيير الأخرى أخرجها المشرع الفرنسي في ثوبها القانوني واضعاً تعريفا لها بضوابطها التي أقرها مجلس الدولة صادر له بتاريخ 15 ابريل 1996.

ثم إنّ التحديث القانوني لهذه التقنية وعوامل متعلّقة بتطبيق العملي لها أدّى إلى بروز أشكال وأصناف تتضوي تحت عقد تفويض المرفق العام، وقد تكون أشكالا مسمّاة وأخرى غير مسمّاة متى توفرت فيها معايير التي أقرها الفقه والإجتهادات القضائية عدّت ضمن تفويضات المرفق العام، كما أنّها تختلف فيما بينها حسب درجة تحمّل المخاطر ورقابة السلطة المفوضّة (المبحث الأول).

إنّ التحوّلات الجديدة التي رافقت أساليب التسيير التي غيّرت الأنظمة السياسية تحت ضغط الضرورة الإقتصادية، أدركت خلالها الدّول أنّ نمط التسيير لم يعد يناسب هذه التحدّيات، ففي فرنسا ظهرت أصوات نادى بالتحرّر الإقتصادي وبرزت مرافق عمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إضافة منح الحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية المحلية، ومساهمة التشريعات الأوربية والإجتهادات القضائية كلّها كانت دواعي لتكريس أسلوب جديد متمثلاً في تفويض المرفق العام كفئة قانونية مستقلة، ولم تقتصر هذه التداعيات على فرنسا، ففي الجزائر دعت الضرورة الإقتصادية إلى تبني نظام إقتصاد السوق عن طريق آلية الخوصصة، أدّى إلى انسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي، إضافة إلى عدم جدوى أساليب التسيير الكلاسيكية كلّها عوامل دفعت بالمشرع الجزائري تبني تقنية تفويض المرفق العام .

ولهذا النمط مبادئ وجب التقيد بها عند إبرامها مشتركة مع جميع عقود الطلبات العمومية سواء في التشريع الفرنسي أو الجزائري مقترنة بمبادئ حديثة عند تنفيذها متعلّقة بالمرفق العام. وما يترتب عليها من نتائج على المرفق العام والمتدخلين في تنفيذ المرفق العام ومستعمليه، كما أنّ بروز ظروف استثنائية تمثلت في إنتشار وباء كورونا أدّى إلى المساس بمبادئ العامّة للمرفق

العام لا سيما مبدأ سيرورة المرفق العام، فأدركت الدول أنّ نظام الإدارة الإلكترونية هو الطّريق نحو صيانة هذا المبادئ سواء عند الأبرام أو عند تنفيذها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أسس والأشكال العقدية لتطبيقات تفويض المرفق العام.

لقد كان للقضاء والفقهاء السّبق في إرساء معايير تصنيف عقود تفويضات المرفق العام ما يميّزها عن غيرها في حقل العقود الإدارية، استقرّ عليها التشريع الفرنسي بوضعه تعريفاً لها، أخذت وقتاً من الزمن في تطورها، ساهمت في تكريس واستقلالية تقنية تفويضات المرفق العام كقناة قانونية، ولذا حتّى نكون أمام تفويضات المرفق العام يجب توفّر المرتكزات القانونية التي تعدّ معايير معتمدة في تصنيف تلك العقود (المطلب الأول).

هذا وتتخذ عقود تفويضات المرفق العام أشكالاً متعدّدة تبعاً لإختيار الصّورة المناسبة من طرف المفوض له في تحقيق الربح وتحمل المخاطر، والمُحدّد من السّلطة المفوضة إتجاه مرافقها في تحقيق حاجاتها الفعلية، وما يحقّق المصلحة العامة، إضافة إلى طبيعة الخدمات العامة التي ينتفع بها مستعملي المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسس تطبيقات تفويض المرفق العام.

لقد كان للمشرّع الفرنسي دور في تكريس الأسس والمرتكزات الواجب توافرها لوجود عقد تفويضات المرفق العام، والتي أتى على تناولها أيضاً الفقهاء الفرنسي مضافاً إليها بشكل أكثر وضوحاً معيار المقابل المالي وضرورة إرتباطه بشكل جوهري بنتائج الإستغلال¹، وعلى إثر ذلك يمكن تقسيم المرتكزات القانونية إلى ثلاثة، يشترط وجودها في عقود تفويضات المرفق العام، وهي ضرورة وجود مرفق عام قابل للتفويض (الفرع الأول)، وضرورة جود علاقة تعاقدية (الفرع الثاني)، إضافة إلى إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستغلال (الفرع الثالث).

1 - يعرب محمد الشّرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، مفاهيم تشاركية بين القطاعين العام والخاص نماذج عقدية تطبيقية في تقنية تفويضات المرفق العام، B.O.T، ط1، دار الفكر، دمشق، 2010، ص100.

الفرع الأول: وجود مرفق عام وقابلية التفويض

يعتبر المرفق العام المرتكز الجوهري لتقنية التفويض، ويجمع الفقه والتشريع الفرنسي عليه أنه أول المرتكزات القانونية، وبالتالي نثور إشكالية بخصوص النشاطات التي لا تشكل مرفقاً عاماً وإن إعتبرت مرافق عامة، ثم يجب أن تكون قابلة للتفويض، لذا ليس كل النشاطات التي تتولاها الإدارة هي مرافق عمومية، وليس كل المرافق العمومية قابلة للتفويض، لذلك يتوجب بدايةً تحديد ما إذا كان النشاط الذي تديره الإدارة يشكل مرفقاً عاماً (أولاً)، ويجب أن يكون قابلاً للتفويض (ثانياً).

أولاً: تحديد المرفق العام

يُعتبر المرفق العام واحداً من أكثر المفاهيم القانونية تعقيداً وإثارة للجدل نظراً لإرتباطها بالنظريات الأيديولوجية، والظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة في الدولة، كما يتغير مفهومه حسب الزمان والمكان¹.

لم يعرف المرفق العام قط بصفة دقيقة، فغياب تعريف دقيق له يعود إلى المرونة وسرعة التطور التي يتصف بها القانون الإداري، إلا أنه نجد محاولات الفقه تتكيف مع هذا التطور في وضع تعاريف مختلفة إنطلاقاً من الزوايا التي ينظرون إليه منها، فتارةً يقال أنه مؤسسة أو هيئة تخدم الصالح العام وتلبّي الحاجات الجماعية للجمهور وفي هذه الحالة مفهوم عضوي، وتارةً يقال أنه كلّ نشاط مجموعة عمومية تستهدف إشباع حاجات المصلحة العامة وفي هذا الحالة مفهوم وظيفي مرتبط بالهدف من المرفق العام²، فاستقرّ الإتجاه الثالث إلى الجمع بين المفهومين بحيث يشمل الخدمة أو النشاط موضوع المرفق أو الهيئة التي تتولى هذا النشاط، إضافة إلى أنه مشروع تنشئه الدولة بقصد تحقيق النفع العام أو خدمة عامة للجمهور، ويخضع في إدارته لهيمنة السلطة العامة، وهو التعريف المتفق عليه؛ لذا إنقسم إلى إتجاهين مُشكّلة عناصر قيام المرفق العام وأضاف الفقه عنصراً آخر وهو السلطة العامة، وهو الإتجاه الجديد وما استقرّ عليه القضاء³:

1- محمد بوسماح، الارث الاستعماري، للمفهوم القانوني للمرفق العام، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 51، عدد 02، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، ص 7.

2 - محمد بوسماح، المرجع السابق، ص 16.

3 - CE, 28 juin 1963, Sieur Nancy, requête numéro 43834.

أ- عناصر تحديد المرفق العام:

وتبعاً لتغيّر المفاهيم حول المرفق العام، وتغليب إتجاه فقهي على آخر، فإنه يلزم لقيام مرفق عام؛ عناصر معيّنة إنفق عليها الفقه والقضاء، وهي معايير ذاتها تحدّد المرفق العام:

1- المقاربة العضوية (المرفق العام-مؤسسة): وهي إرتباط المرفق العام بالشخص المعنوي، ذلك أنّ الدولة تتولّى إنشاء المرافق العامة، أي تقرّر إخضاع هذا النشاط لأحكام المرافق العامة وإدراته وفقاً للأساليب المتّبعة، وقد يكون هذا المرفق عبارة عن نشاط منظمّ تمارسه مجموعة بشرية مستعينة بوسائل ماديّة وفنية وقانونية لتحقيق غرض معين، ولايستلزم أن تكون الدولة هي من أنشأت المنظمة التي تدير المرفق العام، وإنما يكفي أن تكون الدولة التي قرّرت إعتبار النشاط مرفقاً عاماً ولو كانت قد عهدت بإدراته إلى شركة أو هيئة خاصة ليست في ذاتها مرفق عام¹، وقد يكون الإرتباط مباشر وغير مباشر².

ويتحقّق الأول عندما يدير أحد اشخاص القانون العام المرفق مباشرة بإستخدام وسائله الخاصة لإدارة المرفق العام، بالإضافة تأمينه ورقابته، أمّا الثاني قيام أحد أشخاص القانون الخاص بإدارة المرفق العام بوسائله الخاصة عن طريق تفويض التسيير، حيث يكون الإرتباط من حيث الإنشاء والتنظيم والرّقابة التي تفرض على المفوض له، من طرف الشّخص العام.

2- المفهوم الوظيفي: (المرفق العام-نشاط): ومناطق أصحاب هذا الإتجاه أنّ المرفق العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة متمثلة في تلبية الحاجات العامة للمجتمع، بغض النظر عن المنظمة أو الجهة القائمة به، ولهذا لا يخفي الطابع المرن لهذا العنصر نظراً لمرونة الحاجات والمصلحة العامة ذاتها³.

لكن هنا يثار الإشكال بخصوص تحديد المصلحة العامة ذلك المفهوم المرن؟

فالمصلحة العامة هي التعبير القانوني عن حاجات المجتمع الأساسية التي يجب على الدولة تحقيقها، وهي مفهوم يتطور بإستمرار ويتأثر بالبيئة الإقتصادية والسياسية والإجتماعية

1 - محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري المرافق العامة، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الاسكندرية، ب س ص 9.

2 - Martine lombard, droit administratif, 4^{em} edirion, Dalloz, 2001, paris, p262.

3 - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 206.

والثقافية، وتحديد ما يعتبر من قبل المصلحة العامة أمر يصعب إدراكه؛ لأنّه يختلف باختلاف النظام السياسي والاقتصادي المعتمد في الدولة، فهي فكرة مرنة ومطّاطة تقترب من مصطلحات الأخرى كالمنفعة العامة والتي هي مصطلح اقتصادي، فمرونة فكرة المصلحة العامة هي التي تجعل من المرفق العام مرناً متغيّراً حسب تغيّر المصلحة العامة التي يستهدفها هذا المرفق فهو مرتبط بها وعاكس لها¹.

والمصلحة ليست حكراً على الإدارة، فهناك وظائف يمارسها أشخاص عاديون ما، تتصل بالمصلحة العامة كخدمات النقل والبناء، هنا إقترح الفقه للخروج من هذه الإشكالية، فإذا كانت تمثل الغاية الأولى من النشاط وتوفرت الأركان الأخرى يتكوّن المرفق العام، أمّا إذا كانت المصلحة تمثل غاية ثانوية لهذا النشاط فإنّ الوظيفة لا ترتقي إلى منزلة المرفق العام،² ويترتب عنه ظهور شرطين: الأول المصلحة العامة، والثاني أن تستهدف الدولة تحقيق هذه المصلحة وإشباعها.

3- خضوع المرفق لنظام قانوني متميّز، وتمتعه بإمكانيات السلطنة العامة: جميع المرافق

العمومية سواء كانت ذات طابع إداري أو إقتصادي، سواء تُدار من قبل شخص عام أو من قبل هيئة خاصة تخضع لمجموعة من القواعد غير المألوفة في القانون العادي، وهذه القواعد تتعلق بالمبادئ العامة المتصلة بعمل المرفق العام المأخوذة من ضرورة تأمين المصلحة العامة، وإشباع الحاجات، وتقديم الخدمات بانتظام وإضطراد والمساواة.³

وما يميّز هذه المرافق تمتعها بالإمكانيات السلطنة العامة، أي خضوع لنظام قانوني غير مألوف، وحتى في ظل المرافق العامة الاقتصادية منح المشرّع الفرنسي إمكانيات السلطنة العامة لبعض المرافق، كمنح إحتكار لهيئة خاصة قصد ممارسة نشاطها، وإستعمال حق الشفعة الذي تتمتع به الشركات، وأيضاً كحق قبض الإشتراكات إلزامياً⁴، غير أنّ الإجتهد القضائي قلل من

1 - نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، المرجع السابق، ص34.

2- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، المرجع السابق، ص433

3 - مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص30

4 -منح لهيئة خاصة رابطات محاربة الحشرات بتسيير مرفق عام؛ لأنّها تتمتع بالإحتكار، وكذلك بالنسبة لمراكز التنقية الصناعية، ثم حق الشفعة الذي تتمتع به شركات التهيئة العقارية والإستثمار الزراعي، كما تستفيد هذه الهيئة الخاصة بحق قبض الإشتراك إلزامياً ممّا أكسبها صفة مرفق عمومي للمزيد أكثر انظر الى محمد بوسماح، مرجع سابق، ص36

أهمية هذا المعيار في العديد من قرارات له، حيث أقرّ بوجود مرفق عام في غياب إمتيازات السلّطة العامّة، وتمتّع أشخاص القانون الخاص بهذا المعيار للقيام بمهام لا ترتبط بالمرفق العام، فأصبح مجرد مؤشّر وليس معيارًا، لسبب مرونة المرفق العام وتغيّره.

ويمكن للمشرع أن يضيف صفة المرفق العام على بعض النّشاطات، فالتشريع الفرنسي قد أعطى العديد من الأنشطة صفة المرفق العام كمرفق تنظيم الجنائز من خلال أحكام المادة الأولى من القانون رقم 93 - 23 المؤرخ في 08 جانفي 1993 المتعلق بتنظيم الجنائز، كما أعطى أيضا صفة المرفق العام للنشاط المتعلق ببقايا الحيوانات ونفايات المسالخ بموجب المادة 01 من القانون رقم 96 - 1136 المؤرخ في 26 ديسمبر 1996 المتعلق بجمع الجثث الحيوانية وبقايا المسالخ¹، وأعطى المشرع الجزائري صفة مرفق عام للعديد من الأنشطة.

كما يمكن للقضاء الإداري أن يضيف صفة المرفق العام على بعض الأنشطة المعروضة عليه بصفته المراقب لنشاط اشخاص العامة²، وفي قرار لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 5 أكتوبر 2007³، حدّد مجلس الدولة مفهوم المرفق العام ومعايير تحديده.

ثانياً: قابلية تفويض المرفق العام

إنّ استخدام التفويض التعاقدى لا يمكن إلاّ بتحقيق شرط قابلية المرفق العام للتفويض، وهو ركن أساسي في هذا الأسلوب، وهنا يطرح التساؤل هل كل المرافق العمومية قابلة للتفويض؟، وما محل المرافق العمومية الإدارية من التفويض التي يغلب عليها الطابع الحصري على السلّطة؟ وماهي الأحكام لقابلية التفويض من عدمه؟

1 - مروان محي الدين قطب، مرجع سابق ص ص 443-444.
2 - CE 25 mars 1988, Commune d'Hyères c. Serre, n° 61257, p. 668.

3- إعتبر قرار مجلس الدولة النشاط مرفقا عاما إذا تضمّن ما يلي:
- نص تشريعي، أو، مهمّة المصلحة العامة + رقابة الإدارة + صلاحيات السلّطة العامة، أو، مهمّة تطوي بالنسبة للشخص العام على مصلحة عامة قوية + شروط خاصة لإنشاءها وتنظيمها وتشغيلها + الأهداف التي يحددها الشخص العام + رقابة الشخص العام على هذه الأهداف، وبصرف النظر عن هذه الحالات، لا يمكن وصف أي نشاط، حتى لو كان ذا مصلحة عامة، كمرفق عام التّي قد تكون موضوعا لتفويض المرفق العام، أنظر إلى قرار مجلس الدولة. Conseil d'Etat 5 octobre 2007 Société UGC-Ciné-Cité n°298773.

إنّ المبدأ السائد في ظل التنظيم القطاعي للإمتياز كان المنع بقابلية تفويض المرفق العام إلاّ بنصّ، إلاّ أنّ المبدأ تغيّر وأصبح كل المرافق العمومية قابلة للتفويض إلاّ بنصّ، نتيجة التحوّلات التي عرفها المرفق العام وسياسة التحديث تماشياً مع بروز أنظمة تسيير جديدة تكوّس الشراكة بين القطاع العام والخاص.

سننتقل إلى المرافق العمومية القابلة للتفويض (أ) وغير القابلة للتفويض (ب) بغض النظر عن طبيعتهما.

أ- المرافق العمومية القابلة للتفويض:

أرسى الفقه والإجتهاد القضائي الفرنسي قواعد للممارسة تقنية تفويضات المرفق العام من طرف الإدارة، وهو ما أخذ به المشرّع الفرنسي، ثمّ إحتواها التنظيم الجزائري في أحكامه، ونعني بها تلك المرافق العمومية التي تشكّل ميداناً لتطبيق تقنية تفويضات المرفق العام، ويتجه الفقه أنّ تطبيقها نسبي، وتشكّل المرافق العمومية الاقتصادية الجزء الأكبر بحكم طبيعتها، لإتّها تمثّل المجال الخصب لعقود التفويض كما يرى الأستاذ Auby¹ والملاءمة بينها وتقنية التفويض وذلك لعدّة إعتبرات² منها:

- إرتباط التفويض بمفهوم الإستثمار والإستغلال، خاصّةً النتائج المالية والأرباح والمخاطر التي يتحمّلها المفوض له، ممّا يجعل المرفق العام الصناعي والتجاري مشابهاً للمشاريع الخاصة من حيث مصادر التمويل والتقنيات والأساليب المالية والمحاسبية المتّبعة.

- أيضاً لفائدة هذه المرافق العامّة بهدف تحسين الخدمة العمومية الاقتصادية التي تؤدّيها وعصرنتها لمواكبتها التطوّرات الاقتصادية.

إلاّ أنّ الفقه والقضاء والتشريع الفرنسي أقرّ إمكانية تفويض المرافق العمومية ذات الطابع الإداري، بل حدّد مجالات لا يمكن تفويضها إستثناءً على القاعدة، وذلك لإعتبرات³:

1 - AUBY Jean-François , la délégation de service public, op.cit, p10

2 - عصام صبرينة، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري، أطروحة الدكتوراه، قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2020/07/08، ص36-39.

3 - بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص ص 74-75

- تحرير المرافق العامة من الإحتكارية وهو مبدأ المنافسة الذي تبنته جل الدول ومنها الجزائر، ينتج عنه أنّ الميزة الإنتاجية لم تعد حصراً على المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري.

وتدعيما لما سبق أقرّ مجلس الدولة الفرنسي صراحة عن قابلية المرافق الصناعية التجارية والإدارية للتفويض دون تمييز بينهما، وبالمقابل كرّس في عدّة قرارات قابلية المرافق الإدارية للتفويض، فهي تشكل تقارب بينها بين تقنية التفويض، كما جاء في رأي لمجلس الدولة 7 أكتوبر 1986، حيث جاء فيه "إنّ الطابع الإداري لمرفق عام لا يمنع الجماعة الإقليمية من تنفيذه عن طريق أشخاص خاصة"¹، كما كرّسه بذلك التشريع الفرنسي بداية من قانون سابان 1993 إلى قانون الطلبات العمومية 2018.

وقد تبنت ذلك المشرّع الجزائري، حيث أطلق الحكم مبدئياً بجواز تفويض المرافق العمومية دون تمييزها إلاّ ما وجد نص بخلاف ذلك، وهذا ما نصّت عليه المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 سألقة الذكر، إضافة إلى تحديد قائمة مرافق العمومية المحلية في التعلّمة رقم 06 المشار إليها سابقا بتفويض المرافق العمومية الادارية والإقتصادية على حد سواء².

ب- المرافق العمومية غير قابلة للتفويضات:

إنّ تحديد الأنشطة العامة غير القابلة للتفويض يطرح فيها إشكالية الأساس المتّبع في تحديدها، فأساسها ونطاقها غير واضحين، وأدرج الفقه والإجتهد القضائي الفرنسي معايير يحدّد على أساسها المرافق العامة المبعدة من التفويض، وتكون بناءً على نص قانوني لإعتبارات منها:

1 - Avis du Conseil d'Etat du 7 oct. 1986, n° 340609, cité in circulaire du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, JO 20 déc. 1987

2 - إنّ تفويض المرفق العام في القانون الجزائري لا يزال غير واضح بشأن طبيعة الأنشطة الممكن تفويضها، في المادة 207 يذكر أيلولة كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية تفويض المرفق العام إلى الشّخص المعنوي العام، أي إشارة ضمنية إلى المرفق ذو الطابع الإستثماري هو القابل للتفويض، وهذا ينطبق على المرافق ذات طابع الصناعي والتجاري، أمّا في المرسوم 18-199 وإنّ أكد صراحة مرافق العمومية ذات الطابع الاداري إلاّ أنّ التعلّمة رقم 06 جاءت بنشاطات مختلطة، ممّا يؤكد أنّ قابلية التفويض على أساس النشاط لاتزال مهمة غير واضحة المعالم، للمزيد أنظر إلى مجناح حسين وبركات محمد، قابلية المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 03، 2022 ص 340-355.

أهمية المرفق العام للدولة من الناحية السياسية والاقتصادية، أو بناءً على طبيعة المرفق العام¹، وهذه الأخيرة تنقسم إلى مرافق سيادية أو مرافق دستورية، والأخرى لا ترتبط بالسيادة.

فالأنشطة غير القابلة للتفويض بموجب نص قانوني هو تعبير عن مبدأ أن الشخص المَفُوض لا يمكنه تفويض السلطة الممنوحة له، وهي الصلاحيات التي يمنحها له القانون بشكل صريح، وقد عبّر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا التقسيم بأن له أهمية كبيرة في هذا الصدد سواء في فرنسا أو في الخارج، كما صدر عدّة قرارات له، حيث رفض فيها مجلس الدولة تفويض مرفق عام إداري؛ لأنّ هناك نص يمنع ذلك، فمرتكز هذا المنع هو وجود نص قانوني صريح بالخطر² فقد يكون فيها حظر مباشر للتفويض باعتبار مرافق مهمة للدولة، تديرها الدولة وحدها أي إنفراد الدولة بإنتاج سلعة معيّنة تتأثر به وحدها، كمرفق توزيع الكهرباء والغاز في فرنسا، كما يتحقق المنع لإرتباط المرفق العام بإستقلال الدولة السياسي والاقتصادي، فغالبا ما تتعلّق هذه المرافق بالموارد الطبيعية للدولة أو بعض المشاريع الإستراتيجية مثل مشروع قناة السويس في مصر³.

وقد يحدّد المشرّع طرق معينة لإدارة بعض المرافق العامّة وفق أسلوب شركات الإقتصاد المختلط أو المؤسسة العامة فقط⁴، فيحظر فيها التفويض، إضافة إلى عتبة إبرام عقد تفويض المرفق العام في القانون الفرنسي، عندما لا تتجاوز المبالغ المستحقة للمفوض طوال مدة الاتفاقية 106,000 يورو أو أنّ الإتفاقية تغطّي فترة لا تزيد عن ثلاث سنوات وبمبلغ لا يتجاوز 68,000 يورو سنويًا، فقد لا تخضع لأحكام المادة 2-1411 L⁵ والإعلان المسبق.

1 -COSSALTER, Philippe, Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens 21 p., <http://www.sciencespo.fr/chairemadp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/cossalter.pdf>.

2 -CE, avis de la section de l'Intérieur, 7 octobre 1986, n° 340.609, Grands Avis du Conseil d'État, 1ère éd., 1997, n° 24, p. 245.

3- ابوبكر احمد عثمان، المرجع السابق، ص45.

4 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص445.

5 - Code général des collectivités territoriales , op.cit.

أما الأنشطة غير القابلة للتفويض بطبيعتها فهي ذات طبيعة سيادية أو دستورية¹ والأخرى لا ترتبط بالسيادة، فالأولى تؤدي مهام مرتبطة بسيادة الدولة، لها إمتيازات السلطة العامة، في جميع الدول يوجد ثوابت ومن هذه الثوابت وظائف أساسية لا يمكن ممارستها إلا الهيئات الإدارية، ومثال ذلك مرفق الدفاع والأمن، القضاء²، فهي تدخل في صميم المهام التنظيمية للدولة، ولها رداء السلطة العامة، وحتى وإن ورد تفويض في مرافقها فلا يمس جوهر سلطة العامة الذي يعتبر في صميم الوظائف التي يمنحها الدستور لهذه المرافق، غير أن مسألة الوظائف السيادية تختلف من بلد إلى آخر.

في حين المرافق من حيث طبيعتها التي لا ترتبط بالسيادة، لا يمكن تفويضها لعدم وجود عنصر الإستغلال وتحمل الأعباء والمخاطر مثل ذلك الصحة والتعليم، فهي كما يرى الأستاذ أبوبكر عثمان تتصل بأشباع حقوق إجتماعية وثقافية مكفولة دستوريا، لإرتباطها المباشر بمستخدمي المرفق، ويرى الأستاذ COSSALTER, Philippe تبقى هذه المسألة متغيرة تبعاً لكيفية تحديد الوظائف السيادية ومضمون هذه الوظائف، وعدد الإستثناءات الضرورية في هذا المجال، فإن الإستثناءات هي التي تسمح بفهم المبدأ بشكل أفضل، وطبيعته المتغيرة بشكل بارز،³ فبعض الدول عهدت تفويض المرافق الأمنية للخواص كالولايات المتحدة الأمريكية، كما أصبح مرفق السجون قابل للتفويض للخواص بحجة التفريق بين حكم بالعقوبة وهي وظيفة مرتبطة بسيادة الدولة، والتنفيذ وهي وظيفة لا ترتبط بسيادة الدولة، وهذا ما أخذ به قانون السجون الفرنسي بتكليف إدارة المرفق إلى الخواص بإستثناء وظائف القيادة والرقابة والإدارة⁴.

1 - وقد أطلق عليها المجلس الدستوري الفرنسي "إصطلاح المرافق العامة الدستورية" في حكم شهير في 25-26 يونيو 1986، حيث أن هذه المرافق تستمد أهميتها من القواعد الدستورية، وهذه هي المرة الأولى ظهرت فيها فكرة المرافق الدستورية وقد أطلق عليها المرافق السيادية نظراً لأنها تضطلع بوظائف ترتبط بسيادة الدولة، ميادة عبدالقادر احمد، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العام بين الواقع والمأمول دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص35.

2 - هذه بعض قرارات صادرة عن مجلس الدولة الفرنسي بعدم تفويض بعض النشاطات: مهام الشرطة، الوقاية من أمراض الطفولة: CE, Ville de Menton, 1994 - CE, Syndicat des psychiatres français, 1989 - CE, Ville de Menton, 1994.

3 - COSSALTER, Philippe, op.cit. p21.

4 - أبوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص39.

الفرع الثاني: ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين الإدارة المفوضة والمفوض له.

لقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي¹ تعليقا على المادة 38 و 40 من قانون سابان 1 أنّ أحكامه تخصّ تفويض المرفق العام التعاقدية، وصرف عن أحكامه التفويض الإنفرادي، كما أقرّ بذلك المشرّع الجزائري وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247، أي ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين المفوض مانح التفويض والمفوض له صاحب التفويض لتكون أمام عقد تفويض المرفق العام (أولاً)، فهذا العقد يرتب مجموعة من الإلتزامات والحقوق على طرفي العقد، فيحدّد شروط التنفيذ، فلا بدّ أن يفرغ محتواه في عقد، فهو نشاط تعاقدية، وهذا ما رأيناه في التعاريف المختلفة لعقد التفويض المرفق العام، يدرج ضمن مصاف العقود الإدارية يغلب عليها الطابع المختلط بين التنظيم والتعاقدية (ثانياً).

أولاً: أطراف عقد التفويض

ويبرم العقد عادة بين السلّطة المانحة تدعى في صلب النّص السلّطة المفوضة، وبين صاحب التفويض ويدعى في صلب النّص المفوض له، بتكليف هذا الأخير بإدارة وإستغلال مرفق عام موضوع العقد، وتمثّل السلّطة المانحة وجوباً في أحد الأشخاص القانون العام في الدولة أو أحد اشخاص العامّة المحليّة أو المرفقية؛ لأنّه يعطي العقد الصّفة الإدارية، بينما الطرف الثاني فهو المفوض له فإنّ المشرّع الفرنسي، وبيوافقه بذلك المشرّع الجزائري والتونسي والمغربي إعتبرا هذا الأخير (المفوض له) أن يكون شخصاً عامّاً أو خاصّاً، كأن تكون مؤسّسة عامّة بالنسبة للأول أو يكون شخص طبيعى أو معنوي (مؤسسة تجارية أو شركة مختلطة) بالنسبة للثاني، وهي عقد تفويض بصورة منفردة أي سلّطة مانحة واحدة، إلّا أنّه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخصين من اشخاص القانون الخاص يمثل أحدهم السلّطة المانحة بشرط تصرّف بإسم ولحساب الشخص العام وتحت إشرافه وتوجيهه.

وفي التنظيم الجزائري 18-199 المذكور سابقاً قد حدّد نوع آخر فضلاً عن التعاقد بصورة منفردة وهو تعاقد السلّطة المانحة في إطار تجمّع، وهو ما عبّرت عنه المادة 05 من ذات المرسوم

1 - CE, avis, n°356931 du 9 mars 1995 et avis n°357262 du 28 septembre 1995, op.cit.

يمكن تفويض المرفق العام المنشأ أو المسير من قبل عدة اشخاص معنوية خاضعة للقانون العام في إطار تجمع، ويعين الأشخاص العموميين ممثلاً عنهم ضمن التجمع بموجب إتفاقية، ويحوز العضو المعين صفة السّاطة المفوّضة، ويمثّل أعضاء التجمّع في تجسيد تفويض المرفق العام¹ وتبرز أهمية تحديد أطراف عقود التفويض هو تحديد نطاق تفويضات المرفق العام، هناك مجالات وأنشطة تمثّل مرافق عمومية لا يمكن تفويضها، وكذلك تحديد مجال الإختصاص القضائي في المنازعات.

ثانيا: طبيعة القانونية لتفويضات المرفق العام

أثيرت مسألة السّمة العقدية لتفويض المرفق العام في تكييفها القانوني المتشابك بين إعتبار عقد التفويض ذو طبيعة تنظيمية أو تعاقدية، حيث ظهر منحى من الفقه الفرنسي المعاصر يعتبر أنّ تقنية تفويض المرفق العام من الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة، ومن أساليب هذه الأعمال أن يتمّ التفويض بموجب السّاطة الإدارية، وهي سّاطة مقيّدة باللوائح التي تضعها الإدارة بموجب دفاتر الشروط، ونكون في هذه الحالة بصدد تفويض عن طريق قرار إداري لا يتضمن عنصر التعاقدية يغلب عليه الطابع التنظيمي اللائحي².

والسؤال الذي يطرح هل القرار الإداري الصادر بصفة إنفرادية يتضمن تفويض مرفقاً عاماً للمفوّض له أن يصبح عقداً إدارياً، ما الذي يغلب على تقنية تفويض المرفق العام؟ هل هو الطابع التعاقدية الكامل؟ أم التنظيمي؟

وتبنيها لما سبق لقد ظهرت نظريات فقهية مختلفة في محاولة تكييف عقد الإمتياز وحل لهذه الاشكالية القانونية، فيكون من الطبيعي إنسحاب هذه النظريات وحلول هذه الاشكالية إلى عقد تفويض المرفق العام بإعتبار عقد الامتياز متضمن في عقود تفويضات المرفق العام أو هو تطوّر هذا الأخير لعقد الإمتياز كما يرى جانب من الفقه.

1 - المادة 05 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

2 - محمد علي ماهر محمد علي، مرجع سابق، ص ص 26-27.

أ- التكييف القانوني لتقنية تفويضات المرفق العام:

ظهرت نظريات فقهية حاولت من خلالها تكييف تقنية تفويض المرفق العام من الوجهة القانونية، بين من يعتبرها تنظيمية (1) ومن يعتبرها ذات طبيعة تعاقدية (2)، فظهر إتجاه آخر إعتبرها عقد مختلط مركّب بين العناصر التعاقدية والتنظيمية (3).

1- نظرية القرار الإداري لإلتزام المرفق العام (النظرية الألمانية): ومؤدى هذه النظرية أنّ الإمتياز هو تصرف قانوني لإرادة منفردة يصدر عن السلّطة الإدارية المانحة للإمتياز بما تتمتع به من إمتيازات السلّطة العامّة، ويرضخ لها الملتزم إختياراً لقبوله شروط الإمتياز، وهذه النظرية سادت في الفقه الألماني، وأخذ بها الفقه الإيطالي في أواخر القرن الماضي، ويتضمن الإمتياز أحكام تنظيمية أكثر منها تعاقدية، متولد عن الإرادة المنفردة للسلّطة العمومية، وبذلك ليس لشريكها أي إرادة في التفاوض حول العقد وأحكامه التنظيمية.¹

وقد تمّ نقد هذا الرأي بمبالغته في إغفاله من نصيب المتعاقد في إبرام عقد الإمتياز بما يتماشى ومصالحه في البحث عن الربح، فقد يؤدّي هذا الرأي إلى تهرب الخواص من التعاقد مع الإدارة؛ ممّا ينعكس على ضمان المرفق العام، وإستمرارية في تقديم الخدمات للمواطنين بانتظام وإطراد، كما أنّ هذا الرأي أصبح مرفوض اليوم خاصّة لجوء الدّول إلى تقنية التعاقد في تصرفاتها، والتخلّي التدريجي عن صلاحيتها في الإحتكار في التنظيم والتسيير لتشجيع الخواص لتحقيق أهدافهم الخاصّة والمتمثلة في الربح²، ويحقّق نتائج متمثلة في مردودية وفعالية المرافق العمومية.

2- النظرية التعاقدية لإلتزام المرفق العام: ظهرت هذه النظرية في فرنسا في أواخر القرن 19 وبداية القرن 20، تعدّ عقد الإلتزام بوصفه أحد أشكال عقود التفويض المرفق العام، أنّه يحمل الطابع التعاقدي الحصري، فهو عقد تعهد من خلاله السلّطة المانحة للإمتياز إلى صاحب الإمتياز إدارة مرفق عام، ويتحصّل هذا الأخير على المقابل المالي، ولكن هل هذا العقد هو من عقود القانون الخاص أو عقد إداري ذو طبيعة خاصة؟

1 - ضريفي نادية، لجلط فواز، إشكالية الطبيعة القانونية لعقد الامتياز المرفق العام في الجزائر، مجلة المنارة للدراسات القانونية الإدارية، العدد 34، يونيو 2021، ص 156.

2 - المرجع نفسه، ص ص 156-157.

يرى أصحاب هذه النظرية أنّ عقد الإلتزام ذو طابع تعاقدى حصري إلاّ أنّه يحتوي على بنود من القانون المدني تتجلى في تطبيق نظرية الإشتراط لمصلحة الغير الواردة في القانون المدني، فعُدّت السّلطة المانحة بمثابة المشتراط وصاحب الإلتزام الملتمزم بتنفيذ الشرط لمصلحة الغير (المنتفعين بالمرفق).

تعرّضت هذه النظرية إلى انتقادات، فيترتب عن الاخذ بهذه النظرية ألاّ تكون هناك أي سّلطة للإدارة في متابعة ومراقبة تنفيذ العقد المبرم مع الملتمزم، أي إنهاء دور السّلطة المانحة بمجرد توقيع العقد، وهذا يتنافى مع دور الرّقابة الذي تمثله السّلطة العامّة، وحق تعديل الرسوم، ولذلك القول بأنّ عقد الإلتزام هو عقد مدني هو تكيف غير واقعي، ومناف للمصلحة العامة وغير مطابق للنظام القانوني للمرافق العامة¹، ولهذا هجرت هذه النظرية سواء في فرنسا أو مصر.

3-نظرية العمل المختلط: ومفاد هذه النظرية أنّ عقد الإمتياز هو عقد ذو طبيعة مركّبة

لما يشمله من شروط تعاقدية ولائحية (تنظيمية) وهو إتجاه أغلب الفقه، ومن نادى بهذه الفكرة هو العميد (ديجي) إذ قال بأنّ عقد الامتياز هو عقد ذو طبيعة مختلطة تعاقدية ولائحية معاً²، ويقول الأستاذ هوريو "أنّ العملية هي بكاملها تعاقدية وهي تتألف من عقدين متلاصقين (عقد الامتياز الذي هو عقد بين الجماعة العامة والمتعاقد معها، والاتفاقية المالية الموقعة بين أطراف عمل الامتياز المرفقي، وإعتبر كذلك الأستاذ A.DeLaubadre أنّ إمتياز المرفق العام هو في طبيعته القانونية عقد إداري مماثل للصفقة العامة³.

فهو من الجانب التنظيمي يرتب العلاقة بين صاحب الإلتزام والمنتفعين، كما تعدو قواعد عامّة ومجرّدة تتشابه مادياً مع القانون، ولا يخاطب بها أطراف العقد فقط بل أيضاً المنتفعين، أمّا من الجانب التعاقدى فإنّه يرتب العلاقة بين السّلطة مانحة الإمتياز والمتعاقد صاحب الإمتياز، كالحقوق والإلتزامات والضمانات، إضافة إلى الإمتيازات والتوازن المالي للعقد.. إلخ، وهو ما أخذ بهذه النظرية غالبية الدّول الجزائر ومصر، فرنسا.

1 -- جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 30.

2 -Richard Deau, Les actes administratifs unilatéraux négociés, Droit. Université d'Angers, 2006.,p62.

3-ضريفي نادية، لجلط فواز، إشكالية الطبيعة القانونية لعقد الامتياز المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 158.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العمل المختلط واعتبر أنّ عقد تفويض المرفق العام بما فيه الامتياز عقوداً إدارية مركّبة بين التنظيمية والتعاقدية، إلاّ أنّه وإستقراءً للنصوص القانونية فإنّه يغلب عليها الطابع التنظيمي أكثر من الطابع التعاقدية، وما يجعل عقود تفويض ذو طبيعة مختلطة هو وجود إعتبارات قانونية وسياسية حيث يعتبر وسيلة قانونية لتنظيم المرافق العامة متمثلة في قواعد تشريعية، وتنظيمية والتقيّد بالمبادئ العامّة للمرفق العام لتحقيق سياسة الدولة الإصلاحية، فلا بدّ من إخراجها في قالب تشريعي تنظيمي.

الفرع الثالث: إرتباط الجوهرى للمقابل المالى بنتائج الإستغلال.

وهو إرتباط المقابل المالى الذي سيحصل عليه المفوض له، من نتائج إستغلال المرفق العام أو من نتائج الإستثمار المعروض للمخاطر التي يتحملها المفوض له وحده، وهو من المعايير الرئيسية في تمييز تفويضات المرفق العام عن الصفقات العمومية، وعنصر حاسم في كل العقود المشابهة كما رأينا في هذا الباب.

سننظر في هذا العنصر إلى تحديد المقابل المالى وشروطه (أولاً)، ثمّ تطوّر المعيار الحاسم للمقابل المالى، وفكرة المخاطر (ثانياً)، بإعتبار هذا العنصر مهم ويشكّل أساس استقلالية عقود تفويض المرفق العام عن غيرها من العقود.

أولاً: المقابل المالى في تفويضات المرفق العام وشروطه

يعتبر المقابل المالى الدافع الأساسى للتعاقد، وهو من أهم حقوق المفوض له في عقد تفويض المرفق العام، بإعتبار أنّه يسعى من خلال العملية التعاقدية إلى تحقيق الربح، وتختلف أوصاف المقابل المالى في عقود التفويضات المرفق العام، فهناك من يستخدم إسم الجعالات، البدلات، التعريف، التسعيرة، الأتاوى، وغيرها.

ويحدّد من نتائج الإستغلال على خلاف العقود الأخرى التي يحدّد فيها المقابل المالى على ضوء تكلفة الأشغال المنفّذة كعقود الشراكة، أمّا المشرع الجزائري فقد أعطى تسميات مختلفة للمقابل المالى في عقود التفويض المرفق العام، كالأتاوى، كما هو مبين في عقد الإمتياز والإيجار

من خلال المادة 53 و 54 من المرسوم 18-199، وإسم التعريفات والمنحة كما هو واضح في عقد التسيير والوكالة المحفزة من خلال المادة 55 و 56 من المرسوم ذاته¹.

فالأتاوى عرفها مجلس الدولة الفرنسي بأنها " المبلغ الذي يُطلب من المستخدمين بهدف تغطية تكاليف مرفق عام معيّن أو تكاليف إنشاء وصيانة منشأة عامّة، والتي تجد مقابلها المالي مباشرة في الخدمات المقدّمة من المرفق أو في استخدام المنشأة².

وتختلف الأتاوى عن التعريفات من حيث التقدير والخدمة المؤدّاة، فالأتاوى تعبّر عن الثمن الحقيقي لقيمة الخدمة المؤدّاة من المفوض له، فهي تغطّي تكاليف تسيير المرفق مباشرة ودون تدخل السلّطة المفوضّة، في حين التعريفات هي ثمن لتغطية تكاليف التسيير للمفوض له مع ضمان قدر من الربح³.

ثانياً: تطوّر المعيار الحاسم للمقابل المالي، وفكرة المخاطر.

قطع الفقه الفرنسي شوطاً كبيراً في تمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقة العمومية وإستند القضاء الإداري إليها في كثير من قضاياها حول هذا التمييز، فتمّ تحديد القاضي الإداري بأنّ معيار المقابل المالي المرتبط بشكل جوهرى بنتائج الإستغلال (أ) ثم تطور إلى معيار مبني على المخاطر الاقتصادية متأثراً بالتوجيهات الأوربية (ب).

أ- معيار المقابل المالي المرتبط بنتائج الإستغلال:

كان المعيار السائد من طرف القاضي الإداري الفرنسي، قبل أن يجعل مخاطر الإستغلال معياراً لتحديد تفويضات المرفق العام، هو شروط أجر صاحب الإمتياز، حيث في قرار صادر له بتاريخ 15 ابريل 1996،⁴ تمّ تحديد معيار تمييز عقد تفويض المرفق العام بـ "الأجر المرتبط بشكل جوهرى بنتائج إستغلال المرفق"، وتمّ على إثره إقرار هذا المعيار في تعريف تفويض المرفق

1 - ضريفي نادية، سلامي سمية، المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، مجلة صوت القانون، العدد 02، 2020، جامعة خميس مليانة، ص ص 839-840.

2 - CE 21 novembre 1958 Syndicat national des transporteurs aériens, req. n°s 30693 et 33969 : publié au Rec. CE..

3 - ضريفي نادية، سلامي سمية، المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 840.

4 - CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône. n° 168325, op.cit.

العام في قانون مورسيف 2001 رقم 1168-2001 سالف الذكر، فهذا المقابل المالي يجب أن يرتبط بصفة جوهرية بنتائج الإستغلال، أي أنّ هذه العائدات ماهي إلا نتيجة عملية الإستثمار، وينتج عنه إستغلال المرفق وتشغيله بأمواله الخاصه من أجل إستمراريته في تقديم الخدمات للمنتفعين بها مع تقاضي هامش من الربح يتقاضاه من المنتفعين كأصل عام، كما أنّ المقابل المالي لا يرتبط فقط بالعائدات المتأتية من مستعملي المرفق العام، فلم يعد هذا المعيار كافي، فقد يوجد مصادر تمويل أخرى مرتبطة بالإستغلال يدفعها الشخص العام لإقامة المرفق العام، وقد تكون أكبر ممّا يدفعه المستفيدين من خدمات المرفق، وقد يكون هذا الأخير غير مرتبط بنتائج الإستغلال حتى ولو كانت النسبة أكبر في عائدات المفوض له، والعبرة ليست في النسبة، فالأساس هو ارتباطه بنتائج الإستثمار

وأمام هذا التطور الجديد في شرط إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستغلال أصبح المقابل المالي في عقد التفويض متعدّد المصادر غير مرتبط بالأتاوى التي يدفعها المرتفقين أو حتى الإدارة، قد يكون من مصدر العائدات المتأتية من الإشهار المترتبة عن إستغلال هذا المرفق وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا، غير أنّ إتجاه الاجتهادات القضائية والمشرع الفرنسي إلى أنّ المعيار الحاسم في المقابل المالي حتى وإن كان أقل أو كان بنسبة اكبر يدفعه الشخص العام هو تحمّل المفوض له أساساً في العقد للمخاطر، هذا العنصر يسمح بتمييز بين تفويضات المرفق العام والصفقة العمومية، وهو يعكس تحمّل المفوض له الأعباء وما ينتج عنها من مخاطر لأنّه يمثل إستثماراً، فما المقصود بذلك؟ وكيف عالجه المشرع الجزائري؟.

ب- تحوّل من معيار المقابل المالي إلى معيار المخاطر الاقتصادية ذو المفهوم الاوربي:

فمنذ سنة 2008، تخلّص مجلس الدولة من هذا المفهوم، فلم يعد المقابل المالي المرتبط بنتائج الإستغلال معياراً وحيداً للتمييز، ليؤكد أنّ "الأجر مرتبط بصورة جوهرية بنتائج الإستغلال" يظهر نقلاً لمخاطر الإستغلال، فإستتبط معياراً آخر هو معيار مخاطر الإستغلال أو المخاطر

الإقتصادية الذي ظهر في إستنتاجات مفوض الحكومة للأحكام الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2006¹ تمّ تأكيدها في قرار مجلس الدولة بتاريخ 07 نوفمبر 2008² في قضية النقل المدرسي. ومفاد حال القضية أنّ المحكمة الإدارية في مدينة نانت الفرنسية إعتبرت عقد تفويض المرفق العام بين إدارة إقليم فاندي بفرنسا وشركة نقل كصفقة عمومية، وليس تفويض مرفق عام، بحيث أنّ المقابل المالي غير مرتبط بإستغلال المرفق، بسبب أنّ إيرادات الإستغلال المكوّنة بشكل كبير من إيرادات النقل المدرسي تمّ تغطية 80% من إيرادات الإستغلال من قبل إدارة الإقليم، إلاّ أنّ مجلس الدولة حكم بخلاف ذلك بإستخدام مفهوم مخاطر الإستغلال، حيث أنّ الاتفاقية تنص على أن يظل جزء من أي عجز محتمل في الإستغلال (30%) على عاتق المفوض له، وبالتالي، وفقاً لرأي مجلس الدولة، تمّ نقل "جزء معتبر من مخاطر الإستغلال" إلى الجهة المتعاقدة، مما يبرّر إستخدام تفويض المرفق العام، لذا، هناك رابط وثيق بين مفهوم المخاطر والمقابل المالي: فالجزء المتغيّر للمقابل المالي يعتبر مؤشراً على المخاطر التي يجب أن يتحمّلها صاحب التفويض³، ولا يشترط نص العقد على بند معيار المخاطر في العقد، غير أنّ الجديد المقترح في التوجيه الاوربي UE/23/2014 وطبقه القانون الفرنسي من خلال المادة 05 من الامر 16-65 المتعلّق بالإمتياز على أنّ مخاطر الإستغلال تتمثل في "تعرّض حقيقي لمخاطر السوق"⁴، وهي مخاطر ذات معيار إقتصادي.

فيعرّف مجلس قضاء الإتحاد الاوربي بأنّ مخاطر الإستغلال الإقتصادي للمرفق هي مخاطر التعرّض لتقلّبات الأسواق، كما يمكن أن تتجلّى في مخاطر المنافسة من قبل متعاملين إقتصاديّين آخرين، ومخاطر عدم توازن العرض مع الطلب على الخدمات، ومخاطر عدم الوفاء المدينين عن سداد أسعار الخدمات المقدّمة، ومخاطر عدم تغطية كاملة لنفقات الإستغلال بواسطة

1 - CE 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, concl. N. Boulouis - CE 20 oct. 2006, Commune d'Andeville, AJDA 2006. 2340, concl. D. Casas.

2 - CE 7 nov. 2008, n° 291794, Département de la Vendée..

3- Vincent SEMPASTOUS, **L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : une préservation ambiguë de la notion de délégation de service public**, (JDA), 2017, Dossier 05, « La réforme de la commande publique, un an après : un bilan positif ? » (dir. Hoëpffner, Sourzat & Friedrich) ; Art. 216.

4 -CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes, n° 416825, 416947).

الإيرادات، ومخاطر مسؤولية الضرر المرتبطة بانتهاك في المرفق".¹ إن فكرة المخاطرة الاقتصادية هي بالتالي في صميم تحديد طابع جوهري أو غير جوهري للمقابل المالي المرتبط بنتائج الاستغلال"، ولا نجد هذه الميزة في عقود الأخرى لا سيما الصفقات العمومية، وصدرت الكثير من قرارات المجلس الدولة يظهر تأثره بمفهوم التشريع الأوربي.

إنّ منح إمتياز المرفق العام يعني يتضمّن نقل مخاطر الإستغلال المرتبطة بالخدمات إلى صاحب الإمتياز، بما في ذلك المخاطر المرتبطة بالطلب أو المخاطر المرتبطة بالعرض أو كليهما، ويفترض صاحب الإمتياز بتحمّل مخاطر الإستغلال عندما لا يكون متأكّداً، في ظل ظروف الإستغلال العادية، من إستعادة الإستثمارات التي قام بها أو التكاليف التي تحمّلها أثناء الخدمات التي هي موضوع الإمتياز، وحصّة المخاطر المنقولة إلى صاحب الإمتياز تنطوي على تعرّض حقيقي لتقلّبات السّوق، بحيث لا ينبغي أن تكون خسارة محتملة أو مقدّرة يتحمّلها صاحب الإمتياز أو إسمية، ويتحمّلها في الظروف الإستغلال العادية، ولا يوجد ضمان لتغطية الإستثمارات أو التكاليف التي يتكبّدها، المتعلقة بإستغلال المشروع أو الخدمة، وهناك نوعين من المخاطر: المخاطر المتعلقة بالطلب تجمع المخاطر المرتبطة بالإستغلال ذاته (مثل جذب الزبائن) بالإضافة إلى إدارة تكاليف الإستغلال بأفضل طريقة، أمّا المخاطر المتعلقة بالعرض فتشمل المخاطر المرتبطة بموضوع العقد (مثل تحديد أرضية المناسبة والمساحة للمنشأة أو مخاطر التربة لتحديد الأرضية) كمصانع معالجة المياه أو النفايات، هذا النوع من المخاطر موجود في الصفقات أو الإمتيازات، أمّا مخاطر الطلب فهي تخص فقط عقود الإمتياز بالمعنى الأوربي، والامر 16-65 لا سيما المادة 05 منه.²

ويبرز بشكل واضح تأثر مجلس الدولة الفرنسي والمشرّع الفرنسي بالتوجيهات الأوربية في كثير من قراراته إستناداً إلى مرجعية "مخاطر الإستغلال" الموجودة في التوجيه رقم 18/2004، ثمّ تبناًها المشرّع الفرنسي في أحكامه في الأمر 65-16 المؤرخ في 29 جانفي 2016 المتعلّق

3 - CJUE 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, pt 37, AJDA 2011.

2 --KALFLÈCHE GRÉGORY, «Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? (Dossier4) », *Contrats et marchés publics*, n° 6, 2014.

بعقود الامتياز، وقانون الطلبات العمومية 18-1074 بمفهوم جديد يتماشى وتطبيق التوجيه الاوربي الجديد UE/23/2014¹ الصادر بتاريخ 26 فيفري 2014 المتعلق بمنح عقود الامتياز².
إلا أنّ هذا المعيار لا يزال غير كامل في تحديد عقد إمتياز المرفق العام نظراً لطابعه المؤقت، فالمخاطر الاقتصادية مفهوم مرّن متغيّر حسب الحالات المحدّدة، فقد قام مجلس الدولة من تصنيف عقد لا يتحمّل فيه المفوض له أي مخاطر إستغلال على أنّه صفقة عمومية³، بالرغم من الرسوم التي يدفعها مستخدمو الخدمة، في حين إعترف بعد ذلك بأنّه يمكن إبرام تفويض المرفق العام حتى لو كان الخطر المنقول إلى المفوض له غير موجود⁴، كما أنّ المخاطر متأصلة في جميع الانشطة الاقتصادية، ولا يمكن فصلها عن العلاقات التعاقدية بغض النظر عن أطراف العقد، فيصعب التمييز، إلا أنّ مجلس الدولة أقرّ أنّ مخاطر التي تميّز عقد التفويض هي مخاطر من جهة الطلب وليس العرض عند تقلبات السوق.

المطلب الثاني: الأشكال العقدية لتطبيقات تفويض المرفق العام

إنّ التوظيف الإستثماري الأول للمرفق هو الإستعانة بمصادر خارجية تتمثل في تفويض نشاط مرفقي للشخص العام، قد يتخذ إختيار الإستعانة بمصادر خارجية عدّة صور نتيجة لتعقيد النشاط الإقتصادي، أو عدم توفر الموارد المادية والبشرية الكافية للشخص العام لتنفيذ هذا النشاط أو رغبة في حماية الشخص العام أو المتعاقد معه من المخاطر المالية التي يمكن أن يشكّلها إستغلال هذا النشاط، فتمّ تحديد معايير التمييز بين هذه الأنواع المختلفة من العقود من قبل الإجتهدات القضائية طبقاً لذلك، فالمشرّع الفرنسي يضع قواعد وأسس، وأمّا مهمّة التمييز والتكييف فهي من إختصاص القضاء والفقهاء.

غير أنّ المشرّع الجزائري قد حدّد تلك العقود التي إعتبرتها إجتهدات القضاء الفرنسي عقوداً للتفويض المرفق العام، وهي:(عقد الإمتياز، عقد الوكالة المحفّزة، عقد الإيجار، عقد

1 -Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26/02/2014, op.cit.

2 -KALFLÈCHE GRÉGORY, «Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? op.cit.

3 - CE 5 juin 2009 Société Avenance-Enseignement et Santé, req. n° 298641.

4 - CE, 14 février 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, n°405157.

التسيير) وذلك في المرسوم الرئاسي 15-247 لا سيما المادة 210 منه¹، ثم فصلّ فيها في المرسوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر تبعًا لإختلاف مستويات الخطر ومدى رقابة مانح التفويض، ودرجة تعقيد المرفق العام، وهو تصنيف مميّز عن التشريعات المقارنة.

ومن المفيد التنبيه قد نصّت المادة ذاتها على أنه يمكن أن يتخذ التفويض أشكالاً أخرى غير تلك المبينة أعلاه، أي يمكن أن يتضمّن عقوداً غير مسمّاة التي لا يمكن تصنيفها ضمن الأصناف الأربعة، لكن تعتبر من عقود التفويض، بشرط تحقق أسسها التي وضعها التشريع، وهذا تماشياً للتوجّه الفرنسي المتمثّل في رأي إستشاري لمجلس الدولة²، "العقد - سواء كان مسمّى أو غير مسمّى - الذي يُكلّف فيه مُتعاقد بتنفيذ مرفق عام ليس صفة عمومية، ولا يخضع لقانون الصفقات العمومية."، فالتفويض واسع يشمل عقوداً مسمّاة وغير مسمّاة، وحسن ما فعل المشرّع في هذه المسألة لو تركها لإجتهادات القضاء.

وتعقيباً على ما أخذ به المشرّع الجزائري بتحديد عقود بتعريفها على أنّها من عقود تفويض المرفق العام التي هي من إجتهادات القضاء الإداري الفرنسي، حيث لا يوجد إجماع فقهي في فرنسا باعتبار عقد التسيير والوكالة المحفّزة من عقود تفويض المرفق العام، وهنا يختلف المشرّع الجزائري في فصل هذه المسألة عن نظيره الفرنسي وتميّزه بهذا التفرّد، وحتىّ المشرّع التونسي والمغربي الذي كرس هذا المفهوم في منظومته القانونية على غرار التوجّه الفرنسي، ممّا يمكن القول غلق باب الإجتهداد، سنتطرق في هذا المطلب إلى صور تطبيقات تفويض المرفق العام .

الفرع الأول: عقد امتياز المرفق العام

يُعدّ عقد إمتياز المرفق العام من أهم تطبيقات عقود تفويضات المرفق العام وأشهرها، وتنبئها لما سبق أنّ الإمتياز بالمفهوم التقليدي قد تطوّر بإدخال تعديلات وإضافات نظراً للمتغيّرات التي

1 - المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المصدر السابق، "يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمّله المفوض له، ورقابة السلطة المفوضة، شكل الإمتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفّزة أو التسيير...".

2 - CE Sect. int et fin. avis 7 avril 1987 Régime des services de transport scolaire n° 341356.

طُرأت عليه في عناصره المتعلقة بأطراف العقد وكذا مجالاته، إضافة إلى أسلوب الإلتزامات والحقوق، وللوقوف على ماهيته يتوجَّب علينا تعريفه (أولاً) وبيان خصائصه (ثانياً) خصوصاً بعد ما عرف تطوراً، إضافة إلى ضبطه ما يميّزه عن أساليب أخرى مشابهة (ثالثاً).

أولاً: تعريف إمتياز المرفق العام

تعدّدت التعريفات الفقهية والقضائية والتشريعية لعقد إمتياز المرفق العام، إلاّ أنّ معظمها متشابهة وتتشترك في خصائص معيَّنة ونذكر منها:

أ - التعريف الفقهي:

إنّ التعاريف الحديثة لعقد الإمتياز في فرنسا أخذت بالمفهوم التقليدي ومواكبة التطوّرات الحديثة خاصّة الجانب الاقتصادي، فعرّفه (دي لوبادير) " بأنّه إتفاق يكلف فيه شخص عام شخصاً آخر بإستغلال مرفق عام مقابل مكافئة تحدّد بناءً على النتائج المالية لإستغلال المرفق"¹، أمّا التعريف التقليدي " فهو إتفاق تُحمّل فيه الإدارة الملتزم المتعاقد معها -وهو شخص من أشخاص القانون الخاص - بإدارة وتسيير مرفق عام على مسؤوليته، ومتحملاً مخاطره، مقابل الحصول على رسم من المنتفعين من المرفق"²

وهنا يبرز الفقه تطوّر طبيعة العلاقة في عقد الإمتياز، ففي المفهوم التقليدي يوجد فقط المتعاقد من أشخاص القانون الخاص، أمّا في التعريف الحديث فإنّه يمكن المتعاقد أن يكون شخصاً عامّاً وخاصّاً، كما أنّه أصبح يخضع للنظام القانوني للتفويض.

ب-التعريف القضائي:

فقد عرّف محافظ الحكومة "Chardenet"، من خلال نتائج قرار شركة غاز "بورديو" أنّه عقد يكلف فرداً أو شركة بتنفيذ منشأة عامّة أو ضمان خدمة عامّة على نفقته الشخصية، سواء كانت هناك إعانة مالية أو لا، بضمانات أو بدونها، ويتم دفع أجر له، من الرّسوم على مستخدمي المنشأة أو من مستفيدي المرفق العام"³.

1 -De laubadere(A), Modern(F), Delvolvé(P), Traité des contrats administratifs. Tome 2 L.g.D.A, paris.1983-1984.

2 - سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998-1999، ص49.

3 - CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux, S. 1916, 3, 17, concl. Chardenet

وقد عرّفه قسم الرأي في مجلس الدولة المصري في فتواه رقم 369 الصادرة بتاريخ 1946/12/16 " عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه، وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق عام، متحملاً مخاطره، وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر، ويمنح في سبيل ذلك مؤقتاً بعض السلطة مقابل جعل يؤديه إلى جهة الإدارة، مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرافق".¹

ج- التعريف التشريعي:

ما يميّز المنظومة القانونية الجزائرية أنّ المشرّع الجزائري أقرّ تعريفاً عاماً وشاملاً ولأوّل مرّة لكل حالات التفويض من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 الذي مهد لنقطة نوعية في تبني نمط جديد لتسيير المرافق العامة، على خلاف المشرّع الفرنسي الذي لم يضع تعريفاً له، فقد عرّفه في المادة 53 من المرسوم 18-199 المذكور آنفاً " الإمتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وإما تعهد له فقط إستغلال المرفق العام. يستغل المفوض له المرفق العام بإسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز وإقتناء الممتلكات وإستغلال المرفق العام، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام"

ويعتبر هذا التعريف فاصلاً في تاريخ عقود الإمتياز خصوصاً ما تطرّقنا إليه من التطور التاريخي لعقد الإمتياز في هذا الباب، ورأينا تقلّبات في ضبط أسلوب الإمتياز في المنظومة القانونية أدخلت الفقه في أزمة مفاهيمية.

وعليه تأسيساً على ما تقدّم أنّ الإمتياز لم يعد ذلك المفهوم التقليدي الذي ينضوي تحت النظام القانوني لعقود الإمتياز بل أصبح خاضعاً للنظام القانوني للتفويض، فبالتالي تغيّر في أطراف العلاقة ومجاله، ونظامه القانوني وأسلوب الحصول على المقابل المالي على النحو التالي

1 - جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص 24.

-لم يعد إمتياز المرفق العام قاصراً على أشخاص القانون الخاص، فيمكن منح الإمتياز للشخص العام؛

-ظهور إمكانية إدارة وإستغلال المرافق العامة الإدارية بهذا الأسلوب؛
-تحمل الملتزم بمفرده لنفقات تشغيل المرفق المدار بطريق الإمتياز، يتم التخفيف من حدتها بمساهمة مالية تقدّمها الجهة المانحة للإمتياز.¹

ثانياً: خصائص عقد الأمتياز

إنّ التعاريف المتعدّدة السابقة بالرغم إختلافها إلا أنّها تشترك في خصائص عقد الإمتياز هي موضوع إتفاق بين هذه التعاريف وهي ما يلي:

-عقد الإمتياز هو عقد إداري ذو طبيعة خاصّة، فهو يصنّف ضمن طائفة العقود الإدارية لتوافره على مرتكزات وشروط العقد الإداري، وذلك بوجود الشّخص العام طرفاً فيه مع تضمّنه البند الإستثنائي غير المألوف في القانون الخاص، أي بوجود طرف قوي في العلاقة التعاقدية لفائدة الإدارة، وتتبع خصوصيته من خلال إرتباطه بتسيير وإدارة مرفق العام من قبل المتعاقد.²
-عقد الإمتياز موضوعه إدارة وإستغلال مرفق عام، ويتعدّى ذلك إلى إنشاء مرفق عام ويقوم بإدارته وإستغلاله لتحقيق أرباح مع تحمّله مجمل الإستثمارات المنجزة الخاصّة بالمرفق.³
-تنوع مصادر المقابل المالي لعقد الإمتياز أساساً، فإنّ المقابل المالي يتحدّد من الأتاوى التي يدفعها المنتفعين من خدمات المرفق العام، إلا أنّ تطورات عقد امتياز المرفق العام أصبح المصدر المالي متعدّد قد يدفع من الشّخص العام، وقد يدفع من مصادر أخرى غير أتاوى المنتفعين من المرفق مثلاً رسوم الإشهار.

1 - عبد اللطيف الشهاوي، مرجع سابق، ص30.

2 -نصر عبد الوهاب رجب الزرو، حامد محمود عصفارة، النظام القانوني لعقد امتياز المرافق العمومية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 01، 2020، ص459.

3 -كواديك حمزة، التجربة الجزائرية في تطبيق عقد الإمتياز كاحد الاساليب لمشاركة القطاع الخاص لإدارة وتسيير المرافق العمومية، مجلة آراء للدراسات الاقتصادية والإدارية، ع 01، 2021، ص39.

-مدته طويلة نسبياً ومحدّد المدّة وهذا يرتبط بمدّة إنجاز الإستثمارات وإستعادة الأعباء المرتبطة بها، وتحقيق نتائج الإستغلال المتمثلة في الأرباح، ففي التشريع الجزائري تصل الى 30 سنة مع إمكانية تمديد المدّة بملحق لا يتجاوز 04 سنوات وهذه المدّة كفيلة بغرض الاستثمار.

-ارتباط عقد الإلتزام بالمخاطر التي تنقل إليه نتيجة لإدارة وإستغلال المرفق على نفقته ومسؤوليته الخاصة، كما هو مبين في المادة 50 من ذات المرسوم، إرتباط عقد الإمتياز بمستوى الخطر ويتحدّد ذلك بنسبة مشاركته في تمويل المرفق أي نسبة الأموال في تمويل إستثمارته تعكس درجة تحمّل المخاطر في إسترجاع تكاليف وتحقيق الأرباح.¹

ثالثاً: العقود المشابهة لعقد إمتياز المرفق العام

إنّ مصطلح الإمتياز لا يتوقف على ذلك النوع الفرعي لعقود التفويض المرفق العام، فقد نجده في عقود أخرى لا تنتمي إلى تفويضات المرفق العام، خصوصاً كما رأينا ورود مصطلح الإمتياز في التشريع الجزائري في أكثر من نص قانوني تصل إلى حد التشابك، وبالتالي لرفع الإلتباس وجب علينا بيان تلك العقود ومعرفة أوجه التشابه والإختلاف لتكوين فكرة عن عقد إمتياز المرفق العام، وبيان إستقلاليته ضمن عقود تفويضات المرفق العام خاصّة، والعقود الإدارية عامة، ومن بين تلك العقود هي: عقد إمتياز الأشغال العامّة، وعقد الأشغال العامة، وعقد إمتياز الملك العام.

أ- عقد إمتياز الأشغال العامة وعقد امتياز المرفق العام:

بداية كرس قرار² Thérond لمجلس الدولة الفرنسي الإستقلالية القانونية لعقد إمتياز الأشغال عامّة عن عقد إمتياز المرفق العام، إلّا أنّ مظاهر الإستقلالية في التشريع الفرنسي كانت بداية من الأمر 864-2009 الصادر بتاريخ 15-07-2009، ثمّ إستقرّ هذا الفصل في الأمر 65-2016 ثم قانون الطلبات العمومية 18-1074 المشار إليهما سابقاً، وهذا الفصل كان

1 - فقد حدد المشرع الجزائري مستوى الخطر بنسبة مشاركة المفوض له بأمواله لتمويل المرفق العام في 03 مستويات المستوى الأول لا يتحمّل أي خطر، أمّا الثاني يتحمّل جزء من الخطر والأخير يتحمّل كل المخاطر أنظر المادة 50 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

2 - CE, 4 mars 1910, Thérond, Rec. CE 1910, p. 193.

بتأثير توجيهات المجموعة الأوروبية على التشريع الداخلي الفرنسي من خلال التوجيه ¹2004/18/CE، فيعرّف عقد الامتياز الأشغال العامة في المادة 01 من الامر 864-2009 أعلاه " عقود إمتياز الأشغال العامة هي عقود إدارية يكون هدفها أن يقوم صاحب الإمتياز بتنفيذ جميع أشغال البناء أو هندسة المدنية، ويكون أجزاها إما من حق إستغلال المنشأة، أو هذا الحق المرتبط بثمن.²"

ويعرّفه الأستاذ جهاد زهير " هو عقد تتعهّد بموجبه شركة أو فرد ببناء أو صيانة مشروع عام وذلك بمنح الملتزم سلطة إستغلال المشروع العام لمصلحته خلال مدّة معيّنة، تكفل له تغطية ما أنفقه على المرفق وذلك في شكل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مثل تمكين المنتفعين من إستعمال طريق أو قناة أو ممرّات مع دفع الرسوم.³"

ورغم ذلك وفي كثير من الأحيان يرتبط عقد إمتياز المرفق العام بإمتياز الأشغال العامة بل هيمنة عقد الامتياز المرفق على الأشغال العامة، وحتى تاريخاً كان عقد إمتياز اشغال عامة، إذن فيصعب التمييز بينهما، حيث تتمثّل المهمة الأولى لصاحب الإمتياز ببناء منشأة لإقامة المرفق، ولكن الشكلين لا يمكن الخلط بينهما، فيمكن أن يكون هناك إمتياز الأشغال العامة دون إمتياز المرفق العام، وقد يكون إمتياز مرفق عام دون إمتياز اشغال العامة⁴، غير أن في التشريع الجزائري أنّ كلاهما يشتركان في التعريف القانوني للإمتياز الوارد في المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم 18-199.

1 -Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [abrogée par la [directive 2014/24/UE](#)].

2 - **Article 1** de L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ; abrogée le 1er avril 2016 .

3 - جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص48

4 - Gilles J. GUGLIELMI, UNE INTRODUCTION AU DROIT DU SERVICE PUBLIC, Collection « Exhumation d'épuisés »,p46.dsiponible sur le site <https://web.archive.org/>.

ثم أنّ موضوع إمتياز الأشغال العامة يتميّز ببناء منشأة عامّة وإدارتها وصيانتها لمدة محددة دون إرتباط جوهري بمهمة مرفقية، وكان هدفها الرئيسي إنجاز اشغال، أمّا من حيث الاجراءات ففي عقد إمتياز الأشغال العامة فإنّه يجب التمييز بين حالتين¹ :

-إذا كان النصيب الأكبر من مهام المتعاقد هو تسيير المرفق العام فإنّه يتمّ الاقتصار على تطبيق أحكام قانون سابان 1 المشار إليه سابقا.

-بينما إذا كان النصيب الأكبر هو الأشغال العامة فإنّه يخضع إلى الأمر 2009-864.

ب- عقد الإمتياز على الملك العام وعقد إمتياز المرفق العام:

يعرّف الاستاذ أحمد رحمانى إمتياز على الملك العام أنّه "اتفاق يبرم بين الإدارة والأفراد بهدف ممارسة شغل غير عادي لقطعة من الأملاك العمومية المخصّصة للإستعمال الجماعي"²، كما أورده الاستاذ مروان قطب" هو عقد إداري بموجبه يسمح الشخص العام لشخص طبيعي أو معنوي إشغالا حصرياً ومؤقتاً، لجزء من الملك العام لتحقيق هدف محدد، مقابل دفع بدل معين"³. وعرّفه المشرّع الجزائري في المادة 64 مكرّر من القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية: "يشكّل منح إمتياز إستعمال الأملاك الوطنية العمومية، المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة (السلطة صاحبة حق الإمتياز)، بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمّى صاحب الإمتياز، حق إستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/ أو إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز، محل منح الإمتياز إلى السلطة صاحبة حق الإمتياز"⁴.

1 -سيهوب سليم، خصوصية تفويض المرفق العام في إطار عقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة (عقد الامتياز

المختلط)، مجلة التعمير والبناء، ع 02، جامعة بن خلدون تيارت، 2022، ص ص 33-34.

2 -عايلي رضوان، الإدارة الجزائرية وعقود امتياز الاملاك الوطنية، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، ع02، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، 2018، ص121.

3 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص86.

4-القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، متعلق بالأملاك الوطنية، معدل ومتمم بموجب القانون 08-14 مؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر ع 44 بتاريخ 03 أوت 2008.

ومن خلال التعاريف المقدّمة يتميّز عقد الامتياز على الملك العام عن إمتياز المرفق العام مايلي:

من حيث الموضوع: فعقد إمتياز المرفق العام هو إدارة وتشغيل مرفق عام لمدة اقصاها 30 سنة مع تمديد 04 سنوات، بينما عقد امتياز الملك العام فهو إشغال جزء من الأملاك العامة لفترة معينة اقصاها 65 سنة¹.

من حيث المقابل المالي: ففي عقود تفويضات المرفق العام يتحصّل صاحب الإمتياز على المقابل المالي من المرتفقين لقاء خدمات مقدّمة، بينما في عقد إمتياز الملك العام، فإنّ المقابل المالي يدفعه صاحب الإمتياز للشخص العام لقاء إشغال الملك العام، وقد يرافق هذا الأخير عقد إمتياز المرفق العام خصوصاً الإمتيازات المتعلقة بتوزيع الكهرباء والغاز والماء.² والملفت للانتباه أنّ عقد الإمتياز الملك العام المنصوص عليه في القانون 90-30 المعدّل والمتمم وكذا المرسوم التنفيذي 15-305 الذي كرّس الجانب التعاقدى بمفهوم 18-199، وهو يتطابق مع عقد إيجار المرفق العام نراه خارج الأطر الإجرائية لأحكام المرسومين 15-247 و 18-199 ودون الإعتبار لهذين النصّين كمرجع وتأسيس لهما.

ج- عقد الأشغال العامة وعقد إمتياز المرفق العام:

لقد بيّنا سابقاً في هذا الباب تمييز عقد الصفقة العمومة عن عقد تفويضات المرفق العام بإعتبار أنّ عقد أشغال العامة شكل من أشكال الصفقات العمومية وعقد إمتياز المرفق أحد الأشكال الرئيسية لتفويضات المرفق العام، ويعرّف عقد الأشغال العامة على أنّه "يهدف إلى إنجاز منشأة، أو أشغال بناء أو هندسة مدنية وكذا أشغال الشبكات المختلفة من طرف المتعامل الاقتصادي... وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي

1 - مرسوم تنفيذي رقم 15-305 المؤرخ في 06 ديسمبر 2015، المتضمن الموافقة على دفتر الشروط، ج ر ع 66، بتاريخ 2015/12/09.

2- مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص ص 86-87.

نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية، تشمل الصفقة العمومية لأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو إعادة تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها...¹.
وبياناً على ذلك فإنّهما يشتركان من حيث موضوع العقد المتمثل في انجاز أشغال، إلا أنّهما يختلفان من حيث الاختصاص فعقد أشغال العامة مرتبط بإنجاز أشغال دون تسيير مرفق عام أمّا عقد الإمتياز وإن كان يتضمّن أشغالاً إلا أنّ غرضه الأساسي هو تسيير مرفق عام، أمّا من حيث المقابل المالي فإنّ المقابل في عقد الأشغال هو ثمن لخدمات المنقّدة، بينما المقابل في عقد الامتياز هو أجر مرتبط بنتائج الإستغلال كما بيّنا ذلك سابقاً.

د- عقد البوت B.O.T وعقد امتياز المرفق العام :

بداية يعرف عقد البوت إختصاراً لكلمة (Build, Operate, Transfert) أي(البناء التشغيل، التحويل)، فقد عرفته الامم المتحدّة للتنمية الصناعية على أنّه "إتفاق تعاقدى تتولّى بموجبه هيئة خاصّة إنشاء إحدى المرافق العامّة الأساسية في الدّولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة."²

ويرى إتجاهاً يمثّله غالبية الفقهاء على أنّ عقود البوت هي التطوّر الطبيعي لعقد إمتياز المرافق العامة³، فيشتركان في المهام الأساسية لإقامة المرفق العام من بناء وتشغيل وصيانة وتحويل، ولجوءهما إلى أحد اشخاص القانون الخاص كما يتحمّلان المخاطر الإستثمارية، إلا أنّ هناك فروق جوهرية بين العقدين، بخصوص توزيع المخاطر بين طرفي كل عقد توزيعاً أمثل للمخاطر بين الإدارة والشريك الخاص، حيث يتحمّل كل طرف المخاطر أي له القدرة على إدارتها بشكل أفضل، بينما في عقود الإمتياز يتحمّلها المتعاقد بداية، كما أنّ عقد الإمتياز قبل أن يكون عقدا لتسيير المرفق العام فهو عقد إدارة، وبالتالي يجب ألاّ يركز العقد فيه سوى على منطق

1 -المادة 25 من القانون 12-23، مصدر سابق.

2 -ستار جبار البدري، مرجع سابق، ص 73.

3 -زكرياء المصري، العقود الادارية ما بين الالزام القانوني والواقع العملي، دراسة مقارنة محلية دولية، دار الفكر والقاون، منصوره، 2014، ص531.

اقتصادي، بينما يكون غرض عقد BOT دائماً هو البحث عن أحسن مردود للمرفق العام بغرض تحقيق كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في آن واحد¹.

الفرع الثاني: عقد إيجار المرفق العام

يعتبر هذا العقد من العقود الأساسية والأكثر تطبيقاً في تفويضات المرفق العام، فيراد بعقد الإيجار أنه العقد الذي بموجبه تعهد الجهة الإدارية إلى شخص خاص بإستغلال المرفق العام وإدارته دون إقامة المنشآت، على أن يدفع المستأجر مقابلاً للإدارة المتعاقدة²، وعرفه آخر بأنه عقد يكلف بموجبه شخص عام ويسمى المؤجر، شخصاً آخر يسمى المستأجر بإستغلال مرفق عام مع تزويده بالمنشأة والتجهيزات الضرورية، ويتلقى المستأجر مقابل مالي من المؤجر ويكون المقابل المالي مرتبط بالإتاوة التي يدفعها المنتفعين من المرفق، ويدفع المستأجر مقابلاً للشخص العام المؤجر³.

وأورد المشرع الجزائري تعريفاً له في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته. تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام"⁴.

وفي تعريف آخر له أكثر تفصيلاً في المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18-199 "الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمّل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية

1 -Nimrod Roger TAFOTIE YOUSMI, build, operate and transfer (bot) projects contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariat public-privé à la lumière de l'approche law and economics, thèse doctorat ,en droit ,université luxembourg,année 2012,pp 144-145.

2 -وفاء محمود أحمد البيواني، المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص70.

3-Jean fouferouse, le droit administratif en schémas, 6° édition, elipsses edition marketing, paris, 2020, p168.

4 -المادة 2/210 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

من السلطة المفوضة. تمول السلطة بنفسها إقامة المرفق العام ويتقاضى المفوض له أجرًا من من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام¹.

أولاً: العناصر الأساسية لقيام عقد إيجار المرفق العام

ومن خلال التعاريف السابقة نقف على العناصر الأساسية لعقد إيجار المرفق العام وهي:
- فمن حيث محل العقد يستغل المفوض له المرفق العام، ويتحمل مسؤولية تسييره وصيانته دون إقامة المنشآت، مع تحمل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة.
- تتحمل السلطة المفوضة بإقامة المنشآت والمباني التي تمكن المفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام.

- يلتزم المفوض له بدفع المقابل المالي المتمثل في أتاوة سنوية للسلطة المفوضة نتيجة إستغلاله للمرفق العام.

ثانياً: تمييز عقد الإيجار عن عقد إمتياز المرفق العام

يشترك عقد الإيجار مع عقد الإمتياز كونهما من عقود تفويض المرفق العام، كما يشترك في تحملهما المخاطر ورقابة الجزئية من السلطة المفوضة فهو يشبه الإمتياز إلا أنه يختلف عنه في نقطتين أساسيتين وهما:

من حيث الموضوع لا يقوم المفوض له بإنجاز المنشآت والمباني، أي أن السلطة المفوضة هي من تتحمل إنشاء المنشأة والمباني الخاصة بالمرفق العام المراد تفويضه، فهو مكلف بإستغلال المرفق العام من تسيير وصيانة، عكس الإمتياز الذي يتضمن إقامة المنشآت والتجهيزات الضرورية للتسيير المرفق العام، لذا تكون مدة التأجير أقل من مدة عقد الإمتياز.

من حيث المقابل المالي للمفوض له يتحمل المفوض له بدفع جزء من الأتاوى إلى الشخص العام والتي يتحصل عليها من مستعملي المرفق العام، عكس عقد إمتياز المرفق العام يتحمل جميع الأعباء ويحق له الحصول على جميع الاتاوات من طرف المستفيدين.

1 - المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

الفرع الثالث: عقد الوكالة المحفزة

لقد تمّ ابتكار هذه الطريقة من طرف الفقه لتقديم نوعاً جديداً من التعاون بين الأشخاص العامة والخاصة لتلبية إحتياجات الجمهور وقال عنها الفقيه "waline" "قالين"، في مقال منشور بمجلة القانون أنّها طريقة وسط بين الإدارة المباشرة والإلتزام، ويكمن مدلول هذا السلوك في أنّ تعهد الدولة إلى شخص خاص بإدارة وتقديم خدمة عامة إقتصادية، غالباً مقابل أجر مالي¹، وتسمّى أيضاً بمشاطرة الإستغلال، عرّفها الفقه بأنّها "عقد من خلاله يعهد الشخص العام للشخص معنوي أو طبيعي من القانون الخاص المسمّى الوكيل بإستغلال الأمتل للمرفق العام الذي أنشأه ويديره الشخص العام"².

وعرّفها المشرع الجزائري في المادة 210 ف 03 من المرسوم الرئاسي 15-247:

"...تعهد السلّطة المفوّضة للمفوّض له بتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوّض له بإستغلال المرفق العام لحساب السلّطة المفوّضة التي تمولّ بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوّض له مباشرة من السلّطة المفوّضة بواسطة منحة تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء. تحدّد السلّطة المفوّضة بالاشتراك مع المفوّض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويُحصّل المفوّض له التعريفات لحساب السلّطة المفوّضة المعنية"³.

وفي تعريف آخر له بتفصيل شامل في المرسوم التنفيذي 18-199 "الشكل الذي تعهد السلّطة المفوّضة من خلال المفوّض له تسيير المرفق العام، أو تسييره وصيانته، وقد تعترض المفوّض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الإستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء

1 -مصطفى السيد الدبوس، تّمين خدمات الدولة في إطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات دراسة تحليلية، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص ص 45-46.

2 -jean-claude ricci, Frédéric Lombard, droit administratif des obligation contrats quasi-contrats responsabilité, Dalloz, paris, 2018,p

3 - المادة 210/03 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

الإستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام. يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية".¹

أولاً: الخصائص المميزة لعقد وكالة المحفزة

ومن خلال التعاريف السابقة يتميز عقد الوكالة المحفزة بالخصائص التالية تتجسد في معيارين المالي والعضوي:

-تحمل الشخص العام نفقات إنجاز وتمويل المرفق العام، ويحتفظ بإدارته وملكيته للمشروع ويتحمل جميع مخاطره ومسئوليته المالية، فالمفوض له يعهد له تسيير المرفق العام ولا يتطلب من المفوض له تحمل استثمار مالي والمخاطر الناتجة عنه.

-المفوض له في عقد الوكالة المحفزة يمثّل الوكيل في عقد الوكالة، لأنّ المفوض له يتصرّف بإسم ولحساب الشخص العام المسؤول عن المرفق العام.

-يتقاضى المفوض له المقابل المالي مباشرة من السلطة المفوضة على شكل أجره تقوم على عنصر ثابت يحدّد في العقد، وعنصر متغيّر يرتبط بنتائج الإستغلال وهذا يعتبر حافزاً يدفع المفوض له إلى تحسين طرق إستغلال المرفق ومردوديته .

العنصر الثابت "مضمون" وهو مبلغ من المال محدّد بنسبة مائوية من رقم الأعمال المحقّق في إستغلال المرفق العام يتقاضاه المفوض له من السلطة المفوضة سواء كانت خسارة أو ربح

العنصر المتغيّر: المتمثّل في مكافئة إضافية يختلف مقدارها حسب تغير نسبة الأرباح ونجاح المرفق العام، وتقدر عادة على أساس الربح الصافي أو على أساس الدخل الإجمالي.²

لكن ومن خلال المقابل المالي لعقد الوكالة المحفزة اختلف الفقهاء في إعتبار أنّ عقد الوكالة ليس من عقود التفويض ولا يوجد إجماع لدى الفقهاء، إلا أنّ مجلس الدولة كيّفه على أنه عقد من عقود تفويض المرفق العام في قرار له بتاريخ 30 جوان 1999 في قضية 'SMITOM' الذي جاء في محصلته بتأكيد إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستغلال في عقد

1 - المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199 ، المصدر السابق

2 - ضريفي نادية، سلامي سمية، المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 849.

الوكالة المحفزة، وأنّ هذا الأخير من عقود التفويض بالرغم أنّ الجزء الثابت يدفعه المفوض بنسبة 70% بينما الجزء المتغير بنسبة 30% مرتبط بنتائج الإستغلال وهو الجزء الاقل¹.

الفرع الرابع: عقد التسيير

يعتبر عقد التسيير إلى جانب الوكالة المحفزة أحد النماذج الحديثة في إدارة المرافق العامة ويطلق عليه عقد الإدارة أيضاً، وهو قريب من الوكالة المحفزة، نشأت من الممارسة العملية، ويعرفها الفقه بأنه "عقد بموجبه يعهد شخص عام (المفوض)، إلى المفوض له، (المدير أو المسير)، بتشغيل مرفق عام من خلال تحصيل مباشر لإيرادات الإستغلال من مستخدمي المرفق العام، مقابل أجر ثابت يُدفع من قبل الجماعات المحلية (عدم اهتمام المدير بالنتائج)"².

ويعرفه المشرع الجزائري في المادة 56 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه بأنه " هو الشكل الذي تعهد السلّطة المفوضة من خلاله للمفوض له بتسيير المرفق العام أو تسييره وصيانة بدون أي خطر يتحمّله المفوض له. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلّطة المفوضة التي تمّول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلّطة المفوضة بواسطة منحة تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية...".

يكلف فيه المفوض له بتسيير المرفق العام أو بتسييره وصيانته لحساب الشخص العام، فلا يتحمّل التمويل أو الإستثمار بل هو على عاتق السلّطة المفوضة، يتقاضى المفوض له مباشرة

1 - تعود حيثيات القضية إلى إحدى النقابات قامت بتفويض نشاط جمع النفايات ومعالجتها إلى شركة خاصة، وقد تمّ تحديد نسبة 70% من المقابل المالي وهو جزء ثابت تدفعه السلّطة المفوضة (النقابة) إلى الشركة والباقي هو جزء متغير يمثل 30% يتم دفعه من قبل المستفيدين من الخدمة، فأكدّ مجلس الدولة أنّ هذا العقد هو عقد تفويض المرفق العام متمثلاً في إحدى صوره وهو عقد الوكالة المحفزة وليس صفقة عمومية، وذلك بناءً على ارتباط المقابل المالي 30% بنتائج الاستغلال رغم أنّ هذا المقابل يشكل جزءاً أقل من الجزء الثابت.

CE 30 juin 1999, syndicat mixte de traitement des ordures ménagères, Recueil Lebon, n°198147 : « la rémunération prévue pour cocontractant étant substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation de service, le contrat de régie intéressée que le syndicat mixte de traitement de ordures ménagères souhaitait conclure pour l'exploitation des éléments d'une filière de traitement des déchets ménagers devait être analysé non comme un marché, mais comme une délégation de service public ».

2 - Claudine Desrieux, Romain Espinosa, La gestion contractuelle des services publics Une critique de l'approche par les droits de propriété, Éditions Presses de Sciences Po, Revue économique 2008/3 (Vol. 59), pages 451 à 461, p 453.

من السلطة المفوضة أجزاً ثابت في شكل منحة تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية تشجيعاً له، فهنا يشترك مع عقد الوكالة المحفزة، إلا أنه يتميز عنها في حالة العجز يعوّض بأجر جزافي، وفي تحديد التعريفات فإنّ السلطة المفوضة هي التي تحدّد وحدها التعريفات بينما في الوكالة المحفزة يشترك المفوض له، والسلطة المفوضة في تحديد التعريفات والمفوض له يقوم بجمعها لصالح ولحساب المفوض، كما تتفرّد الوكالة المحفزة بتعويض آخر متمثلاً في حصّة من الأرباح.¹

أولاً: طبيعة عقد التسيير

يبدو من خلال التعاريف السابقة أنّه عقد وكالة، فالمسيّر فيه يدير المرفق العام على صورة وكيل فهو يشبه الموظف المسؤول عن الإدارة في التسيير المباشر، يتصرّف بإسم وصاحب المرفق، ولا يوجد إتفاق فقهي بخصوص إعتبار هذا العقد من عقود تفويض المرفق العام، كما أنّ موقف القضاء الإداري الفرنسي غير مستقر، فقد ذهب في بعض قراراته تصنيف عقد التسيير بأنّه صفقة عمومية وليس تفويض مرفق عام، وذلك في قضية مع «Commune de Guilherand-Granges» « la compagnie générale des eaux » لأنّ المقابل المالي لا يتضمن فكرة المخاطر، كما أشار القرار أنّ معظم عقود التسيير تتضمن أجر ثابت ومستقلاً عن النتائج الحقيقية للإستغلال يجب أن يخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية، رغم أنّه الجزء من الأتاوى يدفعه منتفعين من خدمات المياه.²

إلا أنّ هناك إعتراض على مبررات الإجتهاادات القضائية بخصوص هذا النوع من العقد فمكوّنات التعويض في عقود التسيير تجعل في بعض الأحيان المدير يشترك في مخاطر الإستغلال لأنها "تظل نسبية وعشوائية"، فيجعل هذا أقرب إلى تفويض المرفق العام منه إلى

1 -مدون كمال، تفويض المرافق العامة اسلوب جديد مؤجل التطبيق، مجلة القانون العام الجزائري، ع01 جامعة

جيلالي اليابس، جانفي 2018، ص172.

2 -Isabelle Bril, Dévolution des services publics, actualité juridique n°4 - juillet à octobre 1999 p24

متاح على الموقع. <https://hal-lara.archives-ouvertes.fr/hal-02150468>

الصفة العمومية بشروط كما أقرها التشريع والاجتهادات القضائية لمجلس الدولة وهي إرتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال مع وجود مخاطر يتحملها المفوض له في عقد التسيير.¹

غير أنّ المشرّع الجزائري تفرّد بتكريس عقد التسيير بأنّه من عقود تفويض المرفق العام مخالفاً في ذلك التشريع الفرنسي والاجتهادات القضائية، وأقرّ في المادة 56 من المرسوم 18-199 أعلاه بأن لا يتحمل المفوض له أي خطر على عكس الوكالة المحفزة التي إعترف فيها بتحمل المفوض له المخاطر متعلقة بالإيرادات والأعباء، كما أنّ المقابل المالي غير مرتبط بنتائج الإستغلال فهو أجر ثابت يحدّد من رقم الأعمال يضاف إليه منحة الانتاجية أو مرتبط بعوامل خارجة عن الإستغلال في حالة العجز مثلاً، وهنا يثار التساؤل أي معيار إعتمه المشرّع في تصنيف هذا العقد ضمن تفويضات المرفق العام؟ رغم أنّه إعترف أيضاً بمستويات الخطر بعدم وجود أي خطر في المستوى الأوّل،² وإن كان بعض الباحثين يرى أنّ نتائج الإستغلال للمرفق العام موجودة أيضاً في رقم الأعمال ومنحة الإنتاجية الذي له دور جوهري في تقييم المقابل المالي للمفوض له، على غرار الوكالة المحفزة³، إلاّ أنّه ومن وجهة نظرنا يبقى تعزيز الأمن القانوني مطلوباً في تحديد معايير من شأنها تجنّب أي خطر للتسيير، فقد يختلط هذا العقد مع عقد تقديم الخدمات الذي هو شكل من أشكال الصفة العمومية، وإن كنّا ننثني على تنوع العقود التي كرسها المشرّع الجزائري.

المبحث الثاني: دواعي تطبيقات تفويض المرفق العام. والمبادئ التي تحكمها

يَنفَقُ الفِقه أنّ تطبيقات تفويضات المرفق العام ظهرت في الواقع العملي للإدارة في فرنسا وعرف هذا الأسلوب الجديد في تاريخ العقود الإدارية تحديثاً في النظام القانوني، وذلك لعوامل ساهمت فيه نتيجة للتحوّلات الجديدة التي عرفت الأنظمة السياسية تحت ضغط الضرورة الإقتصادية، منها التحرر الإقتصادي، وبروز مرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري، منح الحرية

1 -Ibid., p. 25.

2 -المادة 50 المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مصدر سابق.

3 -عزالدين بدري، إدارة المرافق العامة المحلية وإستثمارها في القانون الجزائري، النشر الجامعي الجديد، 2022، ص118.

التعاقدية للأشخاص المعنوية المحلية وفقا للقانون الصادر سنة 1982¹، إضافة إلى مساهمة التشريعات الأوروبية والإجتهادات القضائية، كما أدت أزمة المرفق العام وفشل معايير تحديد تفويضات المرفق العام إلى تحديث هذه التقنية، وتختلف العوامل عن بلد المنشأ لهذه التقنية لإختلاف الظروف السائدة والأيدلوجيات القائمة عليها الأنظمة الاقتصادية، ففي الجزائر نجد من العوامل المساهمة في بروز هذا الأسلوب هو إنسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي، وخصوصة الإقتصاد الوطني، إضافة إلى عدم جدوى أساليب التسيير الكلاسيكية (المطلب الأول).

ولهذا النمط مبادئ وجب التقيّد بها عند إبرامها مشتركة مع جميع عقود الطلبات العمومية سواء في التشريع الفرنسي أو الجزائري مقترنة بمبادئ حديثة عند تنفيذها متعلّقة بالمرفق العام. وما يترتب عليها من نتائج على المرفق العام والمتدخلين في تنفيذ المرفق العام ومستعمليه إضافة إلى مبادئ حديثة تفرّد بها المشرّع الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس تفويضات المرفق العام بين التحوّلات الجديدة والضرورة الاقتصادية.
وعطفاً على ما تمّ ذكره سابقاً بخصوص الأسباب التي كانت وراء بروز عقود تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر سنبينها بشيء من التفصيل لتحديد دواعي (الأسباب والدوافع) استخدام هذا النمط في الأنظمة القانونية المقارنة والنظام القانوني الجزائري (الفرع الأول) وما يترتب عن هذه التقنية من آثار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسباب تكريس تفويضات المرفق العام

سنتطرق إلى أسباب التي كانت وراء تكريس التوحيد القانوني لهذا الأسلوب في فرنسا (أولاً) وظهوره في الأنظمة القانونية المتبنيّة للتجربة الفرنسية (ثانياً)، إضافة إلى دوافع تبني هذا النمط من التسيير (ثالثاً).

1 - Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

أولاً: أسباب التوحيد القانوني لتفويضات المرفق العام في فرنسا وتحديثها.

لقد رأينا المحطّات التاريخية التي مرّ بها هذا الأسلوب من قدم تطبيقاته إلى توحيد القانوني وما طرأ عليه من تطوّرات في فرنسا كانت بعوامل، ممّا يجعله نتيجة لازمة ساهمت فيه العديد من التطوّرات التاريخية، والتي منها وهي أسباب ظهورها:

أ- التحرّر الإقتصادي وبروز المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

فلم يعد ذلك التصوّر التقليدي للحرية الإقتصادية في فرنسا من كبح الإدارة من أداء الدور الإقتصادي أمام التحولات الجديدة التي مرّت بها الدولة بدافع تطوّر فكرة المرفق العام، فصدرت عدّة قرارات قضائية أهمّها قرار Bac d'eloka الصادر في 22 جانفي 1921، الذي أكّد على وجود نوع جديد من المرافق العامة التي تمارس نشاطاً له طابع صناعي أو تجاري لم يعد مرتبط بالقانون الإداري بل يخضع إلى القانون الخاص¹، وهذا التطوّر في فكرة المرفق العام ساهم في بروز تقنية تفويضات المرفق العام، لأنّ هذا النوع من المرافق يشكّل حقل خصب وملائم لتطبيق هذه التقنية كما قال ذلك الأستاذ "Auby"، وأيضاً ما عبّر عنه الفقيه "Moreau" أنّ المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري وحده الذي يكون محل التفويض، وهذا التوجّه أيده الفقه الحديث لاسيما الأستاذ "Dufau" الذي رأى أنّ المرافق العامة الإقتصادية تشكّل إمتيازاً في تقنية التفويض.²

ب- منح الحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية المحلية تكريساً لمبدأ اللامركزية:

وذلك بصدور قانون سنة 1982 والذي ألغى خضوع عقود الإمتياز لرقابة سلطة الوصاية ولدفاتر الشروط النموذجية وحصر الرقابة برقابة المشروعية التي يمارسها القاضي الإداري، ولذا يرى الأستاذ "DELACOUR" أنّ تطوّر أسس قانون العقود للجماعات الإقليمية بدأ منذ قانون

1 -jamil sayah, **droit administratif, panorama du droit**, collection dirigée par guillaume bernard, 2004, pp,96-97.

2 - عصام صبرينة، المرجع السابق، ص36.

اللامركزية 1982¹ الذي كان بداية في إعادة تسمية عقود الإدارة إلى عقود تفويض المرفق العام في منشور وزير الداخلية المؤرخ في 07 أوت 1987 الذي ظهر فيه لأول مرة مُصطلح التفويض.²

ج- الاجتهادات القضائية:

والتي لعبت دورًا بارزًا في صقل معالم هذا الأسلوب متمثلة في قرار Thérond³ لمجلس الدولة الفرنسي مُكرِّسًا الإستقلالية القانونية لعقد إمتياز المرفق العام عن عقد الإمتياز الأشغال العامة، ويعتبر هذا الفصل محدّد اللبّات الأولى لتقنية تفويضات المرفق العام. أمّا مُبررات تحديث تقنية تفويضات المرفق العام فنذكر منها: عدم ثبات معايير تصنيف عقد تفويض المرفق العام، إضافة إلى إسهام التشريعات الاوربية التي شكّلت إلتزاما على المشرّع الفرنسي بتطبيقها.

د- عدم ثبات معايير تصنيف عقد تفويض المرفق العام:

وتتمثّل في معيارين أساسيين هما فكرة المرفق العام وما أثارته من أزمة في تباين آراء الفقهاء والاجتهادات القضائية، إضافة إلى عدم إستقرار معيار المقابل المالي، وهما مرتكزات جوهرية لتقنية التفويض، فقد خلص مجلس الدولة في قضية Nancy، إلى توفر ثلاثة معايير لتحديد مرفق عام وهو الإتجاه الجديد وما إستقرّ عليه القضاء، إلّا أنّه تبقى هذه المعايير المتفق عليها ومشتركة في إضفاء صفة مرفق عام غير ملزمة للقاضي الإداري، بدليل توسّع مفهوم المرفق العام، ولم يعد القاضي الإداري مقيد بتلك المعايير التي حصرها مجلس الدولة في قضية Nancy، فهو بصفته المراقب لنشاط اشخاص العامة له أن يضيف صفة المرفق العام على بعض الأنشطة المعروضة عليه من خلال البحث عن المؤشّرات والعلامات تتيح له تكوين دلائل على وجود مرفق عام، فمفهوم المرفق العام من متغيّر يتغيّر معه التشريع وبالتالي تحديث مستمر في تقنية تفويض المرفق العام.

1- Muhannad AJJOUR, **La notion de liberté contractuelle en droit administratif français**, thèse doctorat en droit public, Panthéon-Assas Paris II, année 2016, p 111.

2 - Henri Courivaud, **La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen**, Revue internationale de droit économique 2004/4 (t. XVIII, 4), pages 395 à 434, p400.

3 - CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. CE 1910. op.cit.

أما الأساس الثاني وهو المقابل المالي فلم يعد هذا المعيار مستقرًا فطرات عليه تغييرات منذ أن قضى مجلس الدولة الفرنسي بمعيار الارتباط الجوهري بنتائج الإستغلال وتبناه المشرع الفرنسي في قانون مورسيف، حيث أدخل معيار آخر وهو معيار الخطورة الاقتصادية لابد أن الارتباط الجوهري بنتائج الإستغلال مرتبط بالمخاطر وإلا كنا أمام صفقة عمومية، كما أن المقابل المالي ليس فقط مرتبط بنتائج الإستغلال وحدها قد تكون مصادر أخرى كإعانات تدفعها السلطة المفوضة لإقامة المرفق العام، وكذا عائدات الإشهار، فهذا التغيير في المقابل المالي ساهمت في تحديث تقنية تفويض المرفق العام ولا زال في تغيير مستمر بسبب مرونته.

هـ - إسهام التشريعات الأوروبية:

صدرت بخصوص الصفقات العمومية وإمميزات الأشغال العامة التي شكلت إلتزامًا على المشرع الفرنسي لتحديث نظامه القانوني ليس فقط على الصفقات العمومية وإنما في مجال إدارة وإستغلال المرافق العامة¹، بوجوب إحترام المبادئ التي وضعتها التشريعات الأوروبية عند تفويض نشاط مرفق عام لا سيما الشفافية والعلانية والمنافسة² الخاضعة إلى التدابير المشار إليها في التوجيهات الأوروبية، بدليل تبني المشرع الفرنسي مقارنة معيار الخطورة في تحديد عقد امتياز المرفق العام وهي من التزامات المشرع الاوربي.

ثانياً: دواعي بروز تفويضات المرفق العام في الجزائر

لم تتح الفرصة للقطاع الخاص في تسيير المرافق العامة للدولة إلا تحت ضغط الضرورة الاقتصادية بسبب ما خلفته أزمة التسيير العمومي الناتجة عن مركزية التسيير، إضافة إلى ضعف التمويل العمومي، فلم تعد الدولة قادرة على تمويل هياكلها العمومية لثقل المديونية الناتجة عن تذبذب في الإيرادات المرتبطة بأسعار البترول غير المستقرة، وعدم الإستعمال الكامل لطاقت الإنتاج، كما تميّزت المرافق العمومية بضعف بنيتها وهذا كله مقدمات على فشل الأسلوب المباشر لإدارة المرافق العمومية، فكان لزاماً البحث عن أسلوب تسيير هذه المرافق بما يضمن مبدأ سيرورة

1 - ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص8

2 - Magali Dreyfus, *L'impact du droit communautaire sur les services publics locaux en France et en Italie : le cas des transports publics*, thèse doctorat en sc juridiques, l'Institut universitaire européen, Florence ,2010 p48.

تقديم الخدمات العمومية مع تحقيق الفعالية والمردودية الاقتصادية، فنتج عنه بروز أساليب تسيير جديدة تسمح بإشراك القطاع الخاص في إدارة المرافق العمومية أي خصوصة التسيير، فكان من جملتها أسلوب تفويض المرفق العام، وتبني هذا النمط كان بأسباب منها: انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي (أ) وعدم جدوى الآليات الكلاسيكية في تسيير المرفق العام (ب).

أ- إنسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي:

فقد ترتب على الإنسحاب التدريجي للدولة الجزائرية من الحقل الاقتصادي ظهور وتطور العديد من الأنشطة التجارية والإقتصادية خاصة في ظل الإنفتاح على إقتصاد السوق، فلا تتدخل الدولة إلا من أجل تأطير آليات السوق لغاية مراعاة مقتضيات المرفق العام ومصالح الأفراد¹، فتحوّلت وظيفة الدولة من متدخلة إلى دولة ضابطة عن طريق الضبط الإقتصادي، فهذا الأخير كان بإستجابة قانونية للتحوّلات الاقتصادية الحديثة بعد إنسحاب الدولة من وظائف التسيير المباشر والمراقبة، بإيجاد هيكل مؤسّساتي جديد يحل محل دور الدولة في حسن سير السوق والمنافسة وضبط الأنشطة الإقتصادية خاصة عدم التكيف الإدارة التقليدية مع هذه الوظيفة²، وهذا ما نستشفه بداية سنة 1989 وهي سنة بداية مظاهر إنسحاب الدولة، بإقرار سلسلة من الإصلاحات الهيكلية شاملة للإقتصاد الوطني، وترجم ذلك بإصدار مجموعة من القوانين تركز في نقطتين رئسيتين وهما خصوصة الإقتصاد الوطني (1) والانتقال من تنظيم سلطوي إلى إزالة التنظيم (2).

1- خصوصة الإقتصاد الوطني: تعرّف الخصوصة على أنّها "سياسة نقل ملكية أو إدارة بعض المنشآت العامة المملوكة جزئيا أو كلياً إلى القطاع الخاص"، كما عرفها البعض من ثلاثة جوانب، فالجانب الأول هي تغيير في ملكية المؤسسة من القطاع العام إلى القطاع الخاص

1 - عماد صوالحية، السلطات الاقتصادية المستقلة في الأنظمة العربية، E-Kutub Ltd، 2020، ص20.

2 - بلباي كريمة، بن بعلاش خاليدة، إستقلالية الضبط الاقتصادي في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ع17، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021، ص268.

والجانب الثاني تتعلق بتحرير وإزالة القيود، والجانب الثالث يستخدم بمعنى نقل تقديم الخدمة أو المنتج من القطاع العام إلى الخاص.¹

واعتبر نظام الخصخصة خيارًا إلزاميًا على السلطات العمومية لأسباب عديدة منها عدم فعالية القطاع العمومي في أداء النشاط الإقتصادي من حيث نقص المردودية الإنتاجية والمالية للمرافق العمومية، كما كشفت الأزمة المالية لسنة 1986 الوجه الحقيقي للنظام الاشتراكي بعد تراجع أسعار النفط حيث قامت السلطات العمومية خلال 20 سنة من بداية الإستقلال إلى 1982 بتحويل الإقتصاد إلى حالة تبعية تجاه الإيرادات النفطية والغازية، حيث تمثلت هذه الإيرادات 97% من إيرادات التصدير تقريبًا ثلثي إيرادات الميزانية، إنها دعامة مالية هائلة ولكنها تتمتع بتقالب كبير غير مستقر، فكانت هذه الأزمة نهاية نظام الإقتصاد الموجّه.²

كما تزامن هذا الخيار مع ضغوطات المؤسسات الدولية بسبب القروض التي منحت للجزائر لمواجهة عجز في ميزانيتها نتيجة للأزمات المالية الناشئة عن تدني أسعار المحروقات، ومن صور الخصخصة التي انعكست على طرق التسيير بظهور طرق حديثة لإدارة المرافق العمومية هي زوال إحتكار الدولة لملكية وسائل الإنتاج وإفساح المجال للمنافسة، أي خصخصة الملكية وخصوصة الإدارة.

فتعني الأولى نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص وذلك بتحويل كل أو جزء من الأصول المادية أو المعنوية أو الرأسمال الإجتماعي للمؤسسات العمومية لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين خواص³، وتعني الثانية نقل إدارة المؤسسات العمومية الإقتصادية والمرافق العامة إلى القطاع الخاص طبقا لمنطق التسيير التجاري والصناعي القائم على الفعالية والمردودية الإقتصادية⁴.

1 - منية شوايدية، مرجع سابق، ص 40.

2 - BOUHOU Kassim, « L'Algérie des réformes économiques : un gout d'inachevé », Politique étrangère, 2009/2, p.325, <https://www.cairn.info/revue-politique-etrangere-2009-2-page-323.htm> consulté le 27/11/2023..

3 - شيماء مبارك، إستراتيجية الخصخصة في المؤسسة الجزائرية، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة مسيلة، ع26، سبتمبر 2016، ص 433

4 - لكحل صالح، مدى انسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي، اطروحة الدكتوراه، قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 14 ماي 2018، ص 79.

والجدير بالالتبيه أنّ صدور قوانين إستقلالية المؤسسات¹ يُعتبر بادرة تبني الجزائر نظام اقتصاد السوق وذلك بصدور سلسلة من القوانين، والتي أُغيت سنة 1995 بالأمر رقم 95-25 والأمر رقم 95-22 المتعلق بالخصوصية² والذين ألغيا بدورهما بموجب الأمر رقم 01-04³ المتضمن تنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وسيرها وخصصتها.

وتبعًا لذلك فإنّ البدء الفعلي في نقل الملكية تجسّد من خلال الإطار القانوني والمؤسسي بداية من قانون المالية التكميلي لسنة 1994⁴ الذي سمح لأول مرة ببيع المؤسسات العمومية والتنازل عن تسييرها لصالح المسيرين الخواص ومن هنا إنتقل إلى خوصصة التسيير، ف جاء الإطار المنظم لهذا التحوّل وهو المرسوم رقم 95-22 بتاريخ 26 أوت 1995، فقد سمح بتوضيح طرق الخوصصة، وكذا الفروع التي تخضع لذلك، ومختلف الإجراءات المتعلقة بهذه العملية، وبدخول سنة 2001 جاء الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، لتتوسّع الخوصصة إلى كافة مجال النشاط الاقتصادي.⁵

إنتقال إلى خوصصة التسيير بظهور أسلوب الإمتياز والإيجار بإعتبارهما أساليب ليبرالية في إدارة المرافق العامة تجسّد ذلك بصدور تعليمة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري تحت رقم 842/3.94 بتاريخ 7 ديسمبر 1994 سألغة الذكر والمتعلقة بإمتياز

1 -وهي القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية -القانون رقم 88-02 المتعلق بالتخطيط -القانون رقم 88-03 المتعلق بصناديق المساهمة ج. ر. ج. عدد 2، مؤرخ في 13 يناير سنة 1988. إضافة إلى القانون رقم 88-04 المعدل للأمر رقم 75 - 59 المتضمن القانون التجاري و المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية.

2 -الأمر رقم 95-22 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية المؤرخ في 26/08/1995، ج ر، ع 48، الصادرة بتاريخ 03/09/1995، والامر رقم 95-25 المتعلق بتسيير رؤوس الاموال التجارية التابعة للدولة، المؤرخ في 26/09/1995، ج ر، ع 55، الصادرة بتاريخ 27/09/1995.

3 -الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، المؤرخ في 20/08/2001، ج ر، ع 47، الصادرة بتاريخ 22/08/2001.

4 -مرسوم تشريعي رقم 94-08 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 المؤرخ في 26 مايو سنة 1994، ج ر، ع 33، الصادرة في 28 ماي 1994.

5 -محمد زرقون، إنعكاسات إستراتيجية الخوصصة على الوضعية المالية للمؤسسة الاقتصادية -دراسة حالة بعض المؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مجلة الباحث، ع 07، 2009، ص 155.

المرفق العمومية المحليّة وتأجيرها، فبناءً على تاريخ صدورها سنة 1994، تزامنها مع مفاوضات بين الجزائر والمؤسسات المالية الدوليّة، وبعد التوقيع على الإتفاقيات مع البنك الدولي، أُلّزمت الحكومة خلالها بتنفيذ الإصلاحات اللّازمة لتحقيق التوجّه نحو اقتصاد السّوق، تمثلت في تخلي الدولة عن تدخلها في الإقتصاد، فكان الإمتياز والتأجير صورة من صور حوصصة أساليب تسيير المرفق العمومية خاصّة وأنّ صاحب الإمتياز في هذه التعليميّة يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص، تعتبر التعليميّة الوزاريّة رقم 842/94.3 الأولى من نوعها في إرساء نظام قانوني لإمتياز المرفق العمومية المحليّة وتأجيرها، إذا ما تكلمنا عن منح للجماعات المحليّة الأفضليّة بإستخدام الإمتياز المرفق العمومية وتأجيرها بعدما كان أسلوب استثنائي وإحتياطي لتسيير المرفق العام المحلي في قانوني البلديّة والولاية لسنة 1990، وقانون البلديّة لسنة 1967 والولاية 1969 من قبل.

2- إزالة التنظيم بظهور أسس التحوّل الاقتصادي: ويتجلى تدخل الدولة في ظل إزالة التنظيم لا سيما وظيفياً في أنّها لا تتدخل أبداً من أجل فرض إملاءاتها على النشاط الاقتصادي، توجيهه، تأطيره، والسيطرة عليه من خلال تنظيمات صعبة ومفصّلة¹، أي الإنسحاب من حقل التنظيم وتحرير النشاط الاقتصادي في إطار ما يعرف بإزالة التنظيم بفتح التّجارة الخارجيّة أمام المتعاملين الاقتصاديّين، وإلغاء النصوص المقيدة للإستثمار، إضافة إلى إقرار مبدأ حرية الأسعار وحرية التعاقد².

ففتح مجال التجارة الخارجيّة أمام المتعاملين الإقتصاديّين جاء بعد تدارك الجزائر أنّ السّياسة الإحتكاريّة للقطاع العام لم تعد الأسلوب الانسب أمام ظروف إقتصاديّة خانقة كزيادة حجم الدين وضغط المؤسسات المالية الدوليّة، فإضطرّت الدولة إلى تنفيذ برنامج تصحيحي هيكلي عملت

1 - منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، اطروحة دكتوراه قانون اعمال، جامعة

محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016، ص8

2 - بن ساحة يعقوب، بن الأخضر محمد، الأمن القانوني في مواجهة الضبط الاقتصادي في الجزائر، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة مسيلة، ع03، 2020، ص261.

بموجبه تحرير التجارة الخارجية بشكل تدريجي وذلك بصدر قانون رقم 88-29¹ سمح للمؤسسات الخاصة الوطنية بالتدخل في مجال التجارة الخارجية، لكن قيده بشرط الحصول على رخصة² وبصدر نظام 91-03³ الذي تمّ على إثره التحرير الفعلي للتجارة الخارجية بعد أن ظلّت التجارة الخارجية تخضع لتنظيمات سلطوية صادرة عن الدولة لفترة طويلة.

ومن مظاهر إزالة التنظيم بإنسحاب الدولة من الميدان الاقتصادي هو تكريس مبدأ حرية الإستثمار من خلال الأمر رقم 01-03⁴ أحدثت بموجبه الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار التي منحت لها صلاحية إستقبال التصريحات بالإستثمار، كما ألغى شرط الإعتماد المسبق، فأصبحت الإستثمارات خاضعة لإجراءات مبسطة تهدف إلى تشجيع المستثمرين الخواص.

ونجد من إزالة القيود التنظيمية للدولة إقرار مبدأ حرية الأسعار الذي يندرج ضمن نظام إقتصاد السوق، بتخفيف تدعيم الدولة للأسعار، وقد تمّ التحرير الفعلي للأسعار بموجب الأمر رقم 95-06⁵ المتعلق بالمنافسة الذي كرّس مبدأ المنافسة الحرة، كما إنتقل هذا المبدأ إلى الأمر رقم 03-03⁶ المتعلق بالمنافسة.

كما عرفت المؤسسة العمومية الإقتصادية تحوّل من مرحلة التنظيمية إلى التعاقد ويتضح ذلك في مجال العقود وعلاقة المؤسسة بالعمّال بتكريس مبدأ حرية التعاقد، فلم تعد المؤسسات العمومية الإقتصادية تخضع لقانون الصفقات العمومية في إبرام عقودها ولا إلى القانون العام في التوظيف، فبصدر القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية رقم 88-01 المذكور آنفاً،

1- القانون رقم 88-29 مؤرخ في 19 يوليو 1988، المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج ر، ع29، المؤرخة في 20 جويلية 1988.

2- بن ساحة يعقوب، بن الأخضر محمد، المرجع السابق، ص262.

3- نظام رقم 91-03 مؤرخ في 20 فبراير 1991، المتعلق بشروط القيام بعمليات الاستيراد بالجزائر وتمويلها، ج ر، ع23، الصادرة بتاريخ 1992/03/25.

4- الأمر، 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم، ج ر، ع47، الصادرة في 22 اوت 2001 ملغى.

5- الأمر رقم 95-06 المؤرخ 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، ج ر، ع9، الصادرة بتاريخ 1995/02/22 الملغى

6- الأمر رقم 03-03 ماضي في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر، ع43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003. المعدل والمتمم.

أصبحت تخضع إلى أحكام القانون التجاري والمدني مما منحها الحرية التعاقدية بعيدة عن إعتبرات القانون العام.

ب- عدم جدوى الآليات الكلاسيكية في تسيير المرفق العام:

وتتمثل الآليات الكلاسيكية في إدارة المرافق العمومية التي تبنتها الدولة على غرار جل الأنظمة القانونية المقارنة في الإستغلال المباشر (التسيير المباشر) (1) والتسيير عن طريق المؤسسة العمومية (2) والإمتياز كتأهيل إنفرادي ونمط تقليدي لإدارة المرافق العمومية (3)، فقد تبنت هاته الآليات كنتيجة حتمية سواء على مستوى الدولة متمثلة في هيئاتها وإداراتها العمومية أو على مستوى المحلي متمثلة في الولاية والبلدية، لأن وجود الدولة أو إحدى مؤسساتها العمومية ضروري في هذه المرافق كالقطاعات السيادية، والقطاعات الإستراتيجية بحكم طابعها الاقتصادي والقطاعات ذات الطابع الإحتكاري والقطاعات ذات الطابع غير التنافسي لمجانيتها غير ربحية، كما أنه نتيجة لازمة في إحتكار هذه المرافق لأنها هي من أنشئتها، إلا أن هاته الآليات اثبتت فشلها، فمهدت الطريق لبروز أساليب حديثة لتسيير المرافق العمومية.

1-محدودية أسلوب التسيير المباشر: وبترتب على طريقة الإستغلال المباشر خضوع

المرفق للرقابة المباشرة للدولة متمثلة في هيئاتها وإداراتها العمومية، ويخضع لقواعد المحاسبة العمومية ويستفيد من ميزانية سنويًا، كما يخضع للقانون العام خاصة إذا كان المرفق إداريًا¹ فقط نصّ على هذا الأسلوب صراحة في قانوني البلدية والولاية منذ بداية الإستقلال دون إعطاء الافضلية للأساليب الليبرالية المتمثلة في الإمتياز وذلك لطبيعة النظام الاقتصادي المنتهج.

وأمام هذا النمط من التسيير الذي أطلق عليه تسمية التسيير الدولي للمرافق ظهرت أزمة التسيير العمومي، وضعف التمويل العمومي للمرافق مما أدى إلى ضعف بنى هاته المرافق، فلم يعد التسيير المباشر الأنسب لمواجهة هذه التحولات، نتج عنه إعادة النظر في دور الدولة فرضته حتميات فلا يمكن للدولة ضمن إقتصاد السوق أن تكون منتجة ومسيّرة في نفس الوقت لنقل

1 - سمير بوعيسى، إشكالية الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تسيير المرافق العمومية بالجزائر، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، ع20، 2020، ص ص132-133.

المهمة، كما أنّ متطلبات ترشيد وعقلانية التسيير والبحث عن مردودية إقتصادية لا يضطلع عليه القطاع العام وحده، إضافة إلى تجنّب الدولة في مواجهة الأفراد ونقل الضغط إلى الخواص،¹ ويرد محدودية أسلوب التسيير المباشر متجليةً في عيوب ونقائص تعتريه ومنها:

- إدارة المرافق العمومية مقيّدة بكثير من القواعد القانونية التي تحدّ من نشاطها.
- تضخم في عدد الموظفين وخضوعهم للروتين الحكومي ويمتنعون عن الإبتكار والمبادرة الفردية خشية المسائلة، إضافة إلى غياب الكفاءة والتحفيز.
- الإجراءات القانونية المشدّدة متمثلة في آليات الرقابة التي تخضع لها الإدارة في إنفاق الأموال تعوق سير المرفق العام عن التقدّم.²
- العبئ المالي الذي تتحمّله خزينة الدولة بسبب تضخم الجهاز الإداري وما يترتّب عنه نفقات تتماشى وهذه الأجهزة الإدارية.

2- محدودية أسلوب المؤسسة العمومية: وتعتبر طريقة إدارة بأسلوب المؤسسة العمومية من قبل الإدارة المباشرة، فهي لا تختلف عن طريقة الإستغلال المباشر إلا في تمتّع المرفق بالشخصية المعنوية ويترتّب عن ذلك بإعتبار موظفيها موظفين عموميين، وأموالها أموال عامة، وقرارتها إدارية ويحكمها القانون الإداري، إضافة إلى تمتّعها بالاستقلالية المالية.³

ولاشك أنّ المؤسسات العمومية لها وزنها الإقتصادي والإجتماعي جعلت الدول تتجه إلى إنشائها لتحقيق المنفعة العامة وتلبية حاجات المجتمع، وأنّ وجودها لإعتبرات عديدة نصّتها إلى مايلي: إعتبرات تمويلية وهذا لتخفيف العبئ المالي عن الدولة والجماعات المحليّة، فبعض المشروعات تتطلب موارد مالية كبيرة، كذلك وجودها لإعتبرات إجتماعية فتتوزع الحاجات وازديادها لا تضطلع الدولة عليه وحدها، فهذا التنوع يتناسب مع مبدأ التخصص الذي تستند إليه المؤسسة العمومية فقد أنشأت لغرض محدّد، كما أنّ بعض الحاجات تتسم بالمجانبة أو بأسعار معقولة

1 - المرجع نفسه، ص ص 136-137

2 - سعيد السيد على، اسس وقواعد القانون الإداري على الموقع <https://books.google.dz/books> إطلع عليه بتاريخ 2023/12/01 على الساعة 11:41 سا.

3 - المرجع نفسه.

يتهرّب الخواص من الإستثمار في هذه المشروعات غير المربحة، ومن مبررات وجودها أيضاً لإعتبارات إقتصادية، فقد تعمل الدولة إلى زيادة كفاءة الإقتصاد الوطني من خلال تحقيق الإستقرار الإقتصادي والتخصيص الأمثل للموارد الإقتصادية¹، ورغم كل هذه الإعتبارات إلا أنها لا تخلو من نقائص وعيوب نجملها مايلي:

-إرتباطها بالطرق الكلاسيكية للتسيير المرافق العمومية إلى جانب التسيير المباشر فهي تشترك مع التسيير المباشر في وجود إختلالات غير أنها بأقل حدّة، خاصّة بعض المؤسسات العمومية الإدارية التي تحكمها نفس قوانين بالنسبة للهيئات والادارت العمومية والجماعات المحلية كقانون الوظيف العمومي.²

-العبئ المالي الذي تتحمّله الدولة والجماعات المحليّة، بسبب الإعانات المالية الممنوحة لهذه المؤسسات لوجود عجز في ميزانياتها بالرغم تمتّعها بالإستقلالية المالية لوجود احتياجات تتمثل في نفقات إجبارية تفوق إيراداتها مثل نفقات الأجور.³

-فقدان إستقلالية حقيقية لهذه المؤسسات فهي إستقلالية شكلية فقط، فهي تبقى تابعة لسلطة وصيّة وهيئة إدارية، فهي نسبية من الناحية المالية والرقابة وإتخاذ القرارات⁴، ويتجلّى مظاهر غياب الإستقلالية من الجانب المالي كون أنّ هذه المؤسسات العمومية لها ميزانية مستقلة تسيّرها إلا أنه في الحقيقة تتلقّى إعانات سنوية من الدولة لتدعيمها مما يؤثّر على استقلاليتها في تحديد أهدافها عن طريق هذه الإعانات، أمّا من جانب إتخاذ القرارات فنجد أنّ أعضاء مجلس المداولة الذي له سلّطة إتخاذ القرارات وتنفيذها فهم معينون من طرف إدارة الوصيّة، فهذا تأثير واضح على إستقلالية المؤسسة إرتباط عضوي بإدارة الوصيّة، أمّا الجانب الوظيفي ممارسة الرقابة من طرف هيئة الوصيّة وإرتباط قوانين التي تسيّر موظفيها لا سيما المؤسسات العمومية الإدارية

1 - رايس وفاء، نظام التسيير بالأهداف في المؤسسات العامة بين النظرية والتطبيق، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ص38-42.

2 - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، المرجع السابق، ص62

3 - نصر عبد الوهاب رجب الزرو، مبدأ إمكانية مواكبة المرفق العام للتغيرات التي تطرأ عليه، اطروحة الدكتوراه، قانون إداري متخصص، كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2020-2021، ص82.

4 - منى شوايدية، المرجع السابق، ص ص267-268.

كقانون الوظيفة العمومية، وتعيين وإنهاء مهام لوظائف تسيير المؤسسات من طرف الجهة الوصية لاشك أنها تؤثر على قرارات تسيير هذه المؤسسات.

3-محدودية عقد الإمتياز كتأهيل إنفرادي ونمط كلاسيكي لإدارة المرفق العام: لم يعرف

الإمتياز الصورة القديمة لتفويضات المرفق العام، والنمط التقليدي لإدارة المرافق العامة تطوراً مثل ما هو عليه الآن كان مجرد طريقة للتسيير، وكان الملتزم دائماً شخصاً عاماً فكان ينظم العلاقة بين الدولة والجماعات المحلية، واستعمل مع مرحلة التأميمات بربط العلاقة بين الدولة والمؤسسات العمومية، إضافة إلى استخدامه واللجوء إليه كأسلوب استثنائي وتدبير احتياطي، فالإمتياز كان مقتصرًا في الغالب في صورة تفويض انفرادي، ويرد ذلك إلى نقائص في هيكله التنظيمي وقبوع على تطبيقه العملي:

-من الجانب القانوني عدم وجود نظام قانوني موحد لعقود الإمتياز المرافق العمومية سوى التعليمات الوزارية رقم 842/94.3 التي لا ترتقي إلى مستوى القانون لطبيعة وخصوصية الموضوع الذي يندرج ضمن العقود الإدارية الهامة والمرتببة لأثار تعالجها نصوص ضمن مصاف نصوص تشريعية، فالنصوص القانونية التي توطئه متناثرة، وهذا يبرز عدم تحديد مفهوم الإمتياز ويظهر ذلك في الإختلاف الذي ينظم به الإمتياز من مرفق إلى آخر.¹

-إقتصار بعض النصوص القطاعية على النص بمنح الإمتياز دون تنظيم إجراءات المنح أو التنفيذ أو الرقابة، إضافة إلى سكوتها عن النص على حقوق وواجبات الأطراف المتعاقدة.²

-أمّا من الناحية التطبيقية فيرجع ذلك إلى تخوّف القطاع الخاص من دخول مغامرة المخاطر خاصة لقلّة مردودية المرافق العامة الإدارية على الخصوص، وهذا ناجم عن الثقافة الإشتراكية التي مازلت سائدة في العقول، ويتعدّي هذا التخوّف إلى عمال المرافق ومستعمليها،

1- راجع: بن مبارك راضية، المرجع السابق، ص10 وما يليها.

2 -نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الإمتياز، المرجع السابق، ص ص، 321.

خشية إرتفاع الأسعار رغم أن الرسوم هي من تحديد الإدارة وليس الملتزم¹، وتحوّل الدولة من توسّع الخواص في تسيير المرافق العمومية، وتحرير بعض القطاعات لصالح الشركات الأجنبية.

ثالثاً: دوافع اللجوء إلى هذا النمط من التسيير.

واستناداً إلى ما ذكرناه من دواعي مهدّت الطريق لتبني المشرع الجزائري تقنية تفويضات المرفق العام، فإنّ هذه الأسباب تترجم في طياتها دوافع لإنتهاج هذا الخيار تتمثل بالدرجة الأولى في الدافع المالي(1)، ولما كان تفويض المرفق العام أحد صور الخصخصة بمفهومها الواسع وهي نقل إدارة المرفق العام الى القطاع الخاص على غرار نقل الملكية العامة إلى القطاع الخاص، وأحد انماط الشراكة، فإنّ الخصخصة بشكل عام والشراكة بصفة خاصة تترجم في هذا الدافع، كما أنّ لهما دوافع أخرى فينطبق هذا على تبني أسلوب تفويضات المرفق العام، كما أنّ اللجوء إلى هذا المنحى بالإرتكاز على دور الخواص بصفة أكثر في إدارة المرفق العام له كفل من هذه الدوافع وهي تتعدّد الى ما هو قانوني وتقني واجتماعي واقتصادي(2).

أ- دوافع مالية كتقنية حتمية في ظل الأزمة الاقتصادية:

أدت الأزمة الاقتصادية التي شهدتها الجزائر في السنوات الماضية بعد انخفاض عائدات النفط إلى التفكير في وضع قواعد جديدة ذات طابع ليبرالي، حيث يتجلّى هذا التحول في خصوصية الإقتصاد وتقليص الأسلوب المباشر لتخفيف العبئ عن الدولة والجماعات المحليّة. والمنتبّع لمسار الأزمة المالية وعلاقتها بظروف بروز نمط تسيير جديد، حيث يعرض الباحث عينة إحصائية لإستقراء الوضع الإقتصادي والمالي للفترة الممتدة من سنة 2000 إلى 2014، شهد فيها متوسط سعر نفط الجزائر خلال السنوات 2000-2014 إرتفاعاً هاماً، حيث إرتفع من 77.28 دولار للبرميل سنة 2000 إلى 96.98 دولار للبرميل سنة 2008 قبل أن يهوي إلى 35.62 دولار/برميل سنة 2009 بفعل الأزمة المالية العالمية، إلاّ أنه سرعان ما عاود الارتفاع إلى 35.80 دولار للبرميل سنة 2010 وإلى 92.112 دولار برميل سنة 2011 واستمرّ السعر المتوسط فوق عتبة 100 دولار برميل حتى شهر أوت من سنة 2014، حيث هوى بعد

1 - : بن مبارك راضية، المرجع السابق، ص 86

ذلك إلى 97.10 دولار برميل في سبتمبر من نفس السنة¹، ولكن مع مطلع 2015 تسبّب انخفاض سعر البترول الجزائر الحاد إلى فقدان 50% من إيراداتها، مما دفع الحكومة إلى إعادة النظر في البرنامج الاقتصادي الجديد للفترة 2015-2019 وذلك بمراجعة سياسة إنفاقها الحكومي حتى تتمكن من تخطي هذه الأزمة².

وهذا ما يتجلى بوضوح في بيان مجلس وزراء الصادر 2015/07/22 بخصوص تبني الجزائر مقارنة سياسية إقتصادية عكست بالمصادقة على المرسوم الرئاسي 15-247 الذي تبني لأول مرة في تاريخ المنظومة القانونية أسلوب تفويض المرفق العام، أي جلب الإستثمار إلى تسيير وإستغلال المرافق العمومية في ظل الأزمة الإقتصادية نتج عنها صعوبة تمويل المرافق العمومية، وتدني الخدمة العمومية، إهتراء المرافق العمومية، عدم تجديد الهياكل القاعدية والتجهيزات العمومية لخلق مرافق عمومية جديدة تتماشى والإحتياجات المتزايدة للمواطنين.

ب-دوافع أخرى مختلفة الجوانب:

وتتعدّد الدوافع لتبني تفويضات المرفق العام في الجزائر إلى جانب الدافع الرئيسي أزمة التمويل المرافق العمومية إلى دافع قانوني وتقني واجتماعي واقتصادي.

1-الدوافع القانونية: إنّ تبني الجزائر مقاربات إصلاحية في الجانب المالي والمحاسبي والإداري في تسيير مرافقها العمومية عن طريق تبني قوانين جديدة على غرار القانون العضوي 15-18 المتعلق بقوانين المالية سالف الذكر، ومحاولة ايجاد بيئة ملائمة لتطبيق المحاسبة الدولية في القطاع العام (IPSAS)³، ودسترة فكرة المرفق العام بضرورة تجسيد مبادئه وتكريس

1 -ريغي هشام، تداعيات الأزمة النفطية الراهنة على الجزائر وأهمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة في ترقية الصادرات الصناعية التحويلية، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، جامع العربي بن مهدي .ام البواقي، ع01، 2016، ص 234.

2 - بوشليط هاجر أميرة، إشكالية الإنفاق العمومي في الجزائر وأزمة تراجع أسعار النفط سنة 2014، المجلة الجزائرية للعولمة والسياسات الاقتصادية، ع07، 2016، ص172.

3 - معايير المحاسبة الدولية للقطاع العام ويرمز لها بالرمز IPSAS تعرف على أنها مجموعة من القواعد والأسس المحاسبية التي تحكم العمليات المالية، والمحاسبة التي تنشأ في القطاع العام غير الهادف للربح، وذلك لتوجيه ممارساتها وتوحيد معالجتها لأمر المماثلة، حتى تكون هنالك قاعدة موحدة للمقارنة بين أداء مؤسسات القطاع العام. وقد عرفها صندوق النقد الدولي على " أنها معايير عالمية عالية الجودة لإعداد التقارير المالية، يتم تطبيقها من قبل منشآت القطاع العام باستثناء مؤسسات الأعمال الحكومية، وتقوم هاته المعايير في معظمها على معايير المحاسبة الدولية المصممة

اللامركزية الإدارية، فهذه المقاربات الإصلاحية دليل على التحولات التي يعيشها المرفق العام وإنعكاسها على أساليب التسيير المتبعة منها أسلوب المباشر الذي شكّل قيداً على حرية الإدارة بما يعيق نحو تحقيق الأداء العام بسبب إعماده على أسلوب الرقابة ومحاسبة عمومية بعيدة عن تحقيق الفعالية والمردودية الاقتصادية، لذا إعتقاد أساليب القانون الخاص يُشكّل بيئة ملائمة للفكر الإستثماري نحو تحقيق المردودية الاقتصادية التي تعكس الأداء العام هذا الأخير بإعتباره مصدر قلق للسلطات العمومية.

ولهذا فإنّ القانون العام رغم هذه المقاربات ونحن بدورنا نثمن الخيار الإصلاحي الذي انتهجه المشرّع الجزائري، لكن مزال بعيداً عن طرق الإدارة والإستثمار الذي يتميز به القطاع الخاص، ولو سلّمنا بتطبيقها إلاّ أنّها لا تصل إلى مستوى طرق التسيير في القطاع الخاص الذي يتميز بالمرونة والكفاءة والمردودية الاقتصادية العالية، ويبقى الدّولة بعيدة عن تحمّل المخاطر والمواجهة مع الأفراد، فهي تكتفي بالرقابة مع أيلولة المشروع إليها عند نهايته.

2-الدوافع التقنية للقطاع الخاص: أكد الأستاذ عبد المُنعم خياري في مقابلة مع قناة

الشروق نيوز الجزائرية في حصة "عفاركم" بعنوان تفويضات المرفق العام¹ أن المرفق العام في حالة مزرية وفي حالة تدهور وهو بحاجة إلى تحقيق المنظر الجمالي ورونقها وجودة الخدمات إضافة إلى تحصيل الأتاوى للخبزينة العمومية، ولاشك أنّ إهتراء المرافق العمومية في الجزائر بحاجة إلى الإمكانيات التقنية واللوجستية الحديثة التي تعجز الدّولة عن توفيرها لإرتفاع حجم

لأغراض القطاع الخاص والمعدلة لتكون قابلة للتطبيق على القطاع العام. بن فرج زوبنة، مريم ربيعي، معايير المحاسبة الدولية آلية لترشيد الإنفاق الحكومي، مجلة دراسات في الاقتصاد وإدارة الاعمال، ع01، 2018، ص205-206، وتعود الدوافع لتتبي هذا النمط المحاسبي في الجزائر إلى عدّة أسباب نوجزها في: انتقال الجزائر إلى نظام اقتصاد السوق وتحولها الى دولة ضابطة، استجابة لمتطلبات الشراكة مع الاتحاد الاوربي ومشروع الإنضمام الى منظمة التجارة العالمية، ضغوطات الهيئات المالية الدولية، محاولة الجزائر جلب الاستثمارات القائمة على اجراءات محاسبية ذات معايير الدولية وعدم قدرة المخطط المحاسبي الوطني على مسايرة التطورات الدولية في مجال المحاسبة الدولية، بن حركو غنية، النظام المحاسبي المالي ومعايير المحاسبة الدولية -دراسة مقارنة-، مجلة دراسات اقتصادية، ع04، 2017، ص ص 107-108.

1 -المرافق العمومية في الجزائر في حالة مزرية(تفويض المرفق العام)، متاح على اليوتيوب بتاريخ 18 فيفري 2020.

<https://www.youtube.com/watch?v=AI4TtEfczEQ>

النفقات المترتب عليها، وهذا الأمر يتوقّر لدى القطاع الخاص، لذا لا بدّ من ايجاد آلية قانونية لإستغلال المرافق العمومية وإعادة تأهيلها من طرف الخواص.

3-الدوافع الاجتماعية المرتبطة بإزدياد الحاجات وجودتها: لا شك أنّ إزدياد الحاجات

وتنوّعها مرتبط بالنمو الديمغرافي للمجتمع، والملاحظ اليوم أنّ العالم يمرّ بوتيرة متسارعة في ازدياد عدد البشرية، والجزائر ليست بمثنأى عن هذا، لذا مع تطوّر النمو السكاني في الجزائر، وازدياد الحاجات وجودتها مُرتبط بمدى تطور الوعي لدى المواطن الذي أصبح مطالب بمشاركة في إدارة المرافق العمومية، بظهور منظمات المجتمع المدني، فهذا كلّه يقع على عاتق الدولة، فهي لا يمكن لها وحدها تحقيق هذه الاحتياجات التي تشكّل مخاطر يجب نقلها إلى القطاع الخاص الذي له القدرة على أداء الخدمات العمومية المترجمة في هذه الاحتياجات، ورفع مستوى المعيشي وتحقيق لمعدّلات التنمية.

4-دوافع خارجية في مواكبة تحديات العولمة: أصبح من الضروري على الجزائر مواكبة

التطوّرات العالمية والتحوّلات الكبرى للنظام العالمي الجديد، إذ تتطلّب العولمة في شقّها المالي القيام بالتخفيف من القيود والحوجز التنظيمية بإعادة النّظر في التشريعات والقوانين لتصبح مواكبة لمتطلّبات التحرير الإقتصادي وإقتصاد السوق¹، ويشكّل دافع جلب الإستثمارات الأجنبية أحد صور الدوافع الخارجية وتحديّات العولمة في البحث عن مصادر تمويل بديلة، وحسن ما فعل المشرّع الجزائري في القانون 23-12 سالف الذكر عند نصّه على ترقية الانتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج وكذا ترقية الشغل والادماج المهني، فأوجب المشرّع الجزائر في المادة 57 منه بنص في دفاتر الشّروط الدّعوات للمنافسة الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهّدين الأجانب على الإلتزام بالإستثمار في إطار الشراكة، والمادة 63 و64 تنص في دفاتر الشّروط الدّعوات للمنافسة الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهّدين الأجانب على الإلتزام بحد أدنى من الإدماج المهني لليد العاملة المحليّة والاطارات الوطنية.

1 -أكحل محمد، الحكامة المالية وترشيد الإنفاق العام (دراسة حالة إصلاح المالية العامة في الجزائر)، اطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق،جامعة حاج لحضر 01، باتنة، 2019-2020، ص443.

كما يجب النص في دفاتر الشروط على الحد الأدنى من الشروط للمشاركة في طلب العروض قصد تمكين اليد العاملة من تطوير المهارات واكتساب الخبرات، هذا في الصفقات العمومية، ويكون من باب أولى في تفويضات المرفق العام رغم أنه لم ينص على ذلك المرسوم 18-199 إلا أنه نستشف ذلك من التعليمات رقم 006 التي بيّنت أهداف تجسيد المرسوم أعلاه بخلق الثروة من خلال إنجاز وتنمين وتسيير المنشآت المنتجة للمداخيل بنجاعة، وكذا خلق مناصب شغل ومنح الأولوية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة باعتبارها القلب النابض للاقتصاد الوطني.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن تقنية تفويضات المرفق العام

لا شك أنّ تقييم العقد موضوع البحث يلعب دوراً كبيراً في تحديد مدى قابلية الإعتماد عليه، والتعاقد بموجبه لتنفيذ المشاريع المقترحة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية، ويكون التقييم المطلوب من خلال ما أبرزه التطبيق العملي لهذا العقد، لذا من الضروري بيان مزايا وسلبيات هذا العقد التي سجلها المختصين والمراقبين بشأنه (أولاً)، وفي الوقت نفسه يتعيّن التطرق للعوامل الرئيسية التي تسهم في التغلب على التحديات التي أفرزها التطبيق العملي لهذا النوع من العقود وصولاً إلى التنفيذ الناجح لها (ثانياً).

أولاً: تفويضات المرفق العام بين المزايا والمآخذ

إنّ تكريس المشرع الجزائري لتقنية تفويضات المرفق العام ينتج عنه آثاراً إيجابية عديدة منها ما يتصل بالخدمة العمومية ومنها ما يتصل بالتنمية (أ)، إلا أنّ هناك كأي نظام تعاقدية بعض المآخذ من جهة الإدارة المتعاقدة ومن جهة المستثمر، إضافة إلى الطرف الثالث وهم المستفدون من المرفق العام (ب).

أ- الآثار الايجابية لتفويضات المرفق العام:

جاءت التعليمات رقم 006 المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي 18-199 سائلة الذكر بالتأكيد على أهداف تقنين تقنية تفويضات المرفق العام وهو ضمان الخدمات ذات نوعية لمستعملي المرفق العام وهو في نفس الوقت مبدأ حديث كرسه المشرع الجزائري وحسن ما فعل، وهذا يدل على التوجّه الإصلاحية للمرافق العمومية الذي ينطلق من هذا المبدأ، حيث نصّت

المادة 03 منه على ضمان معايير الجودة والنّجاعة في الخدمة العمومية ويعود بنتائج على الخدمة العمومية(1)، كما نصّت التعليمات نفسها بالتأكيد على النتائج المرجوة من تجسيد أحكام هذا المرسوم متمثلة في تنمية أفضل للجماعات المحليّة(2)

1- نتائج تطبيق تفويضات المرفق العام على المرفق العام: لمّا ربط المشرّع الجزائري

المبدأ الحديث المكمل وهو الجودة والنّجاعة في الخدمة العمومية، فهذا يترتّب عن استخدام تقنية تفويضات المرفق العام فوائد تعود على المرفق العام من حيث إنشاء مرافق عمومية جديدة وإحياء بعض المرافق العمومية، ومن ثمّ التمهيد لطريق الأداء والفعالية في الخدمة العمومية.

لتقنية تفويض المرفق العام فضل في إنشاء المرافق العمومية الجديدة، خاصة باستعمال أسلوب الإمتياز¹، فإنّ السّلطة المفوّضة من خلال هذا الأسلوب تعهد للمفوض له إمّا إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وهذا واضح من خلال المادة 53 من المرسوم 18-199 سالف الذكر، وهنا بيان صريح على إنجاز مرافق عمومية جديدة مثمّلة في مشاريع البنى التحتية على غرار عقد البوت كالمطرق السريعة والجسور وغيرها، كما سبقت التأكيد في ذلك المادة 210 من المرسوم 15-247 المذكور آنفا. فيوجد عقد إمتياز يتعلّق بالعقار وهو ما يتحقّق من قولها بأنّه يمكن أن يتعلّق الإمتياز بإنجاز منشآت لإقامة المرفق العام، وهذا أيضًا ما أكّدت التعليمات 06 المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي 18-199 سالفة الذكر بإنجاز وتثمين وتسيير المنشأة المنتجة للمداخل بنجاعة²، وهذا واقع في بعض المرافق العمومية التي يصعب على الدولة إنجازها لطبيعة هذا المرافق وما تتطلبه من إعتمادات مالية ضخمة وتكنولوجيا عالية، وخبرة كبيرة كمشاريع الطاقة والموانئ والمطارات، والتي لا تستغني الدولة فيها عن القطاع الخاص.

1 - عكوش فتحي، الاطار القانوني للشراكة في تسيير المرفق العام في الجزائر، اطروحة الدكتوراه تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020-2021، ص 131.
2 - التعليمات رقم 06 مؤرخة في 09 جوان 201، مصدر سابق.

إحياء بعض المرافق العمومية¹ ويعتبر رد الإعتبار المرافق العمومية للدولة والجماعات المحليّة من قبل إحيائها، إذ أنّ حالة المرافق العمومية في الجزائر في حالة مزرية لعدم وجود التغطية المالية والبشرية الكافية لتسييرها بسبب عجز الدولة والجماعات المحليّة، كما أنّ بعض المرافق يوجد فيها تدني للخدمات العمومية ممّا ينعكس على وضعيتها وحالتها حتّى وصل إلى حد إلغائها أو تحويلها، لذا فإنّ التفويض يساهم بشكل كبير في رد إعتبار للمرفق العام؛ وبالتالي إحياءه من خلال التغطية المالية والبشرية التي يتوفّر عليها القطاع الخاص، وتقديم خدمات ذات جودة ونجاعة كما يساهم في فعالية التسيير والأداء.

تحسين الأداء والفعالية في الخدمة العمومية، ولا شك أنّ تحسين الاداء والرفع من نوعية الخدمة العمومية هي إلتزامات تقع على المفوض له، وهي في الوقت ذاته مبدأ حديث لعقد تفويضات المرفق العام ويتجلّى ذلك في:²

تحقيق الجودة بإستعمال تقنيات متطورة: إنّ من مظاهر تدني الخدمات العمومية هو إفتقارها إلى مقومات النوعية، فالقطاع الخاص يمتلك وسائل وبدائل مبنية على التكنولوجيات المتقدّمة والأساليب الحديثة في الإدارة، فقد فرضت الحكومات المركزية الأوربية على الجماعات المحليّة والدوائر التابعة لها التخفيف من الإنفاق العام وتطبيق خوصصة الخدمات البلديات.³

لما يمتلكه هذا القطاع من فنّيات وبراءات إختراع ينفرد بها مطبّقة في الميدان لهدف التموّج في السّوق والحفاظ على قدر ممكن من الزبائن، فالتركيز على الجانب التكنولوجي في تقديم الخدمات العمومية هو آلية تراهن عليها الدّول حالياً ومُستقبلاً، فأصبحت جل الاستراتيجيات والمخطّطات التّتموية في جميع القطاعات في مجال الخدمات العمومية تستعمل تقنية الإدارة الإلكترونيّة، وسبل تطوّرها بما يفرضه الواقع من تحدّيات، ونجد المواكبة والإستمرارية في هذا المجال عند القطاع الخاص.

1 - Christian Bittinger, op.cit ,p147.

2 - بوغلق سميّر، تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، اطروحة الدكتوراه قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2021-2022، ص 108-112.

3 - صفوان المبيضين، الإدارة المحليّة مداخل التطوير، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2020، ص96.

تعزير العلاقة مع المرتفقين، فإستخدام تفويضات المرفق العام يترتب عليه إستفادة طرف ثالث وهو مستعملي المرفق العام من الخدمات المتميزة ونوعية ذات جودة، ويظهر إستفادة المواطنين من هذا التفويض بشكل خاص عندما يتعلق الأمر بالتفويض إلى القطاع الخاص، وهو جزء أساسي من أهداف وجود المرفق العام كما رأينا في نظرية المرفق العام، لذا يركز التفويض على تحسين هذه العلاقة مع هذا الطرف الذي تتكيف المنظومة بإيجاد مبادئ حديثة تتعلق بالجودة والفعالية في الخدمة العمومية، إذ لم تعد المبادئ الكلاسيكية للمرفق العام من الإستمرارية والمساواة والتكيف ولا حتى المتعلقة بالطلب العمومي الشفافية وحرية وصول الطلب العمومي والمساواة كافية في ظل تحديات وتحولات يفرضها الواقع المتغير، ولذا كان المشرع أكثر حرصًا على هذه العلاقة من خلال ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم 18-199 سألقة الذكر على ضمان معايير الجودة والتجاعة في الخدمة العمومية ويعود بنتائج على الخدمة العمومية. ويتجلى ذلك في المركز القانوني للمنتفع من الخدمة العمومية بإعتبار علاقة تعاقدية وليست تنظيمية مع المفوض له يحكمها القانون الخاص، ويترتب على هذه العلاقة تعزيز الحماية القانونية للمنتفع من مشاركة في تسيير المرفق العام، فالمرسوم 88-131¹ المنظم للعلاقات والمواطن لاسيما المواد 08-09-10 أجاز الإطلاع على عقود تفويضات المرفق العام لأنها تدخل في طائفة الوثائق الإدارية التي يجوز الإطلاع عليها، فالوثائق التي تبين كيفية تنفيذ المرفق العام حسب المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199 المدرجة في بيانات عقد تفويض المرفق العام تعتبر من الوثائق التي يطلع عليها المنتفع، فقد يعترض هذا الأخير على التعريف المنصوص عليها في العقد، ومن هنا تكريس حقوق الطعن أو عدم رضی المنتفع بنوعية الخدمة، فحمايته تتجلى بين قواعد قانون الإستهلاك وقواعد التي تحكم المرفق العام وقواعد عقد تفويضات المرفق العام خصوصًا اذا كان المرفق ذو طابع صناعي وتجاري².

1- المرسوم التنفيذي رقم 88-131، المؤرخ في 04 جويلية 1988 المنظم للعلاقة بين الإدارة والمواطن، ج ر ع 27 الصادرة بتاريخ 1988/07/06.

2 - مدون كمال، الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العامة الإدارية، اطروحة الدكتوراه قانون عام، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2019-2020، ص 181-185.

2- نتائج تطبيق تفويضات المرفق العام على التنمية الاقتصادية: ويظهر ذلك بوضوح ما

هدفت إليه التعلّمة رقم 006 المُشار إليها أعلاه من خلق الثروة من خلال إنجاز وتنمين وتسيير المنشآت المنتجة للمداخل التي تساهم في التنمية أفضل للجماعات المحليّة وللتنمية الإقتصادية للدولة، وذلك بتشجيع الإستثمار في تسيير المرافق العمومية، فلمّا كان أسلوب تفويضات المرفق العام أحد أوجه خصوصية التسيير التي تبنتها الدولة فإنّ ملامح هذا النمط ملائمة لنموذج اقتصاد السوق، فتحقيق المردودية وتكريس اقتصاد السوق تتصدّر فيه مسألة تحقيق الكفاءة الإقتصادية ضمن أهداف الخصوصية، فتتمثل الأهداف الإقتصادية والمالية لخصوصية التسيير في الجانب الإقتصادي: تحسين الأداء لرفع الكفاءة الإقتصادية وتحسين إدارة الاقتصاد الوطني من خلال توسيع المنافسة والإستثمار لخلق الثروة، أمّا الجانب المالي تخفيض العجز المالي¹ وتحقيق مداخل للخزينة العمومية للدولة والجماعات المحليّة.

رفع الكفاءة الإقتصادية وتحسين إدارة الاقتصاد الوطني بتوسيع المنافسة وتشجيع الإستثمار من شأنه يؤدي إلى خلق الثروة، فلاشك أنّ تقنيات تفويضات المرفق العام تلعب دورًا بارزًا في رفع معدّلات النمو الاقتصادي، ففي فرنسا وحدها يمثل التسيير المفوض للمرافق العمومية 7% من الناتج الإجمالي المحليّ مُحققة إيرادات بقيمة 130 مليار أورو مع إجمالي 1.8 مليون وظيفة في فرنسا حسب إحصائيات 2016، وبالتالي فإمتياز المرفق العام الذي يعد أحد أدواتها الرئسية، يُشكّل رافعة للتنمية الإقتصادية لصالح الجماعات المحليّة والدولة².

فنتشجيع الإستثمار المبني على مبدأ حرّية المنافسة يؤدي إلى رفع كفاءة القطاع العام والخاص من خلال رفع الإنتاجية لأنّ المنافسة يترتب عنها تخفيض التكلفة وإستخدام الأمثل للموارد من أجل الربح الذي يمثل القوّة المحفزة للقطاع الخاص، فيعود بالفائدة على معدّلات النمو للإقتصاد الوطني، وهذا ما تؤكدته الدراسات والبحوث بأن هناك علاقة إيجابية بين عمل وأنشطة القطاع الخاص والنمو الاقتصادي، وأنّ تعاضم الإنتاجية يرتبط بشكل وثيق بالإستثمارات الخاصة

1 - منية شوايدية، مرجع سابق، ص 56-59.

2 - Hubert DU MESNI, les concessions : rénovation ou révolution?-Transposition de la directive 2014/23/UE, Actes du Colloque IGD du jeudi 24 septembre 2015.p01.

وأكدت أيضا أنّ التأثير الايجابي لإستثمارات القطاع الخاص على النمو يتفوق على تأثير القطاع العام في واقع التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فهو يؤدي إلى زيادة التوظيف، زيادة الانتاجية، إرتفاع مستوى الدخل¹.

تخفيض العجز المالي وتحقيق إيرادات للخزينة الدولة والجماعات المحليّة ولاشك أنّ أسباب تعزيز مكانة القطاع الخاص في اقتصاد الدولة وتحول دورها إلى دور ضابط يعزو إلى العجز المالي الذي يعانيه القطاع العام بسبب الأزمات، فدفع بالمشرع إلى تكريس هذا النمط بعد أزمة تدنّي أسعار المحروقات التي عصفت بإقتصاد الجزائر سنة 2014، فأنتهجت من خلالها سياسة النقشّف تأسّس عنها تحديد سقف المشاريع التي لها الأولوية في إنجازها وتجميد الأخرى نتيجة لهذه الأزمة²، فلم تعد الدولة قادرة على إنشاء البنى التحتية، وأمام نقص الإيرادات في تغطية النفقات دفع الدولة إلى تبني مقاربات سياسية إقتصادية غير مضمونة النتائج كالتوجه نحو الإقتراض والإصدار التقدي التي أثّرت على مستوى الأسعار بإنخفاض قيمة العملة وإرتفاع مستوى الأسعار العام أي إرتفاع نسبة التضخّم، وأمام هذا الواقع فإنّ المراهنة على القطاع الخاص في مواجهة أزمة العجز المالي التي يعاني منها القطاع العام بات ضروريا وإن كان تبني نصوص قانونية متأخرة لم تأتي بثمارها لوجود عراقيل حالت دون تحقيق نتائجها.

ومن خلال إستقراءنا لما ينتج عن التسيير المفوّض في اقتصاديات المقارنة، فإنّ التسيير المفوّض ساهم في نقل عجز القطاع العام إلى الوفرة المالية التي يحوزها القطاع الخاص وبالتالي إستمرارية في إنجاز مشاريع وبنى تحتية، ونقل ضغوطات ومخاطر مالية والعجز المالي إلى القطاع الخاص، ثمّ أنّ البرامج والمشاريع التي ترصد لها إعتمادات مالية ضخمة وتكنولوجيات عالية تشكل حافزا قويا للقطاع الخاص لاسيما إذا تبنّاه كشريك إستثماري إنجاز وإستغلال، فيوفّر

1 - إسماعيل علي شكر، مجيد جواد مهدي، مشاريع القطاع الخاص ودورها في الحد من البطالة، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2016، ص25.

2 - وهذا ما نصت عليه تعليمة الوزير الاول رقم 348 المؤرخة في 25 ديسمبر 2014 الرامية إلى تعزيز التوازنات الداخلية والخارجية للبلاد بسبب الازمة المالية 2014 في شقها الخاص بنفقات التجهيز فتم تجميد كل العمليات التي لم يتم الانطلاق فيها إلى وقت لاحق يحدده الوزير الأول، ولا يتم تبليغ رخص برامج إلا للمشاريع ذات الطابع الاجتماعي.

على القطاع العام هذه الإعتمادات المالية، كما أنّ تحديد الأتاوى والرّسوم لهي مصدر آخر من مصادر تمويل الخزينة العمومية للدولة والجماعات المحليّة، وهذا ما نستشفه من التعليميّة رقم 348 المشار إليها في المرجع أعلاه لا سيما في شقّها الخاص بتمويل وتنويع الإقتصاد خارج المحروقات، وذلك بتطوير سوق رأس الأموال وتحسين مستوى تحصيل الأتاوى من الإيجار، أمّا في تنويع الإقتصاد خارج المحروقات التعجيل بالإصلاحات الخاصّة بالإستثمار في القطاعات والفروع البديلة فكان على إثرها إلغاء بعض التشريعات وإصدار قوانين جديدة مواكبة لمقاربة خصوصية التسيير والشراكة بين القطاع العام والخاص كالقانون رقم 16-09¹ المتعلق بترقيّة الإستثمار.

ب: مآخذ تفويضات المرفق العام :

إنّ مزايا تقنية تفويضات المرفق العام المذكورة أعلاه لا يعني عدم وجود سلبيات قد تنشأ نتيجة تطبيق عقود تفويضات المرفق العام، فيمكن ذكر أهمها مايلي:

الوضعية الإحتكارية للمرفق العام لا سيما في بعض أصناف عقود تفويضات المرفق التي تفوق مدّتها 30 سنة بما فيها التمديد بتقرير معلّل لإنجاز إستثمارات غير منصوص عليها في العقد، كعقد الإمتياز مثلا، وهذه المدّة تكزّس الوضعية الإحتكارية للمفوض له ممّا يؤدّي إلى السيطرة على قوى السوق من عدد محدود بسبب الإحتكار، وهو إلتزام أيضا يقع على السّلطة المفوضة بعدم السّماح لغيره بالدخول في منافسة للممارسة نشاط مرفق عام، إضافة إلى الحماية التجاريّة للمستثمر، فقد إستقرّ القضاء في فرنسا على مبدأ حماية السّلطة المفوضة للمفوض له من المنافسة في النشاطات المفوضة حتّى وإن لم ينص عليه في العقد أو لم يوجد نص صريح يحدّ من المنافسة²، وهذا المبدأ من شأنه يضرّ بالمنافسة ويخالف مبدأ حرّية التّجارة المنصوص

1 - القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03/ أوت 2016، المتعلق بترقيّة الإستثمار، ج ر ع 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016 (ملغى).

2 - CE, 25 juillet 2001, Ville de Toulon, DA octobre 2001, n°211, note D.P. ; Gilles Le Chatelier, « Existe-t-il un devoir de protection du délégataire ? », Le Moniteur, n°5112, 16 novembre 2001, p. 100 ; note G. Eckert, Contrats et marchés publics, octobre 2001, n°192 (! 3. Responsabilité).

عليه دستورياً، ويعكس هذا حتى وضعية المنتفعين باعتبار الخدمة المحكرة قد تزيد في ارتفاع الرسوم.

مسألة الفسخ وما يترتب عنها من آثار، فغالباً ما تكون هذه المسألة مُعقّدة، فهي لا تشبه الصفقات العمومية، لأنّ المدّة طويلة وقد أنجز فيها المفوض له واستغل المرفق العام طيلة هذه المدّة، فيصعب على السلطة المفوضة إنقطاع الخدمة، والبحث عن متعاقدين آخرين لإستغلال المرفق فالإجراء يطول، بدليل نص المشرّع في حالة اللجوء إلى التراضي دون الدّعوة الشكلية للمنافسة في حالة إتفاقية محل إجراء فسخ، كما أنّ عملية التفاوض وإعادة توجيه أو إنهاء العقد غالباً ما تكون مُعقّدة، وهذه الحالات قد نص عليها المشرّع الجزائري في المادة 62 إلى 65 من المرسوم التنفيذي 18-199 المشار إليه سابقاً، وقد نصّت المادة 62 إلى 65 على تطبيقاتها عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، إضافة إلى التجهيزات غير المهتلكة.

قد تؤدّي تقنية تفويضات المرفق العام في الأجل الطويل إلى إنشاء كيانات كبيرة لا سيما في ظل الإستثمار الأجنبي، خصوصاً أنّ الجزائر أخذت على عاتقها تحسين مناخ الإستثمار والمنافسة في ظل دستور 2020، فنصّت المادة 61 منه على ذلك، فالمادة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر لا تتعارض مع إقتصار المنظم تفويض المرفق العام إلا للشخص الخاضع للقانون الجزائري فهنا لا يمنع الأجانب من الإستثمار في تسيير المرافق العمومية الجزائرية ولا يتعلق بسبب كونه أجنبي بل يتعلّق بإقامة المستثمر الأجنبي أي حصول على مقر إجتماعي للمستثمر الأجنبي تطبيقاً لمبدأ إقليمية القوانين، فهذا ينتج عنه تقليل من القدرة التنافسية للقطاعات الوطنية في ظل المطالبة بإلغاء الحماية ممّا يؤدّي تحجيم نشاط الصناعات الوطنية. دافع الرّبح لدى المفوض له قد يكون على حساب حماية المستهلك وذلك بتقديم خدمات أو إنتاج سلع بأسعار مرتفعة، وقد يكون على حساب آلة الشغل، فقد يضطر إلى تسريح عدد معيّن من العمال تبعاً للظروف الاقتصادية السائدة.

ثانياً: متطلّبات نجاح تقنية تفويضات المرفق العام في الجزائر

يُعدّ أسلوب تفويضات المرفق العام مصدراً هاماً للتمويل وإستمرارية المرافق العامة (الانشاء والإحياء)، وتنمية القطاع الخاص، والتقدّم التكنولوجي إضافة إلى خلق فرص عمل، إلا أنّ هناك

عدّة تحدّيات تقف أمام نجاح هذا الأسلوب في الجزائر خصوصاً أنّ هذه التجربة عرفت إرجاءً من طرف السّلطات العمومية، ولم تعرف تطبيقات عملية لها، وعليه فإنّ هناك عوامل ومتطلّبات يجب على السّلطات القيام بتوفيرها حتى تضمن نجاح هذا الأسلوب الحديث في المنظومة القانونية، وأهم هذه العوامل:

أ- الاعتبارات السياسية:

لابد من وجود إرادة سياسية قويّة لتعزيز أسلوب تفويضات المرفق العام في الجزائر، وذلك بتوفّر حد أدنى من الإنسجام السّياسي مُرتبط بقيام الحكومة بتشجيع هذا الأسلوب، فعدم وجود إرادة وتوافق سياسي يُسبّب صدور قرارات حكومية مُتناقضة، وعدم تشجيع الحكومة لهذا الأسلوب قد يعكس على نجاح تطبيقه حتّى وإن صدر قانون ينظّم هذا الأسلوب، فقد أكّد تقرير الأمم المتحدّة للتجارة والتنمية سنة 2013 على أهميّة الإرادة السياسية في تعزيز الشراكة كأداة لتحفيز الحوار بخصوص المسؤولية الإجتماعية للشراكة، وبناء الثقة وتعزيز الشفافية¹، فلا بدّ من قناعة المسؤولين الحكوميين أنّ القطاع الخاص قادر على الخوض هذه التجربة بنجاح.

ب- إصلاح الإطار القانوني والتشريعي يحقق بيئة قانونية ملائمة:

يتطلّب نجاح تقنية تفويضات المرفق العام توافر بيئة قانونية تتلاءم مع هذا النوع من العقود، فنجاح تنفيذ تفويضات المرفق العام لا يقتصر على تنظيمه في قانون خاص، بل يتعدّاه إلى قوانين أخرى التي يمكن بواسطتها إبرام عقود تفويضات المرفق العام، خصوصاً التشريعات المتعلقة بالإستثمار، فمراجعة قوانين الإستثمار من أهم الأدوات التي يجب مراجعتها كشرط أساسي، والذي لاحظناه من خلال حيثيات المرسوم التنفيذي 18-199 لم يدرج قانون الاستثمار، رغم أنّ تفويضات المرفق العام تحمل في طيّاتها إستثمار لأموال القطاع الخاص، كما يشمل

1 - يؤكد الباحث على عامل الإرادة السياسية في تعزيز أسلوب تفويض المرفق العام قياساً على أسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال هذا التقرير، ويوصف أسلوب التفويض أيضاً من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التقرير بعنوان اجتماع الخبراء المتعدد السنوات بشأن تقييم أثر الشراكات بين القطاعين العام والخاص في التجارة والتنمية في البلدان النامية، المنعقد في قصر الأمم، جنيف، في الفترة من 26-28 من مارس 2013، متاح على الموقع: <https://unctad.org/>.

قواعد قانونية أخرى لا تقل أهمية عن تلك المتعلقة بالإستثمار لها علاقة وطيدة بالتفويضات المرفق العام عليها التكيّف ومراجعتها مع هذه الأخيرة، لتتلاءم مع متطلّبات هذه التقنية مثل قوانين الجماعات المحليّة المتمثلة في قانوني البلدية والولاية، وقانون الأملاك الوطنية، وقانون مكافحة الفساد.¹

ج- دعم المشاريع الإستثمارية وتقديم الحوافز الحكومية للمستثمرين:

وهذا جزء من تشجيع القطاع الخاص على الإستثمار عن طريق آلية التفويض، من خلال تقديم الضمانات الحكومية اللّازمة منها ما يتمثل: في ضمانات لمخاطر القوة القاهرة والظروف الطارئة، وتعويزات في حالة المصادرة، وتقديم التسهيلات والحصول الموافقات اللّازمة، إضافة إلى حوافز الإعفاءات الضريبية وإعفاء المعدّات واللوازم لإستغلال المرفق العام من الرسوم الجمركية، مع إمكانية تحويل الأموال.²

د- إعطاء هامش من الحرّية للإدارة:

لا سيما الجماعات المحليّة على غرار النهج الفرنسي في حرّية إختيار أساليب التسيير، فمنح الحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية المحلية هو تعزيز لتقنية تفويضات المرفق العام.

هـ- تحيين المنظومة القانونية المتعلقة بالوظيفة العامة:

ليشمل حالات الموظفين في المرافق العامة المفوّضة، لذا نرى إشكالية عدم إستقرار الإدارة العمومية المفوّضة بسبب عدم إستقرار وضعيّة الموظفين والضمانات القانونية غير الموجودة ما ينعكس عنه عدم إستمرارية المرفق العام المفوّض بسبب إضرابات الموظفين، مع ضرورة تحسين المستوى والحصول على التكوين اللّازم خصوصاً أنّ المرسوم الرئاسي 15-247، قد نصّ على ضرورة حصول الموظفين على تكوين في هذا المجال، وهذا الطرح نتمنّه، كما أن سبب إرجاء المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر إلى حين تكوين مسيري الجماعات المحلية في مجال تفويضات المرفق العام.

1 - ستار جبار البديري، المرجع السابق، ص 157.

2 - المرجع نفسه، ص 158.

المطلب الثاني: المبادئ الأساسية لتطبيقات تفويض المرفق العام

ترتبط المبادئ العامة للطلبات العمومية أساساً بالالتزامات الجزائر الدولية وتحديداً في المسائل ذات الصلة بالشأن الإقتصادي، وإدارة شؤون الدولة من الناحية التجارية خاصة، فيعود تكريس المشرع الجزائري لهذه المبادئ في الطلبات العمومية إلى مصادقة الجزائر على إتفاقية مكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 31 أكتوبر 2003 بتحفظ¹، وتطبيقاً لهذه الإتفاقية ذات الأهمية الكبرى على الصعيدين الدولي والوطني صدر قانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته²، حيث تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على مبادئ، ومن هنا توالت النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية بنصها على هذه المبادئ عند ممارسة أي إجراء لإختيار أحد المتنافسين الفائزين بالصفقة العمومية وهي: حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

وقد أخضعت المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 عقود تفويضات المرفق العام عند إبرامها إلى هذه المبادئ بإحالة إلى المادة 05 من ذات المرسوم (الفرع الاول)، وعند إستقراءنا لنفس المادة نجد هناك مبادئ أخرى تخضع لها إتفاقية تفويض المرفق العام عند التنفيذ، وهو ما أكده المرسوم 18-199 الوارد سابقاً وهي: الإستمرارية والمساواة وقابلية التكيف، والجدير بالذكر تفرد المشرع في المادة 03 من نفس المرسوم بإضافة مبادئ أخرى مرتبطة بتنفيذ إتفاقية المرفق العام وهي ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية (الفرع الثاني)، وهي نفس المبادئ التي إستعرضناها كرسها المشرع الفرنسي في قانون الطلبات العمومية 2018-1074 المشار إليه سابقاً دون الجودة والنجاعة التي تفرد بها المشرع الجزائري، إلا أنه إشتراط بتحقيق الفعالية

1- المرسوم الرئاسي 04-128 المؤرخ في 19 ابريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003، ج ر ع 26 الصادرة بتاريخ 25 افريل 2004.

2- القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ع 14 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2008.

في الطلب العمومي والإستعمال الحسن للمال العام وهذا مرتبط بالالتزام الأوربي من طرف المشرع الفرنسي في إصلاح قانون الطلبات العمومية من مكافحة الفساد عن طريق تعزيز الشفافية، في حين المشرع الجزائري كان هدفه الإرتقاء بالخدمة العمومية.

ولما كانت المبادئ المرتبطة بتنفيذ عقود تفويضات المرفق العام أخذت على عاتقها أطراف العقد بتحقيق الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، فقد تتعرض إلى ظروف استثنائية تحول دون تحقيق تلك الأهداف ومثال ذلك الوباء العالمي المتمثل في جائحة كورونا الذي عطل المرافق العمومية في تقديم خدماتها للجمهور، من هنا أدركت الدول بما فيها الجزائر على دور الرقمنة المتجسد في الإدارة الالكترونية في إرساء الطلبات العمومية والحفاظ من خلالها على المبادئ المتعلقة بالمرفق العام وما ينتج عنه من ضمان سيرورة المرفق العام في تقديم الخدمة العمومية بانتظام وإضطراد(الفرع الثالث).

الفرع الأول: المبادئ الحاكمة لعقود تفويضات المرفق العام عند الإبرام

تعرف المبادئ على أنها قاعدة عامة أو قاعدة ذات طبيعة غير قانونية يمكن إستنتاج القواعد القانونية منها،¹ ويعرفها الفقيه بيساكتوري بأنها " مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني من حيث تطبيقه وتنميته ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها"²، وتأسيساً على ما تقدم تخضع عقود تفويضات المرفق العام عند عمليات الإبرام إلى مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات وهي المبادئ التي كرسها المشرع الفرنسي منذ صدور قانون سابان 01 في المادة 38³ التي كانت مبنية على الإشهار بادئة، ثم عدلها المشرع الفرنسي في الأمر 65-2016 في المادة الأولى منه

1 -Marie-Charlotte Bontron, **Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique**, thèse doctorat ,en droit ,université Montpellier 1,année 2015,p 37.

2 -علي مجيد العكلي ولى علي الظاهري، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2018، ص32

3 -Voir l'Art 38-2 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 op.cit,"... 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...".

كما هي الآن،¹ ثم أصبحت معممة على الطلبات العمومية في ظل قانون 1074-2018، وأغلب التشريعات في العالم تناولت هذه المبادئ ابتداء من التشريع المصري والتونسي والمغربي وهي مبادئ كرسنها المواثيق الدولية وأصبحت ذات قيمة دستورية، فاعتمدها المشرع الجزائري في المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أعلاه بإحالة إلى المادة 05 منه، كما أكد عليها المرسوم التنفيذي 18-199 الوارد أعلاه، والغاية منها نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام.

أولاً: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

هو المبدأ الرئيسي في المراحل الإبرام، فهو مبدأ أساسي يقف وراء إحداث منافسة بين المتعاملين الإقتصاديين المحتملين المهتمين بالصفقة مستقبلاً، ظهر هذا المبدأ لأول مرة في قانون سابان 01 تطبيقاً لإلتزامات التوجيهات الأوربية المتمثلة في شفافية الإجراءات والمساواة، ثم قانون الصفقات العمومية الصادر بمرسوم في 07 مارس 2001²، بعدها عممه المشرع الفرنسي على عقود الطلبات العمومية، وهو نفس المنحى لنظيره الجزائري. سنتطرق إلى تعريفه (أ) والحماية القانونية له (ب) والإستثناءات الواردة عليه (ج).

أ- تعريف بالمبدأ:

ويقصد بهذا المبدأ "قسط مجال المشاركة أو المنافسة للعارضين، ومنح الفرصة لكل من توفرت فيه شروط المشاركة حسب الإعلان المنشور وبالشروط والكيفية والواردة أيضاً في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة، من أجل تقديم عروضهم وترشيحاتهم أمام المصلحة المتعاقدة³، كما يقوم مبدأ حرية الوصول إلى الطلبية العمومية على فكرة الحرية في ممارسة النشاط الاقتصادي، وفكرة المساواة بين الأفراد في الإنتفاع من خدمات المرافق العمومية، بالإضافة إلى حياد الإدارة وهو مبدأ دستوري، فهي ليست حرة في إختيار فئات معينة من المتعاملين الإقتصاديين أو إبعاد

1 - Voir L'Art 1 de la loi n° 2016-65 , op.cit " Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures..."

2 -Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics, JORF n°57 du 8 mars 2001, p. 37003.

³-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الاول، مرجع سابق، ص90.

فئة أخرى¹، ويترتب عليه الولوج بحرية إلى الطلبات العمومية بإحداث منافسة بين العارضين، ولا يمكن خارج هذا المبدأ إحداث منافسة نزيهة وشريفة بين المشاركين في الصفقة العمومية²، وبالعودة إلى النص المنظم لتفويضات المرفق العام نجد أن المشرع الجزائري كرّس هذا المبدأ في إبرام عقود تفويضات المرفق العام كما أشرنا سابقاً.

ب- الحماية القانونية لهذا المبدأ:

تقتضي الحماية القانونية بما يوفره هذا المبدأ من ضمانات للوصول إلى الطلب العمومي، إن تحقيق منافسة نزيهة وشفافة يعتمد إلى حد كبير على البعد الذي يُعطى لحرية الوصول، فخلال هذه المرحلة، تحتاج حرية الوصول إلى دعم، خاصة من خلال مبادئ الشفافية ومساواة المعاملة بين المتنافسين بناءً على الإعلان الطلب على المنافسة⁽¹⁾ وإتاحة الوثائق الإدارية وإختيار طريقة الإبرام تضمن هذا المبدأ⁽²⁾ من خلال عملية الإشهار وهي ضمانات لتحقيق حرية الولوج إلى الظفر بالطلب العمومي وتسيير حرية الوصول أيضاً جنباً إلى جنب مع مبدأ المساواة في المعاملة، بمعنى أنه لكي تكون فعّالة يجب ألا يكون هناك أي تفاوت غير مبرر في الوصول إلى العطاءات التنافسية بين المتنافسين³.

1- إعلان الطلب على المنافسة: تقوم المنافسة على مُسَلِّمتين: حرية المشاركة، والمساواة في المنافسة أي عدم التمييز، فالعلاقات التي يؤسّسها مبدأ المنافسة ومبادئ الحرية والمساواة هي علاقة جوهرية ولا يمكن تحقيق ذلك إلا بالإشهار الطلب على المنافسة وهو إجراء شكلي جوهري، إن المشرع الجزائري كان حريصاً على تطبيق هذا المبدأ من خلال تعزيز وسائل الإشهار بالزامية الإشهار عن طلب العروض تحت طائلة بطلان الإجراءات وطائلة العقوبات المنصوص عليها قانون مكافحة الفساد 06-01 الوارد آنفاً، فقد نصّت المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 بتحرير إعلان عن طلب العروض باللغة العربية واللغة الأجنبية على الأقل في جريدتين وطنيتين

1 - قاصدي فايزة، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الحجم 6، ع1، 2015، ص338.

2- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الاول، مرجع سابق، ص90.

3 - Marie-Charlotte Bontron, op.cit,p284.

يوميتين، كما ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، كما نصّت المادة 25 من المرسوم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام سابق الذكر بوجوب نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع، وبكل وسيلة مناسبة وإشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية والاجنبية.

والجدير بالذكر أنّ القانون 23-12 يحدّد القواعد العامّة المتعلقة بالصفقات العمومية قد تناول هذا الإجراء في قسم سمّاه شفافية الإجراءات وهذا دليل على تكامل المبادئ فيما بينها، فنوّع بين وسائل الإشهار؛ وهذا حرص المشرّع على تحقيق العدالة، والوقاية، ونجاعة الطلب العمومي، فقد نصّت المادة 46¹ على وسائل الإشهار التالية: النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية (ن.ر.ص.م.ع)، الصحافة المكتوبة، والصحافة الإلكترونية، ثمّ عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، والمفيد التنبيه بروز الآلية الإلكترونية للإعلان لدليل على تبني المشرّع مشروع رقمنة إجراءات إبرام الطلب العمومية ومالها من آثار على مبادئ تنفيذ الطلب العمومي وتحقيق الغاية منها.

2- إتاحة الوثائق الإدارية واختيار طريقة الإبرام تضمن هذا المبدأ: ويقتضي إتاحة جميع الوثائق المطلوبة لإيداع الترشيحات أن تضع الإدارة تحت تصرف المتعهّدين دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها التي تحتوي على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، ويمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المترشح الذي يطلبها، وهذا يضمن حرّية وصول المترشحين إلى المشاركة في الطلب العمومي، كما أنّ إختيار طرق الإبرام طبقاً لنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 18-199 بين الطلب على المنافسة الذي يمثل القاعدة العامة والتراضي الذي يمثل الإستثناء، يعزّز مكانة المبدأ بحيث تعرّف القاعدة العامة في إبرام عقود تفويضات المرفق العام طبقاً لأحكام المادة 11 من ذات المرسوم أنّه "إجراء يستهدف الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدّة متعاملين في منافسة بغرض ضمان المساواة في معاملتهم

1 - انظر الى المادة 46 من القانون 23-12، المصدر السابق.

والموضوعية في معايير إنتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة¹ مع تخصيص التفويض للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهذا يكفل حرية وصول إلى الطلبات العمومية ومشاركة بقدر أوسع من العارضين.

ج- القيود الواردة على هذا المبدأ:

فعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ في إرساء المساواة بين المترشحين إلا أن له قيود ترد عليه وضعها المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي تقتضي حرمان فئات معينة من الولوج إلى الطلب العمومي ويكون هذا الحرمان جزائياً أو وقائياً

1- القيود بحرمان فئات معينة وهذه الفئات تخص المتعاملين الإقتصاديين أو الموظف أو

المنتخب.

1-1 الحرمان الجزائي: وهو حرمان شخص معين طبيعياً أو معنوياً من المشاركة في

الطلب على المنافسة التي تدعو إليها وذلك بمثابة جزاء يوقع على هذا الشخص، ولقد نصت المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 من حالات الإقصاء التي تحرم هذه الفئات من المشاركة في إعلان طلب على المنافسة، على أن يقصى، بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، وهي الحالات التي ارتكب أصحابها أخطاء أو جرائم تستوجب عقوبات، والحرمان الجزائي قد يكون منصوباً عليه كعقوبة أصلية أو تبعية²، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في حرمان الإلزامي لبعض الفئات من الولوج إلى الطلب العمومي في الأمر رقم 2016-65 المتعلق بعقود الإمتياز أقر مجموعة من الإستثناءات التطبيقية على هذا المبدأ، وقسمها من خلال المادة 39 والمادة 42 إلى نوعين الحرمان الإلزامي والحرمان الإختياري³.

1-2 الحرمان الوقائي: ويكون الحرمان الوقائي بقرار يصدر عن السلطة المفوضة بما

تملك من سلطة تقديرية في منع المترشح من المشاركة في المنافسة، وقد يكون لمقتضيات

1 -انظر الى المادة 08 و11 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2 -انظر إلى حالات الإقصاء في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمادة 47 من المرسوم 18-199،

المصدر السابق.

3 -Voir L'Art 39 de la loi n° 2016-65 relative de la concession, op.cit.

المصلحة العامة، قد يكون هذا المنع منصوص عليه قانونا كمنع أشخاص محددين بصفاتهم من الولوج إلى المنافسة، ومن ذلك حظر دخول الموظفين العموميين والمنتخبين المحليين في الصفقة العمومية، ويعتبر هذا الحظر مؤقتا وهذا ما أقرته المادة 92 من المرسوم الرئاسي 15-247 بعدم منح الصفقة العمومية لموظفين سابقين لدى المصلحة المتعاقدة إلا بعد مرور 04 سنوات¹.

2- القيود من خلال سلطة الإدارة في إنتقاء المتعامل المتعاقد معها: ولما كان هذا المبدأ

ترد عليه إستثناءات في الصفقة العمومية من خلال طلب العروض مع إشتراط القدرات الدنيا، بحيث لا يحق للمتعامل الإقتصادي أن يدع عرضه إلا إذا كان يتوفّر على الشروط الدنيا تحددها المصلحة المتعاقدة، كأن تحدد مثلا في دفتر الشروط شهادة التصنيف والتأهيل المهني درجة 04، فلا يمكن غير المتحصّل على هذه الدرجة من المشاركة، وبالتالي إقتصار المشاركة على من يتوفر على الشروط الدنيا محددة سابقا وهذا لا ينافي ولا يمس بالمبدأ بل يدعم تكفاؤ الفرص.

ونجد ذلك جلياً في عقد تفويض المرفق العام، من خلال ما أقره قانون سابان I في إعداد لجنة تفويض المرفق العام قائمة بالمرشّحين الذين تتوفّر فيهم الشروط التي يتطلبها القانون، كما أنّه تمّ تحديد عتبة الإبرام بالمبلغ المالي المقدّر فإذا كان المبلغ يفوق قدرها 5225000 أورو فهنا يكون إجراء شكلي محدد، أمّا إذا كانت تقل عن هذه العتبة فيكون بإجراء شكلي مبسّط، كتلك المتعلقة بخدمات المياه، والصّرف الصّحي، والنّقل، والخدمات الاجتماعية، ولا شك أنّ هذا الإجراء يستند الى فئات معينة لها إمكانيات تتوافق مع هذه الشروط وهو إستثناء لهذا المبدأ²، وقد نصّ المشروع الجزائري على إستثناءات لهذا المبدأ من خلال قبول بعض المرشّحين الذين يملكون القدرات التقنية والمهنية والمالية يترتّب عن هذا، إنتقاء أولي لتلك القدرات المحددة سلفاً.

ثانياً: مبدأ المساواة

إذا تمّ الإشهار بشكل ملائم وسمح لعدد أكبر من العارضين لتقديم ترشيحاتهم لمشروع الواحد بمعايير غير تمييزية والتزام الإدارة الحياد في معاملة المرشّحين، فإنّ الإدارة تكون قد

1 - انظر إلى المادة 92 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

2 - Jean-Luc ROUCHON, *Réformes des marchés publics et des concessions, stratégie de choix entre ces outils réformé*, Fidal, Lyon, 10 mai 2016, p86.

إحترمت مبدأ المساواة بين المرشّحين، ولما كان مبدأ المساواة مكرّس في المواثيق والإعلانات الدولية، فإنّ التشريعات الوطنية قد كرّست هي الأخرى هذا المبدأ في الدساتير المتعاقبة، وهو الأخر مبدأ من مبادئ المرفق العام في تقديم الخدمات للجمهور¹ دون تمييز بينهم حسب الجنس أو الأصل، أو اللّغة، أو الدّين، أو العقيدة²، وقد أوجبت القوانين المنظّمة للصفقات العمومية الفرنسية في العديد من المواد ضرورة المساواة بين المرشّحين، كما إعتد ذلك المشرّع الجزائري بعد إصلاحات أدخلها في النظام القانوني المنظّم للصفقات العمومية.

أ-تعريف بالمبدأ:

ومفاده مساواة في معاملة المرشّحين بوجوب التعامل مع جميع المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة والمواعيد والإجراءات المقرّرة دون التفرقة بينهم، وكذا لنفس قواعد المتنافسين³، كما يعرفه آخر "ويقصد به في الصفقات العمومية على وجه الخصوص هو إخضاع جميع المرشّحين لنفس معايير الإختيار، وكذا قواعد وظروف وشروط المنافسة الموضوعية"⁴، أي وضع معايير غير تمييزية مرتبطة بموضوع العقد لإختيار المتعامل المتعاقد، والملفت للإنتباه أنّ مبدأ المساواة يعتبر نتيجة طبيعة لمبدأ حرية وصول للطلبات العمومية ومثال ذلك فإذا وضعت السّلطة المانحة، معايير إختيار تمييزية أو غير مبرّرة بموضوع العقد أي تمس بمبدأ المساواة فإنّها تحد من تقديم الترشيحات وتعوق من ممارسة حرّيتهم في الوصول بشكل فعّال للطلبات العمومية، يجب ألاّ تكون هذه المعايير، بسبب طابعها المحتمل للتمييز، وهذا ما كرّسته المادة 54 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمادة من قانون 23-12 سألني الذكر⁵.

1 - وافي محمد، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية وعلاقتها بالحفاظ و ترشيد المال العام، ملتقى وطني إفتراضي، الصفقات العمومية وحماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، يوم الأحد 12 ديسمبر 2021، ص ص،3-4.

2 - انظر الى المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 20/442، المتعلق بالتعديل الدستوري 2020، المصدر السابق.

3 - خالد خليفة، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، دار الفجر النشر والتوزيع، مصر، ص 69.

4 - خرشي النوي، تسيير المشاريع في اطار الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص491.

5- المادة 54 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق "... يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع « : على أنه .» الصفة ومتناسبة مع مداها" ونفس المبنى القانوني في المادة 43 من القانون 23-12، المصدر السابق.

ب- الضمانات القانونية لهذا المبدأ:

ويتحقق مبدأ المساواة من خلال الحماية القانونية، وتتجلى في موضوعية معايير الإنتقاء وتمكين كل المترشحين من الوثائق المتعلقة بعقد تفويض المرفق العام.

1-موضوعية معايير الإنتقاء: يجب على السلطة المانحة عند وضع دفتر الشروط أن تضع معايير إنتقاء غير تمييزية موحدة لها علاقة بموضوع العقد، ذلك ما نصت عليه المادة 54 و 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، ونصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18-199 المشار إليه آنفاً على أنّ الغرض من وضع عدّة متعاملين في منافسة هو ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير إنتقائهم وعدم تحييز الإدارة، كما أنه يمنح التفويض للمترشح الذي يقدم أفضل عرض من حيث تقديم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية التي هي موضوع الإختيار المنصوص عليه طبقاً لسلم التقييم في دفتر الشروط، وذلك ما نصت عليه المادة 13 من ذات المرسوم¹، حيث يحدّد دفتر الشروط: شروط التأهيل المترشحين، والوثائق المطلوبة في ملف الترشيح.

ويُسند تقييم العروض إلى معايير إختيار محدّدة في دفتر الشروط طبقاً لهذه المادة إلى مايلي:

القدرات المهنية وهي الشّهادات التي يملكها المترشح لتسيير المرفق العام تمنحها الدولة أو أحد هيئاتها أو إدارتها لمزاولة هذا الإختصاص على غرار شهادة التأهيل والتصنيف المهني للمقاول والإعتماد لمكتب الدراسات.

القدرات التقنية وهي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية، أي ما يملكه المترشح من عمّال، وسائل مادية كعتاد نقل، عتاد صيانة كل ما يتعلّق بتسيير المرفق العام، إضافة إلى مراجع مهنية وهي شهادة حسن تسيير المرفق العام يملكها المفوض له من قبل.

القدرات المالية وهي الحصائل المالية المرتجمة في رقم الأعمال الذي يملكه المفوض له المبرّرة بالنتائج المالية أو المراجع المحاسبية تعكس قدرة المفوض له على تسيير المرفق العام.

1 -انظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 19-188، المصدر السابق.

2- تمكين كل المترشحين من الوثائق المطلوبة: إنّ من مبدأ المساواة هو إلتزام الإدارة بتمكين المترشحين من إتاحة لهم جميع الوثائق المتعلقة بتفويض المرفق العام، دون إستثناء ودون تحييز السلطة المفوضة، وهذا وفقاً لأحكام المادة 63 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها مايلي " تضع المصالح المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفترة الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه، ويمكن أن ترسل هذه الوثائق أدناه إلى المرشح الذي طلبها "، وعليه يكون أيضا في تفويضات المرفق العام من خلال ما يوضحه الطلب على المنافسة للمترشحين لضمان المساواة بينهم، ويتضح مبدأ المساواة عند مراحل الإختيار للمترشحين من قبل لجنة الإختيار وإنتقاء العروض، فتبدأ بالمرحلة الأولى بالإختيار الأولي للمترشحين على أساس ملف الترشح، ثم تأتي المرحلة الثانية بدعوة المترشحين الذين تم إنتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط.¹

ج- القيود الواردة على هذا المبدأ:

فعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ في تطبيقات عقود تفويض المرفق العام، إلا أنه لا يمكن أخذه على إطلاقه، قد ترد عليه قيود لإعتبارات مبررة قانوناً، فالمشرع قد يُعطي الأفضلية لبعض الشركات لتسيير المرافق العمومية دون غيرها لإعتبارات فنية إقتصادية تملكها تلك الشركة حصرياً، أو من خلال توفّر السلطة المفوضة على السلطة التقديرية في إختيار المفوض له ضمن قائمة تعدّها مسبقاً بعد التأكد من القدرات المهنية والتقنية والمالية التي وضعتها، وهذا عند تفويض البعض المرافق العمومية التي لا تتطلب الإشهار، ذلك لإعتبارات أهمية المرفق العام للدولة من الناحية السياسية والاقتصادية، كما لها أن تستبعد بعض المرشحين من إيداع ترشيحاتهم بعد إستعلامها بعدم قدرتهم المالية أو تقنية.²

ولتشجيع المؤسسات المتوسطة والصغيرة منح المشرع الجزائري لهذه المؤسسات الأولوية في منح التفويض لإعتبارات إقتصادية³، وهذا قد تبناه المشرع الفرنسي في أحكام الطلبات العمومية

1 -انظر الى المادة 12 و 31 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2- انظر الى المادة 19 و 20 و 21، 22 ، المصدر نفسه

3 -انظر الى المادة 23 في القسم الثاني المعنون بتأهيل المترشحين، المصدر نفسه.

لا سيما في قانون ASAP الإصلاحي المذكور سابقاً، حتى وإن كانت هذه المؤسسات أقل قدرات من غيرها.

ثالثاً: مبدأ شفافية الإجراءات

يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تحكم إبرام عقود الطلبات العمومية بصفة عامة، ذلك بأنه، المبدأ الجامع لمبدأي حرية وصول الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين، كما أنه إحدى آليات الحكم الراشد¹، وهو ما يستوجب إعلام الأفراد بكل الوسائل ذات العلاقة بوضعياتهم وبمراكزهم القانونية وشروط أداء خدمة ما، فلا يجوز للإدارة أن تحرم البعض من الحصول على المعلومة أو تخصصهم دون غيرهم وتمس مصالحهم، ويقصد بمصطلح الشفافية وضوح ما تقوم به المؤسسات العامة وكذلك وضوح علاقاتها مع المواطنين وعلانية الإجراءات والغايات والأهداف سواء في المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية².

وما يمكن ملاحظته إرتباط هذا المبدأ بالإشهار بإعتباره أهم وسيلة لإعلام الكافة، ويقصد بذلك أن تتم جميع عمليات الإبرام في نطاق علني، بدءاً من الإعلان عن نية الإدارة في التعاقد بالطرق المحددة قانوناً كالصحافة المكتوبة والالكترونية، لفتح مجال منافسة للعارضين بغرض تقديم ترشيحاتهم، ولقد كرس التنظيم 15-247 هذا المبدأ من خلال إلزامية الإشهار لموضوع الصفقة في المادة 61 وحدد المادة 62 بيانات الإعلان، كما حددت المادة 65 منه كفايات الإعلان.

أ- الحماية الجزائية لهذا المبدأ:

لقد أولي هذا المبدأ عناية في التصوص والتشريعات المقارنة، بما فيها التشريع الوطني بخصوص الحماية الجزائية، لما له أهمية كبرى، فهو مرتبط بشكل وثيق بين المبادئ الأخرى، ولا يمكن تحقيق تطبيق تلك المبادئ دون تحقيق الشفافية وهي أحد دعائم ومقومات الحكم الراشد، كما أنّ هذا المبدأ كان أحد التزامات التوجيهات الاوربية على المشرع الفرنسي بتحديث نظامه

1 - خالد خليفة، المرجع السابق، ص71.

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الاول، المرجع السابق، ص106-107.

القانوني؛ بإدخال الشفافية في عمليات الإبرام، وفي التشريع الجزائري نجد تناول القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته 06-01 المشار إليه آنفاً في المادة 09 منه مبدأ الشفافية وعزّزه بحدود، وهذا إثبات تكريس الحماية القانونية فمن خلال قراءتنا للمادة فإنّه لا ينحصر فقط في الإعلان والنشر في الصحف، بل يمتدّ إلى كل مراحل إعداد العقود إلى غاية المنح النهائي لها، ممّا يجسّد فكرة الحوكمة في تسيير الصفقات العمومية ويبعدها عن أي شبهة فساد، يعلم العارضين بساعة فتح الاظرفة والحضور في جلسة علنية، وبعد مرحلة التقييم يعلم العارضين بنتائج عرض الفائز عن طريق إشهار المنح المؤقت، وتخوّل كل متعهد من تقديم طعنه أمام لجنة المختصة حسب الحالة، فمبدأ العلانية هو جوهر تنظيم عقود الطلبات العمومية.¹

الفرع الثاني: المبادئ الحاكمة لعقود تفويضات المرفق العام عند التنفيذ

يتفق الفقه أنّ هناك قواعد أساسية مشتركة تحكم سير المرافق العامة مهما كان نوعها، ومهما كان نمط تسييرها سواء بالإستغلال المباشر، أو عن طريق المؤسسة العمومية، أو أسلوب التفويض فهي تنتمي إلى القانون العام، وهي من أهم المبادئ التي إستقرّ عليها الفقه وأقرّها القضاء الإداري، ونصّت عليها بعض التشريعات صراحة، وهي: مبدأ الاستمرارية، ومبدأ المساواة أمام المرفق العام، ومبدأ قابلية المرفق للتكيّف، وهي مبادئ تقليدية (أولاً)، كما تخضع إلى مبادئ حديثة (ثانياً) تفرّد بها المشرّع الجزائري نصّاً وهي الجودة والتّجاعة في الخدمة العمومية، وإن نصّت التشريعات المقارنة مبادئ أخرى تعكس الظروف السائدة لكل بلد ومتطلّبات تلك الظروف والتحدّيات، فنصّ التشريع المغربي على مبدأ التكلفة وشروط السّلامة، والجودة إضافة إلى معيار البيئة²، أمّا نظيره التونسي فنصّ على التنمية المستدامة، التّجاعة، المحافظة على المال العام والحوكمة³، في حين نصّ المشرّع الفرنسي على المستوى العالي للجودة والأمان والأداء⁴، فالقاسم

1- المرجع نفسه، ص 109-110.

2- انظر إلى المادة 03 القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، المصدر السابق.

3- انظر إلى المادة 75 القانون الأساسي يتعلق بالجماعات المحلية، المصدر السابق.

4 - voir art. 18 (V) de l'Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, op.cit.

المشترك الاكبر بين هذه المبادئ في التشريعات هو الجودة والنجاعة، وهذه المبادئ كلها تشكل التزامات على أطرافها سنيين ذلك بالتفصيل في هذا الفرع.

أولاً: المبادئ الكلاسيكية لإتفاقية تفويض المرفق العام

وهذه المبادئ هي مبدأ الإستمرارية ومبدأ المساواة، ومبدأ قابلية التكيف، ولقد نصت عليها التشريعات في قوانينها مروراً بالتشريع الفرنسي والمغربي والتونسي، ثمّ الجزائري ما نصت عليه المادة 209¹ من المرسوم الرئاسي 15-247، والمادة 03² من المرسوم التنفيذي 18-199.

أ: مبدأ الإستمرارية:

ينطبق مبدأ الإستمرارية بشكل خاص على المرافق العامة، يتوافق مع بنية هذه الاخيرة، فإذا كانت الإمتيازات الممنوحة للمرافق العمومية فذلك لأنّ هذه المرافق تلبي حاجة إجتماعية، لذا من التناقض في إنشائها أن تُقدّم الخدمات بشكل متقطع.

1- مفهوم المبدأ: يعتبر هذا المبدأ جوهر المرفق العام، ويقصد به القيام على ضرورة الإستجابة لحاجات المصلحة العامة دون انقطاع، كما يعني أنّ الإدارة لديها واجب تأدية الخدمات العامة بشكل منتظم وفي الوقت المحدد، وفقاً للقوانين التي تنظمها، وللأفراد حق الإستفادة منها³، وهو ما يبرّر إستبعاد المرشحين للتفويض غير القادرين على ضمان إستمرارية الخدمة⁴.

ويجد هذا المبدأ أساسه في المنظومة التشريعية على إختلاف وتتنوع قواعدها المترجّة، فالبنسبة للتشريع الأساس فنصت المادة 27 الفقرة 02 "...تقوم المرافق العمومية على مبدأ الإستمرارية... وعند الإقتضاء ضمان الحد الأدنى من الخدمة...". كما جا في المادة 90 منه الخاصة باليمين الذي يؤدّيه رئيس الجمهورية بخصوص السّهر على إستمرارية الدّولة، وكذلك ما

1- المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق "...يخضع المرفق العام عند تنفيذ إتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الإستمرارية، والمساواة، وقابلية التكيف...".

2- المادة 03 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق "...يجب أن يتمّ تفويض المرفق العام في إطار إحترام ، مبادئ المساواة، والإستمرارية، والتكيف...".

3-Pascal gonod, fabrice melleray, phillipe yolka, **traite de droit administratif**, Tome2, edition Dalloz, 2011, p96.

4- انظر الى المادة 22 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

جاءت به المادة 112 بإختصاصات الوزير الأول بالسّهر على حسن سير المرافق العمومية، وهذا يدل على أنه ذو قيمة دستورية.¹

أمّا بالنسبة للتشريع العادي فقد نصّ المشرّع على هذا المبدأ في غير نصّ واحد، فقد نصّ في القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات² في المادة 03 على "...وتهدف مهمة المرفق العام إلى ما يأتي :- تموين الزبائن غير المؤهلين في أحسن شروط الإنصاف في المعاملة والإستمرارية..."، كما نصّ أيضاً الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية في المادة 16 " عندما تكون مؤسسة عمومية إقتصادية تقدّم خدمة عمومية موضوع خصصة، تتكفل الدولة بضمان إستمرارية الخدمة العمومية"³.

في حين جاءت النصوص التنظيمية على إختلاف وتتنوع القطاعات حاملة لهذا المبدأ نذكر منها المرسوم التنفيذي 03-232 المتعلق بخدمة البريد في المادة 03 منه " يجب أن تساهم أهداف الخدمة العامة لمواصلات السلكية واللاسلكية بما يأتي: ... - ديمومة تقديم الخدمة الهاتفية..." إضافة إلى خدمات مرافق المياه والتطهير والنقل هي أيضاً نصّت على هذا المبدأ لما لها صلة وثيقة بحاجات الأفراد.

أمّا في النص المنظم لتفويضات المرفق العام 18-199 فنجد صراحة هذا المبدأ في القسم الثاني المعنون بتأهيل المترشحين المادة 22 منه بقولها لا يمكن منح التفويض إلاّ لشخص معنوي قادر على تحمّل مسؤولية التفويض ويخضع لمبادئ المرفق العام وقادر على تلبية احتياجات المستعملين.

2-النتائج المترتبة عن مبدأ السيرورة: ويقنضي هذا المبدأ توافر جملة من الضمانات تعمل على تجسيده في أرض الواقع، ومن هذه الضمانات ما وضعه المشرّع ومنها ما رسّخه

1 -عمراني كمال الدين، النظام القانوني للمرافق العمومية والنتائج القانونية المترتبة عنها، مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، مركز الجامعي سي الحواس بريكّة، م05، ع01، 2022، ص ص 464-465.

2 -القانون 01-02 المؤرخ في 05 فبراير 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر، ع08، الصادرة بتاريخ 06 فبراير 2002.

3 - الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، المصدر السابق.

القضاء الإداري، وتتمثل في تنظيم ممارسة حق الإضراب، وتنظيم ممارسة حق الإستقالة وهي تمثل ضمانات تشريعية أي من صنع المشرع، وهناك ضمانات أخرى كنظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة من صنع القضاء.

2-1 تأطير ممارسة حق الإضراب: يعرّف الإضراب على أنّه توقيف إرادي جماعي عن العمل لمدة محدّدة أو غير محدّدة بغرض تحقيق مطالب مهنية معينة أو إجتماعية¹، وبالتالي فإنّ ممارسة هذا الحق يتعارض مع هذا المبدأ، لذا كان القضاء الفرنسي في غاية الأهمية بشأن المحافظة على هذا المبدأ، فإعتبر الإضراب عملاً غير مشروعاً، إلّا أنّه وإعترافاً لحقوق الموظفين المتمثّلة في الإضراب لجأ المشرع إلى تأطيره بالقدر الذي يضمن المحافظة على هذا المبدأ، فسمح بالإضراب في مجالات معيّنة ومنعه في مجالات أخرى.

فقد نصّ قانون رقم 23-08² المتعلّق بالوقاية من النزعات الجماعية للعمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، على طرق ممارسة الإضراب وورد قيود على هذا الحق: اللجوء إلى التسوية الوديّة وهي إجبارية من طرق الوقاية وفيها المصالحة ثم الوساطة، التحكيم، فإذا تعدّرت التسوية يلجأ إلى الإضراب، بعد أيداع الإشعار المسبق، مع ضمان الحد الأدنى للخدمة، وإمكانية التسخير، كما صدر مرسوم تنفيذي رقم 23-361³ يحدّد قائمة قطاعات الأنشطة ومناصب عمل التي تتطلّب تنفيذ حد أدنى من الخدمة إجبارياً، كما منع بعض القطاعات من الإضراب لطبيعة هذه القطاعات الحساسة كل ذلك من أجل الحفاظ على هذا المبدأ.

2-2 تنظيم حق الإستقالة: تعتبر الاستقالة حق للموظف أو العامل في التشريع الجزائري وتعرّف بأنّها التصرف الذي يضع بمقتضاه الموظف حدّاً لعلاقة العمل، وهي إحدى الحالات

1 - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، مرجع سابق، ص458.

2 - القانون رقم 23-08 المؤرخ في 21 جويلية 2023، المتعلق بالوقاية من النزعات الجماعية للعمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب ج ر، ع 42، الصادرة بتاريخ 25 جويلية 2023.

3 - المرسوم مرسوم تنفيذي رقم 23-361 المؤرخ في 17 اكتوبر 2023 الذي يحدد قائمة قطاعات الأنشطة ومناصب عمل التي تتطلب تنفيذ حد ادنى من الخدمة اجباريا، وقائمة القطاعات والمستخدمين والوظائف الممنوع عليهم اللجوء الى الإضراب، ج ر، ع67، الصادرة بتاريخ 18 اكتوبر 2023.

لإنهاء علاقة العمل، ويعرّفها بعض الفقه بأنها: "سبب التوقّف عن القيام بأعمال الوظيفة تكون بمبادرة من الموظّف ويجب أن يتم طلبها كتابيا"¹.

ولما كان قرار الإستقالة يمسّ بهذا المبدأ لا سيما في الوظائف التي لها صلاحية التسيير والتعيين، ممّا يسبّب توقّف الخدمات العمومية، تَدخّل المشرّع بتأطير حق الإستقالة دون الإخلال بمبدأ سيرورة المرفق العام، فقد أرسى القانون الأساسي للوظيفة العمومية 06-03 في المادة 218 حُكْمًا عامًا مفاده تقديم طلب كتابي يعبر فيه الموظّف عن إرادته في إنهاء علاقة العمل، وشرط موافقة السّلطة التي لها صلاحية التعيين، ولا يعتبر في حل من إلتزامات الإدارة إلاّ بعد بث الإدارة وقبولها، وإلاّ يعتبر محلّ بواجباته القانونية تحت طائلة تطبيق العقوبات المنصوص عليها في الامر 06-03²، وقد حدّدت المدّة لقبول الإستقالة من طرف سّلطة التعيين بشهرين 02 كحد أقصى من تاريخ إيداع طلب الإستقالة، كما يمكن لسّلطة التعيين وإعتبارات الضرورة القصوى للمصلحة تأجيل الموافقة على طلب الإستقالة لمدّة شهرين 02 إبتداءً من إنقضاء الأجل الأوّل، وبإنقضاء هذا الأجل تصبح الاستقالة فعلية³.

2-3 نظرية الظروف الطارئة: لقد ساهم القضاء الإداري في فرنسا في إرساء النظريات التي تخدم مبدأ سيرورة المرفق العام، ويتضح ذلك في نظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي (الواقعي).

تجسيداً لقاعدة إستمرارية المرافق العمومية إبتكر مجلس الدّولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، ومفادها إذا وجدت أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة لم تكن متوقعة تؤدّي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، وتجعل من تنفيذه مستحيلاً وجب على الإدارة المساهمة بدفع مبلغ مالي في صورة تعويض لإعادة التوازن المالي للعقد، لتمكين المتعاقد من

1 - مهدي بخدة، النظام القانوني للإستقالة - دراسة في التشريع الوظيفي الجزائري-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، ع02، 2019، ص45.

2 - المادة 218 من الامر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. ج.ر ع 46 لسنة 2006 الصادر بتاريخ 15 جويلية 2006 المتمم « لا يمكن أن تتم الإستقالة إلاّ بطلب كتابي من الموظّف يعلن فيه إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية.»

3 - انظر الى المادة 219-220 من الامر 06-03، المصدر السابق.

مواصلة تنفيذه، وضمان استمرار المرفق العمومي، وتكمن أهمية هذه النظرية في أنها أداة لإستقرار المعاملات المالية، وأداة للتحقيق التوازن العقدي¹، ولإعتبارات استمرار تنفيذ العقد من خلال هذه النظرية يرد التوازن إلى حد المعقول أفضل من فسخه، وبالتالي ضمان لإستمرارية المرفق العام في تقديم الخدمات.

2-4 التسليم بنظرية الموظف الفعلي: ضمانا لمبدأ إستمرارية المرفق العام في تقديم

الخدمات، صاغ القضاء الإداري الفرنسي نظرية الموظف الفعلي، تطبيقا لإستمرارية المرافق العمومية ودوام سيرها، وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين بها باضطراد ودون توقف.

ويقصد به ذلك الشخص الذي تدخل خلافاً للقانون في ممارسة إختصاصات وظيفية عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص، ولا شك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولوا وظيفة عامة بصورة غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة، غير أنه إستثناءً على هذه القاعدة وحرصاً على دوام استمرار المرفق العام في ظروف الحرب والثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون إذن السلطنة، فإعترف القضاء والفقهاء كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون مرتباً لقاء أدائهم لعملهم².

ب: مبدأ المساواة أمام المرفق العام:

ويقصد به الحصول على المنفعة أو الخدمة العامة، ويحق لكل شخص تتوافر فيه الشروط التي تنص عليها القوانين واللوائح الإنتفاع بخدمات المرفق العام دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو المركز الاجتماعي أو الإقتصادي، ولا يجوز قانوناً حرمانه لأسباب ذاتية وإلا يعد ذلك إخلالاً بالمبدأ، ويستمد هذا المبدأ أساسه القانوني من المبدأ العام الذي يقضي بمساواة الأفراد في الحقوق والواجبات، كما يجد أساسه في فكرة المرفق العام الذي يرمي إلى إشباع الحاجات العامة، وتحقيق مصلحة الجميع، فلا يمكن للمتعاقد أن يميز في تقديم الخدمة

1 - اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ اللتزام التعاقدية، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادرار، ع02، 2018، ص ص 131-132.

2 - مازن ليلو راضي، القانون الاداري، منشورات الاكاديمية العربية في الدنمارك، 2008، ص78

بين الأفراد¹، ويجب معاملتهم بنفس الطريقة التي يتم معاملة أي منتفع آخر، دون تمييز أو تفضيل، وتعتبر الحيادية إستمراراً لمبدأ المساواة من قبل موظف في المرفق العام، وعدم الحياد يمثل مظهر من مظاهر التمييز وخرقاً جسيماً للأخلاقيات المهنية، إن تطبيقات هذا المبدأ يترتب عليه نتائج وهي مبادئ فرعية تتمثل في مساواة المنتفعين في خدمات المرفق العام، والمساواة في الإلتحاق بالوظائف العامة، وحيادية المرفق العام.

إلا أنّ المساواة أمام المرفق العام لا تكون إلا بالنسبة للأشخاص الذين يوجدون في مراكز قانونية متماثلة وفي ظروف واحدة، لأنّ إختلاف المركز القانوني للمنتفعين يترتب عليه إختلاف في الحقوق والواجبات وهذا ما أكدّه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر 26 جويلية² 1996 الذي قضى فيه أنّ المساواة أمام المرفق العام لا تكون إلا بالنسبة للأفراد موجودون في مراكز قانونية متماثلة، وتأسيساً على ما سبق بخصوص تطبيق مبدأ المساواة أمام المرفق العام ما يبرر إختراقه بوجود فروقات ممكنة، فيجب أن تكون مبررة بمعايير موضوعية، وبحسب الإجتهادات القضائية، يمكن للإدارة تحديد التعريفات مختلفة في ثلاث حالات دون خرق لهذا المبدأ³:

- إذا كان هناك نص قانوني صريح⁴؛

- إذا كان ذلك مبرراً من خلال المصلحة العامة⁵؛

- إذا كان فرق ملموس بشكل موضوعي في الوضعيات بين مستخدمي المرفق العام⁶.

ج- مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف:

وبعني هذا المبدأ أن المرفق العام ملزم بالتكيف فهو أقدم المبادئ، تمّ التصريح به في 1902 من قبل مجلس الدولة في حكمه "شركة الغاز الجديدة لغاز المدينة لي روان"⁷، الذي

1 - شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية B.O.T دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص ص 211-212.

2 - CE 7 /10 SSR, du 26 juillet 1996, 130363 130450, mentionné aux tables du recueil Lebon. sur site <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

3 - La tarification des services publics locaux Dsponible sur le site <https://www.courrierdesmaires.fr/>.

4 - CE, 17 décembre 1982, n°232936).

5 - CE 09 Mars 1951 ,Rec.Leb ,p: 151.

6 - CE, Sect. 10 mai 1974, n°88032)..

7 -CE, du 10 janvier 1902, 94624, publié au recueil Lebon, sur site <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

قضى فيه على وجوب إلتزام المتعاقد مع الإدارة بتطوير وسائل التنفيذ تماشيًا مع التطور الناتج، وإذا رفض يحق للإدارة تكليف شخص آخر.

1- المقصود بالمبدأ: ويعني بالقدرة على التكيف حسب البروفيسور Chapus، "يجب أن يكون نظام المرافق العامة قابلاً للتكيف، في كل مرة إذا لزم الأمر، مع تطور الإحتياجات الجماعية ومتطلبات المصلحة العامة¹". ولا يقتصر التكيف على القواعد المنظمة للمرافق العامة، بل يمتد إلى أسلوب إدراته، فيمكن تغيير أسلوب الإدارة من الإستغلال المباشر إلى المؤسسة العامة، أو من هذه الأخيرة إلى الشركة المختلطة، وللمرفق أيضاً أن يفرض رسوماً أو يخفف منها إذا رأى في ذلك مصلحة².

ومن هنا نجد هذا المبدأ أساسه في التطورات التي تحدث بدافعين: إما بدافع المصلحة العامة التي تتغير بتغير الزمان والمكان بإعتبار المرفق الذي ينشأ لتحقيق النفع العام في زمان محدد أو مكان محدد قد لا يصبح نافعا في غير ذلك، أو بدافع التقنيات الحديثة التي يتوجب على المرفق العام التكيف معها.

وأما النصوص القانونية التي تتضمن هذا المبدأ فنذكر التشريع الأساس: الدستور المادة 27 الفقرة 02³ "...تقوم المرافق العمومية على مبادئ الإستمرارية، والتكيف المستمر..."، الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي 12-415⁴، من خلال المادة 03 حيث نصت على " تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقا للمبادئ الآتية:.....تكييف الخدمات العامة مع إحتياجات المستخدمين..." ونصت المادة 07 منه أيضاً على هذا المبدأ " تضمن الإدارة العامة التكيف المستمر لخدماتها مع الإحتياجات المستجدة للمستخدمين..."

1 -Les lois du service public : continuité, adaptabilité, égalité sur site <http://fallaitpasfairedudroit.fr/> consulté le 04/01/2024 a 08h :07.

2 - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، المرجع السابق، ص ص 467-468.

3 - المادة 27/2 من المرسوم الرئاسي رقم 20/442، المتعلق بالتعديل الدستوري 2020، مصدر سابق.

4 - مرسوم رئاسي رقم 12-415 المؤرخ في 11 ديسمبر 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة، المعتمد بأديس أبابا بتاريخ 31 يناير سنة 2011، ج ر، ع 68 الصادرة بتاريخ 2012/12/16.

أما التشريع العادي فنجد قانون 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات سالف الذكر، حيث نصّت المادة¹ 03 منه "... يهدف المرفق العام إلى ضمان التموين بالكهرباء والغاز.... في أحسن شروط الأمن والجودة والسعر واحترام قواعد التقنية والبيئية...". وجاءت النصوص التنظيمية متضمنة هي الأخرى لهذا المبدأ ومن ذلك المرسوم رقم 88-133² الذي ينظّم العلاقة بين الإدارة والمواطن حيث نصّت المادة 06 منه على " تسهر الإدارة دوماً على تكيف مهامها وهيكلها مع إحتياجات المواطنين، ويجب أن تضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة".

وحق الإدارة في تعديل النظم واللوائح الخاصة في المرافق العمومية ليس مقتصرًا على المرافق التي تدار بالنمط المباشر، بل يشمل أيضًا بالنسبة للمرافق التي تدار بالإمتياز.

2- النتائج المترتبة عن هذا المبدأ: كما سبق أن بيّنا، وفق هذا المبدأ، تمتلك السلطة الإدارية الحق في التدخل في أي وقت لتعديل القواعد المنظمة لإدارة المرافق العامة، أو تغيير طريقة إدارتها، أو فرض رسوم على مستخدمي المرفق العام، يمكن أن يصل الأمر إلى حد إلغاء المرفق العام دون أن يكون للجمهور حق الاعتراض، لأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، وفيما يتعلق بالنتائج، فإنّ هذا المبدأ مهم لثلاث فئات؛ الموظف العمومي، والمفوض له في العقد الإداري، والمنتفعين³:

1-2 الموظفين العموميون للمرفق العام: وهو حق الإدارة في تعديل مراكزهم، لأنّ الموظف إتجاه الإدارة يكون في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية على عكس القطاع الخاص، فوضعيتهم تتغير من جانب واحد، بصدور قوانين أساسية تنظّمها وبالتالي تغير وضعية مراكزهم القانونية، فليس للموظفين التمسك بالنظام القديم الذي كان يحكمهم⁴، أما بالنسبة للعاملين بنظام

1 - القانون 02-01، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المصدر السابق.
2 - مرسوم رقم 88-131 المؤرخ في 04 يوليو 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر، ع27، الصادرة بتاريخ 06 جويلية 1988.

3 - Amrani Kamel Eddine, *L'esprit constitutionnel des lois du service public (étude juridique et jurisprudentielle)*, Revue droit et de science politique, Volume: .. 08 / N°: 01, 2022, pp 700-701

4- المادة 07 من الامر 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 ينضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر، ع46، الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006. " يكون الموظف إتجاه الادارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية"

التعاقد، فلا يمكنهم الإعتماد على عقودهم للمعارضة لأي تغيير في المرفق العام ومع ذلك، لديهم حق في تعويض مالي.

2-2 المتعاقدون (المفوض لهم): يكرّس القانون الإداري على أن العقود الإدارية تخضع

لقواعد مختلفة عن تلك المتبعة في القانون الخاص، لأنّه في هذا النوع من العقود يمكن تعديل البنود في أي وقت، من قبل السّلطة العامّة، أي الإدارة الطرف القوي في العقد، ومن جانب واحد. ولا يحق للطرف الآخر في العقد أن يرفض هذا التكيف.

2-3 المنتفعون: فالتكيف يستند إلى فكرة أنّ المصلحة العامة تتغيّر مع الزمن، فالطرق

والوسائل المستخدمة لتحقيقها قد تتغيّر، فمستخدمي المرفق العام لا يستطيعون أن يفرضوا على المرفق العام توفير نفس الخدمات، كما يمكن الحاجة إلى التكيف إلى تغيير طبيعة الخدمات، كما أنّه لا يجوز لهم الاعتراض على إلغاء المرفق العام، فليس لديهم حق مكتسب في الحفاظ على نظام المرفق العام، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Vannier" على إلغاء خدمات المرفق العام في إرسال البث التلفزيوني، قاضي المنتفع "Vannier" القرار وطالب بتعويض عن توقف البث، فالقرار كان متسقاً مع مبدأ قابلية تكيف المرفق العام مع المستجد، ووفقاً لهذا الحكم، لم تكن الدولة مُلزّمة بالمسؤولية عن إلغاء المرفق العام¹، فنهاية المرفق العام إدارية لا تلزم مسؤولية الدولة.

3- القيود الواردة على هذا المبدأ: إلا أنّ سّلطة الإدارة في تغيير وتعديل المرفق العمومية

ليست مطلقة، وإنّما ترد عليها قيود يجب توفرها، وهي كمايلي:

1-3 رقابة القاضي للصلاحيات الإدارية المرتبطة بمبدأ التكيف: يمنع الإدارة تعديل

طرق تنفيذ المرفق العام إذا كانت محدّدة بواسطة القانون أو الدستور، فيتحقّق القاضي الإداري ما إذا كانت السّلطة المسؤولة عن المرفق العام، حتى وإن كانت تعمل في مصلحة عامة، لم تتجاوز حقوقها بتعديل نشاطها، أي إذا لم تنتهك النصوص التي تحكم المهمة التي أُسندت إليها، كما أنّه لم يعد القاضي يكتفي بالرقابة فقط، بل يجبر في بعض الأحيان الإدارة على تكيف

1-CE, sect., 27 janvier 1961, Sieur Vannier, n°38661, Rec. p. 60.

المرفق العام، عندما تفرض التشريعات الوطنية أو الأوروبية، أو الاتفاقيات الدولية، أو حتى الدستور، متطلبات بشأن جودة الخدمة العامة دون أن تقوم الإدارة بتعديل خدماتها، يتاح للمستخدمي المرفق العام عدة سبل قانونية: طلب إلغاء التنظيم الداخلي للمرفق العام الذي أصبح غير قانوني؛ طلب إصدار تنظيم جديد للمرفق العام بتطبيق النصوص التشريعية العامة، فيمكن للمستخدم الإحتجاج بالإستناد إلى القوانين أو النصوص التشريعية، ولكن أيضاً بناءً على ظروف الوقائع، مثل تطوّر التقنيات والإحتياجات. وأخيراً، هذا التطوّر في القضاء قد ساهم ورافق في نفس الوقت تطوراً في أساليب الإدارة، وعليه يمكن القول أن مبدأ التكيف والتغيير للمرفق العام يستند إلى المصلحة العامة بالدرجة الأولى، وهذه الأخيرة مراقبة من طرق القاضي لضبط تصرفات الإدارة وخروجها من دائرة التعسف وعيب الإنحراف.¹

ثانياً: المبادئ الحديثة لتفويضات المرفق العام

وهي مبادئ ظهرت نتيجة ظهور المرافق العامة الاقتصادية، والمنتبّع للتشريعات المقارنة يجد أنّ معظم هذه التشريعات قد نصّت عليها عند إقرار تقنية تفويض المرفق العام، ونجد معظم هذه المبادئ مشتركة، وقد تنفرد بعض التشريعات بمبادئ دون غيرها، وهذا نتيجة للظروف السائدة والتحديات التي فرضت على تلك الدول وخصوصيات المرفق العام لكل دولة، ولقد نصّ المشرع الجزائري متفرداً بمبدأين وهما الجودة في الخدمة العمومية والنجاعة، وهذا راجع إلى إلتزامات المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية ما ذكره الميثاق الافريقي المدرج في حيثيات المرسوم التنفيذي 18-199، وكذلك رغبة السلطات إلى إصلاح المرافق العمومية التي تنطلق من هذه المبادئ، وإن كانت مبادئ ناقصة بالمقارنة مع التشريعات المقارنة على غرار البيئة والتنمية المستدامة مثلاً.

1 - Jean-Paul Markus, **Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers**, RFDA,n° 3, 2001, mai-juin p. 589-604.

أ- الجودة في تقديم الخدمة العمومية:

سننظر إلى مفهوم الخدمة العمومية وأنواعها ثم التعريف بالجودة.

1- مفهوم الخدمة العمومية: تعرّف الخدمة العمومية بتلك الرابطة التي تجمع بين الإدارة العامة الحكومية والمواطنين على مستوى تلبية الرغبات وإشباع الحاجات المختلفة للأفراد من طرف الجهات الإدارية والمنظمات العامة¹، ووفقا للقانون الإداري الفرنسي "الخدمة العمومية هي تلك التي تعد تقليدياً خدمة فنية تزود بصورة عامة بواسطة منظمة عامة، كاستجابة لحاجة عامة ويتطلب توفيرها أن يحترم القائمون على إدارتها مبادئ المساواة والإستمرارية والتكيف لتحقيق الصالح العام²، وعرفها المرسوم 12-415 المتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي سالف الذكر" تعني عبارة "الخدمة العامة" أي خدمة أو نشاط متعلق بالمصلحة العامة يتم القيام بها تحت سلطة الإدارة العامة³، ومن خلال التعاريف المقدمة فإنّ العناصر المشتركة لمفهوم الخدمة العمومية تتلخص بشكل عام في عنصرين أساسيين:

- الخدمة العمومية تتصل مباشرة بإشباع حاجة لفائدة المصلحة العامة ؛

-الخدمة العمومية تصدر عن السلطات العمومية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

وتتنوع الخدمات العمومية إلى خدمات حسب المجال وهي: خدمات إدارية، خدمات اجتماعية وثقافية، وخدمات صناعية وتجارية، وخدمات حسب التكلفة وهي: خدمات مجانية وخدمات بمقابل كالتعريفات والرسوم، وخدمات حسب المنفعة وهي: خدمات ذات نفع عام وخدمات ذات منفعة إقتصادية، إضافة إلى خدمات حسب موضوع الخدمة ومحلّها: وهي خدمات ضرورية لبقاء المجتمع وسلامته كالتعليم، الصحة.. إلخ⁴.

1 -كمال فار، الخدمة العمومية المقاربة النظرية والجذور التاريخية، مجلة المفكر، جامعة الجزائر 02، ع02، ديسمبر 2020، ص187.

2 -سهام رابحي، تحسين الخدمة العمومية على مستوى الإدارة المحلية في الجزائر، أطروحة الدكتوراه، إدارة محلية، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة باتنة-1، 2018-2019، ص38.

³ المادة الاولى من المرسوم الرئاسي رقم 12-415، المصدر السابق.

4 - سهام رابحي، المرجع السابق، ص 46-48.

2 - مفهوم الجودة: يرتبط هذا المفهوم بالمبدأ التقليدي قابلية المرفق العام للتكيف والتغيير سواء لتحقيق المصلحة العامة أو مواكبة التطورات الاقتصادية والتقنية في تقديم الخدمات العمومية للمنتفعين، وهي مصطلح يرتبط بالقطاع الخاص والمنافسة كمفهوم إقتصادي مرتبط بنوعية السلع والخدمات، وخصائص وسمات تجعل من المنتج والخدمة قادرة على المنافسة وإرضاء الزبائن، ومن خلال ذلك تعرّف الجودة على أنّها "مجموعة من الخصائص والسمات التي يجب توافرها في المنتج والخدمة بحيث تجعله يقوم بوظيفته على أكمل وجه ويرضي المستهلك"¹.

3 - الأساس القانوني للجودة كمقاربة جديدة في الخدمة العمومية: إنّ التحولات التي رافقت المرافق العامة فرضت ضرورة خضوع الخدمات التي تقدّمها إلى مبدأ النوعية والجودة وضرورة تحسينها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، ويقصد به في الخدمات العمومية أنّه يحق لمستعملي المرفق العام الحصول على خدمة بأفضل نوعية وجودة وبأحسن الأسعار، ويمكن أن ينص على نوعية الخدمة بنص قانوني أو في إطار عقود التفويض.

ولقد أدرك المشرع الجزائري أهميّة هذا المبدأ في إحياء المرافق العمومية وفعاليتها، فلم يعد حق المواطن في الحصول على الخدمة العمومية بل في الخدمات الجيدة وذات نوعية، حتّى أنّ المشرع الفرنسي أضاف مبدأ ليس فقط الجودة وحدها بل "عالية الجودة" كما تبعه في ذلك المشرع المغربي في المادة 07 من القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض المشار اليه سابقاً فيها: "يمكن لأي شخص جيد استعمال تقنية أو تكنولوجيا من شأنها أن تكون مفيدة في تدبير المرفق العام.....".

ويجد أساس هذا المبدأ من خلال إستعمال التقنيات العالية في تفويض المرفق العام من خلال نص المادة 11 فقرة 2 بنصّها على أنّه يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض والذي يقدّم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية²، كما أكدّ على ذلك في المادة 22 من نفس المرسوم عندما نصّ على ضرورة تأكّد السلّطة المفوضّة عند إنتقاءها للمفوض له

1 - ضريفي نادية، جودة الخدمة العمومية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ع04، 2016، ص 131.

2 - انظر المادة 2/11 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق

ذلك الشخص الذي يقدم ضمانات كافية مترجمة في القدرات المالية والتقنية والمهنية¹، ويقصد بذلك المهنية شهادات الجودة والإعتماد، كما يقصد بالقدرات التقنية الوسائل المادية والبشرية والمراجع المهنية كشهادات حسن التنفيذ في الإختصاص، ويقصد بالقدرات المالية الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمراجع المصرفية²، كما نص على ذلك قانون المياه في المادة 104 فقرة 1 منه عند تفويض مرفق المياه للمتعاملين العموميين أو الخواص يجب أن يكون ذلك الشخص الذي يملك مؤهلات مهنية ويقدم ضمانات مالية كافية³.

ب- النجاعة في الخدمة العمومية:

وتعرف النجاعة على أنها الإستخدام الأمثل للوسائل المتاحة من أجل الوصول إلى نتائج، ويمكن تعريفها أيضاً على أنها تحقيق الفعالية بأقل تكلفة، ويقصد بها أيضاً الفعالية أو الأداء وهي تحقيق نتيجة تتطابق مع الأهداف المسطرة، كما تعني أيضاً الإستعمال الأمثل للموارد المتاحة للمرفق العمومي لتحقيق أفضل النتائج، ويقاس الأداء بمؤشر وهو معيار يسمح بقياس أداء البرنامج ما وفقاً لأبعاد الثلاثة (الفعالية، وجودة الخدمة المؤداة للمستعمل، والنجاعة)⁴، فقد ربط المشرع الجزائري معايير الجودة والنجاعة التي تقتضي تقديم الخدمات العمومية بالفعالية، فالمصلحة العامة وحمايتها تقتضي قيام المرافق العامة بتقديم خدماتها بكل فعالية، والفعالية هي الأصل في قياس مدى تحقيق الهدف المتمثل في المصلحة العامة التي كانت مسطرة عند إنشاء المرفق العام، وذلك من خلال الإستعمال الأمثل للموارد والإمكانات⁵.

فيتعين على المفوض له أن يضمن التسيير الفعال والحسن للمرفق العام، فيؤسس معيار النجاعة على منهج الأداء الذي يهدف إلى تحسين فعالية النفقات العمومية وذلك بتوجيه التسيير

1- انظر المادة 22، المصدر نفسه .

2- انظر المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

3- انظر المادة 01/104 من القانون 05-12، المصدر السابق.

4- للتفصيل أكثر انظر معجم مصطلحات القانون العضوي 18-15، ص 19-26، المصدر السابق.

5- عكوش فتحي، ضمان الخدمة العمومية في تفويض المرفق العام، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة المجلد 05، العدد 01، 2020، ص 854.

العمومي نحو تحقيق النتائج المسطرة مسبقاً، في مجال الفعالية الإجتماعية والإقتصادية، نوعية الخدمة والنجاعة في إطار الوسائل المحددة مسبقاً.

وعليه يتبين لنا أنّ تعزيز المرفق العام بمبادئ جديدة تبدو واسعة ومرنة فمضابط لمراقبتها وتحقيقها، هل هناك آليات قانونية تسمح بقياس النجاعة ذلك المصطلح الواسع؟ خصوصاً أنّ مصطلح النجاعة غالباً ما يعبر عن مصطلحات مثل الأداء performance، الكفاءة efficiency، الفعالية effectivness ومثل هذا التداخل يثير الكثير من الإلتباس فمفهوم النجاعة واسع وفضفاض.

ج- تكريس المبادئ الحديثة والضمانات القانونية:

تعترف العديد من القوانين المقارنة بمبدأ الجودة والنجاعة كقاعدة قانونية تحكم سير المرافق العامة، وتبرز في هذا السياق إلتزامات قوانين الإتحاد الأوروبي على الدول الإتحاد الذي أصل لفكرة المنفعة العامة الإقتصادية المؤسسة على مبدأ الجودة في الخدمة العمومية مؤكداً عليها كمبدأ قانوني على مستوى الإتحاد، أدى ذلك إلى تغيير موقف مجلس الدولة الفرنسي مقابل إعتراف القانون الإتحادي بالمرافق العامة، وأدخل مفهوم (المرفق العام العالمي)¹، كما إعترفت بعض الدول بهذا المبدأ في دستورها وفي القوانين المنظمة لتفويض المرفق العام.²

1 - إعلان من المفوضية الأوروبية إلى البرلمان الأوروبي ومجلس الإتحاد الأوروبي واللجنة الاقتصادية والاجتماعية الأوروبية ولجنة المناطق - الكتاب الأبيض حول المرافق ذات المصلحة العامة، تعرض اللجنة الأوروبية، من جهتها، تسعة مبادئ في مجال المرافق ذات المصلحة العامة، وهي: مبدأ التكاملية، مبدأ تحقيق أهداف المرفق العام في إطار أسواق مفتوحة والتنافسية، مبدأ ضمان التماسك والولوج العالمي، مبدأ الحفاظ على مستوى عالٍ من الجودة والأمان، مبدأ تأمين حقوق المستهلكين والمستفيدين، مبدأ متابعة وتقييم عملية تشغيل المرافق، مبدأ احترام تنوع المرافق والحالات، مبدأ زيادة الشفافية، مبدأ ضمان الأمن القانوني.

Les neuf principes de la Commission européenne en matière de SIG - Principes de subsidiarité - Atteindre des objectifs de service public au sein de marchés ouverts et concurrentiels - Assurer la cohésion et l'accès universel - Maintenir un niveau élevé de qualité et de sécurité - Garantir les droits des consommateurs et des usagers - Suivre et évaluer le fonctionnement des services - Respecter la diversité des services et des situations - Accroître la transparence - Assurer la sécurité juridique, Lia Caponetti* et Barbara Sak Comment définir le service public à travers ses différentes facettes, missions et principes ? Working paper CIRIEC N° 2016/06.p4.

2 - ومن ذلك ما أورده المؤسس الدستوري المصري موضوع جودة خدمات المرافق العامة بشكل صريح: فقد نصت المادة 19 من الدستور المصري لسنة 2014 على أن التعليم حق لكل مواطن وتلتزم الدولة بتوفيره وفقاً لمعايير الجودة العالمية، والمادة 20 تلتزم الدولة بتشجيع التعليم الفني والتقني والتدريب المهني وتطويره... وفقاً لمعايير الجودة العالمية،

وبالعودة إلى المشرع الجزائري فقد كان هو الآخر حريصاً على تبني هذه المبادئ في المنظومة القانونية ابتداءً بالالتزام بالمواثيق الدولية عن طريق المصادقة على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة المتضمن لمبادئ الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية المشار إليه سابقاً، كما تبنى المؤسس الدستوري أيضاً مبدأ الجودة مركزاً على خدمات التعليم¹، أما القوانين فجاءت متنوعة حسب كل قطاع منها قطاع الكهرباء والغاز، وقطاع الإتصالات وقطاع المياه. أما النصوص التنظيمية المنظمة لعقود تفويضات المرفق العام فقد جاءت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 18-199 مكرسة لهذه المبادئ الحديثة².

وللإجابة على السؤال بخصوص الضمانات والآليات القانونية لتحقيق هذه المبادئ الحديثة وإستقراراً للنصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري في المرافق العمومية الاقتصادية التي تقدم الخدمات العمومية أوجد آليات وهي سلطات الضبط الإقتصادي ومثال ذلك لجنة ضبط الكهرباء والغاز من مهامها تجسيد مبدأ النوعية والجودة في إقتراح معايير تتعلق بنوعية العرض وخدمة الزبون، وفي مجال البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية فإن سلطة الضبط بالإتفاق مع الوزارة الوصية تكيف دورياً المقاييس الدنيا لنوعية الخدمة المطبقة على الخدمة العمومية للبريد

وما أورده المشرع الدستوري المغربي في الدستور المغربي 2011 نص على مبدأ الجودة والشفافية كأحد المعايير التي تخضع لها المرافق العامة فنصت المادة 154 من الدستور المذكور على "يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنين في الولوج إليها والإنصاف في تغطية التراب الوطني والاستمرارية في أداء الخدمات وتخضع المرافق العمومية لمعايير الجودة والشفافية..." والمادة 03 من قانون التدبير المفوض 05-54 المغربي، يظهر لنا أن المشرع المغربي كان أكثر توفيقاً في نص على هذا المبدأ بشكل عام على خلاف المشرع المصري الذي ركز على هذا المبدأ في قضايا التعليم فقط.

1 - انظر الى المادة 65 من الدستور 2020، المصدر السابق.

2 - جاء في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، التأكيد على ضرورة ضمان الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية ، فأدرج المبدأ مع المبادئ التقليدية للمرفق العام، ضمن هذه المادة لما له من أهمية كبيرة في إدارة المرفق العام.

والمواصلات السلكية واللاسلكية، وتأخذ بعين الإعتبار توصيات هيئات التقييس في الإتحاد الدولي للاتصالات والإتحاد البريدي العالمي.¹

أمّا المرافق العمومية الإدارية فقد أوجد المشرع ضمانات من خلال نص المادة 83 من المرسوم 18-199 على أن السلطة المفوضة في إطار الرقابة تقوم بعقد إجتماع على الأقل كل ثلاث (03) أشهر مع المفوض له من أجل تقييم نجاعة التسيير، والتأكد من جودة الخدمات المقدّمة، ومدى إحترام مبادئ المرفق العام، ولعلّ من بين الآليات المستحدثة لحماية المبادئ الحديثة نجد المرصد الوطني للمرفق العام وهو هيئة إستشارية، إذ أنه يعمل على ترقية حقوق مستعملي المرفق العام وحمايتها، ويُعدّ الدراسات والإحصائيات والآراء والمؤشرات والمعلومات، التي من شأنها ترقية الأعمال الموجهة لتحسين نوعية خدمات المرفق العام.²

وعليه تبقى الآليات القانونية لمراقبة تحقيق المبادئ الحديثة لترقية الخدمات العمومية لا ترتقي إلى مستوى ما حظيت به بعض الإصلاحات التي باشرتها الدولة فنذكر منها الإصلاحات الميزانية للدولة، مثل ما نصّ عليه القانون العضوي 15-18 المتعلّق بقوانين المالية الذي جاء ببرامج تشمل عروض استراتيجية وأهداف ومؤشرات الأداء، وأنشأ معايير تسمح بقياس الأداء وفقا لأبعاده الثلاثة (الفعالية، الجودة، والنجاعة).³

د-مبّررات تبني المعايير الحديثة في تفويضات المرفق العام:

أدركت التشريعات المقارنة على أنّ الخدمات العمومية لم تعد تحمل رغبة المنتفعين في الحصول عليها، بل أصبحت تتطلّب الجودة والنوعية مع الأداء الذي يتميز به المرفق المقدم للخدمات العمومية، ومن هنا فإنّ صورة الدولة تنعكس في هذه المرافق العمومية، لذا إتجهت

1 -قرار نواره، مبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، أطروحة الدكتوراه، قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022-2023، ص69.

2 -انظر الى المادة 04 من المرسوم رئاسي رقم 16-03 مؤرخ في 07-01-2016، المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام، ج ر ع 02، المؤرخة في 13-01-2016.

3 -المادة 87 من القانون العضوي 18-15، المصدر السابق.

الدول إلى تحسين صورتها لما لها من التزامات خارجية وداخلية، والجزائر واحدة من هذه الدول:

ومن بين المبررات التي كرّست تبني المبادئ الحديثة في عقود تفويضات المرفق العام:

-المبادئ الحديثة كمقاربات جديدة في التشريعات المقارنة والتزامات المنظمات الدولية ؛

-المبادئ الحديثة كنهج للإصلاحات لإعادة الثقة للمواطن وتجديد علاقته بالدولة ؛

-المبادئ الحديثة متطلبات اقتصادية لها علاقة بالتنمية والنمو الاقتصادي ؛

-المبادئ الحديثة متطلبات نجاح السياسات العامة للدولة ؛

-المبادئ الحديثة لتحديث المرافق العمومية.

الفرع الثالث: الظروف الإستثنائية والإدارة الالكترونية كضمان لمبادئ المرفق العام

أظهرت الأزمة الصحية العالمية المتمثلة في وباء كورونا 19 الدور الكبير الذي تلعبه التكنولوجيا الرقمية الوصول إلى الخدمات العامة، وبالتالي ضمان لمبادئ المرافق العمومية، لقد أدت هذه الأزمة إلى إختلال المبادئ الأساسية للمرفق العام، فإتخذت الدول إجراءات مركزة على هدفين: ضمان تأمين احتياجات القطاع العام، ودعم المتعاملين الإقتصاديين.

أولاً: الحالة الإستثنائية وتكييف إجراءات الإبرام والتنفيذ لضمان مبادئ المرفق العام

إتخذت بعض الدول إجراءات إحترازية وتدابير لضمان سيرورة المرافق العمومية في تقديم الخدمات العمومية، فنصت على إجراءات وتدابير من شأنها الحفاظ على مبادئ الإبرام وتنفيذ خدمات المرفق العام.

أ-تدابير الحالة الإستثنائية لضمان مبادئ المرفق العام المفوض:

تلقت نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة¹ في نقطة مشتركة وهي تمكين التعامل مع الظروف الإستثنائية التي لم يكن من الممكن توقعها بشكل معقول من قبل الأطراف في العقد

1- نظرية القوة القاهرة هي واحدة من أقدم نظريات العقود الإدارية تم صياغتها من قبل مجلس الدولة في حكمه بتاريخ 9 ديسمبر 1932 في قضية شركة ترامواي شيربورغ

CE, 9_décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Rec. 1050, concl. Josse.

اما نظرية الظروف الطارئة صاغها مجلس الدولة في حكم صادر له بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية شركة الإضاءة العامة في بوردو .

9 CE, 30_mars 1916, Compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux, S._ 1916, 3, 17, concl Chardenet, note Hauriou.

وتحديد التوازن المالي، ولاشك أنّ الحالة الصحيّة التي مرّ بها العالم تعتبر كحالة قوة القاهرة وظرف طارئ لم يكن في الحسبان، فأدركت الدّول إلى جانب هذه النظريات بحاجة إلى تكييف منظومتها القانونية مع هذا المستجد للمحافظة على المبادئ العامة عند الإبرام، وعند التنفيذ الخاصّة بعقود تفويض المرفق العام.

ففي فرنسا إعتبر وزير الإقتصاد أنّ الوضعية الصحية هي حالة قوة القاهرة على المؤسّسات مضيّفاً "أنه بالنسبة لجميع صفقات الدولة العمومية، إذا كان هناك تأخير في التسليم من قبل الشركات الصغيرة والمتوسطة، فلن نعرض أي عقوبات عليها"¹ واتخذ المشرّع تدابير استثنائية تمثّلت في صدور الأمر رقم 319-2020² المتعلّق بمختلف التدابير بتكييف قواعد الإبرام أو إجراء أو تنفيذ العقود الخاضعة لقانون الطلبات العمومية والعقود العامة التي لا تندرج تحته خلال الأزمة الصحيّة الناجمة عن وباء كوفيد-19، ومن بين الإجراءات:

يهدف إلى حماية المتعاملين الاقتصاديين من عواقب تفشي وباء كورونا، مع ضمان إستمرارية عقود الإمتيازات الحالية، ما لم تكن الشروط التعاقدية أكثر ملاءمة لصاحب الامتياز، وفي سكوت العقد تكون شروط التعويض هي تلك الناتجة عن النظريات القضائية كحالة قوة القاهرة والظروف الطارئة، كما هدف الأمر ما نصّت عليه المادة 04³ إلى تمديد مدّة عقد الإمتياز المرفق العام بملحق إلى غاية نهاية الحالة الطارئة، مع تبسيط متطلّبات الفحص المسبّق لإجراءات تمديد العقد، إضافة إلى تمديد أجال تنفيذ إمتياز الأشغال المحدّدة في العقد وهي إلتزامات تعاقدية يتحمّلها المفوض له في الحالة العادية ويترتّب عليها عقوبات مالية وإجراءات الفسخ، فكل هذه التدابير والإجراءات ضمناً لمبادئ المرفق العام المفوض، وهي تخص جميع عقود الإمتياز دون إستثناء ومن هنا يتبيّن لنا من التدابير المتخذة ضمان سيرورة المرفق العام والمساواة بين جميع

1-Serge Pugeault, La commande publique en période de crise sanitaire, disponible sur le site lemoniteurboutique.com.

2 -Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, JORF n°0074 du 26 mars 2020.

3- voire Art 04 Ordonnance n° 2020-319, op.cit .

المتعاملين الإقتصاديين في الحصول على التعويضات والحقوق، وتكثيف وتغيير المرفق العام مع الظروف الإستثنائية.

ونصت المادة 06 الفقرة 02 و 05¹ على إعفاء المفوض له من العقوبات بسبب الإخلال بالالتزامات التعاقدية منها الأجل القانونية لتنفيذ الخدمات، كما يتحصل المفوض له تعويض مالي بسبب تعليق المرفق عن الخدمات، مع منحة في حالة إستمرارية المرفق العام.

كما نصت المادة 02² منه على تكريس الحفاظ على مبادئ الإبرام وهي حرية الوصول إلى الطلب العمومية والمساواة والشفافية، وذلك بتمديد فترات إستلام الترشيحات والعروض في الإجراءات الجارية بمدة كافية، تحددها السلطة المتعاقدة، لتمكين المتعاملين الإقتصاديين من تقديم ترشيحاتهم أو عطاءاتهم، كما أكدت المادة 03³ على مبدأ المساواة في الحالة الإستثنائية، وذلك عندما لا يمكن للسلطة المتعاقدة أن تلتزم بشروط المنافسة المحددة وفقاً لقانون الطلبات العمومية في وثائق إستشارة المؤسسات، يمكنها تعديلها خلال الإجراءات بمراعاة مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

أما في الجزائر تبنت حزمة تشريعية لمجابهة الحالة الإستثنائية التي عطلت المرافق العمومية عن العمل، مما إنعكس على المبادئ العامة للمرافق العمومية، إلا أنه وعلى عكس المشرع الفرنسي لم ينص المشرع الجزائري على التدابير الخاصة بعقود التفويضات المرفق العام، قد إستغرقت تلك الحزمة التشريعية على الصفقات العمومية لضمان سيرورة المرافق العمومية، فصدر المرسوم الرئاسي 20-237 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته⁴، تضمن فيه الشروع في تنفيذ الخدمات العمومية قبل إجراءات الإبرام، مع إمكانية اللجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط دون الدّعوة الشكلية إلى المنافسة.

1 -voir alinéa 1,2,5,6 de l' Art 06 Ordonnance n° 2020-319, op.cit .

2 -voir Art 02 Ordonnance n° 2020-319, op.cit .

3 - voir Art 03 Ordonnance n° 2020-319, op.cit

4 -المرسوم الرئاسي 20-237 المؤرخ في 31 اوت 2020، الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات ابرام الصفقات العمومية في اطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا(كوفيد19) ومكافحته، ج ر، ع51،الصادرة بتاريخ 31 اوت 2020.المتمم.

ب- الحالة الإستثنائية وأثارها على المبادئ العامة للمرفق العام المفوض:

نستشف من المرسوم التنفيذي 20-69 المتعلق بتدابير الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته، حرص المشرع على ضمان الحد الأدنى من الخدمة العمومية، من خلال إجراءات الحجر الصحي والتباعد الاجتماعي حيث تهدف هذه التدابير تعليق نشاطات الأشخاص بكافة أشكالها البري والبحري والجوي، بالتالي تعطيل وتعليق بعض نشاطات المرافق العمومية الإقتصادية والخدماتية، ثم صدر بعد ذلك المرسوم التنفيذي 20-70 ليكمل التدابير الإحترازية وذلك بإقامة نظام الحجر المنزلي الكلي والجزئي بإلزام الأشخاص بعدم مغادرتهم منازلهم كليا أو جزئيا في أماكن نقشي الفيروس، الأمر الذي أدى إلى المساس بمبدأ إستمرارية المرافق العامة في تقديم الخدمات، كما أدى إلى تعليق بعض نشاط المرافق العمومية، إلا أنه رغم هذه الإحترازات والتدابير المتخذة كان الهدف منها وضع حدًا لإنتشار الفيروس، مع ضمان الحد الأدنى للخدمات وتقريب الخدمات للمستخدمي المرفق العام عن طريق الإدارة الإلكترونية وهذا ما نصت عليه المادة 09 من المرسوم التنفيذي 20-69 يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته¹، بتشجيع العمل عن بعد².

كما نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي 20-69³ أعلاه بالتأكيد على مبدأ إستمرارية المرفق العام وذلك بتكليف الوزير المكلف بالنقل والوالي المختص إقليميا بتنظيم النقل لضمان سيرورة الخدمة العمومية والحفاظ على النشاطات الحيوية.

أما في فرنسا أعطى المشرع السلطة المانحة سلطة التوجيه الخاصة بالخدمة، لتقرر تعديل نطاق الخدمة بشكل مؤقت، أي تعليق الخدمة، أو ناتج عن إجراءات الضبط الإداري وذلك بتمديد

1 - مرسوم تنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج ر، ع15، الصادرة بتاريخ 21 مارس 2020.

2 - المادة 09 من المرسوم التنفيذي 20-69، مصدر سابق " يمكن أن تتخذ المؤسسات والإدارات العمومية كل إجراء يشجع العمل عن بعد في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها"

³ انظر الى المادة 04 استثناءا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي 20-69، مصدر سابق.

أجل التعليق وهذا ما نصت عليه المادة 04 من الأمر 2020-560¹ الذي يحدد أجال المطبقة على مختلف الإجراءات خلال مدة الحالة الصحية، من شأنه المساس بمبدأ سيرورة المرفق العام في تقديم الخدمات العمومية.

ثانياً: الإدارة الإلكترونية كضمان لمبادئ المرفق العام

لقد وصلت حركة التحول الرقمي للإدارة، والتي بدأت منذ التسعينيات القرن الماضي، إلى نقطة تحول مؤخرًا ولعلّ تزايد إهتمام التشريعات بهذا المصطلح راجع إلى الحالة الصحية المتمثلة في انتشار وباء كورونا التي شلّت المرافق العمومية عن أداء وظائفها المنوطة بها، ويكتسي تطوير الخدمات عن بعد علاقة بين مستخدمي المرفق العام والإدارة أهميّة خاصّة، فأخضعت لتنظيم قانوني تدريجياً.

فنصّت المادة 09 المرسوم التنفيذي 20-69 أعلاه على التشجيع بالعمل عن بعد، بإعتماد المرافق العمومية على وسائل الرقمنة، ومن مظاهرها الخدمات التعليمية عن بعد، والتقاضي عن بعد، إضافة إلى خدمات البريد والضمان الإجتماعي، أمّا في فرنسا وإن كانت قد تبنت مشروع الجمهورية الإلكترونية تحت قانون 2016-1321² من قبل، فقد تبنت الوسائل الرقمية أثناء الحالة الإستثنائية تأكيداً على سيرورة الخدمات وجودتها³.

أ-تعريف الإدارة الإلكترونية:

تعرف الإدارة الإلكترونية على أنّها "تنفيذ كل الأعمال والمعاملات التي تتم بين طرفين أو أكثر سواء من الأفراد أو المنظمات من خلال إستخدام شبكات الإتصالات الإلكترونية"، ويقصد بالإدارة العامة الإلكترونية "إستخدام تكنولوجيا المعلومات الرقمية في إنجاز المعاملات الإدارية

1-art 04 Ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire, [JORF n°0118 du 14 mai 2020, Texte n° 25.](#)

2 -Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, [JORF n°0235 du 8 octobre 2016.](#)

3 -voir Ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif, [JORF n°0074 du 26 mars 2020](#)

وتقديم الخدمات المرفقية، والتواصل مع المواطنين... ويطلق عليها أحياناً حكومة عصر المعلومات أو الإدارة بغير أوراق أو الإدارة الإلكترونية¹

ب- الإدارة الإلكترونية ومبادئ إبرام الطلبات العمومية:

لقد حرصت التشريعات المقارنة على احترام مبادئ إرساء الطلبات العمومية بكل الوسائل المتاحة لا سيما الوسائل الإلكترونية².

1- الإعلان الإلكتروني كآلية لتحقيق مبادئ الصفقة العمومية: وبخصوص الإعلان عن

المنافسة هو إجراء جوهرى لإفصاح الإدارة عن رغبتها في التعاقد لتلبية حاجاتها، وتظهر أهمية هذا الإجراء، في كونه ضماناً للمتعاملين الإقتصاديين الراغبين بالظفر بالصفقة العمومية من خلال منحهم فرصة للمشاركة من شأنه فتح مجال حقيقي للمنافسة الحرة بينهم على مبدأ المساواة في الولوج إلى الطلبات العمومية، وفي جو من الشفافية³، ومن هنا يتحقق مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، مما يحقق مبدأ شفافية الإجراءات وبالتالي المساواة بين جميع المترشحين، من هنا يظهر لنا أيضاً أهمية الإدارة الإلكترونية في تعزيز مبادئ إبرام الطلبات العمومية.

2- آليات تكريس الإدارة الإلكترونية لصيانة مبادئ إبرام الطلبات العمومية: مشروع

"برنامج الجزائر الإلكترونية" خطوة هامة بنتائج متواضعة، إنطلقت 2008-2013، وتطور إلى أن أصبح حتمية لتعميمها على كل القطاعات⁴، والتي كانت ترمي أساساً إلى عصرنة الإدارة

1 - حميدي القبيلات، قانون الإدارة العامة الإلكترونية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص25.
2 - تبنيّ المشرع التونسي التعاقد الإلكتروني للصفقات العمومية في الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بالصفقات العمومية، ج ر، عدد 22، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2014 المعدل بموجب الامر الحكومي عدد416 لسنة 2018 الصادر في 11 ماي 2018 تنص المادة 77 منه "تتولى وحدة الشراء العمومي على الخط المنصوص عليها بالفصل 148 من هذا الأمر تسيير منظومة الشراء العمومي على الخط"تونس" لأنجاز مختلف عمليات الشراء العمومي على الخط"، كما تبنيّ المشرع المغربي أيضاً بتجريد المساطر الصفة المادية عن الصفقات العمومية في الباب السابع من المرسوم 349-12-2 المتعلق بالصفقات العمومية المؤرخ في 20 مارس 2013، ج ر، ع 6140، الصادرة بتاريخ 04 افريل 2013.
3 - قمار خديجة، رقمنة الصفقات العمومية-المتطلبات والتحديات-، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد06، المركز الجامعي أفلو، ع02، 2023، ص789.

4- البوابة الحكومية للخدمات العمومية، متاح على الموقع <https://bawabatic.dz/>

بإدخال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، فبدأت بعصرنة المرافق العمومية بإدخال الوسائط الالكترونية في تقديم الخدمات العمومية، وتمثلت خطوات تكريس الإدارة الإلكترونية في إبرام وتنفيذ الطلبات العمومية إلى مايلي:

2-1- إحداث البوابة الإلكترونية: تهدف إلى السّماح بنشر وتبادل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وإبرام الصفقات العمومية بطريقة إلكترونية، وتسجيل المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين فيها وأيضاً تسيير تبادل المعلومات، كما تضمن نشر الوثائق والمعلومات¹، إلاّ أنّه كان حري بالمشرّع الجزائري أن يوسّع إبرام عقود التفويضات المرفق العام بهذه الطريقة لتحقيق النجاعة والجودة في تقديم الخدمات العمومية من خلال صيانة مبادئ الإبرام.

ج- الإدارة الإلكترونية ومبادئ تنفيذ المرفق العام المفوض:

إنّ خضوع المرفق العام إلى قواعد ومبادئ عامة تحكمه يعتبر أمراً ضرورياً لتحقيق الهدف الذي أنشأ من أجله، لكن الظروف الإستثنائية والقوة القاهرة يمكن أن تخل بهذه المبادئ مباشرة، لا سيما مبدأ إستمرارية المرفق العام الذي يعتبر أكثر المبادئ تأثراً بالظروف الإستثنائية والتي تؤدي غالباً إلى تذبذب تقديم الخدمات العمومية أو إنقطاعها، ومن هنا ما دفع بالكثير من الدول في تبني أسلوب الإدارة الإلكترونية في تسيير المرافق العامة لعصرنتها، وتحسين الخدمة العمومية من جانب، وتجنّب آثار الظروف الإستثنائية مستقبلاً².

1- أثر الإدارة الإلكترونية في تفعيل المبادئ الكلاسيكية للمرفق العام المفوض: يؤثر نظام

الإدارة الإلكترونية على تفعيل المبادئ التي تحكم سير المرفق العام، ما ينعكس بالإيجاب على جودة ونجاعة الخدمة العمومية.

1 - نصت المادة 203 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سابق "تؤسس البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية...". كما صدر القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 9 أبريل 2014.

2 - سنوساوي سمية، الإدارة الإلكترونية حتمية المرفق العام ما بعد الجائحة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي تبازة، ع02، 2021، ص59.

1-1 مبدأ إستمرارية المرفق العام: ولما كان هذا المبدأ جوهر المرفق العام، فوجب إحاطته بضمانات قانونية لحمايته، فهذا المبدأ هو إستمرارية للدولة التي أنشأت هذه المرافق، ولذلك فإنّ نشأة المرفق العام يرتبط بوجود الدولة فهو أداة لتنظيم الدولة ووسيلة لحمايتها ووجودها، ويعتبر هذا المبدأ الأكثر تأثراً بالإدارة الإلكترونية من خلال تأثيره في النتائج المترتبة عليه وهي:

1-1-1 التقليل من خطورة إضراب الموظفين: وصيانة لهذا المبدأ أقرت بعض التشريعات إلى تنظيم الإضراب تحقيقاً لإستمرارية المرفق العام، كما منعت بعض القطاعات من الإضراب وهي قطاعات حيوية في الدولة، وتعتبر الإدارة الإلكترونية إحدى الوسائل التي أقرتها التشريعات لغاية التقليل من خطورة الإضراب، كما يمكن للموظف من داخل بيته وفي غير أوقات العمل الرسمية تقديم خدمات للأفراد.

1-1-2 التقليل من التعرض لوجود الموظف الفعلي في الظروف العادية: فهذا الموظف الفعلي الذي يتولى الوظيفة دون إستيفاء الشروط القانونية، حيث يمكن كشف أمره من خلال قواعد البيانات والمعلومات التي تعزز بها الإدارات الحكومية.¹

1-1-3 التقليل من آثار الظروف الطارئة: لقد أدركت الدول أنّ الإدارة الإلكترونية حتمية لا بد منها بعد تعرض دول العالم إلى حدث استثنائي غير متوقع أرهق كاهل المتعاملين الإقتصاديين في مواصلة تنفيذ المرافق العمومية، فكان دور الإدارة الإلكترونية واضحاً في هذه الأزمة.

1-2 مبدأ المساواة أمام المرفق العام: ويتجسّد أثر الإدارة الإلكترونية على هذا المبدأ من خلال التقليل من التمييز بين مستعملي المرفق العام بسبب الجنس أو العرق أو الدين أو السياسة، فالإدارة الإلكترونية تتصف بالحياد، ويعني إدارة المرفق العام بطريقة موضوعية بعيداً عن الإعتبارات الشخصية، والسيطرة بصفة تدريجية على الوساطة والمحسوبية والرّشوة من مظاهر الفساد الإداري.

1 - حميدي القبيلات، المرجع السابق، ص 59.

3-1 مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف: يرتبط هذا المبدأ بتغيير المصلحة العامة

وإرتباطه بالتطور التكنولوجي، فالوسائل الالكترونية الحديثة تفرض على المرفق العام التغيير والتكيف مع الوضع وذلك بتطور الخدمات العمومية، وكذلك للإدارة الحق في تعديل طرق تقديم الخدمة العمومية بما ينسجم مع متطلبات الإدارة الإلكترونية دون أن يكون للمتعاملين معها حق مكتسب في الإبقاء على الطرق السابقة، فتطبيق الإدارة الإلكترونية يُعدّ تجسيداً حقيقياً لمبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف، ويتمشى مع التطورات التقنية في قطاع الإتصالات والثورة المعلوماتية¹.

3-2 أثر الإدارة الإلكترونية على المبادئ الحديثة للمرفق العام المفوض: ترتبط مسألة

إصلاح المرفق العام بعدة عوامل أهمها ضرورة تحسين علاقة المرفق العام بالمرتفقين من خلال تحسين جودة الخدمات العامة، كما تقاس نجاعة الخدمة العمومية المقدمة من طرف المرفق العام بمدى رضى المنتفعين عن مستوى الخدمة المقدمة، فتهدف الإدارة الإلكترونية أساساً إلى تحسين جودة الخدمة العمومية وترشيدها بعصرنة المرافق العمومية، وهذا بتقريب الإدارة من المواطن وتحسين مستوى أدائها بواسطة الوسائل التكنولوجية والسرعة في تنفيذها لعدم وجود حاجز وحيّز زماني ومكاني².

1- المرجع نفسه، ص ص 64-65.

2- سنوساوي سمية، المرجع السابق، ص 58.

خلاصة الباب الاول

إنّ التطبيقات العملية لتفويضات المرفق العام كانت عاملاً في اكتشاف الفقه والقضاء مرتكزات وأسس تقنية تفويضات المرفق العام، أخرجها التشريع الفرنسي في ثوبها القانوني مُعلناً على استقلالية هذه التقنية ضمن حقل العقود الإدارية، ولا يتحقّق التفويض إلاّ بوجود هذه الاسس وهي وجود مرفق عام قابل للتفويض، وجود علاقة تعاقدية بين السلّطة المفوّضة والمفوّض له يتقاضى من خلالها أجراً مرتبط بنتائج الإستغلال المبني على المخاطر، من هذه الاسس يمكن تمييز عقد التفويض عن باقي العقود المشابهة، وباقي أساليب التسيير، والمصطلحات الجديدة، كما أنّه بظهور هذه التقنية وتطوّر تطبيقاتها ابتداءً من عقود الإمتياز المرفق إحدى صورها القديمة، برزت أشكالاً مُسمّاة نصت عليها المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247، وبشيئ من التفصيل في المرسوم التنفيذي 18-199، وأخرى غير مسمّاة متى توافقت مع المرتكزات القانونية للتقنية أُدرجت تحتها كعقود تفويض المرفق العام.

وبروز هذه التقنية في البلد المنشأ كان بدواعي وأسباب منها التحرّر الإقتصادي، وظهور المرافق العمومية الاقتصادية التي تعتبر المجال الخصب لتقنية تفويض المرفق العام، منح الحرية التعاقدية للجماعات المحلية، إضافة إلى الإجتهاادات القضائية، أمّا تحديث القانوني لتقنية تفويضات المرفق العام عدم إستقرار معايير تفويض المرفق العام، ودور التوجيهات الاوربية التي شكلت إلتزاماً على المشرّع الفرنسي، أمّا في الجزائر ساهم التحول الايديولوجي بإنتهاج مبادئ إقتصاد السوق في تبني اساليب ليبرالية في تسيير المرفق العام، كما أنّه ساد الإقتناع بعدم جدوى الأساليب الكلاسيكية في تسيير المرافق العمومية، فحملت هذه الأسباب دواعي لتبني تقنية تفويضات المرفق العام منها متعلق بأزمة التمويل، والبحث عن تكنولوجيا وتخفيف الضّغط عن الدولة لتلبية حاجات المجتمع المتزايدة، ومتطلبات نجاحه مرهون بتوافر جملة من الآليات.

تخضع تقنية تفويض المرفق العام إلى مبادئ أساسية منها ما يتعلق بإبرامها، ومنها ما يتعلق عند تنفيذها، كما أضاف التشريع مبادئ حديثة وهي جودة الخدمة العمومية والنجاعة، إلاّ أنّ هذه المبادئ تعرّضت لظرف استثنائي خطير تمثل في وباء كورونا أدّت الى المساس بهذه المبادئ، فادركت التشريعات المقارنة حتمية تطبيق الإدارة الالكترونية في صيانة هذه المبادئ .

الباب الثّاني:

النّظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

إنّ نجاح عقود تفويض المرافق العام في الجزائر لا يقتصر فقط على تحديد الآليات القانونية التي تضمن الإختيار المناسب للمفوض له، أو تأطير نظام قانوني يضمن بالتنفيذ الفعال، بل يتطلب أيضاً توفير العديد من الآليات القانونية التكميلية في النظام القانوني، لكي نصل إلى تفعيل تقنية تفويض المرفق العام، والنهوض بالمرفق العام الجزائري.

لقد كانت الإدارة قبل تطبيق أحكام قانون سابان 1993 1 تتمتع، فيما يتعلق بعقود تفويضات المرفق العام في ظل الإتجاه الكلاسيكي، بحرية كبيرة في إختيار المتعامل المتعاقد معها، كانت هذه الحرية نتيجة تفوق مبدأ "الإعتبار الشخصي" الذي يستبعد الإجراءات الشكلية السابقة على عملية الإبرام، أي يسمح للأشخاص المعنوية العامة المانحة للتفويض بإختيار المفوض له لعدم وجود قيود أو قواعد قانونية محدّدة سلفاً أو مبادئ تقيدها في إختياره، فالإدارة تملك سلطة تقديرية واسعة في إختيار الشخص المتعاقد، غير أنّه ظهر إتجاه آخر ينادي بضرورة تقييد الإدارة بضوابط عند إختيارها أحد المتعاقدين معها، بوضعها نظام قانوني ينص على إجراءات الإختيار والتنفيذ. ففي فرنسا دفعت الأسباب إلى تقليص هذا المبدأ، بإتباع إجراءات ومبادئ تقيّد حرية الإدارة في إختيار المفوض له، وهي من مقتضيات الإدارة الحديثة تتمثل في إدخال المنافسة والإشهار كإجراءات جديدة في نظام قانوني جديد، أي إلزام الإعلان والمنافسة في مجال تفويض المرفق العامة الذي نصّ عليه قانون سابان رقم 93-122 الصادر في 29 يناير 1993 والمقنن في المادة 1-1411 L. من قانون العام للجماعات المحلية (CGCT) وهي إلزامات التوجيهات الأوروبية على المشرّع الفرنسي، الذي دفعه بتحديث نظامه القانوني، لذا تخضع تفويضات المرفق العام من طرف السلطة المفوضة لإجراءات الإعلان والمنافسة تسمح بتقديم عروض متنافسة. وبالتالي قيّد النظام القانوني الإدارة بوجوب نشر إعلان الدعوة للمنافسة في الصحف المخولة لإستقبال الإعلانات عن العروض، وفي مجلة متخصصة تحت طائلة البطلان، كما يجدر بالذكر أيضاً أنّه بعد إختيار المفوض له، يجب نشر إعلان المنح المؤقت للتفويض المرفق العام.

أما في الجزائر وعلى غرار التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والمغربي والتونسي ظلت على هذا المبدأ إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم التنفيذي 18-199 أين أخضعت الإدارة إلى إجراءات الإبرام والتنفيذ لإختيار المفوض له معها (الفصل الأول).

وفي هذا النظام القانوني الذي شكّل قيّدًا على مبدأ الحرّية التعاقدية، تخضع العقود عند تنفيذها إلى إجراءات شبيهة إلى حد ما إجراءات تنفيذ الصفقة العمومية، إلا أنّ لعقود تفويضات المرفق العام خصوصيتها، فبعد إختيار أحد أشكال التفويضات وهو قيد آخر على مبدأ الإعتبار الشخصي تأتي عملية التنفيذ بعد المصادقة من طرف السّلطة المانحة المختصة والمخوّل لها إبرام عقود تفويض المرفق العام، والمحدّدة قانونًا، فيترتّب على هذا التنفيذ إلّتزام الأطراف بالبنود التنظيمية والتعاقدية خلال الأجل المنصوص عليها، ممّا ينشأ عنها آثار قانونية بالنسبة لأطراف العقد والغير المتمثّل في مستخدم المرفق العام، كما أنّ النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام لا يقتصر على تحديد آليات إبرامه وتنفيذه فقط، بل يتطلّب تأطيرًا شاملاً من دراسة حالة النزاع ومعالجة إنتهاء العقود إلى آليات الرقابة كعملية تفعيل عقود التفويض بما تحقّقه من جودة ونجاعة الخدمات العمومية (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

كيفية إبرام عقود تفويضات المرفق العام

إنّ وضع آليات قانونية متكاملة لكيفيات إبرام عقود تفويضات المرفق العام من شأنها إختيار الحسن للمتعاقد الذي يحقّق الغرض من عملية التعاقد، كما أنّ الإختيار الحسن يجنّب السّلطة المفوّضة من النهاية المبكّرة للعقد، ونفاذي المنازعات، وتحقيق شروط الجيّد لتنفيذ العقد، وبالتالي نصل إلى تفعيل تقنية تفويض المرفق العام، والعمل على تعزيز المرفق العام الجزائري. إنّ البُعدَ التخصّصي لعقد تفويض المرفق العام كعقد إداري يتمّ تأكيده وتعزيزه من خلال الأهمّية التنظيمية للمرفق العام، وفي هذا الصّدّد يقول العميد "دوجي" "يتحمّل الشّخص العام قبل كل شيء مسؤولية ضمان تشغيل المرفق في أحسن الظروف الممكنة، وتوكّد الإجتهاادات القضائية أنّ عقد التفويض يشكّل بالفعل تنظيمًا أساسيًا للمرفق ذاته¹، فإستقرّ الفقه والإجتهااد القضائي منذ زمن طويل على مبدأ الإعتبار الشخصي، الذي يتمثّل في حرّية الإدارة في إختيار المفوض له، وهذه الحرّية مرتبطة أساسًا بدور الإدارة بمسؤوليتها في تنظيم المرفق العام، ولم يقتصر تطبيق هذا المبدأ على فرنسا فقد أخذت به الكثير من الدول التي تبنت فكرة تفويض المرفق العام.

إلا أنّ هذا المبدأ عرف دمجًا مع مقتضيات الإدارة الحديثة المتمثلة في وجوب إخضاع الإدارة إلى مجموعة من الإجراءات سابقة على عملية الإختيار مع منح حرّية في إختيار المتعاقد على أن تلتزم بالقواعد المقرّرة عند إختيارها في التنظيم القانوني، كما أضحت بعض الدّول مجبرة بإتباع التنظيم القانوني، لذا تغيّرت طرق الإبرام في عقود تفويضات المرفق العام بوجود نصوص قانونية كرّست قواعد ومبادئ سابقة لعملية الإبرام لإعتبارات المساواة والشفافية كما كرّسها قانون سابان 1 لأول مرة في تاريخ العقود الإدارية معلنة إستقلاليتها بنظامها القانوني الجديد، ولقد ساهمت عدّة عوامل على ترسيخ هذه التحوّل في فرنسا، ويمكن تحديدها مايلي:

-التشريعات الأوربية متمثلة في التوجيهات التي شكّلت إلتزامًا على دول الأعضاء في تحديث أنظمتها القانونية لدمج مبدأ المنافسة والشفافية، كما صدرت تشريعات بخصوص إبرام الصفقات العمومية التي يمكن أن تبرمها الإدارة في الإتحاد الاوربي، وبالتالي وجوب تكيف النظام القانوني الداخلي مع التوجيهات الأوربية.

1 - Giulia STOPPANI, *La concession de service public en Italie et en France à la lumière du droit européen*, thèse doctorat ,en Droit public interne , Université Paris-Panthéon-Assas,2022,p 44.

-سياسة مكافحة الفساد التي ظهرت في فرنسا منذ أواخر الثمانينيات من القرن الماضي، إذ دفعت بالمشرع الفرنسي ضرورة مراجعة النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام بوضع إجراءات محدّدة تحقيقاً للشفافية في الحياة الإقتصادية والإدارية، وهذا ما نستشفه من خلال أشغال اللجنة لمناقشة القانون حول تبني إجراءات تلك المماثلة للصفقات العمومية بين الإقتراح والرفض لإعتبرات خصوصية عقد تفويض المرفق العام، أفرزت عن صدور هذا القانون الذي تضمن لأول مرة عن إجراءات وقواعد خاصة تحكم إبرام عقد تفويض المرفق العام مخالفاً للقواعد المقررة في منح الصفقة العمومية، إذ اعتبر هذا القانون أنّ التقنية الوحيدة هي التقنية التفاوضية بعد إجراءات العلانية والمنافسة¹.

ولقد أقرّ التشريع الجزائري في العديد من نصوص صدرت، بمبدأ الإعتبار الشخصي لمنح عقود تفويضات المرفق العام قبل أن يكرّس نظام قانوني متكامل من إجراءات الإبرام إلى نهاية عقود تفويضات المرفق العام، فهذا التحوّل في المنظومة القانونية الجزائرية طال عدّة دول أخرى التي تبنت المقاربة الفرنسية في هذا المجال، فنصّ المنظمّ الجزائري على طرق الإبرام بين القيد والإعتبار الشخصي في إختيار المتعاقد مع الإدارة في المرسوم التنفيذي 18-199، وهو ما نستشفه في المواد 11 و 13 و 22 و المادة 40 و 77 من ذات المرسوم بإجراءات الطلب على المنافسة قصد المساواة بين المرشحين، وموضوعية معايير الإختيار وشفافية الإجراءات.

وتبع في ذلك المشرع المغربي والتونسي بخضوع عملية الإبرام إلى إجراءات تتبعها الإدارة بعد الدّعوة إلى المنافسة بدايةً، أمّا المشرع المصري ظل على قاعدة الإعتبار الشخصي في إختيار المتعاقد في عقد الإمتياز، حتّى صدور قانون المناقصات العامة رقم 89 لعام 1998 الذي ينظّم المناقصات والعطاءات.

سنتطرق في هذا الفصل إلى طرق الإبرام بين الإعتبار الشخصي وهو الإتجاه التقليدي الذي يمنح للإدارة حرّية إختيار المتعاقد دون قواعد أو دون وجود نصوص تنظيمية وتشريعية (مبحث الاول)، ثمّ إلى طرق الإبرام في النظام القانوني المنظمّ لعقود تفويض المرفق العام (مبحث ثاني).

1 -Rapport n° 61 (1992-1993) de M. Christian BONNET, déposé le 25 novembre 1992 disponible sur le site <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/a91922918.html>.

المبحث الأول: إبرام عقود تفويضات المرفق العام بين الاعتبار الشخصي وقيد النظام القانوني

مبدأ حرية إختيار المفوض له من قبل السلطة المانحة تمّ إعتبره لفترة طويلة كأحد السمات الأساسية لنظام الإمتياز في فرنسا، فاتفق الفقه على أنّ خاصية الإعتبار الشخصي هي السمة الجوهرية للإمتياز، وغيابها يستبعد أي فرضية إمكانية إعتبار العقد إمتيازاً، وهذا ما يؤكده الفقيه "جيز" ذلك بالقول "أنّ الإعتداد بالإعتبار الشخصي لا يكون على نفس المستوى بالنسبة للعقود الإدارية، ذلك أنّ أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام، بحيث يتعيّن إلزامها بغاية الصرامة في مجال عقد الإمتياز نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولّى شؤون إدارته، ولقد أكّدت إجتهدات مجلس الدولة الفرنسي في إستقراره على هذا المبدأ وأهمّيته في عقد إمتياز المرفق العام، وفي هذا الصدد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 14 فبراير 1975 في قضية "Epopous Martin" على أنّ "الحرية المكفولة للإدارة في مجال إبرام عقود الإمتياز قد يقيد منها إحتكار بمنح لبعض الأشخاص العامة أو بعض شركات الإقتصاد المختلط لإدارة بعض المرافق العامة"¹

إلّا أنّه بظهور إتحاد جديد نادى بإدخال إجراءات جديدة لمقتضيات المنافسة النزيهة ولإعتبرات شفافية الإجراءات أدّى إلى تراجع حرية الإدارة في التعاقد بخصوص عقود تفويضات المرفق العام، ففقدت فيه أصالة العملية التعاقدية للإمتياز لصالح منطق الصفقات العمومية،² فتكريس مبادئ الطلبات العمومية الجديدة في القانون الداخلي الفرنسي بمساهمة إجتهدات مجلس الدولة تحت تأثير القانون الإوربي التي شكلت قيوداً جديدة على العملية التعاقدية، شارك في إثارة التساؤل حول مبدأ الإعتبار الشخصي في تمييز تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية.

1 - ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، المرجع السابق، ص 117.

2 - لقد أدّى مبدأ المنافسة إلى تراجع مبدأ الإعتبار الشخصي بتأكيد مجلس الدولة في تقريره العام لسنة 2008 حول العقد أنّ "إذا كان مبدأ الإعتبار الشخصي قد سمح منذ فترة طويلة، بإستثناء الصفقات العمومية، بحرية كبيرة للسلطة العامة في إختيار المتعاقد، ولا سيما صاحب الامتياز أو السلطة المفوضة، فقد أصبحت هذه الحرية محدودة اليوم من خلال وجود منافسة في المرحلة الأولى من هذا الإختيار" Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, EDCE, 2008, p. 111.

لذا فقد ردّ الفقه هذا التساؤل، بحيث أنّ قانون سابان¹ قد حافظ على مبدأ الإعتبار الشخصي في ظل المبادئ الجديدة للإبرام، ويجزم الفقه المعاصر في فرنسا بأنّ الإجراءات المسبّقة لا تتناقض مع مبدأ الإعتبار الشخصي من خلال الدّور الذي تلعبه البيئة التنافسية، وقد عبّر الفقيه "Chapus" عن ذلك بالقول "أنّ التفاوض القائم على المنافسة والعلانية لا يقيد الإدارة في الإختيار مفوضها وإنما يُنوّر عناصر الإختيار الحر لهذا المفوض"¹، سنتطرق في هذا المبحث إلى تطوّر مراحل الإبرام من الاتجاه التقليدي إلى الإتجاه الحديث (مطلب أول)، ثم نذهب إلى القيود السّابقة على الإبرام بين التقليدية والتطوّر (مطلب ثاني).

المطلب الأول: إبرام عقود تفويضات المرفق العام من الاتجاه التقليدي إلى الإتجاه الحديث

لقد مرّت طرق إختيار المتعاقد في مجال عقود تفويضات المرفق العام بمرحلتين، المرحلة الأولى التي تُجسّد الإتجاه التقليدي وهو القائم على مبدأ الإعتبار الشّخصي وحرية التفاوض، وبمقتضاه كانت الإدارة المانحة للتفويض تحظى بسلطة تقديرية واسعة في إختيار الحر للمتعاقد دون الإلتزام بقواعد وإجراءات معيّنة ومحدّدة سلفاً، وهذا المبدأ يجد أساسه في مبدأ حرية الإدارة وحرية المبادرة ذو قيمة دستورية، المنصوص عليه في دستور فرنسا (الفرع الأول).

أمّا المرحلة الثّانية فتتمثّل الإتجاه الحديث، الذي يخضع عملية الإبرام لإختيار المتعاقدين مع الإدارة إلى قواعد إجرائية خاصّة، تشبه إلى حدّ ما إجراءات إبرام الصفقات العمومية متمثلة في تجسيد مبدأ العلانية والمنافسة مسبقاً، ومن المفيد التنبيه أنّ الإتجاه الحديث إستطاع المحافظة على الإتجاه التقليدي المؤسّس على مبدأ الاعتراف الشخصي أو حرية الإدارة في الإختيار، ممّا جسّد التوفيق بين مقتضيات الشفافية والإجراءات العامة لإبرام عقود التفويض، وتمتع الإدارة بالحرية لإنشاء المتعاقد معها عن طريق التقنية التفاوضية، أي التوفيق بين الإعتبار الشخصي ومقتضيات المنافسة والشفافية. (الفرع الثاني).

1 - ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، المرجع السابق، ص122.

الفرع الأول: الإتجاه التقليدي في طرق إبرام عقد تفويضات المرفق العام

وتأسيساً على ما تقدّم بإجماع فقهي على الإعراف بأنّ الإتجاه التقليدي متمثلاً في "الإعتبار الشخصي" في إبرام عقود تفويضات المرفق العام يمثلّ السمة الجوهرية للإمتياز، وكمعيار لتحديد عقود إمتياز المرفق، فقد شهد القضاء الإداري بنفس القدر على أهمية مبدأ الإعتبار الشخصي في الإمتياز، وأكّد بشكل واضح على "ضرورة مراعاة شخصية المانع من خلال عدم إخضاع الشخص العام لإحترام الإلتزامات إجرائية أثناء تكوين العقد، فالشخص العام يعتبر نفسه حامياً للمبدأ الذي يقوم بالتمثيل له (الإعتبار الشخصي) عن طريق رفضه لفترة طويلة أداء أي رقابة على جدوى اختيار المانع، هذا التقديس لمكانة الإعتبار الشخصي في الإمتياز، يفرض علينا تعريفه (أولاً) وأساسه القانوني (ثانياً). ومكانته في التشريع الجزائري والمقارن (ثالثاً).

أولاً: تعريف مبدأ الإعتبار الشخصي

كلاسيكياً، كانت لدى السّلطة المفوّضة سلطة إختيارية مطلقة لإختيار متعاقد معها، خاصة فيما يتعلق بالإمتيازات والإيجار، إحدى الصّور القديمة لتفويضات المرفق العام، وهذه السّلطة يطلق عليها بالمبدأ الإعتبار الشخصي، ويشكّل هذا المبدأ واحداً من الجوانب الأساسية لممارسة الحرّية التعاقدية للأشخاص العمومية¹، ويتلزم مع تطبيق هذا المبدأ ضرورة منح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في إختيار المتعاقد دون إجراء منافسة سابقة على إبرام العقد معه، حيث أكّد مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ الإدارة لا تلتزم عند إبرام عقد تفويض مرفق عام، بالخضوع لإجراءات الإبرام التي نصّ القانون عليها بالنسبة لعقود الصفقات العمومية ذلك لضرورة الأخذ بمبدأ الإعتبار الشخصي في إنتقاء المتعاقد معها، ولعدم وجود نص قانوني أو تنظيمي يفرض على الإدارة إتّباع إجراء معيّن في إبرام هذا النوع من العقود ومن جهة أخرى، يؤكد الفقه الفرنسي بأنّ مبدأ الإعتبار الشخصي يترتّب عليه الإختيار الحر المباشر للمفوض إليه إدارة المرفق العام، ويؤكد أيضاً بأنّ هذا المبدأ قد أبدعه مجلس الدولة الفرنسي من جملة ما أبدع من مفاهيم وظل مخلصاً له على الدوام².

¹ - Muhannad AJJOUR, op.cit, p29..

2 - انظر إلى ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، الصفحة 118، المرجع السابق.

لذا يشكل هذا المبدأ في نفس الوقت معياراً لتصنيف تفويضات المرفق العام وعنصر تمييز عن الصفقات العامة، في هذا السياق، فإنّ إختيار الحر للشخص المفوض مبرراً بمفهوم تنظيم المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، وهي مبررات المبدأ الإعتبار الشخصي¹.

ثانياً: أسس مبدأ الإعتبار الشخصي من خلال تنظيم المرفق العام، وإلتزامات المفوض له،

ومبرراته

ومن خلال التعريف السابق يظهر الأساس القانوني للإعتبار الشخصي واضحاً، لأنّ إبرام عقد التفويض ما هو إلا حلقة من حلقات تنظيم المرفق العام، وأن سلطة الإدارة الحرة في إختيار المتعاقد في هذا العقد هي ذات السلطة الممنوحة لها من قبل؛ لضمان أفضل تنظيم لهذا المرفق العام، لذا يرتبط هذا المبدأ إرتباطاً وثيقاً بسلطة تنظيم المرفق العام، فالتنظيم الأفضل للمرفق العام يشكل أساساً لهذا المبدأ وقيداً عليه، فعندما تقرّر الإدارة تفويض مرفق عام عن طريق التعاقد، فإنّ الهدف الذي يجب أن تطمح لتحقيقه هو إشباع الحاجات العامة عن طريق المرفق العام، ممّا يوجب تطبيق سلطتها التقديرية في إختيار أفضل من يستطيع القيام بهذه المهمة من دون إجراءات معينة².

ويجد أيضاً أساسه في جملة الإلتزامات التي تقع على كاهل المفوض له، المتضمن التنفيذ الجيد للمرفق محل التفويض دون توقف، حتى وإن نشأ بينه وبين الإدارة خلاف من أي نوع، ولا شك أنّ المفوض له يحمل هذه المسؤوليات بهذه الصرامة لا يمكن إختياره، ومنحه تفويض المرفق العام إلاّ بهذا المبدأ الذي تستطيع الإدارة من خلالها إختيار الأكثر قدرة على الوفاء بهذه الإلتزامات، كما أنّ عدم وفاء الإدارة بالتزاماتها لا يعفي الملتزم من إحترام إلتزاماته، وهذه الإلتزامات التي تقع على عاتق الملتزم شخصياً هي التي تبرر السلطة التقديرية للإدارة في إختيار أفضل الأشخاص لإدارة المرفق العام محل عقد الإلتزام دون التقيد بإجراءات معينة تلتزم بها في العقود

1 - Lama Azrafil, *la durée de délégation de service public exemple de la France et du Liban*, op.cit, p108.

2 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 123.

الأخرى.¹ ويبرر إتجاه فقهي آخر أنّ حرية اختيار المتعاقد تعود إلى الطبيعة المركبة لعقد التفويض، أو حتّى بواجب الذي يقع على الشخص العام لضمان تنظيم المرافق العامة في أحسن الظروف، فهو أدري بالمرفق العام، فلا بدّ من التفاوض على بنود معيّنة، فالأمر ضروري بسبب المخاطر التي يتحمّلها المفوض له، ثم أن مدّة التفويض طويلة.

ثالثاً: مكانة مبدأ الإعتبار الشخصي في التشريع المقارن والتشريع الجزائري

نظراً لأهمية المبدأ في إضفاء صفة التمييز للعقود التفويضات عن غيرها، لم يتخلّى عنه المشرع الفرنسي ظل محافظاً على إصراره التّاريخي في عدم إخضاع تفويضات المرفق العام إلى قواعد إبرام الصفقات العمومية، مع تراجعها عن موقفه القاطع في عدم إخضاع التفويضات إلى أي قواعد إجرائية محدّدة، وهو ما جسّد التوفيق بين حرية الإختيار الإدارة متمثلة في الإعتبار الشخصي ومقتضيات الإدارة الحديثة المتمثلة في المنافسة والشفافية، صدر خلالها قانون سابان 1 معبراً عن هذا التوافق، ولم يقتصر هذا المبدأ على فرنسا، فقد كرّس المشرع المصري والتونسي والمغربي هذا المبدأ (أ)، أمّا في الجزائر إعتمدت العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية هذا المبدأ (ب) .

أ-مكانة المبدأ في التشريع المقارن:

لقد رأينا أن المشرع الفرنسي ظل محافظاً لهذا المبدأ حتّى بعد الإلتزام بالتشريعات الاوربية التي شكّلت مسؤولية عليه في ضرورة إدخال مبدأ المنافسة وشفافية الإجراءات المجسّدة في مبدأ العلنية، فأعلن قانون التوجيه 92-125 المتعلّق بالادارة الاقليمية للجمهورية سابق الذكر في المادة 52 منه عن هذا الإجراء الجديد²، ثم تبعه في ذلك قانون سابان 1 المادة 38 معلناً فيها صراحة عن تقييد الإدارة بإجراءات لإختيارها المتعاقدين لإدارة المرفق العام.

1 -أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، الإعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية «دراسة تحليلية»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية مصر، المجلد 52، ع 03، 2020، ص18.

2 -Art. L 322-3 loi d'orientation n° 92-125 «: les conventions de délégation de services public locaux qui doivent être passées par les communes et leur établissements public sont à compter du 1^{er} janvier 1993 et en application des directives communautaires qui les concernent, en soumises à une obligation de publicité préalable dans des conditions prévues par décret en conseil d'Etat ».

ونستشف من قانون سابان 122-93 أعلاه على أنّ المشرّع الفرنسي قد قضى بأنّ التقنية الوحيدة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام هي التقنية التفاوضية بعد إجراء العلانية ومنافسة مسبقة، وهو يعكس حفاظ المشرّع الفرنسي على مبدأ حرّية إختيار الإدارة للمفوض له، الذي تتوفر فيه المؤهلات الفنية والتقنية والمالية، ويتم التفاوض بحرّية حول العروض المقدّمة من طرف السلطة المفوضة، وعند انتهاء التفاوض، يتم إختيار المفوض له، وهو ما عبّرت عنه الفقرة 4،5،6 من المادة 38 منه¹.

وهذا المبدأ من إنشاء قضائيّ قبل دخول قانون سابان 1 حيّز التنفيذ، أظهر القاضي الإداري مستوى كبير من الحماية تجاه مبدأ الـ "intuitu personae"، وفي حكم صادر لمجلس الدولة الفرنسي بخصوص قضية "Beau et Lagarde" إستند فيها إلى أنّ "نظرًا إلى (...) أنّ الاتفاقية المذكورة لا تشكّل صفقة بل إمتياز أشغال وإمتياز مرفق عام، التي يمكن للسلطة إختيار مقدّم الخدمة بحرّية دون أن تكون مرتبطة بالقواعد المحدّدة في مرسوم 28 يوليو 1968 والتي تتعلق حصراً بالصّفقات"².

وفي التشريع المغربي نصّ قانون التدبير المفوض للمرافق العمومية 05-54 سابق الذكر صراحة على هذا المبدأ في المادة 11 بعنوان الصفة الشخصية³ "يبرم عقد التدبير المفوض على أساس المزايا الشخصية...". فالصفات والمزايا الشخصية كالخبرة والمؤهلات التقنية والقدرات المالية وتجربته، فطبيعة الإقتراحات التي يتقدّم بها هي التي تتحكّم في الإختيار النهائي للمفوض له، فليست التكلفة هي المحدّد الأساسي في إختيار المتعاقد، وتأخذ بعين الإعتبار نوعية وجودة الخدمات المقدّمة، هذا فيما يخص الدعوة إلى المنافسة.

1 - Art 38 de ¹ -Loi no 93-122 op.cit «... La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. 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'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.

2 - CE, 10 avril 1970, Sieur Beau et Lagarde, Lebon, P. 243. « considérant (...) que ladite convention ne constituait pas un marché mais une concession de travaux et de service public dont la ville pouvait librement choisir le titulaire sans être liée par les règles fixées au décret du 28 juillet 1968 lesquelles concernent exclusivement les marchés » .

3- انظر الى المادة 11 القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، المصدر السابق.

كما أكد المشرع التونسي على الطابع الشخصي لعقد اللزّمة في الفصل 29 من قانون اللزّمة 2008 الآنف الذكر، إذ تنصّ ” يبرم عقد اللزّمة على أساس الصفات الشخصية لصاحب اللزّمة...¹“، ويتجلى أكثر في الفصل 12 حيث يبقى مانح اللزّمة صاحب القرار الأخير بإعتبار تتمتع بحق الدّعوة للمنافسة وليس بواجب الدّعوة للمنافسة، بمعنى آخر للإدارة الحق في الإختيار بين الاستشارة والدّعوة للمنافسة، مؤكداً على إختيار مانح اللزّمة بناءً على قدرة المفوض له على إنجاز موضوع اللزّمة وما يقدّمه من ضمانات مهنية ومالية، رغم أنّ المشرع التونسي يشدّد على مبدأ المنافسة ولا يلجأ إلى الإستثناء إلاّ في حالات الضرورة القصوى التي يتعيّن تبريرها.²

ب- مكانة المبدأ في التشريع والتنظيم الجزائري:

أقرت العديد من النصوص القانونية لمبدأ حرية الإدارة في إختيار المفوض له سواء في إحدى أشكال التفويض متمثلاً في عقد الإمتياز أو بمصطلح التفويض تحت التنظيم القطاعي أو التنظيم الجديد في إطار المرسوم 18-199.

1- في التشريع : ظهر عقد الإمتياز قبل ظهور مُصطلح التفويض، وتمّ التعامل مع عقد الإمتياز كشكل من أشكال تفويضات المرفق العام لفترة طويلة في نصوص قطاعية ومتفرقة بشكل عام، كان تطبيق مبدأ الإعتبار الشخصي الأكثر قبل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور سابقاً، وبالتالي، لم تكن النصوص القطاعية التي تحكم عقد الإمتياز تحدّد إجراءات رسمية لتنظيم المنافسة لترسية العقد بإستثناء بعض الحالات التي تتطلب إجراءات تشبه تلك المتبعة في الصفقات العمومية، حيث يتمّ وفق إلتزامات الإشهار والمنافسة مثل حقوق البيع في الأسواق الأسبوعية، حيث تكون عمليات المنح موضوع مزايدات علنية.³

1 -انظر إلى الفصل 29 من قانون قانون عدد 23 لسنة 2008 المتعلق بنظام اللزّمة، المصدر السابق.

2 -انظر الى المادة 12 و 29 من القانون 23 لسنة 2008، مصدر نفسه.

3 -Ahmane Kheira, **La mise en oeuvre des principes de la commande publique dans la nouvelle réglementation algérienne de la délégation de service public**, Revue des Sciences Juridiques et Politiques, V. 13, 1034 N° 01, pp: 1034-1050, Avril 2022, p p 1037-1039.

ومثال لذلك القانون البلدية لسنة 1990 في المادة 138 منه التي نصّت على منح عقد الإمتياز في المصالح المنصوص عليها في المادة 132 بقرار من الوالي طبقاً لنماذج الاتفاقيات المحددة وهنا يظهر بجلاء حرية الإختيار للسلطة المفوضة.¹

الإمتياز في مجال الطرق السريعة طبقاً المادة 166 و 167 من قانون المالية لسنة 1996 (الأمر رقم 95-27) اذ نصّت على حرية الإدارة في إختيار المتعاقد معها دون اللجوء إلى إجراءات مسبقة، فهي تختار طبقاً لمتطلبات وضعتها في دفتر الشروط.²

القانون المتعلق بالبريد والاتصالات (القانون رقم 2000-03 لسنة 2000) فتمّ التأكيد في المادة 32 منه³ على منح الرخصة إلاّ بتقديم مؤهلات تقنية ومهنية، وكذا الضمانات المالية المفروضة على مقدّمي الطلبات.

أمّا بخصوص القوانين التي جاءت بمصطلح التفويض في قوانين متناثرة، فنجد قانون المياه 05-12 المذكور آنفاً، فقد كرّس هو الآخر مبدأ الإعتبار الشخصي من خلال المادة 104 الفقرة الأولى منه بضرورة توفر المؤهلات المهنية والضمانات المالية في المفوض له، لتفويض خدمات تسيير نشاطات الخدمة العمومية للمياه.

2- في التنظيم: فقد أقرّت النصوص التنظيمية هي الأخرى لهذا المبدأ حتّى في النص الجديد المنظم لعقود تفويضات المرفق العام لأول مرة في تاريخ العقود الإدارية، مما يعكس محافظة المشرّع الجزائري على طبيعة عقود تفويضات المرفق العام كمبدأ ملازم لها، ووفقاً لما إستقرّ عليه التشريع المقارن لاسيما التشريع الفرنسي في هذا المجال، إذ قضت المادة 22 فقرة الثانية من المرسوم التنفيذي 18-199⁴ "...ويجب على السلطة المفوضة أثناء انتقاء المترشّحين، التأكّد من قدراتهم المهنية والمالية والتقنية بكل الوسائل المناسبة"، كما أكّدت

1- انظر إلى المادة 138 من قانون البلدية 90-08، المصدر السابق.

2- انظر إلى المادة 166 من الامر 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية 1996، ج ر ، ع 82، الصادرة بتاريخ 1996/12/31.

3- قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05 اوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ، ع 48 الصادرة بتاريخ 06 اوت 2000.

4- انظر الى المادة 11 و 13 و 22 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

ذلك المادة 11 والمادة 13 من ذات المرسوم؛ بحيث رتّب معايير إختيار المترشحين لتقديم عروضهم طبقاً لمبدأ الاعتبار الشخصي، وبذلك يكون قد أعطى للسلطة المفوضة السلطة التقديرية الواسعة في إنتقاء المفوض له، كما نصّ على تقنية المفاوضة التي تعتبر جوهرية مرتبطة بحرية إختيار السلطة المفوضة في المادة 35 والمادة 40 والمادة 77 من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر¹.

الفرع الثاني: الإتجاه الحديث في طرق إبرام عقد تفويضات المرفق العام

يُمثّل هذا الإتجاه غالبية الدّول التي كرّست تقنية تفويضات المرفق العام في تشريعتها، أي ضرورة التوفيق بين حرية الإختيار التي تمتلكها الإدارة في إنتقاء المتعاقدين معها، ومقتضيات المنافسة والشفافية وهي مقتضيات الإدارة الحديثة، ويعود ذلك إلى أسباب دفعت المشرّع الفرنسي إلى هذه الضرورة تمثّلت في ظهور إتجاهات تنادي بمكافحة الفساد لا سيما في بداية الثمانينيات، وضغوطات قوانين الإتحاد الأوربي التي شكّلت إلتزاماً على المشرّع الفرنسي (أولاً)، والتي تستدعي مزيداً من الشّافية والمنافسة، إضافة إلى تحقيق المصلحة العامّة، فنتج عنه صدور قانون سابان I تضمن التوفيق بين سلطة الإدارة التقديرية في إختيار المتعاقدين عبر تقنية التفاوض (ثانياً) وبين الإلتزام بالإجراءات المسبّقة كالإعلان تجسيداً لمقتضيات المنافسة وإضفاء الشفافية (ثالثاً).

أولاً: تفويض المرفق العام بالنمط "التقليدي" ومواجهته للقانون الأوربي

إنّ مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال عقود الإمتياز، يكون لشخصية المتعاقد مع الإدارة، وصفاته عند التعاقد وعند تنفيذ العقد، فشخصية الملتمزم أو صفاته تشكّل عنصراً جوهرياً في نطاق عقود الإمتياز، فيتفق مع مبدأ حرية الإدارة في الإختيار الذي من أجله تم إنتقاء المتعاقد في إدارة المرفق العام وصيانة أمواله وتحقيق الهدف من إنشائه، فإذا كان مبدأ الاعتبار الشخصي يعد عنصراً جوهرياً قائم في تكوين العقد واختيار المتعاقد، فإنّه لا بد من توفّر ضمانات قانونية لتحقيق الغرض المطلوب من عقد الإمتياز، لذا قد ينتج عن هذا المبدأ على إطلاقه تجاوزات في خرق

1- انظر إلى المادة 35 و 40 و 77 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

المبادئ العامة للطلبات العمومية والمرافق العامة، وهي إلتزامات التوجيهات الأوربية¹، وبالتالي ضرر على المصلحة العامة والمصلحة الإقتصادية.

بدليل أثناء مناقشة قانون سابان I للمصادقة عليه، عُرض الهدف من تبني هذا القانون أنه يهدف إلى إستعادة التوازن التعاقدية بين الجماعات المحليّة والمؤسّسات الكبرى العامة والخاصّة حيث كانت سلطة المفاوضات لدى الأشخاص العمومية مانحة الإمتياز قد تضاعلت بشكل كبير أمام تطوّر أنشطة المؤسّسات الكبرى على مستوى الدّولي لما لها من تأثير، وفرض شروطها على منظّمي الطلبات العمومية لدى الشخص العام، ممّا نتج عن هذا التأثير ممارسات فساد متعدّدة² لقد أقرّ أخيراً القانون سابان I رغم الإعتراضات إدخال إجراءات الشفافية والمنافسة في إختيار المتعاقد من شأنه أدّى إلى تخفيف أثر مبدأ الإعتبار الشخصي في إختيار المفوض له، ويرى جانب من الفقه عند وضع تعريف لتفويضات المرفق العام في قانون سابان I المادة 38 بوصفهم إجراءات الإشهار والمنافسة "موت الحرية التعاقدية في تفويضات المرفق العام"، من حيث تناقض المادة 38 مع المادة 72 من الدستور الفرنسي التي تمنح الهيئات المحلية الحرّية في الإدارة³، إلاّ أن الفقه الفرنسي المعاصر لا يرى تناقض بين المنافسة المسبّقة ومبدأ الإعتبار الشخصي، لذلك أوجد قانون سابان I نوعاً من الحرّية المقيدة عند إبرام عقود التفويض، وفي نفس الوقت تتمتع بالسلطة التقديرية لتحديد المرشّحين الذين يدخلون إلى ساحة المنافسة بطريق التفاوض، وهذه المبادئ الجديدة المكرّسة لضمان حسن الإختيار، والتنفيذ الأحسن للمرفق.

وعندما دخل قانون سابان I حيّز التنفيذ أكّدت محكمة باريس الإدارية بأنّ مفهوم المنافسة الصارم الذي أتى به هذا القانون لا ينطبق مع مفهوم المنافسة في الصفقات العمومية، وبالتالي

1 - المادة 1-1411 L. من قانون الجماعات المحلية العام (CGCT) كانت تنص، قبل تنفيذ إصلاح الإمتياز، على أن "تمّ المفاوضات بحرّية من قبل السلطة المسؤولة عن الشخص العام المفوض الذي، في نهاية هذه المفاوضات، يختار المفوض".

2 - Henri Courivaud, *La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen*, Revue internationale de droit économique, 2004/4 (t. XVIII, 4), p 416.

3 - Muhannad AJJUB, op.cit , p317.

تقرّر عقود تفويضات المرفق العام عن الصفقات العمومية بإضافة مبدأ الإعتبار الشخصي المتمثل في حرية الإختيار عبر التقنية التفاوضية إلى جانب إجراءات المنافسة والشفافية¹.

ثانياً: تقييد السّلطة التقديرية بمبادئ الطلبات العمومية الجديدة

السّلطة التقديرية الواسعة للإدارة عنصر يظهر بوضوح الخصوصية المميزة لوظيفة تفويض المرفق العام، تتعلق بطرق إختيار المفوض له، فإعترافاً بالقيمة الدستورية لمبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، ومساواة المرشحين في المعاملة، وشفافية الإجراءات²، وظهور الفساد في بداية الثمانينيات، إضافة إلى تأثير التوجيهات الأوربية بوجوب تطبيق الشفافية والمنافسة قاد القاضي الإداري الفرنسي إلى الإقرار بتطبيق مبادئ الطلبات العمومية على تفويض المرفق العام، ممّا شكّل تقييداً للسّلطة التقديرية في إختيار المتعاقدين³.

تطورت ممارسة مجلس الدولة فيما يتعلق بإختيار المفوض له، من الإقرار بحرية إختيار المفوض إلى تشديد متزايد لهذا الإختيار، فإذا كانت الجهة المانحة لا تكون ملزمة بإعداد أو الإعلان عن معايير إختيار العروض فيما سبق، فإنّ هذا لم يجدي الآن بتبني مبادئ جديدة في المنظومة القانونية للتفويض وإجراءات سابقة⁴، كما قرّر ذلك مجلس الدولة بتأكيد مبدأ منع تعديل معايير إختيار العروض أثناء الإستشارة، بالإشارة إلى القانون الأوربي وكذلك القانون الداخلي الفرنسي في حكمه⁵، وذلك يعني أنّ الجماعة لن تتمكّن بأي حال من الأحوال من إختيار عرض لا يتناسب مع هذه المعايير، على خطأ ظاهر في تقييم العروض قد يؤدي إلى إلغاء القاضي

1 - ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، ص122، المرجع السابق.

2 - رفض المجلس الدستوري في سنة 1994 تصنيف هذا المبدأ بقيمة دستورية، Cons. Const. 21 janv 1994 (n° 93-335)، ولكن لم يعد الوضع الحالي بعد قرار 473-2003 حيث كرّس مجلس الدستوري هذه المبادئ دستورياً بعد في قرار له 26 juin 2003، DC-473-2003، n°، الإستند إلى المادة 6 و 14 من اعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة 1789

3 -David SOLDINI,, op.cit,p 1119.

4 -CE 20 oct. 2006, n° 287198, Communauté d'agglomérations Salon-Etangde-Berre-Durance, Lebon

5 -Résumé de CE 23 déc. 2009, n° 328827, Établissement public du musée et du domaine

National de Versailles, Jurisdata n° 2009-017405 « ...La personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de services publics, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres.. »

لقرار منح العقد حتّى ولو كان عرض تراه السّلطة المانحة بسلطتها التقديرية مناسبًا، أي خضوع وتقييد السلطة التقديرية لإجراءات الإختيار الجديدة.

والسؤال الذي يطرح ما مصير السّلطة التقديرية الواسعة للإدارة في إختيار المتعاقدين معها في ظل الالتزامات الاوربية والقانون الداخلي (قانون سابان 1) وقرارت مجلس الدولة الفرنسي؟ هذا ما نجيب عليه في البند الثاني من هذا الفرع تحت عنوان التقنية التفاوضية للسّلطة المفوّضة.

ثالثًا: التقنية التفاوضية الوجه الجديد لمبدأ حرية الإدارة في الإختيار¹.

رغم هذه الالتزامات الجديدة لا يعني نهاية السّلطة التقديرية المانحة للتفويض، فالفقه حاول في هذا الإتجاه خلق نوعًا من التوازن بين المبادئ العامّة للطلّبات العمومية، والتأكيد على السّلطة التقديرية للإدارة في الإختيار، العنصر الأصيل في تفويضات المرفق العام مقارنة مع النظام القانوني للصفقات العمومية، فهذين العنصرين يشكلان مقوم تمييز بين إجراءات الصفقة العمومة وإجراءات تفويضات المرفق العام، فإختلاف في النظام القانوني يساهم في تحديد الوظيفة التي تسند إليها الجماعات المحليّة فيما يتعلق بالصفقة العمومية وتفويضات المرفق العام.

فالنصوص التشريعية التي حملت معها بوادر الإصلاحات بمبادئ جديدة في الطلب العمومي بعد قانون سابان 1 وقانون الجماعات المحليّة الفرنسية، لم تضع حدودًا على حرية التفاوض بشأن السّلطات المانحة لكن قيّدتها بالمنع ألاّ يتعلق التفاوض بموضوع الإمتياز أو معايير المنح أو الشروط والخصائص الدّنيا المبيّنة في وثائق الإستشارة، فقد نصّت المادة 37² من التوجيه الأوربي UE/23/2014 سالف الذكر " السّلطات المانحة حرّة في تنظيم مفاوضات مع المترشّحين والمتعهّدين ..."، كما نصّت أيضًا المادة 46 من الأمر 65-2016³ المتعلق بعقود الإمتياز سالف الذكر.

1 - Audrey Egiziano, **La négociation dans la commande publique**, . Revue juridique de l'Océan Indien, 2011, 12, pp.55-123. fihal-02544471,p

2 - Art 37 directive UE/23/2014, op.cit « **Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser une négociation avec les candidats et les soumissionnaires L'objet de la concession, les critères d'attribution et les exigences minimales ne sont pas modifiés au cours des négociations** »

3 -Art 46 ordonnance 2016-65, op.cit, « **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** »

فإنّقل هذا المبدأ إلى قانون الطلبات العمومية الامر رقم 1704-2018 في المادة -L.1 3124¹، حيث نصّت " عندما تلجأ الجهة المانحة للتفاوض لمنح عقد الإمتياز، فإنّها تنظم التفاوض بحريّة مع واحد أو أكثر من المتعهّدين وفق الشروط التي يحدّدها مرسوم في مجلس الدولة، ولا يجوز أن يتعلق التفاوض بموضوع الإمتياز أو معايير المنح أو الشروط والخصائص الدنيا المبينة في وثائق الاستشارة" ممّا يدل على أنّ التعريف الوظيفي لتفويضات المرفق العام أصلًا هذا المبدأ في عقود التفويضات المرفق فلا يمكن إلغاء هذا المبدأ المندرج تحت التقنية التفاوضية للسلطة المفوّضة، وإن تم تقييده بمبادئ وإجراءات تحت طائلة بطلانها، غير أنّه لم يعد إلزامي بل هو خيار تلجأ إليه السلطة المانحة، يبدو جليًا تأثر المشرّع الفرنسي بالتوجيهات الأوروبية بتنازلات لصالح منطق الإصلاحات.

ولقد تبنّى المشرّع الجزائري هو الآخر المقاربة التفاوضية، التي ترتبط جوهرها بمبدأ الإعتبار الشخصي الذي يكرّس حريّة الإختيار لدى السلطة المفوّضة في إنتقاء المفوض له، فلم يختلف المشرّع الجزائري عن نظيره الفرنسي في تقييد هذه التقنية وبالتالي تقييد لمبدأ حريّة الاختيار، فقد نصّت المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199 على " تتفاوض لجنة إختيار وإنتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط.... لا يمكن أن تتطرّق المفاوضات في أي من الأحوال إلى موضوع التفويض"، كما قيد المشرّع السلطة المفوّضة في المادة 77 حيث يكون التفاوض بعد إنتقاء المترشحين كل على حدة، مع إحترام بنود إتفاقية التفويض²، ولا شك أنّ دفتر الشروط تمّ إعداده على مبادئ المساواة ومعايير موضوعية غير تمييزية والإجراءات الشكلية للمنافسة، كما أنّ دفتر الشروط يعتبر مؤطرًا لبنود إتفاقية التفويض وموضوعها، فلا يمكن للإدارة أن تمس بهذه البنود فهي مقيدة بدفتر الشروط، إلا أنّ تقنية التفاوض في التنظيم الجزائري ليست خيارًا عندما تلجأ إلى طلب على المنافسة، كما في التشريع الفرنسي.

1 -Art L3124-1 ordonnance 2018-1074, op.cit « Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat 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. »

2 -انظر إلى المادة 40 و 77 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

المطلب الثاني: القيود التي ترد على السلطة المفوضة في الإبرام بين التقليدية والتطور

أحد العناصر الأساسية للحرية التعاقدية هو الفكرة التي بموجبها يتمتع صاحب هذه الحرية سلطة الإختيار الحر للمتعاقد الذي يرغب في الدخول معه في إلترام تعاقدي، إلا أن سلطة الإختيار محاطة بتشريع وتنظيم لا يجوز للإدارة الخروج عنه، وبالتالي يشكل قيداً على سلطة الإختيار، فالقدرة على إختيار المتعاقد بحرية بالنسبة للأشخاص العامة، لا يعني توجيه طلب التعاقد بشكل مباشر إلى شخص معين، لأنها ملزمة بإتباع سلسلة من الإجراءات تتميز بها عن غيرها من العقود، فإختيار المتعاقد مع الهيئة العامة يتم ضمن إطار محدد شكلاً قيوداً على سلطة الإختيار ومن بين هذه القيود هي: قيود سابقة على عملية الإبرام (الفرع الأول) وفيها تحديد جدوى التفويض من طرف السلطة المفوضة، وقيد تحديد إجراءات التفويض طبقاً لعتبة تقدير المبالغ، وهو قيد جديد ناتج عن تطور عقود تفويضات المرفق العام، إضافة إلى قيد إختيار أحد أشكال التفويض أما قيود أثناء عملية الإبرام (الفرع الثاني) وفيها قيد خاص بحق الدخول (مقابل التعاقد)، وقيد خاص بتحديد المدّة.

الفرع الأول: قيود سابقة على عملية الإبرام

القيد الأول المفروض على ممارسة الحرية التعاقدية للأشخاص العمومية هو ذلك الذي ينشأ من إلترام الجماعات العامة، عندما تقرّر التعاقد، بتحديد إحتياجاتها، فتحدد الحاجات يكون أول قيد تلتزم به السلطة المفوضة عن طريق دراسات جدوى المشروع (أولاً)، وهذه الدراسات ملزمة لتحقيق الهدف من هذا المشروع، وتتتوع دراسة جدوى التفويض إلى الجدوى المالية والإجتماعية ونضج المشروع والتأثير البيئي، ومنه يتم تحديد القيمة التقديرية للإيرادات التي ينتج عنها إتباع إحدى الإجراءات وهو قيد آخر طبقاً للعتبة المحددة بالقيمة التقديرية (ثانياً)، وينتج عنه أيضاً تحديد أحد أشكال التفويض طبقاً لموضوع التفويض (إقامة المرفق أو إستغلاله) أو تغطية تكاليف الإستثمار أو حسب تحمّل المخاطر ورقابة السلطة المفوضة (ثالثاً).

أولاً: القيد الخاص بدراسات الجدوى للمشروع المحدد والمراد تنفيذه.

إنّ أي مشروع تريد الإدارة إنجازه لابد من تحديده أولاً، فهو نابع من حاجات الشخص العام التي يجب عليه تحديدها بدقة، فهي تعكس حاجات المجتمع وأولوياته وما يتطلبه من خدمات

تقدّم له بإستمراية وإطراد، ولا بد لهذه المشاريع من دراسات سابقة قبل إتخاذ قرار إعتمادها، وهي قيود تنظيمية ملزمة على الإدارة ترد على حرية الإبرام، لأنّها متعلقة بتحقيق أهداف نجاعة الطلب العمومي والإستعمال الحسن للمال العام، ونجاعة وجودة الخدمات العمومية، ومن ثمّ يُلزم على الشّخص العام إجراء مجموعة الدراسات لجدوى مشروع التفويض قبل إتخاذ القرار.

ودراسة جدوى المشروع تعرّف على أنّها مجموعة من الأسس العلمية المستمدّة من علوم الإقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات التي تستخدم في تجميع البيانات والمعلومات ودراساتها وتحليلها ما يقصد التوصل إلى نتائج تحدّد مدى صلاحية تنفيذ المشروع¹، ومن بينها:

أ- الجدوى المالية لتفويض المرفق العام:

يتعيّن على الإدارة أن تقوم بإجراء دراسات مسبّقة تساعد في تحديد إحتياجات المشروع بدقة، وإتخاذ القرار النهائي لتنفيذه، فتعتبر هذه الدّراسات ضرورية لكلّ مرفق عام موضوع التفويض، حيث يتعيّن من تحقيق المرفق العام موضوع التفويض إيرادات ذاتية تكفي من تغطية الإستثمارات التي يتحمّلها المفوض عند إدارته للمرفق العام، وقد تختلف حسب نوع التفويض قد يكون الإستثمار إقامة المرفق العام وإستغلاله أو إستغلاله فقط، فيقتضي تحديد المسبّق للتكاليف البنية التحتية التي يتطلّبها إنجاز مرفق موضوع التفويض، ومدى تحقيقه لإيرادات كافية لتغطية تلك الإستثمارات عند إستغلاله، ومقارنة تلك الإيرادات مع إيرادات في حال إدارة الشّخص العام المرفق بنفسه، وقدرة تغطيتها حجم الإستثمار وتكاليفه المُنقّعة من طرف المفوض له لتحقيق أرباح أو عجز، وبالتالي يعطي صورة واضحة للشخص العام بإتخاذ القرار من عدمه².

ب- الجدوى الإجتماعية لتفويض المرفق العام:

لابدّ من مراعاة البعد الإجتماعي لمشروع تفويض المرفق العام، وتحقّق ما إذا كان المشروع سيسهم في التنمية المحليّة تنتج عنها خلق فرص عمل جديدة تحد من البطالة، كما أنّ الرأي العام له تأثير على نجاح تفويض المرفق العام، ففي هذه الحالة يقتضي إنجاز دراسات ميدانية

1 - ستار جبار البديري، المرجع سابق، ص164.

2 - مروان محي الدين القطب، المرجع سابق، ص480.

والقيام بالتحقيقات الضرورية حول سعر الخدمة وجودتها، لأن عنصر الزبائن له أهمية كبرى فهو طرف مهم في عقد تفويضات المرفق العام.

ج- جدوى الأثر البيئي لتفويض المرفق العام:

يقصد بهذه الدراسة هي تلك التي تكون قبل مباشرة مشروع تفويض المرفق العام من أجل معرفة تأثيره على البيئة، وهو ما يوجبه القانون 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة¹، حيث نصت المادة 15 منه " تخضع المسبق وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة، مشاريع التنمية أو الهياكل المنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة التي تؤثر بصفة مباشرة او غير مباشرة ... على البيئة...".

والمفيد التنويه على أن المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر لم ينص على قانون البيئة في حيثياته على عكس المرسوم الرئاسي 15-247، كما أنه أوجب بتضمينه في البيانات في إتفاقية تفويض المرفق العام بخصوص حماية البيئة²، ولم يتخذه كمبدأ على غرار التشريعات المقارنة كالتشريع المغربي في المادة 03 من القانون 05-54 الذي نصّ عليه كمبدأ من مبادئ تفويضات المرفق العام بوجوب المحافظة على البيئة، أمّا التشريع الفرنسي في المادة 27 من الأمر 65-2016 فقد ألزم السلطة المانحة عند تحديد إحتياجاتها وقبل إتخاذ قرار اعتماد تفويض المرفق العام بمراعاة الجانب البيئي " يتم تحديد طبيعة ونطاق الإحتياجات التي يجب تلبيتها قبل إنطلاق عملية الإستشارة، مع مراعاة أهداف التنمية المستدامة في جوانبها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية"³، كما أشارت إلى ذلك المادة 1-3114 L من قانون الطلبات العمومية 1047-2018.⁴

1 -قانون رقم 03-10، المؤرخ في 19 جويلية 2010، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، ع43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل.

2 -انظر إلى المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

3 -Art 27 ordonnance 2016-65, op.cit « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

4 -voir Art L3114-1 ordonnance 2018-1074,op.cit.

د- جدوى نُضج المشروع:

وعرّفته المادة 06 من المرسوم التنفيذي 09-148 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز "ويقصد بدراسة النضج لمشروع أو برنامج تجهيز عمومي، مجموع الدراسات التي تسمح من التأكد أنّ من شأن هذا المشروع المساهمة في التطور الإقتصادي والإجتماعي على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي، وبأنّ أشغال إنجاز المشروع مهيأة للإطلاق في الظروف المثلى للكلفة وفي الآجال المحددة كذلك¹ .

وتتمّ دراسات النضج لمشروع تجهيز عمومي على ثلاثة مراحل متتالية وهي:

-الدراسات التحديدية؛

-الدراسات الخاصة بإمكانية تنفيذ المشروع؛

-الدراسات الخاصة بتحضير إنجاز المشروع وطريقة إستغلاله.

لكن السؤال الذي يطرح بخصوص إعداد دراسات الجدوى محل العقد فمن هي الجهة المكلفة

بإعداد هذه الدراسات؟

إذا كانت القاعدة العامة هي أنّ الدولة هي التي تقوم بإعداد دراسة الجدوى الإقتصادية للمشاريع المنفّذة بصيغة التفويض أو الإمتياز كونها الجهة المستفيدة من إنشاء هذا المشروع، فإنّ هذا الأمر لا يتوقف عليها وحدها، فقد تشرك المتعاقد في إنجاز هذه الدراسات، فقد نصّت المادة 35 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ذلك، وقد برّرت المادة بوجود أسباب ذات طابع تقني أو إقتصادي، كما أجاز التشريع المغربي أن يترشّح أي شخص يحوز على مشروع متعلق بتقنية أو تكنولوجيا مفيدة للتدبير المفوض مصحوباً بدراسة جدوى تقنية أو إقتصادية أو مالية إلى السلطة المختصة قصد إتخاذ قرار بشأن تفويض تدبير المرفق العام المعني².

1 - مرسوم تنفيذي رقم 09-148 المؤرخ في 02 مايو 2009، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج ر، ع 26 الصادرة

بتاريخ 03 مايو 2009

2 -انظر الى المادة 07 من القانون 05-54، المصدر السابق.

ثانياً: القيد الخاص بتحديد إجراءات التفويض حسب العتبة المالية

قيد المشرع الفرنسي في الأمر 65-2016 والمرسوم 86-2016 السلطة المفوضة بإتباع أحد الإجراءات قبل اعتماد قرار الإعلان بناءً على القيمة المقدرة التي تم حسابها، فحدد المشرع إجراءات لإبرام عقود الإمتياز نتيجة لتطبيق التوجيهات الأوروبية وتوحيدها على المستوى الجماعية الأوروبية، فيوجد العتبة الأوروبية المقدرة حسب السنة المالية 2016 ب5225000 أورو، فإذا كانت القيمة المقدرة تساوي أو تفوق العتبة الأوروبية يخضع الامتياز للإجراءات العادية¹، وإذا كانت القيمة المقدرة تقل عن العتبة الأوروبية أعلاه يخضع للإجراءات المبسطة². فماذا يعني بهذه الإجراءات؟

الإجراء العادي(الشكلي) يختلف عن الإجراء المبسط في كفاءات الإشهار فيكون شكل الإعلان بنموذج محدد عن طريق اللائحة الأوروبية، كما يتميز عنه في مدة تحضير الترشيحات والعروض حسب ما نصت عليه المادة 14 و 15³ من المرسوم التنفيذي 86-2016، أمّا الإجراء المبسط يتبع في حالة كانت القيمة التقديرية أقل من العتبة الأوروبية وتتعلق بخدمات المياه والصرف الصحي ووسائل النقل والخدمات، وتختلف في الإشهار ونموذج الإعلان⁴ وكذا مدة تحضير الترشيحات والعروض، سنبين هذا لاحقاً بالتفصيل في هذا الفصل.

والسؤال المطروح كيف يتم تقدير عتبة الإبرام لعقد التفويض المنصوص عليه في هذا

المرسوم؟ وكيف عالج الأمر المشرع الجزائري؟

1 - l'Art 13 du décret n°2016-86 op.cit » Pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, l'autorité concédante consigne, par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation ».

2 -l'Art 10 du décret n°2016-86 op.cit « Les contrats de concession mentionnés au 2° de l'article 9 sont les contrats suivants :

1° Les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil visé à l'article 9 ;

2° Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet :

a) Les activités relevant du [3° du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée](#) ;

b) L'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement du 23 octobre 2007 susvisé ;

c) Un des services sociaux ou des autres services spécifiques, dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française. »

3 - l'Art 14 du décret n°2016-86, op.cit « -L'autorité concédante publie un avis de concession conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé. Toutefois, pour les contrats qui relèvent de l'article 10, cet avis est établi conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. » Voir L'Art 15 du décret n°2016-86 op.cit, « L'avis de concession comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation. ».

4 - voir l'Art 18 du décret n°2016-86 op.cit.

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

فبتقدير قيمة عقد الإمتياز بداية يتم بتحديد طبيعة، ومدى الاحتياجات المطلوب تلبيتها بدقة تُحسب هذه القيمة بطريقة الغرض المطلوب الموضحة في وثائق الاستشارة، وتعتمد على إجمالي الإيرادات بدون رسوم لصاحب الإمتياز خلال مدة العقد¹، توضح المادة 7 من المرسوم التطبيقي 2016-86 أعلاه²، أنّ الهيئة المانحة يجب أن تأخذ بعين الإعتبار عند تقدير القيمة خاصةً:

-الإيرادات المحصّلة من مستخدمي المرافق العمومية، بإستثناء تلك التي يتم تحصيلها لصالح الهيئة المانحة أو أطراف أخرى؛

-المبالغ المدفوعة من قبل الجهة المانحة أو أي سلطة عامة أخرى أو أي فائدة مالية تمنحها إحداها إلى المفوض له؛

- قيمة الإعانات أو أي فائدة مالية أخرى يمنحها الغير لإستغلال المرفق؛

- الإيرادات المحققة من أي عملية بيع للأصول التي تُشكّل جزءاً من الامتياز؛

- قيمة جميع اللوازم والخدمات التي تُوفرها الهيئة المانحة لصاحب الإمتياز، شريطة أن تكون ضرورية لتنفيذ الأشغال أو تقديم خدمات المرفق.

وفي حالة تخصيص عقد التفويض بخدمات منفصلة طبقاً لعدم تجانس الخدمات يجب أن يأخذ بعين الإعتبار إجمالي القيمة لجميع الحصص لتحديد العتبة، وبالتالي يتغير الإجراء.

أمّا التشريع الجزائري فبداية لا يوجد مثل هذه الإجراءات في المرسوم المنظم لعقد تفويضات المرفق العام، بل يوجد في تنظيم الصفقات العمومية أين قسم المشرع الجزائري أحكام إبرام الصفقات العمومية إلى إجراءات مكيفة وإجراءات شكلية مرتبطة بعتبة مالية طبقاً لأحكام المادة 14 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر³، إلا أنّ القدرات المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية المطلوبة من المفوض له من خلال دفتر ملف الترشح

1 - وهذه قاعدة موافقة لإجتهاادات مجلس الدولة الفرنسي أنظر إلى الحكم الصادر عن مجلس الدولة:

CE, 20 Octobre 2006, Commune d'Andeville, n° 289234.

2 - Voir L'Art 7 du décret n°2016-86 op.cit.

3 - القسم الفرعي الثاني المعنون بالإجراءات المكيفة المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق " كل بصفة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثني عشرة مليون دينار (12.000.000)..... لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية....".

طبقاً لأحكام المادة 13 من المرسوم 18-199¹ ماهي إلا معايير إنتقاء أولية للمفوض له، ولا تخص تحديد نظام الإجراء، فقط إجراء المنافسة، وإجراء التراضي البسيط سنتطرق إليهما لاحقاً في هذا الفصل.

ثالثاً: القيد الخاص بتحديد أحد أشكال التفويض

القاعدة العامة أنّ السّطات المانحة حرّة في إختيار نمط التسيير سواء إستغلال مرافقها بوسائلها الخاصة، أو تشارك في تعاون مع سلطات أخرى، أو تعهد تسييرها للمتعاملين إقتصاديّين، إلا أنّ السّطة المانحة في الأنظمة القانونية المقارنة تعتمد عقوداً إدارية مستحدثة تتخذ أشكالاً متعدّدة تبعاً للدور المراد من القطاع الخاص المحدّد من الدولة إتجاه مرافقها العامّة الضرورية إقامة وإستغلالاً وتسييراً وصيانةً، وتبعاً لطبيعة الخدمات العامّة التي يراد تلك المرافق تقديمها للمستخدمين، ومن هنا تحديد شكل العقود المستحدثة حسب طبيعة العقد يرد قيماً على حرّية الإدارة، فهي مُلزّمة بإختيار بادئةً أحد أنماط عقود التفويض المرفق سواء بطريق الإمتياز أو الوكالة المحفّزة أو الإيجار أو التسيير وذلك لإعتبارات مختلفة نجلها مايلي:

أ- أن يعهد للمفوض له بإقامة المرفق العام وإستغلاله:

قد يلجأ الشّخص العام في إحتياجاته إلى إنجاز منشأة جديدة، أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، أو إختيار الإستغلال فقط، ففي هذه الحالة، فإنّ النّوع الذي تختاره السّطة المفوضّة هو عقد الإمتياز، أمّا إذا كان الحال لا يتطلّب إنشاء مرفق عمومي أو إقتناء ممتلكات لإقامته أو إستغلاله فإنّ السّطة المفوضّة تلجأ إلى عقد الوكالة المحفّزة أو عقد الإيجار أو التسيير حسب متطلّبات المرفق التي تخضع لها السّطة المفوضّة في إختيارها لشكل التفويض.

ب- تغطية أعباء الإستغلال:

يلجأ لهذا الإعتبار عندما يُحقّق المرفق العام إيرادات كافية لتغطية أعباء الإستغلال أو الإستثمار التي ينكبّها صاحب التفويض، فإنّ النّوع المناسب لهذه الحالة طبقاً لهذا الإعتبار هو

1- المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق "....ويحدّد هذا الجزء معايير إختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يأتي: *القدرات المهنية....*القدرات التقنية....*القدرات المالية: وهي الوسائل المالية المبرّرة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية".

عقد الإمتياز، أمّا إذا كانت الإيرادات غير كافية فإنّ الشخص مانح التفويض يختار طريقة الوكالة المحفّزة أو عقود التسيير، أمّا إذا كانت إيرادات المرفق كبيرة كافية لتغطية أعباء المرفق وتزيد عن ذلك، فإنّ السّلطة المانحة تختار عقد إيجار المرفق العام، لذا يمكن إختصار عقد الإيجار كعقد إمتياز قصير المدى، كما أنّ عقد الإيجار غالباً ما يلي عقد الإمتياز عند إنتهاء المدّة.¹

ج-رقابة السّلطة المفوّضة للمرفق العام وإدارته:

فإذا أرادت السّلطة المفوّضة أن تمارس رقابة كلىة على المرفق العام موضوع التفويض عندما تحتفظ بإدارته، فتلجأ السّلطة المفوّضة إلى عقد الوكالة المحفّزة أو عقد التسيير، في حين إذا أرادت أن تمارس رقابة جزئية على المرفق عندما يتحمّل المفوض له الإدارة والتسيير فإنّها تختار عقد الإمتياز أو الإيجار.

د-نطاق مسؤولية المفوض له وتحمله المخاطر:

ويتحدّد التفويض ونوعه حسب تحمّل المسؤولية لكلا طرفي العقد ومدى تحمّلهم المخاطر، فإذا أرادت السّلطة المانحة إلقاء المسؤولية عنها للمفوض له مع تحمّله كافة المخاطر التي يتعرّض لها الناجمة عن إستغلاله للمرفق العام، فإنّ السّلطة المفوّضة تختار عقد الإمتياز وعقد الإيجار فأما إذا أرادت تقاسم مسؤولية المرفق العام فهذا ينتج عنه تقاسم في المخاطر فهنا تلجأ إلى عقد الوكالة المحفّزة أو عقد التسيير لأنّ المفوض له يتصرّف بإسم صاحب السّلطة المفوّضة، كما يلاحظ هنا أنّه كلّما كانت إستثمارات المفوض له تخصّ البناء والتشييد والإستغلال كلّما كانت رقابة السّلطة المفوّضة جزئية، وكلّما ترتّب عنها مخاطر الإستثمار والعكس صحيح.

الفرع الثاني: قيود ترد على السّلطة المفوّضة أثناء عملية الإبرام

تتعاقد السّلطة المفوّضة مع المفوض له بقيود ترد على سلطة الإختيار، فقبل عملية التعاقد يقع على عاتقها تقديم ضمانات من المفوض له كحق التعاقد وهو قيد خاص في عملية الإبرام، فالمتعاقد عليه تقديم هذا الضمان ويسمّى بحق الدخول أو "حق التعاقد" من أجل الحصول على العقد من السّلطة المفوّضة(أولاً).

1 -Nadine Dantonei-Cor, *droit des collectivités territoriales*,3em édition,Bréal, 2007,p204.

كما أن عقد تفويضات المرفق العام مقيد بمدة، فالأجال كانت تحددها الإدارة بحريتها أثناء عملية الإبرام كانت المدة إحدى العناصر الأساسية للإمتياز، والتي كانت طويلة جداً، حتى قد تصل إلى حد غير مقيد تعكس مدة إهلاك الإستثمارات وإسترجاع الأعباء وتحقيق الأرباح، إلا أن جاء قانون سابان 1 قيد الإدارة بتحديد المدة في عقود تفويضات المرفق العام صراحة، وهذه العملية تأتي بعد نتائج عمليات التفاوض (ثانياً)

أولاً: قيد خاص بحقوق الدخول (مقابل التعاقد)

لم تعرف حقوق الدخول في التشريع والإجتهد القضائي الفرنسي، ولكن حاول الفقه تحديد حدودها عندما أشار أنها تشمل كل مبالغ مدفوعة محددة في العقد، تدفع من طرف المفوض له والتي ليست مقابل لخدمة (بالمعنى الواسع كتوفير المرافق أو البنى) وليست تحملاً لنفقة مرتبطة بالمرفق من قبل السلطة المفوضة¹، أي يرى الأستاذ أبوبكر عثمان أن هذه المبالغ تدفع مقابل التعاقد، ويعرفها مايلي: "بأنها عبارة عن مبالغ يقوم مشروع خاص بدفعها أو أشغال يقوم بتنفيذها، أو خدمات يقوم بأداها من أجل إقناع الجماعات المحلية بإبرام عقد تفويض المرفق العام، ثم يقوم بعكس قيمة هذه المبالغ أو الأشغال أو الخدمات على السعر الذي يدفعه مستخدم المرفق العام"².

حقوق الدخول قد تتوافق مع تحمل صاحب الإمتياز للمبالغ التي إستثمرتها السلطة المفوضة في بداية التفويض، تحدث هذه الحالة أساساً عندما يتم تكليف جهة متعاقدة بتسيير المرفق العام، بعد أن تم إدارته في شكل تسيير مباشر، وتتحمل الجهة المتعاقدة بدفع مبلغ مقطوع إلى السلطة المانحة عند إبرام العقد، وهي تشكل مقابلاً للإستثمارات التي قام بها مانح التفويض أو صاحب التفويض السابق، ويقوم صاحب التفويض بإسترداد هذه الأموال من الرسوم (التعريفات) التي يتقاضاها من المستفيدين لخدمات المرفق العام، لأنه يتطلب أن تغطي هذه التعريفات جميع التكاليف التي يتحملها صاحب التفويض وتحقق له مستوى من الأرباح³.

1- Laure Lagasse et Emeric Chabanne, *Passation et rédaction des contrats de concession*, IGD, Paris 2017, P 57.

2 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 137

3 - مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 496.

لا تقتصر التدخلات التشريعية في حرية التعاقد كما رأينا سابقاً بل يمتد إلى تنظيم استخدام حقوق الدخول والرّسوم، التي أضحت قيداً هي الأخرى، لذا فالمشّرع سيمنع أيضاً دفع حقوق الدخول في مجالات أخرى، ويبقيها في مجالات معيّنة، وفي هذا الصدد جاءت المادة¹ 76 من قانون رقم 95-101 المتعلّق بتعزيز حماية البيئة الفرنسي سالف الذكر بإدراجها فقرة جديدة على المادة 40 من قانون سابان² 1 والتي تنص "يُمنع دفع المفوض للحقوق الدخول للجماعة المفوضة عندما يتعلق التفويض بالمياه الصالحة للشرب أو الصّرف الصحي أو النفايات المنزلية والنفايات الأخرى." بعدما كانت في قانون سابان 1 "المبالغ وطريقة حساب حقوق الدخول والبدلات والمدفوعة من طرف المفوض للجماعة المفوضة يجب أن تكون مبرّرة في العقد"، إنتقل هذا النص إلى المادة 30 و 31 من الامر 65-2016³ المتعلّق بالإمتياز مذكور آنفاً، ثمّ إلى المادة L.4-3114 والمادة L.5-3114 من قانون الطلبات العمومية 2018-1074⁴ أيضاً، وبالتالي تقيّد هذه النصوص بشكل كبير ممارسة حرية التعاقد لدى الجماعة العامّة، حيث لم تعد بإمكانها أن تتوقع أي بنود مالية.

ومن الناحية العملية، قد تسبب دقّة ما يمكن أن يشكل بدلات (الأتاوى) أو حقوق دخول صعوبات للأطراف المتعاقدة، ولرفع هذه الصعوبات تعرّف البدلات (الأتاوى) تقليدياً بأنّها "مبلغ مدفوع بشكل دوري في مقابل منفعة ممنوحة بموجب إتفاق تعاقدى"⁵ فتشكّل هذه الرّسوم مقابل خدمة مقدّمة وبهذا المعنى يمكن أن تتوافق مع حق شغل الملك العمومي للجماعة العامة المفوضة من طرف المفوض له، ويجب أن ترتبط هذه البدلات بموضوع عقد التفويض، كما حدّدت ذلك المادة 40 من قانون سابان 1 مشار إليها أعلاه، أمّا حقوق الدخول فقط تم تعريفها سابقاً.

1 - Art. 76. De Loi n° 95-101,op.cit « Le septième alinéa de l'article 40 de la loi no 93-122 du 29 janvier 1993 précitée est complété par une phrase ainsi rédigée: Le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets. ».

2 - Art.40 de Loi n° 93-122,op.cit « Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions. »

3 - voir Art 30 et 31 de l'ordonnance 2016-65, op.cit.

4 - voir Art L3114-4 et L3114-5 de l'ordonnance 2018-1074,op.cit.

5 - Muhannad AJJOUR, op.cit, p388.

وبالتالي إذا تضمن العقد على حقوق الدخول أو بدلات فيقتضي أن تكون محدّدة في العقد كأن ينصّ العقد على أن يدفع صاحب التفويض كحقوق دخول، مبلغاً معيّن عند إبرام العقد، ومبالغ أخرى تدفع بصورة دورية كبدلات¹.

ثانياً: قيد خاص بمدّة عقد تفويضات المرفق العام

شكّلت المدّة قيدياً آخر على سلطة الإدارة الحرّة في الإختيار، فبعد التكريس الدستوري في فرنسا على مبدأ "حرية إدارة الجماعات الإقليمية" لتحرير هذه الجماعات من وصاية الإدارة المركزية، ثم تلاه قانون اللامركزية الصادر في 2 مارس 1982 المذكور سابقاً، أصبح النقاش حول حرية التعاقد للأشخاص العامّة محوراً هاماً، وقد إستخدم هذا الأساس نفسه من قبل بعض المؤلفين بهدف تعزيز حرية التعاقد - للأشخاص الخاصة في المقام الأول وللجماعات المحليّة بشكل خاص.

غير أنّ الحدث الهام الذي إصطدم مع مبدأ الدستوري، ووافقه قانون اللامركزية لسنة 1982 أعلاه هو إعلان قانون سابان 1 في المادة 40 منه بوجوب تحديد المدّة في عقد تفويض المرفق العام من طرف السلطة المانحة، بعدما كانت المدّة غير محدّدة وتخضع للسلطة التقديرية للسلطة الإدارة، ممّا يمكن القول مساس بالحرية التعاقدية للجماعات المحليّة المكرّسة دستورياً، وأثناء المناقشة البرلمانية لقانون سابان 1 خصوصاً المادة 40 منه أشار النواب أنّ جميع الشروط التي حدّدت بها المادة 40 من القانون قد قيّدت مدّة عقد تفويضات المرفق العام من جهة، ومن ناحية أخرى مساس بحرية إدارة الجماعات المحليّة خاصّة من خلال عرقلة إستمرارية مرافقها العمومية، والتأثير السلبي على حرية المبادرة للمؤسسات التي قد تكون مانحة للتفويض، بينما أشار التقديم الثاني لنواب آخرون أن تقييد مدّة تفويض المرفق العام إلى مدّة الإهلاك العادية للمرافق التي تمّ إستغلالها من طرف المفوض له يعتبر انتهاكاً للمادة 72 من الدستور، وقدم النواب طلب سحب

1 - مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 496.

المادة 40 بعدم دستوريته، إلا أنّ هذا لم يمنع القاضي الدستوري في قراره من التصريح بأنّ هذا النص القانوني لا يخالف الدستور¹.

ولقد حكمت المحكمة الدستورية الفرنسية بدستورية تحديد المدّة في عقد تفويض المرفق العام في المادة 40 من قانون سابان² 1 أعلاه، وانتقل هذا الحكم إلى الأمر 65-2016 في المادة 34³، ثمّ إلى المادة L.7-3114⁴ من قانون الطلبات العمومية، وهذا ما هو إلاّ لتعزيز مكتسبات قانون سابان¹ وتثمينها، وهذا المفهوم الجديد في المدّة يعطي طابعا خاصا لعقود تفويضات المرفق العام.

أ- تحديد المدّة في عقود تفويضات المرفق العام:

بقراءتنا للمادة **L.7-3114** من قانون الطلبات العمومية 2018 بإعتباره آخر تشريع بخصوص تفويضات المرفق العام، فلم يخرج المشرّع الفرنسي عن أحكام المدّة التي كرسها قانون سابان¹ ولا قانون الإمتياز، فنصّت المدّة على "مدة عقد الإمتياز محدودة. تُحدّد هذه المدّة من قبل السّلطة المانحة بناءً على طبيعة ومبلغ الخدمات أو الإستثمارات المطلوبة من صاحب الإمتياز، وفقاً للشروط المنصوص عليها عن طريق تنظيم".⁵

ولقد حدّدت المادة R.2-3114 المدّة في عقد الإمتياز كحد أدنى "بالنسبة لعقود الإمتياز التي تزيد عن خمس سنوات، يجب ألاّ تتجاوز مدّة العقد الوقت الذي يعتبره بشكل معقول صاحب الإمتياز لإهلاك الاستثمارات التي قام بها لتشغيل المنشآت أو الخدمات مع الحصول على عائد على رأس المال المستثمر، مع مراعاة الإستثمارات اللازمة لتنفيذ العقد".

إلاّ أنّه في مجال توفير المياه الصالحة للشرب، والصرف الصحي، وجمع النفايات المنزلية والنفايات الأخرى، يجب ألاّ تتجاوز مدّة عقود الإمتياز **20 سنة**، ويمكن تجاوز هذه المدّة بعد تقديم الوثائق الداعمة من طرف السّلطة المفوضّة بعد أخذ رأي المدير الإدارة المالية العامّة⁶.

1 -voir C.C., Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec. P. 14.

2 -voir Art 40 de la loi de sapin 93-122, op.cit.

3- voir Art 34 de l'ordonnance 2016-65, op.cit.

4 -voir Art L3114-7 de l'ordonnance 2018-1074, op.cit.

5-voir Art L3114-7 de l'ordonnance 2018-1074, op.cit.

6 -voir Art L3114-8 de l'ordonnance 2018-1074, op.cit.

وتهدف هذه القيود، وفقاً للبند 52 من التوجيه الأوروبي UE/23/2014 ، إلى تجنب "غلق" السوق وتقييد المنافسة¹، فقد تؤدي الإمتيازات طويلة المدة كما كان في السابق إلى غلق الأسواق بسبب إحتكار التسيير على فئة معينة بتلك المدة، مما يضر بحرية تداول الخدمات وحرية المؤسسات، فالصياغة الجديدة لهذه المواد التي أعادت بشكل رئيسي محتوى المادة القديمة لقانون سابان¹، ما هو إلا لتعزيز الارتباط الوثيق بين مدة تفويضات المرفق العام وواقعها الإقتصادي، وهاته الصياغة جاءت بالتزامين جديدين وهما²:

- تحديد المدة بـ 05 سنوات كحد أدنى، يجب حساب المدة إستناداً إلى الاستثمارات (بمفهومها الواسع) التي يتعين أن تُهتلك، وإسترجاع تكاليف الإستثمار بما فيها تحقيق الأرباح، وهذه عتبة جديدة.

- تحديد المدة بـ 20 سنة كحد أقصى وتخص فقط المجالات تزويد بالمياه الصالحة للشرب والصرف الصحي، وجمع النفايات المنزلية والنفايات الأخرى.

ب-العناصر المبررة لتحديد المدة:

أسس التشريع الجديد الخاص بتفويضات المرفق العام بعد إلغاء قانون سابان¹ لفكرة تحديد المدة جعلها كحد أدنى 05 سنوات وحد أقصى 20 سنة مع تبرير طلب تمديد المدة من طرف السلطة المانحة في مجالات محددة، ويرجع ذلك إلى مبررات ذكرها المشرع الفرنسي في الأمر 65-2016 والمرسوم التطبيقي 86-2016 ثم إنتقل إلى الأمر 1074-2018 والمرسوم التطبيقي 1075-2018 وهو التشريع والتنظيم الحالي الذي ينظم عقود الإمتياز.

وتتمثل المبررات لتحديد المدة في عقد الإمتياز الجديد في فكرة الإستثمارات، نستشف ذلك من خلال قراءتنا للمادة 6 من مرسوم 86-2016 التي توضح المبدأ الذي أعلنته المادة 34 من الأمر 65-2016 : أنها تعرّف مفهوم "الاستثمارات".

1 -Le considérant 52 de la Directive 2014/23/UE du Parlement européen op.cit « la durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement..... ».

2 -Laure Lagasse et Emeric Chabanne,op.cit, p49.

أما المبرر الثاني وهو إهلاك الإستثمارات وتحقيق عائد على رأسمال المستثمر أي تحقيق ربح لصاحب الإمتياز، وذلك من خلال المادة¹⁶ أعلاه الموضحة للمادة 34 أعلاه.

1- مبرر الإستثمار: تُحدّد المدّة بمدى تمكين صاحب الإمتياز من إسترداد تكاليف الإستثمارات المخطّطة لتنفيذ الإمتياز، فمصطلح الإستثمار يشمل الإستثمارات اللّازمة لإستغلال المرافق أو تنفيذ أشغال، فالمرفق العام ترصد له إعتمادات مالية ضخمة لإدارته، فيكون لزاماً على السّلطة المفوّضة أن تحدّد المدّة بما يضمن إسترجاع تكاليف الإستثمار لصاحب الإمتياز، طالما أنّ تعويض المقابل لا يقضي على مخاطر الإستغلال، ويجب ألاّ تتجاوز مدّة عقد تفويض المدّة العادية لإهلاك الإستثمار في إستغلال المرفق العام إستناداً إلى تحديد المدّة الإفتراضية للأصول والأموال الموجهة للإستغلال.

ومن خلال المادة 06 أعلاه حدّدت قائمة غير حصرية من الأمثلة، فالإستثمارات تفهم على أنّها الإستثمارات الأولية تلك التي يجب تنفيذها خلال مدّة عقد الامتياز، والتي يتعيّن أن تكون ضرورية لتنفيذ الأشغال وإستغلال المرفق المفوّض.

2- مبرر عائد على رأس المال المستثمر(الربح): تحدّد المدّة التي يمكن فيها توقع أن يسترد صاحب الإمتياز بشكل معقول الإستثمارات التي قدّمها لإستغلال المرفق، وتحقيق عائد على رأس المال المستثمر في ظروف الإستغلال العادية، مع مراعاة للأهداف التعاقدية المحددة التي إلّزم بها لتحقيق متطلّبات خاصّة، مثل الجودة أو السعر للمستخدمين، يجب أن تكون التقديرات حول المدّة صحيحة في وقت منح الإمتياز، ففكرة عائد على رأس المال المستثمر لم يحدّد في التشريع الفرنسي ولا الأوروبي، لذا يبدو من الممكن القول أنّه يمكن تقريب هذا المفهوم، إلى "الربح المعقول" الذي تمّ إعتماده بالفعل من قبل القضاء والتشريع الأوروبي²، أمّا في

1 - Voir l'Art 6/1 du décret n°2016-86, op.cit « Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel" ».

2 - عبرت المادة 52 من التوجيه الاوربي UE/23/2014 عن فكرة عائد على رأسمال المستثمر يجب أن يتمتع صاحب الامتياز بمدّة عقد تسمح بـ "عائد على رأس المال المستثمر" بمستوى معقول. يمكن تقدير هذا المفهوم على سبيل المثال

الإجتهادات مجلس الدولة الفرنسي نجد قرار « Sté Maison Comba précitée » مقارب لعائد على رأس المال المستثمر، مع مفهوم "الريح المعقول". حيث أكد في القرار أنه يجب حساب المدّة بطريقة تسمح للمفوض له بالتوازن بين التكاليف وتحقيق هامش طبيعي من الريح.¹ أمّا في التشريع التونسي في الفصل 18 من قانون اللزمات والمغربي في المادة 13 من قانون التدبير، نجد أنهم تبنّوا المقاربة الفرنسية، بوجوب تحديد المدّة متناسبها مع حجم وتكاليف الإستثمار، لكن دون الإعتبار للعائد أو الريح كمبرر لتحديد المدّة.

ج-الإتجاه في التشريع الجزائري:

حدّد المشرّع الجزائري الحد الأقصى لكل أنواع تفويض المرفق العام مخالفاً بذلك التشريع الفرنسي والتشريعات الأخرى، وهو طرح نتمنه لإعتبارات التميّز والنوعية، غير أنه بإعتبار المدّة عنصراً جوهرياً في عقد تفويض المرفق العام، نرى أنّ عدم منح المشرّع الجزائري السّلطة المفوّضة الخيار في تحديد المدّة إلّا ضمن الحد المعلوم في التنظيم 18-199 وهو إلزام للسّلطة المفوّضة بعدم تجاوزه، على خلاف المشرّع الفرنسي الذي تركه للسّلطة التقديرية للإدارة وإن أُلزمها بتحديددها، لأنّها أدري بواقع العملية، وتحديد المشرّع الجزائري مسبقاً للمدّة بالحد الأقصى الملزم للسّلطة المفوّضة² في كل أنواع تفويضات المرفق العام غير مبرر وغامض على غرار المشرّع الفرنسي الذي برّره بحجم الإستثمارات وتحقيق عائد على رأس المال المستثمر.

بالرجوع إلى مفهوم معدل العائد الداخلي (TRI) أو القيمة الصافية الحالية (VAN)، فالأول معدل الخصم الذي تتساوى عنده القيمة الحالية للتدفقات النقدية المتوقعة مع تكلفة الإستثمار، وبذلك فهو عبارة عن معدل الخصم الذي تكون عنده القيمة الحالية الصافية مساوية للصفر، والثاني الفرق بين القيمة الحالية للتدفقات النقدية الداخلة والتدفقات النقدية الخارجة للمشروع، أمّا بخصوص الإجتهد القضائي الأوربي عبر مجلس قضاء الجماعة الأوربية ببتعويض تكاليف الخدمة أن يغطي تكاليف تنفيذ الإلتزامات المرفق العام، بالإضافة إليه "ريح معقول" انظر إلى

Laure Lagasse et Emeric Chabanne,op.cit, p51

1 -Conseil d'Etat, 11 août 2009, Soc. Maison Comba, n° 303517).

2- حدد المشرّع مدّة عقد الإمتياز كحد أقصى في المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18 - 199 ب 30 سنة. وفي عقد الإيجار في المادة 54 من نفس المرسوم التنفيذي ب 15 سنة كحد أقصى، وفي عقد الوكالة المحفزة طبقاً لأحكام المادة 55 ب 10 سنوات كحد أقصى، أمّا في عقد التسيير طبقاً للمادة 56 ب 5 سنوات كحد أقصى.

كما أنّ تحديد المدّة الزمنية كحد أقصى يحد من حرّية المبادرة وحرّية التعاقد للسلطة المفوّضة أكثر من إلزام تحديد المدّة وتركها للسلطة التقديرية للإدارة، ولعلّ في إعتقادنا أنّ لجوء المشرّع الجزائري إلى تحديد المدّة في النص التنظيمي راجع إلى التجربة الجديدة، وتخوّف من تجاوزات يترتب عنها آثار تمس بالمبادئ العامة للإبرام وتنفيذ عقد تفويضات المرفق العام، ولا سيما أنّها مرافق الدولة، كما أنّ أطراف التفويض غير مهياًة لإستقبال عقد جديد ضمن حقل العقود الإدارية بدليل برقية الصادرة عن الأمين العام وبتفويض من وزير الداخلية إلى الولاية تحت رقم 2067 بتاريخ 27 جوان 2019 بعنوان إرجاء المرسوم التنفيذي 18-199 إلى حين تلقّي موظفي الجماعات المحلية تكوين في هذا المجال، إضافة إلى ضعف إسهامات الاجتهادات القضائية بخصوص عقود التفويض، لكن بالمقابل أعطى حرّية التفاوض على المدّة في المجال المسموح به، وهو الحد الأقصى لكنّه لم يحدّد الحد الأدنى على غرار المشرّع الفرنسي، وهو من شأنه يترتب عنه الإنحراف عن عن الإلتزام بالمبادئ الإبرام والتنفيذ.

المبحث الثاني: طرق الإبرام في النظام القانوني المنظم لعقود تفويض المرفق العام

تنقسم عملية إبرام عقود تفويضات المرفق العام إلى قسمين، يتمثّل الأوّل في كميّيات الإبرام المتجسّدة في إختيار إحدى صيغ الإبرام سواء بطريق الطلب على المنافسة أو التراضي، أمّا الثاني يتمثّل في إجراءات الإبرام، وعليه جاءت القوانين المنظمة لتفويضات المرفق العام بالقاعدة العامّة التي جعلت من عقود تفويض المرفق العام حدثاً بذاته ودخولها ضمن أصناف العقود الإدارية كالصفقات العمومية وعقود الشراكة، لذا حمل قانون سابان 1 معه ترتيبات لسد الثغرات في التنظيم وتوحيد التشريعات على مستوى أوروبا، مع رغبة أساسية في شفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العامّة، والمساواة بين المرشّحين المختلفين. وعلى نحو أكثر تحديداً، يقوم قانون سابان 1 بإنشاء إجراء يشمل مكونين رئيسيين: أولاً، إنشاء شكلية المنافسة (الإعلان في الصحف الرسمية، وجمع وتحليل الترشيحات ومن ثمّ العروض)، على غرار تنظيم الصفقات العمومية لكنّه يختلف عنها لخصوصية تفويضات المرفق العام، وثانياً منح السلّطة المفوّضة، حرّية التفاوض في حدود إحترام مبادئ الإبرام، (إنشاء لجنة فتح العروض التي يقدّم فيها رئيس البلدية تقريراً)، ثمّ تطوّرت إجراءات الإبرام بإدخال معايير ومبادئ جديدة تشترك مع تلك الإجراءات في الصفقات

العمومية، بما يوافق التوجيهات الأوربية صدر خلالها الأمر 65-2016 ثم آخر تحديث الأمر 1074-2018.

ونفس المسلك في المنظومة القانونية الجزائرية، طرح المشرع الجزائري لأول مرة نظاماً قانونياً مستقلاً عما هو معمول به في الصفقات العمومية بخصوصيات تتعلق بطبيعة موضوع الإبرام من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 الذي أحال إلى تنظيم مفصل للإجراءات عن طريق المرسوم التنفيذي 18-199، إلا أنه أصله على الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يستثن منها إلا ما إستثناه النص القانوني، لذا سنتكلم خلال هذا المبحث عن صيغ وإجراءات الإبرام في التشريع الجزائري (مطلب أول) والتشريعات الأخرى مركزين على التشريع الفرنسي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: صيغ وإجراءات الإبرام في التشريع الفرنسي

نظام الامتيازات لا يختلف كثيراً عن نظام تفويضات المرفق العام، بمفهوم الأمر 65-2016 وقانون الطلبات العمومية الفرنسي 1074-2018 فهما يستوحيان من نظام تفويضات المرفق العام في بعض الجوانب. تظل تفويضات المرفق العام قائمة كقائمة ضمن الإطار الأوسع لإمتيازات المرفق في المادة 06 من الأمر 65-2016 كما رأينا في الباب الأول¹، فيجب على السلطة المفوضة الرجوع إلى عدّة مصادر تشريعية وتنظيمية الخاصة بعمليات تفويض المرفق العام وهي: قانون الجماعات المحلية المعدل، والأمر 1074-2018 الذي ألغى الأمر 65-2016 المتعلق بعقد الإمتياز، والمرسوم التطبيقي 1075-2018 سالف ذكرهما.²

1 - أنظر إلى البند رقم 01 التوجيه الاوربي رقم UE /23/2014 ومكتسبات قانون Sapin1 من الفرع الاول: أصل نشأة فكرة عقود تفويض المرفق العام وتطورها من الباب الأول، ص30.

2 - المواد المحددة لتنظيم عقد الإمتياز في قانون الطلبات العمومية الجزء التشريعي 1074-2018 يبدأ من première partie art. L.1120-1 à L.1122-1
Troisième partie art. L. 3000-1 à L. 3383-3
أما الجزء التنظيمي يبدأ من: R.3111-1 à R.3281-4

نظّم المشرّع الفرنسي في هذه القوانين صيغ وإجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام بنظام قانوني يتشابه مع نظام الإجرائي لإبرام الصفقات العمومية، لكنّه يتميّز عنها بخصوصيات تتعلّق بموضوع عقد التفويض وذلك بمراحل تمرّ عليها عملية الإبرام، سنقسّم هذه المراحل إلى مرحلتين المرحلة الأولى نتكلم فيها عن مرحلة إنتقاء المترشحين المؤهلين، والمرحلة الثانية نتطرّق إلى المفاوضة وإجراءات منح التفويض.

الفرع الأوّل: مرحلة تأهيل المترشحين للإنتقاء الأولي

تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل لإرساء قرار منح التفويض، وتدخل فيها عدّة خطوات للوصول إليها، كونها مرحلة تجسّد فيها مبادئ جديدة تبنّت بين الإصلاحات والالتزامات والإستقلالية، قيّدت فيها السّلطة التقديرية في اختيارها الحر للمتعاقد، سننظر في هذه المرحلة إلى خطوة الإشهار (أولاً) ثمّ تحليل الترشيحات وإعداد قائمة المترشحين المقبولين (ثانياً) بعدها يتم إيداع العروض المترشحين ضمن هذه القائمة (ثالثاً).

أولاً: إجراءات الإشهار تجسيدا لمبدأ المنافسة

تعتبر عملية الإشهار إجراء شكلي جوهري، لإحداث منافسة بين العارضين المحتملين التي تشكّل قيّداً على حريّة الإدارة في الإختيار، ويسمح لهم بالتعرّف على إجراء التفويض، وبالتالي تحفيز تنوّع العروض، وزيادة فرص السّلطة المفوّضة في الحصول على العرض الأفضل للمرفق العام، ويترتّب عن الإشهار، المساواة بين العارضين وشفافية الإجراءات، ويجسّد ذلك في نشر إعلان عن الإمتياز في النظام القانوني الجديد بدلا من إعلان عن طلب العمومي للمنافسة في النظام القانوني السابق الذي جاء به قانون سابان 1.

ويخضع الإعلان عن الإمتياز في التشريع الفرنسي إلى إجراءات قبل نشره، إستناداً إلى قيمته المقدّرة أو موضوعه، وهي معايير تحدّد الإعلان من حيث الشّكل والموضوع، سنبينها ما يلي:

أ- القيمة التقديرية للإمتياز لنشر الإعلان ما هو المحتوى، وأي إجراء؟:

وفقاً للمادة R.1-3122 المرسوم التطبيقي رقم 1075-2018 المتعلق بتطبيق قانون الطلبات العمومية، والمادة 14 من المرسوم 86-2016 المتعلق بالإمتياز الملغى، "على السّلطة

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

المفوضة عندما تنوي منح عقد إمتياز تنشر إعلاناً للإمتياز يتضمن وصفاً للإمتياز وشروط المشاركة في إجراء الإبرام.¹

وقد نصت المادة **R.4-3122** من المرسوم 2018-1075 والمادة 08 من المرسوم 2016-86 أن القيمة التقديرية لعقد الإمتياز يجب أن تأخذ في الإعتبار لتحديد القواعد الإجرائية لإبرام عقد الإمتياز، ويفهم من المادة أن هناك عتبة مالية أوربية لتحديد الإجراء وشكل الإعلان، فالعتبة المالية الأوربية المقدرة لسنة 2016 كانت بـ 5,225,000 يورو، وتتغير العتبة المالية كل سنتين ماليتين بإعلان من طرف اللّجنة الأوربية، وبإتصال مع الدول الأعضاء²، قدّرت العتبة للسنة المالية 2022/01/01 إلى 2023/12/31 بـ 5 382 000 يورو، وكشفت اللّجنة الأوربية عن العتبة الحالية³ ابتداءً من 2024/01/01 إلى 2025/12/31 بـ 5 538 000 يورو. فإذا كانت القيمة التقديرية لعقد الإمتياز تفوق العتبة المالية أو تساويها فهنا يُطبّق الإجراء العادي أو الشكلي، أما إذا كانت أقل من العتبة هنا يُطبّق الإجراء المبسّط .

1-الإعلان في الإجراء العادي: يتم إعداد الإعلان عن الإمتياز في هذا الإجراء وفقاً

للمنموذج المحدد في اللائحة التنفيذية (الاتحاد الأوروبي) رقم 1986/2015 للمفوضية المؤرخة 11 نوفمبر 2015، التي تنص على النماذج القياسية لنشر الإعلانات في إطار إبرام الصفقات

1 - Art R3122-1 du décret n° 2018-1075 , op.cit « L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession publie un avis de concession qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation..... ».

2 - وفقاً لأحكام إتفاقية المشتريات الحكومية لمنظمة التجارة العالمية، يتم مراجعة هذه العتبات كل سنتين لتصحيح أي تطوّر في القيم النقدية بين الدول الأعضاء التي يمكن أن تؤثر على نطاق المشتريات العامة الخاصة بها المفتوحة للشركات المنشأة في دول أعضاء أخرى في الإتفاقية، يتم حساب هذه الحدود بناءً على متوسط القيمة اليومية لليورو المُعبّر عنها بحقوق السحب الخاصّة، على مدى فترة 24 شهراً تنتهي في 31 أوت التي تسبق المراجعة التي تدخل حيز التنفيذ في 1 جانفي، تعتمد قيمة حقوق السحب الخاصّة على سلّة من العملات: اليورو، الدولار الأمريكي، الجنيه الإسترليني، الين الياباني، والصيني (اليوان)، متاح على الموقع <https://www.economie.gouv.fr>، أما في الجزائر تحيّن المبالغ المالية للصفقات العمومية فقط بصفة دورية بموجب قرار من وزير مكلف بالمالية وفق معدل التضخم المسجل رسمياً .

3 - L'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, publié au Journal officiel du 7 décembre 2023 (NOR : ECOM2332367V), fixe les nouveaux seuils de procédure formalisée pour la passation des marchés publics et des contrats de concession conformément aux règlements délégué (UE) 2023/2495, 2023/2496, 2023/2497 et 2023/2510 de la Commission publiés au JOUE du 16 novembre 2023.

العمومية¹، ويجب أن يحتوى الإعلان تعيين السلّطة أو الهيئة المانحة، وموضوع الإمتياز، وإجراءات الإبرام.

-إعلان عن موضوع الإمتياز يتوافق مع النموذج المحدّد في اللائحة الأوروبية المعتمدة² في 11 نوفمبر 2015؛

وأوجبت المادة **R.2-3122** من قانون الطلبات العمومية 1075-2018، والمادة 15 من المرسوم رقم 86-2016 المتعلق بتطبيق عقد الامتياز الفرنسي الملغى السلّطة المانحة في حالة الإجراء العادي بنشر إعلان عن الإمتياز في الوسائط التالية:

- الجريدة الرّسمية للإتحاد الأوروبي (JOUE)؛

- النشرة الرّسمية لإعلانات الصفقات العمومية (BOAMP) أو في جريدة الإعلانات القانونية³ (JAL)؛

- في نشرة متخصصة توافق القطاع الإقتصادي المعني؛

ويجب أن يحتوى الإعلان عن معلومات السلّطات والهيئات المانحة لعقد الإمتياز (كالإسم والعنوان، وطبيعتها ونشاطها الرئيسي)؛

- تحديد موضوع عقد الإمتياز (وصف العقد معايير المنح، المدّة، القيمة التقديرية..)؛

-تحديد المعلومات القانونية والاقتصادية والمالية والتقنية؛

-وصف الإجراءات المتبّعة؛

-تحديد المعلومات الإضافية (تجديد العقد، معلومات حول التبادل الإلكتروني، معلومات إضافية)؛

-إجراءات الطعن (تحديد الجهات المسؤولة عن إجراءات الطعن والهيئة المسؤولة عن إجراء الوساطة).

2-الإعلان في الإجراء المبسّط: حدّدت المادة **R.1-3126** المجال الذي يلزم السلّطة

والهيئات المانحة بإتباع الإجراء المبسّط، ويدخل في هذا الإجراء كل عقد إمتياز المحدّد بالقيمة

1 -Règlement 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution

2 - Règlement d'exécution (UE) 2015/1986, op.cit..

3 -**JOUE** : Journal Officiel de l'Union Européenne , **BOAMP** : Bulletin officiel des annonces des marchés publics, **JAL** : journal d'annonces légales

التقديرية أقل من العتبة الأوروبية، وفي مجالات محدّدة على سبيل الحصر طبقاً لأحكام المادة **L.3-1212**¹، وكل العقود المبرمة بغض النظر عن قيمتها التقديرية، في مجال المياه، وإستغلال مرافق النقل والمسافرين أو التي تتعلق بالمرافق الإجتماعية أو مرافق خصوصية أخرى يتم تحديدها في الإعلان مرفق بالشروط والأحكام الخاصة بقانون الطلبات العمومية²، ويكون الإعلان عن موضوع الإمتياز معد طبقاً للنموذج المحدّد بالقرار المؤرخ في 22 مارس 2019³، للعقود المنصوص عليها في المادة **R.1-3126** أعلاه.

وينشر الإعلان في الوسائط التالية:

- نشر الإعلان في النشرة الرسمية لإعلانات الصفقات العمومية (BOAMP) أو في جريدة الإعلانات القانونية (JAL)⁴، تقوم السلطة المانحة في هذه الحالة بتقدير ما إذا كان النشر في مجلة متخصصة أو في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي مبرراً، حتّى وإن كانت معفاة من الإجراء العادي كالمرفق الإجتماعية والمتخصصة إذا فاقت العتبة⁵، وهو إستثناء للمادة

R.4-3126، ولأنّ المشرّع الأوروبي يهتم بالوصول الحر للطلبات العمومية، فهذا الإستثناء لضمان إيصال المعلومات إلى المتعاملين الإقتصاديين المهتمين بعقد الامتياز.

ويجب أن يحتوى الإعلان عن الإمتياز في الإجراء المبسّط مايلي⁶:

- المعلومات عن السلطة أو الهيئة المانحة (الإسم والعنوان، والإتصال) ؛
- موضوع العقد (طبيعة العملية، وصف الخدمات، معايير المنح) ؛
- معلومات قانونية واقتصادية وتقنية ومالية(شروط المشاركة) ؛

1 -voir Article L1212-3 de l'ordonnance 2018-1074, op.cit.

2 - وقد حدّد الإعلان المرفق بقانون الطلبات العمومية طبقاً لأحكام المادة L.15-2113 و R.1-3126 من قانون

الطلبات العمومي بشقيه التشريعي والتنظيمي المرفق الإجتماعية والخاصة التي تعفى من الإجراء العادي مهما كانت قيمتها التقديرية، ويعتبر هذا الإعلان جديد بمقارنة مع احكام المادة 15 في المرسوم 86-2016 أنظر إلى:

avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services .spécifiques JORF n°0077 du 31 mars 2019.

3 -l'arrêté du 22 mars 2019 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession, JORF n°0077 du 31 mars 2019, disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032287204>.

4 -voir Art R. 3126-4 du Décret n°2018-1075, op.cit.

5 -voir Art R. 3126-5 du Décret n°2018-1075, op.cit.

6 -voir l'Arrêté du 22 mars 2019 op.cit

-الإجراءات(تاريخ نهاية إيداع الترشيحات أو إستقبال العروض).

ب-الإعلان عن إشهار تكميلي:

ويجوز للسلطة المانحة أيضاً نشر، إعلان تكميلي على وسيلة أخرى غير تلك التي تم اختيارها بشكل إلزامي، أي في الإجراء العادي والمبسّط، ويمكن في الإعلان التكميلي، إذا تطلّب الأمر، أن يحتوي فقط على بعض المعلومات المدرجة في إعلان الإمتياز الذي تم نشره بشكل إلزامي، شريطة أن يشير بوضوح إلى مراجع هذا الأخير، يسمح الإعلان التكميلي بتوسيع نطاق الإعلان دون إلزام السلطة المانحة بنشر إعلان شامل مثل الإعلان الأصلي¹، كما تجدر الإشارة وحسب المادة 02 من القرار 22 مارس 2019 المحدد لنماذج الإعلانات لإبرام عقود الإمتياز بخصوص الإجراء المبسّط أنه يجوز نشر الإعلان التكميلي في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي.²

ج-تحويل الإعلان حصرياً إلى ديوان منشورات الإتحاد الأوروبي (OPUE):³ يتم إرسال إعلانات الإمتياز سواء في الإجراء المبسّط أو العادي والتي يجب نشرها في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي إلى ديوان المنشورات التابع للاتحاد الأوروبي (OPUE) عبر وسائل الإتصال الإلكتروني حصرياً⁴.

1 - Art R. 3122-3 du du Décret n°2018-1075, op.cit. « L'autorité concédante peut faire paraître, en sus de l'avis de concession mentionné à l'article [R. 3122-2](#), un avis de publicité complémentaire sur un autre support que celui choisi à titre obligatoire. Cet avis complémentaire peut, le cas échéant, ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de concession publié à titre obligatoire, à condition qu'il indique expressément les références de ce dernier. »

2 - Art 02 de l'arrêté du 22 mars 2019 «Les avis de concession mentionnés à l'article R. 3122-3 et au second alinéa de l'article R. 3126-4 du même code, publiés au Journal officiel de l'Union européenne, sont établis conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution de la Commission européenne susvisé. »

3 - ديوان النشر التابع للاتحاد الأوروبي هو مكتب مشترك بين المؤسسات الاتحاد، يقوم بتحرير المنشورات الرسمية للمؤسسات الاتحاد الأوروبي (OPUE) أنشئ في 16 يناير 1969 تحت إسم مكتب المنشورات الرسمية للجماعة الأوروبية، أصبح يعرف الآن باسم ديوان النشر للاتحاد الأوروبي بقرار صدر في 26 يونيو 2009

(L'Office des publications de l'Union européenne)، يُنشر يومياً في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي باللغات الرسمية الـ 23 للاتحاد، ويعمل على ضمان نشر الإعلانات في الجريدة الرسمية للاتحاد (JOUE)، يتم إرسال إعلانات الإمتياز التي يجب نشرها في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي إلى مكتب النشر التابع للاتحاد الأوروبي (OPUE)

عبر وسائل الاتصال الإلكتروني حصرياً، متاح على الموقع <https://www.interreg-francesuisse.eu/>

4 - voir Art R. 3122-5 du du Décret n°2018-1075, op.cit.

د- عقود الإمتياز المستثناة من الإشهار والمنافسة:

ولقد إستثنى المشرع الفرنسي العقود المبرمة دون الحاجة إلى إعلان أو منافسة مسبقة في الحالات التالية¹:

- عندما لا يمكن منح عقد الامتياز إلاّ لمعامل اقتصادي معين لأسباب تقنية أو فنية أو للحفاظ على حقوق الحصرية؛

- عندما لا يتم استلام أي طلب ترشح أو عرض أو عند تقديم طلبات غير مقبولة فقط بالمعنى المقصود في المادة L.3123-20 أو عروض غير مناسبة بالمعنى المقصود في المادة R.3124-4، شريطة أن لا يتم تعديل شروط العقد الأساسية بشكل جوهري، وأن يتم تقديم تقرير للجنة الأوروبية في حال طلبها؛

- في حالة الإستعجال ناتجة عن عدم قدرة السلطة المانحة العامة، مستقلة عن إرادتها، على مواصلة تأمين المرفق المفوض من قبل المتعامل المتعاقد أو تأمينها بنفسها، شريطة أن يكون، أولاً، تبرير إستمرارية الخدمة بوجود دافع ذي صلة بالمصلحة العامة، وثانياً، ألا تتجاوز مدة هذا العقد الجديد للإمتياز مدة الوقت المطلوبة لتنفيذ إجراءات الإبرام.

ثانياً: تحليل الترشيحات وإعداد قائمة المرشحين المقبولين

يتم منح الإمتياز للمتعهّد الذي قدّم الأفضل عرضاً بناءً على المنفعة الإقتصادية الإجمالية للسلطة المانحة، وذلك وفقاً لمجموعة من المعايير الموضوعية الدقيقة والمرتبطة بموضوع عقد الإمتياز أو بشروط تنفيذه، وقبل إختيار المتعهّد لا بدّ أن يتأهّل المترشح في مرحلة الإنتقاء الأولي، ليحظى بقبوله في قائمة المترشحين المقبولين، لإيداع عرضه في مرحلة أخرى، وتمرّ مرحلة إعداد قائمة المرشحين المقبولين في التشريع الفرنسي بعدّة مراحل وهي:

أ- إستلام الترشيحات:

تعتبر الآجال أحد أهم النقاط الأساسية لإستلام الترشيحات تحت طائلة رفض إستقبال الترشيحات، ويجب الإمتثال للأجل الأدنى المحدد في الإعلان طبقاً للمادة R.8-3126 من

1 - voir art R3121-6, du Décret n°2018-1074, op.cit.

المرسوم 1075-2018¹، وتختلف آجال إستلام الترشيحات طبقاً لإختلاف الإجراءات سواءً بالإجراء العادي أو المبسط، أو عند إستعمال الوسائل الإعلان الإلكترونية.

في الإجراء العادي أو الإجراء الشكلي حدّدت المادة **R.14-3123** من المرسوم 1075-2018² آجال إستلام الترشيحات بثلاثين يوماً، وتبدأ الأجال من تاريخ إرسال إعلان الإمتياز إلى ديوان النشر في الجريدة الرسمية للإتحاد الأوروبي، ويتم تخفيض الأجال إلى خمسة وعشرين يوماً في حالة السّماح بتقديم الترشيحات عبر الوسائل الإلكترونية. أمّا في الإجراء المبسط أو الإجراء الإستثنائي، لا يفرض أي حد أدنى في النصوص، ويعود إلى السّطة المانحة تحديد آجال معقولة لإستلام الترشيحات.³

ب- لجنة الإمتياز وفتح ملفات الترشيح:

ويعود فتح ملفات الترشيح للإنتقاء الأولي للمتعهدين إلى لجنة خاصة كانت تسمّى لجنة تفويضات المرفق العام، في النظام القانوني السابق الذي يحكم تفويضات المرفق العام طبقاً للمادة **L.1411-5** من القانون العام للجماعات المحليّة، والتي عدّلت بموجب المادة 58 من الأمر 65-2016، حملت صفةً جديدة « لجنة فتح الأظرفة المتضمنة الترشيحات »⁴ ثمّ عدّلت إلى الصّفة الحاليّة « لجنة تحليل ملفات الترشيح » طبقاً لأحكام المادة 65 من قانون **1461-2019**⁵، فالإجتماع للجنة الإمتياز لتحليل ملفات الترشيح هو جديد بالمقارنة مع النظام السابق لتفويضات المرفق العام الذي كان ينص على صفة بسيطة « الأظرفة المتضمنة للعروض المفتوحة من طرف اللجنة » طبقاً لأحكام المادة **L.1411-5** من قانون الجماعات المحليّة⁶، والنظام الذي كان

1- Art **R3126-8** de l'ordonnance 2018-1075 « L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire. »

2 - Art **R.14-3123** de l'ordonnance 2018-1075 « ... Le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres, est de :

1° Trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession ;

2° Vingt-cinq jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures lui soient transmises par voie électronique. ».

3 - Procédure de passation des contrats de concessions et de délégations de service public, sur le site <https://www.isere.gouv.fr/> consulté le 05/02/2024 à 08h :39.

4 - Voir l'Art 58 de l'ordonnance n°2016-65, op.cit.

5 - voir l'art 65 du LOI n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique, [JORF n°0301 du 28 décembre 2019](https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/12/27/191461)

6 - voir l'art **L1411-5** du Code général des collectivités territoriales disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

يحكم الإمتيازات طبقاً للمادة 58 من الأمر السابق 65-2016، وتقوم السلطة المانحة بتحليل الترشيحات بعد إستقبالها لملفات الترشيح عن طريق اللجنة، فيتم إقصاء المرشحين وفقاً للمادة R. 3123-21¹، وهم الذين يقدمون ترشيحاً غير كامل أو يحتوي على معلومات أو وثائق مزيفة، وكذلك المرشحين الذين يقدمون ترشيحاً غير مقبول لمخالفته التشريع، ويستثنى من إقصاء المرشحين الذين لم يستوفو كامل الوثائق أو المعلومات التي يلزم على المرشح إيداعها في ملف الترشيح طبقاً لأحكام المادة R. 3123-20² وهي حالات منصوص عليها في المواد التالية R. 3123-16³، R. 3123-8⁴، R. 3123-1⁵، فهنا يطلب منهم إستكمال ملفات الترشيح بالوثائق الناقصة في أجل معقول تحدده السلطة المانحة، ولا يقصى المرشح للضرورة تلك الوثائق وهي حالات مبررة قانوناً.

وعليه فإنّ اللجنة تعيد جلسة ثانية في حالة إذا كانت الملفات ناقصة، والتي طلب من المرشحين إستكمالها تحت طائلة ضبط العروض كخيار للسلطة المانحة، وهو خيار يدعم مبدأ شفافية الإجراء.

ج- تحليل الترشيحات وتحديد قائمة تأهيل المرشحين:

بعد ضبط ملفات الترشيح من طرف لجنة الإمتياز، تجتمع اللجنة مرّة أخرى لتحليل وضبط طلبات الترشيح؛ لتحديد قائمة التأهيل المرشحين المدعون وهدم لإيداع عروضهم التقنية، أي الإنتقاء الأولي بناءً على ملف الترشيح والمتضمن: إثبات المرشح لشروط المشاركة منها:

-كفاءة المرشحين في ضمان إستمرارية المرفق العام، والمساواة بين المرتفقين أمام المرفق العام، وتحدّد المادة **L.18-3123** من الأمر 1074-2018 حرص السلطة المانحة بالتأكيد

1 - Art R. 3123-21 du l'ordonnance 2018-1075, op.cit « Ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession : 1° Les candidats qui produisent une candidature incomplète.... 2° Les candidats qui produisent une candidature irrecevable. ».

2 - Art R. 3123-21,op.cit « l'autorité concédante qui constate que manquent des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux dispositions des articles R. 3123-1 à R. 3123-8 et aux articles R. 3123-16 à R. 3123-19 peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié.... »

3 - voir Art R. 3123-16,op.cit.

4 - voir Art R. 3123-8,op.cit.

5 - voir Art R. 3123-6,op.cit.

6 - Art L. 3123-18, op.cit « Lorsque la gestion d'un service public est concédée, ces conditions de participation peuvent notamment porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public... »

مسبقاً على قدرات المتعاقد معها، يمكن أن ترتبط هذه الشروط بالمشاركة بشكل خاص بقدره المرشّحين على ضمان إستمرارية المرفق العام ومساواة المستخدمين أمام المرفق العام، وهذه الشروط هي: الكفاءة لممارسة النشاط المهني، القدرة المالية والإقتصادية والمالية أو القدرات التقنية والمهنية.

- كما يمكن للسلطة المانحة أن تتحقّق من خلال لجنة تحليل ملفات الترشيح من الشروط المتعلقة بالمشاركة والتي تتعلق بالقدرات والكفاءة الضرورية للمرشّحين لحسن تنفيذ عقد الامتياز وهذا ما تبينه المادة **R.1-3123**¹ من المرسوم 1075-2018؛ كالقدرة بممارسة النشاط المهني، وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام، إضافة إلى القدرة الاقتصادية والمالية أو التقنية والمهنية الضرورية لتنفيذ عقد الامتياز، فالمواد من **R.2-3123** إلى **R.5-3123**² من المرسوم أعلاه، تشترط متطلبات عامة يتوفر عليها المتعاقد مسبقاً لها علاقة بحسن تنفيذ العقد. ولا يتوقف الأمر عند هذه المعايير لإثبات قدرات المرشّحين، فالمواد من **R.16-3123** إلى **R.19-3123**³ توفر معلومات عديدة للسلطة المانحة حول المعايير التي يجب تنفيذها لاختيار المرشّحين كإنتقاء أولي لتأهيلهم بإيداع عروضهم في مرحلة لاحقة.

وأخيراً، تقوم السلطة المانحة بعد دراسة قدرات وكفاءات المرشّحين (عن طريق لجنة تحليل ملفات الترشيح) بإعداد قائمة المرشّحين المقبولين طبقاً لأحكام المادة **L.19-3123**⁴؛ للمشاركة في إجراء إبرام العقد وهي مرحلة إسناد عقد الامتياز، أي مرحلة إيداع العروض.

د- تحديد قائمة المرشّحين وتبليغ غير المؤهلين:

طبقاً لأحكام المادة **R.11-3123**⁵ من المرسوم أعلاه تحتفظ السلطة المانحة بالحق في تقييد عدد المرشّحين المسموح لهم بتقديم العروض، وفي هذه الحالة تُحدّد في وثائق الإستشارة

1 -Art R. 3123-1, op.cit. « L'autorité concédante vérifie les conditions de participation relatives aux capacités et aux aptitudes des candidats nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession. ».

2 -voir sous section1 Exigences générales de l'autorité concédante (Articles R3123-1 à R3123-5), op.cit.

3 -voir Sous-section 2 : Eléments à produire par le candidat (Articles R3123-16 à R3123-19), op.cit

4 -Art L. 3123-19, de l'ordonnance 1074-2018, op.cit « Après examen des capacités et aptitudes des candidats, l'autorité concédante élimine les candidatures incomplètes ou irrecevables et dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession. ».

5 -Art R3123-11 op.cit « l'autorité concédante peut limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, elle fixe, dans les documents de la consultation, un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre.... un nombre maximum. ».

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

الحد الأدنى لعدد المرشحين المسموح لهم بتقديم عروضهم، وعند الإقتضاء، الحد الأقصى، يجب أن يضمن عدد المرشحين المسموح لهم بتقديم عروض لتحقيق منافسة فعالة. وعند نجاح المرشحين بين الحد الأدنى والأقصى بعد فحص الترشيحات، تقوم السلطة المانحة بتحديد قائمة المرشحين المقبولين لتقديم عروضهم، بتبليغهم وتمكينهم من الوثائق والمعلومات الضرورية أي تضع تحت تصرفهم وثائق الإستشارة، ويتكون هذا الأخير من جميع الوثائق التي تقدّمها السلطة المانحة التي تحدّد مايلي:

-موضوع العقد؛

- المواصفات التقنية والوظيفية؛

- شروط الإبرام وتنفيذ عقد الامتياز؛

- آجال إيداع المرشحين لعروضهم؛

- شروط تسعيرة الخدمة المقدّمة للمستخدم المرفق العام.

وتتضمن هذه الوثائق بشكل خاص الإعلان عن الإمتياز، ودفتر الشروط الإمتياز، وعند الإقتضاء الدعوة لتقديم العرض.¹

كما وضع المشرّع الفرنسي تحت التصرف وثنائق الإستشارة عن طريق المنصة الالكترونية « Le profil d'acheteur » تسمح للسلطات المانحة بإتاحة وثنائق الاستشارة للمتعاملين الاقتصاديين إلكترونيًا، وتلقّي الوثائق المرسلّة من قبل المرشحين والمتعهدين.³

ومن مفيد التنويه في حالة المرشحين غير المقبولين أنّه يجب على السلطة المانحة إعلام المرشحين غير المؤهلين بقرارها، ويجب أن يكون قرار الرّفص مُعلّل وفقا لأحكام المادة **R.1-4** **3125**، ودون تأخير، أي يجب أن يتم الإعلام في أجل على الأقل 16 يومًا قبل تاريخ توقيع

1 -voir Art -R3122-7 op.cit.

2 - « Le profil d'acheteur » هي منصة إلكترونية أنشئت بقرار من الوزير المكلف بالاقتصاد الفرنسي بتاريخ 2017/04/27 يحدّد الوظائف والمتطلبات الدنيا التي تفرض في هذا الموقع. انظر الى المادة **R.9-3122** من المرسوم التطبيقي 2018-1075، مصدر سابق.

3 -voir Art -R3122-9 op.cit..

4- Art R3125-1, du décret 2018-1075 op.cit « L'autorité concédante notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre. Cette notification précise les motifs de ce rejet.... ».

العقد (11 يوماً في حالة الإرسال الإلكتروني)¹، وهنا لتمكين المرشح من ممارسة حقه في الطعن المكفول أمام القضاء.

ثالثاً: إيداع العروض

بعد الإنتقاء الأولي للمرشحين من طرف اللجنة، يتم تحديد قائمة المؤهلين من طرف السلطة المانحة لتقديم عروضهم، إلا أن إيداع العرض يمرّ هو أيضاً بخطوات محدّدة بإجراءات تختلف بنوع الإجراء المتّبع من قبل السلطة المانحة، سواء إجراء مبسّط أو إجراء عادي، سنرى في هذه المرحلة مدّة إيداع العروض (أولاً)، وفتح ملفات العرض (ثانياً)، ثم دراسة وتحليل العروض من طرف لجنة الإمتياز.

أ- المدّة في إيداع العروض:

تختلف مدّة إيداع العروض من طرف المرشحين المقبولين في قائمة التأهيل حسب الإجراء المتّبع مايلي:

في الإجراء العادي: حدّدت المادة **R.2-3124**² الحد الأدنى لتقديم العروض مع مراعاة أحكام المادة **R.14-3123** المتعلقة بتحديد مدّة إيداع الترشيحات، والآجال محدّدة مايلي:
-بإثنين وعشرين يوماً ابتداءً من تاريخ إرسال الدّعوة لتقديم العرض؛
-بسبعة عشرة يوماً عندما تسمح السلطة المانحة على أن تكون العروض المرسلّة إليها عبر الوسائل الإلكترونية.

أمّا بالنسبة للإجراء المبسّط، لا يتم فرض آجال محدّدة، ولكن يجب أن تكون معقولة، ويمكن أن توافق آجال المنصوص عليها في الإجراء العادي.

وعندما لا يمكن تقديم العروض إلا بعد زيارة إلى مواقع تنفيذ العقد أو الإطّلاع في الموقع على وثائق تكميلية لملف الإستشارة، يتم تحديد مدّة إستلام العروض بحيث تتيح للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين الإطّلاع على المعلومات اللّازمة لتقديم عروضهم.³

1-Art R3125-2 op.cit - « L'autorité concédante respecte un délai de seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats ... »

2 -voir Art R3124-2 op.cit.

3 -voir Art R3124-3,op.cit.

ب- لجنة الإمتياز وفتح العروض:

طبقاً لأحكام المادة 65 من قانون 1461-2019 سالف الذكر، فإن الجهة المخولة بفتح العروض هي «لجنة تحليل ملفات الترشح» أي لجنة الإمتياز.

تستبعد اللجنة طبقاً لأحكام المادة **L.2-3124** العروض غير المطابقة (*irrégulières*) والعروض غير المناسبة (*inappropriées*)، وتعتبر الأولى طبقاً لأحكام المادة **L.3-3124** عروض غير مستوفية، ولا تلتزم بالشروط والمواصفات الدنيا المذكورة في وثائق الإستشارة، أو لا تلتزم بالتشريعات المعمول بها، وخاصة في الجانب الاجتماعي والبيئي، أما الثانية طبقاً لأحكام المادة **L.4-3124** فهي العروض غير اللائقة، (دون تعديلات جوهرية)، لا تكون بوضوح قادرة على تلبية إحتياجات، ومتطلبات السلطة المانحة المحددة في وثائق الإستشارة.

غير أنه قد تطرأ حالات لا يمكن للسلطة المانحة عن طريق اللجنة، إقصاء العرض غير المناسب أو غير مطابق لملف الإستشارة، فوقاً لأحكام المادة **L.3-3124**، فطابع العرض غير المناسب (*inappropriées*) الذي يضاف على عرض يتسم بالجودة، ويعتمد أكثر على التوافق مع إحتياجات ومتطلبات السلطة المانحة، يمكن أن يسوّى أو يضبط، فلا يبدو أنّ السلطة المانحة يمكنها إستبعاد عرض بشكل تلقائي؛ بسبب عدم إمتثاله لمتطلبات في ملف إستشارة المؤسسات، بدليل أحكام المادة **L3-3111** من المرسوم التطبيقي رقم 1075-2018 نصّت " لا يمكن للسلطة المانحة رفض عرض لسبب عدم إمتثاله للمواصفات التقنية والوظيفية إذا قدم المتعهد في عرضه، بأي وسيلة مناسبة، دليلاً على أن الحلول التي يقترحها تتوافق بشكل مماثل مع هذه المواصفات"¹

أما بخصوص طابع العرض غير المطابق (*irrégulières*) لملف الإستشارة فهناك حالات لا يمكن للسلطة المانحة أن ترفض العرض؛ بسبب وجود مثلاً خطأ مادّي بسيط في العرض قابل للتعديل والتسوية، فتلجأ السلطة المانحة عن طريق ضبط أو تعديل أو تسوية العرض، وضبط وتعديل أو تسوية العرض سككت عنه النصوص الجديدة التي تنظم العقود الطلبات العمومية،

1-voir Art R3111-3,op.cit « L'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications. ».

فهذه المواد غير واضحة، والأمثلة كثيرة كغياب وثيقة والتي لا تؤثر في جودة العرض يتوافق مع متطلبات جديدة كالحلول الابتكارية مثلاً.

كما يبرر اللجوء إلى تسوية وتعديل العرض طبقاً لأحكام المادة **R.6-3124** من المرسوم التطبيقي 1075-2018 التي تنص على "تُصنّف العروض التي لم يتم إقصاؤها بموجب المادة **L.2-3124** بترتيب تنازلي على أساس المعايير المنصوص عليها في المادتين **R.4-3124** و **R.4-3124**، ويتم قبول العرض الأفضل مرتبة"¹.

وفي هذا السياق، سمح القاضي الإداري بضبط وتعديل العرض إذا كان ناقص بشروط² :
- أولاً، لا يمنع تقييم مدى توافق العرض مع متطلبات دفتر الشروط؛
- وثانياً، لا يمكن أن يؤثر على مقارنة العروض واختيار المرشحين الذين سيتم قبولهم للمشاركة في المفاوضات.

وعليه فإنّ السّماح بتسوية العرض يعود إلى دفتر الشروط الذي تحدّده السّلطة المانحة، وبالتالي فإنّ النصوص المنظمة لعقود الطّلبات العمومية سمحت لضبط وتسوية الترشيحات كما رأينا في فتح ملفات الترشح، وأعطت مهلة لإستكمال ملفات الترشح، إلّا أنّ الأمر في فتح العروض، ليس واضحاً في النصوص، بضرورة عقد إجتماع مخصّص حصرياً لفتح العروض بعد تعديلها.

ج- لجنة الإمتياز وتحليل العروض:

تجدر الإشارة أنّ في الإجراء المفتوح، أي، قيمة الإمتياز التي تقل عن العتبة الأوربية التقديرية طبقاً لأحكام المواد المنظمة لها **R.1-3126** إلى **R.14-3126**، من المرسوم **1075-2018**، لا يوجد فيها الإنتقاء الأولي وأنّ كلّ المترشحين المشاركين تفحص عروضهم على خلاف الإجراء العادي الذي يحدّد بقاعدة الحد الأدنى والأقصى للعروض المدرجة في قائمة الترشيح

1-voir Art R3111-3,op.cit « Les offres qui n'ont pas été éliminées en application de l'article [L. 3124-2](#) sont classées par ordre décroissant sur la base des critères prévus aux articles [R. 3124-4](#) et [R. 3124-5](#) L'offre la mieux classée est retenue. ».

2 -voir le Conseil d'État, 15 décembre 2006, « Société Corsica Ferries », n° 298618 .

المقبولة، والمدعوة لإيداع عروضها، شريطة أن يدرج ذلك في وثائق الإستشارة (الإعلان، دفتر الشروط..)، ويجوز لها أيضاً أن تقرّر تقييد عدد المتعهّدين المقبولين للمشاركة في التفاوض¹. قاعدة الحد الأدنى لا ينطبق إلا إذا كان عدد المرشحين كافياً، وإذا درج الحد الأقصى فذلك لضمان منافسة فعّالة، وعندما يكون عدد المرشحين الذين يستوفون معايير إختيار الطلبات أقل من الحد الأدنى المحدّد في وثائق الاستشارة، يمكن للسلطة المانحة أن تستمر في الإجراءات مع المرشح أو المرشحين المختارين².

فعقد الإمتياز يمنح للمتعهّد الذي قدّم أفضل عرض بناءً على المزايا الاقتصادية الشاملة للعقد، وذلك إستناداً إلى عدّة معايير مذكورة في إعلان الامتياز، أو الدعوة لتقديم العروض، أو أي وثائق أخرى للإستشارة³.

ولمنح عقد الامتياز، يجب أن تعتمد السلطة المانحة على مجموعة من المعايير التي يجب أن تكون موضوعية ودقيقة متعلّقة بموضوع عقد الامتياز أو شروط تنفيذه، وغير تمييزية، ويجب أن تضمن معايير المنح تحقيق منافسة فعّالة، ويمكن أن تشمل هذه المعايير معايير بيئية واجتماعية وتلك المتعلقة بالابتكار⁴، وعند منح إدارة مرفق عام، تعتمد سلطة المانحة أيضاً على جودة الخدمة المقدّمة للمستخدمين⁵.

تقوم لجنة الإمتياز في الإجراء العادي بترتيب العروض ترتيباً تنازلياً من حيث الأهمية يبدأ من افضل عرض من حيث المزايا الإقتصادية وإستناداً إلى المعايير المشار إليها أعلاه⁶.

بعد تحليل العروض، وإقصاء الأخرى، تصدر لجنة الامتياز رأياً، في شكل تقرير تقديمي فيه على وجه الخصوص قائمة المؤسسات التي قبلت عرضها، وتحليل مقترحاتها، بالإضافة إلى أسباب إختيار المرشح للتفاوض، والجانب الإقتصادي العام للعقد، وبناءً على رأي اللجنة، يمكن للسلطة المؤهلة بتوقيع عقد الإمتياز، تنظيم مفاوضات بحرية مع واحد أو أكثر من المتعهّدين

1 -voir art R3124-1 du décret 2018-1075, op.cit.

2 -voir art R3123-13, R3123-11, R3124-1, op.cit.

3 -voir art L3124-5 du l'ordonnance 2018-1074 ,op.cit.

4 -voir art R3124-4, du décret 2018-1075, op.cit.

5 -voir Art L3124-5, du l'ordonnance 2018-1074 , op.cit.

6 -voir art R3124-5. op.cit

وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة **L.1-3124** من الأمر 1074-2018¹، المادة **L.4-1411** من قانون الجماعات المحلية²

وفي حالة المتعهدين المرفوضة عروضهم، أنه يجب على السلطة المانحة إعلامهم بقرارها، ويجب أن يكون تبليغ الرّفص معلّل وفقاً لأحكام المادة **R.1-3125**³، ودون تأخير، ويحتوي تبليغ الرّفص إسم المتعهد أو المتعهدين، بالإضافة إلى الأسباب التي أدت إلى إختيار العرض، ويتضمن أيضاً الإشارة إلى مدّة فترة التعليق التي تلتزم بها السلطة المانحة، مع مراعاة على الوجه الخصوص لطريقة الإرسال المعتمدة، ويجب أن يتمّ الإعلام في أجل على الأقل 16 يوماً قبل تاريخ توقيع العقد (11 يوماً في حالة الإرسال الإلكتروني)⁴.

وتبنيها على ما سبق وإستثناءً من ترتيب المعايير يمكن للسلطة المانحة تعديل هذا الترتيب بشكل إستثنائي لأخذ في إعتبارها الطابع المبتكر لحلاً مقدماً في عرض، وهذا الإستثناء من المصلحة العامة التي أولها المشرّع للمرافق العمومية غير أنه قيده بشروط وهي: لا يجب أن يكون هذا التعديل تمييزياً.

ويجب أن يكون هذا العرض المقدم لحل إبتكاري محتوياً على أداء وظيفي بمستوى إستثنائي، ولا يمكن توقّعه من قبل السلطة الحريصة على ذلك، وفي هذا الحالة تنشر السلطة المفوّضة إعلان جديد بشأن الامتياز أو إرسال دعوة جديدة لتقديم العروض، وذلك في احترام الأجال المحدّدة⁵.

رابعاً: العقود المستثناة من أحكام قانون عقد الإمتياز

ولقد إستثنى المشرّع الفرنسي عقوداً للسلطات المانحة فيما بينها من تطبيق أحكام قانون الإمتياز الجديد ولا تسري عليها تلك الأحكام، وهذه العقود هي: العقد الذي يعرف بـ"عقد شبه الإدارة المباشرة" - **Quasi-regie** -⁶ وهو عقد صفقة عمومية أو عقد إمتياز مبرم بين السلطات

1 -voir Art **L.1-3124**, du l'ordonnance 2018-1074, op.cit.

2 -voir Art **L.4-1411** du CGCT, op.cit Modifié par Loi n°2002-276 du 27 février 2002 - art.5.

3- Art R3125-1,op.cit.

4-Art R3125-2 op.cit.

5 -voir Art R3124-5,op.cit

6 -voir Art **L3211-1**, du l'ordonnance 2018-1074, op.cit.

المانحة بما فيها الهيئات العمومية التابعة لها فيما بينها أو شخص معنوي من القطاع العام أو الخاص يتمتع بالشخصية المعنوية، وبشكل إمتداداً إدارياً للجهة المانحة، ولهذا السبب يُشار إلى العقد بـ "عقد شبه الإدارة المباشرة" أو بالإنجليزية **in-house**، ويبرم دون الحاجة إلى إجراءات الإعلان والمنافسة، ويستثنى أيضاً من أحكام قانون الإمتياز عقود التعاونية بين القطاعين عام-عام¹، فيمكن أن تُنشأ بموجب عقد بين عدّة سلطات مانحة تابعة للقطاع العام لتحقيق هدف مشترك مرتبط بمهامهم في تنفيذ مرفق عام، ويجب أن يكون التعاون بين القطاعين عام-عام بهدف ضمان تنفيذ مشترك لمهمة المرفق العام، التي يجب على جميع الشركاء القيام به. كما يجب أن يسعى التعاون بين القطاعين عام-عام حصراً لتحقيق هدف المصلحة العامة، ولا يجب أن يؤدي إلى تفضيل متعامل إقتصادي ثالث²، إضافة إلى عقود الإمتياز المتعلقة بالأمن أو حماية المصالح الأساسية للدولة، وعقود الدفاع والأمن، وعقود أخرى ذكرتها المادة **L.1-3124** من الأمر 1074-2018.

الفرع الثاني: مرحلة المفاوضات وإرساء قرار المنح

يعتبر التفاوض العنصر الأهم في ممارسة الحرية التعاقدية في مرحلة تحديد محتوى العقد، فيجب أن يكون الإتفاق بين الأطراف نتيجة للتفاوض حسب الإتجاه التقليدي، وتشكل مرحلة التفاوض إحدى خصوصيات إجراءات إبرام عقود إمتياز المرفق العام، وتأتي هذه الخصوصية، التي تعد واحدة من جوانب ممارسة الحرية التعاقدية، كونها مبدأ "الإعتبار الشخصي" والتي تميّز إختيار صاحب تفويض المرفق العام عنه في الصفقات العمومية، وباقي العقود الإدارية، وتعرّف المفاوضات بشكل عام: كل إتصال أو تشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر للوصول إلى إتفاق نهائي يتجلى بإنعقاد عقد ما، وهي تأتي في مرحلة قبل التعاقد³، كما تعرّف أيضاً بأنها إجراء مناقشة للشؤون المشتركة بين طرفين أو أكثر، بهدف التوصل إلى إتفاق يمكن أن يرضي المصالح المشروعة للطرفين، وينطبقها على الطلبات العمومية، يعتبر التفاوض أداة عمل فعّالة

1 - voir Art L3211-6, op.cit.

2 - voir les articles, L3215-1, L3212-3, L3212-4, op.cit.

3 - ستار جبار البدري، مرجع سابق، ص178.

تُمكن من التوفيق بين المصالح قد تكون متعارضة، وتحقيق جزء أو كل من الأهداف المتبادلة للمشتري والبائع... وتجنّب النزاعات.¹

ويهدف التفاوض في عقود إمتياز المرفق العام، وفقاً للأستاذ براكوني، إلى ثلاثة أهداف:²
- التأكد من أنّ العروض المقترحة تتناسب بشكل أفضل مع توقعات وإحتياجات السّطة المانحة. وبالتالي، يتعيّن تصحيحها أو تكييفها؛

- يتعيّن على المفوض المحتمل التفاوض على تحقيق توازن مالي مرضٍ يمكنه من إدارة المرفق في ظروف مثلى مع ضمان تحقيق أرباح كافية؛

- يتعيّن تطوير آليات الرقابة على المفوض من قبل السّطة المانحة والنظر عند الاقتضاء، في توزيع أعباء أشغال الصيانة أو التشغيل، وبصفة عامّة فإنّ التفاوض يهدف إلى إنهاء عقد التفويض طبقاً لوثيقة الإستشارة، وبشكل أوسع، وفقاً لمبدأ إحترام المساواة المعاملة بين المرشّحين.

أولاً: المفاوضات من الإلتزام إلى خيار مؤطّر

لقد شكلت المفاوضات لفترة طويلة مرحلة رئيسية في إبرام تفويض المرفق العام مع إجراء المنافسة والشفافية، نصّت الفقرة 5 من المادة 1411-1 من قانون الجماعات المحلية السابق " العروض [...] يتم التفاوض حولها بكل حرّية من قبل السلطة المسؤولة عن الشخص العام المفوض، والتي تختار المفوض له بعد إنتهاء هذه المفاوضات "³ ويرى الأستاذ براكوني، التفاوض هو وسيلة لتطبيق مبدأ حرّية إختيار المفوض له، والذي ينبع من مبدأ "الإعتبار الشخصي" لعقود إمتياز المرفق العام.⁴

إلا أنّ هذا المبدأ أصبح مقيداً في التشريعات الحالية، فمنذ التوجيهات الأوربية رقم UE /23/2014، تعرّض لعدّة قيود بسبب فرض إحترام المبادئ العامة للصفقات العمومية،

1 -Alain BÉNARD, François Baroin, *maîtrise de La négociation dans les MAPA*, 4 ème EDITION DU Guide.

de la négociation dans la procédure adaptée,2021, p6. Disponible sur le site : www.aapasso.fr.

2 -Muhannad AJJOUR, op.cit,p 356.

3 -Art L.4-1411 du CGCT, op.cit. « Offres [...] sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ». Modifié par Ordonnance n°2009-1530 du 10 décembre 2009 - art. 2.

4 Arthur Lilas Trimua, La concession : éléments de renouveau d'une catégorie contractuelle, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, 2018, p304.

فأثّرت هذه القيود على مضمون التفاوض الذي يتم من خلاله إجراءات إبرام عقود إمتياز المرفق العام، كما أنّ التفاوض في إجراءات الإمتياز أصبح خيارًا متاحًا للسلطة المانحة، وليس إلزاميًا. ومن جهة أخرى، على الرغم من أن السلطة المانحة تحتفظ ببعض الحرية، إلا أن النصوص تأتي لتنظيمها وتحد من نطاقها، فنص المادة **L.1-3124¹** يدل على الإمكانية إستعمال تقنية التفاوض كخيار وليس إلزاميا.

غير أنّ هذا المبدأ أصبح ضروري في عقود الطلبات العمومية لا سيما منها عقود إمتياز المرفق العام، فاللجوء إلى التفاوض يمكن أن يعزّز المنافسة: إذ يتيح اختيار العرض الأكثر تنافسية، والأكثر تناسبا مع احتياجات السلطة المانحة مع ضمان إستخدام الجيد للأموال العامة. يتميز التفاوض بقدرته على تطوير العروض المقدّمة باتجاه توافق أكبر مع احتياجات السلطة المانحة، إنّ قابلية العروض للتكيف تعتبر أمرا مهماً فيما يتعلق بالإمتيازات، التي هي عقود طويلة عموماً وتتناول مواضيع واسعة ومعقدة².

ثانياً: المبادئ التوجيهية للمفاوضات³

يعتبر التفاوض وتنظيمه الحر من المبادئ المرتبطة بتفويض المرفق العام في المفهوم الفرنسي، وطبقاً لأحكام المادة **L.1-3124⁴** لا يمكن أن يتعلّق التفاوض بتعديل جوهر الإمتياز،

1-Art L.1-3124, du l'ordonnance 2018-1074, op.cit. « Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires.... La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession »

2 -Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 24.

3 -"المبادئ التوجيهية" مصطلح متسوحى من فكرة المبادئ التوجيهية للعقد" يقصد بمصطلح التوجيهية بالتدخل لتوجيه أمر معين نحو هدف محدد، والمبادئ التوجيهية للعقد هي مجموعة من القواعد القانونية العامة التي وضعت لتوجيه عمليات العقد نحو نتائج معينة، وتحديد المسارات التي ينبغي اتباعها من قبل الأطراف المتعاقدة. وأصبحت منهجية جديدة في التشريعات الحديثة، ويعود أصلها إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسية (1975). وقد لاقت رواجاً في المشاريع الفقهية الدولية والأوروبية، "وقد إستعمل صراحة عند تعديل القانون المدني الفرنسي 2008. انظر إلى شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف العدد 02، 2020، ص 243-271.

4-Art L.1-3124, du l'ordonnance 2018-1074, op.cit. «.... 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.»

أو معايير المنح، أو الشروط والخصائص الدنيا الموضحة في وثائق الإستشارة، ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تفضيل متعامل على آخر

وإذا إختارت السلطة المانحة إبرام عقد تفويضات المرفق العام بطريق الحوار التنافسي(المفاوضات) مع إجراءات إعلان طلب العروض، فعليها الإلتزام بالمبادئ التي تحكم إجراءات المفاوضة، وهي:

أ- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:

وهو مبدأ يقضي بعدم تفضيل متعامل على آخر ويتمثل في: إتاحة نفس التفاصيل المتعلقة بالمعلومات قبل التفاوض لجميع المرشحين، كما أنّ المناقشات والتبادلات في عملية التفاوض تجري بموضوعية دون تمييز بين المرشحين والمتعهدين أي المساواة في المعاملة في تقديم العروض، وفي جلسات الإستماع، وتمكين العارض من مناقشة عرضه وفق قاعدة الأسئلة والأجوبة، ومناقشة مختلف فصول العرض، بمنهجية يجب أن تسمح لكل مرشح بالتأكيد على خصائص وأصالة ملف عرضه.¹

كما يمكن للسلطة المانحة عند تعديل ترتيب المعايير بشكل إستثنائي لمراعاة الطابع المبتكر لحل مقدم في عرض معين، فلا يجب أن تكون مثل هذه التعديلات تمييزية بين المرشحين.

ب- مبدأ سرية المفاوضات:

إنّ العروض المقدّمة من طرف المتعهدين وطلبات الترشيح المقدّمة من المرشحين محاطة بالسرية، وهذا مبدأ قد نصّت عليه المادة L.3-3122 ب" لا يمكن للسلطة المانحة أن تقوم بتبليغ المعلومات السرية التي تمتلكها في إطار عقد الامتياز، مثل تلك التي يمكن أن تنتهك أسرار التجارية، أو تلك التي قد تؤثر سلبًا على المنافسة النزيهة بين المتعاملين الإقتصاديين، مثل تبليغ قيمة العروض الإجمالية أو المفصلة أثناء الاستشارة."² ولا يتوقف الأمر عند الإلتزام

1 -Laure Lagasse et Emeric Chabanne , Op Cit , P 2.5.

2 -Art L.1-3124, du l'ordonnance 2018-1074, op.cit « L'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre d'un contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation de la valeur globale ou détaillée des offres... ».

السلطة المانحة بمبدأ السرية، بل تعدّاه إلى الطرف المتعاقد المحتمل معها، فقد ألزمت السلطة المانحة المتعاملين الإقتصاديين بإحترامه، وذلك ما تنص عليه الفقرة 03 من نفس المادة "... يمكن للسلطة المانحة أن تفرض على المتعاملين الإقتصاديين متطلبات تهدف إلى حماية سرية المعلومات التي تقدّمها في إطار إجراءات إبرام عقد الامتياز"¹.

ولا شك أنّ المفاوضات يشملها هذا المبدأ، لأنّها متعلقة بالعروض والإخلال بهذا المبدأ قد يترتب عليه المسّاس بمبدأ المساواة في معاملة المرشّحين، فيمنع الكشف للعارضين عن عناصر قد تكشف محتوى عروض متعهدين آخرين مثل البدائل المقترحة، أو البراءات، أو المهارات الفنية.²

إلا أنّ هذا المبدأ له إستثناءات، فطبقاً لأحكام المادة **L.7-151** من القانون التجاري الفرنسي فإنّ سرية الأعمال المحمية بالقانون لا سيما حماية المنافسة، وحقوق المرشّحين تستثنى في حالات، عندما يكون الحصول عليها أو إستخدامها أو الكشف عنها مطلوباً أو مسموحاً به وفقاً للقانون الإتحاد الأوروبي، أو الإتفاقيات الدولية النّافذة، أو القانون الوطني، بما في ذلك في ممارسة صلاحيات التحقيق، أو التفتيش، أو الإذن، أو العقوبة من قبل السلطات القضائية أو الإدارية.³

ج- مبدأ حسن النية، والنزاهة في العلاقات التعاقدية:

يجب أن تظل العلاقة بين السلطة المانحة والعارض متوازنة، في عمليات التفاوض، فيمكن مناقشة جميع الأدلة موضوع العقد، لكن يجب على السلطة المانحة أن تكون صادقة، فمبدأ حسن

1 - Ibid, alinéa 03. « ... L'autorité concédante peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle communique dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession. »

2 - وهذه المعلومات مغطاة بالسرية الصناعية والتجارية، والتي تسمى "سرية الأعمال" قد يضر الأمر بالمتعامل الإقتصادي، مثلاً المؤسسات المشاركة في عملية الإبرام، فالمعلومات الاقتصادية والمالية التي تشمل المعلومات المتعلقة بالوضع الاقتصادي للمؤسسة وصحتها المالية وحالة ائتمانيها، بما في ذلك جميع المعلومات التي قد تكشف مستوى نشاطها؛ وسرية استراتيجيات التجارية، مثل الأسعار والتخفيضات المطبقة، وقائمة الموردين. انظر إلى قانون رقم 2018-670 المؤرخ 30 يوليو 2018 بشأن حماية سرية الأعمال، الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 0174 بتاريخ 31 يوليو 2018
3 - Section 4 : Des exceptions à la protection du secret des affaires (Articles L151-7 à L151-9), Art L151-7, du code de commerce, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

النّية يبذل فيه كل طرف الجهد المعقول والعناية اللاّزمة، والتزام الصدق في أداء الإلتزامات، في ظل أجواء يسودها التعاون والصراحة والوضوح، ولقد أسّس المجلس الدولة الفرنسي كثيرًا من الإلتزامات على مبدأ حسن النّية منها الإلتزام بالإعلام والتعاون والنزاهة والأمانة، فهي تعمل على تحقيق العدالة والنزاهة التعاقدية، أمّا مبدأ النزاهة في العلاقات التعاقدية هدفه المساعدة في تحقيق المزيد من العدالة في تسوية النزاعات، يمنح هذا المبدأ وزنًا للعقد، ما يسمّى بـ"شريعة المتعاقدين"، في تسوية النزاعات في الطلبات العمومية، وبالتالي، يحظر بشكل كبير محاولات الأطراف اللجوء إلى الانتهاكات الإجرائية التي تقع قبل توقيع العقد، والتي كانت كافية في السابق للحكم ببطلان الاتفاقية¹.

د- مبدأ شفافية الإجراءات:

وينطوي هذا على ضرورة توضيح في إعلان الدّعوة العامة إلى المنافسة، ووثائق الإستشارة ما إذا كانت هناك مفاوضات مقرّرة. وفي حالة العكس، فلا يكون بدء مفاوضات مفاجئة مع المرشحين خلال الإجراء، وفي حالة كان لدى السّلطة المختصة جدول زمني محدّد للإجراءات وكانت هناك نية لإجراء مفاوضات مباشرة، قد يكون من المفيد تحديد الأجل المقرّر لإجراء المفاوضات في الإعلان و/أو وثائق الإستشارة، لأنّه يتيح للعارضين أخذ ذلك في الإعتبار، وأن يجعلوا أنفسهم متاحين لهذا الغرض في أقرب وقت ممكن².

هـ- مبدأ تتبّع الأطوار (le principe du traçabilité)³:

ويتجسّد هذا المبدأ في متابعة أطوار المفاوضات من طرف السّلطة المانحة التي تجربها مع المترشحين، وفقا لما هو مسموح به في النصوص القانونية المنظمة لعقد التفويض أو الإمتياز كالمدة والتعريفات، أو إقتراحات لها علاقة بتحسين المرفق العام، حيث تضمن السّلطة المفوّضة تتبّع أطوار المفاوضات كتابيًا في المحاضر، ويجب أن تكون مراحل الإبرام المذكورة أعلاه موثقة

1 - قرار مجلس الدولة بتاريخ 28 ديسمبر 2009، بلدية بيزي، رقم 304802، الذي أدخل مبدأ النزاهة في القواعد المطبقة بين الأطراف في العقد.

2 - Alain BÉNARD, François Baroin, op.cit,p14.

3 - بن عابد مختار وآخرون، إجراءات تطبيق مبدأي الإعلان والمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 05 ع 01، 2022، ص 640-660.

ويحتج بها أمام هيئات الرقابة إنّه شرط أساسي لعمليات الرقابة المقررة بموجب التوجيهات، والتي تتضمن عناصر معلومات موثوقة.

ثالثاً: تنظيم المفاوضات-مبدأ

مبدئياً لا يجب أن يتعلّق التفاوض بموضوع الإمتياز أو معايير المنح أو الشروط والخصائص الدّنيا المبيّنة في وثائق الإستشارة، لأنّها مرتبطة بمبادئ العامّة للطلّبات العمومية كالمساواة والشفافية وحرية وصول الطلب العمومي، وتتم المفاوضات فيما يخص المدّة أو تحسين العرض، وتنظيمياً تتمّ إجراءات التفاوض على مراحل متتابعة، وينتج عنها تخفيض عدد العروض التي سيتمّ التفاوض عليها من خلال تطبيق معايير المنح الموضّحة في إعلان عن الإمتياز أو في دعوة إيداع العرض أو في وثائق الإستشارة، ويجب على السّلطة المانحة أن تنص صراحة على ذلك في إحدى هذه الوثائق، وفي مرحلة التفاوض النهائية، يجب أن يكون عدد العروض المتبقية التي سيتمّ التفاوض عليها كافياً لضمان المنافسة الحقيقية بشرط توافر عدد كاف من العروض المستوفية للشروط المطلوبة، إلى أن تصدر السّلطة المانحة قرار حول العرض المختار الأفضل من حيث المزايا الإقتصادية طبقاً لمعايير المنح.

أمّا من حيث طريقة التنظيم، فلا يوجد أي قواعد تحدّد طرق تنظيم المفاوضات للسلطة المانحة. ومن أجل ضمان فعالية عملية منح الإمتياز، يجب عدم إهمال إستعداد للمفاوضات قبل الشروع في التفاوض.¹

أ-الصيغ المختلفة للتفاوض:

فالتّصوّر لم تحدّد صيغ المفاوضات، غير أنّه يوجد أنواع من التفاوض إكتشفت بالممارسة العملية للسلطات المانحة وهي كمايلي² :

1-التفاوض المباشر خلال الإجماع: تقوم السّلطة المانحة بدعوة المرشحين المقبولين

للتفاوض، للمشاركة في إجماع تفاوض من خلال إستدعاء كتابي مع التوضيحات بشأن المكان والتاريخ والوقت المخصّص وشروط سير التفاوض.

1 - Ibid, P 23.

2 - Ibid, P 18.

2-التفاوض الكتابي: ترسل السلطة المانحة رسالة إلى المرشحين المختارين تحدّد فيها نقاط التفاوض والردود المتوقعة، بالإضافة إلى شروط التفاوض.

3-التفاوض المختلط: يمكن أن يتم تنظيمه لبعض الطلبات العمومية المعقّدة، على سبيل المثال في مجال المعلوماتية. في هذه الحالة، يلي إجتماع للتفاوض، تفاوض كتابي. يجب تحديد بوضوح شروط هذا النوع من التفاوض في لائحة الاستشارة.

ب-تحديد الجدول الزمني للمفاوضات:

لم يفرض المشرّع الفرنسي في النصوص الجديدة بشأن عقد إمتياز المرفق على السلطة المانحة ضرورة تحديد جدول زمني للتفاوض من البداية، إلاّ أنّه يحدّد في الإعلان، وإذا إنتهت مدّة صلاحية العروض، فلا يمكن تمديدّها إلاّ بموافقة جميع المتعهّدين المقبولين في المفاوضة¹. إلاّ أنّه وبخصوص أحكام قانون الجماعات المحليّة التي ينطبق عليها عقود تفويضات المرفق العام، نجدها قد حدّدت أجال التفاوض في المادة **L.7-1411**² بشهرين من تاريخ فتح عروض المتعهّدين، تقوم السلطة بإرسال وثيقة إلى المتعهّدين تحدّد فيها خصائص الخدمات وشروط تسعير الخدمة المقدّمة.

ج-أيمكن التفاوض مع أكثر من متعهد؟ :

طبقاً للنص الصريح في الأمر 1074-2018 المادة (L.1-3124) " تستطيع السلطة المانحة تنظيم عملية التفاوض بحريّة مع **متعهد واحد أو أكثر**". غير أنّه، لا يوضّح المرسوم 1075-2018، على عكس ما هو متوقع في إختيار الترشيحات، ما إذا كانت السلطة المانحة يجب أن تعلن في وثائق الإستشارة عن نيّتها تقييد عدد المتعهّدين المقبولين للمفاوضات بين الحد الأدنى والاقصى طبقاً للمادة (R.11-3123)³، بينما لم يحدّد العدد بين الحد الأدنى والاقصى، في المادة R.1-3124 فإكتفت بتحديد المتعهّدين للتفاوض.

1 -voir Conseil d'Etat, 24 juin 2011, Commune de Bourgoin-Jaillieu, n° 347889 sur validité des offres.

2 -voir l'Art L 1411-7 du Code général des collectivités territoriales, Modifié par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art. 6.

3 -بالنسبة لاختيار الترشيحات، انظر الفقرة الأولى من المادة R.11-3123 من المرسوم 1075-2018؛ بالنسبة

لاختيار العروض، انظر الفقرة الأولى من المادة R.1-3124 من ذات المرسوم.

وعليه، يتم الإقصاء التدريجي للمتعهدين عبر مراحل المحددة مسبقاً: فتح العروض الأولية، وتحليلها، وتصنيفها بناءً على معايير المنح المحددة مسبقاً؛ ثم الشروع في المفاوضات مع المتعهدين الذين تم اختيارهم فقط. وأخيراً، يجب أن تكون مدة مراحل المفاوضات المختلفة كافية وملائمة لطبيعة وتعقيد الخدمات المتوقعة، بهدف ضمان تحقيق منافسة نزيهة.

د- المراحل المختلفة لتحضير وسير المفاوضات:

رأينا أنّ السلطة المخولة بتوقيع عقد التفويض هي من تقوم بعملية التفاوض، ويمكن لهذه السلطة خلال عمليات التفاوض أن تستعين باستشارة أشخاص مؤهلين¹، وعليه تنقسم عملية التفاوض إلى مايلي²:

1- مقدمة المفاوضات: وهو خلق جو وتهيئة الأرضية لعملية المفاوضة من خلال التقدمة لممثل عن السلطة المانحة والمتعهد.

2- الإستشارة: تتيح مرحلة الإستشارة للأطراف المعنية مشاركة معلوماتها، وما يمكنها أن تفصح عنه من نوايا.

3- المواجهة: تتقدم السلطة المانحة في هذه المرحلة بحلول مناسبة لها، دون عدوانية، ولكن بحزم. ترفع هذه المرحلة من حدة التوتر، يجب أن تكون المواجهة بناءة ومصممة بناءً على البحث عن التسويات المستقبلية التي يُستعد للتفاوض بشأنها، ويجب أن تُمكن المتعهد من التعبير عن وجهة نظره، ولكن دون التطرق إلى المواضيع المستثناة من التفاوض والتي تمس بموضوع العقد ومعايير المنح، إلاّ أنّه عملية التفاوض يمكن أن تؤدي بتعريفها إلى تطور في العروض التي قدمها المتعهدين في البداية، على سبيل المثال، اقتراح سعر أقل بكثير.

يجب ألا تؤدي إدارة المفاوضات إلى الكشف عن الأساليب أو الحلول الأصلية التي تميز عرض أحد المتعهدين.

1 -CE, 21 juin 2000, SI des Côtes-d'Armor,n° 209319.

2 -Alain BÉNARD, François Baroin, op.cit,pp 23-24.

4-التوفيق: تتبع هذه المرحلة بشكل طبيعي من المواجهة، للحفاظ على السّطة في عملية التفاوض، وينصح السّطة المانحة بإدخال هذه المرحلة عن طريق إيضاح نقاط التوافق والاختلاف للمتعهدين بعد هذا الإيضاح، يجب على كل طرف أن يخطو خطوة نحو الآخر.

5-الخلاصة: يقوم فيها ممثل السّطة المانحة بإعادة صياغة نقاط الإتفاق والإختلاف لكتابة تقرير دقيق، والخاتمة يجب أن تكون دائما إيجابية حتى في حالة الخلاف مثلاً إستعمال عبارة "أمل أن... في المرّة القادمة...." في حالة عدم فوزه بالعقد، كما تقوم بترتيب العروض.

رابعا: نهاية المفاوضات ومنح التفويض

تختار السّطة المانحة المفوض له بعد عملية التفاوض، وهو الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، وترسل السّطة المانحة لنشر الإعلان عن المنح وفقاً لنفس وسائل النشر المستخدمة في الإعلان عن الإمتياز في السّابق، ويتم إعداد إعلان عن المنح وفقاً لنموذج اللائحة التنفيذية المؤرخة 11 نوفمبر 2015، وذلك في مدّة عن 48 ساعة كحد أقصى من يوم تبليغ عقد الإمتياز إلى المفوض له.¹

أمّا في الإجراء المبسّط فإنّ نشر إعلان المنح هو إختيار اختصاصي للسّطة المانحة، ما لم تكن العقود المتعلقة بالمرافق الإجتماعية ومرافق أخرى خصوصية، وتساوي قيمتها العتبة أو أكبر. فهذه الحالات، تستطيع السّطة المانحة أن ترسل إعلاناً شاملاً كل ثلاثة أشهر، في غضون مدّة قصوى تبلغ ثمانية وأربعين يوماً بعد نهاية كل ثلاثي.²

المطلب الثاني: صيغ وإجراءات إبرام عقود تفويضات المرفق العام في الجزائر

أسّس المشرّع الجزائري لأسلوب إبرام عقود تفويضات المرفق العام نظام إجرائي مثل ما هو في الصفقات العمومية، لكن وفق خصوصية نظام تفويض عقود المرفق العام، وقد تابع في ذلك التشريع الفرنسي، وشبيه لحد ما لما كرّسه المشرّع الفرنسي في النصوص المؤسّسة لإبرام مثل هذه النوع من العقود، إلاّ أنّه متميزاً عنه وفق أطر وأنظمة تتكيّف مع خصوصية المرفق العام، وحادثة التجربة في تاريخ العقود الإدارية.

1 - Voir l'Art R.3125-6 et R.3125- 7, du décret 2018-1075, op.cit.

2 - Art.3126-13 du décret 2018-1075, op.cit. «... Toutefois, pour ces derniers, l'autorité concédante peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre ».

ولقد نص المرسوم التنفيذي 18-199 على صيغ الإبرام وإجراءاته في قسمين منفصلين تحت فصل معنون بإبرام إتفاقية تفويضات المرفق العام، فرض فيها طريقة الإبرام والإلتزام بالقيود الشكلية والإجرائية، لإختيار الحسن للمفوض له، وهو ما يتطلب تدرج عقود تفويضات المرفق بمراحل طويلة لإختيار المتعاقد المطابق لمعايير أعدتها السلطة المفوضة مسبقاً. وهذه المراحل نجملها في مرحلتين، الأولى تتمثل في صيغ الإبرام (كفرع أول)، والثانية إجراءات الإبرام وإختيار المفوض له (فرع ثاني).

الفرع الأول: صيغ الإبرام وتأهيل المرشحين

طبقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام، أصبح إبرام عقد تفويضات المرفق العام خاضعاً لقواعد خاصة من طابع إلزامي تجسد فيها مبادئ الصفقات العمومية، كما أنّ هذه الأحكام أسست لآليات التوفيق بين مبادئ متضادة، ويتعلق الأمر بتنفيذ مبادئ الصفقات العمومية التي تعزز من مبدأ التنافس ودون المساس بمبدأ "الاعتبار الشخصي"، وخصوصية عقود تفويض المرفق العام، وقد أسس المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ذلك في إجراءات الأول إجراءات الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام عقد تفويضات المرفق العام والإجراء الثاني التراضي كاستثناء، وعليه تمرّ مرحلة تأهيل المرشحين (أولاً) وإختيار المفوض له (ثانياً) وفق هاتين القاعدتين، واللجوء إلى إحدى الصيغتين هو خيار للسلطة المفوضة، وقبل ذلك يتم إعداد دفتر الشروط بإعتباره المرحلة الأولى من عمليات تفويضات المرفق العام في النظام القانوني لتفويض المرفق العام.

أولاً: مرحلة الإعداد وتحضير لعملية الإبرام

إهتم المشرع الجزائري في عملية ما قبل الإبرام بدفاتر الشروط بإعتبارها اللبنة الأولى لإطلاق إجراءات التفويض، بدليل أنّ دفتر الشروط خاضع لموافقة لجنة تفويضات المرفق العام التي سنفصل في دورها خلال هذا الباب، فلا يمكن إبرام عقد تفويض المرفق العام دون الحصول

على دفتر الشّروط موافق عليه¹ من طرف هذه اللّجنة، فهو جزء من عمليات الإبرام، كما حدّدت التعليميّة رقم 06 المجسّدة لأحكام المرسوم التنفيذي 18-199 نماذج دفاتر الشروط تأخذ بعين الاعتبار من طرف السّلطات المفوّضة.

أ- تعريف دفتر الشّروط:

لم يعرف المشرّع الجزائري دفتر الشّروط في النص التنظيمي 18-199، بل إقتصر في المادة 13 من ذات المرسوم على ما يحتويه من بنود تنظيمية وتعاقدية التي تؤطّر كميّات إبرام إتفاقيّة تفويضات المرفق العام، وعليه فإنّ دفتر الشروط يمثّل العملية الأولى في إجراءات الإبرام يخضع لموافقة لجنة تفويضات المرفق العام، على خطى إجراءات إبرام الصفقات العمومية، يعكس تفرّد المشرّع الجزائري بتطبيق إجراءات إبرام الصفقات العمومية على عقد تفويض المرفق، ومخالفاً بذلك المشرّع الفرنسي، وعليه يعرف دفتر الشروط "بأنه وثيقة رسمية تصدرها الإدارة المعنية بالصفقة أو المشروع بإرادتها المنفردة، وتحدّد بموجبها جميع الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكميّات الإختيار المتعاقد معها"².

ب- إعداد دفتر الشّروط وموافقة اللّجان:

تعتبر دفاتر الشروط من جملة عمليات الإبرام لعقود تفويضات المرفق العام، بدليل إخضاعها للموافقة مسبقاً من طرف لجنة تفويضات المرفق العام طبقاً لأحكام المادة 81 من المرسوم 18-199³، وهو الإجراء الذي يسمح بإنطلاق عمليات الإبرام، كما أكّدت التعليميّة رقم 06 أعلاه مشيرة إلى تطبيق التوصيات المنبثقة عن لقاء الحكومة مع الولاية حول تجسيد المرسوم

1 - جاء في النص الفرنسي بكلمة *approuver* وجاء أيضا *apprabation* وتعني المصادقة في الغالب، وقد إستعمل المشرع هنا ترجمة للنص كلمة موافقة، لم يبين المشرّع الجزائري مدلول الشكلي للموافقة، هل هو توقيع، أم تداول للأصوات بين أعضاء اللجنة وتسجيل الأصوات، وبالتالي يعتبر أعضاء اللجنة موافقين على هذا أم ماذا؟

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الاول، مرجع سابق، ص278.

3 - المادة 81 من المرسوم 18-199، مصدر سابق "تكلف لجنة تفويضات المرفق العام الموافقة على مشاريع دفتر الشروط الموافقة...".

التنفيذي 18-199¹، وذلك بضرورة إعداد دفاتر الشروط المتعلقة بإجراءات تفويضات المرفق العام بمراعاة نمط التسيير المختار، وتكييفها مع نموذج دفتر الشروط المرفق بهذه التعليمات، كما أقرت المادة 24² من ذات المرسوم على تحديد دفاتر الشروط النموذجية لبعض المرافق العمومية بقرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.

ويتضمن دفتر الشروط بنود تنظيمية والأخرى تعاقدية التي تبيّن إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام، ونصت المادة 13 من المرسوم أعلاه³ على أنه يشمل جزئين:

الجزء الأول المسمى "دفتر ملف الترشيح" يحتوى على بنود الإدارية العامة، وهو من البنود التنظيمية التي جاءت بها أحكام المرسوم التنفيذي 18-199، والمتعلق بشروط تأهيل المرشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كفاءات تقديمها، كما يتضمن هذا الجزء معايير إختيار المترشحين لتقديم عروضهم، وتتمثل فيها قدرات مهنية وقدرات مالية والأخرى تقنية، أما **الجزء الثاني المسمى بدفتر العروض** ويحمل البنود الإدارية، والتقنية والبنود المالية وهو بين البنود التنظيمية والتعاقدية، وهذه الأخيرة إتفاق بين السلطة المفوضة والمفوض له على شروط تنفيذ عقد تفويضات المرفق العام، ولا بدّ في الأخير عند وضع دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة؛ أن يودع لدى لجنة تفويضات المرفق العام طبقاً لأحكام المادة 81 من المرسوم 18-199 المذكور أعلاه للموافقة عليه.

ثانياً: الطلب على المنافسة، والتراضي خيار السلطة المفوضة

واللجوء إلى إحدى الصيغتين هو خياراً للسلطة المفوضة منحه المشرع، وهو خيار يجسد مبدأ حرية إختيار أسلوب إدارة المرفق العام طبقاً لما تراه مناسباً للمرفق بإعتبارها المسؤولة عنه، وأدرى به لإعتبارات المصلحة العامة، لذا يرتبط هذا المبدأ إرتباطاً وثيقاً بسلطة تنظيم المرفق العام، فمنح المشرع الجزائري خياراً للسلطة المفوضة في إختيار الصيغة المناسبة؛ لإعتبار ما

1 - لقاء الحكومة مع الولاية المنعقد يومي 28-29 نوفمبر 2018 اصدر توصيات بشأن تجسيد المرسوم التنفيذي 18-199، أشارت اليه ذلك التعليمات رقم 006، المصدر السابق.

2 - انظر الى المادة 24 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

3 - انظر الى المادة 13 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

تقدّم، ويعتبر الطلب على المنافسة كقاعدة عامة، وإجراء يجسّد فيه مبادئ الصفقات العمومية المتمثلة في حرّية وصول الطلبات العمومية، وشفافية الإجراء، والمساواة بين المرشحين، نصّت المادة 08 من المرسوم التنفيذي 18-199¹ على أن يكون الإبرام وفقاً لإحدى الصيغتين المنافسة، والتراضي، ثمّ عرّف المرسوم هذا الإجراء ومراحله لتأهيل المرشحين، ثمّ إختيار النهائي بعد ترجيح عدّة معايير المنح.

أ- طلب على المنافسة كقاعدة عامّة:

عرّف المشرّع الجزائري الطلب على المنافسة بأنّه " إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدّة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة، في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات..." فمن خلال هذا التعريف نستشف تعزيز مبادئ العامة للصفقات العمومية لتحقيق الوصول إلى أفضل عرض، كما تؤكد المادة 08 من المرسوم اعلاه، على أصلية هذه الصيغة في إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام بإعتباره القاعد العامة.

1- نشر الإعلان عن طلب على المنافسة، الوسائط والمحتوى: لقد أكّدت المادة 25 من المرسوم 18-199 المذكور أعلاه على إلزامية الإشهار²، وذلك بنشره بشكل واسع وبكلّ وسيلة مناسبة، كما أوجبت نشره على الأقل في جريدتين يوميتين باللّغة الوطنية والأجنبية، والمفيد الإشارة إلى أنّ التنظيم أعفى بعض المرافق العمومية من إجبارية النشر في الجرائد³؛ لإعتبارات الحجم ونطاق النشاط، بشرط ضمان إشهار واسع بكلّ وسيلة، وهنا يعكس إهتمام المشرّع بإجراء الإشهار الذي يكرّس حماية مبادئ الطلبات العمومية، إلّا أنّه أغفل عن الإشهار الإلكتروني الذي بات من أساسيات الشفافية، بدليل حرص المشرّع على الوسائل الإلكترونية في النظام الإجرائي للصفقات العمومية، وعلى عكس المشرّع الفرنسي الذي أولى إهتماماً بعملية النشر في الجانب

1 - انظر الى المادة 08 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

2- انظر الى المادة 25 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

3 - انظر الى المادة 26 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

الالكتروني، وإن كان قد درجت في مصطلح "بكل وسيلة"، لكن يردّه ما كرس في الصفقات العمومية صراحة¹.

ويجب أن يحتوي الإعلان على بيانات؛ وهي من البنود التنظيمية المنصوص عليها في أحكام المرسوم التنفيذي 18-199 أعلاه، وجاءت المادة 27 من ذات المرسوم² بتحديد ما يتضمنه الإعلان وهو كالاتي:

- تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، إن وجد؛

- صيغة الطلب على المنافسة؛

- موضوع وشكل تفويض المرفق العام؛

- المدة القصوى للتفويض؛

- شروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي؛

- قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح؛

- آخر أجل لتقديم ملف الترشيح؛

- مكان إيداع ملف الترشيح؛

- مكان سحب دفتر الشروط؛

- دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة؛

- كفايات تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه

عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض)،

ويجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة، الإشارة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع

الملفات وساعة فتح الأظرفة، وإذا تمّ تمديد الإعلان يجب أن يخضع لنفس قواعد الإشهار التي

نصّت عليها المادة 25³.

1 - انظر الى المادة 65،66،82،203، المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

2 - انظر الى المادة 27 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

3- انظر الى المادة 28 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

2- إعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة: وهي حالات نصّ عليها المشرّع يعاد فيها الإجراء عند الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى وفق الأشكال نفسها، وإذا تكرّر إعلان الجدوى للمرة الثانية تتجه السلطة المفوّضة إلى خيار التراضي¹، وهذه الحالات بيّنها المشرّع في المادة² 15 من المرسوم 18-199 اعلاه كمايلي:

إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى:

- عدم استلام أي عرض؛

- استلام عرض واحد؛

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

وإذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية:

- عدم استلام أي عرض؛

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

وإذا تلقّت السلطة المفوّضة عن طريق لجنة الإختيار وانتقاء العروض عرض وحيد فإنّها تواصل إجراء الإختيار، ولا تعلن عن عدم جدوى الإجراء عن الطلب على المنافسة.

ب- التراضي كإستثناء من إجراءات المنافسة:

وهو ما يجسّد مبدأ الإعتبار الشخصي لكنّه مقيد بشروط، فنّ مبدأ الإختيار الحر للإدارة، ويأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط، والتراضي بعد الإستشارة، فالأول عرفه المشرّع الجزائري بأنّه إجراء يهدف إلى إختيار المفوض له دون اللجوء إلى الإجراء الشكلي أي المنافسة، لإختيار المفوض له، أمّا الثاني عرفه المشرّع بأنّه إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوّضة إختيار المفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين، على الأقلّ الذين شاركوا في إعلان طلب على المنافسة لكن عروضهم لم تكن مطابقة لدفتر الشروط.

1 - انظر الى المادة 14 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

2 - انظر الى المادة 15 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

1- حالات اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة : وقد حدّدت المادة 19¹ من المرسوم نفسه

الحالات التالية:

- عند الإعلان للمرّة الثانية عن عدم جدوى، يتم إختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في طلب على المنافسة؛

- عند إختيار المفوض له ضمن قائمة تعدّها مسبقاً السّلطة المفوضّة، وهي مرافق عمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، بعد التأكّد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.

وما يفيد التنبيه أنّ المشرّع قد أغفل عن حالة أين يتم فيها إستلام عرضين غير مطابقين لدفتر الشروط، للمرّة الثانية، وهي حالة من حالات عدم الجدوى، لكن لا يتم إدراجهم في إجراء التراضي بعد الإستشارة، إذ يشترط هذا الإجراء ثلاثة مترشحين على الأقلّ الذين شاركوا في طلب الإعلان عن المنافسة طبقاً لأحكام المادة 17² من نفس المرسوم، فهل يعاد الإجراء من جديد وتغيير دفتر الشروط؟ على غرار ما نصّ عليه تنظيم الصفقات العمومية في الإعلان عن عدم جدوى الإجراء طبقاً لأحكام المادة 71 من المرسوم 15-247³، وكما لمّحت المادة 38 المرسوم 18-199 عند اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الإستشارة، عند عدم جدوى إعلان الطلب على المنافسة للمرّة الثانية⁴، بإبقاءها على نفس دفتر الشروط.

2- حالات التراضي البسيط: ويتم اللجوء إلى هذا الإجراء إلاّ في حالات الإحتكار لإعتبارات

حصرية الخدمات التي لا يمكن تفويضها، يتقرّد بها المفوض له، وفي حالة الإستعجال⁵.

كما بيّنت المادة 21⁶ من المرسوم 18-199 اعلاه وهي:

1 - انظر الى المادة 19 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

2 - انظر الى المادة 17 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

3 - انظر إلى المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

4 - انظر الى المادة 38 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

5- انظر الى المادة 20 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

6 - انظر الى المادة 21 من المرسوم 18-199، المصدر السابق.

- عندما تكون اتفاقية تفويض المرفق العام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ؛
 - عند استحالة ضمان إستمرارية المرفق من طرف المفوض له؛
 - عند رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.
- وقد أكدت هذه المادة على حماية مبدأ إستمرارية سير المرفق العام من طرف السلطة المفوضة، إلى أن يتم تفويضه، إذ هذه الحالات تعتبر من قبل المساس بهذا المبدأ.
- ما نلاحظه هنا أن المشرع الجزائري تميّز عن المشرع الفرنسي بتكليفه إجراءات تفويضات المرفق مع إجراءات الصفقة العمومية بخصوص هذه الحالات، وهي حالات تُأكد حرص المشرع على الإختيار الأفضل للمتعاقد، لكن يبقى تعزيز الأمن القانوني للإختيار الأفضل بخصوص إجراء التراضي البسيط في حالة الإستعجال، وهي حالة لم تعلل فيها للجوء إليها على غرار ما نصّ عليه تنظيم الصفقات العمومية 15-247 لا سيما حالة الإستعجال الملح أين ألزم فيها المشرع المصلحة المتعاقدة بترخيص الشروع في الخدمات قبل الإبرام بمقرر معلل يرسل إلى مجلس المحاسبة، وإلى الوزير المكلف بالمالية¹.

ثالثاً: مرحلة الإنتقاء الأولي للترشحات

أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة في إختيار المترشحين قبل عمليات الإبرام، حماية للمبادئ التي أرساها في عقود التفويضات، لها علاقة بترقية الخدمة العمومية، وتحديث المرافق العمومية، والأخرى تتعلق بحماية المستهلك وتشجيع القطاع الخاص في الولوج إلى هذا النوع من العقود، وهي مبادئ نثني عليها لإضفاءها خصوصية المرفق العام الجزائري، وتبنيها مبادئ الطلبات العمومية، وعليه تستوجب هذه المرحلة المرور عبر خطوات طويلة لإختيار الموقّ للمرشح الذي أرسى عليه الطلب طبقاً لمعايير أعدت سلفاً، مؤسّسة على أحكام التنظيم والتشريع الخاص بعقود تفويضات المرفق العام.

1 - المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

أ- الإنتقاء الأولي وإعداد قائمة المترشحين المقبولين:

إجراء الإنتقاء الأولي مُنصوص عليه في النظام القانوني المنظم للعقود الطلبات العمومية قبل تقديم العروض النهائية، سواء في الصفقات العمومية أو عقود تفويض المرفق العام، وهو نفس الإجراء المتبع من طرف المشرع الفرنسي في عقود تفويض المرفق العام مع بعض الاختلافات، وهذا الإجراء مبرر.

إذ يتطلب العديد من المتعهدين في المشاريع ذات المخاطر مدّة طويلة لتقييم العروض والتفاوض معهم، ومن ناحية أخرى، يكون الترشح لعدد كبير من المتعاملين مكلفاً، حيث يكون تحضير لملفات العرض له تكاليف مرتفعة يتحملها المتعهدون، ممّا قد يكون سبباً في تردّد المتعاملين المحتملين عن تقديم عروضهم، ووفقاً لدليل الأمم المتحدة للتجارة والتنمية عن المشاريع البنية التحتية بتمويل خاص، فإن تقييد عدد المتعهدين من خلال الإنتقاء الأولي لا يعني بالضرورة خرق مبدأ المنافسة، وبالتالي، تحمل العديد من المزايا العملية، خاصة في المشاريع الكبرى حيث يحق للدولة تقييد عدد المرشحين للتحكم في إختيارها (دليل الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، 2000). وهكذا تم اعتماد هذا الحل من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 الذي نص على الإنتقاء الأولي للمترشح كمرحلة للإعلان عن المنافسة¹.

1- إستلام الترشيحات: وعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي حدّد بالنص آجال إيداع الترشيحات، فلم يحدّد المشرع الجزائري ذلك، بل تركه للسلطة المفوضة التي تأخذ بعين الإعتبار مدّة كافية لإعداد العروض عبر توسيع المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، ويتم تحديد آجال إيداع ملف الترشح عن طريق إعلان عن طلب على المنافسة، ويمكن تمديده بمبادرة السلطة المفوضة أو بطلب معلّل من طرف أحد المترشحين على أن يتمّ الطلب مرّة واحدة فقط².

1 -Ahmane Kheira, op.cit, pp 1041-1042.

2 -أنظر إلى المادة 27 و 28 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

ويخضع الإعلان بعد تمديده إلى نفس قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم 18-199، كما أنّ الآجال المنصوص عليها في الإعلان تبقى تحت طائلة رفض إستقبال الترشيحات، ويجب الإمتثال للآجل المحدد في الإعلان طبقاً للمادة 29¹ من المرسوم. ويتضمن ملف الترشيح حسب المرسوم التنفيذي 18-199² الوثائق التالية:

-تصريح بالنزاهة؛

-القانون الأساسي للشركة؛

-مستخرج من السجل التجاري؛

-رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري، أو المترشحين

الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر؛

-كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين.

وما يدعوا إلى التساؤل في مرحلة إيداع ملفات الترشيح للإنتقاء الأولي هو أنّ المشرع ذكر في المادة 28 مُصطلح إيداع العروض³ مع أنّ المرحلة هي مرحلة إيداع ملفات الترشيح فقد يذهب القصد إلى مرحلة أخرى وهي مرحلة تقديم العروض بعد التأهيل المترشحين في المرحلة الأولى، كما أنّ المشرع الفرنسي فصل بينهما بقسم فرعي بعنوان آجال إستلام الترشيحات، وقسم آخر معنون بآجال تقديم العروض.

والملفت للإنتباه أنّ مكونات ملف الترشيح المنصوص عليها في المادة 30 أعلاه، لا ينطبق في حالة كان المفوض له، شخص معنوي عام حسب التعريف الوارد في تقنية تفويضات المرفق في المادة 404⁴، بخصوص السجل التجاري، والقانون الأساسي للشركة، فهو لا يخضع للقانون

1 - أنظر إلى المادة 29 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

2 - أنظر إلى المادة 30 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

3 -المادة 28 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق ” يجب أن يأخذ تاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض.... إذا صادف تاريخ إيداع العروض.... يمكن تمديد المدة المحددة لإيداع العروض... يخضع تاريخ إيداع العروض في حالة تمديده...“ .

4 -المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق" يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص " السلطة المفوضة "، أن تفوض تسيير

التجاري، فهل أنّ الشخص المعنوي العام لا يخضع لتقنية التعاقد؟، أو أنّه يخضع لإجراء التراضي؟ أم أنّ نص المادة 30 يخص فقط بالأشخاص المعنوية الخاضعة لقواعد القانون التجاري؟ بإعتبار تطابق ملف الترشح مع طبيعته، وهنا يثور الإشكال بخصوص عدم تحديد من هو المفوض له الذي يحمل صفة الشخص المعنوي العام في المادة 04 من ذات المرسوم.

ومن المفيد التنبيه أنّ المشرع الفرنسي في قانون سابان 01 عند تعريف تفويض المرفق العام في المادة 38، وتابعه في ذلك قانون مورسييف في المادة 03 إستقرّا على أنّ المفوض له يكون شخص معنوي عام أو خاص، لكن لم يحدّدوا من هو الشخص المعنوي العام، إلّا أنّ جاء الأمر 65-2016 و الأمر 1074-2018 السالفين الذكر مغايرا لقانون سابان ومورسييف بتحديد المفوض له، بالمتعاملين الإقتصاديين بدلاً من شخص معنوي عام أو خاص، وطبقاً لأحكام المادة L.1-1220 من الأمر 1074-2018¹ عرّفت المتعامل الإقتصادي بأنه "هو كل شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، أو كل تجمع للأشخاص ذو شخصية معنوية أو لا، الذي يعرض على السوق تنفيذ أشغال أو مشاريع، أو توزيع منتجات، أو تقديم خدمات".

كان حرياً بالمشرع الجزائري تغيير صفة المفوض له بالمتعامل الإقتصادي بدلاً من الشخص المعنوي العام أو الخاص، فقد يتبادر المقصود بالمفوض له بالشخص المعنوي العام كل هيئة أو إدارة عمومية خاضعة لقواعد القانون العام، مع أنّ ما إستقر عليه في التشريع أنّه إستثنى العقود المبرمة بين هيئتين أو إدارتين عموميتين من تطبيق أحكام قانون الإمتياز الفرنسي²، وكذلك أحكام قانون الصفقات العمومية الجزائري³، كما يتناقض مع أحكام المادة 30 من المرسوم 18-199.

2- لجنة الإختيار وإنتقاء العروض، فتح الملفات الترشيح ودراستها: أنشأ المشرع الجزائري

لجنة في إطار الرقابة الداخلية لدراسة وتحليل العروض؛ لإنتقاء المترشح لتسيير المرفق العام

مرفق عام إلى شخص معنوي، عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص "المفوض له"، بموجب اتفاقية تفويض"

1 - Art L1220-1, de l'ordonnance, 2018-1074.op.cit «Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

2 - voir Art L3212-4, de l'ordonnance, 2018-1074.op.cit.

3 - انظر المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سابق.

وتدعى في صلب النص "لجنة الإختيار وانتقاء العروض" بموجب المادة 75 من المرسوم التنفيذي اعلاه¹.

تقوم اللجنة في جلسة علنية عن طريق دعوة المترشحين لحضور إجتماع جلسة فتح الأظرفة المشار إليها في إعلان طلب على المنافسة، تفتح فيها الأظرفة وتُسجّل كل الوثائق المقدّمة من طرف المترشحين في إطار تعزيز الشفافية.

وتقوم اللّجنة في اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، وفي جلسة مغلقة بدراسة وتحليل ملفات المرشحين، وهو عمل تقني، على إثر هذه الجلسة تعد اللجنة قائمة المترشحين المؤهلين المستوفين لشروط التأهيل لتقديم عروضهم²، المنصوص عليها في دفتر الشروط الجزء الأول المعنون بـ **دفتر ملف الترشيح** الذي يحتوي على معايير الإختيار لتقديم العرض، والمتعلقة بالقدرات المهنية والتقنية والمالية التي يحزونها المترشحين تحت طائلة رفض الترشيح، وهذه المرحلة هي مرحلة الإنتقاء الأولي³، وهو نفس ما نصّ عليه المشرّع الفرنسي في الإنتقاء الأولي مع بعض الفروقات.

والجدير بالذكر لم ينص في التنظيم 18-199 على إقصاء أو رفض المترشحين الذين لم يستوفو شروط التأهيل الأولي في إجراءات الإبرام، بل نص عليها في المادة 78 من المرسوم 18-199 من الفصل الرابع المعنون بـ **رقابة تفويضات المرفق العام** عند تحديد مهام " **لجنة تفويضات المرفق العام** " كجهة يرفع لها الطعن، وذلك بدراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها، غير أنّها مبهمة، فـ **المقصود** بالمترشحين هل هم الذين رفضت طلبات ترشّحهم أثناء الإنتقاء الأولي؟ أم رفضت عروضهم أثناء مرحلة فحص التعهدات؟ أو أثناء مرحلة فحص العروض أم أثناء مرحلة المفاوضة؟، فالصفة تتغير حسب كل مرحلة من مترشح إلى متعهد، فكان حرياً بالمشرّع ضبط المصطلحات على غرار ما نصّ عليه المشرّع الفرنسي بذكر **مترشح ومتعهد** في تبليغ قرار الرفض المعلّل، ثم إدراج حق الطعن في الفصل الرابع المتعلق بآليات الرقابة الخارجية في التنظيم 18-199، وهو طرح لا ننثي عليه،

1 - انظر المادة 75، 76، 77 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2 - انظر المادة 31 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

3 - انظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

لأنّ رفض طلبات الترشّح أو إقصاء المتعهد، إجرائياً في النظام القانوني يكون خلال إجراءات الإبرام؛ لتعزيز الضمانات القانونية، وتحقيق مبادئ الطلبات العمومية، وهو ما عزّزه المشرّع الفرنسي في تخصيص قسم فرعي بعنوان **إلتزام إعلام المترشحين والمتعهدين المرفوضين**، ثمّ ماهي الضمانات القانونية في إستيفاء حقّهم في الطعن ضد قرار السّلطة المفوّضة الذي لم يذكر في إجراءات الإبرام، بل يفهم ضمناً من خلال المهام المحدّدة في لجنة تفويضات المرفق العام بعد إقتراح لجنة الإختيار وانتقاء العروض؟ على غرار ما نصّ عليه المشرّع الفرنسي وإعطاء مهلة إذا كان ملف الترشّح قابل لإستكمال الوثائق الناقصة مع إمكانية تحديد جلسة أخرى للضبط النهائي لقائمة المترشحين، وهو ما يدعو المترشّح المرفوض طلبه، وطبقاً للقواعد العامّة، بناءً على المادة 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ أن يرفع دعوى الإستعجال ما قبل إبرام العقد بالطعن في قرار الإقصاء أو رفض طلب الترشّح، وذلك بإلغائه ضمناً لمشروعية المنافسة.

وعلى خلاف أيضاً ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية أين وضّح في المادة 71² برفض العروض من طرف لجنة فتح وتقييم العروض في جلسة فتح الأظرفة عند نقص الوثائق، غير أنّها مكنت المترشح من حق إستكمال عرضه التقني بالوثائق الناقصة غير الصادرة عن المتعهد بمهلة حدّدت ب10 أيام بعدها تعيد الجلسة لضبط العروض المقدّمة.

3- لجنة الإختيار وانتقاء العروض، إيداع العروض ودراستها: لم يحدّد المشرّع الجزائري الأجل لتقديم العروض للمترشّحين المؤهلين في الإنتقاء الأوّلي على خلاف المشرّع الفرنسي،

1 - تنص المادة 946 في الفصل الخامس المعنون بالإستعجال في مادة العقود والصفقات العمومية على أنّه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو التنافس التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية..... يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد....."، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008، معدل ومتمم.

2 - أنظر المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

ولكن، تركه للسلطة المفوضة في تحديده طبقاً لحجم ونطاق نشاط المرفق العام، التي تقوم بدعوة المترشحين المقبولين بكل وسيلة ملائمة إلى سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم.¹

تقوم اللجنة عند جلسة فتح ملفات العروض وفحصها بالمهام التالية²:

- دراسة عروض المترشحين المنتقين أولياً؛

- إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط؛

- إعداد قائمة العروض المطابقة بدفتر الشروط مرتبة ترتيباً تفضيلياً؛

- تحرير محضر إجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة؛

- تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال

الجلسة؛

- تسجيل أشغالها المتعلقة بدراسة العروض في سجل خاص مرقم ومؤشّر عليه من

طرف مسؤول السلطة المفوضة؛

- دعوة المرشحين الذين تم انتقاؤهم، كتابياً وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة،

لإستكمال عروضهم، عند الاقتضاء.

وعند إستقراءنا لمهام اللجنة عند فحص ملفات العروض تبين لنا في حالة إستكمال العروض

بالوثائق التكميلية لتدعيم العرض، لم يبيّن أحكام المرسوم التنفيذي 18-199 إذا بإمكان إنعقاد

جلسة منفصلة أخرى لضبط العروض بتلك الوثائق، ثمّ جلسة منفصلة لفحص العروض، ثمّ وإن

كان كذلك فيجب تحديد الآجال لإستكمال العروض، لكن رغم ذلك أن التنظيم بين في مهام اللجنة

في جلسة فحص العروض بإستكمال الوثائق لتدعيم العروض المودعة لكن دون أجال محدّدة،

فقط إكتفت المادة 36 من ذات المرسوم اعلاه³ بإستكمال وثائق تكميلية لتدعيم العرض وفي

الأجل المحدّد دون تحديده.

1 - انظر إلى المادة 32 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2 - انظر إلى المادة 77 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

3 - انظر إلى المادة 36 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

ثم إستنتى المشرع الجزائري الوثائق الناقصة من إستكمالها، عند مرحلة الإنتقاء الأولي، وهي وثائق صادرة عن المتعهد، والأخرى غير صادرة عن المتعهد كالقدرات المالية التي توثق من طرف مديرية الضرائب، وربما لم يحن الأجل إستخراج تلك الوثائق، فلا بد من طلب إستكمالها، ولا يقصى المترشح، فيجب إعادة النظر في المادة 36 من المرسوم التنفيذي 18-199، وعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي سكت عن إمكانية إستكمال الملفات الناقصة، وضرورة إنعقاد جلسة منفصلة لدراسة الملفات المعدلة، إلا أنه يوجد إجتهادات لمجلس الدولة الفرنسي لتوضيح ما تم السكوت عنه في هذا الأمر.

تقوم لجنة إختيار وإنتقاء العروض بدراسة العروض وتقييمها حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط، تُعدّ بعدها قائمة العروض المرتبة ترتيباً تفضلياً حسب النقاط المتحصّل عليها، كما تقصي العروض غير المطابقة لدفتر الشروط، وفي هذه النقطة لم يشر التنظيم إلى: هل بإمكان تبليغ مقدّم العرض المقصى بقرار معلّ؟ على غرار المشرع الفرنسي الذي نصّ على إلزامية إعلام من رفضت تعهداتهم بقرار، ويجب أن يكون تبليغ الرّفص معلّ، لكن وعند تحليلنا لمواد التنظيم 18-199 قد يلجأ المَقصى إلى الطعن في قرار المنح لدى لجنة تفويضات المرفق العام بنص المادة 42 من المرسوم أعلاه¹، وهذا طرح ننثي عليه يحمي حق الطّعن، وهو من حقوق المتعاقد مع الإدارة، إضافة إلى إمكانية الطعن أمام القضاء وهي من الضمانات التي يمتلكها المفوض له.

الفرع الثاني: التفاوض ومنح عقد التفويض

في عقود تفويض المرفق العام، يتميّز إختيار المتعاقد بمجال أكبر من الحزبية والملائمة من حيث التفاوض بين السلّطة المانحة، ومختلف المرشّحين المقبولين الذين قدّموا مقترحاتهم، ولا يقتصر دور السلّطة المفوضة على تأمين العقد، بل يجب عليها ضمان تقديم خدمات المرفق العام بشكل مستمر ومضطرد للمنتفعين على مدى فترة طويلة نسبياً، وهذا يستلزم الدخول في حوار مع المرشّحين المقبولين للتحقق من قدراتهم على إدارة المرفق العام من خلال مرحلة

1- انظر الى المادة 42 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

التفاوض، ويعتبر التفاوض مرحلة حاسمة في إجراءات إبرام عقود تفويضات المرفق العام، لأنّ المنافسة وتتنوع العروض لا يعني بالضرورة أنّ الإدارة ستختار المفوض له من خلال آلية الترسية المقررة في مجال عقود الصفقات العمومية، فالإبرام في هذا النوع من العقود يعتمد على المفاوضات التي تتم بعد إجراءات المنافسة المسبقة، والعلانية، فالمفاوضات متناسبة ومرنة مع هذه العقود، وهي جزء من إجراءات الإبرام.

أولاً: المفاوضات في التنظيم الجزائري

عالج المرسوم التنفيذي 18-199 إجراءات المفاوضات في المواد 35 إلى 40 منه¹، حيث يتفاوض المرشّحون الذين تمّ إختيارهم في الإنتقاء الأولي، ويُرْتَب عروضهم تفاضلياً بشكل فردي مع لجنة إختيار وإنتقاء العروض، التي حدّدت في مهامها لا سيما في المرحلة الأخيرة بعنوان المفاوضات في المادة 75² من المرسوم أعلاه: "

- دعوة المترشّح أو المترشّحين الذين تمّ انتقاؤهم، المعنيين بالمفاوضات، عن طريق مسؤول السلطة المفوضة؛

- التفاوض مع كل مترشّح معني بالمفاوضات، كل على حدة، مع احترام بنود اتفاقية التفويض المحددة في المادة 48 أعلاه؛

- إعداد محضر المفاوضات عقب كل جلسة تفاوض؛

- تحرير محضر يتضمن قائمة العروض المدروسة من قبلها، مرتبة ترتيباً تفضيلاً؛

- اقتراح المترشّح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض.

ثانياً إجراءات المفاوضات وإقتراح منح التفويض

تجري المفاوضات مع المرشّحين الذين تمّ إختيارهم بعد فحص عروضهم من طرف لجنة إختيار وإنتقاء العروض، والذين أدرجو من طرفها في قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط

1 - انظر الى المواد 35 إلى 40 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2 - انظر الى المادة 77 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

مرتبة ترتيبات تفاضلياً، والجدير بالذكر أنّ إختيار طريق المفاوضات وهو خيار وليس إلزامي في التشريع الفرنسي، بينما في التنظيم الجزائري هو إجراء إلزامي¹.

أ- إدارة المفاوضات:

وعلى عكس المشرع الفرنسي الذي أسند المفاوضات للسلطة المانحة. فإنّ التنظيم الجزائري أسندها إلى لجنة إختيار وانتقاء العروض، المنشئة من طرف السلطة المفوضة بمقرر، وتجري المفاوضات حسب التنظيم 18-199 بين طرفين هما لجنة الإختيار وانتقاء العروض بنص المادة 75 من ذات التنظيم، والطرف الآخر هم المرشّحون لتفويض المرفق العام، وتتكون اللجنة من 06 موظفين تابعين للسلطة المفوضة مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة تحت مسؤوليتها، ويحدّد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة أيضاً، ويمكن للجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن يديرها في أشغاله، ويتم إختيارهم لكفاءتهم لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد.²

أمّا الطرف الثاني وهو المرشّح المقبول أو المرشّحين المقبولين: وهو الذي تمّ إختياره في الإنتقاء الأولي بعد إستيفاء شروط التأهيل المتمثلة في القدرات والضمانات المالية والمهنية والتقنية، وقد قبل عرضه بعد مطابقته لدفتر الشروط، وقد يكون عرض وحيد بعد الإعلان عن طلب على المنافسة للمرة الثانية³، أو عدّة عروض تأهلوا لإستيفاء شروط التأهيل ومطابقة عروضهم لدفتر الشروط كما تقدّم، وهنا يمكن القول أنّ اللجنة تتفاوض مع مترشح واحد أو عدّة مترشحين، حسب ما أفرزه الإعلان عن الطلب على المنافسة، وهو نفس ما كرّسه المشرع الفرنسي في إمكانية التفاوض مع متعهد واحد أو عدّة متعهدين.⁴

وحسب المادة 35 من التنظيم 18-199 تدعو لجنة إختيار وانتقاء العروض المترشّحين المقبولين بعد تجاوزهم شروط التأهيل كتابياً، وكل على حدة من أجل مفاوضة عروضهم، وهذا تعزيزاً لمبادئ سير المفاوضات وهي السرية والشفافية والنزاهة، وتحرّر اللجنة في ذلك، محضر

1 - Art L.1-3124, du l'ordonnance 2018-1074, op.cit.

2 - انظر الى المادة 75-76 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

3 - انظر الى المادة 15 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

4 - voir l'Art L.1-3124, du l'ordonnance 2018-1074, op.cit .

المفاوضات موثّق، يذكر فيها جميع المراحل التي مرّت في المفاوضات وهذا تكريسا لمبدأ تتبع الأطوار **le principe du traçabilité** التي تجريها السّلطة المفوّضة بما يتوافق في النظام القانوني لتفويضات المرفق العام سواء كان الأمر بضبط العقد، أو تحسين العرض أو التفاوض حول شروط التنفيذ أو التعريفات.

ب- تحديد الجدول الزمني للمفاوضات:

لم يفرض المشرّع الجزائري في التنظيم على السّلطة المفوّضة ضرورة تحديد جدول زمني للتفاوض من البداية، ويرجع ذلك إلى طبيعة المفاوضات حسب الملفات المدرجة، وتعقيد موضوع العقد، وقوّة المفاوضين، وظهور معطيات جديدة، ممّا يفرض التأجيل بموافقة ضريحة أو ضمنية لكن يجب أن تكون تلك الأجال معقولة تتماشى والحالات السالفة الذكر.

ج- نهاية المفاوضات، ونتائجها:

لا يوجد في التنظيم 18-199 ما يوحي على أساسه إختتام المفاوضات، فالنصوص غير واضحة بخصوص الظروف التي تنتهي فيها عملية التفاوض، فهي تركز على التعليمات في توجيه إشعارات إلى العارضين الذين تمّ استبعادهم، وكذلك مدى إقتناع السّلطة المفوّضة بالمعلومات والإقتراحات التي عرضها المترشّحين، ففي الجانب الفرنسي يطبق الإجتهاادات القضائية ما سكت عنه النص، فعقود الطلبات العمومية مدعومة بأراء وإجتهاادات القضاء الإداري على عكس النظام القانوني لتفويضات المرفق في الجزائر، تم إرجاء التنظيم لم يعرف له تطبيقات؛ ممّا أبعد الممارسة العملية وإكتساب الخبرة لدى السّلطة المفوّضة والمتعاقدين معها لاسيما مرحلة المفاوضات، وكذلك إثراء الجانب الإجتهاادي الذي يشكل سابقة قضائية يعود إليها لسد الثغرات وتعزيز الأمن القانوني، وحتى تعديل وتنمية النظام القانوني لتقنية التفويض،¹ كما أنّ سلطة ضبط

1 - لقد صدرت اجتهادات وأراء عن مجلس الدولة الفرنسي، بخصوص تقنية تفويضات المرفق العام فهي تعرف تطبيقا منذ 1993 إلى غاية اليوم ولازات الجهات القضائية تدعم الطلبات العمومية بأرائها وأحكامها، ومن الإجتهاادات والأراء القانونية بخصوص عنصر المفاوضات الذي يعتبر العنصر الحاسم في منح التفويض من عدمه بما يحقق المصلحة العامة للمرفق العام أو يمنع ما يجيد عن تحقيق الغاية من التفويض، فنجد ما يلي:

Conseil d'Etat, 15 juin 2001, SI d'assainissement de .et de la Flotte-en-Ré, n° 223841

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الهيئة المقومة لتنفيذ للطلبات العمومية¹، والتي أنشئت لهذا الغرض، تعمل على إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتصدر آراء موجّهة للمصالح المتعاقدة واللجان وهيئات الرقابة، ولجان التسوية الودية، والمتعاملين الإقتصاديين، على غرار الهيئات القضائية الإدارية في فرنسا التي تدعم الطلبات العمومية ونجاح أي تقنية في مجال عقود القانون العام، فلم يعرف لهذه السلطة تطبيقاً عملياً، وإستبدلت حالياً بالمجلس الوطني للصفقات العمومية المنصوص عليه في قانون 23-12².

ومفاد القرار: أنّ احترام مبدأ المساواة بين المرشحين يتطلب عند إجراء مفاوضات مع عدة مؤسسات بعد تقديم العروض النهائية، يجب على الجهة المانحة أن تلتزم بنفس متطلبات الإعلان وجمع العروض وعدم تمديد المهلة التي منحت لهم لجزء من المؤسسات المعنية فقط، ملخص القرار .

«... Le respect du principe d'égalité entre les candidats qui découle de ces dispositions exige que, lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité déléguante fixe à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres, elle est tenue aux mêmes exigences que lors de la procédure de publicité et de recueil des offres et, en particulier, ne peut légalement proroger ce nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées.... »

ونجد أيضاً القرار

Conseil d'Etat, 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, n° 336120, précité

وهو نفس السابقة القضائية أعلاه " عندما تقوم الجهة المانحة بمفاوضة العروض المقدمة من قبل المرشحين طبقاً لأحكام الفقرة 05 من المادة L.1-1411 من قانون الجماعات المحلية، ليست ملزمة بإعلام أحد المرشحين بقرارها عدم متابعة المفاوضات معه، يجب أن لا تتجاوز الجهة المانحة للمرفق العام مبدأ المساواة، احترام هذا المبدأ يعني أنه عند إجراء مفاوضات مع عدة مؤسسات بعد تقديم العروض وتحديد مهلة لتقديم عروض جديدة، يجب على الجهة المانحة أن تلتزم بنفس متطلبات إجراءات الإعلان وجمع العروض، وعلى وجه الخصوص، لا يمكنها قانونياً تمديد هذه المهلة الجديدة لجزء فقط من الشركات المعنية

« Lorsque l'autorité déléguante négocie les offres présentées par des candidats à une délégation de service public dans les conditions prévues au cinquième alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), elle n'est pas tenue d'informer un candidat de son choix de ne pas poursuivre les négociations avec lui. 2) L'autorité déléguante ne doit pas méconnaître le principe d'égalité L'autorité déléguante ne doit pas méconnaître le principe d'égalité. Le respect de ce principe implique que, lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et qu'un délai leur est fixé pour présenter de nouvelles offres, l'autorité déléguante est tenue aux mêmes exigences que lors de la procédure de publicité et de recueil des offres et, en particulier, ne peut légalement proroger ce nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées »

1 - انظر الى المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

2 - الفصل الأول المجلس الوطني للصفقات العمومي: المادة 104 من القانون 23-12، مصدر سابق، " ينشأ مجلس وطني للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية، يدعى في صلب النص "المجلس الوطني"

د-موضوع المفاوضات والهدف منها:

لقد تطرقت المادة 40¹ من التنظيم 18-199 إلى محل المفاوضات والغاية منها.

موضوع المفاوضات الذي سمحت به هو مدة التفويض والتعريفات، إضافة إلى إمكانية التطرق إلى مختلف الإقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام، وإستثنت من محل المفاوضات بأي حال من الأحوال، موضوع تفويض المرفق العام، وكذا معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط.

-مدة التفويض: إنّ عقود تفويضات المرفق العام ذات المدة الطويلة تُعتبر محفوفة بالمخاطر والتكاليف العالية على المفوض له، فالإعلان البسيط للمنافسة ليس الحل المناسب؛ فهذا سيحرم المفوض له من حقه في التفاوض، والتفاوض يكون في البنود التعاقدية؛ لذا تتميز عقود تفويض المرفق العام بطابعها المختلط، فهي تحتوي على البنود التنظيمية التي ترد في النص التنظيمي المنظم لعقود تفويضات المرفق العام وتفرض على طرفي العقد، وهناك بنود لائحية التي تنفرد بها السلطة المفوضة، سواءً كان ذلك بتحديداتها أو تعديلها أو إلغائها، بالإضافة إلى البنود العقدية التي يتم التوصل إليها بالتفاوض بين طرفي العقد، والمدة هي من جملة البنود التعاقدية بين طرفي العقد عند تعديلها، والتي يمكن التفاوض عليها بدون تجاوز الحد الأقصى، الذي هو من البنود التنظيمية.

وتحدّد المدة بمدى تمكين صاحب الإمتياز من إسترداد تكاليف الإستثمارات المخطّطة لتنفيذ الإمتياز، فمصطلح الإستثمار يشمل الإستثمارات اللّازمة لإستغلال المرافق أو تنفيذ أشغال، فالمرفق العام ترصد له إعتمادات مالية ضخمة لإدارته، فيكون لزاماً على السلطة المفوضة أن تحدّد المدة بما يضمن إسترجاع تكاليف الإستثمار لصاحب الإمتياز، وعموماً تحدّد المدة للإعتبارات التالية:²

-المدة العادية التقديرية لتمكين المفوض له من إسترجاع تكاليف الإستثمار؛

1 - انظر إلى المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2 - محمد شرميطي، حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود التفويض المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية - المجلد 05، ع 01، 2020، ص636.

-تأمين إحتياجات السلّطة المانحة؛

-طالما أنّ تعويض المقابل لا يقضي على مخاطر الإستغلال، ويجب ألاّ تتجاوز مدّة عقد تفويض المدّة العادية لإهلاك الإستثمار في إستغلال المرفق العام إستناداً إلى تحديد المدّة الإفتراضية للأصول والأموال الموجّهة للإستغلال.

ولقد نصّ التنظيم 18-199 على الحد الأقصى للتفويض في كل أنواع العقود، ويتفاوض المترشّحون على المدّة في جانب تكاليف الإستثمار وإسترجاعه ولا يقتصر الأمر على ذلك فقط. بل إلى مبرّر آخر وهو عائد رأسمال أي تحقيق أرباح، والتوازن المالي للعقد.

-**التعريفات:** يحدّد المقابل المالي مُسبقاً في دفتر الشّروط وهو من البنود اللائحية تنفرد بها الإدارة، ولها السلّطة التقديرية في تعديله أو إلغائه، كما يخضع المقابل المالي إلى البنود التنظيمية وهنا يخضع لها أطراف العقد وحتى المنتفعين لإعتبارات التالية :

-إذا كان هناك نص قانوني صريح؛

-إذا كان ذلك مبرراً من خلال المصلحة العامة؛

-إذا كان فرق ملموس بشكل موضوعي في الوضعيات بين مستخدم المرفق العام .

فهذه الإعتبارات يجب أن تؤسّس على مبدأ المساواة بين المنتفعين.

ويتعدّد صور المقابل المالي حسب ما نصّت عليه المادة 40¹ من التنظيم 18-199 إلى: التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلّطة المفوضّة، أو المنح التي تدفعها السلّطة المفوضّة للمفوض له حسب شكل التفويض.

ونصّت المادة 13² من التنظيم 18-199 على أن يحتوي الجزء الثاني من دفتر الشروط وعنوانه "دفتر العروض " على البنود الإدارية والتقنية وكذا البنود المالية، ويندرج تحديد المقابل المالي في البنود المالية التي تحدّد ترتيبات هذا الأخير لفائدة المفوض له أو لفائدة السلّطة

1- انظر الى المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2- أنظر إلى المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

المانحة، أو ذلك الذي يدفعه عند الإقتضاء مستعملو المرفق العام، كما ألزمت السلطة المفوضة بتحديد حالات التعويض وكيفيات حسابه لصالح المفوض له.

والمقابل المالي يخضع للتفاوض وإن تفرّدت به الإدارة في تحديده مسبقاً، وأجاز المشرع بتعديلها أو إلغائها حسب المعطيات والشروط، ذلك أن السلطة المانحة تُحدّد في دفتر الشروط الحد الأقصى من المقابل المالي من أجل ترك مجال والحرية للمفوض له بتحديد التسعيرة والتعويضات لأنها متعلقة بالإستثمارات والتكاليف التي يتحملها، ويريد تحقيق أرباح وإسترجاع التكاليف، طالما أنّ تعويض المقابل لا يقضي على مخاطر الإستغلال التي يتحملها المفوض له وحده، لذا لا بدّ له من مقابل مالي يعوّضه عمّا فاتته من ربح وفرص المعرّضة لمخاطر الإستغلال، كما أنّ تحديد المقابل لا يمكنه أن يتغاضى التوازن المالي في العقد.

والهدف من هذه الإجراءات؛ هو من أجل إختيار المفوض له الذي يقدم أحسن عرض، وحسب المادة 11 من المرسوم¹، فإنّ منح تفويض المرفق العام يكون للمترشّح الذي يقدم أفضل عرض، وهو الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية وهو نفس الهدف لدى المشرع الفرنسي، لذا أدرج المشرع الجزائري عنصر المفاوضات بإستعمال الطرق التالية:

1- إقتراح الحلول وهذا ما تطرقت إليه المادة 40² من ذات المرسوم أعلاه، كوجود حلولاً إبتكارية من شأنها تحسين تسيير المرفق العام، وهو ما تطرّق إليه المشرع الفرنسي إلاّ أن هذا الأخير جعلها في حلّ من ترتيب المعايير، وبالتالي ترتيب العروض، كإستثناء من القاعدة العامة لترتيب المعايير المبنية على مبدأ المساواة بين المرشحين الذي كرّسه مبدأ المنافسة، وهنا المشرع الجزائري أبقى على مبدأ عدم المساس بمعايير إنتقاء المفوض له المنصوص عليها في دفتر الشروط، ولو قدّم أحسن عرض له حلول إبتكارية تفرّد بها.

2- التخفيف من مخاطر التفويض: كون المفاوضات بين الأطراف مهمّة، تسعى فيها الأطراف المتعاقدة، بناءً على الحسابات التي قد قاموا بها، إلى توزيع النتائج غير المؤكّدة للإلتزامهم

1 - انظر الى المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2 - الفقرة 03 من المادة 40 من المرسوم 18-199، المصدر السابق، "يمكن أن تتطرّق المفاوضات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، بإستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط.

كل طرف يحاول جذب النتائج الإيجابية لنفسه، وتحميل النتائج السلبية على الطرف الآخر، ويعتبر تغطية المخاطر، و"توزيعها بطريقة مثلى" مهماً بقدر وجود المخاطر في العقود الإدارية من هذا المنظور تظهر المفاوضات كأداة لتنظيم وتوزيع المخاطر والتخفيف منها¹.

كما أنّ التفاوض في بعض البنود ضرورياً بسبب المخاطر المحتملة التي يتحملها المفوض له، وحتى إعادة التفاوض على البنود التي تتكرر بسبب طول مدة هذه العقود، وتغيّر الظروف المحتملة، لذا الضمانات لا تفي بها الإجراءات التقليدية للمنافسة.

ثالثاً: السّطة المفوّضة ومنح التفويض

تمّ إسناد مسؤولية التفاوض في التنظيم الجزائري إلى لجنة إختيار وانتقاء العروض في إقتراح منح تفويض المرفق العام عقود، وذلك وفقاً لشروط محدّدة، وأما قرار منح عقد التفويض تمنحه للسّطة المفوّضة، على عكس المشرّع الفرنسي الذي أسند المفاوضات إلى السّطة المفوّضة، وجعل لجنة الإمتياز يقتصر دورها في فحص وتحليل العروض، وإقتراح قائمة العارضين المرتبين ترتيباً تفاضلياً حسب النقاط المتحصّل عليها.

أ- قرار منح التفويض:

وبخصوص شروط المفاوضات، لا يمكن أن تشمل موضوع التفويض أو معايير تقييم العروض المحددة في دفتر الشروط، وفي حدود هذا الأخير، يمكنهم المفاوضة بشكل عام بشأن مدّة العقد، في حدود القصى المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي، والتعريفات والأتاوى المفروضة على مستعملي المرفق العام، والرّسوم السنوية المدفوعة للسّطة المفوّضة، والأجر والمنح المدفوعة من قبل السّطة المفوّضة للمفوض له، ووفقاً للمادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199، يمكنهم أيضاً المفاوضة بشأن اقتراحات تحسين إدارة المرفق العام المعني.

تنتهي المفاوضة بإقتراح أفضل عرض من حيث، تقديم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، والقدرة على تحمّل مسؤولية التفويض، والخضوع لمبادئ المرفق العام، وتلبية إحتياجات مستعملي المرفق العام.

1 - Thomas PEZ, **Le risque dans les contrats administratifs**, Prix de thèse de l'Association française pour la recherche en Droit administratif (AFDA), Université Panthéon-Assas Paris (II), Résumé de la thèse (20 pages) p.03.

تصدر السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت بناءً على إقتراح لجنة إختيار وإنتقاء العروض، والجدير بالتنبيه أنّ تنظيم تفويضات المرفق العام إستند في كثير من جوانبه على إجراءات الصفقات العمومية المنصوص عليها في المرسوم 15-247، فأسند إتخاذ قرار المنح طبقاً لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي 15-247 أعلاه أي في حالة إلغاء أو المنح المؤقت طبقاً لمقتضيات الصالح العام، فلا يمكن أن يحتج المترشّحين بطلب تعويض عن عدم إختيار عروضهم.

وينشر قرار المنح المؤقت طبقاً لإجراء إعلان الطلب على المنافسة المنصوص عليه في المادة 25 من المرسوم 18-199، وعندما يتعلّق الأمر بالتراضي بعد الإستشارة فإنّه يتم نشر المنح المؤقت بجميع الوسائل المتاحة حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام، كان حرياً بالمشرع أن يحدّد الوسائل فهي من النظام العام مرتبطة بالمبادئ العامة للطلبات العمومية، **فلفظ جميع الوسائل هنا غامضة.**

زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول، حوّل المرسوم 18-199 لمن شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي بعد الإستشارة أن يقدم طعناً في قرار المنح لدى لجنة تفويضات المرفق العام المنصوص عليها في المادة 78 من المرسوم 18-199 ويبقى أجل تقديم الطعن ضمن فترة لا تزيد عن عشرين (20) يوماً، إبتداءً من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطعن وإتخاذ القرار المتعلق به في فترة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً، إبتداءً من تاريخ إستلامها الطعن، وتقوم اللجنة بإخطار السلطة المفوضة وصاحب الطعن بقرارها المعلّل.

وبعد إنقضاء الأجل الطعن المنصوص عليها أعلاه تقوم السلطة المفوضة بإبرام اتفاقية التفويض مع المترشح المقبول، ويتم تسليم نسخة من الاتفاقية له.

وفي حالة إلغاء الإجراء في أي مرحلة من مراحل التفويض من طرف السلطة المفوضة فعليها أن تنشر قرارها طبقاً لقواعد إشهار الطّلب على المنافسة وعليها أن تبليّ لجنة تفويضات المرفق العام بقرارها، ويمكن أن يحتج أي مترشّح شارك في الطّلب على المنافسة بتقديم الطعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى 10 أيام من تاريخ إشهار قرار الإلغاء.

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

وهنا لم يبيّن المشرّع السبب في إلغاء الإجراء على خلاف المنح المؤقت الذي برّره بمقتضيات الصالح العام.

الفصل الثاني:

عقد تفويضات المرفق العام التنفيذ والنهائية

يقتضي تكوين العقد تقليدياً عمليتين أساسيتين متشابكتين: أولها، إختيار الطرف المتعاقد من قبل الإدارة، والذي يتم عادةً بالنسبة للأشخاص العامة بإجراءات طويلة ومعقدة؛ ثانياً إختيار شروط العقد لتنفيذه، فالغرض من العملية الأولى هو تنفيذ العقد في أحسن الشروط أي أنّ هذه الإجراءات تهدف في المقام الأول إلى حماية الأموال العامة، وتحقيق المبادئ التي كرسّت من أجلها النظام القانوني لعقد تفويضات المرفق العام.

فبعد تحليلنا للإجراءات التي مرّ بها إبرام عقد تفويضات المرفق العام في هذا الباب في كلا النظامين الجزائري والفرنسي لإختيار المتعاقد يظهر لنا جلياً أنّ هذا الإختيار يتم وفقاً لمبادئ محدّدة لا يمكن للسلطة المفوضّة أن تستبعدّها مهما كان نوع العقد، بالخصوص مبادئ الشفافية والمساواة بين المترشّحين، وحرية الولوج إلى الطلب العمومي.

وعلاوة على ذلك، يجعل هيمنة المصلحة العامة على تحديد مضمون العقد، هذا الأخير عملية تخضع بشكل كبير للتنظيم، ولا يقتصر هذا التنظيم فقط على إجراءات التفاوض بل يمتدّ أيضاً إلى الشروط والبنود التي تُحدّد بشكل عام الإطار المحدّد للعقد.

وهذه الشروط والبنود لتنفيذ العقد ينتج عنها آثار بالنسبة للإدارة أو السلطة المفوضّة، وبالنسبة للمتعاقد، تتعلّق بالحقوق والالتزامات بين طرفي العقد المنصوص عليها في مضمون العقد لتنتقل الآثار إلى طرف ثالث خارج العقد له مصلحة؛ وهم المرتفقون، أي التوفيق بين مصلحتين متعارضتين، بين تحقيق الأرباح الذي يسعى له المفوض له، وضمان المصلحة العامة التي تسعى لها السلطة المفوضّة، وتحقيق المنفعة لمستخدمي المرفق العام.

ولا شك أنّ الحديث عن آثار تفويضات المرفق العام يفرض علينا التطرّق إلى سلطات السلطة المفوضّة وحقوقها، كما يطبق التطرّق لحقوق المفوض له وإلتزاماته، ولكلّ عقد حدود وأجال ينتهي فيها إمّا لتحقيق تلك المصلحة والهدف منه، وهي نهاية طبيعية حققت شروط والبنود كما ينبغي، أو نهاية غير طبيعية (المبحث الأول)، كما أنّ هذا العقد منذ تكوينه إلى نهايته يخضع لعمليات الرقابة، والغرض منها هو التأكيد من تطبيق الغاية المرجوة من وراء الإبرام، وإلزام السلطات المفوضّة التقيد بأحكام ونصوص تفويضات المرفق العام، وكذا التأكيد من تعهّد المفوض له التقيد ببنود والشروط والأحكام التعاقدية للعقد.

ولا شكّ عند تكوين العقد إلى نهايته أيضاً يثير منازعات لما له صلة بالمال العام، ومبادئ المرفق، وتطراً هذه المنازعات على مستوى الإبرام أو أثناء تنفيذ العقد، حين تتعارض مصلحة السلطة المفوضة مع مصالح المفوض له، وهو ما يقتضي وضع نظام قانوني شامل لتسوية النزاعات (مبحث ثاني).

المبحث الأول: تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام وإنقضائها

يُشكّل تنفيذ العقد إحدى مراحل عمر العقد التي لا تتفصل عن تحديد مضمون العقد، فبالنسبة لعقود الأشخاص العامة، يجب أن يتمّ تنفيذها وفقاً للشروط والبنود المنصوص عليها في العقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة، بالإضافة إلى القواعد المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به، دون أي تعديل؛ لإحترام مبدأ المساواة في المعاملة بين المرشّحين الذي بموجبه تمّ إختيار الشريك المتعاقد، ويترتّب عن تنفيذ العقد آثار بالنسبة للمتعاقل المتعاقد، والإدارة المفوضة، كما يترتّب عنه آثار إلى خارج طرفي العقد وهو المنتفع بخدمات المرفق العام، والحديث عن آثار عقد تفويض المرفق العام يجعلنا نتطرق إلى سلطات الإدارة وحقوقها، كما يجعلنا نتطرق إلى حقوق المفوض له والتزاماته التعاقدية، كما يؤدي بنا إلى التطرق إلى حقوق المنتفع بخدمات المرفق العام إتجاه أطراف العقد (المطلب الأول)، كما يؤدي تنفيذ موضوع العقد في الأجل إلى نهاية العقد، غير أنه قد ينتهي العقد دون تنفيذه كلياً أو جزئياً، مما يترتّب عليه آثار على السلطة المفوضة والمفوض له (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام

يترتّب عن التنفيذ الجيد لعقد تفويض المرفق العام بتحقيق موضوع العقد في الأجل المتفق عليها مسبقاً، ولهذا التنفيذ آثاراً على السلطة المفوضة تتمثل في استخدام حقوقها المنصوصة عليها لتنفيذ العقد (الفرع الأول)، كما يترتّب لهذا التنفيذ حقوق للمفوض له باستخدام كامل التزاماته التعاقدية لتنفيذ العقد (الفرع الثاني)، وينصرف هذا التنفيذ إلى جهة ثالثة خارج عن العقد وهم مستعملي المرفق العام.

الفرع الأول: الآثار عند التنفيذ المترتبة لجهة السلطة المفوضة:

تعتبر السلطة المانحة هي الجهة المسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق العام، والإشراف على إدارته وتنظيم سيره، والضامنة للمصلحة العامة، وعندما تلجأ الإدارة إلى إبرام العقود الإدارية في سبيل تسيير وإدارة المرفق العام، فلا يعني أن الإدارة تتنازل عن مسؤوليتها في إدارة المرافق العامة للمتعاقد معها، فهو تعاون الإدارة مع المتعامل المتعاقد في تسيير وإدارة المرفق العام.

ونظراً أن السلطة المفوضة، وهي المسؤولة عن إدارة المرفق العام، تحت غاية أصيلة لها وهو تحقيق المصلحة العامة متمثلة في تقديم الخدمات للمرتفقين، فذلك أنها تتمتع بسلطات وإمكانيات تمكنها من تحقيق المصلحة العامة، ومراقبة المبادئ العامة للمرفق العام وتنفيذ العقد وفقاً للمقتضيات تلك المبادئ وهي سيرورة المرفق العام، والمساواة بين المرتفقين، ومبدأ التكيف والتحول، فلا بد للسلطة المانحة أن تتمتع بهذه السلطات والحقوق كإختصاص أصيل لها، في إطار المشروعية، وفي حدود ما رسمه القانون.¹

فبعد تفويضات المرفق العام يترتب جملة من السلطات تمتلكها السلطة المفوضة، وهي سلطة الرقابة والإشراف (أولاً)، وسلطة التعديل (ثانياً)، وسلطة توقيع الجزاءات (ثالثاً) على المتعامل المتعاقد.

أولاً: سلطة الرقابة والإشراف

في عقد تفويضات المرفق العام كما في غيره من العقود الإدارية تملك الإدارة المتعاقدة سلطة الرقابة على أعمال المتعاقد معها، رقابة يكون هدفها التحقق من قيام المفوض له بتنفيذ التزاماته التعاقدية طبقاً لما هو مُحدّد في العقد من شروط وبنود عند إبرام العقد معه، وتهدف ممارسة الرقابة، في إطار حماية المبادئ العامة للمرفق العام، والإستخدام السليم لبنود العقد، مما يعكس تحسين فعالية التعاقد وضمان شفافيتها لكن دون أن تحدّ من إستقلالية المفوض له في

1 - فتوح محمد الهنداوي، القاضي الإداري التوازن المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016، ص ص، 93-94.

تسيير المرفق العام، قد تؤدي إلى تهديد إستقرار العلاقات التعاقدية بين الشخص العام صاحب المرفق وشريكه المتعاقد، وفي بعض الحالات قد تؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية.

لذا فالرقابة هنا رقابة إدارية ليست غرضها الهيمنة، بل مُنحت لضمان تحقيق المصلحة العامة، فهي تبحث عن مدى تطابق تسيير المرفق العام مع تم النص عليه في دفتر الشروط، فالكيفية من إختصاص المفوض له وهي تدخل في حكم الملائمة لا يجوز للإدارة الاعتراض، أو إجبار المفوض على كيفية معينة في تسيير المرفق العام.

وتختلف الرقابة على عقود تفويضات المرفق العام خاصة وعقود الطلبات العمومية عامة في التشريع المقارن المؤطر لهذا النوع من العقود من حيث تعداد الوسائل والجهات المختصة بالرقابة، لذا سنرى آليات الرقابة في الجزائر (ب) وفرنسا (أ)

أ- في التشريع الفرنسي:

تخضع إتفاقيات تفويضات المرفق العام للرقابة الإدارية، وتُشكل هذه الرقابة بالنسبة للقاضي الإداري واجباً يقع على عاتق السلطة المفوضة وليس خياراً بسيطاً، فتتص المادة L3.1411¹ من القانون العام للجماعات المحلية الفرنسي على إلتزام يقع على عاتق المفوض له؛ بتقديمه كل سنة قبل فاتح من شهر جوان إلى السلطة المفوضة تقريراً يتضمن على وجه الخصوص الحسابات التي تتبع جميع العمليات المتعلقة بتنفيذ تفويض المرفق العام، وتحليل جودة الخدمة، ويرفق هذا التقرير بملحق يسمح للسلطة المفوضة بتقييم شروط تنفيذ المرفق العام وحالما يتم إرسال هذا التقرير، يتم إدراج دراسته في جدول أعمال الإجتماع الموالي للجمعية التداولية التي تحيط علماً به.

وإنتقل هذا الإلتزام إلى المادة 58 من الأمر 65-2016 المتعلق بالإمتياز، ثم إنتقل إلى النص الحالي المتعلق بقانون الطلبات العمومية 1074-2018، في المادة L5.3131² على أن يقدم صاحب الإمتياز كل سنة تقريراً يتضمن على وجه الخصوص الحسابات التي تتضمن جميع العمليات المتعلقة بتنفيذ عقد الإمتياز وتحليل جودة الأشغال أو الخدمات عند منح إدارة

1 - Voir l'Art L.1411-3 du CGCT, op.cit, Modifié par Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 - art. 10.

2- Art L3131-5 du l'ordonnance 2018-1074,op.cit « Le concessionnaire produit chaque année un rapport ...».

المرفق العام، بما في ذلك الحالة المنصوص عليها في المادة L4.1121¹، ويسمح هذا التقرير أيضاً للسلطات المانحة بتقييم شروط تنفيذ المرفق العام.

ولقد أوضح القسم الثاني من المرسوم التطبيقي 1075-2018 أعلاه، والمعنون بتقرير إستعلام السلطة المانحة، والمحدد بالمواد التالية من R2.3131 إلى R4.3131 بمحتوى التقرير الذي يعده المفوض له للسلطة المفوضة

أكدت المادة R2.3131 من المرسوم التطبيقي 1075-2018 على أحكام المادة L5.3131 أعلاه؛ بإعداد تقرير كل سنة من قبل صاحب الإمتياز مُراعياً لخصوصيات قطاع النشاط المعني، ويحترم المبادئ المحاسبية بإستقلالية السنوات المالية، وثبات الأساليب المعتمدة في إعدادها، يسمح بالمقارنة بين السنة الحالية والسابقة، ويحتفظ صاحب الإمتياز بجميع الوثائق الداعمة لعناصر هذا التقرير تحت تصرف السلطة المانحة، في إطار حقها في الرقابة. ويتضمن هذا التقرير حسب المادة R3.3131 من المرسوم 1075-2018 على وجه الخصوص مايلي:²

البيانات المحاسبية التالية:

- الحساب السنوي لنتائج إستغلال الإمتياز مع التذكير بالبيانات التي تم عرضها في السنة السابقة بموجب العقد الحالي، ويتم إعداد هذا الحساب بإسناد التكاليف عن طريق تخصيص المباشر للتكاليف المباشرة، وفقاً لمعايير داخلية مستمدة من المحاسبة التحليلية؛

- عرض للطرق والعناصر المعتمدة لحسابات النتائج الإقتصادية السنوية والمتعددة السنوات المعتمدة لتحديد الإيرادات والنفقات المباشرة وغير المباشرة المسندة في حساب نتائج الإستغلال، على أن تكون الطرق متطابقة من سنة إلى أخرى ما لم يحدث تعديل إستثنائي ومبرر بشكل مقبول؛

- حالة تبيين التغييرات في الأصول الثابتة التي حدثت في إطار العقد؛

- حالة تبيين النفقات الأخرى للتجديد، والتي تم إجراؤها خلال السنة وفقاً لإلتزامات العقد.

1 - Art L1121-4 du l'ordonnance 2018-1074, op.cit « Un contrat de concession portant sur des travaux et des services est une concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. ».

2 - Voir l'Art R3131-3 du décret 2018-1075, op.cit.

ويتضمن أيضًا طبقًا لنفس المادة مايلي:

-تحليل لجودة الأشغال أو الخدمات المطلوبة من صاحب الإمتياز، يتضمّن أي عنصر يُمكنه تقدير جودة الأشغال أو الخدمات المُستغلة، والتدابير المقترحة من صاحب الإمتياز لتحقيق رضا أفضل للمستخدمين، يتم تقييم جودة الأشغال أو الخدمات بشكل خاص بناءً على المؤشرات، يقترحها صاحب الإمتياز أو مطلوبة من السّلطة المانحة والمحدّدة بموجب العقد.

ويتضمن التقرير أيضًا حسب المادة R4.3131 عندما يتمّ منح عقد الإمتياز مايلي:

من حيث المعطيات المحاسبية التّالية¹:

- تقرير عن وضع الأصول والممتلكات اللّازمة لإستغلال المرفق العام المفوّض، يتضمن بشكل خاص وصفًا للأصول، وبرنامج الإستثمار، بما في ذلك المعايير البيئية والأمنية؛
-حالة متابعة البرنامج التعاقدى للإستثمارات الأوّلية، وتجديد الأصول والممتلكات اللّازمة لإستغلال المرفق العام المفوّض، بالإضافة إلى عرض لطريقة حساب التكلفة الاقتصادية المسندة في الحساب السنوي لنتائج إستغلال الإمتياز؛
- جرد للأصول المعيّنة في العقد كأصول مَعادة وإسترداد المرفق المفوّض،
- إلّتزامات ذات أثار مالية، بما في ذلك في مجال الموارد البشرية، المرتبطة بالإمتياز والضرورية لإستمرارية المرفق العام.

ومن حيث الجانب التقني والمالي يتضمّن التقرير مايلي:

-ملحق يتضمن تقريرًا تقني ومالي يحتوي على المعلومات الضرورية المتعلقة بتنفيذ الخدمة، بما في ذلك الأسعار المطبّقة، وطريقة تحديدها وتطوّرها، بالإضافة إلى إيرادات الإستغلال الأخرى.

ولا تقتصر الرّقابة الإدارية على المرافق ذات الطابع الإداري المفوّضة بل تمتد أيضًا إلى المرافق العامّة الصناعية والتجارية في قطاع الكهرباء والغاز بالنسبة للعقود التي تبرمها الجماعات المحليّة وهذا ما تنص عليه المادة L31. 2224² على وجود إلّتزام يقع على السّلطات المانحة

1 - Voir l'Art R3131-4 du décret 2018-1075, op.cit.

2 - Voir l'Art L.1411-3 du CGCT, op.cit, Modifié par LOI n°2013-312 du 15 avril 2013 - art. 7.

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

لمراقبة حسن تنفيذ العقد، حيث تضمّن السّلطات المانحة المذكورة أعلاه مراقبة الشبكات العامّة لتوزيع الكهرباء والغاز، ويتمّ لهذا الغرض تعيين أعوان الرّقابة منفصلين عن مسيرّي الشبكة العامّة للتوزيع.

- الرّقابة الإدارية للغرف الإقليمية للحسابات: في إطار مهمتها غير القضائية، تقوم الغرف الإقليمية للحسابات بمزاولة رقابة مزدوجة من الطابع الإداري والمالي، فالملاحظات والتقارير السنوية لهذه الغرف؛ ساهمت في تطوير التشريعات المتعلقة بتفويض المرافق العامة، فقد أنشأ قانون رقم 93-122 الصادر في 29 يناير 1993، المعروف باسم "قانون سابان 1 إجراءات المنافسة لمنح عقد التفويض، إضافة الى تجديد العقد، وأثبت حق المسائلة والتحقيق من طرف قضاة المحاسبة¹.

أمّا من ناحية النّصوص، تمنح المادة L18-1411² من القانون العام للجماعات المحليّة لممثّل الدولة في المحافظة صلاحية تحويل الإتفاقيات تفويض المرفق العام إلى الغرفة الإقليمية للمحاسبة، تقوم هذه الأخيرة بفحص الإتفاقية، ويتمّ توسيع هذا الرّقابة الإدارية، الممنوحة للغرف الجهوية والإقليمية للمحاسبة، عندما تمارس هذه الأخيرة رقابة مالية على الميزانية المحليّة، وكذلك رقابة على إدارة الجماعة المعنية.

ب- في التنظيم والتشريع الجزائري:

وتتبعًا للنّصوص القانونية المنظمة لعقود الإمتياز بادئةً، وتفويضات المرفق العام في النّصوص القطاعية، وكذا النّص التنظيمي 18-199 بخصوص الرّقابة نجدها قليلة بمقارنة مع

1 - Muhanad AJJOUR, op.cit , p462.

2-Voir l'Art L1411-18 du CGCT, op.cit, Modifié par Ordonnance n°2016-1360 du 13 octobre 2016 - art. 51 « Les conventions relatives à des délégations de service public peuvent être transmises par le représentant de l'Etat dans le département à la chambre régionale des comptes. Il en informe l'autorité territoriale concernée. La chambre régionale des comptes examine cette convention. Elle formule ses observations dans un délai d'un mois à compter de sa saisine. L'avis de la chambre régionale des comptes est transmis à la collectivité territoriale ou à l'établissement public intéressé et au représentant de l'Etat. Les dispositions de l'article L. 244-1 du code des juridictions financières sont applicables. L'assemblée délibérante est informée de l'avis de la chambre régionale des comptes dès sa plus proche réunion .

التشريع الفرنسي، فالأخيرة تُنفذ وفقاً للنصوص المنظمة لعقود تفويضات المرفق العام أو الإمتياز على خلاف المشرع الفرنسي الذي أسندها إلى نصوص أخرى مثل قانون القضاء المالي. وبالنظر إلى أحكام المرسوم التنفيذي 18-199 نجد أنّ المشرع الجزائري نظم آلية الرقابة الإدارية على تنفيذ المرفق العام في المادة 82 منه، وهي شبيهة لحد ما أحكام الرقابة في التشريع الفرنسي لكن لم تكن مُفصّلة، فنصّت المادة 82 أعلاه على أن تقوم السُلطة المفوضّة بمتابعة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، وتقوم في هذا الصدد بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض والرقابة المستندية على الوثائق ذات الصلة، بالإضافة إلى التقارير السداسية التي يُعدها المفوض له، فالرقابة الإدارية التي تقوم بها السُلطة المفوضّة تكون رقابة ميدانية ورقابة مستندية بناءً على التقارير التي تُقدّم من المفوض له كل سداسي خلافاً للمشرع الفرنسي الذي حددها بسنة، كما أوجب المشرع الجزائري السُلطة المفوضّة، في إطار الرقابة المحدّدة أعلاه أن تعقد اجتماعاً واحداً على الأقل كل ثلاثة أشهر مع المفوض له، لتقييم فعالية الإدارة وضمان جودة الخدمات المقدّمة ومدى إحترام مبادئ المرفق العام، وعقب هذا الاجتماع، تقوم السُلطة المفوضّة بإعداد تقرير شامل يُرسل إلى السُلطة الوصّية، عند الإقتضاء.

فُسلطات الإدارة المتمثّلة في حق الرقابة والتّوجيه هي إمتيازات نابعة من إختصاصاتها منحها القانون إياها، لأنها مسؤولة وقائمة على المرافق العامّة، وحسن إدارتها، وتنظيمها والمسؤولة أيضاً أمام المستخدمين عن تلبية إحتياجاتهم، وهدف تلك الإمتيازات المصلحة العامّة.

ومن النصوص المنظمة للرقابة الإدارية على تنفيذ تفويضات المرفق العام في إطار النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد، نجد ما أحدثه المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر في المادة 213 سلطة ضبط الصفقات العمومية، وكُلّ لها مهمّة متابعة وتنفيذ تفويض المرفق العام، كما تقوم بالتدقيق في الإجراء تنفيذ عقد تفويض المرفق العام بناءً على طلب السُلطة المفوضّة¹.

1 - انظر إلى المادة 213 المادة 214 من المرسوم الرئاسي 15-247

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

فالرقابة الإدارية على تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام في النصوص القانونية المؤطرة لها، تسند إلى رقابة السلطة المفوضة، وكذا سلطة ضبط الصفقات العمومية.

ثانياً: سلطة التعديل

كرست سلطة تعديل العقود الإدارية من جانب واحد في بداية القرن التاسع عشر بقرارين من مجلس الدولة، كان الأول الصادر في سنة 1902، حكم فيه مجلس الدولة على أنه يمكن للسلطة المانحة أن تلزم صاحب الإمتياز تكييف خدمة الإضاءة للتطورات التقنية وإحتياجات السكّان، ما يعني إقرار بسلطة التعديل تماشياً مع مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف مع المستجد¹.

وبعد سنوات قليلة، صدر قرار الثاني بخصوص الشركة العامة الفرنسية لـ"ترامواي"، ويؤكد مجلس الدولة فيه بالسلطة العامة للتعديل من جانب واحد التي تتمتع بها الإدارة، حيث إعتترف بسلطة الوالي في فرضها على صاحب الإمتياز من خلال تعديل الجداول الزمنية للترامواي، حيث أنها كانت ثابتة تعاقدياً في دفتر الشروط.² كرس هذا المبدأ للإدارة، وأصبح مستساغاً في أحكامه، ونقلت إلى النصوص القانونية المنظمة للعقود، بأن سلطة التعديل من جانب واحد تدخل ضمن القواعد المطبقة على العقود الإدارية.

أ- تأصيل سلطة التعديل ومقتضيات تطبيقاتها:

تعتبر سلطة التعديل أحد سمات المميّزة للعقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص فإذا لم يكن لأطراف العقد المدني سلطة فردية بين طرفيه لتعديل أحكام العقد، ففي العقد الإداري خلافاً للقواعد المعمول بها في القانون الخاص، يمكن للإدارة من جانب واحد تعديل العقد وفقاً لمصالحها، ممّا يجعل الطرف الآخر ملزماً بهذا التعديل، ويكاد الفقه والقضاء المقارن يجمع على أنّ كلّ العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة وتنظيمها³.

1 - C.E. fr., 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen, III., p. 17.

2 - C.E. fr., 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, GAJA, p. 123.

3- عمر بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية-القسم الثاني-، مرجع سابق، ص23.

فتستطيع الإدارة إذا إقتضت المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام أن تعدّل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتّم النص عليه في العقد بل هو ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أنّ عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف، فإنّ العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة

فيجوز للإدارة، إذا إقتضت المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام، تعديل التزامات المتعاقد ببنود تكميلية أو إضافية وكذلك بالنقصان، وهذا الحق ملازم للإدارة حتى لو لم يُنص عليه العقد أو حتّى لو كان القانون لا يذكر ذلك صراحة كما سبق، في حين أنّ عقود القانون الخاص تقوم بشكل عام على مبدأ المساواة بين الأطراف دون تمييز أو تفضيل، فإنّ العقد الإداري يقوم على مبدأ تفضيل مصلحة على مصلحة كما تقدّم.

فالإدارة تُمثّل الطّرف الذي يعمل على تحقيق المصلحة العامة، يتطلّب تمثّلها بإمتياز إتجاه المتعاقد معها، تمثّل في مبرّر تعديل العقد من جانب واحد، دون أن يكون للمتعاقد معها أي حق إنكار أو إعتراض، مادام كان التعديل ضمن إطار عقد تفويضات المرفق العام إستدعته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام¹.

وأما قانونًا فقد أسّس المشرّع الفرنسي لسُلطة التعديل من جانب واحد تكريسًا لهذا المبدأ في العقود الإدارية تحت الفصل الخامس بعنوان تعديل عقد الإمتياز بنص المادة L1-3135 من قانون الطلبات العمومية 1074-2018، حيث نصّت على أنّه "يمكن تعديل عقد الإمتياز دون الحاجة إلى إجراءات منافسة جديدة، وفقًا للشروط....."، وقد أحالت المادّة إلى إحترام المطّة 04 من المادّة L6 في العنوان التمهيدي للأمر 1074-2018 ومفادها "يجوز للسُلطة المانحة تعديل العقد من جانبها وفقًا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون، دون الإخلال بتوازنه. يحق للشريك المتعاقد الحصول على تعويض، على أن تراعي شروط العقد".²

1- المرجع نفسه، ص24.

2- Art L6, du l'ordonnance 2018-1074, op.cit « L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ;... ».

وقد فصل المرسوم 1075-2018 السالف الذكر في شروط ممارسة سلطة التعديل بعد إقرارها في ذات الأمر بالمواد من R1-3135 إلى R9-3135 تحت قسم رقم 01 معنون بالتعديل المسموح به سَنفصل فيها لاحقاً.

وأما المشرع الجزائري فقد كرس هو الآخر سلطة التعديل من جانب واحد في المرسوم التنفيذي 18-199 في المادة 58 بعنوان الملحق وهو وثيقة تعاقدية مرتبطة بالصفقة، ويتم إبرامها في جميع الحالات التي يكون هدفها زيادة أو تقليل الخدمات و/أو تعديل واحد أو أكثر من البنود التعاقدية الخاصة بالصفقة، ووضع شروطاً لهذا الملحق.

1- مقتضيات تطبيقات سلطة التعديل: فسلطة التعديل مستمدة من طبيعة العقد الإداري وهو حق للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد أو القانون، بإعتبار هذا الحق من الشروط الاستثنائية التي تميز تلك العقود بدافع المصلحة العامة التي تحميها الإدارة، ولاشك أن الإدارة وهي تُباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية مقيّدة بضوابط وشروط، وإلا ألحقت الضرر بالمتعامل المتعاقد معها، ولقد أقرت التشريعات المقارنة والتشريع في الجزائر هذه السلطة بضوابط وشروط سنُبينها مايلي:

لقد حدّد المشرع الفرنسي تلك الضوابط والشروط في المرسوم 1075-2018 من خلال القسم المعنون بالتعديلات المسموح بها وهي:

1-1 التعديلات منصوص عليها في الوثائق العقدية الأولية: نصّت المادة R1-3135 يمكن تعديل عقد الإمتياز عندما تكون التعديلات، أيّاً كان مبلغها، قد تمّ تضمينها في وثائق العقد الأولية، وذلك على شكل بنود مراجعة أو خيارات واضحة ودقيقة وغير مبهمة، تشير هذه البنود إلى نطاق التطبيق وطبيعة التعديلات أو الخيارات المُحتملة، بالإضافة إلى الشروط التي يمكن إستخدامها بموجبها¹، وما يفهم من ذلك أنّ على السلطة المانحة أن توضح سلطتها التعديلية المُحتملة في المستقبل عند إبرام عقد الإمتياز مع المترشحين كتوقع تعديل السعر أو تأقلم مع

1 - Voir l'Art R3135-1 du décret n°2018-1075 op.cit " Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque...".

المستجد تطبيقاً لمبدأ تكيف المرفق العام مع الواقع المتغير، أو وفاة المتعاقد معها فكل الإحتمالات تطراً على العقد عند تنفيذه ولا سيما أن عقد الإمتياز طويل المدّة نسبياً.

أمّا المشرّع الجزائري فلم ينص ذلك ابتداءً في بيانات إتفاقية تفويض المرفق العام طبقاً للمادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199¹ السابق ذكره، وكأنّ المشرّع يرى أنّ هذه السّلطة إختصاص أصيل في العقود الإدارية، ولولم تذكر في العقد حسب ما تمّ تحديده في البيانات إتفاقية تفويضات المرفق العام بدون الإشارة إلى سلطة التعديل المحتملة.

1-2: النص أن تكون الأشغال أو الخدمات الإضافية ضرورية: لقد نصّت المواد من

R2-3135 إلى R4-3135 من المرسوم 1075-2018 إلى هذا الشرط، فأقرت المادة R2-3135² بتعديل عقد الإمتياز شريطة مع مراعاة أحكام المادة R3-3135³، وذلك ألا تكون نسبة التعديل أكبر من 50% من مبلغ العقد الأصلي للإمتياز، ويحسب جميع التعديلات التي تطراً على العقد بهذه النسبة، ولا يجب أن تمسّ هذه التعديلات من مبدأ المنافسة، كما أنّه يجب أن تكون هناك حاجة إلى أشغال أو خدمات إضافية ضرورية، شريطة أن يكون تعديل صاحب الإمتياز لأسباب إقتصادية أو أسباب تقنية تتعلّق على وجه الخصوص بمتطلبات ضرورية لم تكن مشمولة في العقد الأصلي، لكن تتوافق مع المعدّات والخدمات الموجودة بالفعل، والتي تمّ الحصول عليها في إطار العقد الأصلي.

ويكون حساب مبلغ التعديل المذكور في المادة R2-3135، طبقاً للسعر المرجعي الموجود في عقد الإمتياز الأصلي، وعندما يتضمّن عقد الإمتياز شرط التحيين ومراجعة الأسعار يتم حساب المبلغ الموجود في عقد الإمتياز الأصلي مع الأخذ في الإعتبار متوسط التضخّم.

1 - انظر الى المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

2 - Voir l'Art R3135-2 du décret n°2018-1075,op.cit « Le contrat de concession peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 3135-3 des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la condition qu'un changement de concessionnaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques... ».

3 - Voir l'Art R3135-3 du décret n°2018-1075,op.cit « Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R. 3135-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial... ».

أما المشرع الجزائري فقد إستثنى إبرام الملحق عند إنجاز إستثمارات أو خدمات تكن على عاتق المفوض له، وهو شرط قد يتعلّق بحقوق السّلطة المفوّضة، إلاّ أنه قد تطرأ ظروف خارجة عن إرادة الأطراف توجب إدخال أشغال أو خدمات ضرورية لا سيما أنّ مدّة الملحق كحد أقصى 04 سنوات في عقد الإمتياز، قد تمسّ بمبدأ الجودة أو الفعّالية في تقديم الخدمات، ولو سلّمنا فرضاً تقوم السّلطة المفوّضة بإضافة الخدمات الضرورية، لكن هذا يخرج عن الأصل، وهو تجنّب مخاطر الإستغلال للسّلطة المفوّضة.

1-3 تعديل ضروري بسبب الظروف غير المتوقّعة: يمكن تعديل عقد الإمتياز عندما تصبح التعديلات ضرورية بسبب الظروف التي لم يكن في وسع السّلطة المانحة توقّعها وقد أشارت إلى ذلك المادة¹ R5-3135، وقد رأينا الظروف الإستثنائية التي تطرأ على العقد منها تلك المتعلقة ببند المراجعة والتحيين الخاص بالأسعار، فقد تتغير أسعار المواد المُقتناة والمستعملة في إقامة المرفق العام في السوق فلا يتحمّل ذلك المفوض له، فبند مراجعة وتحيين أسعار الخدمات بند مؤسّس على المخاطر المرتبطة بنتائج الإستغلال، ممّا يتيح للسّلطة المفوّضة إستعمال سلطة التعديل آخذة بعين الإعتبار ظروف صاحب الإمتياز.

في حين المشرع الجزائري نصّ على القاعدة العامّة في إبرام الملحق وإستثنى منها طبقاً لأحكام المادة 58 من المرسوم 18-199² ألاّ يكون الملحق خارج الأجل التعاقدية، كما إستثنى أيضاً في المادة 59 بأن لا يمس موضوع الإتفاقية³، وألاّ يكون إنجاز الإستثمار أو الخدمات على عاتق المفوض له، وأن يكون تعديل المدّة إلاّ ما نصّ عليه المرسوم وذلك بأن لا يتجاوز المدّة القانونية وهي الحد الأقصى، وعليه يمكن إبرام الملحق بسبب الظروف الإستثنائية، ولمّح

1- l'Art R3135-5 du décret n°2018-1075, op.cit « Le contrat de concession peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir. Dans ce cas, les dispositions des articles R. 3135-3 et R. 3135-4 sont applicables. ».

2 - المادة 58 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق " يمكن للسّلطة المفوّضة أن تلجأ إلى إبرام ملحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه. ولا يمكن إبرام الملحق خارج الأجل التعاقدية.

3- المادة 59 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق " لا يمكن، بأي حال من الأحوال، أن يخص الملحق : تعديل موضوع الاتفاقية، إنجاز استثمارات أو خدمات تكون على عاتق المفوض له، تعديل مدة الاتفاقية، باستثناء الحالات المذكورة في القسم الثاني أعلاه".

المشرّع ذلك في القسم الثاني المعنون بأشكال تفويضات المرفق العام 54 إلى 56¹ بتعرّض المفوض له إلى مخاطر تجارية، ومخاطر صناعية مثل ما هو في عقد الوكالة المحفّزة وعقد الإيجار، كما يتعرّض المفوض له إلى العجز كما هو في عقد التسيير، ولاشك أن جميع هذه الحالات تتطلّب إبرام ملحق لإتفاقية التفويض.

ما يلاحظ أنّ المشرّع الجزائري أخذ بالقاعدة العامّة في إبرام الملحق، وحصر الإستثناء وهو أمر ننثي عليه تعزيرًا للامن القانوني، خلافًا لما أسّس له التشريع الفرنسي.

1-4 إستبدال صاحب الإمتياز: ويعتبر هذا التغيّر في طرف العلاقة التعاقدية من قبل التغيير الجوهرى للعقد وهو أحد حالات المنع في النص القانوني، وفي هذه الحالة يجب نشر الإعلان عن الإمتياز من جديد²، إلا أنّ هناك إستثناءات مبرّرة قانونًا، في التشريع الفرنسي، وهو لجوء السّلطة المانحة إلى إستبدال صاحب الإمتياز القديم بالجديد، بشرط أن يكون عند الإبرام وقبل البدء بالتنفيذ، ذلك لوجود الأسباب التّالية وهي³:

- فالأحكام التنظيمية تحدّد الإطار القانوني المؤطر لعقد الإمتياز لا سيما إعادة النظر في البنود المتعلّقة بتنفيذ عقد الإمتياز المرفق العام ذكر حالات كحالة إعادة هيكلة الشركة: الإستحواذ، الإندماج، الاقتناء، أو الإفلاس صاحب الإمتياز ففي هذه الحالات لا يمكن إجراء منافسة من جديد، بل يمكن للسّلطة المانحة أن تختار صاحب الإمتياز الجديد الذي تربطه علاقة مع الأوّل في إطار شبه الإدارة المباشرة، وذلك بملحق يدرج فيه صاحب الإمتياز الجديد.

- حالة التنازل عن العقد من طرف صاحب الإمتياز، وهذا بسبب إعادة هيكلة المؤسسة أو الشركة المتعاقدة مع السّلطة المفوضة، ولكن بشرط أن يقدّم صاحب الإمتياز الجديد تبريرًا على قدراته الإقتصادية والتّقنية والمالية والمهنية التي يحوزها وأن يتمّ هذا التنازل في إطار إحترام مبادئ الشفافية والمنافسة.

¹ - انظر الى المواد من 54 إلى 56 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

2 - CJCE, 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, préc., pt. 40.

3 - Voir l'Art 3135-6 du décret n°2018-1075, op.cit « le contrat de concession peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue... 1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie à l'article R. 3135-1 ; 2° Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial... »

وقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي هذه الحالات بالأ تُلغى السُلطة المفوضَة من جديد عن إجراء إعلان للمنافسة، تكتفي بإبرام ملحق مع صاحب الإمتياز الجديد الذي ترتبط علاقته بصاحب الإمتياز المتنازل عن العقد في إطار شبه الإدارة المباشرة؛ بسبب إعادة الهيكلة، بشرط أن يحوز على القدرات المالية والتقنية والمهنية تمكّنه من تسيير المرفق العام موضوع عقد الإمتياز¹.

أما المشرّع الجزائري وطبقاً للقاعدة العامة في إبرام الملحق إلاّ ما إستثنى منه، أنّه لم ينص على هذه الحالة، إلاّ أنّه وطبقاً لأحكام المادة 43 من المرسوم 18-199² نجد هذه الحالة مماثلة لما نصّ عليه المشرّع الفرنسي عندما يرفض المترشّح الفائز بعقد التفويض المرفق العام من التوقيع على الإتفاقية أي بعد عملية الإبرام وقبل البدء بالتنفيذ تقوم السُلطة المفوضَة باللجوء إلى المترشّح الموالي الموجود في قائمة ترتيب العروض المسجّلة في محضر المفاوضات، إلاّ أنّها لا تبرم ملحقاً، وفي هذه الحالة تُلغى المنح المؤقت، وتبرم عقداً جديداً.

كما نصّت المادة 20³ من المرسوم أعلاه على هذه الحالة التي تجيز للسُلطة المفوضَة اللّجوء إلى متعاقد جديد محل صاحب الإمتياز كان محل إجراء فسخ إلاّ أنّه يكون بعقد جديد وليس بملحق وتعفى السُلطة المفوضَة من إجراءات المنافسة والإشهار.

1-5 ألا تكون التعديلات جوهرية: يمكن تعديل عقد الإمتياز دون إجراء إعلان جديد للمنافسة بملحق عندما تكون التعديلات، بغض النظر عن قيمتها، غير جوهرية، ولقد حدّدت المادة R7-3135 الحالات التي يُلجأ فيها إلى إعلان جديد والتي تعتبر من قبيل حالات تغيير العقد بصفة جوهرية والتي لا يمكن إستخدام سلطة التعديل وهي:

- الحالة الأولى عند إدخال شروط أو بنود جديدة متعلّقة بالإجراءات على العقد الاصلية من شأنها لو كانت في العقد الأصلي لكانت تؤدّي إلى جذب أكبر عدد من المشاركين أو سمحت بقبول مرشّحين أو مقدّمي عروض غير أولئك الذين تمّ قبولهم في البداية أو إختيار عرض آخر غير الذي تم قبوله في البداية؛

1 - CE, Avis, Section des finances, n° 364 803 du 8 juin 2000., et CAA Bordeaux, 26 juin 2018, Société Astriam Sécurité Aquitaine, n° 16BX01768..

2 - أنظر الى المادة 43 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

3 -- أنظر الى المادة 20 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

-الحالة الثّانية تعديل التوازن الإقتصادي للإمتياز لصالح صاحب الإمتياز بشكل لم ينص عليه في عقد الامتياز الأصلي؛

-الحالة الثّالثة توسيع نطاق ومدى عقد الإمتياز إلى حد كبير؛

-الحالة الرّابعة عندما يكن للتعديلات تأثير في إستبدال صاحب الإمتياز الأصلي الذّي منحتة السّلطة المفوّضة بمتعاقد جديد، خارج الحالات المشار إليها في المادة R6-3135 أعلاه وهي حالات إعادة فحص الشروط والبنود وحالة التنازل عن العقد.

إلا أنّ المشرّع الجزائري إكتفى بموضوع العقد بإعتباره حالة من حالات التعديل الجوهري فكل تعديل يمس موضوع العقد فهو ضمن الحالات التي لا يمكن إبرام الملحق ضمنها، وبالتالي المشرّع الجزائري يغلق باب التأويلات على خلاف المشرّع الفرنسي حدّد التعديل الجوهري، وغير الجوهري من شأنه أن يكثر طلبات الطّعن في قرارات السّلطة المفوّضة أمام المحاكم.

1-6 التعديل عند مبلغ منخفض للعقد: نصّت المادة R8-3135¹ من المرسوم 1075-

2018 أعلاه على إمكانية تعديل عقد الإمتياز عندما يكون مبلغ التعديل أقل من العتبة الأوروبية المذكورة سابقاً في الفصل الأوّل من هذا الباب²، وبنسبة لا تفوق 10% من مبلغ عقد الإمتياز الأوّل، دون الحاجة إلى التحقّق من الشروط المنصوص عليها في المادة R7-3135 أعلاه قد تمّت إستيفاءها، وتتنطبق أحكام المادة R4-3135³ على حالة التعديل المنصوص عليها في هذه المادة، لكن مع الأخذ بعين الإعتبار التعديلات التي تطرأ على العقد الأوّل بجمع مبالغها ولا تفوق عتبة 10%⁴، وعند قراءتنا لهذه المادة نجد أنّ المشرّع الفرنسي إعتبر شرط العتبة 10 بالمئة شرطاً مطلقاً دون الإعتبار لتلك الشروط التي ذكرناها، وهو ما يجعل الملاحق التي تقل

1 - Voir l'Art 3135-6 du décret n°2018-1075, op.cit « Le contrat de concession peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées à l'article R. 3135-7 sont remplies. Les dispositions de l'article R. 3135-4 sont applicables au cas de modification prévu au présent article »

2 - أنظر إلى الباب الثاني، الفصل الأوّل، الصفحة رقم 269.

3 - l'Art 3135-4 du décret n°2018-1075, op.cit-« pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R. 3135-2, le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire, le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne ».

4 - l'Art 3135-6 du décret n°2018-1075, op.cit « **Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R. 3135-8 sont effectuées, l'autorité concédante prend en compte leur montant cumulé.** »

مبالغها عن 10% عرضة لتغيير الجوهرى لموضوع العقد، غير أنّ المشرّع الجزائري غلق هذا الباب ولم يحدّد النسب.

1-7 نشر إعلان التعديل: ومن أجل تعزيز شفافية الإجراءات، نصّت المادة R10-

3135¹ بوجود السّلطة المانحة في حالة عقود الإمتياز التي لا تخضع لقواعد خاصّة فيما يتعلق بالتنفيذ، نشر إعلان بتعديل عقد الامتياز في الجريدة الرّسمية للاتحاد الأوروبي (JOUE) وفق الحالتين التاليتين:

- في الأشغال أو الخدمات الإضافية موضوع عقد الامتياز؛

- عندما تصبح التعديلات ضرورية بسبب ظروف غير متوقعة؛

- لا يوجد التزام بنشر إعلان بالتعديل لصفقات الدفاع أو الأمن.

لم ينص المشرّع الجزائري على إمكانية أو وجوب نشر إعلان عن التعديلات، وهي حالات قد تكون زيادة نفقات على الإشهار، خصوصًا أنّ عمليات الإشهار تخصّص لها مبالغ مالية معتبرة، وإن كان المشرّع الجزائري أخضعها لعملية الرّقابة بوجود تقديمها للجنة تفويضات المرفق العام للحصول على الموافقة، فيرجع برأينا على نص المشرّع الفرنسي بإعلان التعديل، أنّ عقود الإمتياز لا تخص المتعامل المتعاقد الداخلي بل يخص المجموعة الأوربية، كما أنّ الإلتزام المجموعة الاوربية يقع على المشرّع الفرنسي، أوجبه بالنشر من أجل تعزيز الشفافية والمساواة وحرية الولوج إلى الطلب العمومي.

1 - l'Art 3135-10 du décret n°2018-1075, op.cit « Pour les contrats de concession ne relevant pas du chapitre VI du titre II du présent livre, l'autorité concédante publie un avis de modification du contrat de concession dans les hypothèses prévues aux articles R. 3135-2 et R. 3135-5. Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R. 3122-4 à R. 3122-6, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogeant le règlement ».

ثالثاً: سلطة توقيع الجزاءات

يُعرّف الجزاء في مجال العقود العامة أنّه " الأثر الذي يترتب بقوة القانون إخلال أحد أطراف العلاقة العَقْدِيّة بنود العَقْد المُبرم"، وهو في مجال العقد الإداري يُعدُّ أيضاً بمثابة أثر ناتج عن إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته بما يخوّل لها أحيّة توقيع الجزاء المحدد في العقد.¹ وعلى عكس عقود القانون الخاص، يأخذ تكوين العقود الإدارية في الإعتبار العناصر المرتبطة بالمفاهيم التي وصفها هوريو بأنّها "المفاهيم الرئيسيّة للنظام الإداري الفرنسي سنة 1941، "السُّلطة العامّة والمرفق العام"، يهدف العقد الإداري إلى ضمان حسن سير المرفق العام، ومن ثمّ فإنّ المبادئ العامّة للمرفق العام، وعلى وجه الخصوص مبدأ إستمرارية المرفق العام، التي تهدف إلى ضمان المصلحة العامّة يجب أن تحظى بالأولوية عند تحديد التبعات التي يمكن أن تحدث في حالة الإخلال بالإلتزامات التعاقدية.²

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامّة بانتظام وإطراد، فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والإعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها توقيع الجزاءات؛ للضغط على المتعاقد معها، وإجباره على إحترام بنود العقد دون حاجة اللجوء إلى القضاء، بل دون الحاجة للنص عليها قانوناً.³

وفي مواجهة عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ لهذا الإلتزام، فإنّ للشخص العام نوعان من العقوبات الأول من طبيعة تعاقدية وبتماشى مع حرية التعاقدية، فيمكن أن يتضمّن العقد بالإتفاق بين الأطراف عقوبات مُحتملة في حالة عدم التنفيذ أو التأخير غير المبرر في التنفيذ؛ وفي كثير من الحالات، تكون مثل هذه العقوبات محدّدة بالتشريعات، أمّا الثانية مرتبطة بخصوصية الشخص العام الذي يعترف القاضي الإداري له بإمتميازات تُمكنه من إتخاذ عقوبات بنفسه ضدّ المتعاقد لذا تُشكّل سلطة توقيع الجزاءات إحدى الصلاحيات الأساسيّة للشخص العام الذي يجب عليه إستخدامها وفقاً لاحتياجات المرفق العام، وبعبارة أخرى، يتم تبرير الإعتراف بمثل هذه السلطات

1 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 33.

2 - Muhannad AJJOUR, op.cit , p317, p478.

3 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 34.

من خلال المصلحة العامة التي تكمن في ضمان إستمرارية المرفق العام، وفعالية الطلبات العمومية وبالتالي، فإنّ عدم ذكر مثل هذه الإمتيازات في شروط العقد المبرم لا يحرم الشخص العام من إستخدامها إذا كان مُبرراً من خلال المصلحة العامة¹ كما تقدّم.

ومن خلال ما تقدم يمكن إستنباط خصائص الجزاءات العامة:

أ- الخصائص العامة للجزاءات:

تتميّز الجزاءات بخصائص وهي:

1- أنّها ذات طابع إداري توقّعها السُلطة المفوّضة بنفسها نظراً لإعتراف القضاء بالإمتيازات الممنوحة لها؛

2- أنّ الجزاءات مُفترضة وثابتة حتى ولو لم يُنصّ عليها العقد وهو ما كرّسه القضاء الفرنسي²؛

3- الجزاءات لا تشترط فيه وقوع ضرر مُعيّن: فالإدارة ليست ملزمة قانوناً بإثبات الضرر الذي أصابها، فالتراخي في مرحلة تنفيذ الإلتزام من جانب المتعاقد يحمل في حد ذاته إخلالاً بالتنظيمات التي رتبت الإدارة على أساسها تسيير شؤون المرفق العام³؛

4- الجزاءات لها طابع عقابي ومرتبطة بالنظام العام فهي تمارس طبقاً للإمتيازاتها، فجزاء الإخلال بالإلتزامات التعاقدية، يمنح الإدارة حق توقيع العقوبة عليه، وهذه السُلطة تملّيتها المصلحة العامة، كما أنّ فكرة الجزاءات مردها إلى فكرة حُسْن سير المرفق العام وهو من النظام العام⁴؛

5- خضوع الإدارة لرقابة القضاء يراقب القضاء الإداري إستخدام الإدارة لسُلطة توقيع الجزاءات من حيث إستيفاء الشّروط، بما يتناسب الجزاء مع حجم الخطأ من المتعاقد من دون تجاوز⁵.

1 - Muhannad AJJUB, op.cit , p317, p479.

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص45.

3 - المرجع نفسه، ص46.

4 - المرجع نفسه، ص46.

5 - أبو بكر أحمد عثمان، ص ص 214-215، المرجع السابق.

ب-أنواع الجزاءات التي تفرضها السلطة المانحة:

تلجأ السلطات المانحة للتفويض إلى ثلاثة أشكال من العقوبات حسب الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد معها؛ عقوبات مالية، عقوبات التدابير القسرية، فضلا عن العقوبات الإدارية المتمثلة في الفسخ من جانب واحد.

1-الجزاءات المالية: يتم تحديد هذه الجزاءات عموماً مسبقاً في العقد، هذا الطابع التعاقدى للبند الجزائي مُعترف به أيضاً في الإجتهاادات القضائية¹، وفي الفقه الإداري الذي يحدّد بدوره، العقوبات على أنها " ثابتة مُتفق عليها في العقد ناتجة عن تفسير مُعيّن من طرف المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته"².

ومن بين هذه الجزاءات: الجزاءات المالية التي تُشكّل العنصر الأكثر أهمية، يبرّر وجود مثل هذه الجزاءات عادة لضمان تنفيذ الإلتزامات العقدية وفقاً للشروط المنصوص عليها بطريقة صحيحة وفي الأجل المُحدّدة، وبالتالي فإنّ العقوبات المالية التي من الممكن أن يتعرّض لها المتعاقد مع الإدارة، من حيث المبدأ تأخذ شكلين؛ **التعويضات وغرامات التأخير**، وفي هذا المجال، نتمتع السلطات المانحة بإمتميازات إتجاه المتعامل المتعاقد معها تكشف عن الطابع الأصلي لقانون العقود الإدارية³.

ولقد نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادة 62⁴ من المرسوم التنفيذي 18-199 على تطبيق جزاء الغرامة في حالة إخلال صاحب التفويض بإلتزاماته التعاقدية، وأحسن المشرّع في نصّه على وجوب توجيه إعدارين بهدف الوفاء بإلتزاماته التعاقدية في الأجل المُحدّدة.

1-1 غرامة التأخير : ويعرّفها الأستاذ سليمان الطماوي على أنها مبالغ إجمالية تقوم الإدارة بتقديرها مُقدماً وتنصّ على فرضها على المتعاقد متى قُصر في إلتزام مُعيّن لا سيما فيما يتعلّق

1 - CE, 3 mai 1961, Sté Entreprise Thomas Kotland et Office HLM département Seine, Lebon, P. 290.

2 - A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, **Traité des contrats administratifs**, t.2, LGDJ 1984, p. 136.

3- Muhannad AJJOUB, op.cit , p317, p480.

4 -انظر إلى المادة 62 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

بالتأخير في التنفيذ"¹، وتكون في حالات الإخلال بالالتزامات التعاقدية في الأجل المحدد في العقد، وفي حالة عدم التنفيذ المطابق لما نص عليه العقد.

1-1-1 خصائص غرامة التأخير: تتميز غرامة التأخير بجملة من الخصائص وهي :

-**أنها جزء إتفاقي:** لأن توقيع هذه الجزاء مرهون بالنص عليه في العقد، فهي مبلغ إجمالي مُحدّد مسبقاً في العقد، بحيث لا يمكن للإدارة فرضها إن لم تُحدّد في العقد مُقدّمًا، أي أنها تتمتع بالطابع الإتفاقي، لذلك إتجهت محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر عام 1956 لعدم الإعتراف للإدارة بهذه السُلطة ما لم تنص عليها في العقد أو دفتر الشروط².

-**تتميز بالتلقائية:** بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة اللجوء إلى القضاء أو الحاجة لإثبات الضرر ما قد أصاب الإدارة، لاسيما أن التأخير في حد ذاته من شأنه الإضرار بالمرفق العام الذي تستهدف الإدارة تأمين سيره وأداء لخدماته³، وبسبب تمتعها بالطابع الجزائي عادةً ما نجد المشرع يفرض على الإدارة قبل إتخاذ الجزاء توجيه إعدار ليفي المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وإن لم يتدارك ذلك المتعامل تباشر الإدارة سُلطتها والهدف هو حماية حقوق المتعاقدين والحد من التعسف الإداري، وهو إجراء سليم يحفظ توازن العلاقة التعاقدية⁴

-**غرامة التأخير تحمل طابع العقوبة الردعية** فهي تمس الذمة المالية للمورد ولا تمتد لتصل لحرية المتعاقد، فهي جزاء يفرض على المتعامل المتعاقد المتأخر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وإن لم يلحق بالإدارة ضرر⁵، وقد يعفى منها المتعاقد في حالات القوة القاهرة أو حالة أن تكون

1 - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1991، ص422

2 -سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد-دراسة مقارنة-، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2020، ص143.

3 -المرجع نفسه، ص144.

4 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص.49

5 - سحر جبار يعقوب، مرجع سابق، ص145.

الإدارة مصدر التأخير نتيجة لتعليماتها فنص المرسوم الرئاسي 15-247 على ضرورة تحرير شهادة إدارية في الموضوع سواء كان سبب التأخير أوامر صدرت عن الإدارة أو القوة القاهرة¹

1-2 التعويضات: ويهدف إلى التعويض عن الضرر الناتج عن المتعاقد، ومن أجل الحصول على التعويض، لا تكون الإدارة ملزمة بتبرير وجود ضرر، وعلى العكس من ذلك، لا يمكن للشريك المتعاقد الإحتجاج على عدم وجود دليل على وجود ضرر، فالنظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني من حيث كيفية تقدير التعويض وشرط ركن الضرر، إلا أن النظامين يختلفان في كيفية استرداد هذه التعويضات، والطريقة الوحيدة للتخلص من العقوبات هي إثبات عدم وجود خطأ أو مخالفة إجرائية.

والإدارة لديها إمتياز الأولوية، حيث تتمتع بإمكانية تقدير قيمة الضرر بنفسها، وإصدار قرار ضد المتعاقد دون الحاجة إلى إحالة الأمر للقاضي الإداري، وإثبات الحق في التعويض يجب أن يكون هناك خطأ من جانب المتعاقد، أي إخلاله بأحد إلتزاماته مما يترتب عليه ضرر للإدارة، مع وجود علاقة سببية بين المخالفة والضرر الفعلي الذي لحق بالإدارة. ولذلك فإن التعويض يتناسب مع الضرر².

1-2-1 التعويضات تفرضها القواعد العامة: طبقاً للقواعد العامة المقررة في العقود العامة فإن كل خطأ سواء كان إخلالاً بإلتزام عقدي، أو بمخالفة القانون، ينجم عنه حق المطالبة بالتعويض لجبره، وهذا الحكم تؤيده قواعد العدالة، فمتى ثبتت المخالفة والتقصير من جانب المتعاقد جاز للطرف الذي تضرر المطالبة بجبره، فالتعويضات تستمد أساساً من القواعد العامة المعمول بها في مجال المسؤولية العقدية، وهنا يقترب من التعويض في العقد المدني والذي يلزم فيه بإثبات الضرر من طرف المضرور مع توفّر باقي أركان المسؤولية المدنية³

1 - نظر إلى المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سابق.

2- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم: 247/15، دفاثر السياسة والقانون، ع17، جوان 2017، ص120.

3 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص ص 68-69.

2-الجزاءات القسرية: تهدف هذه الجزاءات إلى تأمين تنفيذ المرفق العام عند إخلال صاحب الإمتياز بالإلتزامات المُلَقاة على عاتقه، بحيث تُحل الإدارة محل صاحب الإمتياز وتقوم بتنفيذ الإلتزامات التي لم يتم تنفيذها أو تلجأ على حَز المداخل، والتنفيذ التَحكّمي، وتُوَقَّع السُلطة المفوّضة العقوبات القسرية تحت رقابة القضاء¹.

وهي الفئة الثانية من العقوبات التي تتوفر للإدارة في مواجهة المخالفات التي إرتكبتها المتعاقد معها في العقد، وتتألف من العُقوبات القسرية، وهي تشير بشكل أساسي إلى التدابير التي يمكن للإدارة أن تقرّها بنفسها ضدّ المتعاقد في العقد، كما هو الحال في التسيير المباشر أو وضع المرفق تحت الحراسة القضائية.

2-1 الحراسة القضائية أو وضع تحت تصرف الإدارة مؤقتاً، ويُقصد بها إدارة السُلطة المانحة للمرفق العام موضوع الإمتياز بنفسها، أو أن تُعهد إلى حارس مؤقت تختاره، ويوضع المرفق العام تحت الحراسة في حالة تَقْصير صاحب الإمتياز في تسيير المرفق العام تقصيراً جَسِماً، وفي حال وجود ما يهدّد المرفق العام بالتوقّف، ووضع المرفق العام تحت الحراسة لا يترتّب عنه فسخ العقد ولا إسقاط حقوق صاحب الإمتياز وكل ما يترتّب عنه هو رفع يد صاحب الإمتياز عن إدارته مؤقتاً، كما يتحمّل المخاطر، فهي تديره على نفقة ومسؤولية صاحب الإمتياز.²

3-جزاءات الفسخ: خيار سُلطة الفسخ من جانب واحد يشكّل إحدى سلطات الإدارة العامّة المتعاقدة. لقد تمّ الإعتراف بوجود هذه السُلطة منذ القرن التاسع عشر، ووفقاً للقاضي الإداري، فالإدارة المتعاقدة يجوز لها في أي حال وبموجب القواعد العامّة المطبّقة على العقود الإدارية، إنهاء العقود العامّة قبل إنتهاء مدّتها، مع مراعاة حقوق التعويض للأشخاص المعنيين³

هذا يعني أنّ هذه السُلطة مُعترف بها حتّى في سُكوت العقد، بالإضافة إلى ذلك، يتمّ الإعتراف بهذه السُلطة للإدارة المتعاقدة حتّى وإن كان المتعاقد شخص معنوي عام، وقد صرّح مجلس الدّولة حديثاً في هذا الصّدّد مشيراً إلى أنّ: "إنّ حقيقة إبرام عقد بين جهتين عامّتين لا

1 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص122.

2 -المرجع نفسه، صص122-123.

3 - CE, Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Lebon, P. 246 ; AJDA, 1958, P. 282, concl. Kahn .

يمنع سلطة كل من هذه الجهات العامة من فسخ العقد من جانب واحد؛ لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.¹

ويستهدف هذا الإمتياز المتمثل في سلطة الفسخ إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد، ويُفترض هنا في هذه الحالة أن يُقدّم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم قد يكون مثلاً خرق لمبادئ المرفق العام؛ فيُحوّل للإدارة ممارسة سلطة الفسخ، فهو عبارة عن حدث إستثنائي وعارض يترتب عليه نهاية مسبقة أو مبكرة للعقد، ويؤدي إلى إيقاف تنفيذ العقد قبل أوانه.²

3-1 الفسخ في التشريع الفرنسي: لقد اعترف المشرع الفرنسي بسلطة الفسخ للسلطة

المانحة وتمارس ضمن القسم 1 المعنون فسخ عقود الإمتياز من المرسوم 1075-2018، حيث نصت إمكانية الفسخ في حالة القوة القاهرة، وهذا طبقاً للمادة R3-3136، ثم منح المشرع الفرنسي إمكانية فسخ عقد الإمتياز من طرف السلطة المانحة في حالة ارتكاب خطأ جسيم، وكذلك بسبب المصلحة العامة، وطبقاً لهذه الأخيرة لصاحب الإمتياز الحق في التعويض وفقاً لما هو منصوص في العقد³، كما حدّد حالات الفسخ التي تلجأ إليها السلطة المفوضة، وهي حالة منصوص عليها في القانون وليس في العقد، حيث حملت المادة R4-3136 عندما يتم وضع المتعامل الاقتصادي، أثناء تنفيذ عقد الإمتياز، في أحد الحالات التي يتم فيها الإقصاء وهي حالات على سبيل الحصر كالذين لم يتمّ سداد تعويضات أو كانوا محل فسخ من قبل أو إستعملوا التزوير.. الخ

كما تلجأ السلطة المانحة لسلطة الفسخ في حالة وجود خطأ جسيم للإلتزامات المنصوص عليها في قانون الإتحاد الأوربي بخصوص قانون الإمتياز والتي اعترفت بها محكمة العدل الأوروبية في إطار الإجراء المنصوص عليه في المادة 258 من معاهدة عمل الإتحاد الأوربي⁴.

1 - CE, 4 juin 2014, Commune d'Aubigny-les-Pothées, req. n° 368895

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص ص 72-73.

3 - l'Art L3136-3 du décret n°2018-1075, op.cit « Lorsque le contrat de concession est un contrat administratif, l'autorité concédante peut le résilier : 1° En cas de faute d'une gravité suffisante du concessionnaire; 2° Pour un motif d'intérêt général, conformément aux dispositions du 5° de l'article L. 6. »

4 - l'Art L3136-5 du décret n°2018-1075, op.cit « Lorsqu'un contrat de concession n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de contrats de concession qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne

ويجوز للسلطة المانحة إنهاء عقد الامتياز عندما يتعدّر الإستمرار في تنفيذ العقد دون تعديل.¹

3-2 الفسخ في التشريع الجزائري: ولقد نصّ المشرّع على هذه السلّطة في حالات إنتهاء إتفاقية التفويض وفسّخها حيث نصّت المادة 62 من المرسوم 18-199 الفقرة 03 منه بأن تلجأ السلّطة المفوّضة إلى الفسخ من جانب واحد في حالة إستمرار صاحب التفويض في الإخلال بالتزاماته التعاقدية ودون تعويض للمفوض له، والجدير بالتنبيه على أنّ المشرّع أعطى حق الإعذار المفوض له ليفي بالتزاماته، ثمّ تدرّج إلى تطبيق الغرامات على صاحب التفويض، ثمّ الفسخ، ومنح من جهة حق الطّعن في حالة الفسخ أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات²، وهي حالات كرّست حقوق الطعن وحق توازن العقد.

الفرع الثاني: حقوق المفوض له والتزاماته التعاقدية

يُرتّب عقد تفويضات المرفق العام مجموعة الإلتزامات التعاقدية التي يتعيّن على المتعاقد القيام بها مقابل حقوق وجب للإدارة الإلتزام بها، وغاية المتعاقد هو الحصول على عوائد مالية جزاء تعاقدّه، تغطّي ما أنفقه مع هامش من الربح المعقول، سنتناول في هذا الفرع حقوق المفوض له (أولاً) مقابل إلتزاماته إتجاه السلّطة المفوّضة (ثانياً).

dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'autorité concédante peut le résilier. ».

1-- l'Art L3136-6 du décret n°2018-1075, op.cit « L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification qui méconnaîtrait les dispositions du chapitre V du présent titre. ».

2- المادة 63 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق "يمكن للمفوض للذي يعترض على قرار الفسخ أن يقدم طعناً لدى لجنة التسوية الودية للنزاعات، المذكورة في المادة 71 أدناه، في أجل لا يتعدى عشرة (10) أيام، ابتداءً من تاريخ استلام قرار فسخ الاتفاقية، الذي تم تبليغه إليه....".

أولاً: حقوق المفوض له مع السلطة المفوضة

تمتلك الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد، إلا أن هذا الأخير إعترف له القضاء بحقوق في مواجهتها، والقول بالعكس يؤدي إلى تراجع القطاع عن قبول التعاقد مع الإدارة، والتعاون معها في تنفيذ المرافق العمومية، والتخلص من مخاطر الإستغلال، كما أن إستغلال وإدارة المرافق العمومية أعباء مالية لا تضطلع عليه الإدارة وحدها رغم أنها ما تملكه من مقومات؛ لذا الإدارة ملتزمة بتحقيق وضمان كافة الحقوق للمتعاقد، وتأخذ حقوق المفوض له في مجموعة من طبيعة واحدة هي الطبيعة المالية، وإن كانت تختلف أنماطها وإجراءاتها، وحالاتها تبعاً لتعدد صور الحق.

وتتعدد صور حقوق المفوض له إلى مايلي:

-الحق في المقابل المالي؛

-الحق في التوازن المالي؛

-الحق في التعويض.

أ-الحق في المقابل المالي:

يُعدّ حق المقابل المالي من أهم حقوق المفوض له، بإعتبار أن هذا الأخير يسعى من خلال العملية التعاقدية إلى إسترداد أمواله مع هامش من الربح المعقول، وعلى خلاف المقابل المالي في الصفقة العمومية والمتمثل في السعر، فإن المقابل المالي في عقد تفويضات المرفق العام حسب التشريع والتنظيم المؤطر لنقنية تفويضات المرفق العام تتعدد أشكاله بين الأتاوى والتعويضات والتعريفات تبعاً لإختلاف وتعدد أشكال عقود تفويضات المرفق العام، فنجد ما نصّ عليه التنظيم الجزائري 18-199 من خلال عقد الإمتياز يتحصّل فيه المفوض على المقابل المالي المتمثل في الأتاوى، في حين المقابل المالي في عقد الإيجار يكون على شكل أجر، بينما في الوكالة المحفزة وعقد التسيير يتقاضى فيه المفوض منحة، ويضاف إليها منحة الإنتاجية أي حصة من الأرباح عند الإقتضاء، ويختلف المقابل المالي من تشريع إلى آخر.

1-تحديد المقابل المالي في عقود تفويضات المرفق العام: تتعدد التسميات المستخدمة

للمقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، فهناك من يستخدم إسم "البدلات"، والبعض

بمصطلح "التعريفة"، وقد يُطلق عليه البعض الآخر "الجعلات" أو "الأتاوى" أو "التسعيرة" أو "التعريفة"، أما المشرع الجزائري، وبموجب المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 210، والمرسوم التنفيذي 18-199 في المواد التالية 53، 54، 55، 56، منح إصطلاحات متنوعة للمقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له، حيث نجد الأتاوى كما هو في عقد الإمتياز والإيجار، والتعريفات والمنحة كما هو في عقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة، وبالعودة إلى المواد المحددة لهذا المقابل المالي نجد أنّ المقابل المالي المتمثل في الأتاوى يدفع لصاحب الإمتياز من طرف مستخدمي المرفق العام، بينما تدفع الأتاوى للسلطة المفوضة من طرف المرتفقين وليس مقابلا للمفوض له، كما هو في عقد الإيجار، فينقضى اجرا عن تحصيله الأتاوى على شكل منحة، في حين المقابل المالي المتمثل في التعريفات يُدفع للسلطة المفوضة في عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير، ويتقاضى فيهما المفوض له أجر على شكل منحة سنوية، تضاف إليها منحة الإنتاجية. وما يمكن ملاحظته على أنّ الأتاوى متعلقة بتكاليف الإستثمار التي يتكبدها المفوض له، وهي مرتبطة بما تحمّله المفوض له بإقامة المرفق العام وإستغلاله أو الصيانة مع إضافة إلى تعويضات من طرف السلطة المفوضة لتحقيق ربح معقول، ونجد ذلك واضحا في عقد الإمتياز والإيجار، بينما التعريفات نجدها مرتبطة دائما بالأجرة، فهي متعلقة بما تكبدته السلطة المفوضة من نفقات إقامة المرفق العام والإنجاز مع الإحتفاظ بالإدارة، والأجرة تمنحها للمفوض له، لتحصيله التعريفات لصالح السلطة المفوضة.

وتأسيسا على ماسبق تختلف الأتاوى عن التعريفات، من حيث تقدير قيمتها مع ثمن الخدمة المؤداة، فالأتاوى تُعبّر عن الثمن الحقيقي لقيمة الخدمة المؤداة من المفوض له، فهي تغطّي تكاليف تسيير المرفق العام مباشرة دون تدخّل من السلطة المفوضة، عكس التعريفات التي هي عبارة عن ثمن لتغطية تكاليف التسيير للمفوض له مع ضمان قدر من الربح¹.

ويُعرّف الأستاذ مروان محي الدين قطب التعريفات على أنّها "مبالغ يدفعها صاحب التفويض للسلطة المفوضة تقع على عاتقه مقابل حقوق محدّدة يتمتع بها أو مقابل نفقات تتكبدها السلطة

1 - ضريفي نادية، سلامي سمية، المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 840.

مانحة التفويض، كحقوق إشغال بعض أجزاء من الملك العام التي تمنح له من قبل السلطة المانحة¹.

وتُعرّف الأتاوى أنّها المبلغ الذي يدفعه مُستخدمي المرفق العام أو المنشأة العامة " بهدف تغطية تكاليف المرفق العام المحددة أو تكاليف إنشاء أو صيانة منشأة عامة، تجد مقابلها مباشرة في الخدمات المُقدّمة من قبل المرفق أو في استخدام المنشأة²، ويجب أن يكون هناك تناسب بين مبلغ الأتاوى والتكلفة الحقيقية للخدمة المُقدّمة للمستخدم³.

من خلال هذه التعاريف المُقدّمة للأتاوى والتعريفات نستنتج أنها تتميز بخصائص وهي:

- أنّها تُعطى تكاليف مرفق عام معيّن،

- تتناسب المبلغ مع الخدمة المُقدّمة؛

- أن تكون مقابل خدمة مؤدّاة؛

- أنّها خدمة مؤدّاة.

2-المقابل المالي وطرق ضبطه: ويُعتبر تحديد المقابل المالي إحدى الخصائص البارزة

لعقود تفويضات المرفق العام تكمن في حقيقة أنّه وبغرض النّظر عن الأطراف المتعاقدة في تحديده، يوجد عنصر آخر مُهم يجب أخذه في الاعتبار أثناء صياغة بنود العقد بشكل خاص بما يتعلق بالبنود المالية للإتفاقية؛ وهذا العنصر هو المُستخدمين، يجب أن يكون أجر المفوّض له، بشكل جوهري ناتج عن إستغلال المرفق العام المفوّض، وهذا يعني أنّ هذا الأجر له مصدران: السلطة المانحة، ومُستخدمي المرفق العام، وبالتالي، يجب أن تأخذ البنود المالية هذا العنصر الخارجي للأجر في الاعتبار، فضلاً عن المُكوّنات الأخرى لهذا الأجر، وذلك لتمكين المفوّض له من تغطية تكاليفه وتحقيق الأرباح التي يسعى إليها.

وبناءً على ذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي، بأن تكلفة تشغيل خدمة الإنارة العمومية وصيانتها الروتينية تُشكّل نفقة منفصلة عن تلك المتعلقة بتوزيع الكهرباء للمُستخدمين، ونتيجة

1 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 496.

2 - Nicolas Guillet, **Redevance**, Dictionnaire d'administration publique (2014), pages 413 à 414.

3 - CE, 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, Rec. CE, p. 572.

لذلك، لا يُمكن أن تُضمّن تكاليف تشغيل خدمة الإنارة العامّة وصيانتها في الرّسوم التي يدفعها المستخدمون، وأشار إلى أن القرار الذي يتّص على فرض رسوم على المستخدمين دون أن تجد هذه الرّسوم مُقابلاً مباشراً في الخدمات المقدّمة مشوب بخطأ قانوني¹، وفي قضية عقد إمتياز توزيع المياه أحر، قام مجلس الدّولة بإلغاء البند الذي يتضمن الدّفع إلى السّلطة المانحة من قبل صاحب الإمتياز مبالغ لا علاقة لها بقيمة الخدمات المقدّمة من السّلطة المانحة، ولا سيما فيما يتعلّق بحقوق استخدام المرافق المّفوّضة، والإيجارات، ومختلف الرّسوم المُوجّهة لتمويل بعض المرافق الثقافية والرياضية، لأنّ هذه النفقات كانت تعكس على الرّسوم التي يدفعها المستخدمون². كما أشار إلى ذلك المشرّع الفرنسي في قانون الجماعات المحليّة في الفقرة 05 من المادّة L2-411³ يجب أن تكون مبالغ وطرق حساب رسوم الدّخول والإتاوات التي يدفعها المّفوّض له إلى الجماعة المّفوّضة مبرّرة في هذه العقود، وهي قاعدة أمرّة، فغياب التبرير يؤدّي على عدم شرعية دفع الاتاوى من طرف المُستخدمين أو المّفوّض له.

ويحدّد المقابل المالي في عقود تفويضات المرفق العام بمختلف الطّرق وفق ضوابط وهي:

1-1 تحديد المقابل المالي في العقد ودفتر الشروط: حدّدت المادّة 13⁴ من المرسوم

التنفيذي 18-199 بنود التي يحتويها دفتر الشروط وهو متكوّن من جزئين، الأول متعلّق بدفتر ملف الترشيح ويحتوى على البنود الإدارية العامة المتعلّقة بكيفية تأهيل المترشّحين، ومعايير الإختيار أمّا الجزء الثاني يُوجد فيه البنود الإدارية والتقنية، وأخيراً البنود المالية وفيها تحدّد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المّفوّض له، والسّلطة المّفوّضة، وكذلك ما يدفعه مُستخدمي المرفق العام عند الإقتضاء، ثمّ يدرج في العقد بعد إختيار المّفوّض له، والتفاوض عليه

1 - CE 31 juillet 2009 Ville de Grenoble, Société Gaz électricité de Grenoble (GEC) n° 296964 et 297318

2 - CE, 30 septembre 1996, Sté Stéphanoise des Eaux et Ville de Saint-Étienne, req. n° 156176.

3 - l'article L. 1411-2 du CGCT, Abrogé par Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 - art. 77, modifie Ordonnance n°2018-1074 - art. L3114-4 «Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions. Le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets.... ».

4. انظر إلى المادّة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

وهذا ما أشارت إليه المادة 48¹ من المرسوم 18-199 أعلاه بتحديد المقابل المالي في بيانات الإتفاقية، وأوجب المشرع الفرنسي في المادة L4-3114² من قانون الطلبات العمومية 1074-2018 على إدراج المبالغ وكيفيات حساب حقوق الدخول والأتاوى المدفوعة من طرف صاحب عقد الإمتياز إلى السلطة المفوضة، ويجب أن تكون مبررة في عقد الإمتياز، فالبنسبة للقاضي الإداري تعتبر قاعدة أمر، فغيابها من العقد يؤدي إلى عدم شرعية دفع الأتاوى.

1-2 تحديد المقابل المالي من طرف السلطة المفوضة والمفوض له: من خلال إستقراءنا للبنود المتعلقة بعقد تفويض المرفق العام يظهر لنا أنّ المقابل المالي من البنود التنظيمية واللائحية، قد يُحدّد بالنص القانوني وبالتالي لادخل لأطراف التعاقد فيه، وقد يكون من البنود اللائحية تنفرد الإدارة به دون إستشارة المتعاقد معها في تحديده، فقد تنفرد الإدارة بتحديد المقابل المالي كحد أقصى، تاركةً مجال للمفاوضة مع المفوض له، لكن هناك حد لا يجوز للإدارة التنازل عنه.

وقد يُحدّد المقابل المالي من طرف المفوض له عند مرحلة المفاوضات مع لجنة اختيار وانتقاء العروض بين الحد الأقصى المُحدّد من طرف السلطة المفوضة، والسقف المسموح به للتفاوض، وذلك مراعاة لتغطية تكاليف الإستثمار التي سيتكبّدها المفوض له، وتحقيق هامش من الربح، أي ينعكس ذلك على حسن تسيير المرفق العام³.

ب- الحق في التوازن المالي:

إنّ فكرة السلطة العامة والمرفق العام بمعناها الواسع تقوم بتقييد القوة الإلزامية للعقود الإدارية إلى حد ما على حساب الشريك المتعاقد مع الإدارة، فالإلتزام بالتنفيذ الذي يتقل كاهل المتعاقد، يتم الحفاظ عليه حتى في الحالات التي تظهر فيها تغييرات كبيرة في العقد، فلا يمكن الإستمرار في العلاقة التعاقدية إلاّ إذا تمّ ضمان توازن معيّن بين الإلتزامات ومزايا الأطراف

1- انظر الى بيانات اتفاقية تفويضات المرفق العام، في المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.
2- l'Art L3114-4 du décret n°2018-1074, op.cit « Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante doivent être justifiés dans le contrat de concession. ».

3 - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 145.

المتعاقدة، سواء في مصلحة المرفق العام أو وفي مصلحة المتعاقد مع الإدارة، ويعبر عن هذا بمبدأ التوازن المالي.

ومبدأ التوازن المالي هو حالة العدل التي إرتضاها طرفا العقد وقت إبرامه، ومن حق المتعاقد مع الإدارة إذا إختلّ التوازن المالي للعقد أن يطالب بالتعويض لإعادته لحالته الأولى، فالمتعاقد مع الإدارة أقدم على إبرام العقد لتحقيق الربح، فإذا طرأت ظروف أثرت على هذا التوازن بين الحقوق والإلتزامات التعاقدية، فيجب تعويض المتعاقد لإعادة التوازن المالي للعقد حتى يتمكن من تنفيذ إلتزاماته، وهو أمر مفترض في كل العقود الإدارية حتى ولو لم ينص عليه في العقد وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة بإستمرار سير المرفق العام بانتظام وإطراد في أداء خدماته للمنتفعين¹. وتجمع الدراسات المتخصصة أنّ نظرية التوازن المالي نظرية قضائية محضة تعود للقضاء الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة في إظهارها من خلال قضية الشركة العامة الفرنسية للعبوات الكهربائية².

1 - عنصر المخاطر محور التوازن المالي للعقد: ويقضي هذا المبدأ في عقد تفويض المرفق العام أن يتحمل المفوض له في إطار إستغلال المرفق العام في الظروف العادية، الأثار الناتجة عن هذا الإستغلال، لا سيما من الناحية المالية، وعلى هذا النحو، يجب أن يأتي أجره عادة من نتائج الإستغلال المذكور، دون مساعدة مالية من المفوض، وقد إعتبرت إجتهادات القضاة أن الجزء من الأجر المرتبط بهذه النتائج يجب أن يكون كبيراً حتى يكون العقد بمثابة تفويض للمرفق العام³.

إذا كان هناك عنصر مركزي في تعريف العقود الإدارية، فإنّه بالضرورة سيكون معيار المخاطر، والتّمسك بمعيار المخاطر يظهر حقيقة التي تتعلق ببناء التوازن المالي للعقود وقبول المخاطر في تلك العقود، ومن خلال نظرية "المخاطر"، وجدت التعاريف الحديثة الأولى للتوازن المالي بين الإمتيازات والعقود الأخرى للإدارة، في بداية القرن العشرين، كانت نظرية المخاطر

1 - فتوح محمد الهنداوي، مرجع سابق، ص53.

2 - CE, 11 mars 1910, Cie générale française des Tramways, Lebon P. 216. concl. Blum.

3 - CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, rec. 137, Le Moniteur des TP 3 mai 1996, p.50.

تضع صاحب الإمتياز الملزم بتحمّل التكاليف المالية عند الأحداث المتوقعة أثناء تنفيذ العقد، ويتم نقل المخاطر المتعلقة بالمرفق العام إليه بالكامل بدلاً من الشّخص العام، ويوجد صلة وثيقة بين نظرية المخاطر، والتوازن المالي.¹

2- تطبيقات نظرية التوازن المالي في الظروف غير العادية: الفكرة الأساسية وراء هذه النظرية هي أنّ المتعاقد ملزم دائماً بتنفيذ التزاماته التعاقدية وأداء ما تعهد به، بغض النظر عن الظروف، فلا يحق له التوقف عن تقديم الخدمة بسبب إرتفاع الأسعار لبعض المواد، على سبيل المثال. كما أنّه من جهة لا يمكن تركه وحيداً يتحمّل هذا الضّغط المالي، لأن ذلك قد يؤدي إلى إفلاسه وإغلاق المشروع، مما سيؤثر على سير الخدمات العامّة وخدمة الجمهور، وسيؤخر تنفيذ المشروع، وهذا سيفرض في النهاية، الإعتراف بحقّه في التوازن المالي، وتطبيقات هذه النظرية تكون في الظروف العادية إستثناءً طبقاً لنظرية المخاطر الخاصّة بعقود الإمتياز المندرجة تحتها عقود تفويضات المرفق العام بالمعنى الأوربي، ويمكن أن تكون في الظروف غير العادية لعقود الإمتياز، إلّا أنّ الإعتراف المتعامل المتعاقد بحقّه في التوازن المالي في الظروف غير العادية يكون تحت ثلاثة نظريات وهي نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الإستثنائية، أو نظرية الصّعوبات الماديّة غير المتوقعة.

1-1 نظرية فعل الأمير وشروطها: ويقصد بفعل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصّادرة عن السّلطة الإدارية المتعاقدة تؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد وهذه النظرية هي من منشأ القضاء الفرنسي²

يحدث فعل الأمير عندما يسن المشرّع أو السّلطة الإدارية المختصّة أحكاماً تفرض، بداعي المصلحة العامّة، تميّز بالفعل السيادي، ممّا يجعل صاحب العمل عاجزاً تماماً ويضعه في عدم القدرة على أداء إلتزاماته، فهو ليس لديه أي قدرة على التدخّل في الوضع، كحالة قوة القاهرة، تجعله عاجزاً عن مواصلة تنفيذ الإلتزامات، إلى نهاية الفعل السيادي.

1 - Laurent Mallavaux, La définition de l'équilibre économique des concessions de service public, Lyon : THÈSE de DOCTORAT, droit public, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017, pp, 177-178

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 122.

ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري طبقاً لأحكام المادة 70 من المرسوم التنفيذي 18-199¹ المتعلقة بالتسوية الودية للنزاعات جاء فيها ما يلي " 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... " فيجب على السلطة المفوضة أن تبحث عن حل ودي الذي تظراً عند تنفيذ الإمتياز، لأن القاعدة تفيد الإلزام للسلطة المفوضة لأنها المتسبب المحتمل في عدم المفوض له في مواصلة التنفيذ، ونجد أيضاً في المادة 63 من ذات المرسوم² بفسخ من جانب واحد، فهنا أجاز المشرع الجزائري أن يرفع صاحب الإمتياز طعناً لدى لجنة تفويضات المرفق العام، للتحقيق فيه، في أجل لا يتعدى 10 أيام من تبليغه قرار الفسخ وتدرس اللجنة قرار الفسخ وتتخذ القرار المتعلق به في أجل 20 يوماً ويعتبر رأيها ملزم على السلطة المفوضة، وحسن ما فعل المشرع الجزائري إذ كرس مبدأ الطعن في قرارات السلطة المفوضة لتفادي عدم إستمرارية التنفيذ المتعلق بمبدأ سيرورة المرفق العام، والحفاظ على حقوق المتعاقدين في التوازن المالي.

كما نصّ ذلك المشرع الفرنسي أيضاً في المادة 6³ L من قانون الطلبات العمومية 2018-1074 إذا لحق بصاحب الإمتياز ضرر من خلال قرار تعديل العقد من طرف السلطة المفوضة أو قرار الفسخ⁴، فوجب التعويض، وبالتالي يكون الحق لصاحب الإمتياز بناءً على نظرية فعل الأمير، إلا أنه وخلافاً للمشرع الجزائري أنّ مراقبة تنفيذ العقد وإقرار مبدأ التوازن المالي يكون طبقاً للقواعد العامة وهو القضاء الإداري.

1 - انظر الى المادة 70 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

2 - انظر إلى المادة 63 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق، "يمكن للمفوض له الذي يحتج على قرار الفسخ أن يقدم طعناً لدى لجنة التسوية الودية للنزاعات... في أجل لا يتعدى عشرة أيام، ابتداءً من تاريخ استلام قرار فسخ الإتفاقية، الذي تم تبليغه له، وتردس لجنة الودية... ملف الطعن وتتخذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوماً...".

3 - l'Art L 6 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit « ... L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.. ».

4 - l'Art L3136-6 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit « L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification qui méconnaîtrait les dispositions du chapitre V du présent titre. ».

وتتمثل شروط هذه النظرية فيما يلي:

-وجود عقد بين المفوض له والسلطة المفوضة وهو من طبيعة العقود الإدارية، فالعمل المشروع صادر عنها والذي تسبب في اضطراب العقد يُثبتُه هذا العقد، فلو صدر عن جهة إدارة أخرى، فلا يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير، كما لا يمكن تطبيق هذه النظرية في العقود المدنية ولا محل لتطبيق هذه النظرية إلاّ بصدد منازعة تتعلق بعقد إداري¹

-أن يكون العمل الصادر عن الإدارة مشروعاً: غير مخالف للنظام العام، فإن كان غير مشروع جاز للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.²

-أن يكون العمل المشروع صادر عن الإدارة المتعاقدة: كان إتجاه مجلس الدولة الفرنسي يقضي بتطبيق نظرية فعل الأمير سواء كان العمل صادر عن الإدارة المتعاقدة أو من إدارة غير متعاقدة، إلاّ أنّ المجلس تراجع عن قراره السابق في حكمه الصادر سنة 1949 في قضية مدينة طولون، وأشار أنّه لاجمال لتطبيق هذه النظرية إلاّ بالنسبة للإجراءات والتدابير المتخذة من جهة الإدارة المتعاقدة.³

-أن يترتب عن هذه النظرية ضرر بالمتعاقدة: فالمسؤولية الناتجة عن هذه النظرية هي مسؤولية تعاقدية، فلا بدّ ينتج فعل الإدارة المتعاقدة ضرر فعلي للمتعاقدة، أن يكون الضرر واقعاً ومباشراً. ويكون خاصاً بالمتعاقدة، ولا يشترط أن يكون جسيماً أو يسيراً.⁴

2-1 نظرية الظروف الطارئة وشروطها ويقصد بها حدوث ظروف إستثنائية عند تنفيذ العقد لم تكن متوقّعة عند إبرامه، ولا يمكن دفعها، أدت إلى قلب موازين المالية للعقد، وإختلاله إختلالاً جسيماً وجعلت تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً للمتعاقد⁵، وتختلف عن نظرية فعل الأمير كون

1 -بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية دراسة مقارنة، المركز العربي

للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص195.

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 123.

3 --بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص196.

4 -المرجع نفسه، ص197.

5 -سعيد السيد علي، امتيازات الإدارة العامة، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019، ب ص.

هذه الاخيرة أنّ العملَ المتسبّب في الخلل المالي صدر عن الإدارة المتعاقدة، في حين الظروف الطارئة ليس للإدارة دخلاً في الحوادث التي قلبت موازين العقد، فهو حدث إستثنائي خارجي. وتجد أساسها في التشريع الجزائري من خلال المادة 70 من المرسوم التنفيذي 18-199، عندما تطرأ خلافات حول تنفيذ العقد بوجود حلول ودية، كالحالات الإستثنائية التي لم يتفق على حالة التعويض، كما نصّ القسم الثاني المعنون بأشكال التفويض على مستويات الخطر لكل نوع من العقد، وقد يتعرّض المفوض للمخاطر صناعية وتجارية تمس بإيرادات وأعباء الإستغلال، كما في عقد الإيجار والوكالة المحفزة، كما يتعرّض المفوض إلى حالة العجز كما في عقد التسيير، فأوجب على السلطة المفوضة بالتعويض.

أما المشرع الفرنسي فقد نصّ على الظروف غير المتوقعة صراحة عند وجود تعديلات ضرورية للعقد بسبب الظروف الطارئة وذلك في المادة L-13135¹، وبين المرسوم التنفيذي لقانون الطلبات العمومية 1075-2018 في المادة R5-3135² عندما يتطلب تحيين ومراجعة السّعر بسبب حدوث غلاء في أسعار المواد تجعل صاحب الإمتياز مرهقا مع صعوبة التنفيذ، وقد منح المشرع الفرنسي الحق لصاحب الإمتياز في طلب مراجعة وتحيين السّعر الموجود في العقد الأوّلي بالسّعر الحالي مع الأخذ بعين الإعتبار نسبة التضخم، وعلى العكس المشرع الجزائري لم ينص على بند تحيين ومراجعة السعر في عقود تفويضات المرفق العام، فقد خصّه للصفقات العمومية دون غيرها من العقود الإدارية، كما يمكن طلب تعويض طبقاً لهذه النظرية في حالة إدخال تعديلات ضرورية للعقد.

ولكي يتدخل القاضي في إعادة التوازن المختل للعقد عن طريق أعمال هذه النظرية، لابدّ من توفّر شروط التالية:

1 - l'Art L6 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit « 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues... »

2- l'Art R3135-5 du décret n°2018-1075, op.cit « **Le contrat de concession peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir. Dans ce cas, les dispositions des articles R. 3135-3 et R. 3135-4 sont applicables.** »

- أن تكون الحوادث إستثنائية وعامة، ويقصد به الحادث الذي يندر حدوثه خارج عن المألوف، أما صفة العموم فتعني لا يكون حادثاً خاصاً بعقد تفويض المرفق العام أو كإفلاسه، بل يكون عاماً شاملاً كالحروب والفيضانات، إنتشار الأوبئة أو قد تكون إقتصادية.¹

- أن تكون هذه الحوادث غير متوقّعة أي لم تكن في الحسبان صاحب الإمتياز عند إبرامه العقد مع السلّطة المفوضّة، ولا يمكن دفعها، ولذلك يجب على المتعاقد دراسة مشروع التفويض محل التعاقد جيداً قبل التعاقد، على السلّطة المفوضّة إتاحة جميع الوثائق المتعلقة بالعقد وحتى زيارة ميدانية مكان التعاقد، فإذا قصر في تحرّيه وكان في وسعه التبيّن الصعوبات وقت التعاقد فلا يمكن القول بأنّ هناك إختلالاً في التوازن الاقتصادي للعقد.²

- أن يكون الإلتزام مُرهقاً ومُمكنًا وليس مستحيلًا يُعدّ شرط الإرهاق المتعاقد مع إمكانية التنفيذ للعقد لضرورة سير المرفق العام بإنتظام وإطراد من أهم الشروط للحكم بأنّ هناك إختلال في التوازن المالي للعقد، ويكون الحادث الإستثنائي سبب خسارة فادحة للمتعاقد أرقهه في مواصلة تنفيذ العقد، ويتربّب على وجود نظرية الظروف الطارئة قيام السلّطة المانحة بمشاركة تحمّل عبء الخسارة التي لحقت بالمتعاقد؛ فتقدم الإدارة تعويضاً تعينه على مواصلة تنفيذه.³

1-3 نظرية الصّعوبات الماديّة غير المتوقّعة وشروطها⁴: ويقصد بها عندما يصادف المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته صعوبات ماديّة ذات طبيعة إستثنائية، لا يمكن توقّعها بالحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدّي إلى إرهاب المتعاقد في تنفيذ العقد، إذ لا يشترط أن تؤدّي هذه الصعوبات إلى جعل التنفيذ مستحيلًا، يكفي أن يكون التنفيذ مُرهقًا، ويتربّب على هذه النظرية إلتزام الإدارة بتقديم تعويضًا كاملاً للمتعاقد معها عمّا أحدثته هذه الصّعوبات، ولكي يستفيد المتعاقد مع الإدارة من تطبيق نظرية الصّعوبات الماديّة غير المتوقّعة يلزم توافر شروط وهي:

1 - ستار جبار البدري، مرجع سابق، ص 239.

2 - سعيد السيد علي، المرجع السابق، ب ص.

3 - ستار جبار البدري، المرجع السابق، ص 240.

4 - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 221-225.

- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية حيث ترجع هذا الصعوبات في الغالب ظواهر طبيعية كأن تكون الأرضية لبناء وإنجاز بناية من طبيعة صخرية مما يتطلب زيادة نفقات كأشغال الحفر وطول المدّة فهذا من قبل الصعوبات المادية التي لم تكن في الحسبان، وإذا كانت صعوبات تتعلق بظروف أخرى إدارية أو إقتصادية فلا مجال لتطبيق هذه النظرية؛

- أن تكون الصعوبات خارج عن إرادة المتعاقدين فلا يوجد أي دخل للإدارة فيها فإذا كان كذلك وجب تطبيق المسؤولية التعاقدية وإلزام بالتعويض، كما لا يوجد أي يد المتعاقد فيها وأن يُثبِتَ أنه لم يكن في وسعه توخّي تلك الصعوبات؛

- أن تكون الصعوبات غير المتوقعة عند إبرام العقد، فالصعوبة غير متوقعة وتكن مفاجئة، ويعتمد في مدى توقّع المتعاقد للصعوبات المادية من عدمه من تاريخ إبرام العقد؛

- أن تكون الصعوبات ذات طابع إستثنائي ويشترط ذلك الصعوبات غير عادية أو إستثنائية ولا تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرّض لها المتعاقد عند تنفيذ العقد.

ثانياً: إلتزام المفوض له مع السلطة المفوضة

إنّ تنفيذ العقد هو المرحلة التي يمرّ فيها المتعاقد بالمطلوب منه الوفاء بإلتزاماته بموجب شروط العقد؛ لذا يشكّل تنفيذ العقد، من حيث المبدأ، المرحلة التي تسمح بظهور آثار العقد، تترجم في الحقوق والإلتزامات، فهذه الأخيرة يحددها العقد في بنوده، ففي العقود الإدارية يوجد ثلاثة أنواع من الإلتزامات الأساسية: الإلتزام بضمان التنفيذ الشخصي للعقد، والإلتزام بالتنفيذ في الأجل المحددة، فضلاً عن الإلتزام بتنفيذ العقد وفقاً للمتطلبات موضوع العقد، وفي المقابل تلتزم الإدارة بدفع الأجر المتفق عليه بالطريقة المحددة مسبقاً، وتختلف هذه الإلتزامات باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد التفويض موضوع دراستنا إضافة إلى التنفيذ الشخصي نجد الإلتزام بمبادئ المرفق العام، والإلتزام بتحصيل ودفع الأتاوى والتعريفات.

أ- الإلتزام بالتنفيذ الشخصي لتنفيذ المرفق العام:

في العقود الإدارية، يتحمّل صاحب العقد مسؤولية تلبية الإحتياجات التي تم توقيع العقد من أجلها. وفي هذا الإطار، يجب عليه استخدام جميع الوسائل المادية والبشرية والمالية المتاحة لتحقيق ذلك. بالإضافة إلى ذلك، يجب عليه ضمان تنفيذ الخدمات التي إلتزم بها شخصياً، وطبقاً

لمبدأ الإعتبار الشّخصي ينبغي أن ألاّ يعفي عن نفسه أي جزء من إلّتزاماته، من خلال تكليف طرف ثالث تعاقدياً، يجب أن يكون مسؤولاً وحيداً عن تنفيذ المهمة المعطاة¹.

تعتبر الإعتبارات الشّخصية مهمة في إختيار الشريك المتعاقد لأنّ الإدارة ليست مهتمة بقدراته التقنية والمالية فحسب، بل أيضاً بسلوكه الشّخصي وجنسيته، وغيرها من الصّفات التي تتعلّق بالشّخص، وهذه كلّها إعتبارات تُلهم الإدارة عندما تستخدم سلطتها التقديرية لرفض مرشّح في المنافسة أو المنح، من أجل عدم إلّزام نفسها بتعاقد مع شخص تشك فيه²، ويعتبر الفقيه "جيز" قاعدة الإعتبار الشّخصي صالحة فقط لبعض فئات العقود الإدارية؛ لأنّ أساس هذه القاعدة يكمن في الصّلة التي تربط بين العقد والمرفق العام، يتعيّن إلّزامها بغاية الصّرامة في مجال عقد الإمتياز نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولّى شؤون إدارته.

إلاّ أنّه أجازت التشريعات بأحكام تسمح بإستخدام التنازل الجزئي عن العقد، متمثلاً في التعاقد من الباطن أو المناولة لتحقيق أهداف إجتماعية وإقتصادية، وتجدر الإشارة إلى أنّ إستخدام التعاقد من الباطن له دور مزدوج: فمن ناحية، فهو يعزّز قدرة المؤسّسات الصّغيرة والمتوسطة على الوصول إلى تنفيذ جزء من المرفق العام؛ ومن ناحية أخرى، يرتبط إستخدام التعاقد من الباطن، بطريقة أكثر ضمان، بتعزيز فرص العمل للأشخاص الذين يواجهون صعوبات في سوق العمل، ومكافحة البطالة، أو حماية البيئة³، كما يوجد التنازل الكلي عن العقد.

1 - التنازل الجزئي عن عقد التفويض: يوجد عدّة مُصطلحات عن هذا التنازل قد يطلق

عليه المُناولة أو التعاقد من الباطن أو التفويض الفرعي، أو الإمتياز الفرعي، لكن الفقه الفرنسي يرى أنّ مصطلح المناولة يخص الصفقات العمومية، أمّا في التفويض المرفق العام فيطلق على التنازل الجزئي التفويض الفرعي أو الإمتياز الفرعي، لكن لهما نفس المعنى إلاّ في المصطلح.

1 -Muhannad AJJOUR,op.cit, 427.

2 -Aiad SHWEKAT, *Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen Etude comparative*, Doctorat de l'Université de Toulouse, p247

3 - Muhannad AJJOUR,op.cit, 428.

وقد عرّف المشرّع الجزائري المناولة في المادة 60 من المرسوم 18-199¹، بأنها " تعني الإجراء الذي يعهد خلاله المفوض له لشخص طبيعي أو معنوي يُدعى "المناول"، بتنفيذ جزء من الاتفاقية المُبرمة بين السلّطة المفوضة والمفوض له، شريطة أن يتضمّن هذا الجزء من الاتفاقية إنشاء منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره، وذلك في حدود 40% من إنفاقية تفويض المرفق العام.

كما عرّفها المشرّع الفرنسي في القانون 75-1334² المتعلّق بالمناولة في المادة 01 منه بأنها "هي العملية التي يعهد من خلالها المقاول، بموجب عقد المناولة، وتحت مسؤوليته، إلى شخص آخر يسمّى مقاول من الباطن تنفيذ كل أو جزء من عقد العمل أو جزء من الصفقة العمومية المبرمة مع صاحب المشروع"

ويعرّف التفويض الفرعي بأنه "عقد يقوم بموجبه المفوض له بتكليف الغير بإدارة جزء من النشاط العام المفوض، مقابل تعويض يتم تأمينه بشكل أساسي من نتائج الإستغلال"³.

ويعني أن موضوع المناولة في التشريع الجزائري مُرتبط ولا يحدد عن موضوع العقد الرئيسي، ويتمّ تحديده بواسطة هذا العقد، أي أنّ يُنصّ عقد التفويض على حكم المناولة، وهذا ما نصّ عليه المرسوم التنفيذي 18-199 في المادة 61 منه⁴، ويبقى المفوض له في العقد الرئيسي المسؤول الوحيد إتجاه السلّطة المفوضة عن تنفيذ الجزء من عقد التفويض موضوع المناولة، كما أنّ اللجوء إلى المناولة يتوقّف في المبدأ على موافقة السلّطة المفوضة مُسبقًا، لا يحلّ المتنازل له محل صاحب التفويض، تبقى العلاقة التعاقدية بين صاحب التفويض الرئيسي والمناول، أمّا هذا الأخير ليست له علاقة مع السلّطة المفوضة، ولا يخضع للنظام القانوني لتفويض المرفق العام، ولا يشكّل عقد تفويض.

1 - انظر الى المادة 60 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2 -Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, www.legifrance.gouv.fr

3 -« un contrat par lequel un délégué de service public confie à un tiers la gestion d'une partie de l'activité de service public déléguée, moyennant une rémunération assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation » .

التعريف المذكور في إجابة لوزير بالمكلف بالجماعات المحلية، JO Sénat du 02/06/2011 - page 1470

4 - انظر إلى المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

أما في التشريع الفرنسي يمكن أن يصبح اللجوء إلى التفويض الفرعي إلزامياً على الحائز على العقد إذا كان قد فرضته السلطة المانحة للتفويض، وهذا في عقود إمتياز الأشغال العامة: بنص المادة L.6-1415¹ من القانون العام للجماعات المحلية، بفرض على المرشحين التعاقد من الباطن بالتنازل عن جزء لا يقل عن 30% من القيمة الإجمالية للأشغال التي تشكل موضوع العقد.

وبخلاف عقد إمتياز المرفق الذي أجاز فيه المشرع الفرنسي المناولة الجزئية، فقد نصت المادة L9-3114² من قانون الطلبات العمومية 2018-1047 على إمكانية المناولة في الحد الأدنى يحدد بموجب التنظيمات للقيام بأشغال أو خدمات موضوع عقد الامتياز، وقد حدّد النصّ التنظيمي 2018-1075 في المادة R5-3114³ الحد الأدنى بأنه لا يجوز أن يقل الجزء المتنازل عنه للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أو للغير عن نسبة 10% من القيمة الإجمالية المقدّرة لعقد الإمتياز، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري حدّد الحد الأقصى بـ 40% في موضوع التفويض، وهو إنجاز منشأة أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق أو لسيره. على خلاف المشرع الفرنسي الذي حدّد الحد الأدنى، وقد يكون تنازل كلي حسب نص المادة، كما أنه جعل في المقام الأول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والتي هي القلب النابض للإقتصاد، على خلاف المشرع الجزائري الذي جعلها في عقد التفويض الرئيسي.

2- التنازل الكلي عن عقد التفويض: التنازل هو تصرف قانوني يتمثل في تكليف المتعاقد

لطرف ثالث بتنفيذ العقد بشكل كامل، وهذا يعني أن طرفاً آخر يحل محل المتعاقد الأول ويصبح مسؤولاً عن تنفيذ العقد، وبالتالي، نحن أمام متعاقد وعقد جديد، يعني التنازل أن يتنازل المتعاقد

1 - art L1415-6 du CGCT, op.cit, « La collectivité territoriale ou l'établissement public local peut :1° Soit imposer aux candidats de sous-traiter à des tiers un pourcentage au moins égal à 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet du contrat ;... »

2 - l'Art L3114-9 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit, « ..2° De confier à des tiers une part minimale fixée par voie réglementaire de travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession.. »

3 - l'Art R3114-5 du ducrét n°2018-1075, op.cit, « En application de l'article L. 3114-9, la part des services ou travaux que le soumissionnaire doit confier à des petites et moyennes entreprises ou à des tiers ne peut être inférieure à 10 % de la valeur globale estimée du contrat de concession. »

الأصلي عن جميع الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد، وأن يحل طرف ثالث محلّه في تنفيذ العقد بالكامل.¹

وهذا التصرف يؤدي بلا شك إلى إزالة مبدأ الإعتبار الشخصي من العقد الإداري، والذي تجعله الإدارة وسيلة للتأكد من أنّ المصلحة العامة ستكون محل تفضيل. ولهذا السبب، يتفق الفقه على أن المتعاقد لا يمكنه القيام بهذا الإستبدال دون موافقة مسبقة من السلطة الإدارية، حيث يبدو أنّ التنازل دون هذه الموافقة سيقضي على التنفيذ الشخصي للعقد مع كل ما ينطوي عليه من تقييم للقدرات التقنية والمالية للمتعاقد، وبناءً على ذلك، لا يمكن للمتعاقد أن يتنازل كلياً عن العقد إلى طرف آخر ليس لديه هذه القدرات أو التي قد تكون شكوكاً في سمعته.²

وعدم التنازل الكلي للعقد لم ينص عليه صراحة في النصوص القانونية في التشريع الفرنسي وإلا يفهم من نسبة 10% موضوع التنازل الجزئي كحد أدنى، أنه يسمح إلى نسب قد تصل إلى تنازل كلي للعقد، إلا أنّ عدم التنازل الكلي قاعدة مكرّسة من قبل القانون والقضاء والإجماع الفقهي الفرنسي وبما أن الشرط المطلوب للتنازل هو موافقة الإدارة.

أما التشريع الجزائري فقد نصّت المادة 07 منه على عدم التنازل الكلي للتفويض، وأجاز التفويض الجزئي فقط، حيث لا يمكن للمفوض المستفيد من التفويض أن ينقله إلى شخص آخر. ومع ذلك، إذا كانت هناك متطلبات تسيير تفرض ذلك، فيمكن للمفوض اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الحصول على موافقة صريحة من السلطة المفوضة. ولا يمكن، في جميع الحالات، أن يكون المرفق العام المخصّص للمفوض له موضوع مناولة بصفة كلية.³

ب- الإلتزام المفوض له بإحترام المبادئ العامة لتفويض المرفق العام:

تتميز عقود تفويض المرفق العام كونها عقود طويلة المدّة نسبياً، ممّا يعني أنّ ثبات مضمونها قد يتعارض مع مبدأ قابلية تغيّر المرفق العام الذي يتطلّب التكيف مع التطوّرات مثل

1 - Aiad SHWEKAT, op.cit,p,256.

2 - IBID,p256.

3 - انظر الى المادة 07 من المرسوم التنفيذي 18-199.

التطور التكنولوجي أو البيئي. ومن جهة أخرى، فإنّ هذه الإتفاقيات تتضمن، بشكل عام، مهام متعدّدة، والمهام التي يتحمّلها المفوض له، ممّا يتطلّب في بعض الحالات تمديد مدّة التنفيذ لمراعاة الظروف الجديدة، وعليه يلتزم المفوض له بإحترام مبدأ التكيف مع المتطلّبات الجديدة، فيجوز للإدارة تعديل العقد من جانب واحد إستجابة لهذا المبدأ، وعلى المفوض له الإلتزام الشخصي لهذا التعديل على مضمون العقد، كما يمكن للطرف الثالث خارج العلاقة التعاقدية وهم مستعملي المرفق العام أن يحتجّوا على نوعية الخدمة غير المتوافقة مع التطوّرات الجديدة أو الإعتراض على سعر الخدمة.

على المفوض له إحترام مبدأ سيرورة الخدمة، وهذا يعني إحترام أجال التنفيذ بدون إنقطاع في الخدمة إلاّ حالات مبرّرة قانوناً، كما له إحترام مبدأ المساواة بين مستعملي المرفق العام

ج- الإلتزام بتوفير البيانات والتنفيذ المالي للسلطة المفوضّة:

ألزم المشرّع الجزائري المفوض له بتقديم البيانات، وهي عبارة عن تقارير دورية في إحترام الأجال والكيفيات المنصوص عليها في العقد¹، في حين أنّ المشرّع الفرنسي ألزم صاحب الإمتياز علاوة على ذلك بتقديم البيانات وقواعد البيانات التي تمّ جمعها أو إنتاجها أثناء إستغلال المرفق العام موضوع العقد، والتي تكون ضرورية لتنفيذه، إلى السلّطة المانحة، في شكل إلكتروني، بواسطة نظام معالجة آلي، ويُعدّ في ذلك تقريراً يتضمّن بصفة خاصّة الحسابات التي تعكس جميع العمليات المتعلقة بتنفيذ عقد الامتياز وتحليلاً لجودة الأشغال أو الخدمات، من شأنه أنّ يمكن السلّطة المانحة من تقييم ظروف تنفيذ المرفق العام.²

أمّا من جانب التنفيذ المالي من طرف المفوض له يلتزم المفوض له بتحصيل ودفع الأتاوى والتّعريفات لجهة السلّطة المفوضّة، كما هو منصوص عليه في العقد³، طبقاً لحالات وكيفيات

1 - أنظر الى المادة 82 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2 - l'Art L3131-2 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit « Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution... ».

3 - انظر الى المواد 53-54-55-56 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

وأجال الدّفع المدرجة في العقد المبيّنة في البيانات الإلزامية التي يجب أن تحتويها إتفاقية التفويض وهذا ما نصّت عليه المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199¹، في حين أنّ التنفيذ المالي في التشريع الفرنسي نصّ عليه في القانون 1074-2018 المتعلّق بالطلبات العمومية على أن يقوم صاحب عقد الإمتياز المُبرم مع الدّولة أو الجماعات المحليّة أو المؤسّسات العامّة بتقديم فواتيرهم بشكل إلكتروني، وتنشئ الدّولة بوابة إلكترونية تدعى في صلب النص "البوابة العامة للفوترة"² توفّر حلول مشتركة، لتمكين إيداع وإستقبال وإرسال الفواتير بشكل إلكتروني.³

كما يُلزم على صاحب الإمتياز إحترام أجال الدّفع المنصّوص عليه في القانون التجاري الفرنسي⁴، وهذا يدل على أن تقنية التفويض لا تنفذ طبقاً للنص القانوني المنظّم لها وحده، بل تتداخل نصوص قانونية أخرى لهذه التقنية على خلاف المشرّع الجزائري الذي أسندها إلى النص القانوني المنظّم لها، وهو المرسوم التنفيذي 18-199.

الفرع الثالث: الآثار عند التنفيذ المترتبة لجهة مستعملي المرفق العام

إنّ صاحب الإمتياز مسؤول إتجاه المرتفقين، يجب عليه إدارة المرفق العام وفقاً لمواصفات دفتر الشروط، وتوفير المعلومات للمرتفق، والتأكد من إحترام القواعد المتعلّقة بتسيير المرفق والتي تتّصل بحقوق المستهلك، كما عليه إحترام المبادئ العامة للمرفق العام.

أمّا السّلطة المفوّضة، عند رغبتها في تفويض المرفق العام فعليها أن تأخذ بعين الإعتبار حقوق المرتفقين، حيث أنّ المبادئ التي كرّسها المشرّع لها صلة وثيقة بحقوق المرتفقين، كضمان معايير الجّودة والنّجاعة في تقديم الخدمات العمومية، وعليه فالعلاقة التعاقدية في عقد التفويض لا تخص أطراف العقد وحدهم، بل تمتدّ للعلاقة لتشمل طرف ثالث وهو المرتفق.

فبترتب عن تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام حقوق للمفوّض في مواجهة السّلطة المفوّضة

والمفوّض له.

1 - انظر الى المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

2- Portail public de facturation Articles L3133-6 à L3133-8 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit.

3 -voir les Articles L3133-1 à L3133-14 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit.

4 -voir l'art L441-10 du code de commerce,op-cit.

أولاً: حقوق مستعملي المرفق العام إتجاه المفوض له

يجد الأساس القانوني لحقوق المرتفقين في إمتداد العقد لغير المتعاقدين إستثناءً على مبدأ نسبية العقد، وقد حاول البعض أن يبرر ذلك بالإستناد إلى نظرية الإشتراط لمصلحة الغير الواردة في أحكام القانون المدني¹، ذلك أنّ السّلطة المفوضة تبرم العقد مع المفوض له؛ فهي تشترط لمصلحة مستخدم المرفق، ومن هنا تظهر حقوق المرتفقين، ومنها ماهي في مواجهة المفوض له، ومنها ما هي في مواجهة السّلطة المفوضة، حيث نجد:

-الإلتزام المفوض له بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشّروط الرّئيسية بخصوص إستخدام المرفق العام، لا سيما منها مبلغ الأتاوى أو التّعريفات وساعات العمل والمستفيدين المعنيين من المرفق العام، وقد يتدخّل في إعلام السّلطة المفوضة بتجاوزات المفوض له بخصوص عدم إحترامه للمبادئ العامّة للمرفق العام، وسوء إستغلاله للمرفق أو إهماله.

ثانياً: حقوق مستعملي المرفق العام في إتجاه السّلطة المفوضة

قد تتعدّى العلاقة إلى مواجهة السّلطة المفوضة، يتاح للمستخدم المرفق العام عدّة سبل قانونية: طلب إلغاء التنظيم الداخلي للمرفق العام الذي أصبح غير قانوني؛ طلب إصدار تنظيم جديد للمرفق العام بتطبيق النصوص التشريعية العامة، فيمكن للمستخدم أيضاً الإحتجاج بالإستناد إلى القوانين أو النصوص التشريعية، ولكن أيضاً بناءً على ظروف الوقائع، مثل تطوّر التقنيات والاحتياجات.

المطلب الثاني: إنتهاء العلاقة التعاقدية ونهاية عقد التفويض

وبصفة عامّة يتم إنهاء العلاقة التعاقدية من خلال أداء كل من الأطراف المتعاقدة لإلتزاماتها وفقاً لأحكام العقد المبرم. وبالتالي، يمكن أن ينتهي عقد التفويض سواء بتنفيذ موضوع العقد أو بانتهاء المدّة المحدّدة لهذا التنفيذ، أو بكلاهما معاً، ويمكن أيضاً أن ينتهي العقد خارج الحالات المذكورة سابقاً (الفرع الأول)، وهي حالات عادية، أمّا في الحالات غير العادية فتطرأ خلال التنفيذ

1 - خليل إيمان، حماية الغير في العقود، اطروحة دكتوراه قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2018-2019، ص82.

بعض الحالات، قد يتمتع أحد الأطراف المتعاقدة عن أداء (كامل أو جزئي) لإلتزاماته سواء من حيث موضوعها، أو من حيث الأجل المُحدّد أو المفروض لهذا الأداء بموجب العقد (الفرع الثاني)، ولمعالجة مثل هذه الحالات، فإن الإجراء الغالب هو منح الأطراف المتعاقدة حرّية التعاقد من خلال تضمين بنود في العقد تُحدّد العقوبات وقواعدها، بالإضافة إلى وسائل بديلة لتسوية النزاعات، يترتّب عنها مصير الممتلكات والتعويضات (الفرع الثالث)

الفرع الأول: إنتهاء العادي لعقد التفويض

تنتهي عقود تفويضات المرفق العام بنهاية طبيعية كتفويض موضوع أو مضمون عقد التفويض (أولاً) أو تنتهي بإنهاء الأجل المقرّر في القانون أو في التنظيم أو منصوص عليها في العقد وفقاً لمبدأ الحرّية التعاقدية (ثانياً)، وعليه تتقضي الرابطة التعاقدية.

أولاً: تنفيذ مضمون (موضوع) عقد التفويض

ينتهي عقد تفويض المرفق العام بتنفيذ موضوعه تنفيذاً كما هو مقرّر لبنود العقد، وقد يكون موضوعه في عقد الإمتياز إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات الضّرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله أو إستغلاله فقط، وباقي العقود بين التسيير والصيانة، فتحل الرابطة التعاقدية بوفاء كل طرف بإلتزاماته التعاقدية، وتقوم السّلطة المفوّضة بإبراء ذمتها فيما لديها من دفع المقابل المالي للمفوض له.

أمّا في التشريع الفرنسي فيوجد نوعين من عقد الإمتياز، الأوّل عقد امتياز الأشغال العامّة، والثّاني عقد إمتياز المرفق الذي يندرج فيه عقد إمتياز المرفق العام أو تفويض المرفق العام بالنسبة للجماعات المحليّة، فالأوّل موضوعه إستغلال وإنجاز الأشغال والمنشأة، أمّا الثّاني فموضوعه خدمات أو تسيير مرفق.

ويُقصد بمفهوم المنشأة "نتيجة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنيّة التي تهدف إلى تحقيق وظيفة اقتصادية أو تقنية". وبالتالي، فإنّ المنشأة هي النتيجة التي تمّ الحصول عليها عند الانتهاء من أشغال البناء أو إعادة الهيكلة أو إعادة التأهيل لمبنى أو حتّى أعمال الهندسة المدنيّة، أمّا عقد إمتياز المرفق فموضوعه تقديم خدمات أو تسيير وإستغلال مرفق عام.

وعليه فإنّ تنفيذ موضوع تفويض المرفق العام، يختلف عن تنفيذ الصفة العمومية من حيث هذه الأخيرة يترتب عليها أحكام مالية متمثلة في مبلغ الضمان الذي تحتفظ به الإدارة للتأكد من حسن التنفيذ المتعامل المتعاقد، حتّى ترفع جميع التحفظات التي عاينتها الإدارة بعد التسليم المؤقت للمشروع ترفع اليد عن مبلغ الضمان بعد رفع تلك التحفظات؛ لتقوم الإدارة بإستلام النهائي للمشروع.

ثانياً: نهاية مدة العقد

ينتمي عقد الامتياز (تفويض المرفق العام) إلى فئة العقود طويلة الأمد التي يُعتبر الزمن فيها عنصراً أساسياً، فهي من العقود الزمنية، والتي عادةً ما تنتهي عند إنتهاء الوقت المحدد لتحقيقها، حيث تتولّى الإدارة فيها إسترداد المرفق بعد إنتهاء المدة المتفق عليها، ويختلف تحديد المدة في التشريع الفرنسي عنه في التشريع الجزائري، فالأول يتركه للسلطة المانحة، وعلى ضوء إسترجاع تكاليف الإستثمار وتحقيق عائد الإستثمار، بينما في التشريع الجزائري فقد حدّدها بالنص كحد أقصى، ويختلف الزمن من عقد إلى عقد آخر ضمن تفويض المرفق العام¹، وقد ينتهي الزمن المحدد إلاّ أنّه ولضرورة المصلحة العامة تقررها السلطة المانحة بإمكانية تمديد المدة بملحق لإنجاز إستثمارات تراها ضرورية أو لضرورة سير المرفق العام المعني.

الفرع الثاني: انتهاء غير العادي لعقد التفويض

نهاية عقود تفويضات المرفق العام تخضع لمجموعة متنوّعة من القواعد، وتنقسم إلى قسمين، فالأول يمثّل القواعد التي تحكم النهاية الطبيعية، والثانية تلك القواعد التي تنظّم النهايات المسبّقة لعقود تفويضات المرفق العام، فإذا كان عقد تفويض المرفق العام ينتهي كأصل عام بتنفيذ موضوعه أو إنتهاء المدة بإعتبارها من العقود الزمنية، وهو الوضع الطبيعي والمعتاد، فإنّها قد تنتهي قبل نهاية التنفيذ، فإنّ هذه الأخيرة تخضع لقواعد تنظّمها، سنتطرّق في هذا الفرع إلى القواعد المنظّمة لنهاية غير الطبيعية لعقد تفويض المرفق العام.

1 - انظر إلى المادة 54 التي تليها من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

أولاً: إنقضاء العقد بقوة القانون

وتلجأ السلطة المانحة إلى إجراء الفسخ بقوة القانون عندما يجد صاحب التفويض نفسه في عدم القدرة المطلقة على متابعة تنفيذ العقد، فهناك حالتان تبرران الفسخ بقوة القانون: وهي حالة القوة القاهرة التي تجعل صاحب الإمتياز في عدم قدرة مطلقة على متابعة تنفيذ الصّفقة العمومية أو عقد الإمتياز، لأسباب مستقلة عن إرادته وعوائق لا يمكن تجاوزها. والحالة الثانية وهو إختفاء صاحب الإمتياز (الوفاة، الإفلاس).

أ- القوة القاهرة:

بمعناها الواسع، الحالة التي يخلقها أي حدث لا يمكن التنبؤ به ولا يمكن التغلب عليه، ويكون مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، تسمّح للمتعاقد بالتحرّر من إلتزاماته التعاقدية، وتعفيه من المسؤولية، ويمكن أن يكون الإعفاء جُزئياً أو كلياً في جميع أنظمة المسؤولية. تُمكن المتعاقد من طلب إنهاء العقد أمام القاضي.

وعرّف القرار لدفاتر الشّروط التّموجية المتعلّقة بخدمات الإتصالات الإلكترونيّة للجمهور الخاضعة لنظام الترخيص في المادة الأولى منه: "القوة القاهرة": تعني كل حدث لا يقاوم، غير متوقّع وخارج عن إرادة الأطراف، لا سيما منها الكوارث الطبيعية أو حالة الحرب أو الإضرابات¹. ومن خلال التعريف يتبيّن لنا شروط لقبول حالة القوة القاهرة وهي:

- يجب أن يكون الحدث مُستقل عن إرادة الطّرفين: أي يجب أن يكون مستقلاً تماماً عن إرادة الطّرفين، ومن ذلك بعض الحالات التي قد يعترف بها على أنّها ضمن حالة القوة القاهرة، وقد لا يعترف بها، ومثال على ذلك الإضرابات، فقد لا يتحقّق فيها عنصر إستقلالية الحدث عن الأطراف، فوفقاً لإستنتاجات مُفوّض الحكومة في قضية شركة المراسلات البحرية أنّ: "الإضرابات الجزئية أو العامّة ليست بالضرورة، من وجهة نظرنا، تنفيذ العقد الذي يربط المقاول بصاحب العمل، لها طابع حدوث حالة قوة القاهرة، ينبغي في كل حالة، من خلال فحص الحقائق المتعلقة

1 - المرسوم التنفيذي 16-235 المؤرخ في 04 سبتمبر 2016 ينضمّن على الموافقة رخصة إقامة شبكات عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع (4G)، ج ر، ع52، الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2016.

بالقضية، التحقّ مما إذا كان الإضراب قد نشأ بسبب خطأ جسيم من المقاول، وما إذا كان بإمكانه تجنُّبه أو إيقافه، وما إذا كان قد شكّل عقبة لا يمكن تخطيها بالنسبة له في أداء مهمته.¹، ومن ذلك أيضًا السؤال الشفهي المنشور في الجريدة الرّسمية الفرنسية حول إضراب قصير المدى في مرفق البريد رقم 77941 - 2010/07/13 (لا يُعتبر حالة قوة قاهرة)².

- يجب أن يكونَ الحدث غير متوقّع في وقوعه : يجب أن يكون الحدث خارج عن كل التوقّعات عند إبرام العقد، يجب أن يكون الحدث غير قابل للتصوّر بشكل معقول من قبل المتعاقد في الوقت الذي تمّ فيه الإبرام³، كما إعتبر مجلس الدّولة الفرنسي الظروف الجويّة ليست من قبل حالة قوة قاهرة، إلا إذا كانت لها شدّة إستثنائية⁴.

- يجب أن يكون الحدث لا يُقاوم، ولا يتغلب على تأثيره: فالحدث الذي يجعل المتعاقد في حالة عدم قدرته المطلقة على تنفيذ العقد، هو الحدث الذي يكون عائقاً، ولا يمكن تخطيه في أداء إلتزامات المتعاقد⁵، وقد قدّرت محكمة الإستئناف الإدارية لمدينة نانت الفرنسية في قضية الشركة للتأمينات على نسبة الحدث الناتج عن العاصفة بإعتباره حالة من حالات القوة القاهرة، مع تسجيل نقائص في التنفيذ والإشراف على الأشغال من طرف المتعاقدين، وللتخفيف من حالة القوة القاهرة قدّرت المحكمة الخسارة بنسبة ثلثين بسبب قوة القاهرة وثلث بسبب المتعاقدين.⁶

1 - CE, 29 janvier 1909, « Cie Compagnie des messageries maritimes » « Compagnie générale transatlantique », n° 17614, n° 18028, n° 18041 « Selon les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu : « les grèves partielles ou générales n'ont pas nécessairement au point de vue de l'exécution du contrat qui lie l'entrepreneur au maître de l'ouvrage le caractère d'événement de force majeure. Il y a lieu dans chaque espèce par l'examen des faits de la cause de rechercher si la grève a eu pour origine une faute grave de l'entrepreneur, si elle pouvait être évitée ou arrêtée par lui, et si elle a constitué pour lui un obstacle insurmontable à l'accomplissement de sa mission. ».

2 - QE AN n° 77941 - 13/07/2010 (Défaillances du service postal et offre présentée hors délai, Question publiée au JO le : 04/05/2010 page : 4892.

3 - CE, 17 décembre 1926, Société des chantiers de l'Adour.

4 - CE, 20 décembre 1935, Discours, Rec. 1100.

5 - CE., 7 juin 1939., Pichol, Rec. p. 379

6 - CAA Nantes, 5 novembre 1998, Mutuelles du Mans Assurances, n° 94NT00398.

ولقد نصّ المُشرّع الجزائري على إدراج بند القوة القاهرة في البنود الإلزامية لإتفاقية التفويض، وبيان كيفية تنفيذها، وإعتبر القوّة القَاهرة حالة من حالات الفسخ، التي يمكن للسُلطة المفوضّة إنهاء العقد بسببها غير أنّه بدون أي تعويض للمفوض له¹.

وإعتبر المُشرّع الفرنسي أيضًا حالة القوّة القَاهرة من أسباب إنهاء العقد، وذلك ما نصّت عليه المادة 3136-2 من قانون الطلبات العمومية 1074-2018 سالف الذكر بإمكانية السُلطة المانحة للإمتياز فسخ العقد بسبب حالة القوة القاهرة²، غير أنّ التعويض فيمكن أن يُنص عليه في العقد، فالتعويض المحتمل لن يكون إلاّ عن الخسائر التي تكبّدها صاحب الإمتياز والتي تعزى إلى حالة القوة القاهرة، بإستثناء أي تعويض آخر.

وتعتبر الإجتهادات القضائية الفرنسية بشكل ثابت أنّ القوّة القَاهرة لا تؤدّي إلى حق التعويض لصاحب العقد، بإستثناء الخسائر الماديّة التي يتكبّدها نتيجة للحدث المؤدّي لقوة القاهرة، ووفقًا للتوضيحات التي قدمتها إدارة الشؤون القانونية في وزارة الاقتصاد والمالية في النقطة 8 من ورقة الأسئلة والأجوبة حول تداعيات الأزمة الصحية لوباء كورونا على الطلب العمومي بإعتبار هذه الأزمة حالة من حالات القوة القاهرة، فيمكن للمتعاقد أن يعوّض عن الخسائر التي تسببت فيها القوة القاهرة، والتعويض عن مدّة تنفيذ العقد من وقوع الحدث الإستثنائي إلى الفسخ الفعلي للعقد طبقًا لنظرية الظروف الإستثنائية³، إلاّ أنّه لا يعوّض عن تراجع الرّيح أو نقص الأرباح⁴.

ب- وفاة المفوض له وحالات أخرى:

ولمّا كان مبدأ الإعتبار الشخصي جوهر عقود الإمتياز، وأنّ التعاقد في الإمتياز الذي أسّس على الإعتبارات الشخصية، فوجب أن يكون الإلتزام بالتنفيذ شخصيًا، وإذا زال شخص المتعاقد بالوفاة يفسخ العقد وينهى عقده، لأنّ الإدارة إختارته بناءً على شخصه، فلا يمكن تطبيق أحكام

1 - المادة 63 الفقرة 02 ".... كما يمكن للسُلطة المفوضّة اللجوء إلى فسخ إتفاقية التفويض، من جانب واحد، في حالة قوة الظروف القاهرة ودون أي تعويض للمفوض له."

2 - l'Art L3136-2 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit « L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession en cas de force majeure ».

3 - CE, 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, req. n° 184722, à publier au Recueil Lebon.

4 - CE, 11 décembre 1991, Société niçoise pour l'extension de l'aéroport (SOPEXA), n° 81588, CE, 8 janvier 1925, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire, Rec. p. 28.

المادة 108 من القانون المدني¹ بخصوص وفاة صاحب العقد بأن ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام أي الورثة لمواصلة تنفيذ العقد، حتى في نص المادة ذاتها إستثنت إنصراف العقد عند طبيعة التعامل أو نص القانون بأن هذا الأثر لا ينصرف، وبالتالي يدرج مبدأ الإعتبار الشخصي في هذا الإستثناء، إلا أنه يبقى لسكوت النص وترجيح مبدأ الإعتبار الشخصي، قد يردّه ما إستقرّ عليه التشريع، خصوصاً أن مبدأ الإعتبار الشخصي عرف تقييداً وإختفاء في حالات، كما أن المشرّع الجزائري قد نصّ على إمكانية إنصراف أثر العقود بسبب الوفاة إلى الورثة لمواصلة تنفيذ العقد، وهذا ما نصّت عليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي 04-2417.²

كما أنه توجد حالات أخرى تؤدّي إلى الفسخ بقوة القانون من ذلك حالة الإفلاس، وذلك ما نص عليه المشرّع الجزائري في المادة 47 والتي أحالت إلى المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر المتعلقة بحالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وذكر منها: الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.³

ثانيا: نهاية العقد بسبب الفسخ

لقد سبقنا وأن تكلمنا في هذا الباب بإعتبار الفسخ إحدى السلطات التي تستعملها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وهي من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة، وهذه السلطة مسلّمة، بإعتبار أن الشخص العام وهو يدير هذه المرافق العمومية يسعى من خلال ذلك تحقيق المصلحة العامة، ويستجيب لإحتياجات الجمهور المتنامية من خلال العقود الذي يُبرمها هذا الشخص العام، فالعقد الإداري تربطه صلة وثيقة بالمرفق العام، إلا أنه تحدث حالات تجعل من تنفيذ العقد غير

1- المادة 108 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المادني المعدل والمتمم، ج ر، رقم 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975،

2- المادة 12 من المرسوم 04-417 يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج ر، ع 82 الصادرة بتاريخ 22 ديسمبر 2004 " يكون الامتياز شخصيا وغير قابل للتنازل يمكن أن يكون موضوع إيجار أيا كان شكله. ويكون مؤقتا وقابلا للإلغاء غير أنه في حالة وفاة صاحب الامتياز، يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال الامتياز حتى انقضاء الأجل شريطة إبلاغ السلطة المانحة الامتياز بذلك....."

3- انظر الى المادة 47 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

مجدي أو فائدة على سير المرفق العام، الأمر الذي يجعل الإدارة أن تتدخل لوضع حد لذلك، وهذا عن طريق الفسخ، وقد تطرأ حالات خارجة عن إرادة الطرفين وبدون خطأ من المتعامل، مما يضطر الطرفان إلى إتفاق ينهي العلاقة التعاقدية وذلك عن طريق الفسخ الإتفاقي، أو قد يضطر المتعامل الفسخ مع الإدارة عن طرق القضاء.

أ-الفسخ الإفرادي(من جانب واحد):

وأطلق مجلس الدولة الفرنسي على الفسخ في عقود الإمتياز بمصطلح الإسقاط، وخصّه بهذه العقود دون غيرها من العقود الإدارية، حيث يستعمل لفظ فسخ بالنسبة لمصطلح الإسقاط، وجرى العادة أن تحتوي عقود تفويضات المرفق العام، منها عقود الإمتياز شروطاً تبيّن فيه حق الإدارة في الفسخ، غير أنّه والمسلّم به أنّ الإدارة تملك هذا الحق حتّى ولو لم تنص عليه في العقد¹، ويعتبر الفسخ الإفرادي إحدى السلطات الخطيرة، فهو إمتياز فريد، ويمسّ بمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلاّ أنّه يبقى مبرّر بحالات تطبيقه ومن حالات الفسخ(الإسقاط) ما يلي:

1-الفسخ(الإسقاط) بسبب خطأ بلغ حد من الجسامة من طرف المفوض له: يمكن للسلطة

المفوضة القيام بفسخ العقد في حالة خطأ من المفوض له حتّى في حالة عدم وجود أي بنود في العقد تمنحه هذه الإمكانية، فإنّ السلطة المفوضة لديها الحق في فسخ العقد أحادي الجانب بسبب الخطأ وبدون تعويض، فإنهاء العقد بسبب خطأ المتعاقد يعتبر كعقوبة في ذاته تُسلّطها الإدارة عليه، فعندما يرتكب المتعاقد خطأً جسيماً أثناء تنفيذ العقد، ويتسبب إلى تعريض في تنفيذ العقد وضمان مصلحة الجمهور للخطر، نظراً لأنّ آثار الخطأ المرتكبة تكون ضارة لتحقيق هدف العقد الإداري، وهو تحقيق المصلحة العامّة، ويمسّ بمبادئ المرفق العام منها سيرورة المرفق العام؛ لذا كانت سلطة الفسخ من جانب واحد سلطة مبرّرة بالخطأ وجزاءه العقوبة التي تقرّها الإدارة ضد المتعاقد الذي عرض المرفق العام للخطر، وبهذا المعنى، يصبح الفسخ إجراء ضروري لضمان المصالح العليا التي يجب أن تكون أولى من المصالح الخاصة للمتعاقد.

1- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 117-118.

وتجدر الإشارة أن هذا الإجراء تتّخذة الإدارة ضد المتعاقد مع إقرار عدم تعويضه، وذلك ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة 62 من المرسوم التنفيذي 18-199 عند إستمرارية الإخلال بالتزامات التعاقدية من طرف المفوض له، وهي حالة من حالات الخطأ الجسيم، بعدم تعويض المفوض له، وحددت هذه المادة كليات تطبيقها عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، وهي من الإشكالات القانونية التي أغفلت عنها النصوص لتوضيحها خصوصاً أنه عقد مختلف عن باقي العقود الإدارية، وأنه طويل المدّة، وأنّ المفوض له يتحمّل مخاطر الإستغلال، وأنّ المفوض له قد إستثمر أموال معتبرة، فلو أنّه ارتكب خطأ جسيم، ما مصير الإستثمارات غير المهتلكة؟

في حين المشرّع الفرنسي، إكتفى بحق الإدارة بإستعمال الفسخ من جانب واحد وهذا ما نصّت عليه المادة L3-3136 من قانون الطلبات العمومية 1074-2018 " .. يمكن للسلطة المانحة، الفسخ في حالة وجود خطأ جسيم من جانب صاحب الإمتياز..."¹

بينما ترك حالات التعويض سواء بطلان العقد أو الفسخ إلى القاضي، ونصّ القسم الثاني من المواد L7-3136 إلى L10-3136 والمعنون بالـكـيفيات الخاصة بتعويض صاحب الإمتياز، على حالات التعويض،² ومنها حالة الإستثمارات عندما تقوم السلطة المانحة بإنهاء عقد الامتياز للأشغال أو المرفق العام قبل إنتهاء مدته الطبيعية، فإنّ لصاحب الإمتياز الحق في التعويض عن الضرر الذي تعرّض له نتيجة لإسترداد الممتلكات مُبكراً إلى أصول السلطة المانحة، بصفة مجانية، ولم تهتك بالكامل، فمثلاً في عقود التفويض يتضمّن جميع الإنجازات والإستثمارات التي قام بها المفوض له وكذا التجهيزات الضرورية لإقامة المرفق العام، وكذلك تعويضات العمال إذا

1- L'Art L3136-3 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit – « Lorsque le contrat de concession est un contrat administratif, l'autorité concédante peut le résilier : 1° En cas de faute d'une gravité suffisante du concessionnaire ; »

1° En cas de faute d'une gravité suffisante du concessionnaire ;

2 - l'Art L3136-10d u l'ordonnance n°2018-1074, op.cit « Lorsque la personne publique concédante résilie avant son terme normal le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public, le concessionnaire a droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens, à titre gratuit, dans le patrimoine de la personne publique s'ils n'ont pas été totalement amortis, dans les conditions suivantes :

1° Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, l'indemnité à laquelle peut prétendre le concessionnaire est égale à la valeur nette comptable des biens ;..... »

أنهيت عقودهم... إلخ، كما حكم مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض، وهذا ما كرّسته العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي في قضية الممتلكات المعادة للسلطة المفوضة بعد إنهاء العقد من جانب واحد، وفي حالة خطأ المفوض له، حيث أقرت بإستفادة المفوض له من تعويض يتعلّق بجزء غير مهتلك من قيمة الممتلكات¹.

1-1 إجراءات متّبعة: تعتبر إجراءات إنهاء العقد عن طريق الفسخ في عقود الإمتياز مّشابهة لتلك المتّبعة مع المتعامل المتعاقد في الصّفات العمومية، وذلك بوجود إعدار السلّطة المفوضة للمفوض له، قبل فسخ العقد ما لم يستبعد العقد مثل هذا الإجراء، وفي التشريع الجزائري يجب أن ترسل السلّطة المفوضة إعدارين للمفوض له لتدارك التزاماته الناقصة في أجل محدّد، إلّا أنّه لم يبيّن لنا المرسوم التنفيذي 18-199 إجراءات الإعدار وماهي البيانات التي يحملها، غير أنّ النظام القانوني لتفويضات المرفق العام إستوحى كثيراً من النصوص المطبّقة على الصفات العمومية، فهذه الأخيرة قد نص القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011² يحدّد البيانات التي يتضمّن الإعدار وأجال نشره، نصّ على إعدار المتعامل المتعاقد في الصفات العمومية والمخل بالتزاماته التعاقدية، حيث يتضمّن الإعدار البيانات التّالية تعيين المصلحة المتعاقدة، تعيين المتعاقد وعنوانه، تعيين الدقيق لموضوع الصّفقة ومراجعتها، توضيح إذا كان أول، أو ثاني إعدار، موضوع الإعدار، وعقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ، يجب أن يُبلّغ الإعدار برسالة موصّى عليها للمتعامل المتعاقد مع وصل إشعار بالإستيلام .
والمفيد التنبيه على أن السلّطة المفوضة قبل إستعمال سلّطتها في الفسخ، وبعد توجيه إعدارين، تتجه إلى فرض غرامة مالية على المفوض له كإجراء ما قبل الفسخ، فإذا إستمرّ المفوض له في الإخلال بالتزاماته التعاقدية تلجأ السلّطة المفوضة إلى إنهاء العقد من جانب واحد عن طريق الفسخ، وهو إجراء سليم لإعتبارات عقود التفويض المميّزة عن العقود الإدارية الأخرى كما تقدّم.

1 - CE, 20 mars 1957, Société des établissements thermaux d'Ussat-les-bains, n° 33114 ; CE, 20 octobre 2000, Société Citecable Est, n° 196553. 40 CE, 7 décembre 2012, Commune de Castres, n° 351752.

2 - قرار مؤرخ في 28 مارس 2011 الذي يحدّد البيانات التي يتضمّنها الإعدار وأجال نشره، ج ر، ع 24 الصادرة بتاريخ 20 ابريل 2011.

2-الفسخ(الإسقاط) من جانب واحد المفسّر بالمصلحة العامة: يمكن للإدارة، عقب ارتكاب المتعاقد خطأً جسيماً إنهاء العقد من جانب واحد، غير أنه، فإنّ هذه الحالة ليست الوحيدة التي يمكن فيها للإدارة إتخاذ هذا القرار من جانب واحد، بل يمكنها القيام بذلك في حالة عدم وجود أي خطأ، وهذا ما يُعرف بالإنهاء الأحادي دون وجود خطأ، وهذا مبرّر بالمصلحة العامة، حيث تتمتع الإدارة أيضاً بحق إلغاء العقود الإدارية من جانب واحد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وذلك حتّى في حالة عدم وجود بند تعاقدي في العقد، وتعويضاً عن هذا الحق.

ولقد نصّ المشرّع الجزائري على هذا الإجراء في المادة 64 من المرسوم التنفيذي 18-199 مايلي "... يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تويض المرفق العام، عند الاقتضاء، من جانب واحد، قصد ضمان إستمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقاً لبندود إتفاقية التفويض...".

ب-الفسخ الإتفاقي:

ويجد أساسه القانوني في التنظيم 18-199 أعلاه من ذلك ما نصّت عليه المادة 65¹ منه على إمكانية فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب إتفاق ودّي بين السلطة المانحة والمفوض له، ومن خلال النصّ أعلاه يتضح أن المشرّع الجزائري سمح للسلطة المفوضة بعد الإتفاق الودّي مع المفوض له أن تلجأ إلى الفسخ التعاقدية، ومن المؤكّد أن السلطة المفوضة ملزمة بتبرير موقفها في قطع العلاقة التعاقدية لا سيما أنّ الفسخ يأخذ الطابع الودّي، وأنّ المتعاقد لم يقصر في إلتزاماته التعاقدية.

الفرع الثالث: أيلولة ممتلكات المرفق العام

يسمح عقد تفويض المرفق العام للسلطة المفوضة، بأن تعهد لشخص خاص أو عام، يُسمّى المفوض له أو صاحب الإمتياز بتسيير مرفق عام، يمكن للمفوض له أن يكون مسؤولاً عن بناء المنشآت أو اقتناء الممتلكات الضرورية للمرفق. وعندما تنتهي هذه الإتفاقية، طبيعياً أو بسبب إنهاء مبكّر، قد تنشأ إشكالية حول مصير الممتلكات التي إستخدمت في إستغلال المرفق العام،

1- المادة 65 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

يتكوّن تفويض المرفق العام من ثلاثة أنواع من الممتلكات، وكل منها يخضع لنظام قانوني معيّن: الممتلكات المُعادة، والممتلكات المُستردّة، والممتلكات الخاصّة.

أولاً: أنواع الممتلكات المرفق العام

تنقسم الممتلكات الخاصّة بالمرفق العام المفوض إلى:

أ- الممتلكات الخاصّة:

تُعتبر الممتلكات الخاصّة تلك التي لا تكون ضرورية أو لازمة لتفويض المرفق العام، وعندما ينتهي العقد، يظل صاحب الإمتياز أو المفوض له مالكا لها.

ب- الممتلكات المُستردّة: (les biens de reprise):

هي ممتلكات التي تكون ضرورية لإستغلال المرفق العام، لكنها غير لازمة، وبالتالي، تظل ملكية للمفوض له، لكن يمكن للسّلطة المفوضّة إستردادها عند انتهاء الإتفاقية، ويعرّف الفقيه دي لو بادير الإسترداد بأنه إجراء منفرد صادر عن الإدارة أثناء تنفيذ العقد بغرض أنهائه قبل إنتضاء مدّته العاديّة، مقابل دفع تعويض للمتعاقد، وهو حالة تعود إلى السّلطة التقديرية للسّلطة المفوضّة مرتبّط بالمصلحة العامّة.¹

ج- الممتلكات المُعادة (les bien de retour):

تعرف على أنها تثبيّات ومنقولات، الضّرورية لإستغلال المرفق العام، تعود هذه الممتلكات إلى السّلطة المفوضّة بقوة القانون وبشكل مجّاني عند نهاية العقد، وتثار العديد من الأسئلة: هل يمكن تعويض المفوض له عن قيمة الممتلكات المُعادة التي لم تهتك بسبب الإنهاء المبكّر؟ هل يجب إعتبار الأصول التي إكتسبها المفوض له قبل توقيع العقد كممتلكات مُعادة؟ هناك قرارين حديثين، أجاب مجلس الدّولة على من خلالهما على هذه الأسئلة.

ثانياً: تعويض الممتلكات المُعادة في حالة إنهاء مبكر

ذكر مجلس الدّولة في حكم صادر له في 20 يونيو 2018، القواعد المتعلّقة بتعويض الأصول والممتلكات غير المهلكة في حالة الإنهاء المبكّر للعقد، وذلك في قضية مستشفى

1 - ستار جبار البدري، مصدر سابق، ص252.

"فالانسيان" لإنهاء العقد المتعلق بتوفير أجهزة السمع البصري، والاتصالات للمرضى، طلبت الشركة صاحبة التفويض تعويضاً من القاضي يتناسب مع القيمة غير المهلكة للأصول أو الممتلكات المعادة، رفضت المحكمة الإدارية هذا الطلب، مُعتبرةً أنّ شروط تفويض المرفق العام لا تسمح بتعويض مثل هذا، إلا أنّ مجلس الدولة لم يتبع هذا المنطق، من جانبه، إعتبر أنّ هذه الشروط لم تكن قابلة للتطبيق بما أنّ تفويض المرفق العام لم يصل إلى نهايته كما كان مقرراً أصلاً، وأنّ الأصول أو الممتلكات المعادة المعنية لم تُهتلك بالكامل، الخلاصة: يمكن تعويض المفوض له بقيمة الأصول المعادة غير المهلكة في حالة الإنهاء المبكر¹.

ثالثاً: حالة التعويض عن الأصول المعادة قبل توقيع عقد تفويض المرفق العام

صدر حكم آخر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 29 يونيو 2018، حدّد فيه نظام تعويض الأصول المعادة التي إقتناها المفوض له قبل توقيع عقد تفويض المرفق العام، وخلص إلى: عند انتهاء العقد، لا يمكن للمفوض له إستعادة الأصول المخصّصة للمرفق العام، حتى لو إقتناها قبل التعاقد، ومع ذلك، يمكنه طلب تعويض الجزء غير المهلك من هذه الأصول².

المبحث الثاني: وسائل الرقابة الممارسة وتأطير النزاعات، كآليات تفعيل تفويض

المرفق العام.

لا يقتصر نجاح عقود تفويض المرفق العام في الجزائر فقط على تحديد الآليات القانونية التي تضمن الإختيار المناسب للمفوض له، وتحديد نظام قانوني يضمن تنفيذها الفعال، بل يتطلب توفير العديد من الآليات القانونية من قبل السلّطة المختصة، لكي نتكلم عن فعالية تقنية تفويض المرفق العام.

ومن بين التحدّيات التي تواجه تقنية تفويضات المرفق العام أثناء تنفيذ العقد، هي تلك الوسائل وأشكال الرقابة الموجودة في النصوص القانونية، والتي لها سمتين مميزتين: الأولى هي أنّ ممارسة هذه الرقابة تهدف في إطار حماية واستخدام الامثل للمرافق العمومية؛ إلى تحسين فعالية التعاقد الإداري وضمان شفافيته، والثانية هي أنّ ممارسة هذه الرقابة قد تهدّد إستقرار

¹ -CE, 20 juin 2018, n°408507, <https://www.conseil-etat.fr/>.

العلاقات التعاقدية بين السلطات المفوضة والمفوض له، وفي بعض الحالات قد تؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، بسبب النزاعات التي تطرأ عليها، ما ينتج عنه دون تحقيق تلك الأهداف كما تقدم، ولتفعيل تنفيذ تفويضات المرفق العام، والنهوض بالمرفق العام الجزائري لابد من تشخيص النظام القانوني الرقابي، ونظام تسوية النزاعات وهذا بإجراء مقارنة مع الأنظمة التي عرفت فيها تقنية تفويضات المرفق نجاحًا.

المطلب الأول : الرقابة الإدارية على تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام

تخضع عقود تفويضات المرفق العام التي تُبرمها السلطات المفوضة للرقابة الإدارية قبل دخولها حيز التنفيذ وأثناء تنفيذها وبعده، ويتم ممارسة عمليات الرقابة على هذه العقود في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية، وتمارس إما قبلية أو أثناء تنفيذ العقد أو بعدية، وقد تتنوع بين الطابع الإداري والقضائي.

وتعتبر هذه الرقابة إلزامية على السلطة المفوضة وليس خيارًا تلجأ إليه بحريتها، وهي أنواع كما تقدم، وتهدف عمليًا إلى تحديد أخطاء الإدارة المتعاقدة، خاصة تلك الناتجة عن عدم إحترام قواعد المنافسة، وتحفيزها على تجنبها مستقبلاً لتحسين أدائها التعاقدية، والتأكد توافق العقود المبرمة مع نتائج التقارير المصیغة في هذا المجال، وفي هذا الصدد، يؤكد البروفيسور براكوني إلى أن "تدخل الهيئات الإدارية المختلفة هو تحسين التحليل الاقتصادي للمشتريات العمومية وكشف انتهاكات قواعد إبرام الصفقات العامة".¹

الفرع الأول: الرقابة قبلية لعقود تفويضات المرفق العام

وتتجسد هذه الرقابة بين رقابة داخلية وخارجية، فالأولى تمارسها لجنة إختيار وإنقاء العروض، والرقابة الخارجية تتمثل في رقابة لجنة تفويضات المرفق العام، وتمثلان رقابة تقنية إدارية، سنرى في هذا الفرع مدى فعالية آليات الرقابة الخارجية في تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام، بمقارنة الأنظمة القانونية الداخلية المنظمة للصفقات العمومية، وكذا النظام القانوني المقارن في مجال الرقابة.

1 -Muhannad AJJOUR, op.cit , p459.

أولاً: لجنة إختيار وإنتقاء العروض

أحدث المشرع الجزائري في إطار الرقابة الداخلية القبلية لجنة تدعى في صلب النص "اللجنة إختيار وإنتقاء العروض" أسند إليها مهام، وهي محدّدة في المادة 77 من المرسوم التنفيذي 18-199، وهي مهام إدارية وتقنية لإنتقاء المترشّح بهدف تسيير المرفق العام، وتنشئ هذه اللجنة بمقرر من مسؤول السلطة المفوضّة، ويحدّد نظامها الداخلي، وتتكون من 06 موظفين مؤهلين بما فيها الرئيس يعيّنهم ذات المسؤول نظراً لكفاءاتهم لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد، زيادة على هذه التشكيلة يمكن للجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه بحكم كفاءاته أن تستعين به.

والتأكيد على الكفاءة من طرف المشرع هو معيار نُثني عليه بإعتبار عقود تفويضات المرفق العام من العقود الإدارية المعقدة إجرائياً تمرّ بمراحل معرّضة لعدم إستقرار العلاقات التعاقدية؛ لذا الكفاءة مهمّة ومطلوبة في هذا النوع من العقود لا سيما في هذه اللجان الرقابية، حيث تتطلّب مرحلة الإختيار من عمل تقني وإداري لا سيما عملية التفاوض تقتضي إتقان ومهارة الأعضاء، وينطوي على إحترازية ومسؤولية السلطة المفوضّة، سواء من الناحية الإجرائية أو السلوكية. ولذلك فإن سكوت النص، وغياب القواعد المحدّدة في شروط التعيين لمن شأنه يؤثّر على فعالية الرقابة، وبالتالي في الإختيار الشخص المناسب، وفي التنفيذ الجيد لعقد تفويضات المرفق العام.

كما أنّها لم تحدّد النصوص على آلية الإستعانة بأي شخص يساعد اللجنة بحكم كفاءاته ولم تحدّد مهامه، ومن هم الأشخاص ومن أي قطاع هل هم موظفي مؤسسات تُقدّم إستشارات فإذا كانت هذه الأخير، فكيف نوفّق بينهم وبين مبدأ سرّية المفاوضات الذي يقع على مسؤولية اللجنة؟ على غرار ما نص عليه في النص التنظيمي للصفقات العمومي 15-247، حيث حمل المشرع المسؤولية للمصلحة المتعاقدة عند إنشاء اللجنة التقنية لمساعدة لجنة الفتح وتقييم العروض¹، كما أنّ إنعدام الخبرة في هذا المجال راجع إلى حداثة النص المنظم لتفويضات المرفق العام، وغياب الجانب التطبيقي له.

1- أنظر الى المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

أ- مهام لجنة إختيار وانتقاء العروض:

منح المشرع الجزائري عدّة إختصاصات للجنة موزعة على مراحل تمرّ بها من أجل إقتراح المترشح الذي تم إنتقائه لتسيير المرفق العام، وتتعدّد المهام بين العمل التقني والإداري على غرار ما خصّه المشرع الفرنسي للجنة الإمتياز، وقد حدّدت المادة 77 من المرسوم التنفيذي 18-199 تلك الإختصاصات عبر مراحل وهي:

1- **مرحلة فتح العروض:** وهي مرحلة أساسية في أنطلاق عملية فحص العروض، وتتولّى فيها على الخصوص فيها اللّجنة ما يلي:

- التأكد من تسجيل ملفات التعهّد أو العروض في سجل خاص، طبقاً لمبدأ تتبع الأطوار بتسجيل وتدوين كل الأعمال اللّجنة في هذا السّجل الذي يكتسي الحجية في توثيق الرّقابة، وهو سجل مرّقم وموقّع من طرف السّلطة المفوّضة؛

- تقوم اللّجنة بفتح الأظرفة تطبيقاً لمبدأ العلنية والشفافية وذلك بحضور المترشحين؛
- إعداد القائمة الإسمية للمترشحين أو المترشحين الذين تمّ إنتقائهم، حسب الحالة، وتاريخ وصول الأظرفة؛

- إعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل ملف التعهّد وكل عرض؛
- تحرير محضر عدم جدوى، عند عدم إستلام أي عرض أو أنّ العروض غير مطابقة لدفتر الشّروط، وهذا المحضر يوقّع من طرف كل الأعضاء الحاضرين في الجلسة؛

2- **مرحلة الإنتقاء الأولي:** وهي المرحلة التي تفحص فيه العروض من أجل الإنتقاء الأولي للعروض المقبولة وتبليغها للسّلطة المفوّضة للإشهار وتمثّل المهام التالية:

- دراسة الضمانات المالية والمهنية والتقنية للمترشحين، وكذا كفاءاتهم وقدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام حسب المعايير المحدّدة في دفتر الشّروط؛
- إقصاء ملفات التعهّد غير المطابقة للمعايير المحدّدة في دفتر الشّروط، وإعداد قائمة

المترشحين المقبولين لتقديم عروضهم وتبليغها للسّلطة المفوّضة للإشهار؛
- ويمكن تحرير محضر عدم جدوى عند الإقتضاء، يوقّعه كل الأعضاء الحاضرين في

الجلسة؛

3-مرحلة تقديم العروض المقبولة: تتم في هذه المرحلة ما قبل التفاوض التقليل عدد المرشحين للحصول على العروض المطابقة على دفتر الشروط، وكذلك حسب النقاط المحصل عليها لإنتقاء المترشحين القادرين على تسيير المرفق العام، ويقدمون ضمانات مهنية ومالية وتقنية وتمثل المهام فيما يلي:

-دراسة العروض التي تم إنتقاءها الأولى؛

-إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط، وإعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط، والمرتبة ترتيباً تفضلياً حسب عدد النقاط المحصل عليها؛
-تحرير محضر عدم جدوى عند الإقتضاء يوقعه جميع الأعضاء الحاضرين، ودعوة المرشحين الذين تم إنتقاءهم، كتابياً وعن طريق السلطة المفوضة، إلى إستكمال عروضهم بالوثائق الناقصة وفي أجل محدد يرجع إلى السلطة المفوضة.

4-مرحلة التفاوض والمنح: وهي مرحلة إرساء عقد التفويض للمترشح الذي تحصل على عدد نقاط في الترتيب الأول، وعليه تتمثل مهامها مايلي:

-دعوة المترشحين الذين تم إنتقاؤهم للتفاوض عن طريق السلطة المفوضة،
-التفاوض مع كل مترشح، كل على حدة، مع احترام البنود إتفاقية التفويض المنصوص عليها في المادة 48؛

-إعداد محضر المفاوضات على إثر كل جلسة تفاوض، وهذا طبقاً لمبدأ تتبع الأطوار لتوثيق المفاوضات عند كل هيئة رقابية تطلبها، وعندها تحرر اللجنة محضر يدون فيه قائمة العروض المرتبة ترتيباً تفضلياً.

-تقترح على السلطة المفوضة للمترشح الذي قدم أحسن عرض من حيث عدد النقاط المتحصل عليه، لتقوم السلطة المفوضة بمنحه التفويض.

وهذه المرحلة من المراحل الذي تجسد في مبدأ الإعتبار الشخصي، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتناول المفاوضات موضوع التفويض، وتتشابه هذه المرحلة مع ما نص عليه المشرع الفرنسي، فقط الإختلاف في الكيفيات والأجال كإسناد المفاوضات للسلطة المفوضة وإرساء قرار المنح.

ثانياً: لجنة تفويضات المرفق العام

أحدث المشرع الجزائري هيئة رقابية خارجية قبلية بعنوان لجنة تفويضات المرفق العام، تحدّد تشكيلاتها ونظامها الداخلي بموجب مقرر من السلطة المفوضة طبقاً لأحكام المادة 78 من المرسوم التنفيذي أعلاه، ما يميّز النصّ التنظيمي لتفويضات المرفق العام أنه أحدث هذه اللجنة، على خلاف التشريعات المقارنة في هذا المجال، وهو ما يعزّز مقتضيات الشفافية والمساواة، وحرية الولوج إلى الطلب العمومي، إضافة إلى تكريس حقوق الطّعن، هذه المقتضيات تكرس دولة القانون، والحكم الراشد.

أ-تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام:

بيّنت المادة 78¹ من المرسوم التنفيذي 18-199 أعلاه تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام بعنوان الولاية والبلدية، أمّا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيؤول اختصاص الإتفاقيات التي تبرمها إلى الجهة التي تمارس عليها الوصايا سواء الولاية أو البلدية، وتتكون من 06 أعضاء وهي:

1-بعنوان الولاية:

- ممثل عن الوالي المختص إقليمياً، رئيساً؛
- ممثلين (2) عن السلطة المفوضة؛
- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي؛
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية؛
- ممثل عن المديرية الولائية للأماكن الوطنية.

2- بعنوان البلدية:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيساً؛
- ممثلين (2) عن السلطة المفوضة؛
- ممثل عن المجلس الشعبي البلدي؛

1 -أنظر الى المادة 79 من المرسوم التنفيذي 18-199، المصدر السابق.

–ممثل عن المصالح غير المركزية للأملاك الوطنية؛

–ممثل عن المصالح غير المركزية للميزانية.

وعند إستقراءنا للتشكيلة أنه خصّها بالجماعات المحليّة (الولاية، البلدية) والمؤسّسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط، ولم يحدّد إختصاص إتفاقية تفويضات المرفق العام المُبرمة بنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 18-199، كما أنه لم يحدّد من هم الممثلين عن السّلطة المفوّضة في الجماعات المحليّة، هل هم موظفين تابعين للسّلطة المفوّضة أي الولاية والبلدية أم منتخبين تابعين لذات الهيئة؟ كما أنه يوجد فرق بين تشكيلة الولاية والبلدية من حيث العضو التابع للمديرية البرمجة والميزانية بعنوان الولاية، والعضو التابع للمصالح غير المركزية للميزانية بعنوان البلدية، وكلاهما تابعين لوزارة المالية، فالأولى هي مديرية البرمجة ومتابعة الميزانية تمّ أنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي 11-75 المؤرخ في 16 فيفري 2011¹ وتعمل تحت وصاية المديرية الجهوية للميزانية بوزارة المالية، والثانية مصالح الرّقابة الميزانية، وتعمل تحت سلطة المديرية الجهوية للميزانية، وينظّمها المرسوم التنفيذي 11-381 المؤرخ في 21 نوفمبر 2011². فلماذا المشرّع حدّد العضو في اللجنة الولائية من مديري البرمجة ومتابعة الميزانية، رغم أنه يوجد مصالح الرقابة المالية على مستوى الولاية، ثم أنّ المهام المسندة لكلا المصالح مختلفة؟

ثم أنّ عدد الأعضاء هو 06 فكيف يتمّ الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط والإتفاقيات وكذا الملاحق، إضافة إلى منح التأشيرات على الإتفاقيات هل بنظام الأصوات فإذا كان كذلك عند تساوي الأصوات ماهي الآلية لمنح التأشيرة أو الموافقة؟ بخلاف الصّفقات العمومية، فعند تساوي الأصوات فيعتبر الصوت الرئيس مرجحاً، ثمّ لم تُحدّد حالات رفض التأشيرة، ولم تُحدّد أجال منح

1- مرسوم تنفيذي رقم 11-381 المؤرخ في 21 نوفمبر 2011، المتعلق بمصالح الرقابة المالية، ج ر، ع64 الصادرة بتاريخ 27 نوفمبر 2011.

2- المرسوم التنفيذي 11-75 المؤرخ في 16 فيفري 2011، المؤرخ في 16 فيفري 2011، يحدد صلاحيات المصالح الخارجية للمديرية العامة للميزانية وتنظيمها وسيرها، ج ر، ع11، الصادرة بتاريخ 20 فيفري 2011.

والموافقة على التأشيرات، وآليات إجتماع الأعضاء للجنة لدراسة الملف، فالآليات عمل اللجنة لا يفي بالغرض بالمقارنة ما حظيت به لجان الصفقات العمومية.

ب- مهام لجنة تفويضات المرفق العام:

خصّ التنظيم 18-199 في المادة 81 منه مهام وإختصاصات المنوطة بها هذه اللجنة نذكرها مايلي:

-لموافقة على مشاريع دفاتر الشّروط المتضمّنة تفويض المرفق العام، والموافقة بمعنى التصديق على هاته المشاريع قبل منحها للمترشّحين بعد إنتقائهم الأوّلي لتقديم عروضهم، وتخضع هذه المشاريع إلى رقابة اللجنة، ومعاينتها طبقاً للنصوص التنظيمية المؤطرة لعقود التفويضات المرفق العام، ويجب على السلطة المفوّضة عند إعداد دفاتر الشّروط عليها أن تحترم المبادئ العامّة للطلبات العمومية ومبادئ المرفق العام بما يضمن النجاعة والجودة في الخدمة العمومية، وبما يضمن أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، كما حرصت التعليم رقم 06 تكييف دفاتر الشّروط التي تُعدّها السّلطات المفوّضة مع دفاتر الشّروط النموذجية الملحقة بالتعليم، هذا حرص الوزارة الوصّية على الجماعات المحليّة والمؤسّسات العمومية الإدارية التابعة لها بتقديم دفاتر تتماشى وروح التنظيم 18-199.

الموافقة على مشاريع إتفاقية تفويضات المرفق العام، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبّعة في إختيار المفوّض له، وهنا يفهم أنّ يقدم شكل الإتفاقية لأنّها تختلف حسب كل عقد سواء عقد الإمتياز أو إيجار، وكل عقد له معايير تختلف عن بعضها في إنتقاء المترشّحين، كما يفهم منها أيضاً لا تمنح التأشيرة إلاّ بعد الموافقة المؤسّسة على دراسة ملفات المترشّحين ومدى مُطابقتها لإجراءات إختيار عروضهم، بعدها تسلّم التأشيرة للمرشّح الذي رسي عليه العقد.

الموافقة على مشاريع ملاحق إتفاقيات تفويضات المرفق العام، وهنا تظهر سلّطة التعديل التي تمارسها السلّطة المفوّضة طبقاً لشّروط قد بينها سابقاً في هذه الباب، فهذه المشاريع خاضعة لرقابة لجنة التفويض، إلاّ أنّها إستثنت من التأشيرة، فقط الموافقة، وهنا لم يبين المشرّح الجزائري مدلول الشكلي للموافقة، هل هو توقيع، أم تداول للأصوات بين أعضاء اللجنة وتسجيل الأصوات، وبالتالي يعتبر أعضاء اللجنة موافقين على هذا أم ماذا؟ ما هي قوة الإلزام بين الموافقة والتأشيرة؟

منح التأشيرة لإتفاقيات تفويضات المرفق العام، وذلك نفاذ كل إجراءات الإبرام والإختيار والطعون المقدّمة، تمنح اللّجنة التأشيرة، لكن لم تحدّد آليات الرّفص والإجراءات المتّبعة كما في إجراء الصفقات العمومية.

دراسة الطعون المودّعة من قبل المترشّحين غير المقبولين والذين إحتجوا على قرار المنح المؤقت، ويعتبر الطّعن حق من حقوق المتعامل المتعاقد، وهو متعلّق بالمبادئ العامّة للطلّبات العمومية، ولا بدّ أن يشهر إعلان عن المنح المؤقت بنفس الكيفيات إعلان الطلب على المنافسة، ويحق كل مترشّح شارك في طلب على المنافسة أن يرفع طعناً لدى لجنة التفويض، وإذا ما رأّت اللجنة أنّ طعنا ما مؤسساً، تبّلع السّلطة المفوّضة وصاحب الطّعن بقرار معلّل، المنصوص عليه في المادة 42 من المرسوم التنفيذي 18-199¹، لكن السّؤال المطروح هل تستمر السّلطة المفوّضة في إختيار العرض الثّاني المدرج في قائمة المرتبين ترتيباً تفاضلياً، وهل يشهر المنح المؤقت بعد الإختيار، هذه الإشكالات لم يجب عليها المرسوم، على خلاف تنظيم الصفقات العمومية، لذا يمكن القول أنّ موضوع إجراءات الإبرام والرّقابة في عقود التفويضات المرفق العام لم يحظى بتأطير جيّد ما حظي به في الصّفقات العمومية، رغم التّبني الواضح لإجراءات الصّفقات العمومية في عقود تفويضات المرفق العام.

ثالثاً: الرّقابة المالية

نصّ المرسوم الرئاسي 15-247 على أنّ تفرض التأشيرة الشّاملة التي تسلّمها لجان الصّفقات العمومية على المراقب المالي²، كما إعتبرها المرسوم الرئاسي ضمن آليات الرّقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية، وتتمثّل في شخص المراقب الميزانياتي، وهو عون من أعوان الرّقابة السّابقة على النفقات العمومية مُعيّن بقرار من الوزير المكلف بالمالية³، يصنّف ضمن الوظائف العليا، ويكّلف بتنفيذ كل مهام الفحص والرّقابة طبقاً للتّشريع والتنظيم المعمول به، وتهدف رقابة المراقب الميزانياتي في مجال الصّفقات إلى التّحقّق من محتوى الملف الخاص

1- انظر المادة 42 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

2- غيرت اسم الوظيفة من مراقب مالي إلى مراقب ميزانياتي، أنظر الى المادة 23-07 المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، المؤرخ في 21 جويلية 2023، ج ر، ع 42 الصادرة بتاريخ 25 جويلية 2023، انظر ايضا إلى المادة 98 من قانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مصدر سابق.

3- المادة 11 من المرسوم التنفيذي 11-381، مصدر سابق.

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

بم شروع الصّفقة ومعاينته طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول به، وذلك لتسليم التأشيرة، وتعتبر تأشيرة لجنة الصّفقات العمومية في إطار الرّقابة السّابقة على مشاريع الصّفقات مُلزّمة على المراقب المالي، إلّا في حالة معاينة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية، وفي هذه الحالة، فعليه أن يعلم كتابيا هيئة الرّقابة الخارجية للصّفقات العمومية المختصّة¹.

ولا شك أنّ عقود تفويضات المرفق العام تخضع لتأشيرة المراقب الميزانياتي، وهي رقابة قبلية على مشاريع دفاتر الشروط والملاحق والصّفقات العمومية، بدليل أنّ المراقب الميزانياتي عضو في لجنة التفويض بعنوان البلدية وعضو في اللجان التسوية الودّية بعنوان البلدية، وقد يسلم التأشيرة أو يرفضها برفض معلّل، إلّا أنّها لم يذكر المرسوم التنفيذي 18-199 رقابة المراقب الميزانياتي، ولم يبيّن قيمة التأشيرة التي تصدرها لجنة التفويض في حالة رفضها من المراقب الميزانياتي من جانب تنظيمي، على غرار ما حظيت به لجان الصّفقات العمومية التي تفرض تأشيرتها على المراقب المالي والمحاسب العمومي إلّا ما خالف التشريع.

ودور الرّقابة الميزانياتية دور وقائي ورقابي توجيهي، وحسن ما فعل المشرّع لما أدرجه في لجنة تسوية النزاعات ولجنة التفويض، فيجمع بين الدور الرقابي وبالتالي تكريس الشّافية وتفعيل آليات الإبرام والتنفيذ الجيّد لعقود تفويضات المرفق العام، والدور الوقائي وبالتالي إستقرار وثبات العقود في مجال المنازعات.

الفرع الثاني: الرّقابة البعدية لعقود تفويضات المرفق العام

تمارس الرّقابة البعدية على عقود تفويضات المرفق العام عند دخولها حيّز التنفيذ، من طرف السّلطة المفوّضة صاحبة المرفق العام، وذلك بطبيعة عقود التفويض التي تمنح حق السّلطة المفوّضة بالإشراف والرّقابة جزئياً أو كلياً حسب صور عقود تفويضات المرفق العام.

أولاً رقابة السّلطة المفوّضة

منح المرسوم التنفيذي 18-199 السّلطة المفوّضة سلطة رقابية على عقد تفويضات المرفق العام، لضمان المتابعة المنتظمة والمستمرّة لتنفيذ المرفق العام.

1 - انظر الى المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

وتتخذ الرقابة البعدية صورتين رقابة بنفسها (أ) ورقابة بمستخدمي المرفق العام (ب).

أ- رقابة السلطة المفوضة بنفسها:

وهي رقابة مباشرة تمارسها السلطة المفوضة بنفسها، وتتخذ هذه الرقابة عدّة طرق من ذلك ما ذكرته أحكام المادة 82 من المرسوم 18-199 أعلاه وهي:

1- رقابة ميدانية: وهي رقابة تفتيشية في موقع المرفق العام المفوض من قبل السلطة المفوضة، للوقوف على مدى إلتزامات المفوض له من خلال إحترامه لمبادئ المرفق العام، ومدى انعكاس التقارير التي حرّرها المفوض له لمطابقتها مع الزيارة الميدانية للموقع. مع إتاحة كافة الوثائق التي تطلبها السلطة المفوضة سواء كانت مالية أو تقنية لتقييم الخدمة العمومية المنفذة¹

2- رقابة على التقارير الدورية: يلتزم المفوض لها بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة لهدف معرفة وإطلاع السلطة المفوضة كل ما يتعلّق بسير وإستغلال المرفق العام المفوض، مع معرفة مدى أداء الخدمة العمومية، وكذا التعريفات المطلوبة ومدى تناسبها مع الخدمة المؤدّاة.

3- رقابة عن طريق الإجتتماعات المنعقدة: فهي رقابة لا تقل أهمية عن سابقتها لكونها رقابة ومعالجة النقائص التي يمرّ بها المرفق العام المفوض، ففي هذا النوع الرقابي يجتمع ممثلوا السلطة المفوضة مع المفوض له بعد تزويد هذا الأخير السلطة المفوضة بكل التقارير والمستندات المتعلقة بسير وإستغلال المرفق العام، وتنعقد الإجتتماعات دورياً كل ثلاثة أشهر لتقييم نجاعة وجودة الخدمات العمومية المقدّمة مع إبقاء المفوض له على إستعداد مع تلك الإجتتماعات وبعد كل إجتماع تقوم السلطة المفوضة بإعداد تقرير شامل وترسله إلى السلطة المفوضة.

ب- رقابة مستخدمي المرفق العام:

وهي رقابة غير مباشرة تتمثل في الرقابة عن طريق مستخدمي المرفق العام؛ حيث منحهم المشرّع حق إطلاع السلطة المفوضة بكل تصرّفات المفوض له إتجاه المرفق ومستخدمي المرفق العام، ومن بين التصرفات هي:

1 - بوغنق سمير، مرجع سابق، ص 261

- 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، أو سوء إستغلال المرفق العام؛¹

وبهذا الحال تعين السلطة المفوضة فوراً لجنة تحقيق لإعداد تقرير بشأن هذه المسألة، وتتخذ جميع الإجراءات اللازمة لتصحيح الوضع.

ثانياً رقابة مجلس المحاسبة

يتم ممارسة هذا الرقابة بشكل رئيسي من قبل هيئات متمركزة لدى وزير العدل، ولكن من جانب إداري وليس قضائي كما هو الحال في التشريع الفرنسي، وهذا ليس الحال في الجزائر حيث يتم ممارسة الرقابة من قبل هيئات مستقلة أو إدارية، يركز التحكم في الحسابات على العمليات المالية التي تقوم بها السلطات المانحة، وبشكل خاص على الإعانات الممنوحة والتوازن المالي للاتفاقية، ففي فرنسا يوجد هئتين تمارس في مهمتها غير القضائية، مراقبة مزدوجة من الطابع الإداري والمالي، وهي الغرف الجهوية للمحاسبة، ومجلس المحاسبة

فالأولى تخولها عدة أحكام، فالمادة 21-8 من القضاء المالي التي تنص على أن الغرفة تدرس كيفية تسيير المرفق المفوض، والمادة 1411-18 من القانون العام للجماعات المحلية التي أدخلت إختصاصاً خاصاً للغرف، وفي إطار إختصاصاتها المتعلقة بالرقابة على تفويض المرافق العامة، يمكن للغرفة أيضاً أن تقوم بالتحقق من الحسابات التي يُعدها المفوض له للسلطة المانحة، وتمتد صلاحيتها أيضاً إلى جوانب المنافسة من خلال التحقق من الدراسة المُسبقة لاختيار التفويض، والمدة، ودرجة معرفة المفوض له بالنشاط، وحتى وسائل الرقابة المنصوص عليها في الاتفاقية.

¹ انظر الى المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

المطلب الثاني : سبل تكميلية للرقابة على عقود تفويضات المرفق العام وتفعيلها.

ولما كانت عقود تفويضات المرفق العام تتعلق بالمرفق العام الذي يشكل إحدى مصادر دخل الدولة من جهة، وتنصب حقوقاً والتزامات للأطراف من ناحية أخرى، فإنها عادةً تثير منازعات سواء أثناء عمليات الإبرام أو أثناء تنفيذها، وذلك عندما تتعارض مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعاقد معها؛ لذا من الضروري وضع نظام متكامل لتسوية النزاعات.

أولى المشرع الجزائري أهمية لتسوية النزاعات قبل اللجوء إلى القضاء، خصوصاً أن العقود الإدارية عامة، وعقود تفويضات المرفق العام خاصة، تتميز بطابع تنموي نظراً لإرتباطها بمشاريع الدولة، فوجب أن يُطبّق فيها نظام خاص بخصوص تسوية النزاعات بالطرق الودية، وأحكام مميزة، تتسم بالسرعة والفعالية؛ وذلك لضمان عدم تأخر مسار المشاريع أو تعطيلها، أو يطول تواصل النزاع وإمتداده، بما يؤثر سلباً على مبدأ الإستمرارية، ويتسبب في إلحاق الضرر بالمستفيدين من خدمات المرفق العام (الفرع الأول).

وإنّ فعالية، وسرعة تنفيذ مشاريع الدولة المرتبطة بالتنمية، وتحقيق المصلحة العامة في تقديم الخدمات العامة، يعزو أيضاً إلى آليات تكميلية متمثلة في الطرق البديلة لتكملة مسار التسوية الودية للنزاعات، وهذا كلّه لهدف التنفيذ الجيد بما يضمن تحقيق المبادئ العامة التي أُسس عليها المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آليات تسوية النزاعات كرقابة وقائية لتفعيل عقود تفويض المرفق العام

إنّ التهديد الحقيقي لإستقرار العلاقات التعاقدية أثناء تنفيذ العقد الإداري، يأتي بشكل أساسي من إمكانية إثارة أو يحدث نزاع في بعض البنود التعاقدية بين طرفي العقد، أو حتى العقد ككل أمام القاضي الإداري، فأولى المشرع الجزائري أهمية لتأطير النزاعات أوجب فيها طرفي العقد اللجوء إلى التسوية الودية للنزاع قبل اللجوء إلى القضاء، إلّا أنّه قد تؤول تسوية النزاعات بالطرق الودية إلى فشلها دون الوصول إلى حل وسطي يرضي الطرفين، فيتجه الطرف في العلاقة التعاقدية إلى القواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيمكن تقسيم النزاعات إلى ودية إدارية، والثانية نزاعات قضائية تعرض أمام القضاء بين التسوية والخصومة.

أولاً: تعزيز مبدأ التسوية الودية للنزاعات

أولى المشرع الجزائري أهمية للحل الودي للنزاعات أثناء التنفيذ، لأن مرحلة التنفيذ مرتبط بمبدأ هام وهو سيرورة المرفق العام في تقديم الخدمات للجمهور، فوضع نظام إداري يفي بتقديم حل ودي بين الطرفين لمواصلة تنفيذ العقد.

والجدير بالتنبيه أن المشرع أوجب اللجوء إلى التسوية الودية عن طريق هيئة منشأة من طرف السلطة المفوضة، حيث نصت المادة 70 من المرسوم التنفيذي 18-199 أعلاه بوجوب أطراف العلاقة التعاقدية (السلطة المفوضة والمفوض له) في حالة نزاع أو خلاف وهي حالة وجود تعارض في المصالح في تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام إلى البحث عن الحلول الودية، وذلك من خلال لجنة التسوية الودية للنزاعات، والمنشأة من طرف السلطة المفوضة بنص المادة 71 من المرسوم 18-199 أعلاه،

أ- القواعد والآلية القانونية للتسوية الودية:

وعلى خلاف ضوابط التسوية الودية في الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية، قد أولى البحث عن الحل الودي إلى المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد معها، وفي حالة عدم وجود الإتفاق فيعرض النزاع إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور سابقاً، في حين يعرض النزاع مباشرة إلى اللجنة في عقود تفويضات المرفق العام طبقاً لأحكام المادة 71 من المرسوم 18-199 اعلاه.

إن من أهم الوسائل والأحكام التي حملها المرسوم التنفيذي 18-199 أنه إستحدث بموجب نص المادة 71 من المرسوم أعلاه لجنة تدعى في صلب النص "لجنة التسوية الودية للنزاعات" لعرض النزاعات عليها الناجمة عن تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام، يعود إنشاء ذات اللجنة إلى السلطة المفوضة، ويعين أعضاها طبقاً لكفاءاتهم بمقرر من مسؤول السلطة المفوضة، وهم موظفين بإستثناء الذين لهم علاقة بإجراءات الإبرام، ومراقبة وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام، إحتراماً لمبدأ الشفافية والإبتعاد عن مظنة اي شبهة فساد، لأنها من حالات التنافي فلا يمكن أن يكون عضو من لجنة الإختيار وانتقاء العروض عضواً فيها لأنها من حالات التنافي، وتتشكل اللجنة طبقاً لأحكام المادة 71 اعلاه فيما يلي:

بعنوان الولاية :

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا؛
- ممثل عن السلطة المفوضة؛
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية؛
- ممثل عن المديرية الولائية للأماك الوطنية.

وبعنوان البلدية:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا؛
- ممثل عن السلطة المفوضة؛
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأماك الوطنية؛
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.

وتتناول دراسة النزاعات الناشئة عن تنفيذ إتفاقيات تفويض المرافق العامة المُبرمة مع مؤسسات العمومية ذات طابع إداري، ضمن اختصاصات لجنة تسوية النزاعات الودية التي تنشأ لدى السلطات التي تمارس الوصاية عليها.

وأجازت المادة 72 من المرسوم 18-199 اعلاه بإمكانية اللجنة أن تستشير أي شخص يمتلك الكفاءة والخبرة اللازمة لتوجيهها في أداء مهامها.

ومن خلال إستقراءنا للأعضاء اللّجنة كان من الأجدر أن ينصّ على حالات التتافي في العضوية بين لجنة إختيار وإنقاء العروض، ولا يطلق الحكم عامّة عن الموظفين الذين يشاركون في إجراءات الإبرام ومراقبة وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام، إذ أنّ المجالس المُنتخبة في الولاية أو البلدية تشارك في إجراءات الإبرام، والمراقبة الشرعية وتنفيذ العقود الإدارية عن طريق نظام التصويت لإعداد المُداولة، ولا بدّ أن يكون ممثل رئيس المجلس الشعبي البلدي مُنتخب، وليس معيّن، كما أنّه لم يحدّد من هم الموظفون هل هم تابعين للسلطة المفوّضة أم الهيئة المنتخبة؟

كما أنّ مُمثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية كل موظفيها أعوان يشاركون في مراقبة وتنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام.

أما إختصاصات ومهام اللجنة فتمثل فيمايلي: من خلال إستقراءنا للمواد 63 و 70 والمادة 71 من المرسوم التنفيذي 18-199 أعلاه¹، نجد أنّ إختصاصها العام هو دراسة النزاعات الناتجة عن تنفيذ إتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها، ومن بين حالات النزاعات التي تطرأ أثناء التنفيذ نجد قرار الفسخ من جانب أحادي، ومن هنا تثير هذه المواد الملاحظات التالية:

- يجب البحث عن الحلول الودية بين السلطة المفوضة والمفوض له، وهذا يُسهل عمل اللجنة، وقد يكون نزاع لا يوجد فيه حل ودي أي فشل الحلول الودية؛

- إنّ اللجوء للجنة، إجراء وجوبي يفرض على كل سلطة مفوضة معنية بتفويض المرفق العام، ويلزم كل مفوض له، قبل إحالة النزاع إلى القضاء؛

- إنّ لجنة التسوية الودية للنزاعات تتعلّق مهامها بالنزاعات التي تطرأ أثناء التنفيذ ولا يمتد إختصاصها إلى مرحلة الإبرام أو مرحلة ما بعد التنفيذ.

ب: الإجراءات المتبعة للتسوية للنزاعات أمام اللجنة:

أجازت اللجنة بنص المادة 73² من المرسوم 18-199 أعلاه على إمكانية عرض النزاع على اللجنة لكل من السلطة المفوضة والمفوض له، ويتولّى الطرف الشاكي إرسال تقريره لأمانة اللجنة مدعماً بالوثائق اللازمة بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل إستلام، وهكذا كفل المشرع للطرف الشاكي إتباع الخيار الذي يناسبه إلّا اللجوء إلى القضاء، فيجب أن يكون النزاع قد عرض على اللجنة، ويعيّن رئيس اللجنة قبلها مُقرراً من بين الأعضاء دوره تحليل الملف المعروض عليه من طرف الشاكي، ويُعرضه على الأعضاء، لكن لم يوضّح لنا المشرع الآليات المتبعة والكيفيات على خلاف ما نصّ عليه المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية، فالنص المنظم لآليات اللجنة في المرسوم قد أوضحت تقديم الشكوى، ويتولّى رئيس اللجنة دعوة الطرف الخصم، وتستمع اللجنة إلى طرفي النزاع مع تدعيم كل طرف بالوثائق لإفادة اللجنة في النزاع، وتفصل اللجنة في النزاع برأي معلّل يتخذه الأغلبية عن طريق نظام التصويت، وحدّدت

1 - انظر الى المواد 63 و 70 و 71 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

2 - انظر الى المادة 73 من المرسوم التنفيذي 18-199، مصدر سابق.

اللجنة أجل 30 يوماً بالمهمة المنوطة بها، وتبليغ قرارها لطرفي النزاع، مع إرسال نسخة إلى المصلحة المتعاقدة، كما تتولى هذه الأخيرة بتبليغ قرارها بخصوص رأي اللجنة في أجل أقصاه 08 أيام، وهذه الآلية لم تكن في المواد المنظمة لآليات التسوية الودية للنزاعات في المرسوم التنفيذي 18-199.

فقط إستعرضنا حالة في المرسوم 18-199 وهي حالة الفسخ من ذلك ما نصت عليه المادة 63 من المرسوم 18-199 في حالة الفسخ من جانب واحد، وهي حالة من النزاع طرأ أثناء مرحلة التنفيذ، وذلك يقع في إختصاص عمل اللجنة، وبحق للمفوض له تقديم طعن إحتجاجاً على القرار الفسخ في أجل 10 أيام من تاريخ تبليغ قرار الفسخ، وتدرس اللجنة ملف الطعن في أجل لا يتعدى 20 يوماً، هذا كل ما نص عليه المرسوم 18-199 بخصوص تسوية النزاعات التي تطرأ على اللجنة.

فلم يفصل المرسوم 18-199 أعلاه في الآليات كما فصل فيها المرسوم 15-247 اعلاه كما أنه لم يدرج الآجال في تسوية النزاعات، منها آجال مقرر اللجنة فدوره يحل الملف ويبيدي رأيه، لكن لم يحدد ذلك في هذا المرسوم، فقط حالة واحدة ذكرت الآجال وهي حالة الفسخ، حالة معممة على كل حالات النزاع، وهي مدة ضئيلة خصوصاً أنها مرتبطة بالحقوق والإلتزامات، ومرتبطة بإستثمارات معتبرة وأجال العقد الطويلة ومتعلقة بالمرفق، أين آجال رد الخصوم على ما إدعاه الشاكي؟، ولم يبين المرسوم آليات إتخاذ القرار هل هو بنظام التصويت، وإذا كان كذلك لم يبين آلياته، إضافة أنه لم يبين المرسوم طبيعة القرار الذي تصدره اللجنة هل هو إلزامي أم توجيهي للرأي؟ كما أنه لم يبين مآل الملف في حال فشل حل النزاع ودياً.

ج- محاسن عرض النزاع على اللجنة قبل اللجوء إلى القضاء:

نتمن إدراج هذه الآلية مبدئياً التي تميز بها المشرع الجزائري في معالجة قضايا الطلب العمومي المرتبطة بالتنمية وتطوير البنية التحتية للمرافق العمومية مع إشباع حاجات الجمهور بما يحقق الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، وهي مبادئ حديثة كرسها المشرع الجزائري خصوصاً أن حالة المرافق العمومية مهترئة مع تدني في مستوى الخدمات العمومية، والبطء في تنفيذها؛ لذا نرى أن إدراج هذه الآلية مازال يثير إشكالات قانونية كما بيّناه سابقاً، ولا زالت بعيدة

عن الغرض المطلوب منها مقارنة مع ما تم تناوله بخصوص اللّجنة في تنظيم الصفقات العمومية، وعليه سنبين محاسن هذه اللّجنة في معالجة نزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الطّلبات العمومية¹:

1- توفر اللّجنة في تشكيلتها على طاقم بشري هام من أصحاب الكفاءات في مجال الطّلبات العمومية، ولا سيما مجال عقود تفويضات المرفق العام وذلك ما نصّت عليه المادة 72 من المرسوم التنفيذي 18-199 أعلاه، حيث يعين أعضاء اللّجنة لكفاءاتهم في مجال عقود تفويضات المرفق العام، فكل سلطة من السلطات تقترح ممثل عنها من أصحاب الكفاءات تتنوع بين الجانب القانوني والفني والخبرة العالية لاشك أنّ النزاع إذا أحيل إليها فمن الراجح أن يجد النزاع حلاً له على يد هذه اللّجنة المتخصصة.

2- إنّ حسم النزاع بالطريقة الودية في حال توصل اللّجنة للحل الودي يترتب عنه تفادي عرض النزاع أمام هيئات القضاء بما يكلف ذلك من الوقت وطول الإجراءات وتبعات مالية جزاء ذلك ومن طول مدة الفصل نتيجة تعدد درجات التقاضي، فالحل الودي عن طريق اللّجنة يعود بالنفع للأطراف.

3- تقليص مدة دراسة النزاع بمقارنة مع النزاع في حال عرضه على هيئات القضاء، فالمدة المخصصة للفصل في النزاع هو 20 يوماً فقط.

ثانياً: السبل البديلة الأخرى لتسوية النزاعات

أصبح نشاط الجهات القضائية، يتميز ببطء في الإجراءات وتأخير في الجلسات القضائية والبت فيها، أدى ذلك إلى زيادة حجم القضايا وتراكم ملفاتها، مما أثر سلباً على فعالية الجهاز القضائي في أداء الدور المنوط به، ونتيجة لذلك، زادت الحاجة إلى وجود سبل بديلة تساعد الأطراف على البحث بسهولة في إيجاد الحلول المناسبة لنزاعاتهم، والمتتبع للتطور التاريخي الذي عرفه القضاء الإداري أنّه إستحدث طرقاً بديلة على غرار التحكيم، والمتمثلة في الصلح والوساطة التي أصبحت تحتل مكانة هامة في المجال القانوني وأصبحت بلا شك موضوعاً حيويّاً في الوقت الحاضر، فكرّسها المشرّع في الكتاب الخامس المعنون بالطرق البديلة لحل النزاعات من قانون

1 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 246-247.

الإجراءات المدنية والإدارية في بابين، الباب الاول خصّه للصّح والوساطة، والباب الثّاني خصّه للتحكيم.

إنّ تطور النّظام القضائي الجزائري قد سمح للقاضي، بالإضافة إلى دوره في اتّخاذ القرارات، بمحاولة التوفيق بين الأطراف عن طريق الصّح والوساطة والتحكيم، وما يمكن ملاحظته أنّ بعض الوسائل البديلة تتخذ شكلاً ودياً، كما هو الحال في الصّح والوساطة والتحكيم؛ بينما تتمتع الأخرى بطابع قضائي أو خصومي سنوضحه لاحقاً.

أ- تأطير قانوني للصّح والوساطة المستحدثين كتسوية ودية للنزاعات:

استحدث المشرّع الجزائري طرق بديلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للتسوية النزاعات ودياً؛ لذلك تشهد الوسائل البديلة لحل النزاعات إهتماماً متزايداً عبر مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك بفضل المرونة والسّعة التي توفرها هذه الوسائل في فض النزاعات، بالإضافة إلى الحفاظ على السّرية والمشاركة الفعّالة للأطراف في إيجاد حلول لمنازعاتهم.

خصّ المشرّع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 الصّح من المادة 990 إلى 993، أمّا الوساطة فخصصت في المواد 994 إلى 1005. بإعتبارها من الطرق البديلة لحل النزاعات، أمّا الإطار القانوني للصّح بالنسبة للقضايا الإدارية فجاء في المواد من 970 إلى 974 ق، م، ا، أمّا الوساطة فلم تكن ضمن القضايا الإدارية، فالوساطة تشمل كل النزاع إلاّ ما إستثناه النص.

1- تعريف الصّح والوساطة: إعتبرهم المشرّع الجزائري من الطرق البديلة لحل النزاعات

في الكتاب الخامس من قانون إ.م.إ. وخصّ كل منهما بفصل، ويعرف الصّح بأنّه طريقة ودية لحل وتسوية خلاف قائم بين طرفين أو أكثر، فالصّح هو إجراء أقرّه المشرّع الجزائري بإعتباره إجراء موضوعي يمارس في المدنية والإدارية على السواء.¹

1 - مانع سلمى، الطرق البديلة المستحدثة لحل المنازعات الإدارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 26، 2012، ص26.

أما الوساطة تعرّف على أنّها إحدى الوسائل البديلة لحل النزاعات ذات طبيعة رضائية يختار الأطراف بموجبها طوعاً اللجوء إليها بهدف حل نزاعهم دون اللجوء إلى الجانب القضائي، وذلك من خلال إشراك طرف ثالث محايد من أصحاب الخبرة والكفاءة يسمّى الوسيط الذي يتدخل بناءً على إرادة الأطراف، ليقوم بتوظيف مهارته من خلال سلسلة من المفاوضات السريّة والوديّة¹ وتسمح الوساطة، التي حددها المشرع الجزائري بمراحلها، بتوفير وكسب الكثير من الجهد والوقت من أجل التسريع في التوصل إلى الحلول المناسبة، ممّا يُمكن من تقادي طول الإجراءات القضائية وتسريع سير الدعوى القضائية بشكل فعّال².

2-مدى جوازية الوساطة والصلح في حل نزاعات عقود تفويضات المرفق العام.

فالوساطة في التشريع الجزائري ملزمة على القاضي عرضها على الخصوم في جميع المواد بإستثناء قضايا الأسرة أو العمال أو القضايا التي تمس بالنظام العام، والمادة الإدارية في حكم العموم، ولا يمكن أن تتجاوز مدّة الوساطة ثلاثة أشهر، تجدد مرّة واحدة بطلب من الوسيط بعد موافقة الخصوم، وقد تشمل الوساطة جزء من النزاع أو النزاع بأكمله، يقوم الوسيط بمحاولة التوفيق بين وجهات نظر كل من الأطراف وإيجاد حل مناسب، عند إنهاء الوسيط لمهمته، يطلع القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه، في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضراً يضمنه محتوى الاتفاق، ويوقعه والخصوم، يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً، ويتقيد الوسيط بالسر إزاء الغير³، ومن خلال إطلاق حكم العموم على عرض الوساطة إلاّ ما إستثناه النص، فإنّ المشرع الجزائري لم يستثنها من النزاع الإداري.

1 -رشدان علي محمود، الوساطة لتسوية النزاعات بين النظرية و التطبيق، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، ب س ن، ص 46.

2 - بن عبد المالك بوفلحة، تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية. - في الجزائر-، أطروحة الدكتوراه في التحريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس 2018-2019، ص 179.

3 -المواد 994 إلى 1005 من ق.إ.م.إ، مصدر سابق.

ومن خلال قراءتنا للمادة 994 من ق.إ.م.إ التي أطلقت حكم العموم إلا ما إستثنته في تطبيق حكم الوساطة، نجد أنها تثير إشكالية تطبيق الوساطة في المادة الإدارية، ونتج عن ذلك خلاف فقهي في قابلية تطبيق الوساطة على النزاع الإداري أي عقود الصفقات وعقد التفويض، فمنهم من يرى تطبيق الوساطة فقط على النزاع من طبيعة مدنية أو تجارية، ومنهم من يرى جوازية تطبيقه على النزاع الإداري، فإتجاه الأول إستند إلى فكرة النظام العام كأساس لمنع الوساطة في النزاع الإداري، بإعتبار أن النزاع الإداري يتعلّق بالنظام العام، ومرتبط بالمصلحة العامة، والنظام العام مستثنى من تطبيق المادة 994، وإستندوا أيضاً إلى تباين النظام القانوني الذي يخضع له الطرفين، فالطرف القوي وهو الإدارة فإرادته مقيدة بحدود وشروط وقواعد القانون الإداري، وهي قواعد لا يمكن مخالفتها، بينما إرادة الطرف الآخر حرة تحكمها القانون الخاص، إضافة إلى تفاوت في المركز القانوني للأطراف، فلا يمكن مساواة بين الطرفين في العقد الإداري على خلاف العقد المدني فالأطراف فيه متساوية لذا يصعب تطبيق الوساطة.¹

ويعتقد أصحاب هذا الرأي إلى أنّ المشرّع الجزائري خصّها في الكتاب الخامس المعنون بالطرق البديلة لحل النزاعات، في حين لم ينصص عليها في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية فنص فقط على الصلح والتحكيم، وحتى من الناحية الواقعية لا يوجد تطبيقاً للوساطة ولا على مستوى النزاع الإداري.²

أمّا من أجازو ذلك، فذلك طبقاً للحكم الذي أطلقه المشرّع الجزائري حيث يفيد العموم، والمادة الإدارية تدرج في ذلك الحكم، وإشترطوا ألاّ تمس بالنظام العام أو تتعارض مع مبادئ القانون الإداري بالخصوص³، ويجد هذا الحكم أساسه في المشروع التمهيدي لقانون الإجراءات

1- فاتح خلاف، الوساطة لحل النزاعات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، محمد خيضر، العدد 02، 2014، ص 436-437

2- انظر إلى الباب الخامس والسادس من الكتاب الرابع المعنون بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، لم ينص على الوساطة.

3- بن عبد المالك بوفلجة، تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية - في الجزائر -، ص 181، المرجع السابق.

المدنية والإدارية الجديد، أن الهدف من تبني الوساطة يكمن في مسايرته المنظومة التشريعية الدولية، ومسايرة تطورات المسألة في القانون المقارن، ولا سيما تلك الدول التي تتشابه تنظيمها القضائي مع تنظيم القضائي الجزائري، وبالرجوع الى القانون الفرنسي نجد هذا الأخير كرس الوساطة في النزاع الإداري في عقود الإمتياز حيث نصت المادة 3137-1 على إمكانية اللجوء إلى الوساطة¹.

ومن هنا لم ينص المشرع الجزائري على الطرق البديلة الأخرى في المرسوم التنفيذي 18-199 المتمثلة في الوساطة، وتركه طبقاً للقواعد العامة المقررة التي لم يتفق عليها في جوازية تطبيق الوساطة على النزاع الإداري رغم أهميتها.

أما الصلح فقد اعتبره المشرع أداة قانونية مهمة لتسوية النزاعات بشكل ودي، حيث يُسمح باللجوء إليه في جميع النزاعات، المتعلقة بالحقوق الشخصية المترجمة في التزامات وحقوق الأطراف لأنّ جهة اختصاصها أو موضوعها دعاوى القضاء الكامل، وهذا ما نصت عليه المادة 790 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر، أنّه يجوز للجهات القضائية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل، وهذا نظراً لطبيعة هذه الدعاوى، والتي تهدف إلى التعويض وجبر الضرر الحاصل لإطراف النزاع، وذلك يحدث أثناء التنفيذ فقط، كما أنّه لا يمكن إجراء الصلح عند عملية الإبرام، ولا يمكن إجراء الصلح في دعاوى الإلغاء لأنّ عند الإبرام لم تكن تتشكل الحقوق والالتزامات بعد، وأما دعاوى الإلغاء فهي لا تستقيم مع طبيعة الصلح.

وأجازت المادة 971 إجراء الصلح في أي مرحلة تكون عليه الخصومة، وقد يسعى له الخصوم، أو يثيره القاضي بعد موافقة الأخير، وإذا تمّ الإتفاق بين الخصوم أفرغ في محضر محرره رئيس تشكيلة الحكم، ويحوز هذا المحضر سنداً تنفيذياً لا يقبل أيّ طعن.

وللأهمية التي تطل الصلح، جعله المشرع الجزائري في القانون الإجراءات المدنية والإدارية جوازي وليس من الإجراءات الشكلية لسير الدعوى، كما أنّ المشرع الجزائري في عقود الطلبات العمومية سواء الصفقات العمومية أو عقود تفويضات المرفق العام لم يتطرق إليه رغم أهميته.

1 - L'Art L3137-1 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit « Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers **conciliateur ou médiateur** dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration ».

في حين أولى المشرع الفرنسي الصلح ونصّ عليه القانون المنظم للإمتياز (تفويض المرفق العام)، وهذا ما نصّت عليه المادة L1-3137 المذكورة سابقاً، والجدير بالذكر أنّ هذه المادة أحالت إلى تطبيق الوساطة والصلح في إطار قانون العلاقة بين الإدارة والجمهور حيث كرس إستعمال الوساطة والصلح غير القضائي في الفصل الأول من قانون العلاقة بين الإدارة والجمهور¹ والفصل الثاني كرسه للوساطة والصلح القضائي².

ب- تأطير قانوني للتحكيم من الطرق البديلة غير المستحدثة:

عرّف جانب من الفقه التحكيم أنّه "إتفاق على إحالة نزاع على شخص أو مجموعة أشخاص ليقوموا بإصدار حكم فيه، بمعزل عن المحكمة صاحبة الإختصاص قانوناً، ويكون هذا الإتفاق من خلال صورتين إمّا شرطاً أو مشاركة" كما عرّفه البعض أنّه "حق يقرّره القانون للأفراد يملكون بمقتضاه الإتفاق فيما بينهم على عرض ما ينشأ من منازعات على شخص أو أكثر يختارونه، تكون مهمّته الفصل في ذلك النزاع، بدلاً من عرض الأمر على القضاء المختص"³.

لقد حدّد المشرع الجزائري للتحكيم مجالات متعلّقة بالتحكيم الإداري في المنازعات وهي الصفقات العمومية، والعلاقات الإقتصادية الدولية، فلها مجال خاصاً به، على عكس الطرق البديلة الأخرى كالوساطة والصلح التي أجازها على كل مادة إدارية.

ويعتبر النص على التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أهم الإصلاحات التي جاء بها هذا القانون، سمح لأول مرة لأشخاص العامّة المعنوية المنصوص عليها في المادة 800⁴ من ذات القانون وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري في

1 - L'Art L421-1 du code Code des relations entre le public et l'administration « Il peut être recouru à une procédure de conciliation ou de médiation en vue du règlement amiable d'un différend avec l'administration, avant qu'une procédure juridictionnelle ne soit, en cas d'échec, engagée ou menée à son terme.

2- L'Art L422-1 du code Code des relations entre le public et l'administration, op.cit « Ainsi qu'il est dit à l'article L. 213-5 du code de justice administrative, une mission de médiation peut être organisée par les chefs de juridiction dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. ».

3 - صدام محمد عبودي العوايشة، التحكيم في منازعات العقود الإداري -دراسة تحليلية مقارنة -، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ب ص.

4 - نصت المادة 800 من، ق، ج، م، إ على : "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيه"

المجالات الواردة في الإتفاقيات الدولية أو مادة الصفقات العمومية، وذلك ما نصت عليه المادة 975 من القانون أعلاه¹.

1- جواز التحكيم بعدما كان محظور مبدئياً: من المسلم به في الإجتهاادات القضاء الفرنسي أن التحكيم كان محظوراً في القانون العام من حيث المبدأ، وإعتبر مجلس الدولة الفرنسي، أنّ المبدأ الذي يحظر على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم ينبغي أن يُصنّف ضمن "المبادئ العامة للقانون العام"²، وتمثل مبررات هذا الحظر في أساسين: الأول له طابع اقتصادي؛ والثاني مرتبط بفكرة السيادة، فبالنسبة للجانب الإقتصادي، يمكن أن يتعارض اللجوء إلى التحكيم مع الإستخدام السليم للأموال العامة، والتي تمثل قيمة دستورية، وكذلك مع المبدأ العام الذي يقضي بأنه " لا يلزم على الشخص العام دفع المبلغ ليس في نتمته"³.

أمّا من حيث السيادة فإنّ التحكيم يتعارض مع مبدأ توزيع الإختصاص، إذ يجب أن ينظر القاضي الإداري في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وأنّ جواز التحكيم يمنح للقضاء العادي سلطة النظر في النزاع الإداري، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أنّه لا يمكن أن تتجاوز القواعد التي تحدّد إختصاص المحاكم الوطنية عن طريق ترك حل النزاعات التي تكون طرفاً فيها لقرار التحكيم، والتي تندرج ضمن العلاقات التي تخضع للنظام القانوني الداخلي⁴.

وقد قنّن المشرع الجزائري هو الآخر المنع القاطع بإستخدام التحكيم بموجب المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والتي جاء فيها " لايجوز للدولة وللأشخاص العامة أن يطلبو التحكيم"⁵، وهكذا كان موقف المشرع الجزائري بدايةً، رغم ما يبرزه الباحثين من مزايا آلية التحكيم من حيث سرعة الفصل في النزاع، إضافة إلتسام التحكيم بالسرية التامة مع حرية إختيار المتنازعين

1 - انظر إلى المادة 975 ق، م، إ، الجزائر 08-09 المصدر السابق.

2 - CE, avis du 6 mars 1986, EDCE 1987, n° 38, P. 178..

3 - CE, Sect., 19 mars 1971, Sieurs Mergui, Lebon, P. 235, conclusions Rougevin-Baville..

4- CE, avis du 6 mars 1986, EDCE 1987, op.cit « les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ».

5 - الأمر رقم 66-154 الصادر في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج، ع، 1 الصادرة فيه 9 يونيو 1966، المعدل والمتمم، وألغي ب القانون رقم 08-09 الصادر في 25 أبريل 2008، مصدر سابق.

مُحكّمهم، وأمام ذلك ألغيت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية بالمرسوم التشريعي 93-09 المتضمّن تعديل قانون الإجراءات المدنية 66-154¹، أصبح المشرّع الجزائري يؤسّس للتحكيم الدّولي، حيث نصّت المادّة الأولى منه جوازية التحكيم لأشخاص القانون العام في علاقتهم التجارية الدّولية، ثمّ جاء قانون الإجراءات الإدارية والمدنية لسنة 2008 مكرّساً ذلك في المادّة 975 لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه وهي من أشخاص القانون العام، أن تجري تحكيماً إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدّولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية. وهنا يتضح التحوّل النوعي الذي طرأ على التشريع في مجال التحكيم.

2-جوازية التحكيم في الصفقات العمومية، وإشكالية اللجوء إليه في عقود التفويض

المرفق:

لقد كرّس المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور سابقاً، التحكيم الدّولي وذلك إذا كان أحد المتعاقدين مع المصالح المتعاقدة أجنبي، حيث نصّت الفقرة الأخيرة من المادة 153 من ذات المرسوم بخضوع عند استخدام المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية مع متعامل متعاقد أجنبي إلى هيئة تحكيم دولية، وهذا إستناداً إلى نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصّت "...ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".²، وقرار بخروج المشرّع الجزائري عن مبدأ حظر التحكيم وإقرار إمكانية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، يعود إلى تعزيز الضمانات القانونية لدعم مناخ الاستثمار الأجنبي وتوفير تسوية عادلة ومُنصفة للمنازعات التي يكون فيها الأجنبي طرفاً³.

1 - المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 08-

06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج، ر، عدد 27 الصادرة بتاريخ 27 أفريل 1993.

2 - المادة 1006 ق، إ، م، إ، الجزائري 08-09 مصدر سابق.

3 - صادقت الجزائر على إتفاقيات الدولية بالمراسيم التالية : مرسوم رئاسي رقم 88-233، الصادر بتاريخ 05-

11-1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ لاتفاقية نيويورك المصادق عليها في مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ

10-06-1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج، ر، عدد 48، 1988، الصادرة بتاريخ 22

نوفمبر 1988، المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية

ومن خلال تلك المواد المكرّسة لإستخدام التحكيم الدّولي في مجال الصفقات العمومية ذات البعد الدولي، فإنّ التحكيم الدّولي لا يمكن اللّجوء إليه في عقود تفويضات المرفق العام، لإعتبارين: الإعتبار الأوّل هو أنّه لم يتم النّص عليه في القواعد العامّة، وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقط نصّ هذا الأخير على مجال التطبيق وهو: العلاقات الإقتصادية الدّولية، والصفقات العمومية عندما يكن أحد أطرافها أجنبي، والإعتبار الثّاني أنّ عقود تفويضات المرفق العام كلا الطرفين من عقد التفويض يخضعان للقانون الجزائري، وأنّ الطّرف الأجنبي الذي مدار عليه التحكيم الدّولي غير موجود في العقد طبقاً لأحكام المادة 04 و 05 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف ذكره.

أمّا المشرّع الفرنسي إعتترف باللّجوء إلى التحكيم بشكل استثنائي، في مجالات محدّدة من ذلك ما جاء في المادة L4-3137¹ التي نصّت على الإستثناء، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة L6-311 من قانون القضاء الإداري ذكر 07 حالات التي يجوز فيها التحكيم الدّولي، ولم ينص على عقود الإمتياز.

الفرع الثّاني: التسوية القضائية ومآل نزاعات تفويضات المرفق العام

تتميّز عقود تفويضات المرفق العام بأنّها ليست مجرد عقد بين الأطراف أي الشخص العام الذي أبرم العقد والمتعاقد معه، بل هي أيضاً أداة تتيح للسلطة المفوضّة توفير الوسائل اللاّزمة لتنفيذ المرافق العامّة أو التي تهدف مباشرة إلى إدارة وتحقيق هذه المرافق، وبالتالي يمكن أن تكون موضوع إهتمام لأشخاص ليسوا طرفين في هذه العقود، وهم الجمهور

لهذا السبب، أقرّ القضاء الإداري منذ البداية ضرورة فتح سبل الطّعن ليس فقط للأطراف في هذه العقود، لتمكينهم من الاعتراض على صحّة هذه العقود، ولكن أيضاً للجمهور أي

تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والموقعة في 18 مارس سنة 1965 بواشنطن، ج ر عدد 66 سنة 1995. الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

1- L'Art L3137-4 du l'ordonnance n°2018-1074, op.cit - « Ainsi qu'en dispose le premier alinéa de l'article 2060 du code civil, les autorités concédantes qui sont des personnes morales de droit public ne peuvent recourir à l'arbitrage, sauf dans les cas prévus par la loi, notamment ceux mentionnés par l'article L. 311-6 du code de justice administrative. »

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام

المستفيدين من خدمات المرفق العام ، لمنح هؤلاء الفرصة لطلب إلغاء القرارات "المنفصلة" عن العقود أو حتى "البنود التنظيمية" الموجودة في العقد.

وتتجه التسوية القضائية للنزاع عندما لا تكون التسوية الودية ممكنة في المنازعات التي تطرأ على عقود تفويضات المرفق العام، فيتم اللجوء إلى التسوية القضائية، وهذه الأخيرة حددت الإختصاصات والجهات التي تؤول نزاعاتها إلى المحاكم الإدارية كإختصاص أصيل، حيث أنّ المشرع الجزائري كرّس المعيار العضوي، وذلك ما نصّت عليه المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها. ويمكن أن تصنّف منازعات تفويضات المرفق العام إمّا تحت عنوان قضاء الكامل أو قضاء الإلغاء.

أولاً: منازعات القضاء الكامل في مجال عقود تفويضات المرفق العام

إنّ الدعاوى المتعلقة بنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام من إختصاص المحاكم الإدارية كبنية قضائية ابتدائية، بإعتبار أحد أطراف عقود تفويضات المرفق من الأشخاص المعنوية العامة، والتي تدعى في الصلب النص السّلطة المفوضة متمثلة في الجماعات المحلية (الولاية أو البلدية) أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لها، وينص المادّة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّ عقود تفويضات المرفق العام تخضع لدعاوى القضاء الكامل، وتكمن خصوصية دعوى القضاء الكامل في أنّ صلاحيات القاضي الإداري لا تقتصر على إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، بل تمتد هذه الميزة لتشمل تحديد المركز القانوني الشّخصي للطّاعن وتوفير الحل الكامل للنزاع، وبالتالي فمصطلح القضاء الكامل ينبع من السّلطة التي يتمتّع بها القضاء بالفصل في المنازعة.

أ- تحديد محل دعاوى القضاء الكامل في منازعات عقود تفويض المرفق العام:

القاعدة العامة أنّ دعوى الإلغاء توجّه ضد القرارات الإدارية، ودعوى القضاء الكامل توجّه ضد العقود، ولذلك فإنّ القاعدة العامة في منازعات العقود تقتضي عدم جواز تقديم دعوى الإلغاء

للعقود الإدارية، لعدم التوافق البين بين دعوى الإلغاء والعقد الإداري، وذلك الانتماء الإداري الواضح للعقود - بشكل عام - إلى القضاء الكامل سواء تعلق الأمر بإنهاءها أو صحتها أو إلغائها،¹ وتكيف تفويضات المرفق العام على أنها عقود إدارية، وعليه فإنّ الطعن بالإلغاء يكون محصوراً في القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن عقود تفويضات المرفق العام.

1- **القرارات القابلة للإنفصال:** وهي قرارات التي تصدرها الإدارة أثناء المراحل التمهيدية للعقد الإداري، وتعتبر قرارات إدارية نهائية، ويجوز فيها طلب إلغائها، ولقد حكم القضاء الإداري الفرنسي في مرحلة من مراحل تطوره على قبول الطعن بإلغاء العقد الإداري، ويعود السبب إلى عدم التفرقة بوضوح بين القضاء الكامل والقضاء بالإلغاء في تلك الفترة، وبعد قضية *Levieux* سنة 1899 غيّر فيها مجلس الدولة الفرنسي مساره، رفض فيها المجلس الطعن بإلغاء العقد الإداري²، ومن تلك القرارات المنفصلة والتي تندرج ضمن قضاء الإلغاء، كالقرارات الصادرة في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد، وقرار إستبعاد من المشاركة، قرارات الإعلان وقرار المنح المؤقت، إضافة إلى القرارات التي تقر بمصير عقد تفويض المرفق العام كالإلغاء الإدارة بسلطتها التقديرية لمبّر المصلحة العامة.

2- **القرارات الإدارية المتصلة بالعقد:** وهذا النوع لا يرد عليها طلب الإلغاء، فهي من إختصاص دعاوى القضاء الكامل، وهي قرارات تصدر من جهة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، فالمبدأ الذي يحكم هذا القرار هو أنه غير قابل للإنفصال عن عقد تفويضات المرفق العام.

ولقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ، المتمثّل في عدم قبول الطعن بإلغاء المقدم من المتعاقد ضد إجراءات تنفيذ العقد³، حيث جاء في أحد قراراته مايلي: "المنازعات التي تنشأ من

1 - عتيق حبيبة، **القرارات الإدارية المنفصلة-دراسة نظرية تطبيقية**، أطروحة دكتوراه قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص3-4.

2- نسرين جابر الهادي، **القضاء الإداري المستعجل-دراسة مقارنة-**، المركز العربي للتوزيع والنشر، مصر، 2017، ص93.

3 - Remi Delmas, **La stabilité des situations juridiques dans le contentieux de la légalité**, thèse doctorat, en droit public. Université de Limoges, 2022, p111.

تنفيذ العقد، تفتح المجال لنزاع تعاقدى، مخصّص للمتعاقد، ويرجع لإختصاص الحصري لقاضي العقد، قاضي القضاء الكامل".¹

3- صور المنازعات التي تثار في القضاء الكامل: من صور المنازعات التي تثار بين أطراف العقد والتي يكون فيها الطعن أمام قاضي العقد "القضاء الكامل" وهي:

- دعوى الحصول على مبالغ مالية: وقد يتخذ عدّة صور كتعويض عن الأضرار التي تسببها فيها أحد الطرفين؛

- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية؛

- دعوى فسخ العقد؛

- دعوى بطلان العقد؛

ثانيا: منازعات قضاء الإلغاء في مجال عقود تفويضات المرفق العام

قد تصدر السلطة المفوضّة (الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها) قرارًا إداريًا يتعلّق بعقد تفويض المرفق العام، فلا يكون للقرار الإداري وجودًا بسبب إتصاله أو له علاقة بالعملية التعاقدية، أي طبقًا لنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة عن العقد، فكل الأعمال المنفصلة عن العقد كالقرارات الإدارية في مرحلة الإبرام، أو قرارات المنح المؤقت أو إستبعاد مرشّح من المنافسة كلّها قرارات منفصلة يختص بها قضاء الإلغاء، وعلى المتضرّر من القرار أن يثبت عيب القرار الإداري مثل مخالفته لقواعد الإختصاص أو للإجراءات أو عيب السبب أمام قاضي الإلغاء، وسلطة هذا الأخير ضيقة جدًا على خلاف قاضي التعويض.

ومن صور قرارات التي تندرج في دعاوى الإلغاء كقرارات المنح المؤقت التي يطعن فيها من له مصلحة في ذلك، فنصت المادة 41 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق ذكره على أنّ إلغاء قرار المنح لدواعي المصلحة العامة لا يقتضي التعويض، كما يمكن للسلطة المفوضّة أن تواصل عملية الإبرام، فيحق للمفوض له الذي شارك في طلب على المنافسة أن يحتج على

1 - عتيق حبيبية، مرجع سابق، ص235.

القرار لدى لجنة تفويضات المرفق، وإذا ما رأَت اللجنة أنّ الطعن المقدم من طرف المترشح غير مؤسّس، فيمكن له ان يرفع دعوى إلغاء القرار أمام قاضي الإلغاء.

ثالثاً: منازعات الغير

تتميز عقود تفويضات المرفق العام بأنّها ليست مجرد عقد بين الأطراف أي الشخص العام الذي أبرم العقد والمتعاقد معه، بل يمكن أن تكون موضوع إهتمام لأشخاص ليسوا طرفين في هذه العقود، وهم الجمهور، فبنود العقد يخاطب بها تمس هذا الأخير، فالأسعار المتعلقة بالخدمة يجب أن تحترم مبدأ المساواة بين مستخدمي المرفق العام، وأن تُحدّد وفقاً لمعايير موضوعية ومنطقية، وتتوافق مع الخدمة المقدّمة، وتحترم مبدأ المساواة مع قيمة الخدمة أو العرض، بالإضافة إلى قواعد المنافسة.

فيمكن لمستخدمي المرفق العام أن يطعنوا في الشروط التعاقدية التي تتفرّد بها الإدارة كزيادة في رسوم الخدمات المقدّمة، فالقرارات هنا ترفع أمام قضاء الإلغاء، أو أن يصدر عن المفوض له قرارات تضر بمرتفقي المرفق العام، فهنا ترفع الدعوى أمام القضاء العادي، وقد ترفع الدعاوى أمام القضاء العادي للإخلال بالمبادئ العامة للمرفق العامة، وهذا ما نصّت عليه المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199 أعلاه، ذكرت حالات أين يعلم فيها مستخدمو المرفق العام، السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له وهي حالات من إختصاص القضاء العادي وهي:

- إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له؛

- عدم إحترام المفوض له الشروط المتعلقة بإستغلال المرفق العام المعني؛

- المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه، أو سوء استغلال المرفق

العام¹.

¹ - انظر الى المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199، مرجع سابق.

خلاصة الباب الثاني

لم يعد مبدأ الإعتبار الشخصي مكانة كما كان يؤسس له من قبل، وذلك ببروز مقتضيات الإدارة الحديثة المتمثلة في تكريس مبادئ جديدة سابقة على عملية الإبرام، حتى أصبحت الإدارة مقيّدة أمام إجراءات تخضع لها، وأصبح المشرّع الفرنسي يؤسس للتوجيهات الأوربية المؤسّسة على منطق السوق وحرية التجارة والإستثمار؛ أضحي فيها الإعتبار الشخصي المتمثل في تقنية المفاوضات خيارًا في التشريع الفرنسي، إلا أنّ المشرّع الجزائري جعل خيار المفاوضات في عقود التفويض خيارًا إلزاميًا.

لذا فإنّ الإجراء الأساس لإرساء عقد التفويض هي المنافسة والإشهار، ويعتبر عقد التفويض من العقود الإدارية يرتّب حقوق وواجبات لتنفيذه، وقد تخضع أثناء تنفيذها إلى عملية الرقابة الموجودة في النصوص القانونية، والتي لها سمتين مميزتين: الأولى هي أنّ ممارسة هذه الرقابة تهدف في إطار حماية واستخدام الأمتل للمرافق العمومية؛ وتحسين فعالية التعاقد الإداري وضمان شفافيته، والثانية هي أنّ ممارسة هذه الرقابة قد تهدّد إستقرار العلاقات التعاقدية بين السلطات المفوضّة والمفوض له.

وقد يطرأ عند تنفيذ العقد نزاعات من شأنها قد تؤدي في بعض الحالات إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، ممّا ينتج عن هذا الأخير نهاية مبكرة، يترتب عنها قرارات تتفرد بها السلطة المفوضّة لإعتبارات المصلحة العامة والسير الحسن للمرفق العام، ويلجأ خلالها أطراف العقد إلى حل النزاعات بشكل وديّ وجوبًا ليمهّد الطريق نحو القضاء، ويمكن جوازيًا اللجوء إلى طرق بديلة مستحدثة لتسوية النزاع على غرار الوساطة والصلح والتحكيم لما لها من أهمية في حل النزاعات، ولا تخصّ الدّعى أطراف العقد فقط، بل يتعداه إلى طرف ثالث وهم مستخدمي المرفق العام لوجود مصلحة في العقد، ويكون بدخول في نزاع قضائي بين القضاء الإداري والعادي حسب نوع الدّعى، ما يمكن استخلاصه أنّه يُوجد تباين بين المشرّع الفرنسي والجزائري في كيفية إبرام هذه العقود وأيضًا في آليات تنفيذها، نظرًا بما أتى به المشرّع الجزائري غير متكامل ولم يصل بعد إلى مستوى الأنظمة القانونية المتكاملة، خاصة عند مقارنته بالنظام القانوني الفرنسي.

الخاتمة

الخاتمة

الخاتمة:

إنّ التّوصل إلى موضوع تقنية تفويض المرفق العام، وتوضيح مكانتها في القانون الإداري الفرنسي ليس بالأمر السّهل، لقد قطعت هذه التقنية أشواطاً، ومرّت بمحطّات تاريخية، كان الفقه والقضاء الفرنسي دوراً بارزاً إلى إخراجها في ثوبها القانوني مُعلناً عن إستقلالية وميلاد لعقد جديد بنظام قانوني يتميّز عن غيره من النّظم القانونية في حقل العقود الإدارية.

ثمّ لم تقتصر هذه التقنية على قانون سابان 01، بل توالى عدّة تعديلات وقوانين بفضل تدعيم الفقه والإجتهد القضائي في تطوير هذه التقنية، إلى أن جاءت التوجيهات الأوربية غيرت من المفهوم الفرنسي، وواجه هذا الأخير الإلتزام الأوربي بتكليفه مع تمّ تأطيره من قبل وتطبيق عملي لأكثر من 20 سنة، حافظ على المفهوم مع الإلتزام بالتّوجيه الأوربي، فصدر الأمر 65-2016 المتعلّق بالإمتياز، ثمّ جاء قانون الطلبات العمومية 1074-2018، فأصبحت التقنية تحنّل مكانة هامّة في الطلبات العمومية تتوسّط العقود الإدارية الأخرى، إلّا أنّه نستشف تأثر المشرّع الفرنسي بمفاهيم القانون الأوربي، حتّى أصبح مجلس الدّولة الفرنسي يؤسّس لتلك التوجيهات، بل ما كان من المُسلّمات في القضاء الإداري ومنطق المشرّع الفرنسي أصبح متنازلاً عنه تحت هذه التوجيهات، وهذه بعض الملاحظات سجلناها في الجانب التشريعي الفرنسي:

تحديث مصادر قانون الطلبات العمومية الفرنسي عن طريق التنسيق والتكيف مع التّوجيهات الأوربية، وبالتالي تطوير الإطار الدستوري للطلبات العمومية بإدخال المبادئ الجديدة والإعتراف بالقيمة الدستورية لها، كالمساواة بين المرشّحين، وحرية الولوج إلى الطلب العمومي، والشفافية.

التحوّل التدريجي لمنح الإمتيازات إلى قواعد الإعلان والمنافسة: أصبحت عقود التفويض المرفق العام تُدخل منطق الصّفقات العمومية بخصوص إجراءات الإبرام والتنفيذ، وهو منطق يعتبر فيه الإشهار إجراء شكلي جوهري، لإحداث منافسة بين العارضين المُحتملين، يسمح للمتعهدين بالتعرّف على إجراء التفويض، وبالتالي تحفيز تنوع العروض، وزيادة فرص السّلطة المفوّضة في الحصول على العرض الأفضل للمرفق العام، ويترتّب عن الإشهار، المساواة بين العارضين وشفافية الإجراءات.

الخاتمة

عدم إستقرار معيار التمييز بين الصّفات العمومية والإمتيازات: ولقد رأينا أنّ الضّابط الوحيد في التفرقة هو إرتباط المُقابل المالي للمفوض بشكل جوهرى بنتائج إستغلال المرفق، ومبدأ الإعتبار الشخصي، فالأول لم يعد معياراً فعّالاً، تَمَّ إضافة معيار المخاطر الإقتصادية ذو المفهوم الاوربي، إلا أنّ هذا المعيار لا يزال غير كامل في تحديد عقد إمتياز المرفق العام نظراً لطابعه المؤقت، فالمخاطر الإقتصادية مفهوم مرّن متغيّر.

أمّا الثاني، فالمشرّع الفرنسي من خلال النصوص المؤطرة لعقد الإمتياز نرى بوادر التنازل عمّا تمّ التأسيس له من قبل في عقود الإمتياز، بإعتبار مبدأ الإعتبار الشخصي مبدأ لازم وصفة جوهرية في عقود الإمتياز، وهذا ما بيّنه قانون عقود الطلبات العمومية، بجعل مبدأ المفاوضات خياراً يتمّ اللجوء إليه وليس إلزامياً، فقدت فيه أصالة العملية التعاقدية للإمتياز لصالح منطق الصّفات العمومية فقد أصبحت هذه الحرّية محدودة اليوم من خلال وجود منافسة في المرحلة الأولى من هذا الإختيار، كما أنّ الصّفات العمومية أصبحت هي الأخرى تستعمل تقنية التفاوض وبالتالي تقارب بين الصّفة العمومية وتفويض المرفق العام، ممّا يجعل المعيار ناقص من حيث ضابط التمييز من شأنه أن يمسّ بالأمن القانوني للمفهوم.

تنوع معايير منح التفويض: لقد تمّ دمج معايير جديدة لإختيار المفوض له، تنوّعت بين معايير البيئة ومعايير إجتماعية إضافة إلى معايير إبتكارية، لم تكن من قبل في قانون سابان 1، وهي معايير من إجتهادات محكمة العدل الأوربية، دخلت هذه المعايير في التوجيهات لسنة 2004 قبل أن تكون مدرجة في التوجيهات لسنة 2014.

الإجراءات الرقمية، وذلك بتطبيق الرقمي لقانون للطلبات العامة، وتحويله للشكل إلكتروني، وأن تتوفر جميع السلطات المانحة على منصة إلكترونية متمثلة في موقع "ملف المتشري" تمكّنها من توفير وثائق الإستشارة للمتعاملين الإقتصاديين، وإستقبال الوثائق المرسلة من قبل المتعهدين والمترشحين، و الهدف هو المساهمة في الوقاية من الفساد ومكافحته، وتحسين سياسات الطلب العمومي، وتخفيف العبئ الإداري المرتبط بتقديم التعهدات والترشيحات.

إنّ إقرار المُشرّع الجزائري أسلوب جديد لأول مرة في تاريخ المنظومة القانونية كان حتمياً وتحت ضغط الضّرورات الإقتصادية، والمُتتبع لمسار إقرار أساليب جديدة لم تُعهد لها

الخاتمة

مُنظومتنا القانونية مِنْ قَبْلِ، والتي بدأت من ظهور الأزمات المالية و بروز الخوصوصة التي فرضتها المنظّمات المالية، وتتابع الأزمات الإقتصادية، أدركت الدولة أنه لا بد من تبنّي أساليب تسيير تتنازل فيها عن بعض مرافقها لصالح الخواص، الذين أظهرو القدرة على تحمّل المخاطر، وتحقيق الجودة والنّجاعة في الخدمات العمومية.

إنّ أهمّية عقود تفويض المرفق العام في الجزائر أو فرنسا تتجلّى من حيث المرفق العام في تحديثه وإنشائه وإحيائه، وتقديم الجودة والنّجاعة في الخدمات العمومية، التي أصبحت مُرتبطة بتطوّر الأفراد، فلم يعد الفرد همّة في الحصول على الخدمة العمومية، بل أصبح يطالب بالجودة والنّجاعة في تقديم الخدمة العمومية، كما تتجلّى أهمّية التفويض من ناحية الإقتصادية تشجيع الإستثمار، والتخلّص الدولة من الضغوطات والمخاطر، والعجز المالي.

أدركت الدولة بعد تدني أسعار النفط، وإلحاق الضرر بالخزينة العمومية، أنه لا بدّ من إصدار تنظيم قانوني يحمي الأموال العمومية، وفيه بتلبية الحاجات المتنامية في ظل الأزمات المالية فكان من جملتها الإعلان عن تنظيم جديد صدر بمرسوم تنفيذي تحت رقم 18-199 وإن كان صدر متأخراً، متأثراً بالتجربة الفرنسية.

ثم بدأت نية السلطات المتمثلة في وزارة الداخلية والمالية بترجمة الرغبة عملياً لإستخدام هذا النمط عن طريق مناشير والإرسالات تحتّ فيها الإدارات والمصالح الخارجية إلى الإسراع في تكوين لجان التّسوية الودية، ولجان تفويضات المرفق العام، وأمام تزايد دراسات الباحثين والقانونيين مبيّنة نتائج تبنّي النصّ الجديد، وما حمله من نظام قانوني لا يفي بالغرض المطلوب، وإصدار وزارة الداخلية بإرجاء التّنظيم إلى حين تلقّي مُسيّري الجماعات المحلية تكويناً في هذا المجال، كلّ هذا كان عائقاً حال دون تطبيق عملي لهذا النصّ كما هو مطلوب، وما أكد نية السلطات على إرجاءه وعدم العمل به أيضاً هو صدور المرسوم الرئاسي 20-237 يحدّد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من وباء كورونا دون ذكر تفويضات المرفق العام.

الخاتمة

وما زاد الأمر تأكيداً والتخلي عن هذا التنظيم هو ظهور المصطلح الجديد بإسم التسيير المَفوّض يعكس نية المشرّع مستقبلاً تأسيس لقانون جديد بصيغة جديدة تظهر من خلال التسمية المختلفة لهذا النمط.

إنّ عدم تفعيل النصّ الجديد 18-199 لعقود تفويض المرفق العام يرجع إلى النّظام القانوني الذي أسّس له المشرّع الجزائري، وإن كُنّا قد أثينا على بعض ما جاء فيه إنصافاً قانونياً وعلمياً وذلك بإقراره تقنية التفويض لأوّل مرّة في الجزائر، وتكريسه أشكالاً لتفويض المرفق العام، وإقراره نظام إجرائي لإبرام وتنفيذ العقد على غرار ما جاء في الصّفقات العمومية متميّزاً عن التشريعات المقارنة، مع إقراره أيضاً بخصوصية المرفق العام الجزائري.

وإنّ الغاية والأهميّة من البحث في هذا الموضوع هو تفعيل أسلوب التفويض وذلك بتسليط الضوء على مكامن آليات الإبرام والتنفيذ بمقارنة مع التجربة الفرنسية، فبات من الواضح أنّ النّظام القانوني كان يعتريه النقص من خلال ما بيّناه في تحليل النظام القانوني مع ما هو معمول في فرنسا، وذلك في الباب الثّاني. وأيضاً التّوصّل إلى حلول ومقترحات من شأنها تعزيز محاسن التجربة الجزائرية في تسيير وإستثمار المرافق العامّة، من أجل تحقيق مستوى من النّجاح بما هو محقّق في التجربة الفرنسية.

وتلخيصاً للنتائج التي توصلنا إليها في الجانب التشريعي الجزائري

إقراره لأوّل مرّة نظام قانوني يؤطّر تفويضات المرفق العام بمنطق إجراءات الصّفقات العمومية (المبادئ، وكيفيات الإبرام والتنفيذ، والرّقابة، وحل النزاعات)، بإختلاف في البعض؛ نظراً لخصوصية موضوع العقد المتمثّل في المرفق العام.

تكريسه لنظرية المخاطر، والإرتباط الجوهري للمقابل المالي بنتائج الإستغلال مع إمكانية الحصول على إعانة من السّلطة المفوضة لإقامة المرفق العام، وهذا يتوافق مع ما تمّ الإجماع عليه في النّظام القانوني الفرنسي بتنوع المقابل المالي للمفوّض له ولا يخص فقط نتائج الإستغلال. إقراره وقطعه على ما يدخل في التفويض من أشكال تفويض المرفق العام، على خلاف ما لم يتفق عليه الإجتهد القضائي الفرنسي بخصوص عقد التسيير والوكالة المحفّزة.

الخاتمة

إشكالية عقد التسيير وتداخله مع صفقة الخدمات، فلا يوجد عنصر المخاطر ونتائج الإستغلال في عقد التسيير من شأنه إحداث خلط بين المفهومين وبالتالي تعرّض إلى خطر عدم الأمان القانوني لهذا العقد.

تكريسه لسُلطة تعديل العقد وسُلطة الفسخ شبيه بما هو في الصفقات العمومية، إلاّ أنّها لم تكن محدّدة على غرار ما تمّ تأطيره في الصفقات العمومية، وفي التشريع الفرنسي بخصوص حالات تعديل العقد، وتعويضات المترتبة على آلية الفسخ.

إقراره المُتميّز للجان التي تؤدي دور الرقابة الداخلية والخارجية، غير أنّها لم تكن متكاملة ولم توضح النصوص آليات تنفيذها.

إقراره التسوية الودية للنزاعات التي تطرأ على تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام.

إقراره العلاقة بين المفوض له والمستخدمين .

لا يوجد تكامل مع النصوص القانونية الأخرى.

نظام قانوني غير مكتمل وغير مفصّل لآليات الإبرام والتنفيذ على غرار ما تمّ التأطير له في الصفقات العمومية، وبمقارنة مع التشريع الفرنسي، ولم يصدر بالشكل الموازي للصفقات العمومي صدر بمرسوم تنفيذي بخلاف تنظيم الصفقات العمومية الذي صدر بمرسوم رئاسي.

أمّا عن الإقتراحات والحلول لتفعيل تفويض المرفق العام من حيث الآليات القانونية فهي

كالآتي:

- ضرورة النصّ على هذا النوع من العقود بنصوص من طبيعة تشريعية يضمن لها القوة

الإلزامية الواجب إحترامها، وليس فقط عن طريق تنظيم، حيث يندرج تطبيق القانون عن طريق

تنظيم، وليس تطبيق تنظيم عن طريق تنظيم (المرسوم التنفيذي 18-199 والمرسوم الرئاسي 15-

247) وهذا طبقاً لأحكام المادة 141 من دستور 2020.

- ضرورة وضع منظومة قانونية متكاملة يؤسّس لها النظام القانوني المؤطر لعقد تفويض

المرفق العام، رأينا في هذا الباب أن النظام القانوني للإمتياز في التشريع الفرنسي يؤسّس لعدّة

قوانين ثانوية يعود إليها في تطبيق بعض أحكام مواده، فمثلاً نجد أنّه يؤسّس لقانون التجاري،

ويؤسّس لقانون القضاء المالي، قانون الجماعات المحليّة، قانون مجلس المحاسبة، قانون

الخاتمة

الإستثمار، في حين نجد في عقود تفويض المرفق العام إلاّ المرسوم التنفيذي 18-199 فقط، حتّى في حيثياته لا نجد ما هو مهم مثل قانون الإستثمار.

-تعزيز الأمن القانوني لهذا النوع من العقود لا سيما عند وضع ضابط تحديده، خصوصاً أنّ المشرّع الجزائري لم يوضّح من هو الشخص المعنوي العام الذي يعهد له تسيير وإستغلال المرفق العام، والمعلوم أنّ المشرّع الفرنسي إستثنى الأشخاص العمومية عندما تبرم عقود إمتياز فيما بينها من تطبيق أحكام قانون الإمتياز، كما قطع بعقد التسيير ضمن عقود تفويض المرفق العام رغم أنّه يتداخل مع عقد الخدمات في الصفقات العمومية.

-عدم تعزيز وإشراك الفاعلين في تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام، إنّ مثل هذا يؤثّر على تفعيل تقنية تفويض المرفق العام، وهذا ما لاحظناه من خلال تحليل النظام القانوني الفرنسي بوجود دعم وفاعلين في إنجاح هذه التقنية.

-تعزيز الأمن القانوني لعنصر مخاطر الإستغلال والمدة.

-النّص على تكوين لكل الفاعلين في تنفيذ وإبرام هذا النوع من العقود، لذلك رأينا عدم تطابق بين النّص القانوني والواقع العملي بسبب التكوين للفاعلين كانت عراقيل ميدانية حالت دون تطبيق هذا العقد، كما أنّ مرحلة من مراحل الإبرام وهي التقنية التفاوضية التي تتطلّب مهارات وتدريب عالي لأنّه عقد من العقود الإدارية يختلف عن باقي العقود من حيث تعدّد المبادئ سواء تلك المتعلقة بالطلّبات العمومية أو المرفق العام، ثمّ أنّه من العقود الزمنية التي تطول فيها المدة، ويتعلّق بمرفق عمومي وإستثمارات مالية ضخمة ويترتب عنه حماية المرتفقين.

-إدراج البوابة الإلكترونية ومعالجة الإبرام والتنفيذ من خلالها.

-ضرورة تعديل كل ما له علاقة بهذا الأسلوب الجديد لا سيما قانون مكافحة الفساد.

-أمّا من الجانب والآليات غير القانونية ضرورة توفر إرادة سياسية حقيقة لتفعيل هذه العقود، فلقد حظي بعض القوانين إهتمام السلطات بإنجاح تطبيقه ما لم يحظى به هذا الأسلوب الهام، الذي يشكّل طريق نحو تحسين معدل الناتج الإجمالي المحلي، وطريق نحو إحياء المرافق العمومية وطريق نحو ربط مستخدم المرفق بالدولة

الخاتمة

-
- توحي كل نقائص والعمل بالإقتراحات المدونة في الدراسات السابقة، بما فيها دراستنا لتأطير جديد بعنوان التسيير المفوض الذي جاء في قانون 23-12.
- إنشاء سلطة ضبط خاصة بتفويضات المرفق العام تكن مرجع ومقوم لعقد تفويض المرفق العام وتعمل على إعداد تنظيم عقود تفويضات المرفق العام وتصدر آراء موجهة للسلطات المفوضة واللجان وهيئات الرقابة، ولجان التسوية الودية، والمتعاقدين.
- التخلص من فكر الصفقات العمومية الذي بات يسيطر على منطوق التشريع، فأصبحت بعض العقود التي هي في الأصل من إختصاص عقود تفويض المرفق العام، فالصفقات العمومية لا تحتل ذلك.
- إجراء دراسات مقارنة أكاديمية مع التشريع الأوربي في هذا المجال.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1- المصادر الوطنية:

- القانون العضوي رقم 18-15 المؤرخ في 02/09/2018 المتعلق بقوانين المالية المعدل والمتمم، ج ر، ع 53، الصادرة بتاريخ 02/09/2021.
- القانون رقم 23-12 المؤرخ في 05 اوت سنة 2023 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر، ع 51، الصادرة في 06 اوت سنة 2023.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، الصادرة في 23 أبريل 2008، معدل ومتمم.
- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية، ج ر، ع 02، الصادرة في 13 جانفي 1988.
- القانون رقم 90-08 المؤرخ في 7 ابريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج ر، ع 15، الصادرة في 11 ابريل 1990 (ملغى).
- القانون رقم 12-05 المؤرخ في 04 غشت 2005 ، يتعلق بالمياه، ج ر، ع 60، الصادرة في 04 سبتمبر ، 2005 المعدل والمتمم.
- القانون 11-10 المؤرخ في 22 جويلية 2011 ، يتعلق بالبلدية، ج ر، ع 37، الصادرة في 3 يوليو سنة 2011 المعدل والمتمم.
- القانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فب ايرر سنة 2012 ، يتعلق بالولاية، ج ر، ع 12، الصادرة في 29 فبراير 2012.
- القانون رقم 23-12 المؤرخ في 05 اوت سنة 2023 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر، ع 51 ، الصادرة في 06 اوت سنة 2023.
- القانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 المعدل ومتمم المتعلق بقانون الاملاك الوطنية، ج.ر، ع 44، الصادرة بتاريخ 03/08/2008

قائمة المصادر والمراجع

- القانون رقم 15-02 المتعلق بالتعاضديات الاجتماعية المؤرخ في 04/01/2015 ج ر، ع 10 الصادرة في 07/01/2015.
- القانون رقم 13-05 المؤرخ في 23/07/2013 المتعلق بـتنظيم الأنشطة الدنية والرياضية وتطويرها ج ر، ع 39، المؤرخة في 31/07/2013.
- القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتضمن تأمين الشركات المختلطة الإقتصادية وتسييرها المعدل والمتمم، ج ر، ع 35، المؤرخة في 31/08/1982.
- القانون رقم 84-17 المؤرخ في 07 يوليو 1984 يتعلق بقوانين المالية، ج ر، ع 28، الصادرة في 10 يوليو 1984 (الملغى).
- القانون رقم 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011 يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر، ع 72 لسنة 2011، الصادرة في 29 ديسمبر 2011.
- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، متعلق بالأملك الوطنية، معدل ومتمم، ج ر، ع 44، الصادرة في 03 أوت 2008.
- القانون رقم 88-03 المؤرخ في 12 يناير 1988، المتعلق بصناديق المساهمة ج ر، ع 2، الصادرة في 13 يناير 1988 (ملغى).
- القانون رقم 88-29 مؤرخ في 19 يوليو 1988، المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج ر، ع 29، المؤرخة في 20 جويلية 1988.
- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03/ أوت 2016، المتعلق بترقية الإستثمار، ج ر، ع 46، الصادرة في 03 أوت 2016 (ملغى).
- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، ع 14، الصادرة في 08 مارس 2008.
- القانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فبراير 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر، ع 08، الصادرة بتاريخ 06 فبراير 2002..
- القانون رقم 23-08 المؤرخ في 21 جويلية 2023، المتعلق بالوقاية من النزعات الجماعية للعمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب ج ر، ع 42، الصادرة بتاريخ 25 جويلية 2023.

قائمة المصادر والمراجع

- القانون رقم 03-10، المؤرخ في 19 جويلية 2010، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، ع43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل.
- القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 اوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر، ع48، الصادرة بتاريخ 06 اوت 2000.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- الأمر رقم 66-154 الصادر في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ع 1 الصادرة فيه 9 يونيو 1966، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 67-24 المؤرخ في 18/01/1967، يتضمن قانون البلدي، ج ر، ع 06 ، الصادرة في 18/01/1967 (الملغى).
- الامر رقم 71-74 المؤرخ في 16/11/1971، المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ج ر، ع 101، الصادرة في 13/12/1971 (الملغى).
- الامر رقم 69-38 المؤرخ في 23/05/1969، يتضمن قانون الولاية، ج ر، ع 44، الصادرة في 23/05/1967 (الملغى).
- الامر رقم 76-97 المؤرخ في 22/11/1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية 1976، ج ر، ع 94، الصادرة بتاريخ 24/11/1976.
- الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996، المعدل والمتمم للقانون رقم 83-17 المتعلق بالمياه، ج ر، ع 37، الصادرة بتاريخ 16 يونيو 1996 .
- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم، ج ر، ع47، الصادرة في 22 اوت 2001 ملغى.
- الأمر رقم 95-06 المؤرخ 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، ج ر، ع9، الصادرة بتاريخ 22/02/1995 الملغى.
- الأمر رقم 03-03 ممضي في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر، ع 43 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003. المعدل والمتمم.

قائمة المصادر والمراجع

- نظام رقم 91-03 مؤرخ في 20 فبراير 1991، المتعلق بشروط القيام بعمليات الاستيراد بالجزائر وتمويلها، ج ر، ع 23 الصادرة بتاريخ 1992/03/25.
- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. ج ر، ع 46، الصادرة في 15 جويلية 2006 المتمم .
- الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية 1996، ج ر، ع 82، الصادرة بتاريخ 1996/12/31.
- الأمر رقم 95-22 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية المؤرخ في 26/08/1995، ج ر، ع 48، الصادرة بتاريخ 1995/09/03.
- الأمر رقم 95-25 المتعلق بتسيير رؤوس الاموال التجارية التابعة للدولة، المؤرخ في 26/09/1995، ج ر، ع 55، الصادرة بتاريخ 1995/09/27.
- الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، المؤرخ في 20/08/2001، ج ر، ع 47، الصادرة بتاريخ 2001/08/22.
- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر، ع 27، الصادرة بتاريخ 27 افريل 1993.
- المرسوم التشريعي رقم 94-08 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 المؤرخ في 26 مايو سنة 1994، ج ر، ع 33، الصادرة في 28 ماي 1994.
- المرسوم رئاسي رقم 247-15 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر سنة 2015.
- المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور، ج ر، ع 09، الصادرة بتاريخ اول مارس 1989.
- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07/12/1996 متعلق بإصدار نص تعديل الدستور ج ر، ع 76 الصادرة في 08/12/1996.

قائمة المصادر والمراجع

- المرسوم الرئاسي رقم 20/442 لـ 30 ديسمبر 2020 ، المتعلق بالتعديل الدستوري، ج ر، ع 82، الصادرة في 2020/12/30.
- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، ج ر، ع 58، الصادر في 07 أكتوبر 2010(ملغى).
- المرسوم الرئاسي 04-128 المؤرخ في 19 ابريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003، ج ر، ع 26، الصادرة بتاريخ 25 افريل 2004.
- المرسوم الرئاسي رقم 16-03 مؤرخ في 07-01-2016، المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام، ج ر، ع 02، المؤرخة في 13-01-2016.
- المرسوم الرئاسي 20-237 المؤرخ في 31 اوت 2020، الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات ابرام الصفقات العمومية في اطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا(كوفيد19) ومكافحته، ج ر، ع 51، الصادرة بتاريخ 31 اوت 2020.المتتم.
- المرسوم الرئاسي رقم 88-233، الصادر بتاريخ 05-11-1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ لاتفاقية نيويورك المصادق عليها في مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 10/06/1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، ج ر، ع 48، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 1988.
- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والموقعة في 18 مارس سنة 1965 بواشنطن، ج ر، ع 66، الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995.
- المرسوم التنفيذي رقم 67-53 المؤرخ في 17/03/1967 ينضمن الامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، ج ر، ع 26، الصادرة بتاريخ 28 مارس 1967.
- المرسوم التنفيذي رقم 67-167 المؤرخ في 24/08/1967، يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال او الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات، ج ر، ع 75، الصادرة في 12/09/1967.

قائمة المصادر والمراجع

- المرسوم التنفيذي رقم 94-41 المؤرخ في 29 جانفي 1994 المتعلق بتعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر، ع 7، الصادرة في 06/02/1994 (ملغى).
- المرسوم التنفيذي رقم 94-320 المؤرخ في 17 اكتوبر 1994 المتعلق بالمناطق الحرة، ج ر ع 67، الصادرة في 19/10/1994 معدل ومتم.
- المرسوم التنفيذي رقم 84-322 المؤرخ في 17 اكتوبر 1994 المتعلق بمنح امتياز اراضي الاملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في اطار ترقية الاستثمار، ج ر، ع 67، الصادرة في 19/10/1994 .
- المرسوم التنفيذي رقم 96 - 308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج ر ع 55، الصادرة في 25 سبتمبر 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 2000-81 المؤرخ في 09/04/2000 يحدد شروط استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته ج ر، ع 21، الصادر في، 12/04/2000.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر، ع 48، الصادرة 28 جوان 1998 .
- المرسوم التنفيذي رقم 68-16 المؤرخ في 23/01/1968 المتضمن منح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها، ج ر، ع 8، الصادرة بتاريخ 26/01/1968
- المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 اوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ع 48، الصادرة في 05 اوت 2018.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-404 المؤرخ في 29/12/2020 يحدد كيفيات تسيير وتفويض الإعتمادات المالية، ج ر، ع 80، الصادرة في 29/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 21-62 المؤرخ في 08/02/2021 يحدد اجراءات التسيير الميزانياتي والمحاسبي الملائمة لميزانيات المؤسسات ذات الطابع الاداري والهيئات والمؤسسات العمومية الاخرى المستفيدة من تخصيصات ميزانية الدولية، ج ر، ع 11، الصادرة 15/02/2021.

قائمة المصادر والمراجع

- المرسوم التنفيذي رقم 20-404 المؤرخ في 29/12/2020 يحدّد كفاءات تسيير وتفويض الإعتمادات المالية، ج ر، ع 80، الصادرة في 29/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-354 المؤرخ في 30/11/2020 يحدد العناصر المكونة للتصنيفات اعباء ميزانية الدولة، ج ر، ع 73، الصادرة بتاريخ 06/12/2020
- المرسوم التنفيذي رقم 20-335 المؤرخ في 22 نوفمبر 2020 الذي يحدد كفاءات تصميم وإعداد الإطار الميزانياتي المتوسط المدى، ج ر، ع 71، الصادرة بتاريخ 02/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-353 المؤرخ في 30 نوفمبر 2020 الذي يحدد كفاءات العناصر المكونة لتصنيف إيرادات الدولة، ج ر، ع 73، الصادرة بتاريخ 06/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-383 المؤرخ في 19/12/2020 يحدد شروط وكفاءات حركة الاعتمادات المالية وكذا كيفية تنفيذها، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 27/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-384 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020 الذي يحدد شروط تنفيذ إعتمادات الدفع المتوفرة خلال الفترة التكميلية، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 27/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-385 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020 الذي يحدد كفاءات تسجيل واستعمال الأموال المخصصة للمساهمات بعنوان البرامج المسجلة في ميزانية الدولة، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 27/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-386 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020 الذي يحدد شروط استعادة الإعتمادات المالية، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 27/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-387 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020 الذي يحدد كفاءات إعداد جدول التعداد المرفق بمشروع قانون المالية للسنة، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 27/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-403 المؤرخ في 26 ديسمبر 2020 الذي يحدد شروط نضج وتسجيل البرامج. ج ر، ع 80، 29/12/2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 14-320 المؤرخ في 20/11/2014، يتعلق بالاشراف على المشروع والاشراف المنتدب على المشروع، ج ر، ع 68، الصادرة في 23 نوفمبر 2014. المعدل والمتمم.

قائمة المصادر والمراجع

- المرسوم التنفيذي رقم 21-62 المؤرخ في 08/02/2021 يحدد اجراءات التسيير الميزنياتي والمحاسبي الملاءمة لميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري والهيئات والمؤسسات العمومية الاخرى المستفيدة من تخصيصات ميزانية الدولة، ج ر، ع 11، الصادرة بتاريخ 2021/02/15.
- المرسوم التنفيذي 19-197 المؤرخ في 10/07/2019 يعدل ويتم المرسوم 14-320 المتعلق بالاشراف على المشروع والاشراف على المشروع المنتدب، ج ر، ع 45 لسنة 2019.
- المرسوم تنفيذي رقم 15-305 المؤرخ في 06 ديسمبر 2015، المتضمن الموافقة على دفتر الشروط، ج ر، ع 66، الصادرة في 09/12/2015.
- المرسوم التنفيذي رقم 88-131، المؤرخ في 04 جويلية 1988 المنظم للعلاقة بين الإدارة والمواطن، ج ر ع 27، الصادرة بتاريخ 06/07/1988.
- المرسوم التنفيذي رقم 23-361 المؤرخ في 17 اكتوبر 2023 الذي يحدد قائمة قطاعات الانشطة ومناصب عمل التي تتطلب تنفيذ حد أدنى من الخدمة إجباريا، وقائمة القطاعات والمستخدمين والوظائف الممنوع عليهم اللجوء الى الإضراب، ج ر، ع 67، الصادرة بتاريخ 18 اكتوبر 2023.
- المرسوم التنفيذي رقم 88-131 المؤرخ في 04 يوليو 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر، ع 27، الصادرة بتاريخ 06 جويلية 1988.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج ر، ع 15، الصادرة بتاريخ 21 مارس 2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 09-148 المؤرخ في 02 مايو 2009، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج ر، ع 26 الصادرة بتاريخ 03 مايو 2009.
- المرسوم التنفيذي رقم 04-417 يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج ر، ع 82، الصادرة بتاريخ 22 ديسمبر 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- المرسوم التنفيذي رقم 11-75 المؤرخ في 16 فيفري 2011، المؤرخ في 16 فيفري 2011، يحدد صلاحيات المصالح الخارجية للمديرية العامة للميزانية وتنظيمها وسيرها، ج ر، ع 11، الصادرة بتاريخ 20 فيفري 2011.
- القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها و كفاءات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر، ع 21، الصادرة بتاريخ 9 أبريل 2014.
- القرار مؤرخ في 28 مارس 2011 الذي يحدد البيانات التي يتضمنه الإعذار واجال نشره، ج ر، ع 24، الصادرة بتاريخ 20 ابريل 2011.
- التعليمات الوزارية رقم 842/94.3 الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة، تتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها. تم إصدارها بتاريخ 7 ديسمبر 1994، والموجهة إلى الولاية بالاتصال مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية، رؤساء المندوبيات التنفيذية.
- المنشور رقم 7336 المؤرخ في 2022/10/04، النشاط تقسيم عملي للبرنامج، وزارة المالية، المديرية العامة للميزانية.
- المنشور رقم 1174 المؤرخ في 2023/02/13، شرح كفاءات تفويض التسيير وتحديد قواعد وشروط تنفيذه، وزارة المالية.
- المنشور رقم 1403 المؤرخ في 2023/02/28، شرح كفاءات تفويض -تفويض الاشراف على المشروع- للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والهيئات الأخرى.
- المنشور رقم 5959، مصدر سابق وكذا المنشور رقم 5959 المؤرخ في 2022/08/17 المتعلق بالتسيير الانتقالي لاعتمادات البرنامج الجاري والموقوف بتاريخ 2022/12/31 بعنوان البرنامج القطاعي غير الممركز.
- التعليمات رقم 06 مؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية.

قائمة المصادر والمراجع

- التعليم الوزير الاول رقم 348 المؤرخة في 25 ديسمبر 2014 الرامية إلى تعزيز التوازنات الداخلية والخارجية للبلاد بسبب الازمة المالية 2014.
- البرقية عن أمين العام وبتفويض من وزير الداخلية إلى الولاة تحت رقم 2067 بتاريخ 27 جوان 2019.
- وزارة المالية، المديرية العامة للميزانية، معجم المصطلحات القانون المتعلقة بقوانين المالية، 2021.
- 2- المصادر العربية:**
- القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، ج ر، ع 4505، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2006.
- القانون رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ح.ر، ع 06 مكرر(أ)، الصادرة في 18 ماي 2010.
- القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في أول افريل 2008 المتعلق بنظام اللزّامات، رر، ع 028 الصادر بتاريخ 04/04/2008.
- القانون 49-2015 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015 يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، المعدل ر ر، 1 ديسمبر 2015، ع 9.
- القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرخ في 09 ماي 2018، يتعلق بالجماعات المحلية، رر للجمهورية التونسية، ع 39 مؤرخ في 15 ماي 2018.
- القانون عدد 9 لسنة 2021 مؤرخ في 1 مارس 2021 يتعلق بالمصادقة على مرسوم رئيس الحكومة عدد 24 لسنة 2020 المؤرخ في 28 ماي 2020 المتعلق بضبط أحكام خاصة بحالات التمديد في عقود اللزّامات، رر، ع 22، الصادر بتاريخ 05/03/2021.
- القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، ج ر، ع 5058، الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 2002.
- القانون رقم 49 لسنة 2015 المؤرخ في 27/11/2015 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، رر، ع 096، الصادرة في 01 ديسمبر 2015.

قائمة المصادر والمراجع

- الأمر عدد 2034 لسنة 2008 المؤرخ في 26 ماي 2008 يتعلق بضبط كيفية مسك دفتر الحقوق العينية الموظفة على البنايات والمنشآت والتجهيزات الثابتة المنجزة في إطار اللزمات، رر ع 045، الصادر بتاريخ 2008/06/03.
- القانون رقم 12-86 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 2014، ج ر، ع، 6328 الصادرة بتاريخ 2015/01/22.
- الأمر الحكومي عدد 1185 لسنة 2016 مؤرخ في 14 أكتوبر 2016 يتعلق بضبط تنظيم وصلاحيات الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، رر، ع 085، الصادر بتاريخ 2016/10/18.
- الأمر الحكومي عدد 316 لسنة 2020 مؤرخ في 20 ماي 2020 يتعلق بضبط شروط وإجراءات منح اللزماتومتابعتها، رر، ع 045، الصادر بتاريخ 2020/05/20.
- الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بالصفقات العمومية، ج ر، عدد 22، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2014 المعدل بموجب الامر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، الصادر في 11 ماي 2018.
- المرسوم رقم 2.06.362 المتعلق بتطبيق المادة 05 و 12 من القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة ج ر، ع 5454، الصادرة بتاريخ 07 سبتمبر 2006.
- المرسوم رقم 2.06.362 المتعلق بتطبيق المادة 05 و 12 من القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة ج ر، ع 5454، الصادرة بتاريخ 07 سبتمبر 2006.
- المرسوم 2-12-349 المتعلق بالصفقات العمومية المؤرخ في 20 مارس 2013، ج ر، ع 6140، الصادرة بتاريخ 04 افريل 2013.

3- المصادر الأجنبية

- القانون رقم 2018-670 المؤرخ 30 يوليو 2018 بشأن حماية سرية الأعمال، الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 0174 بتاريخ 31 يوليو 2018.
- Directive 2014/23/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94/1 le 28.3.2014.

- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [abrogée par la directive 2014/24/UE].
- loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (*JORF* n° 33 du 8 février 1992) page 2064.
- Loi n°95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement *JORF* no 29 du 3 février 1995, p. 1840.
- Loi n°127-95 du 08 fevrier1995, relative aux marchés publics et délégations de service public *JORF* n°34, p2186 voir <https://www.legifrance.gouv.fr/>.
- Loi n° 2001/1168 du LOI 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JORF* n°288 du 12 décembre 2001 page 19703.
- Loi n 2016-1691 du 09 dec2016 relative a la transparence, a la lutte contre corruption modernisation de la vie économique, *JORFn* 287, voir sur:
- Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique,
- Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.
- Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.
- Loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique, *JORF* n°0301 du 28 décembre 2019 .
- Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance,
- ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, *JORF* n°0281 du 5 décembre 2018.
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, *JORF* n°0025 du 30 janvier 2016.
- Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics
- Ordonnance n° 04-559 du 17 Juin 2004, portant création du contrat de partenariat public-privé
- ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ; abrogée le 1er avril 2016.
- Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en

relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, JORF n°0074 du 26 mars 2020.

-Ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire.

- Ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif.

- Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics, JORF n°57 du 8 mars 2001, p. 37003.

- décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique., JORF n°0281 du 5 décembre 2018.

- Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (rectificatif) .

- l'arrêté du 22 mars 2019 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession, JORF n°0077 du 31 mars 2019, disponible sur le site

- Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec. P. 14.

- CE 7 /10 SSR, du 26 juillet 1996, 130363 130450, mentionné aux tables du recueil Lebon.sur site

- CE, 17 décembre 1982, n°232936).

- CE 09 Mars 1951 ,Rec.Leb ,p: 151.

- CE, Sect. 10 mai 1974, n°88032)..

- CE, du 10 janvier 1902, 94624, publié au recueil Lebon, sur site <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

- CE, sect., 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, n°38661, Rec. p. 60.

- CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways*.

-CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux*, S. 1916, 3, 17, concl Chardenet, note Hauriou.

- CE, 10 avril 1970, *Sieur Beau et Lagarde*, Lebon, P. 243.

- CE 20 oct. 2006, n° 287198, *Communauté d'agglomérations Salon-Etangde-Berre-Durance*, Lebon.

-Résumé de CE 23 déc. 2009, n° 328827, *Établissement public du musée et du domaine*.

.Octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n° 289234 CE, 20.

- CE, 24 juin 2011, *Commune de Bourgoin-Jaillieu*, n°347889 sur validité des offres.

- CE, 21 juin 2000, *SI des Côtes-d'Armor*, n° 209319.

-CE,15 juin 2001, *SI d'assainissement de et de la Flotte-en-Ré*, n° 223841.

- C.E, 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, n° 336120.
- C.E. fr., 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen, III., p. 17.
 - C.E. fr., 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, GAJA, p. 123.
 - CJCE, 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, préc., pt. 40.
 - CE, Avis, Section des finances, n° 364 803 du 8 juin 2000., et CAA Bordeaux, 26 juin 2018, Société Astriam Sécurité Aquitaine, n° 16BX01768..
 - CE, 3 mai 1961, *Sté Entreprise Thomas Kotland et Office HLM département Seine*, Lebon, P. 290.
 - CE, Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon, P. 246 ; *AJDA*, 1958, P. 282, concl. Kahn .
 - CE, 4 juin 2014, *Commune d'Aubigny-les-Pothées*, req. n° 368895 .
 - CE, 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, Rec. CE, p. 572.
 - CE 31 juillet 2009 Ville de Grenoble, Société Gaz électricité de Grenoble (GEC) n° 296964 et 297318.
 - CE, 30 septembre 1996, Sté Stéphanoise des Eaux et Ville de Saint-Étienne, req. n° 156176.
 - CE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, 2008.
 - CE, 11 mars 1910, Cie générale française des Tramways, Lebon P. 216. concl. Blum.
 - CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, rec. 137, *Le Moniteur des TP* 3 mai 1996, p.50.
 - CE, 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, Rec. CE, p. 572.
 - CE 31 juillet 2009 Ville de Grenoble, Société Gaz électricité de Grenoble (GEC) n° 296964 et 297318
 - CE, 30 septembre 1996, Sté Stéphanoise des Eaux et Ville de Saint-Étienne, req. n° 156176.
 - CE, 11 mars 1910, Cie générale française des Tramways, Lebon P. 216. concl. Blum.
 - CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, rec. 137, *Le Moniteur des TP* 3 mai 1996, p.50.
 - CE, 17 décembre 1926, Société des chantiers de l'Adour..
 - CE, 20 décembre 1935, Descours, Rec. 1100.

- CE., 7 juin 1939,. Pichol, Rec. p. 379.
- CAA Nantes, 5 novembre 1998, Mutuelles du Mans Assurances, n° 94NT00398.
- CE, 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, req. n° 184722, à publier au Recueil Lebon.
- CE, 11 décembre 1991, Société niçoise pour l'extension de l'aéroport (SOPEXA), n° 81588, CE, 8 janvier 1925, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire, Rec. p. 28.
- CE, 20 juin 2018, n°408507, <https://www.conseil-etat.fr/>.
- CE, 20 mars 1957, Société des établissements thermaux d'Ussat-les-bains, n° 33114 ; CE, 20 octobre 2000, Société Citecable Est, n° 196553. -CE, 7 décembre 2012, Commune de Castres, n° 351752.
- -CE, avis du 6 mars 1986, EDCE 1987, n° 38, P. 178.
- CE, Sect., 19 mars 1971, Sieurs Mergui, Lebon, P. 235, conclusions Rougevin-Baville.
- CE 15 avr. 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, AJDA 1996. Rec. p.137.
- CE, avis, n°356931 du 9 mars 1995 et avis n°357262 du 28 septembre 1995, EDCE 1995 p. 399 et 402 .
- CE, 29 octobre 2004, M. Sueur et autres, req. n°269814).
- CE, avis, sect. trav. publ., 9 mars 1995, n 356931,EDCE n 47/1995, p. 399 : v. Brenet F., La délégation unilatérale de service public, AJDA 2013, p. 1435.
- CE,17 juin 2009, Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte, requête n° 297509.
- CE 25 mars 1988, Commune d'Hyères c. Serre, n° 61257.
- 5 octobre 2007 Société UGC-Ciné-Cité n°298773.
- CE 21 novembre 1958 *Syndicat national des transporteurs aériens*, req. n^{os} 30693 et 33969 : publié au Rec.
- CE 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, concl. N. Boulouis - CE 20 oct. 2006, Commune d'Andeville, AJDA 2006. 2340, concl. D. Casas.
- CE 7 nov. 2008, n° 291794, Département de la Vendée.
- CE 5 juin 2009 Société Avenance-Enseignement et Santé, req. n° 298641.
- CE, 14 février 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, n°405157.
- CE Sect. int et fin. avis 7 avril 1987 Régime des services de transport scolaire n° 341356.
- CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux, S. 1916, 3, 17, concl. Chardenet.

- CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. CE 1910, p. 193.
- CE 30 juin 1999, syndicat mixte de traitement des ordures ménagères, Recueil Lebon, n°198147.
- CE, 25 juillet 2001, Ville de Toulon, DA octobre 2001, n°211.
- CE, 21 juin 2000, SI des Côtes-d'Armor, n° 209319.
- Avis du Conseil d'Etat du 7 oct. 1986, n° 340609, cité in circulaire du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, JO 20 déc. 1987.
- CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 09/12/2016, 396352.
- CE 21 septembre 2016, Sté du Grand Dijon et Sté Kéolis, n° 39965.
- Circulaire du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, JO du 20 décembre 1987, p. 14863 ,
- CE, 28 juin 1963, Sieur Narcy, requête numéro 43834
- CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes, n° 416825, 416947).
- CJUE 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, aff. C-274/09, AJDA 2011.
- CE, 11 août 2009, Soc. Maison Comba, n° 303517).
- CE, 15 décembre 2006, « Société Corsica Ferries », n° 298618.
- CE, 24 juin 2011, Commune de Bourgoin-Jaillieu, n° 347889 sur validité des offres.
- L'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, publié au Journal officiel du 7 décembre 2023 (NOR : ECOM2332367V), fixe les nouveaux seuils de procédure formalisée pour la passation des marchés publics et des contrats de concession conformément aux règlements délégué (UE) 2023/2495, 2023/2496, 2023/2497 et 2023/2510 de la Commission publiés au JOUE du 16 novembre 2023.
- L'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques JORF n°0077 du 31 mars 2019.
- Règlement 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution
- QE AN n° 77941 - 13/07/2010 (Défaillances du service postal et offre présentée hors délai, Question publiée au JO le : 04/05/2010 -Questions écrites au sénat ou à l'assemblée nationale - Réponses ministérielles, QE AN n°95948
- 27 juin 2006 - Frontière entre les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat, Question publiée au JO le : 06/06/2006 page : 5770, Réponse publiée au JO le : 27/06/2006.

– Nicolas Guillet, Redevance, Dictionnaire d'administration publique (2014), pages 413 à 414.

ثانيا: مراجع باللغة العربية

1-مراجع عامة:

– عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

– منية شوايدية، خصوصية المؤسسات العامة في التشريع الجزائر والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2018.

– عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، ط6، الجزائر.

– نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، ابجزائر، 2010.

– النوي خرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، 2018.

– محمد الصغير بعلي، القانون الإداري -النظيم الإداري-النشاط الإداري، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، 2004.

– ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1996.

– مهند نوح، القانون الإداري، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.

– سليمان الطماوي الوجيز في القانون الإداري-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

– محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الاداري المرافق العامة، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الاسكندرية، ب س ن

– سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998-1999.

– زكرياء المصري، العقود الادارية مابين الالزام القانوني والواقع العملي، دراسة مقارنة محلية دولية، دار الفكر والقاون، منصوره، 2014.

- مصطفى السيد الدبوس، تـمـيـن خـدـمـات الـدـولـة فـي إطـار ما يـقـدمـه الـمـرفـق الـعـام مـن خـدـمـات دـارـسـة تـحـلـيـلـيـة، ط1، المـركـز العـربـي للـنـشـر والتـوزـيـع، مـصـر، 2019.
- عماد صوالحية، السلطات الاقتصادية المستقلة في الأنظمة العربية، E-Kutub Ltd، 2020.
- رابـس وـفـاء، نـظـام التـسـيـير بـالـأهـداف فـي المـؤسـسات العـامـة بـيـن النـظـريـة والتـطـبـيـق، دـار الـيـازـورـي العـلمـيـة للـنـشـر والتـوزـيـع، عـمـان. ب د س.
- صـفـوان المـبـيـضـين، الـادـارـة المـحـلـيـة مـداخـل التـطـوـير، دـار الـيـازـورـي العـلمـيـة للـنـشـر والتـوزـيـع، عـمـان، 2020.
- إسماعيل علي شكر، مجيد جواد مهدي، مشاريع القطاع الخاص ودورها في الحد من البطالة، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2016.
- علي مجيد العكيلي ولمى علي الظاهري، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2018.
- خالد خليفة، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، دار الفجر النشر والتوزيع، مصر. ب س ن.
- مازن ليلو راضي، القانون الإداري، منشورات الاكاديمية العربية في الدنمارك، 2008، بـدـد
- شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية B.O.T دراسة مقارنة، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- حميدي القبيلات، قانون الإدارة العامة الإلكترونية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- فتوح محمد الهنداوي، القاضي الإداري التوازن المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، 2016.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي القاهرة ، 1991.

- سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد-دراسة مقارنة-، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2020.
- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
- سعيد السيد علي، امتيازات الإدارة العامة، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019.
- رشدان علي محمود، الوساطة لتسوية النزاعات بين النظرية والتطبيق، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، ب س ن.
- صدام محمد عبودي العوايشة، التحكيم في منازعات العقود الإداري -دراسة تحليلية مقارنة -، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.
- نسرين جابر الهادي، القضاء الإداري المستعجل-دراسة مقارنة-، المركز العربي للتوزيع والنشر، مصر، 2017.
- ميادة عبدالقادر احمد، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العام بين الواقع والمأمول دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2014.
- 2-مراجع متخصصة:**
- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر
- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة(الامتياز-الشركات المختلطة-BOT-تفويض المرفق العام) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- وليد حيدر جابر، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العمومية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان، 2009.
- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، دار بلقيس، الجزائر، 2010 .
- جهاد زهير ديب الحرازين، الاثار المترتبة على عقد الامتياز دراسة نظرية مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، 2015.

- حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير-دراسة مقارنة-، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، ط1، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، 2003.
- محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام-دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015
- ستار جبار البدري، العقود الادارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الادارية دراسة تحليلية مقارنة، ط1، مكتبة زين الحقوقية والادبية ش.م.م لبنان، 2018.
- يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاتها عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البوت(B.O.T) دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017.
- يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في ادارة المرافق العامة الاقتصادية دراسة مقارنة، مفاهيم تشاركية بين القطاعين العام والخاص نماذج عقدية تطبيقية في تقنية تفويضات المرفق العام، B.o.T، ط1، دار الفكر، دمشق، 2010.
- وفاء محمود أحمد البيواني، المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
- عزالدين بدري، إدارة المرافق العامة المحلية وإستثمارها في القانون الجزائري، النشر الجامعي الجديد، 2022.
- عبد الله الحدّاد، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبري، منشورات عكاظ، سنة 2001.
- ZOUAIMIA Rachid, **La délégation de service public au profit de personnes privées**, Maison d,édition Belkeise. Alger, 2012.

ثالثا: الرسائل الجامعية

1- أطروحات الدكتوراه

- نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون العام، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، سنة، 2011-2012.

- بن عبد المالك بوفلجة، تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية - في الجزائر -
، أطروحة الدكتوراه في التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
جبلالي ليابس، سيدي بلعباس 2018-2019.
- ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، اطروحة الدكتوراه كلية
الحقوق، جامعة عين الشمس، 2003.
- محمود شحات، قانون الخوصصة في الجزائر، اطروحة الدكتوراه في القانون، جامعة قسنطينة،
2007.
- صونية نايل، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، اطروحة الدكتوراه، قانون
اداري، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2017-2018.
- عصام صبرينة، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري،
اطروحة الدكتوراه، قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي
وزو، 2020/07/08.
- لكل صالح، مدى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، اطروحة الدكتوراه، قانون، جامعة
مولود معمري ، تيزي وزو، 14 ماي 2018.
- نصر عبد الوهاب رجب الزرو، مبدأ إمكانية مواكبة المرفق العام للتغيرات التي تطرأ عليه،
اطروحة الدكتوراه، قانون إداري متخصص، كلية الحقوق جامعة جبلالي ليابس سيدي بلعباس،
2020-2021.
- اكحل محمد، الحكامة المالية وترشيد الإنفاق العام (دراسة حالة إصلاح المالية العامة في
الجزائر)، اطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حاج لحضر 01، باتنة، 2019-2020.
- عكوش فتحي، الاطار القانوني للمشاركة في تسيير المرفق العام في الجزائر، اطروحة الدكتوراه
تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020
- بو عنق سمير، تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، اطروحة الدكتوراه
قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2021-
- 2022.
- مدون كمال، الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العامة الإدارية، اطروحة الدكتوراه قانون عام،
كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة جبلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2019-2020.

- سهام رابحي، تحسين الخدمة العمومية على مستوى الإدارة المحلية في الجزائر، أطروحة الدكتوراه، إدارة محلية، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة باتنة-1، 2018-2019.
- عتيق حبيبة، القرارات الإدارية المنفصلة-دراسة نظرية تطبيقية، أطروحة دكتوراه قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019.
- قرير نواره، مبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، أطروحة الدكتوراه، قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022-2023.
- منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة دكتوراه قانون اعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016.
- رضا بشقورة، تقوضات الهيئات المرفقية للجماعات المحلية، رسالة دكتوراه، قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2019-2020.
- احمد البرعي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص الجماعات المحلية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف، سنة 2022-2023.
- خليل إيمان، حماية الغير في العقود، أطروحة دكتوراه قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2018-2019.
- 2-مذكرات الماجستير**
- بن مبارك راضية، التعليق على التعليم رقم 842/94.3 المتعلقة بامتياز المرافق العامة وتاجيرها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2001/2002.
- بدري عز الدين، المرفق العام المحلي كآلية لتطوير التنمية المحلية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2016-2017.
- رابعا: الدوريات**
- نمديلي رحيمة وبيوبش صلحية، الخدمة الشاملة و تأثيرها على مقاربة المرفق العام في الجزائر، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، ع01، 2023.
- الشيكور سليمة، وليد عقون، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة متون، جامعة مولا الطاهر، سعيدة، المجلد 10، العدد 05، 2017.
- يحي محمد، قراءة نقدية لمفهوم التدبير المفوض على ضوء مستجدات قانون 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرفق العام، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 80، 2008.

- مريم قطاف، البعد الاجتماعي لعقود تفويض المرافق العامة من خلال مكانة المنتفعين (دراسة مقارنة بين كل من الجزائر، تونس، المغرب)، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الاول لسنة 2022.
- غيلاني عبد السلام، أحسين عثمانى، التسيير المفوض كآلية لتحسين خدمات المياه والتطهير في الجزائر، مجلة التكامل الإقتصادي، ع06، 2018.
- بنور اسماء، بنور قويدر، الحدود الفاصلة بين احكام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2021.
- سمية بن علي، دور المشاريع المشتركة في الرفع من تنافسية المؤسسات المقاوله من الباطن : دراسة تحليلية تقييمية لقطاع الصناعات الميكانيكية في الجزائر، مجلة دراسات، جامعة عمار ثليجي، العدد82، اكتوبر 2019.
- جميلة قدودو، وافي محمد، تطور النظام القانوني لتفويضات المرفق العام في الجزائر، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، جامعة جيجل، المجلد 07، العدد01، 2022.
- رحال بن عمر، امتياز المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة الادارة، العدد01، 1994
- العربي وردية، الشركة ذات الاقتصاد المختلط في النظام القانوني الجزائري، مجلة دراسات قانونية، العدد 12، 2011.
- حاج جاب الله أمال، الاطار القانوني لقوانين المالية، دراسة تحليلية للقانون العضوي 18-15، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة المجلد06، العدد06، 2021.
- عبدالحميد مهري-قسنطينة2، مراحل انجاز مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفق النموذج الفرنسي والبريطاني -دروس مستخلصة للجزائر- مجلة دراسات اقتصادية، المجلد 07 العدد01 جوان 2020.
- لخضر بن علي، تكريس ميزانية مستدامة من خلال تطبيق أحكام القانون العضوي رقم 18-15 المتعلق بقوانين المالية، مجلة ادارة اعمال والدراسات الاقتصادية، مجلد 01 العدد 09، 2023.
- عبدالحكيم سعاد، دور تفويض الإعتمادات في تحقيق عدم التركيز المالي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد17، العدد01، 2022.

- محمد بوسماح، الارث الاستعماري، للمفهوم القانوني للمرفق العام، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 51، عدد 02، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر.
- مجناح حسين وبركات محمد، قابلية المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 03، 2022.
- ضريفي نادية، لجلط فواز، إشكالية الطبيعة القانونية لعقد الامتياز المرفق العام في الجزائر، مجلة المنارة للدراسات القانونية الإدارية، العدد 34، يونيو 2021.
- ضريفي نادية، سلامي سمية، المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد 02، 2020.
- نصر عبد الوهاب رجب الزرو، حامد محمود عصفرة، النظام القانوني لعقد امتياز المرافق العمومية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 01، 2020.
- كواديك حمزة، التجربة الجزائرية في تطبيق عقد الإمتياز كاحد الاساليب لمشاركة القطاع الخاص لإدارة وتسيير المرافق العمومية، مجلة آراء للدراسات الاقتصادية والإدارية، ع 01، 2021.
- سيهوب سليم، خصوصية تفويض المرفق العام في إطار عقد الامتياز المقترن بالأشغال العامة (عقد الامتياز المختلط)، مجلة التعمير والبناء، ع 02، جامعة بن خلدون تيارت، 2022.
- عايلي رضوان، الإدارة الجزائرية وعقود امتياز الاملاك الوطنية، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية و الانسانية، ع02، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، 2018.
- مدون كمال، تفويض المرافق العامة اسلوب جديد مؤجل التطبيق، مجلة القانون العام الجزائري، ع01 جامعة جيلالي اليابس، جانفي 2018.
- بلباي كريمة، بن بعلاش خاليدة، إستقلالية الضبط الاقتصادي في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ع17، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021.
- شيماء مبارك، إستراتيجية الخوصصة في المؤسسة الجزائرية، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة مسيلة، ع26، سبتمبر، 2016.
- محمد زرقون، إنعكاسات إستراتيجية الخوصصة على الوضعية المالية للمؤسسة الاقتصادية -دراسة حالة بعض المؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مجلة الباحث، عدد 07، 2009.
- بن ساحة يعقوب، بن الأخضر محمد، الأمن القانوني في مواجهة الضبط الاقتصادي في الجزائر، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة مسيلة، ع03، 2020.

- سمير بوعيسى، إشكالية الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تسيير المرافق العمومية بالجزائر، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، ع20، 2020.
- ريغي هشام، نداعيات الأزمة النفطية الراهنة على الجزائر وأهمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة في ترقية الصادرات الصناعية التحويلية، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، جامع العربي بن مهدي . ام البواقي، ع01، 2016.
- بوشليط هاجر أميرة، إشكالية الإنفاق العمومي في الجزائر وأزمة تراجع أسعار النفط سنة 2014، المجلة الجزائرية للعولمة والسياسات الاقتصادية، ع07، 2016.
- بن فرج زوينة، مريم ربيعي، معايير المحاسبة الدولية آلية لترشيد الإنفاق الحكومي، مجلة دراسات في الاقتصاد وإدارة الاعمال، ع01، 2018.
- بن حركو غنية، النظام المحاسبي المالي ومعايير المحاسبة الدولية -دراسة مقارنة-، مجلة دراسات اقتصادية، ع04، 2017.
- قاصدي فايزة، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الحجم 6، العدد1، 2015.
- مهدي بخدة، النظام القانوني للاستقالة - دراسة في التشريع الوظيفي الجزائري-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، ع02، 2019.
- عمراني كمال الدين، النظام القانوني للمرافق العمومية والنتائج القانونية المترتبة عنها، مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، مركز الجامعي سي الحواس بريكة، م05، ع01، 2022.
- اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادرار، ع02، 2018.
- كمال فار، الخدمة العمومية المقاربة النظرية والجذور التاريخية، مجلة المفكر، جامعة الجزائر 02، ع02، ديسمبر 2020.
- ضريفي نادية، جودة الخدمة العمومية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ع04، 2016.
- عكوش فتحي، ضمان الخدمة العمومية في تفويض المرفق العام، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة المجلد05، العدد01، 2020.
- قمار خديجة، رقمنة الصفقات العمومية-المتطلبات والتحديات-، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد06، المركز الجامعي أفلو، ع02، 2023.

- سنوساوي سمية، الإدارة الإلكترونية حتمية المرفق العام ما بعد الجائحة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي تبازة، ع02، 2021.
- أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، الإعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة تحليلية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنوفية مصر، المجلد 52، ع03، 2020.
- شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، العدد02، 2020.
- بن عابد مختار وآخرون، إجراءات تطبيق مبدأي الإعلان والمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد05 ع01، 2022.
- محمد شرمبطي، حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود التفويض المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية - المجلد 05، ع01، 2020.
- مانع سلمى، الطرق البديلة المستحدثة لحل المنازعات الإدارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 26، 2012.
- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قراءة في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام رقم:247/15، دفاثر السياسة والقانون، 2017 .
- فاتح خلاف، الوساطة لحل النزاعات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، محمد خيضر، العدد02، 2014.

خامسا: المداخلات

- نادية ضريفي، تفويض المرفق العام في الجزائر الملتقى الدولي الاول الموسوم بـ "المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية"، 22 و 23 أفريل جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، 2015.
- وافي محمد، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية وعلاقتها بالحفاظ و ترشيد المال العام، ملتقى وطني إفتراضي، الصفقات العمومية وحماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، يوم الأحد 12 ديسمبر 2021.

سابعا: المواقع الإلكترونية

- البوابة الحكومية للخدمات العمومية، <https://bawabatic.dz/>
- لميلود بوطريكي، التدبير المفوض للمرافق العامة والمنافسة، المجلة الالكترونية للدراسات والابحاث القانونية، الموقع <https://www.9anonak.com/>

- عبدالله كوعروس، التدبير المفوض للخدمات الترابية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد خاص بالجماعات الترابية، / 2019 ، المقال متاح على الموقع <https://search-emarefa-net.snd11.arn.dz/ar/viewer/BIM-891979>
- الموسوعة القانونية الشاملة، العقود الادارية بين النظرية والتطبيق، بحث ودراسة قانونية، على الموقع <https://www.universal-legal-encyclopedia.com/>
- محمد سعيد السعدي، الشراكة بين القطاع والقطاع الخاص، بحث منشور متاح على الموقع <https://www.annd.org>
- دليل الصفقات العمومية في الجزائر ، الطبعة 2021، المنجز من طرف وزارة المالية بالتعاون مع منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية OCDE متاح على الموقع www.oecd.org/editions/corrigenda
- مقال للباحث Raymundie Olivier بعنوان تعريف عقود الامتيازات ومعايير الامتياز <https://boutique.lemoniteur.fr/>
- Le maintien de la notion de délégation de service public à l'épreuve de la réforme de 2016 <https://www.doctrinactu.fr/> .
- Les grands axes de la réforme de la commande publique : plus de simplicité pour plus de croissance, <https://www.economie.gouv.fr/>
- Code de la commande publique au 1er avril 2019 et nouveaux textes applicables, la vie communale et départementale, n° 1085, avril 2019, site <https://amf83.fr/>.
- Typologie des PPP : comparaison juridique et terminologique des PPP dans les conceptions française et anglo-saxonne, <https://ppp.worldbank.org/>.
- <http://www.finances.gov.tn/sites/default/files/2022-01/br177521.pdf>.
- le contrat de delegation de service public <https://www.parme-avocats.com/>.
- Partenariats public-privé en Méditerranée ,site <https://www.ipemed.coop>
- 1 relatif aux contrats de partenariat, Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, <https://www.economie.gouv.fr>
- cossalter, Philippe,, Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens. <http://www.sciencespo.fr> .
- Gilles J. guglielmi, une introduction au droit du service public, Collection « Exhumation d'épuisés » <https://web.archive.org/>.
- La tarification des services publics locaux Dsponible sur le site <https://www.courrierdesmaires.fr>.
- Les lois du service public : continuité, adaptabilité, égalité sur site <http://fallaitpasfairedudroit.fr>.
- Serge Pugeault, La commande publique en période de crise sanitaire, <http://lemoniteurboutique.com>.

- Alain Bénard, François Baroin, maîtrise de La négociation dans les MAPA, 4 ème EDITION DU Guide de la négociation dans la procédure adaptée, 2021, Disponible sur le site : www.aapasso.fr.

ثامناً: التقارير

- التقرير الخاص بالتدبير المفوض للمرافق العمومية في خدمة المرتفق، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، إخطار رقم 18-2015، المنشور على الموقع الإلكتروني www.cese.ma

- تقرير حول التدبير المفوض للمرافق العامة المحلية، تقرير المجلس الأعلى للحسابات 2014،

الموقع الإلكتروني <http://www.courdescomptes.ma>

- التقرير بعنوان اجتماع الخبراء المتعدد السنوات بشأن تقييم أثر الشراكات بين القطاعين العام والخاص في التجارة والتنمية في البلدان النامية، المنعقد في قصر الأمم، جنيف، في الفترة من 26-28 من مارس 2013، متاح على الموقع: <https://unctad.org/>.

- المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، الشراكة عام خاص، نشرية رقم 02، على الموقع <https://www.cnese.dz/>

- Rapport no 3028, fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur le projet de Loi no 2990 Portant mesures urgentes de reformes à caractères économique et financier, par Nicole BRICQ, JO AN, documents parlementaires, avril 2001 <https://www.assemblee-nationale.fr>.

- Rapport n° 61 (1992-1993) de M. Christian BONNET, déposé le 25 novembre 1992 <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/a91922918.html>.

تاسعاً: القنوات واليوتيوب:

- المرافق العمومية في الجزائر في حالة مزرية (تقويض المرفق العام)، متاح على اليوتيوب بتاريخ <https://www.youtube.com/watch?v=AI4TtEfczEQ> 18 فيفري 2020.

عاشراً: المراجع باللغة الأجنبية:

1- المراجع العامة

- auby Jean-François, **les services publics locaux**, coll.« que-sais-je », PUF, Paris, 1982.
- Xavier Bezançon, **Essai sur les contrats de travaux et de services publics contribution à l'histoire administrative de la délégation de missions publiques**, LGDJ, Paris, 1999.
- P.-L. Frier, J. Petit, **Droit administratif**, 9e éd. LGDJ, Coll. Domat droit public, Paris 2014.

- Marier.c Roualt, **droit administratif**, 5^e édition, LGDJ- Montchrestien, Lextenso edition, Paris 2009.
- Pieurre-laurant Firer ,Jacques Petit, **précis de droit administratif**, 5^e édition, éd. LGDJ- Montchrestien, Lextenso edition, Paris 2008.
- Renan Le Mestre, **Droit du service public**, Gualino éditeur, Paris, mai 2003.
- Martine lombard, **droit administratif**, 4^{em} edirion, Dalloz, 2001, paris.
- De laubadere(A), Modern(F), Delvolvé(P), **Traité des contrats administratifs**, Tome 2 L.g.D.A, paris.1983-1984.
- Pascal gonod, fabrice melleray, phillipe yolka, **traite de droit administratif**, Tome2, edition Dalloz, 2011.
- Nadine Dantonel-Cor, **droit des collectivités territoriales**,3em édition,Bréal, 2007.

2-المراجع المتخصصة

- Christian Bittinger, **la gestion déléguée des service publics dans le monde concession ou BOT "** , Berger-Levrault.Paris, 1997.
- Xavier Bezançon, « **Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France**, Actes du colloque du 14 et 15 novembre 1996 au Senat, RFDA 1997, no 3, no suppl.
- Hoepffner Hélène, **La délégation de service public : une notion condamnée ?** », in colloque « Délégation de service public : la « loi Sapin » 20 ans après, bilan et perspectives », Revue Lamy Collectivités territoriales, no 98, février 2014.
- Mireille Berbari, et autre, **délégations de service public**, Litec 2000,
- jean auby, **la délégation de service public**, 1^{er} edition, presses universitaires de France ,1995.
- Sébastien Platon, **Délégation de service public et concession de services en droit de l'Union européenne** AJDA 2013.
- Gros (m.) et kalfleche (G.), **Les conventions de délégations de service public** , Jurisclasseur Collectivités Territoriales, 2004.
- Pierre delvolve, **les contradictions de la délégation de service public** ; In AJDA actualité juridique ; 1996.
- Philippe ; **la notion de convention de délégation : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire**”, In périodique AJDA Actualité Juridique,1996.

الحادي عشر: الدوريات باللغة الأجنبية

- Founas Souhila, **Le contrat de partenariat public-privé (PPP) : un instrument utile de bonne gouvernance et de relance économique**, Revue Académique de la Recherche Juridique, Volume 11, n° 04,2020.
- Zouaimia Rachid, « **La délégation unilatérale de service public au profit - de personne privée** » revue, Idara, N°42, 2001.

- Ahmane Kheira, **La mise en oeuvre des principes de la commande publique dans la nouvelle réglementation algérienne de la délégation de service public**, Revue des Sciences Juridiques et Politiques, V. 13, 1034 N° 01, Avril 2022.
- Thierry Kirat, et Al, **le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat**, Revue internationale de droit. Economique, 2005.
- David soldini, **La délégation de service public, sa fonction, ses critères**, Revue française de droit administratif, 2011.
- Stéphane Saussier et Phuong Tra Tran, **L'efficacité des contrats de partenariat en France : une première évaluation quantitative**, Revue d'économie industrielle, 140, 2012.
- Richard Deau, **Les actes administratifs unilatéraux négociés**, Droit. Université d'Angers, 2006.
- Vincent sempastous, **L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : une préservation ambiguë de la notion de délégation de service public**, (JDA), 2017, Dossier 05.
- Kalfleche Grégory, **Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ?** (Dossier4) », Contrats et marchés publics, n° 6, 2014.
a. de laubadere, f. moderne, p. delvolve, *Traité des contrats administratifs*, t.2, LGDJ 1984.
- Jean-Luc ROUCHON, **Réformes des marchés publics et des concessions, stratégie de choix entre ces outils réformé**, Fidal, lyon, 10 mai 2016.
- Amrani Kamel Eddine, **L'esprit constitutionnel des lois du service public (étude juridique et jurisprudentielle)**, Revue droit et de science politique, Volume : 08 / N° : 01 ,2022.
- Jean-Paul Markus, **Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers**, RFDA, n° 3, 2001, mai-juin.
- Lia Caponetti, Barbara Sak , **Comment définir le service public à travers ses différentes facettes, missions et principes ?** Working paper CIRIEC N° 2016/06.
- Henri Courivaud, **La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen**, Revue internationale de droit économique, 2004/4 (t. XVIII, 4).
- Audrey Egiziano, **La négociation dans la commande publique**, Revue juridique de l'Océan Indien, 2011, 12, pp.55-123. fhal-02544471.
- Laure Lagasse et Emeric Chabanne, **Passation et rédaction des contrats de concession**, IGD, Paris 2017.

- Lama Azrafil, **la durée de délégation de service public exemple de la France et du Liban**, thèse doctorat, en droit public, université Montpellier 1, 2015.
- Nimrod Roger TAFOTIE YOUSSEF, **build, operate and transfer (bot) projects contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariat public-privé à la lumière de l'approche law and economics**, thèse doctorat, en droit, université luxembourg, 2012.
- Muhannad AJJOUB, **La notion de liberté contractuelle en droit administratif français**, thèse doctorat en droit public, Panthéon-Assas Paris II, 2016.
- Magali Dreyfus, **L'impact du droit communautaire sur les services publics locaux en France et en Italie : le cas des transports publics**, thèse doctorat en sc juridiques, l'Institut universitaire européen, Florence ,2010.
- Marie-Charlotte Bontron, **Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique**, thèse doctorat, en droit, université Montpellier 1, 2015.
- Giulia STOPPANI, **La concession de service public en Italie et en France à la lumière du droit européen**, thèse doctorat, en Droit public interne, Université Paris-Panthéon-Assas,2022.
- Arthur Lilas Trimua, **La concession : éléments de renouveau d'une catégorie contractuelle**, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, 2018.
- Laurent Mallavaux, **La définition de l'équilibre économique des concessions de service public, Lyon : THÈSE de DOCTORAT**, droit public, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017.
- Thomas PEZ, **Le risque dans les contrats administratifs**, Prix de thèse de l'Association française pour la recherche en Droit administratif (AFDA), Université Panthéon-Assas Paris (II), Résumé de la thèse (20 pages) .
- Remi Delmas, **La stabilité des situations juridiques dans le contentieux de la légalité**, thèse doctorat, en droit public. Université de Limoges, 2022.

الفهرس

شكر وعرافان

قائمة المختصرات

- المقدمة: 1
- الباب الأول: تقنية تفويض المرفق العام بين تقييد حرية طرق التسيير والضرورة الاقتصادية... 13
- الفصل الأول: تقنية تفويض المرفق العام أسلوب جديد نحو الإستغلال الامثل للمرافق العمومية. 15
- المبحث الاول: الاطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام..... 17
- المطلب الأول: ظهور وتطور فكرة تفويض المرفق العام..... 18
- الفرع الأول: نشأة فكرة عقود تفويض المرفق العام وتطورها. 19
- أولاً: ظهور مصطلح تفويض المرفق العام في فرنسا 20
- أ- ظهور المصطلح في الفقه: 21
- الإستغلال المباشر للمرفق العام. 21
- ب- ظهور المصطلح في اللغة القانونية:..... 22
- ثانياً: تطوّر النظام القانوني لتفويضات المرفق العام في فرنسا..... 24
- أ- قانون Sapin1 والقوانين المعدلة له:..... 25
- ب- التوجيهات الاوروبية وتطورات الحديثة للنظام القانوني لتقنية تفويض المرفق العام: 28
- الفرع الثاني: انتقال فكرة تفويضات المرفق العام إلى دول اخرى 37
- أولاً: التطور التشريعي لتقنية التفويض في مصر 37
- ثانياً: التطور التشريعي لتقنية التفويض في تونس: 41
- ثالثاً: التطوّر التشريعي لتقنية التفويض في المغرب..... 46
- الفرع الثالث: تكريس عقود تفويض المرفق العام في التشريع والتنظيم الجزائري. 50
- أولاً: مرحلة التنظيم القطاعي لعقد الامتياز و بروز مصطلح التفويض 51

- أ-إمتياز المرفق العام الصورة التقليدية لتفويضات المرفق العام مرحلة التقهقر: 52
- ب- إمتياز المرفق العام مرحلة التردد وإعادة الإعتبار: 54
- ج-تكريس مصطلح التفويض وغموض الفكرة تحت تنظيم قطاعي: 60
- ثانيا: مرحلة توحيد النظام القانوني والاقرار بتقنية تفويض المرفق العام بصورتها الحديثة. 65
- أ- تكريس التنظيم القانوني لتفويضات المرفق العام بصورتها الحديثة:..... 66
- ب-بروز مصطلح جديد لتفويضات المرفق العام تأكيدًا للإستقلالية:..... 68
- المطلب الثاني: تحديد مفهوم تفويض المرفق العام كمصطلح جديد في التشريع والاجتهاد 69
- الفرع الاول: التعاريف المختلفة لتقنية تفويض المرفق العام. 69
- أولاً: التعريف الفقهي وفقاً للفقهاء المقارن 70
- أ-التعريف بمعناه الواسع(العام): 71
- ب-التعريف بمعناه الخاص(الفني الدقيق):..... 72
- ثانيا: التعريف الفقهي وفقاً للفقهاء الجزائري 75
- ثالثاً: مناقشة التعاريف الفقهية..... 76
- رابعاً: التعريف التشريعي لتفويضات المرفق العام..... 77
- أ-التعريف القانوني في التشريع الفرنسي: 78
- ب-التعريف القانوني في التشريع المغربي: 79
- ج- توظيف فكرة تقنية تفويض المرفق العام في القانون الجزائري:..... 80
- الفرع الثاني: خصائص الجوهرية لتقنية تفويضات المرفق العام..... 82
- المبحث الثاني: تفويضات المرفق العام فئة مميزة ضمن العقود الإدارية..... 85
- المطلب الاول: تمييز تفويض المرفق العام بإعتباره عقداً من عقود الطلبات العمومية. 86
- الفرع الأول: تمييز عقد تفويضات المرفق العام عن الصفقات العمومية..... 86
- أولاً: المقصود بالصفقات العمومية..... 86
- أ-الجهة المانحة للصفقات العمومية:..... 87

87	ب-موضوع الصفقات العمومية:
88	ج-المقابل المالي:
88	ثانيا: مظاهر التقارب بين تفويضات المرفق العام والصفقة العمومية
88	أ-من حيث الطبيعة العقدية:
89	ب-من حيث أطراف العقد:
89	ج-من حيث مبادئ الإبرام :
90	د-من حيث إجراءات الإبرام والتنفيذ والرقابة:
90	ثالثا: مظاهر التباين بين تفويضات المرفق العام والصفقة العمومية
91	أ-معيار المقابل المالي المرتبط بنتائج الإستغلال:
91	ب-معيار إستغلال مرفق العام:
92	ج- إختلاف في اجراءات الابرام:
92	رابعا: وضع المسألة في خضم تناقض المنظومة القانونية الجزائرية.
93	أ-تمييز تفويض المرفق العام عن عقد البرنامج و صفقة الطّلبات:
95	الفرع الثاني: تمييز عقد تفويضات المرفق العام عن عقود الشراكة(ppp).
96	أولاً: نشأة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
96	أ-النموذج الانجلوسكاسون:
98	ب-النموذج الفرنسي:
101	ثانيا: مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وخصائصها
101	أ-تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:
104	ب-خصائص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:
105	ثالثاً: أوجه التشابه والاختلاف بين عقود التفويض وعقود الشراكة
107	المطلب الثاني: تمييز تقنية التفويض وطرق التسيير المشابهة بإعتبارها أسلوبا من أساليب التسيير.

- 108.....الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن التسيير المرفق من طرف الشخص العام.....108
- 108.....أولاً: تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة.....108
- 108.....أ-المقصود بأسلوب الإدارة المباشرة:.....108
- 109.....ب-خصائص الإدارة المباشرة:.....109
- 109.....ج: أوجه التشابه والفرق بين الأسلوبين:.....109
- 110.....ثانياً: تفويض المرفق العام والمؤسسة العامة.....110
- 111.....أ-المقصود بالمؤسسة العامة وخصائصها:.....111
- 112.....ب-أوجه التشابه والاختلاف بين الأسلوبين:.....112
- 113.....الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن التسيير المرفق من طرف الغير.....113
- 113.....أولاً: تفويض المرفق العام والتأهيل الإنفرادي(التفويض الإنفرادي).....113
- 113.....أ-المقصود بالتأهيل الإنفرادي:.....113
- 115.....ب- أوجه التشابه والاختلاف:.....115
- 115.....ثانياً: تفويض المرفق العام شركات الإقتصاد المختلط.....115
- 115.....أ-المقصود بشركات الإقتصاد المختلط:.....115
- 117.....ب- أوجه التشابه والاختلاف:.....117
- 117.....المطلب الثالث: مُصطلح جديد لتفويضات المرفق العام ومُصطلحات أخرى مشابهة:.....117
- 118.....الفرع الأول: التسيير المفوض المُصطلح الجديد لتقنية التفويض.....118
- الفرع الثاني: تفويض التسيير والإشراف المنتدب على المشاريع ضمن القانون العضوي 15-18.....119
- 119.....أولاً: القانون العضوي 15-18 المتعلق بقوانين المالية.....119
- 121.....ثانياً: تفويض التسيير والإشراف المُنتدب على المشاريع.....121
- 123.....أ-أوجه التشابه والاختلاف بين التسيير المفوض وتفويض التسيير:.....123
- 125.....ب- أوجه التشابه والاختلاف بين التسيير المفوض والإشراف المنتدب على المشاريع.....125

129.....	الفصل الثاني: تطبيقات تفويضات المرفق العام، والدواعي، والمبادئ التي تحكمها
130.....	المبحث الأول: أسس والاشكال العقدية لتطبيقات تفويض المرفق العام.
130.....	المطلب الأول: أسس تطبيقات تفويض المرفق العام.
131.....	الفرع الأول: وجود مرفق عام وقابلية التفويض
131.....	أولاً: تحديد المرفق العام.
132.....	أ-عناصر تحديد المرفق العام:
134.....	ثانياً: قابلية تفويض المرفق العام.
135.....	أ-المرافق العمومية القابلة للتفويض:
136.....	ب-المرافق العمومية غير قابلة للتفويضات:
139.....	الفرع الثاني: ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين الإدارة المَفُوضَة والمَفُوض له.
139.....	أولاً: أطراف عقد التفويض.
140.....	ثانياً: طبيعة القانونية لتفويضات المرفق العام.
141.....	أ-التكييف القانوني لتقنية تفويضات المرفق العام:
143.....	الفرع الثالث: إرتباط الجوهرى للمقابل المالى بنتائج الإستغلال.
143.....	أولاً: المقابل المالى فى تفويضات المرفق العام وشروطه
144.....	ثانياً: تطوّر المعيار الحاسم للمقابل المالى، وفكرة المخاطر.
144.....	أ-معيار المقابل المالى المرتبط بنتائج الإستغلال:
145.....	ب-تحوّل من معيار المقابل المالى إلى معيار المخاطر الاقتصادية ذو المفهوم الاوربي:
148.....	المطلب الثاني: الأشكال العقدية لتطبيقات تفويض المرفق العام
149.....	الفرع الأول: عقد امتياز المرفق العام.
150.....	أولاً: تعريف إمتياز المرفق العام.
150.....	أ – التعريف الفقهي:

- ب-التعريف القضائي: 150.....
- ج- التعريف التشريعي: 151.....
- ثانيا: خصائص عقد الأمتياز 152.....
- ثالثاً: العقود المشابهة لعقد إمتياز المرفق العام 153.....
- أ-عقد إمتياز الاشغال العامة وعقد امتياز المرفق العام: 153.....
- ب-عقد الإمتياز على الملك العام وعقد إمتياز المرفق العام: 155.....
- ج-عقد الأشغال العامة وعقد إمتياز المرفق العام: 156.....
- د-عقد البوت B.O.T وعقد امتياز المرفق العام : 157.....
- الفرع الثاني: عقد إيجار المرفق العام 158.....
- أولاً: العناصر الأساسية لقيام عقد إيجار المرفق العام 159.....
- ثانيا: تمييز عقد الإيجار عن عقد إمتياز المرفق العام 159.....
- الفرع الثالث: عقد الوكالة المحفزة 160.....
- أولاً: الخصائص المميزة لعقد وكالة المحفزة 161.....
- الفرع الرابع: عقد التسيير 162.....
- أولاً: طبيعة عقد التسيير 163.....
- المبحث الثاني: دواعي تطبيقات تفويض المرفق العام والمبادئ التي تحكمها 164.....
- المطلب الأول: تكريس تفويضات المرفق العام بين التحوّلات الجديدة والضرورة الإقتصادية. 165..
- الفرع الأول: أسباب تكريس تفويضات المرفق العام 165.....
- أولاً: أسباب التوحيد القانوني لتفويضات المرفق العام في فرنسا وتحديثها. 166.....
- أ-التحرر الإقتصادي وبروز المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري: 166.....
- ب-منح الحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية المحلية تكريساً لمبدأ اللامركزية: 166.....
- ج-الاجتهادات القضائية: 167.....
- د-عدم ثبات معايير تصنيف عقد تفويض المرفق العام: 167.....

- 168..... ه- إسهام التشريعات الأوروبية: 168.....
- 168..... ثانيًا: دواعي بروز تفويضات المرفق العام في الجزائر 168.....
- 169..... أ-إنسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي: 169.....
- 174..... ب- عدم جدوى الآليات الكلاسيكية في تسيير المرفق العام: 174.....
- 178..... ثالثًا: دوافع اللجوء إلى هذا النمط من التسيير. 178.....
- 178..... أ-دوافع مالية كتقنية حتمية في ظل الأزمة الإقتصادية: 178.....
- 179..... ب-دوافع أخرى مختلفة الجوانب: 179.....
- 182..... الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن تقنية تفويضات المرفق العام. 182.....
- 182..... أولاً: تفويضات المرفق العام بين المزايا والمآخذ 182.....
- 182..... أ-الآثار الايجابية لتفويضات المرفق العام: 182.....
- 188..... ب: مآخذ تفويضات المرفق العام : 188.....
- 189..... ثانيًا: متطلبات نجاح تقنية تفويضات المرفق العام في الجزائر. 189.....
- 190..... أ-الاعتبارات السياسية: 190.....
- 190..... ب-إصلاح الإطار القانوني والتشريعي يحقق بيئة قانونية ملائمة: 190.....
- 191..... ج-دعم المشاريع الإستثمارية وتقديم الحوافز الحكومية للمستثمرين: 191.....
- 191..... د-إعطاء هامش من الحرية للإدارة: 191.....
- 191..... ه-تحيين المنظومة القانونية المتعلقة بالوظيفة العامة: 191.....
- 192..... **المطلب الثاني: المبادئ الأساسية لتطبيقات تفويض المرفق العام** 192.....
- 193..... الفرع الأول: المبادئ الحاكمة لعقود تفويضات المرفق العام عند الإبرام 193.....
- 194..... أولاً: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية 194.....
- 194..... أ-تعريف بالمبدأ: 194.....
- 195..... ب-الحماية القانونية لهذا المبدأ: 195.....
- 197..... ج-القيود الواردة على هذا المبدأ: 197.....

198.....	ثانيًا: مبدأ المساواة
199.....	أ-تعريف بالمبدأ:
200.....	ب-الضمانات القانونية لهذا المبدأ:.....
201.....	ج-القيود الواردة على هذا المبدأ:
202.....	ثالثًا: مبدأ شفافية الإجراءات
202.....	أ-الحماية الجزائية لهذا المبدأ:.....
203.....	الفرع الثاني: المبادئ الحاكمة لعقود تفويضات المرفق العام عند التنفيذ.....
204.....	أولاً: المبادئ الكلاسيكية لإتفاقية تفويض المرفق العام.....
204.....	أ: مبدأ الإستمرارية:.....
208.....	ب: مبدأ المساواة أمام المرفق العام:.....
209.....	ج-مبدأ قابلية المرفق العام للتكيف:.....
213.....	ثانيًا: المبادئ الحديثة لتفويضات المرفق العام
214.....	أ-الجودة في تقديم الخدمة العمومية:.....
216.....	ب-النّجاعة في الخدمة العمومية:.....
217.....	ج-تكريس المبادئ الحديثة والضمانات القانونية:.....
219.....	د-مبرّرات تبني المعايير الحديثة في تفويضات المرفق العام:.....
220.....	الفرع الثالث: الظروف الإستثنائية والإدارة الالكترونية كضمان لمبادئ المرفق العام.....
220.....	أولاً: الحالة الإستثنائية وتكييف اجراءات الإبرام والتنفيذ لضمان مبادئ المرفق العام
220.....	أ-تدابير الحالة الإستثنائية لضمان مبادئ المرفق العام المفوض:.....
223.....	ب-الحالة الإستثنائية وأثارها على المبادئ العامة للمرفق العام المفوض:
224.....	ثانيًا: الإدارة الالكترونية كضمان لمبادئ المرفق العام
224.....	أ-تعريف الإدارة الإلكترونية:.....
225.....	ب-الإدارة الإلكترونية ومبادئ إبرام الطلبات العمومية:.....

- ج-الإدارة الإلكترونية ومبادئ تنفيذ المرفق العام المفوض:.....226
- الباب الثاني:النظام القانوني لعقود تفويضات المرفق العام231
- الفصل الأول: كفيات إبرام عقود تفويضات المرفق العام234
- المبحث الأول: إبرام عقود تفويضات المرفق العام بين الاعتبار الشخصي وقيد النظام القانوني 236
- المطلب الأول: إبرام عقود تفويضات المرفق العام من الاتجاه التقليدي إلى الإتجاه الحديث.....237
- الفرع الأول: الإتجاه التقليدي في طرق إبرام عقد تفويضات المرفق العام.....238
- أولاً: تعريف مبدأ الإعتبار الشّخصي.....238
- ثانياً: أسس مبدأ الإعتبار الشخصي من خلال تنظيم المرفق العام، وإلتزامات المفوض له، ومبرراته
239.....
- ثالثاً: مكانة مبدأ الإعتبار الشخصي في التشريع المقارن والتشريع الجزائري240
- أ-مكانة المبدأ في التشريع المقارن:.....240
- ب-مكانة المبدأ في التشريع والتنظيم الجزائري:242
- الفرع الثاني: الإتجاه الحديث في طرق إبرام عقد تفويضات المرفق العام.....244
- أولاً: تفويض المرفق العام بالنمط "التقليدي" ومواجهته للقانون الأوروبي244
- ثانياً: تقييد السلّطة التقديرية بمبادئ الطلبات العمومية الجديدة246
- ثالثاً: التقنية التفاوضية الوجه الجديد لمبدأ حرّية الإدارة في الاختيار.....247
- المطلب الثاني: القيود التي ترد على السلطة المفوضة في الإبرام بين التقليدية والتطور..... 249
- الفرع الأول: قيود سابقة على عملية الإبرام249
- أولاً: القيد الخاص بدراسات الجدوى للمشروع المحدّد والمراد تنفيذه.249
- أ-الجدوى المالية لتفويض المرفق العام:.....250
- ب-الجدوى الإجتماعية لتفويض المرفق العام:.....250
- ج-جدوى الأثر البيئي لتفويض المرفق العام:.....251
- د-جدوى نُضح المشروع:.....252

- 253.....ثانياً: القيد الخاص بتحديد إجراءات التفويض حسب العتبة المالية.
- 255.....ثالثاً: القيد الخاص بتحديد أحد أشكال التفويض.
- 255.....أ- أن يعهد للمفوض له بإقامة المرفق العام وإستغلاله:
- 255.....ب-تغطية أعباء الإستغلال:
- 256.....ج-رقابة السلطة المفوضة للمرفق العام وإدارته:
- 256.....د-نطاق مسؤولية المفوض له وتحمله المخاطر:
- 256.....الفرع الثاني: قيود ترد على السلطة المفوضة أثناء عملية الإبرام.
- 257.....أولاً: قيد خاص بحقوق الدخول(مقابل التعاقد)
- 259.....ثانياً: قيد خاص بمدة عقد تفويضات المرفق العام
- 260.....أ-تحديد المدة في عقود تفويضات المرفق العام:
- 261.....ب-العناصر المبررة لتحديد المدة:
- 263.....ج-الإتجاه في التشريع الجزائري:
- 264.....المبحث الثاني: طرق الإبرام في النظام القانوني المنظم لعقود تفويض المرفق العام
- 265.....المطلب الأول: صيغ وإجراءات الإبرام في التشريع الفرنسي
- 266.....الفرع الأول: مرحلة تأهيل المترشحين للإنتقاء الأولي
- 266.....أولاً: إجراءات الإشهار تجسيدا لمبدأ المنافسة
- 266.....أ-القيمة التقديرية للإمتياز لنشر الإعلان ماهو المحتوى، وأي إجراء؟:
- 270.....ب-الإعلان عن إشهار تكميلي:
- 271.....د-عقود الإمتياز المستثناة من الإشهار والمنافسة:
- 271.....ثانياً: تحليل الترشيحات وإعداد قائمة المرشحين المقبولين
- 271.....أ-إستلام الترشيحات:
- 272.....ب-لجنة الإمتياز وفتح ملفات الترشح:
- 273.....ج- تحليل الترشيحات وتحديد قائمة تأهيل المرشحين:

- 274.....د- تحديد قائمة المرشحين وتبليغ غير المؤهلين:
- 276.....ثالثاً: إيداع العروض
- 276.....أ-المدة في إيداع العروض:
- 277.....ب-لجنة الإمتياز وفتح العروض:
- 278.....ج-لجنة الإمتياز وتحليل العروض:
- 280.....رابعاً: العقود المستثناة من أحكام قانون عقد الإمتياز
- 281.....الفرع الثاني: مرحلة المفاوضات وإرساء قرار المنح
- 282.....أولاً: المفاوضات من الالتزام إلى خيار مؤطّر
- 283.....ثانياً: المبادئ التوجيهية للمفاوضات
- 284.....أ-مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:
- 284.....ب-مبدأ سرّية المفاوضات:
- 285.....ج-مبدأ حسن النية، والنزاهة في العلاقات التعاقدية:
- 286.....د-مبدأ شفافية الاجراءات:
- 286.....هـ- مبدأ تتبّع الأطوار (le principe du traçabilité):
- 287.....ثالثاً: تنظيم المفاوضات-مبدأ
- 287.....أ-الصيغ المختلفة للتفاوض:
- 288.....ب-تحديد الجدول الزمني للمفاوضات:
- 288.....ج-أيمكن التفاوض مع أكثر من متعهد؟ :
- 289.....د-المراحل المختلفة لتحضير وسير المفاوضات:
- 290.....رابعاً: نهاية المفاوضات ومنح التفويض
- 290.....المطلب الثاني: صيغ وإجراءات إبرام عقود تفويضات المرفق العام في الجزائر
- 291.....الفرع الأول: صيغ الإبرام وتأهيل المرشّحين
- 291.....أولاً: مرحلة الإعداد وتحضير لعملية الإبرام

292.....	أ-تعريف دفتر الشّروط:
292.....	ب-إعداد دفتر الشّروط وموافقة اللّجان:
293.....	ثانياً: الطلب على المنافسة، والتراضي خيار السّلطة المفوّضة:
294.....	أ-طلب على المنافسة كقاعدة عامّة:
296.....	ب-التراضي كاستثناء من إجراءات المنافسة:
298.....	ثالثاً: مرحلة الإنتقاء الأوّلي للترشيحات
299.....	أ-الإنتقاء الأوّلي وإعداد قائمة المترشّحين المقبولين:
305.....	الفرع الثّاني: التفاوض ومنح عقد التفويض
306.....	أولاً: المفاوضة في التنظيم الجزائري
307.....	أ-إدارة المفاوضات:
308.....	ب- تحديد الجدول الزّمني للمفاوضات:
308.....	ج-نهاية المفاوضات، ونتائجها:
310.....	د-موضوع المفاوضات والهدف منها:
313.....	ثالثاً: السّلطة المفوّضة ومنح التفويض
313.....	أ-قرار منح التفويض:
317.....	الفصل الثّاني: عقد تفويضات المرفق العام التنفيذ والنهائية
318.....	المبحث الأول: تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام وإنقضائها
318.....	المطلب الأوّل: تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام
319.....	الفرع الأوّل: الآثار عند التنفيذ المترتبة لجهة السّلطة المفوّضة:
319.....	أولاً: سُلطة الرّقابة والإشراف
320.....	أ-في التشريع الفرنسي:
323.....	ب-في التنظيم والتشريع الجزائري:

- ثانيا: سلطة التعديل 325
- أ-تأصيل سلطة التعديل ومقتضيات تطبيقاتها: 325
- ثالثا: سلطة توقيع الجزاءات 334
- أ-الخصائص العامة للجزاءات: 335
- ب-أنواع الجزاءات التي تفرضها السلطة المانحة: 336
- الفرع الثاني: حقوق المفوض له والتزاماته التعاقدية 341
- أولاً: حقوق المفوض له مع السلطة المفوضة 342
- أ-الحق في المقابل المالي: 342
- ب-الحق في التوازن المالي: 346
- ثانيا: إلتزامات المفوض له مع السلطة المفوضة 353
- أ-الإلتزام بالتنفيذ الشخصي لتنفيذ المرفق العام: 353
- ب-الإلتزام المفوض له بإحترام المبادئ العامة لتفويض المرفق العام: 357
- ج-الإلتزام بتوفير البيانات والتنفيذ المالي للسلطة المفوضة: 358
- الفرع الثالث: الآثار عند التنفيذ المترتبة لجهة مستعملي المرفق العام 359
- أولاً: حقوق مستعملي المرفق العام إتجاه المفوض له 360
- ثانيا: حقوق مستعملي المرفق العام في إتجاه السلطة المفوضة 360
- المطلب الثاني: إنتهاء العلاقة التعاقدية ونهاية عقد التفويض 360
- الفرع الأول: إنتهاء العادي لعقد التفويض 361
- أولاً: تنفيذ مضمون(موضوع) عقد التفويض 361
- ثانيا: نهاية مدة العقد 362
- الفرع الثاني: إنتهاء غير العادي لعقد التفويض 362
- أولاً: إنقضاء العقد بقوة القانون 363
- أ-القوة القاهرة: 363

- ب- وفاة المفوض له وحالات أخرى: 365.....
- ثانياً: نهاية العقد بسبب الفسخ 366.....
- أ- الفسخ الإنفرادي (من جانب واحد): 367.....
- ب- الفسخ الإتفاقي: 370.....
- الفرع الثالث: أيلولة ممتلكات المرفق العام..... 370
- أولاً: أنواع الممتلكات المرفق العام..... 371
- أ- الممتلكات الخاصّة: 371.....
- ب- الممتلكات المُستردّة: (les biens de reprise): 371.....
- ج- الممتلكات المُعادة (les bien de retour): 371.....
- ثانياً: تعويض الممتلكات المُعادة في حالة إنهاء مبكر 371.....
- ثالثاً: حالة التعويض عن الأصول المُعادة قبل توقيع عقد تفويض المرفق العام 372.....
- المبحث الثاني: وسائل الرّقابة الممارسة وتأطير النزاعات، كآليات تفعيل تفويض المرفق العام. 372
- المطلب الأوّل : الرّقابة الإدارية على تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام 373.....
- الفرع الأوّل: الرّقابة القبليّة لعقود تفويضات المرفق العام 373.....
- أولاً: لجنة إختيار وإنتقاء العروض..... 374
- أ- مهام لجنة إختيار وإنتقاء العروض: 375.....
- ثانياً: لجنة تفويضات المرفق العام 377.....
- أ- تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام: 377.....
- ب- مهام لجنة تفويضات المرفق العام: 379.....
- ثالثاً: الرّقابة الماليّة..... 380
- الفرع الثاني: الرّقابة البعدية لعقود تفويضات المرفق العام 381.....
- أولاً رقابة السّلطة المفوضّة..... 381

382.....	أ-رقابة السّلطة المفوّضة بنفسها:
382.....	ب-رقابة مستخدمى المرفق العام:
383.....	ثانيا رقابة مجلس المحاسبة
384.....	المطلب الثاني : سبل تكميلية للرّقابة على عقود تفويضات المرفق العام وتفعيلها.
384.....	الفرع الأول: آليات تسوية النزاعات كرقابة وقائية لتفعيل عقود تفويض المرفق العام
385.....	أولاً: تعزيز مبدأ التسوية الودية للنزاعات
385.....	أ- القواعد والآلية القانونية للتسوية الودية:.....
387.....	ب: الإجراءات المتّبعة للتسوية للنزاعات أمام اللّجنة:.....
388.....	ج- محاسن عرض النزاع على اللّجنة قبل اللّجوء إلى القضاء:.....
389.....	ثانياً: السبل البديلة الأخرى لتسوية النزاعات
390.....	أ- تأطير قانوني للصّح والوساطة المستحدثين كتسوية ودية للنزاعات:.....
394.....	ب-تأطير قانوني للتحكيم من الطّرق البديلة غير المستحدثة:.....
397.....	الفرع الثّاني: التسوية القضائية ومآل نزاعات تفويضات المرفق العام
398.....	أولاً: منازعات القضاء الكامل في مجال عقود تفويضات المرفق العام.....
398.....	أ-تحديد محل دعاوى القضاء الكامل في منازعات عقود تفويض المرفق العام:.....
400.....	ثانيا: منازعات قضاء الإلغاء في مجال عقود تفويضات المرفق العام.....
401.....	ثالثاً: منازعات الغير
404.....	الخاتمة:
412.....	قائمة المصادر والمراجع

ملخص: إنَّ آليات تفعيل تقنية تفويض المرفق العام، والنهوض بالمرفق العام بمبادئه الجديدة، خصوصًا أنَّ أسلوب التفويض برز كعقد له مكانة ضمن العقود الادارية، ويتزايد اليوم الإتجاه إلى تفويض المرافق العامة بشكل ملحوظ لما له من أهمية وقد حقَّق رواجًا ونجاحًا في الدَّول المتبنية للفكرة، والمعلوم أنَّ المشرِّع الجزائري قد تبنَّى متأخرًا هذا المفهوم ذو الأصل الفرنسي في المرسوم 15-247 ثم فصَّل قواعده بالمرسوم 18-199 إلاَّ أنَّه لم يعرف تطبيقًا عمليًا لهذا التنظيم الجديد؛ لذا نبحت في الآليات القانونية وغير القانونية المسؤولة عن نجاح التجربة، وإنَّ اللجوء إلى أسلوب تفويض المرفق كتقنية جديدة لإدارة واستغلال المرفق العام يعدُّ بديلاً واعداً في تمويل المرفق العام.

الكلمات المفتاحية: المرفق العام، عقد الإمتياز، السلطة المفوضَة، المفوض له، مخاطر الإستغلال.

Résumé: Les mécanismes d'activation de la technique de délégation de service public et de promotion de service public avec ses nouveaux principes, d'autant plus que le mode de délégation s'est imposé comme un contrat qui a sa place dans les contrats administratifs. Aujourd'hui, la tendance à la délégation de service public s'accroît de manière significative car de son importance et a obtenu popularité et succès dans les pays qui ont adopté l'idée. On sait que le législateur algérien a tardivement adopté ce concept d'origine française dans le décret 15-247 et a ensuite détaillé ses règles dans le décret 18-199. Cependant, il ne connaît pas d'application pratique à cette nouvelle réglementation, nous nous penchons donc sur les mécanismes juridiques et non juridiques responsables du succès de l'expérimentation. Le recours au mode de délégation de l'établissement comme nouvelle technique de gestion et d'exploitation service public est une alternative prometteuse dans le financement de service public.

Mots clés: service public, contrat de concession, pouvoir délégué, délégataire, risques d'exploitation.

Abstract: The activation mechanisms of the public service delegation technique and the promotion of public service with its new principles are crucial, especially considering that the delegation method has established itself as a contract within administrative contracts. Today, there is a significant trend towards public service delegation due to its importance and the popularity and success it has achieved in countries that have embraced the idea. It is known that the Algerian legislator adopted this concept belatedly, originating from the French legal system, through Decree 15-247, and later detailed its rules in Decree 18-199. However, practical application of this new regulation has not been realized, so we are examining the legal mechanisms and non legal responsible for the success of the experiment. Resorting to the delegation of the establishment as a new technique for managing and operating public services is a promising alternative in public service financing.

Keys word; public service, concession contract, delegated power, delegatee, operating risks.