



جامعة بلحاج بوشعيب - عين تموشنت -



كلية الحقوق

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون عام

التوجه الحديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

تحت إشراف:

د/ دلالي عبد الجليل

من إعداد الطالبتين:

- بلحضري خديجة

- بن عفان زهور

لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/ عبان حسام الدين	أستاذ محاضر قسم "ب"	جامعة عين تموشنت	رئيسا
د/ دلالي عبد الجليل	أستاذ محاضر قسم "ب"	جامعة عين تموشنت	مشرفا
د/ فوحوال رياض	أستاذ محاضر قسم "ب"	جامعة عين تموشنت	ممتحنا

السنة الجامعية: 2024-2025



شكر وعرافان

نشكر الله عز وجل ونحمده حمدا كثيرا على توفيقه وتدليله للصعوبات في إنجاز هذا العمل،
فالحمد لله ما انتهى درب وما ختم جهد ولا تم سعي الا بفضلته الحمد لله الذي يسر لنا
البدايات وبلغنا النهايات عظم المراد فهان الطريق.

واقترء بقوله صلى الله عليه وسلم "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"، في هذا المقام نتوجه
بالشكر الجزيل والامتان الكبير إلى الأستاذ المشرف "دلالي عبد الجليل" على توليه الإشراف
على هذه المذكرة وتوجيهاته والنصائح التي قدمها لنا منذ انطلاقنا في العمل الى غاية
المناقشة.

كما نتوجه بخالص الشكر والتقدير الى لجنة المناقشة على قبولهم فحص ومناقشة المذكرة.
ومن باب الوفاء والعرافان بالجميل فالشكر الموصول لكل أساتذة كلية الحقوق لجامعة عين
تموشنت اللذين ساهموا في تكويننا طيلة المشوار الدراسي.

وفي الأخير نتوجه بالشكر الجزيل كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل، ونسأل المولى عز
وجل أن يجازيهم عنا خير الجزاء.

إهداء

أهدي هذا العمل الى من وهبني الله بهما الحياة والامل والنشأة على شغف الاطلاع
والمعرفة ومن علموني ان ارتقي سلم النجاح بحكمة وصبر، برا واحسانا ووفاء لهما
والديا العزيزان ادامهما الله وادام الخير لهما

الى من رزقني الله نعمة وجودهم في حياتي الى العقد المتين الى من كانوا عوناً لي في
رحلة بحثي أخي وأختي حفظهم الله، والى سندي وداعمتي خالتي الغالية وعائلتها
الى رئيس القسم الفرعي الإقليمي للتجهيزات العمومية السيد "بن بوهة محمد" على كل
التسهيلات التي قدمها لي خلال مشواري الدراسي في طور الماستر فجزاه الله عني كل
خير، والى من لم تبخل عليا يوماً بيد المساعدة الزميلة "بوروبة نبيلة" وكل زميلاتي
بالعمل

وأخيراً الى كل من ساعدني وكان له دور من قريب أو من بعيد في إتمام هذا العمل،
سائلة الله عز وجل ان يجزي الجميع خير الجزاء في الدنيا والآخرة

بلحضي خديجة

إهداء

قال تعالى "وأخر دعواتهم ان الحمد لله رب العالمين"

سورة يونس (الآية 10)

الحمد لله عند البدء وعند الختام

من قال أنا لها نالها

لقد كانت طريقا طويلة مليئة بالإخفاقات والنجاحات فخورين بكفاحنا لتحقيق احلامنا لحظة
لطالما انتظرتها وحلمت بها في حكاية اكتملت فصولها الى من علمني العطاء بدون انتظار
الى من احمل اسمه بكل افتخار الى والدي عزيزي رحمه الله.

الى حبيبتي قرة عيني الى القلب النابض الى من كانت دعواتها الصادقة
سر نجاحي أُمي الغالية.

الى احبة قلبي اخوتي وأولادهم سندي في الحياة ادامكم الله ضلعا ثابتا لي

الى كل افراد عائلتي والى كل أصدقائي وزميلاتي في عملي

الى كل الأساتذة الافاضل الذين قدموا لنا يد المساعدة

الى كل هؤلاء أهدي هذا العمل ووفقني الله وإياكم الى الخير

بن عفان زهور

مقدمة

إن التطور المعاصر الذي شمل وظائف الدولة أيا كان النظام الاقتصادي الذي تعتنقه، سواء كان اشتراكيا أو رأسماليا، أدى إلى تدخل الدولة في شتى المجالات والأنشطة، ومارست الأجهزة الإدارية العامة العديد من الوظائف إما لتقديم خدمات عامة تشكل احتياجات ملحة للجمهور يجب إطلاع الدولة بها، وإما لرغبتها في توجيه اقتصادها الوطني وتنفيذ مخططاتها الإنمائية¹؛ كما أن مهمة السلطة التنفيذية في الدولة المعاصرة الاضطلاع بمسؤوليات إدارة شؤون المجتمع بطرق ووسائل مختلفة لتغطية العديد من احتياجات الجماهير، وتحقيق المصالح العامة الوطنية وتحقيق سيادة النظام العام بمدلولاته الثلاث المتمثلة في الأمن العام، السكينة العامة والصحة العامة، عن طريق تنفيذ قوانين ولوائح الضبط الإداري وغيرها من التشريعات المنظمة والضابطة لسلوك الأفراد عند مزاولتهم لأنشطتهم المختلفة وتمكينهم من ممارسة حرياتهم القانونية بما لا يعود الآخرين عن ممارسة حرياتهم²؛ ويتسم تدخل الدولة في صورة المرفق الذي يعتبر أداة في يد الدولة لتقديم الخدمات العامة وتلبية الحاجات العامة في المجتمع في شتى المجالات، لما له من علاقة مباشرة بالمواطنين.

وفيما يخص تعريف المرفق العام لا يوجد تعريف دقيق ومحدد له، وقد حاول العديد من المفكرين والفقهاء تعريفه، فقد عرفه الفقيه "دوجي" بأنه "الأنشطة التي يجب أن تضمن وتضبط وتراقب من طرف الحكومة بسبب طبيعتها والتي يمكن تحقيقها يتدخل علي للدولة"، وعرفه الاستاذ "أندري دي لوبادير" على أنه "مجموعة من الأنشطة الهيئات التي تستهدف المنفعة العامة"، كما عرفه الأستاذ "هوريو" على أنه "منظمة organisation تجمع مجموعة من العناصر البشرية المادية المالية والقانونية".

ومن المعلوم أن الإدارة العامة تتولى شكلين رئيسيين من النشاط يتمثل أولهما في الضبط الإداري الذي بموجبه تتخذ السلطة الإدارية المختصة جملة من التدابير والإجراءات من أجل الموازنة بين نشاطات الإدارة وحقوق وحرية الأفراد، وذلك حماية للنظام العام وتحقيقا للمصلحة العامة، بينما يتمثل الوجه الثاني لنشاط الإدارة العامة في المرفق العام، والذي يتجلى من خلال استحداث مشروعات تتولى إدارتها بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة من طرف شخص من أشخاص القانون الخاص، حيث تعهد له بإدارته عن طريق تفويض المرفق العام؛ إذ يعود ظهور هذا المصطلح لأول مرة إلى الفقه الفرنسي سنوات

¹ - كمال مدون، الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العامة الادارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي اللياس -سيدي بلعباس، الجزائر، 2019-2020، ص 08.

² - عزالدين بدري، إدارة المرافق العامة واستثمارها، النشر الجامعي الجديد، د.ط، 2022، ص 30.

الثمانينات، إلا أنه لم يتم اعتماده في المنظومة القانونية الفرنسية إلا في بداية التسعينات من القرن الماضي وذلك بموجب القانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية¹، ثم كرسه بعد ذلك المشرع الفرنسي بصفة مفصلة بموجب القانون رقم 93-122 المتعلق بمحاربة الرشوة والشفافية المعدل والمتمم المعروف بقانون Sapin².

أما في الجزائر فقد شهدت طرق إدارة المرافق العامة تطورات متلاحقة، حيث عرفت مرحلة ما قبل التسعينات من القرن الماضي أسلوبين للتسيير، وهو ما يتجلى من خلال التسيير المباشر من طرف الإدارة العامة، حيث يعتبر الشكل التقليدي لتسيير المرفق العمومي تقوم من خلال الإدارة المشرفة عليه بتسييره بنفسه مستخدمة أعوانها وأموالها ووسائلها دون تمتع المرفق العام بالشخصية المعنوية، أما الثاني فيتمثل في أسلوب المؤسسة العمومية الذي يقتضي تمتع المرفق العام بالشخصية المعنوية الأمر الذي يمنحه الاستقلالية الإدارية والمالية حيث تتم إدارة المرفق بأمواله وعماله ووسائله، لكن في كلا الحالتين لا يتم الاستعانة بأشخاص القانون الخاص³.

وقد سعت التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي شهدتها الجزائر إلى تطور آليات تسيير المرفق العام، الأمر الذي دفع الدولة إلى التخلي عن سياستها الاحتكارية وتوجهها نحو الشراكة مع القطاع الخاص، وهذا ما تجسد من خلال اللجوء إلى تفويض المرفق العام الذي بموجبه تنازلت الدولة عن تسيير بعض المرافق العامة لأشخاص القانون العام أو الخاص مع احتفاظها مع سلطتي الرقابة والإشراف حفاظا على الشروط المتفق عليها في بنود العقد المبرم بين السلطة المفوضة والمفوض له⁴؛ وهذه الفكرة تجسدت في المنظومة القانونية الجزائرية من خلال تكريس عقد الامتياز كأسلوب لتفويض

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 09.

² - Loi d'orientation du 06 février 1992, relative à l'administration territoriale de la république, J.O.R.F, n° 33, du 08 février 1992.

³ - loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption de la transparence de la vie économique et des procédures publique modifier par la loi n° 2001 DU 11 decembre 2001, portant mesures urgentes de reformes à caractère économique et financier, J.O.R.F, n° 25, du 30 janvier 1993.

⁴ - سمير بوعنق، تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2021-2022، ص 120.

بعض المرافق العامة لاسيما بموجب الأمر رقم 96-13 المتعلق بالمياه الملغى¹، قبل أن يتم اعتماد مصطلح التفويض صراحة سنة 2005 إثر صدور القانون رقم 05-12 بالمياه المعدل والمتمم².

وفي إطار السياسة الوطنية المنتهجة لتطوير وتحسين المشاريع والانجازات وتنوع مصادر تمويل المرافق العامة وتخفيف الضغط على ميزانية الدولة، لجأت السلطات العمومية إلى إقرار مفهوم تفويض الخدمة العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³، حيث بفضلته تم تبني نمط جديد للعلاقة التعاقدية التي تربط القطاع العام بنظيره الخاص، والذي بمقتضاه يمكن للدولة فتح المجال للقطاع الخاص للاستفادة من قدراته المالية والتسييرية مع ضمان جودة الخدمات وتوفيرها في آجالها المحددة، فضلا عن المحافظة على الطابع العمومي للمرافق العامة المفوضة في إطار هذا النمط من التسيير، وتجسيدا لهذا المسعى صدر المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام⁴.

هذا وتمثلت الحلقة الأخيرة في هذا التطور المستمر في لجوء الدولة إلى أساليب وصيغ تمويلية حديثة في إقامة مشاريع البنية الأساسية، اشتركت جميعها في الاعتماد على القطاع الخاص المحلي منه والأجنبي بصورة رئيسية ومحورية، وبأشكال ودرجات متفاوتة، دون تهميش إلزامية تفعيل دور الدولة في ضرورة الأخذ بمبدأ التعاون لتحقيق التنمية، بما يضمنه لها من الرقابة على حسن أداء مشاريعها التي تعد من الاعتبارات التي تعكس سيادتها على أراضيها، وبرز من تلك الصيغ ما يعرف كذلك بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي يرمز لها باختصار تسمية "P.P.P"، وكذا عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أو ما يسمى بنظام البوت "B.O.T" كمصطلحات عملية للشراكة الضرورية بين القطاعين في إطار تعاقدية، وقد سارعت أغلب البلدان النامية والمتقدمة إلى تبني هذه العقود نظرا لأهميتها البالغة في تطوير وتحديث مرافقها العامة ولاعتبارها من الخيارات الموجهة للدول النامية لحل مشاكل البنية الأساسية

¹ - الأمر رقم 96-13، المؤرخ في 15 جوان 1996، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية، العدد 37، الصادرة في 16 جوان 1996 (ملغى).

² - القانون رقم 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 60، الصادرة في 04 سبتمبر 2005 .

³ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة في 05 أوت 2018.

لما توفره من قدرات مالية ضخمة وتكنولوجيات عالية، وهو ما جعلها تتسابق لاستقبال هذه المشاريع البعض منها عن دراية بمختلف الجوانب القانونية المحيطة بهذا النوع من العقود، والبعض الآخر اندفاعا ولدته الضرورة الحتمية لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية .

تكمن أهمية دراسة الموضوع في إظهار الثغرات التي يتحلى بها التسيير العمومي التقليدي في إدارة المرافق العامة وإبراز أفضل الطرق والأساليب لتسييرها، حيث يكتسي موضوع المرفق العام بصفة عامة أهمية بالغة كونه يعد أحد المحاور الأساسية للقانون الإداري، فهناك من يعرف القانون الإداري بأنه قانون المرافق العامة وبالتالي من الضروري الإحاطة بكيفيات تسيير المرفق العام؛ وعليه فإن تدخل الدولة في مختلف المجالات أدى إلى تزايد نشاطات الإدارة وتشابك مصالحها مع الأشخاص، كما أن النقائص الملاحظة في الطرق الكلاسيكية لتسيير المرافق العامة المتمثلة أساسا في أسلوب الاستغلال المباشر أو المؤسسة العامة، يستدعي دراسة هذا النمط الجديد من التفويض ونظام البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، بقصد الوقوف على مدى استيعاب التحديات الراهنة المتعلقة بتنمية الاحتياجات التمويلية التسييرية للمرافق العامة مع ضمان فعالية الخدمات وتوفيرها في آجالها تكريسا لعصرنة المرفق العمومي، علاوة على ذلك تبرز أهمية هذا الموضوع أيضا من خلال ما حققه هذا الأسلوب من تطور ونجاح في القانون المقارن، الأمر الذي يدعونا للاستفادة من خبرة هذا الأخير يقصد تقادي النقائص وتحديد مواطن الخلل، والتوصل إلى نموذج لنظام قانوني متكامل ينظم هذا الأسلوب من العقود؛ كما تتجلى الأهمية الموضوعية في كونه موضوع حيوي ومهم نظرا للدور الذي يلعبه في تلبية حاجات المواطنين بالإضافة إلى غياب دراسات شاملة للموضوع حيث أن أغلب الدراسات تركز إما على أسلوب التفويض وإما على نظام البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

يكمن الهدف من دراسة الموضوع إلى إعطاء صورة واضحة لطرف إدارة المرافق العامة وكذا أنواعها ومعرفة الأساليب التي اعتمدت عليها الدولة في تسيير المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام، ومدى فعاليتها على المستوى المحلي والوطني، مع إبراز أهم الأساليب الحديثة التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في إدارة المرافق العامة من خلال تجسيد روح التعاون في التسيير العام والخاص لإدارة هذه المرافق بالإضافة إلى تسليط الضوء على عقد البوت وعقد الشراكة بين القطاع العام والخاص كأساليب دولية أكثر حداثة لتسيير المرافق العامة ونجاح العمل به في الدول الأجنبية، مما لا يمنع الدولة الجزائرية من إمكانية الأخذ بها في تسيير المشاريع الكبرى؛ وفي ظل

هذه الأساليب الجديدة تظهر رقابة الدولة على هذه المرافق بشكل كبير حيث أن هذه الرقابة تشدد أو تخفف حسب طبيعة الخدمة التي يقدمها المرفق العام ، ودأبت الجزائر على مواكبة التطورات الحاصلة في العالم حيث أنها مؤخرا استحدثت طرق جديدة لتسيير المرافق العامة كون ما يصلح لإدارة مرفق معين لا يصلح بالضرورة لمرفق آخر .

بناء على ما سبق تقديمه، واستنادا لأهمية الموضوع نطرح الإشكالية التالية: فيم تتمثل أهم الآليات المستحدثة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري ؟ وما مدى فعاليتها في تحسين جودة الخدمات العمومية ؟.

لدراسة هذا الموضوع اعتمدنا على المنهج الوصفي من خلال الوقوف على أهم المفاهيم المتصلة بموضوع الدراسة، وكذا على المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي من خلال تحليل واستقراء النصوص القانونية التي تنص صراحة على موضوع الدراسة خاصة ما تعلق منها بالآليات المستحدثة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري، والتركيز على دراسة أسلوب الخوصصة في تسيير واستغلال هذه المرافق في محاولة للوصول إلى الصورة الأمثل في التسيير .

ولإجابة عن الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، حيث نتطرق في (الفصل الأول) إلى التفويض كتوجه حديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري، وذلك في مبحثين تناولنا في (المبحث الأول) ماهية تفويض المرفق العام، وتناولنا في (المبحث الثاني) أشكال اتفاقيات تفويض المرفق العام وصيغ إبرامها؛ في حين نتطرق في (الفصل الثاني) إلى نظام البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص كتوجهات حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري، وذلك في مبحثين تناولنا في (المبحث الأول) نظام البوت كتوجه حديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري، وتناولنا في (المبحث الثاني) عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص كتوجه حديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري.

الفصل الأول

التفويض كتوجه حديث في تسيير

المرافق العامة في التشريع الجزائري

الفصل الأول

التفويض كتوجه حديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

ظهرت فكرة تفويض المرفق العام لأول مرة في فرنسا، ولجأت إليها الدول في تسيير وإدارة مرافقها العمومية، وانتشرت هذه الفكرة في جميع أنحاء العالم حتى وصلت إلى الدول العربية بما فيها مصر وتونس ومغرب والجزائر، وقد اهتم الفقهاء بهذه التقنية حديثه النشأة وحاولوا إيجاد تعريف موحد لها، لكنهم اختلفوا في ذلك مما أدى إلى ظهور اتجاهات التي شككت في استقلالية هذه الفكرة عن عقد امتياز المرفق العام، وتبنى هذا الأسلوب المنظومة القانونية في فرنسا بعد مرور سنوات من استعماله من قبل الفقه الفرنسي، وقد أصبح بذلك متداولاً في التشريع الجزائري باعتباره تقنية جديدة، وبالتالي فإن تفويض المرافق العامة يتخذ عدة أشكال وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ومازالت هذه الفكرة في قيد التطور؛ وبفضل تقنية التفويض شهد العالم تطوراً ملحوظاً وانفتاحاً في جميع المجالات وفتح باب للمنافسة في جميع الميادين، وبالتالي فإن الهدف من وراء تبني هذا الأسلوب هو ترقية الخدمة العمومية والنهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تخفيف العبء على الخزينة العمومية؛ وهذا ما سوف نحاول إظهاره خلال هذا الفصل الذي سنتناول ضمنه مفهوم فكرة تفويضات المرفق العام وتطورها التاريخي، وضوابط تفويض المرفق العام وتحديد الطبيعة القانونية له في (المبحث الأول)، في حين سنتطرق لدراسة أشكال اتفاقيات تفويض المرفق العام وصيغ إبرامها في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية تفويض المرفق العام

إن فكرة تفويض المرفق العام لها جذور تمتد خاصة منذ بداية القرن الماضي، إلا أن الفقه والاجتهاد مازالا في طور بلورة هذا المفهوم وتحديد الأسس التي يقوم عليها كما أن لتفويض المرفق العام أسس وصور معتمدة لذلك تعددت التعريفات التي جاء بها الفقه¹.

ويشكل تفويض المرفق العام أحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العامة التي اعتمدها الدول بعد تبني فكرة الانسحاب من المجال الاقتصادي، وفتح المجال أمام الطرق الحديثة التي تسعى لإشراك القطاع الخاص في تسيير وإدارة المرافق العامة؛ إذ يعتبر تفويض المرفق العام احد أوجه الشراكة الاقتصادية بين القطاع العام والقطاع الخاص في ميدان المرافق العامة².

وبالرجوع إلى تاريخ الجزائر فإنه نتيجة التغييرات التي عرفتها الجزائر منذ دستور 1989 وخاصة نتيجة التحولات الاقتصادية التي نجم عنها الانتقال من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي قامت الدولة بفسح المجال إلى قطاع للمشاركة في تسيير المرافق العامة وذلك من أجل إيجاد أسلوب فعال يغطي على النقص التي كانت موجودة في التسيير الكلاسيكي وذلك بالاعتماد على أسلوب التفويض كوسيلة جديدة لتسيير المرافق العامة³؛ ولتحديد ماهية تفويض المرفق العام سنتطرق إلى مفهوم تفويض المرفق العام في (المطلب الأول) ثم إلى ضوابط تفويض المرفق العام وطبيعته القانونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم تفويض المرفق العام

بالرغم من كون فكرة تفويض المرفق العام ظهرت في القرن الماضي، وليست بحديثة العهد إلا أن الاجتهاد القانوني مازال في طور بلورة هذا المفهوم، مما انعكس على تحديد تعريف تفويض المرفق العام، كما انه لقد اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة المرافق العامة ذات الصناعات

¹ - مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرفق العام (الامتياز الشركات المختلطة -تمو بين المرفق العام - دراسة مقارنة)، ط 01، منشورات الطلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 438.

² - سهام بن دعاس، نظرية المرفق العام والمؤسسات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2023، ص 111.

³ -نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010، ص 126.

والتجاري¹؛ وللفصل في مفهوم تفويض المرفق العام، سوف نتطرق إلى نشأة وتطور فكرة التفويض في (الفرع الأول)، ثم إلى تعريفه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نشأة وتطور فكرة تفويض المرفق العام

يعتبر أسلوب تفويض المرفق العام أسلوب مستحدث في تسيير المرافق العامة وهو مفهوم جديد تم الاهتمام به من خلال القانون رقم 91-03 المؤرخ في 03 جانفي 1991²، كما استعمل هذا المصطلح لأول مرة خلال القرن التاسع عشر لئتم بعد ذلك تحديد الإطار القانوني له بموجب القانون رقم 93-122³ المتعلق بالشفافية في الأعمال الاقتصادية لينتقل بعد ذلك هذا الأسلوب إلى الدول العربية بما فيها الجزائر بعدما ظهر أول مرة في فرنسا بموجب القانون الخاص بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية الصادر في 06 فيفري 1992⁴، حيث تطور بعد استقلال الدولة الجزائرية واعتمادها بذلك على الأنماط التقليدية في التسيير ومنها عقد الامتياز الذي يعتبر طريقة استثنائية في تسيير المرافق العامة عملت بها الدولة للحد من الأزمات الاقتصادية.

ولقد استمر هذا الوضع إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁵ الذي كرس تفويض المرفق العام كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة، كما تم وضع النظام القانوني لهذا الأسلوب من خلال النصوص التنظيمية التي صدرت تطبيقا لهذا المرسوم.

ومن خلال ذلك سوف نتحدث عن نشأة فكرة تفويض المرفق العام في القانون المقارن تم بعدها كيفية ظهورها وتطورها بالنسبة للدول العربية وكيف سعت للعمل به.

أولا: ظهور فكرة تفويض المرفق العام في القانون المقارن

إن فكرة تفويض المرفق العام ليست بفكرة جديدة وإنما تعود إلى زمن بعيد بحيث تم تنظيمها بموجب قوانين عديدة خاصة في فرنسا التي تعتبر منبع نشأت هذه الفكرة، ولها أصولها العملية، كما تم تنظيمها تدريجا بموجب قوانين عديدة خاصة في فرنسا حيث تم تحديد إطارها القانوني بموجب القانون رقم 93-

¹ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص 435-441.

² -Loi N° 91-03 de 03/01/1991- relative a la transparence et a la régularité des procédures marches, disponible sur le site web : www.légifrance.gouv.fr, en date du 23 mars 2020.

³ -Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative a la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifié, Op-cit.

⁴ Loi d'orientation du 06 février 1992, relative a l'administration territoriale de la république, Op-cit.

⁵ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

122 المتعلق بالشفافية في الأعمال الاقتصادية السالف الذكر، لكن تطور هذه الفكرة لم يتوفق عند فرنسا بل انتقل إلى اغلب الدول العربية منها مصر حيث صدر القانون رقم 67 سنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، المعدل والمتمم سنة 2021¹.

1- تفويض المرفق العام في فرنسا: لقد ظهرت فكرة التفويض العام في فرنسا منذ القرن التاسع عشر فهذا التفويض الذي نعرفه اليوم له جذور عملية حيث ساهمت الإدارة المفوضة إلى حد كبير في تطوير العديد من الخدمات العامة منها: النقل الحضري وتوزيع المياه والغاز والكهرباء.... الخ.

لقد أدت عواقب الأزمة الاقتصادية خلال فترة ما بين الحربين إلى الحد بشكل كبير من تطور تسيير المفوض للمرافق العامة خاصة منها المحلية بحيث تم إلغاء هذه العقود والعودة إلى طريق التسيير المباشر الذي يعتبر طبيعية لتسيير المرفق العمومي²، كما أن لتسيير المفوض للمرفق العام تطورا ليبرالي لاقتصادي خصوصا أنه قد شهد تأثيرا كبيرا خلال القرن التاسع عشر للتسيير المفوض، خصوصا خلال فترة ما بين الحربين شهدت الدولة أزمات اقتصادية إلى حد كبير وكرست جميع مجهوداتها للحد منها، حيث سعت الدولة الفرنسية بعد الحرب العالمية الثانية وخاصة خلال فترة السبعينيات إلى خفض ديونها باختيار مصادر تمويل خارجية وإدارة بعض المرافق، لاسيما وأن تطور اللامركزية في أعقاب قوانين 1982-1983 قد فرض على الهيئات المحلية إدارة مرافقها العامة الجديدة من خلال استخدام أسلوب التسيير المفوض، كما تعتبر فترة التسعينيات خطوة مهمة في هذا الإطار.

بدأ الاهتمام بهذا الأسلوب من خلال القانون رقم 91-03 المؤرخ في 03 جانفي 1991 المتعلق بالشفافية وتنظيم إجراءات الصفقات وإخضاع بعض العقود لقواعد الإعلان والمنافسة³؛ هذا القانون سمح بإخضاع جميع العقود لقواعد الإشهار والمنافسة، بعدها تم التصويت على القانون رقم 92-125 المؤرخ في 06 فبراير 1992 المتعلق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية الذي تضمن لأول مرة مفهوم تفويضات

¹ - القانون رقم 67-2010، المتعلق بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية، العدد 19، مكرر (أ) المؤرخة في 18 ماي 2010 المعدل والمتمم في 2021، الذي جاء بديلا للقانون 129 لسنة 1947.

² - سمير بوعنق، المرجع السابق، ص 25.

³ -Loi n°91-03 du 03 janvier 1991. relative a la transparence et a la régularité des procédures des marches, a sumettant la passation de certains contrat a des regles de publicite et de mise en concurrence jorf n °4 du 05 janvier 1991.

المرفق العام التي كانت من أهم أحكامه أن تخضع جميع العقود من 01 جانفي 1993 للإشهار المسبق وفق الشروط المنصوص عليها¹.

ثانيا: تفويض المرفق العام في بعض الدول العربية (مصر نموذجا)

لم تقف فكرة تفويض العام عند فرنسا فقط بل شهد العالم ثورة في مجال تقنيات التفويض وأساليبه وخاصة في بعض الدول العربية، وقد مر التنظيم التشريعي لعقود التفويض في مصر بعدة مراحل فكانت بدايتها بصدور قانون رقم 129 لسنة 1947 الخاصة بالتزامات المرافق العامة، ثم القانون رقم 61 لسنة 1958 في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثورة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز المعدل، وفي هذا الصدد تولى القانون الأول لتنظيم الأحكام الموضوعية لعقد التزام المرافق العامة أما القانون الثاني قد نصت المادة الأولى منه على أنه تمنح الامتيازات باستثمار موارد الثورة الطبيعية والمرافق العامة كقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب²، وفي بداية العقد الأخير من القرن الماضي ومع اتجاه الدولة إلى إتباع سياسة الخصخصة وتشجيع مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العامة، أصبح من الواضح أن الإطار القانوني لعقد الالتزام المرافق العامة كما نظمه القانون 129 لسنة 1947 والقانون 61 لسنة 1958 السابق الإشارة إليهما لا يتماشيان والتطورات الحاصلة، ولمواكبة هذه الأخيرة لجأ المشرع المصري إلى إتباع معالجة تشريعية جزئية تقوم على تبني أسلوب التنظيم القطاعي الخاص في تنفيذ المرافق العامة، من خلال إصدار عدد من التشريعات بخصوص أنواع من العقود الامتياز، وقد عرفت هذه العقود باسم عقود البوت³.

إن إصدار هذه الجزئية والتي عالجت قطاعات محددة من المرافق العامة لم تغن عن الحاجة إلى إصدار تشريع شامل، والمتمثل في القانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المذكور سابقا، ليحل محل القانون 129 لسنة 1947 سالف الذكر، وقد حرص القانون الجديد في مادته الأولى على التأكيد بأن قواعد هذا القانون هي الواجبة التطبيق دون غيرها على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستثمارات التي تبرمها الجهات الإدارية⁴.

¹ -Loi d'orientation du 06 février 1992, relative a l'administration territoriale de la république, Op-cit.

² - سمير بوغنى، المرجع السابق، ص 27.

³ - المرجع نفسه، ص 28.

⁴ - المرجع نفسه، ص 29.

ثالثا: تكريس أسلوب تفويض المرفق العام في الجزائر

لقد اعتمدت الجزائر منذ الاستقلال على أسلوب الامتياز كطريقة استثنائية في تسيير المرافق العمومية حيث تم تكريسه لأول مرة في قانون البلدية بموجب الأمر رقم 24-67¹ لكنه عرف تفهقرا كبيرا متأثرا بطبيعة الأنظمة الاقتصادية والسياسية التي عرفتتها الجزائر، و استمر العمل بهذا الأسلوب إلى غاية تكريس تفويضات المرفق العام بصفة صريحة كأسلوب جديد لإدارة واستغلال المرافق العامة في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1- من عقد الامتياز الى تفويض المرفق العام: عقد الامتياز هو طريقة استثنائية لتسيير المرافق العامة في الجزائر، وشهد تطبيقا من الاستقلال الى يومنا هذا وفق مراحل متعددة وفي قطاعات معينة، حيث تم تكريس عقد الامتياز بصفة صريحة لأول مرة في قانون البلدية بموجب الأمر رقم 24-67 السالف الذكر من خلال المادة 220 منه والتي نصت على أنه إذا أمكن استغلال المصالح العمومية استغلالا مباشرا دون أن ينجم عن ذلك ضرر، فيؤذن للبلديات منح هذا الامتياز ...؛ وأقره قانون الولاية الصادر بموجب الأمر رقم 69-38 بموجب المادة 136 منه والتي نصت على أنه يسوغ للمجلس الشعبي للولاية قصد استغلال بعض المصالح أن يمنح الامتيازات التي يصادق عليها وزير الداخلية بموجب مرسوم وعند الاقتضاء بمشاركة الوزير المعني طبقا للاتفاقيات النموذجية الموضوعية².

هذا وقد أخذت فكرة تفويض في الجزائر اتجاهين، الاتجاه الأول قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247 والاتجاه الثاني بعد صدور هذا المرسوم.

أ- قبل صدر المرسوم الرئاسي 15-247: لقد ارتبطت فكرة تفويض المرفق العام في الجزائر بفكرة الامتياز، بمعنى لا مجال للحديث عن تفويض المرفق العام خارج عقد الامتياز، وقد استمر ذلك إلى غاية صدور القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه والذي حمل في مضمونه مصطلح تفويض المرفق العام ولكن بمفهوم مختلف عن المفهوم المعمول به في التشريع الفرنسي، حيث يعتبر التفويض في مجال الخدمة العمومية للمياه القدر الكافي من النصوص الكفيلة بتحديد العناصر المكونة للنظام القانوني لتفويض الخدمة العمومية، وإن كان قد ذكر بعضها مثل مضمون التفويض وأطرافه وأشكاله والإجراءات المتبعة في منحه،

¹ - الأمر 24-67، المؤرخ في 18 جانفي 1967، المتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة في 18 جانفي 1967. (ملغى).

² - الأمر 69-38، المؤرخ في 23 ماي 1969، المتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة في 23 ماي 1969. (ملغى).

إلا أنه لم يتم بتفصيلها مما جعل أسلوب تفويض الخدمة العمومية للمياه على قدر كبير من الغموض، ويرجع السبب في تبني هذه التقنية على مستوى قطاع المياه، هو عجز المؤسسات العمومية الوطنية على التحكم في تسيير قطاع المياه؛ حيث أن القانون 05-12 المتعلق بالمياه في مادته الثالثة تعرض لفكرة أهمية تأطير هذا المجال بعد إضافته صفة المرفق العام على خدمات المياه والتطهير.

ب - بعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247: بصدور المرسوم 15-247 السالف الذكر الذي يعتبر أول نص قانوني في الجزائر تناول أسلوب تفويض المرفق العام مباشرة، حيث تضمن الباب الثاني من هذا المرسوم 04 مواد تناولت الأحكام العامة لتفويض المرفق العام، وقد أحالت المادة 207 منه في فقرتها الثالثة كليات تطبيق أحكام هذا الباب إلى التنظيم لكن ما يلاحظ من خلال هذا القانون أنه تضمن أحكام عامة.

وقد نصت المادة 209 في الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا على أنه "تخضع اتفاقية تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم؛ وبالرجوع إلى نص المادة 05 نجدها تنص على أنه "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، تجب أن تراعي في الصفقات العمومية المبتدئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معالجة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"، والتي يقابلها حاليا المادة 09 من القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية.

أما الفقرة الثانية من المادة 209 فتتضمن على وجوب خضوع المرفق العام محل تفويض إلى المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة، وبالأخص مبدأ الاستمرارية المرفق العام وكذا مبدأ تكييف المرفق العام، هذه المبادئ هي التي تحكم غالبية العقود الإدارية على اختلاف أنواعها وأصنافها، كما تعتبر ضمانا لحماية المال العام من جهة وحماية المتنافسين من جهة أخرى².

وتطبيقا لأحكام المادة 207 في فقرتها الثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247 صدر المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام³، وهذا الأخير مهيكّل في ستة 06 فصول وثمان

¹ - حسام الدين بريك، تفويضات المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2018-2019، ص ص 18-19.

² - سمير بوعنق، المرجع السابق، ص 35.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة بتاريخ 05 أوت 2018.

وثمانين 88 مادة تتطرق أساسا إلى صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وهي الدعوة للمنافسة كقاعدة عامة والتراضي كاستثناء، وشروط تأهيل المترشحين وإجراءات الإبرام، وبيانات اتفاقية تفويض المرفق العام، وكذا أشكال تفويض المرفق العام المتمثلة في الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة و التسيير، بالإضافة إلى شروط المناولة والتسوية الودية للمنازعات للشروط المتعلقة بفسخ اتفاقية تفويض المرفق العام والرقابة عليه.

الفرع الثاني

تعريف تفويض المرفق العام

في بداية الأمر سوف نتطرق إلى التعريف الفقهي (أولا)، ثم يليها التعريف التشريعي (ثانيا) لتوضيح فكرة تفويض المرفق العام بشكل دقيق.

أولا- التعريف الفقهي لأسلوب تفويض المرفق العام

لقد اجمع الفقه الفرنسي على أن تفويض المرفق العام يعد طريقة من طرق لتسيير المرافق العامة، والتي من خلالها يمكن للإدارة منح أحد المرافق العامة إلى المتعاقد معها لتسييرها، ومن أهم التعاريف الفقهية تعريف الأستاذ Roymundie بأنه "تلك العقود التي تمنح للغير تنفيذ مرفق عام، هذه الفئة من العقود قديمة ومتميزة عن الصفقات العمومية وبالتالي فإن تسيير المفوض هو فئة جديدة من العقود الإدارية مرتبطة فيما بينها بالعناصر المشتركة التالية: العقد، المرفق العمومي و استغلاله"¹.

كما حاولت الأستاذة "نادية ضريفي" تعريف المرفق العام بقولها "تفويض المرفق العام هو عقد يتم من خلاله تسيير واستغلال مرفق عام بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض له، يدفعه المرتفقين أو الإدارة المفوضة، ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق وهو أهم معيار يعرف تفويض المرفق العام"².

وعرفه كذلك الدكتور "مروان محي الدين قطب" بكونه يعني أن تعهد الدولة أو أي أحد الأشخاص القانون العام إدارة واستغلال مرفق عام إلى شخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص"³.

وبالنسبة للأستاذ "وليد حيدر جابر" فقد عرفه بأنه "كل عمل قانوني مرسوم أو عقد إداري تعهد بموجبه جماعة ضمن اختصاصاتها ومسؤوليتها لشخص آخر إدارة واستثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية

¹ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 118.

² - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 129.

³ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 435.

مع أو بدون بناء لمنشآت عامة ولمدة محددة وتحت رقابتها ذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقا للنتائج المالية للاستثمار والقواعد التي ترعى التفويض"¹.

ومما سبق لتعريفات الفقهية نستنتج بأن الفقه لم يأتي بتعريف جامع لتفويض المرفق العام بما في ذلك عدم تحديد الطبيعة القانونية لعقد التفويض وكذلك أطرافه.

ثانيا: التعريف التشريعي

بالرغم من التعريفات التي قدمها الفقه إلا أنه لم يصل إلى تحديد واضح لآلية التفويض مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إعطاء تعريف لهذه الآلية باعتباره السباق إليها. ثم البحث عن مدلول التفويض في التشريع الجزائري.

1- تعريف المشرع الفرنسي لأسلوب تفويض المرفق العام: لم يستعمل مصطلح التفويض المرفق العام في اللغة القانونية إلا بعد سنوات من استعماله من قبل الفقه الفرنسي، وأصبح بذلك هذا المصطلح متداول في المنظومة القانونية الفرنسية باعتبار فرنسا السبّاقة إلى تقنية تفويض المرافق العامة، بحيث استعمل لأول مرة في فرنسا بموجب تعليمة الوزارية الصادرة عن وزير الداخلية لفرنسا سنة 1987 المتعلق بإدارة الأشخاص العامة للمرافق المحلية²، ورغم تداول مصطلح تفويض المرافق العامة بعدها في العديد من النصوص القانونية، إلا أنه لم يحظ بتعريف واضح إلا بعد صدور القانون رقم 2001-1168 المتعلق بالإجراءات المستعجلة للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي والمالي والذي أطلق عليه تسمية Loi murcef³، حيث نصت المادة 03 منه على أنه "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي خاضع للقانون العام تسيير مرفق عام على مسؤوليته المفوض له سواء كان عاما أو خاصا، حيث تكون العائدات مرتبطة بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، ويمكن للمفوض له أن يكلف ببناء منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية للمفوض".

إلا أنه عدل من تعريفه لتفويض المرفق العام في تعديل قانون الجماعات الإقليمية في النسخة النافذة من 01-04-2016 إلى 26-11-2018⁴ حيث تم تعديل المادة L1411-1 منه بموجب المادة 58 من الأمر 65-2016 والتي نصت على أن "تفويض المرفق العام هو عقد امتياز بمفهوم المادة 58 من الأمر 65-2016 الصادر في 29-01-2016 المتعلق بعقود الامتياز ببرم كتابة، حيث تعهد بموجبه

¹ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 65.

² - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 112.

³ - loi n2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de reformes a caractère économique et financier jorf n 288 du 12 décembre 2001.(en linge) <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁴ - cood general de collectivites territoriales,version du 01-04-2016b au 20-11-2018.(en linge) ,<https://www.Legifrance.gouv.fr>.

السلطة المفوضة تسيير مرفق عام بمتعامل لو عدة متعاملين اقتصاديين مع تحمل المخاطر المرتبطة باستغلال المرفق، بالمقابل له حق استغلال المرفق محل العقد وحق تقاضي مقابل للخدمة... ويمكن للمفوض له أن يكلف ببناء منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية للمرفق".

باستقراء المادة المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع اعترف صراحة أن تفويض المرفق العام ما هو إلا عقد امتياز بالمفهوم التقليدي الذي كان منتشرا في فرنسا، حيث اهتم الفقهاء الفرنسيين بمختلف العقود الذي تشترك في تسيير وتنظيم المرفق العام خاصة عقد الامتياز الذي يعد أهمها، فظهر مصطلح "عقود المرفق العام" ليصبح "تفويض المرفق العام".

هذا المصطلح تبناه المشرع في عدة قوانين نظرا للتطورات التي شهدتها المرافق العامة بظهور المرافق الصناعية والتجارية، المرافق الثقافية... إلخ، وبالتالي فإن هذا المصطلح لا يضر ظاهريا بعقد الامتياز، فحتى تعريف المشرع لتفويض المرفق العام هو تعريف لعقد الامتياز؛ علما أنه من خلال التعديل الأخير للمادة L1411-1 أعلاه وبموجب المادة السادسة من الأمر 1074-2018¹ المتعلق بالجزء التشريعي لتقنين الطلبات العامة التي نصت على أنه "يمكن للجماعات الإقليمية أو التجمعات والمؤسسات العمومية التابعة لها والمسؤولة عن المرفق، أن تعهد تسيير مرفق عام إلى متعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين بموجب اتفاقية مرفق عام...".

وقد عرف المشرع الفرنسي أيضا تفويض المرفق العام في المادة 38 من قانون SAPIN بأنه "العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو إدارة مرفق عام، بحيث يكون مقابل مالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبط بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق العام، كما يمكن أن يعهد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق". وعلى الرغم من هذا التعريف إلا أن الجدل الفقهي حول هذا النوع من العقود بقي قائم، إلا بعد صدور القانون رقم 1168/2001 المتعلق بالتدابير الاستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي والمالي، حيث عرفت المادة الثالثة منه عقد تفويض المرفق العام على أنه "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير "المفوض له" وسواء كان عاما أو خاصا تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استغلال

¹ - Ordonnance n°2018-1074 du 26-11-2018 portant partie législative du code de la commande publique. JORF n°02-18 du 05-12-2018. (en ligne) <http://www.legifrance.gouv.fr>.

المرفق، والمفوض له قد يكون مكلف ببناء منشآت أو باكتساب ممتلكات لازموا للمرفق¹؛ غير أن هذا التعريف انتقده العديد من الفقهاء التعريف على أساس انه من الخطأ وضع تعريف قانوني لمفهوم مرن و متطور، لأن في ذلك تقييد لدور الاجتهاد في ابتكار قواعد جديدة في حقل هذه التقنية، فغياب تعريف لهذا الأسلوب أفضل من تعريفه بشكل ناقص.

2- تعريف المشرع الجزائري لتفويض المرفق العام: بسبب التحولات الجديدة التي تعرفها الجزائر بدخولها مرحلة أكثر انفتاحا تفرض فتح كافة المجالات للمنافسة، تم البحث عن أساليب أكثر فعالية في تسيير المرافق العامة وبأقل التكاليف مع تحسين نوعية الخدمة العمومية، لذلك تخلت الدولة في هذا الإطار الجديد عن تسيير بعض المرافق العمومية والتي يمكن أن تكون مجالا للمنافسة²، وهو الأمر الذي أدى إلى النص على تقنية "تفويض المرافق العمومية" التي تعهد بموجبها تسيير هذه المرافق العامة لأشخاص خاصة.

فقد نصت المادة 101 الفقرة 02 من القانون رقم 05-12³ المتعلق بالمياه على أنه "يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم. كما يمكنها تفويض كل أو جزء من هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية".

وعلى ذلك استعمل ولأول مرة مصطلح "تفويض المرفق العام" وهو متعلق بتسيير نشاطات الخدمة العمومية للمياه أو التطهير، وتم تخصيص قسم خاص له هو القسم الثاني بعنوان "تفويض الخدمة العمومية"، كما نجد أن المشرع الجزائري أعطى مفهوما جديدا لتفويض المرفق العام كأسلوب مستقل بحد ذاته حيث اعتبره مرحلة ثانية بعد منح الامتياز لأشخاص القانون العام، وهذه الأخيرة يمكنها تفويض هذه الخدمة لأشخاص القانون العام أو الخاص⁴.

كما تدخل المشرع مرة أخرى ليكرس صراحة هذا الأسلوب في قانون البلدية رقم 11-10 أين أقر بأسلوب التفويض مع إبقائه على الأساليب التقليدية المتمثلة في أسلوب الاستغلال المباشر وأسلوب المؤسسة العمومية والامتياز فقد نصت المادة 150 الفقرة 02 على أنه "ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل

¹ - عبد الجليل دلالي، عبد القادر باية، النظام القانوني لاتفاقيات تفويض المرفق العام في الجزائر، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 07، العدد 01، 2023، ص ص 886-887.

² - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 129.

³ - القانون رقم 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية، العدد 60، الصادرة في 04 سبتمبر 2005.

⁴ - سهام بن دعاس، نظرية المرفق العام والمؤسسات العمومية، المرجع السابق، ص 115.

استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض"، لكن دون أي فصل في مفهوم هذا التفويض بل أكثر من ذلك فقد تم التأكيد على أنه يجب أن يتم عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية، قد تم تحديد نطاق التسيير المفوض للمرفق العام المحلي في قانون البلدية من خلال المادة 156 التي نصت على "يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، وبالرجوع إلى نص المادة 149، نجد أن المشرع قد حدد 13 مجالاً للمصالح العمومية على وجه الخصوص يمكن للبلدية تسييرها عن طريق التفويض وهو توجه فريد من نوعه، لا نلمسه ولا نقف عليه في الأنظمة المقارنة خاصة في فرنسا، أين تجنب المشرع فيها تحديد قائمة خاصة بالمرافق القابلة لذلك، حيث بقيت ولمدة طويلة النشاطات المعنية بالتفويض هي تلك النشاطات التجارية والصناعية¹.

مع التذكير أنه فيما يتعلق بقانون الولاية رقم 07-12، لم ينص المشرع على تفويض المرافق العمومية على مستوى الولاية عكس البلدية، حيث اكتفى بالأساليب التقليدية المتمثلة في أسلوب الاستغلال المباشر وأسلوب المؤسسة العمومية والامتياز في تسيير المصالح العمومية الولائية. ونتيجة لعدم وضوح النصوص المتعلقة بتفويض المرافق العمومية على مستوى المحلي خاصة، تدخل المشرع أخيراً ووضع أحكاماً خاصة بتنظيم المرفق العمومي في الجزائر، وهذا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في المرفق العام؛ وهذا المرسوم الذي صدر في ظروف اقتصادية وسياسية تسعى الجزائر فيها لبناء دولة القانون، ومكافحة الفساد وترشيد النفقات العمومية البحث عن سبل جديدة لتمويل المرافق العامة وضمان تقديمها للخدمة العمومية.

وباستقراء هذا التنظيم نجد أن المشرع الجزائري خصص الباب الثاني منه لتفويض المرفق العام تحت عنوان "الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام" والذي حدد في إطاره مفهوم تفويض المرفق العام من خلال نص المادة 207 التي تنص على أنه "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية. وبهذه الصفة، يمكن

¹ - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 135.

السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز المنشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام. على أن تحدد كفاءات تطبيق هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي¹.

ويلاحظ من هذا التعريف أن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام له الحرية في اختيار أسلوب تسييره بغض النظر عن طبيعة المرفق، وبالتالي يمكنه تفويض تسييره إلى مفوض له بموجب اتفاقية، دون تحديد طبيعته. وبالتالي فتح مجال تفويض المرافق العامة لكافة الأشخاص ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، كما ربط المشرع وبصورة أساسية العائدات التي يتحصل عليها المفوض له بنتائج استغلال المرفق العام والذي يمكن أن يعهد إليه إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات تكون ضرورية لاستغلال المرفق العام.

وبعد مرور ثلاث سنوات من دخول المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيز النفاذ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، الذي نص في المادة 02 منه على أنه: "يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه بهدف الصالح العام".

وبالرجوع إلى المادة 04 منه نجد أنها تنص على أنه: "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 شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص "المفوض له"، بموجب اتفاقية تفويض؛ هذا وقد أكد المشرع الجزائري صراحة على طبيعة هذه الاتفاقية بأنها عقد إداري بموجب المادة السادسة منه، وذلك لتجنب التأويلات والتعقيدات.

أ- تعريف تفويض المرفق العام وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247: لقد صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بتاريخ 16 سبتمبر 2016 الذي تضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تم النص فيه على الشكل الذي يتم فيه تفويض المرفق العام والمبادئ الواجب احترامها وكذلك أشكال تفويض للمرافق العمومية، مع إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للرقابة على سير عمليات إبرام صفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، إضافة إلى التكوين في مجال تفويضات المرافق العمومية؛ وتجدر الإشارة إلى أن هذا المرسوم لم يعرف عقد تفويض المرفق العام و لكن اكتفت المادة 207

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

بأنه يمكن للشخص المعنوي العام أن يقوم بتفويض تسيير مرفق عام للمفوض له، ويحكم هذه العملية اتفافية، وأحالت ذات المادة للمرسوم التنفيذي الصادر لتنظيم لهذه العملية¹.

ب- تعريف تفويض المرفق العام وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199: بصور المرسوم التنفيذي المؤرخ في 02 أوت 2018 والمتعلق بتفويض المرفق العام، عرفت المادة الثانية منه تفويض المرفق العام على أنه "تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له في المادة الرابعة بهدف الصالح العام"².

واستنادا لما سبق ذكره من تعاريف فقهية وتشريعية يمكن أن نعرف تفويض المرفق العام بأنه عقد يعهد بمقتضاه شخص معنوي عام يسمى السلطة المفوضة تسيير وإدارة المرفق العام إلى شخص معنوي عام أو خاص يسمى المفوض اليه يكون خاضعا للقانون الجزائري.

المطلب الثاني

ضوابط تفويض المرفق العام وطبيعته القانونية

بعد التعرف على نشأة وتطور فكرة تفويض المرفق العام، وتحديد مفهومه من الناحية الفقهية والتشريعية، سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تحديد أهم الضوابط التي يخضع لها أسلوب تفويض المرفق العام (الفرع الأول)، وذلك بالاعتماد على النصوص القانونية المعمول بها، بالإضافة إلى تحديد الطبيعة القانونية لهذا التفويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضوابط تفويض المرفق العام

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا في حالة شكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما وقابلا لتفويض، إذ توجد مجموعة من المرافق السيادية التي لا يجوز تفويضها، كما يقتضي أن تقوم بين صاحب التفويض والسلطة المانحة علاقة تعاقدية بحيث يخضع المتعاقد مع الإدارة بالإضافة إلى النظام القانوني حدد من قبل المشرع فإنه يخضع كذلك إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد، كما يجب أن يكون موضوع العقد استغلال المرفق العام وأن يرتبط المقابل المالي بنتائج الاستغلال.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسر للنشر والتوزيع، ط 05، 2017، ص 63.

² - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

أولاً: ضرورة وجود مرفق عام يكون قابلاً للتفويض

يشكل المرفق العام المرتكز القانوني الأساسي لتقنية تفويض المرفق العام، ويقصد بها المرافق العامة التي يمكن أن تطبق أسلوب التفويض في إدارتها لجميع المرافق الاقتصادية والمالية التي تقدم خدمات ومنافع عامة للأفراد ولا يوجد نص قانوني يمنع تفويضه أو عرف يجعل تفويضها غير ممكن، أو المرافق التي يمكن محلاً للإدارة من طرف أشخاص القطاع الخاص بطريقة تفويض، أما الآن لا توجد قائمة تحدد المرافق العامة القابلة للتفويض، فمهما كانت طبيعة المرفق العام إداري أو صناعي فهو قابل لتفويض¹؛ لكن المشرع الجزائري وضع في تعريف المرفق شرط واقف وهو عدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، أي أن المنع وفقاً لنص قانوني صريح، إلا أن الفقه والاجتهاد قد حددها في النقاط التالية:

- 1- لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة نظراً لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها كمرفق الدفاع والعدل والشرطة والتعليم والصحة.
- 2- يجوز تفويض بعض الأنشطة الملحقة بالمرفق العام الذي يتم تفويض فيها مثل إدارة المطاعم في مرفق التعليم ولا يجوز أن يؤدي إبرام العقد إلى تفويض إدارة أبرمته وليس بعض الأنشطة الملحقة به.
- 3- لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام الامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط مثل الانتخابات والأحوال الشخصية.
- 4- لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة التي تحتكر إدارتها واستغلالها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام كمرفقي توزيع الغاز والكهرباء.
- 5- لا يجوز أن يكون موضوع العقد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة.
- 6- لا يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها طابع الضرورة.
- 7- لا يجوز تفويض بعض المهام الأساسية للأشخاص العامة وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الذي اعتبر أن الأقاليم لا يمكن أن تتخلى عن كل صلاحياتها إلى أحد أشخاص القانون العام².

لكن بالعودة إلى التعليم الوزارية رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019، نجد بأنه تم النص على بعض العمليات المتعلقة بتنفيذ مختلف المهام الخدمة العمومية المنوطة بالجماعات المحلية وذلك على سبيل المثال لا الحصر وهي التزويد بمياه الشرب وصرف المياه المستعملة، التطهير، نزع ومعالجة النفايات المنزلية

¹ - مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 442.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 255.

والفضلات الأخرى، صيانة الطرقات، الإنارة العمومية النقل المدرسي، دور الحضانة، المطاعم المدرسية، المكتبات، المساحات الخضراء، مواقف ركن السيارات وغيرها من المهام المكلف بتنفيذها من طرف الجماعات المحلية¹.

أما بالنسبة للمرافق العامة الغير قابلة للتفويض فإذا كان المبدأ العام هو أن المرافق العامة الاستثمارية والإدارية قابلة للتفويض، إلا أن العلم والاجتهاد وضع استثناء فيما يتعلق بالمرافق العامة الإدارية، تمثل في الرأي الذي أعطاه مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 07 أكتوبر 1986 المتضمن تحفظات على مبدأ جواز قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض، والتي تجد أساسها في طبيعة هذه المرافق من جهة وبارادة المشرع من جهة أخرى²؛ وتنقسم المرافق العامة الإدارية غير قابلة للتفويض الى مرافق ترتبط بالوظيفة السيادية للدولة ومرافق عامة لا ترتبط بسيادة الدولة، فالمرافق العامة السيادية لا يجوز تفويض إدارتها لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها كمرفق الدفاع، الشرطة، العلاقات الدولية والضرائب، ومرفق القضاء، فهي من أهم المرافق الإدارية السيادية التي تتمتع بحماية دستورية صارمة نظرا لارتباطها العضوي بشخصية الدولة القانونية³.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على استثناء المهام أو الأنشطة السيادية من تقنية التفويض وهذا من خلال نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، كما تم التأكيد على ذلك من خلال التعليم الوزاري رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019، حيث تنص على أن تفويض المرفق العام هو "اتفاقية يحول من خلالها شخص معنوي خاضع للقانون العام والمسؤول عن المرفق العام يدعى "السلطة المفوضة" بعض مهامه غير السيادية الى شخص آخر يدعى "المفوض له"، أما المرافق العامة الغير السيادية فإن عدم قابليتها لتفويض ينتج عن عدم توفر العناصر التي يقوم عليها أسلوب التفويض. ففي الجزائر تم النص صراحة على أنه لا يمكن أن يكون محل تفويض المرفق العام في أي حال من الأحوال المهام المتعلقة بتسليم وثائق الهوية والسفر، الحالة المدنية، العمليات الانتخابية، الوقاية وتسيير الأخطار والكوارث وحماية الأشخاص⁴.

¹ - التعليم الوزاري رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019، المتضمنة تجسيد احكام المرسوم التنفيذي رقم 18-1999 المؤرخ في 02 اوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

² - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 238.

³ - سمير بوعنق، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - التعليم الوزاري رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019، المتضمنة تجسيد احكام المرسوم التنفيذي رقم 18-1999 المؤرخ في 02 اوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

فالسطة العامة أجازت استعمال أسلوب التفويض في أغلب المرافق العامة الاقتصادية والإدارية واستثنت فقط المرافق العامة السيادية التي لا يمكن التنازل عنها لأنها تعتبر من صميم نشاط الدولة¹، وبالتالي عدم قابلية هذه المهام للتفويض في الجزائر حددها الفقه والاجتهاد، وعليه يختلف أسلوب التفويض في تطبيقاته من دولة الى أخرى وذلك بحسب الأوضاع القانونية والسياسية والاجتماعية السائدة، وإذا كانت بعض الدول تعتمد على قاعدة التمييز بين مرافق عامة قابلة للتفويض وأخرى غير قابلة للتفويض، فإن هذه القاعدة غير مهمة في دول أخرى باعتبار أن تقنية التفويض فيها لا تقوم على طبيعة المرفق العام أو مدى ارتباطها بسيادة الدولة وإنما على اعتبارات وظروف أخرى².

ثانيا: ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين السلطة المفوضة والمفوض له

لا يتحقق تفويض المرافق العمومية إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المتفردة والذي يعرف بأسلوب الأهيل الانفرادي لا يدخل في مفهوم التفويض الذي تضمنه المشرع.

1- عقد تفويض: إن عقد تفويض المرفق العام مبني على فكرتين متناقضتين، وهما فكرة تحقيق المصلحة العامة وفكرة تحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقد.

2- صاحب التفويض: يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما مثل مؤسسة عامة يفوض إليها إدارة استغلال المرفق العام ونذكر مثال على ذلك عقد الامتياز الذي كان مبرما بين شركة الكهرباء التي كانت مؤسسة عامة والدولة كانت موضوع العقد تشغيل مرفق الكهرباء، و يقتضي أن يكون مانح التفويض شخصا عاما سواء كان الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية، أو في حال كان مانح التفويض شخصا خاصا فلا يكون عقد التفويض مرفق عام إلا أنه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لحساب وباسم الشخص العام وتحت إشرافه.

3- طبيعة العقد: إن عقد التفويض عادة ما يبرم بين شخص عام وهو مانح التفويض وشخص خاص هو صاحب التفويض لكي يعتبر كعقد من عقود تفويض المرفق العام، أما إن كان مانح التفويض شخص خاص فنحن هنا لا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، إلا أنه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخص من أشخاص القانون الخاص لحساب وباسم الشخص العام وتحت إشرافه ورقابته، وفي هذه الحالة نكون أمام عقد تفويض المرفق العام بالرغم من كون أشخاصه من أشخاص القانون الخاص، فالعلاقة القائمة بين

¹ -سمير بوعنق، المرجع السابق، ص 66.

² - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 240.

صاحب التفويض والسلطة المانحة له هي علاقة تعاقدية خضع طرف العقد فيها لبنود والأحكام المدرجة في العقد، وقد يشكل عقد تفويض المرفق العام عقدا إداريا لأن أحد أطرافه شخص عام، بحيث يبرم عقد التفويض عادة بين شخص عام وهو مانح التفويض وشخص خاص وهو صاحب التفويض، ويكون على شكل الشركة التجارية أو شركة عامة وهو مانح التفويض وموضوعه تنفيذ مرفق عام ويتضمن امتيازات السلطة العامة كحق الدولة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة بدافع تحقيق المصلحة العامة.

ومن هنا يشكل العقد المرفق العام عقدا إداريا، لأن أحد أطرافه شخص عام هو مانح التفويض وموضوعه تنفيذ مرفق عام، كما يتضمن امتيازات السلطة العامة كحق الدولة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وقد نظم المشرع الفرنسي عقد التفويض باعتباره عقدا إداريا ووضع له الاطار القانوني من خلال قانون sapin¹.

ثالثا: استغلال المرفق العام والارتباط بين المقابل المالي والاستغلال

لا يكفي القيام بتفويض المرفق العام إلا إذا وجد المرفق العام وأن تكون العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له علاقة تعاقدية، وإنما يلزم بوجود مرفق عام يكون موضوع العقد استغلال المرفق العام من جهة، وأن يرتبط بالمقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بنتائج الاستغلال من جهة أخرى، ويعتبر هذا الشرط في تحديد عقود التفويض من عقود الصفقات العمومية².

ومن لا يعني أن ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار أن مصدر المقابل المالي هو للمستفيدين من خدمات المرفق العام فقط، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، فقد يدفع جزء من المقابل المالي من قبل شخص عام، كما يمكن أن يساهم هذا الأخير في دعم المرفق العام³. إذن فارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال يشكل معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقة العمومية، وفي حال شكل المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمنا للخدمات المؤداة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام⁴. وقد أكد على ذلك القضاء الإداري الفرنسي، حيث اعتبر في أحد احكامه أن المقابل المالي الذي يدفعه الشخص العام

¹ - مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 447.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 225.

³ - مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 450.

⁴ - سمير بوعنق، المرجع السابق، ص 73.

المحلي الذي عهد الى جمعية استغلال مركز للترفيه، دون أن يتحمل اية مخاطر مالية يشكل ثمنها للخدمات المؤدات، وبالتالي فالعقد لا يمكن اعتباره تفويض مرفق عام وإنما صفقة عامة¹.
وبالعودة إلى القانون الجزائري يلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر تنص على أنه "ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام..."².

وعليه يجب أن يكون للتفويض مردودية مالية بحتة تتحقق نتيجة قيام السلطة المفوضة بتفويض التسيير، وطالما تعلق الأمر بالمرفق العمومي فهو يتعلق بالمصلحة العامة للأفراد وبصفة أخص طائفة المستهلكين فيرتبط المقابل المالي بنتائج الاستغلال فهو يأخذ معيار هام لتأهيل عقود تفويض المرفق العام وتمييزه عن باقي العقود الأخرى.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام

يشكل تفويض المرفق العام عقدا ذا طبيعة إدارية لأن أحد أطرافه شخص عام هو مانح التفويض، وموضوعه تنفيذ مرفق عام، ويتضمن امتيازات السلطة العامة كحق الشخص العام في السلطة التنظيمية للمرفق العام لتحقيق المصلحة العامة، وتصنيف اتفاقيات تفويضات المرفق العام التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ثم المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، وحتى في التشريعات المقارنة على أنها عقود إدارية يعود لعدة اعتبارات أهمها:

- أن القانون هو الذي حدد طبيعتها الإدارية وذلك بوضع نضام قانوني محدد لها، فطبقا لنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 فإن اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري مبرم طبقا لتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم.
- اطلاق مصطلح "اتفاقية" على هذا العقد في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، وهذه التسمية لا تغير من طبيعته الإدارية.³

وتعتبر تقنية تفويض المرفق العام من الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة منها إصدار قرار اداري أي العمل من جانب واحد ويطلق عليه الترخيص والإذن وتكون في هذه المرحلة بصدد تفويض إدارة مرفق لا

¹- مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص ص 451-452.

²- المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³- عبد الجليل دلالي، عبد القادر باية، المرجع السابق، ص 889.

يتضمن أي عنصر تعاقدى ويدعى بالأسلوب القانوني أو اللائحي، غير أن هذا الوضع لا يشكل قاعدة في إسناد وإدارة المرفق للقطاع الخاص من الأسلوب التعاقدى الذي يتفق وينسجم أكثر مع تفويض إدارة المرفق العام إلى القطاع الخاص، وهناك حالات كثيرة في القانون الفرنسي تعالج هذه الأنواع من العقود بواسطة أسلوب الترخيص، ومثال ذلك أن يعهد تقنين المباني والإسكان مهمة مرفق عام إلى الشركات الخاصة، وتقديم الخدمات الخاصة بدفن الموتى وهي من المرافق العامة سواء بواسطة المقاطعات أم من تفويضهم أم بواسطة أي مشروع أم جمعية... الخ¹.

وعليه هل نحن بصدد عقد إداري يغلب على أسلوب تفويض المرفق العام، وفي إطار الطابع التعاقدى الكامل أم الطابع التنظيمي، بحيث يصبح أسلوب تفويض المرفق العام عبارة عن عقد ذي أثر تنظيمي؛ ولتوضيح ذلك لابد من الوقوف عند النظريات الفقهية المختلفة في محاولة شرح طبيعة القانونية لتفويض؛ ومن خلال ذلك فقد طرح الفقه عدة نظريات حاول من خلالها تكييف طبيعة القانونية لأسلوب تفويض المرفق العام من الوجهة القانونية سنذكرها فيما يلي :

أولاً: نظرية القرار الإداري

وضحت هذه النظرية الطبيعة القانونية لأسلوب تفويض المرفق العام واختلف الفقه حول هذه الطبيعة، فالبعض يرى الالتزام تصرف لإرادة منفردة صادر عن السلطة الإدارية المانحة للالتزام بما تتمتع به من امتيازات منحها القانون العام ويخضع الملتزم لهذا التصرف بإرادته وذلك من خلال قبول لشروط الالتزام²؛ كما اعتبر أنصار هذه النظرية أن الالتزام هو إحدى صور أسلوب تفويض المرفق العام، وإنما يكيف بوصفه قراراً إدارياً مرفوقاً على قبول المخاطب له، وينحصر دور الملتزم بمجرد قبول الالتزامات الموجودة في وثيقته إلا أن هذه النظرية اشتملت على عيب تمثل في إغفال إرادة الملتزم، خاصة أن هذه الإرادة دوراً هاماً في تكوين عقد الالتزام وهذا ما جعل هذه النظرية مفضحة لتأييد في فرنسا³.

كذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي تبنى أسلوب التفويض على أساس الترخيص الإداري، من خلال ما أخذت به بعض القوانين بشأن التراخيص المؤقتة في إدارة بعض المرافق إذ تعدر منح الالتزام أو لمواجهة الظروف الطارئة، فقرار الترخيص اعتبر ضمن هذا السياق استثناء في حالة تعذر منح الالتزام عن

¹ - محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية - القاهرة، مصر، 2000، ص ص 22-23.

² - أبو بكر عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، مصر، 2015، ص 207.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الوكالة والمقاوله والحراسة والوديعة، الجزء 07، المجلد الأول، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان، 2005، ص 293.

طريق التعاقد، فالترخيص الإداري في هذا المجال أن عملية استغلال المرفق العام يعهد بها إلى القطاع الخاص بموجب القرار الإداري¹.

ثانيا: النظرية التعاقدية

حتى بداية القرن العشرين كانت الفكرة السائدة بأن امتياز المرفق العام له الطابع التعاقدية بصورة حصرية، على الرغم من احتوائه على بنود غريبة بطبيعتها عن العقود المدنية، فهذه النظرية المستوحاة من فكرة الاشتراط لمصلحة الغير طبقها الاجتهاد فأيدها جانب من الفقه، لكن هذه النظرية وجهت إليها انتقادات من جانب الفقه، كما أن الاجتهاد عدل عنها لعدم مجازاتها لمقتضيات المصلحة العامة، فالفقيه Duguít وغيره من الفقهاء اعتبروا أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني للطابع التعاقدية لامتياز المرفق العام هي غير مقنعة، باعتبار أن هذا الشرط لا يحدد وقت إبرام العقد، من هو المستفيد بصورة شخصية ومباشرة من آثاره، كما أن هذه النظرية لا تتلاءم مع حق المنتفعين والغير في الطعن عن طريق الإبطال لتجاوز حد السلطة بالتدابير المتخذة خلافا للعقد وأحكام دفتر الشروط؛ وعليه فقد كرس الاجتهاد لتترك هذه النظرية لافتقارها لأي أساس قانوني، حيث اعتبر أن الاشتراط لمصلحة الغير أو امتداد أثر العقد اتجاه الغير هو في الواقع إحدى نتائج قانون المرفق العام، أي أن المبادئ التي تسود الأخير، ومن الحجج التي أثبتت انتقاد الطابع التعاقدية للامتياز المرفقي وأن الأخير يشكل شرعيته للمتعاقدين، وبالتالي أن أي تعديل في العقد يتم بموافقة أطرافه لهذه الاعتبارات بدأ الحديث عن ظهور نظرية أخرى تمثلت بالعمل المزدوج².

ثالثا: نظرية العمل المزدوج

ظهرت هذه النظرية كبديل عن النظرية التعاقدية التي لم تصمد أمام الانتقادات التي وجهت إليها، فقد أعلن الاجتهاد القضائي في فرنسا في قضية (Croix de seguey-Tivoli) أن عقد امتياز المرفق العام له طابع تنظيمي وتعاقدية، وقد كرس هذا المفهوم أيضا مفوض الحكومة (le Toumeur) بحيث رأى أن المرفق العام بالنسبة للمنتفعين من خدماته، ليس إلا مؤسسة قانونية تنظيمية، سواء تمت إدارته عن طريق الامتياز أم لا³؛ إلا أن هذه النظرية لم تسلم من توجيه الانتقادات إليها أيضا، إذ كيف يمكن لعمل قانوني واحد أن يحمل طبيعتين تعاقدية وتنظيمية في آن واحد، خاصة مع وجود تعارض قانوني كبير بين المفاهيم

¹ - مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بعين الشمس - القاهرة، مصر، 2001، ط 01، 2005، ص 205.

² - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 68.

³ - المرجع نفسه، ص 131.

التعاقدية والتنظيمية، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى عدم قبول اجتماع تلك الطبيعتين في عمل قانوني واحد.

فقد اعتبر التنظيم بأن اتفاقية تفويض المرفق العام التي تيرم بين السلطة المفوضة والمفوض له بمثابة عقد إداري، وهذا وفقا لنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السالف الذكر، وبهذا يكون قد قطع المجال لأي تفسير أو تأويل كان في الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام باعتبار أنه لا اجتهاد مع صراحة النص، رغم أن تفويض المرفق العام يشترك مع الخصوصية في بعض العناصر، إلا أنه يتميز عنها في عدة نقاط منها أن يكون المفوض له إما شخص من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، بينما في الخصوصية فالمستثمر لا يكون إلا من أشخاص القانون الخاص.

رابعا: نظرية العمل المختلط

مفاد هذه النظرية أن عقد الالتزام المرفق العام هو عمل قانوني مختلط يضم في ثناياه بنودا تنظيمية وأخرى تعاقدية، فعقد الالتزام تختلف طبيعته القانونية باختلاف الجهة التي تتسحب آثاره عليهما، فهو يأخذ الطابع التنظيمي للعلاقة بين الإدارة مانحة الالتزام والمتعاقد صاحب الالتزام¹؛ وتبعاً لهذا الاتجاه فإن البنود التنظيمية تعد بمثابة قواعد عامة بمجرد تشابه مادي مع القانون، وتطبق ليس فقط على أطراف العقد بل تطل الغير أيضاً، فكل من يستفيع من المرفق العام أو له علاقة تطبق عليه البنود التنظيمية فهي تعد ضماناً للمنتفعين، أما البنود التعاقدية فهي التي تعني بتحديد مدة العقد.

تبقى السلطة المفوضة في أسلوب تفويض المرفق العام مسؤولة عن نشاطه باعتبارها صاحبة السلطة والرقابة والتنظيم، فهي تعهد فقط للمفوض له تسيير وإدارة المرفق العام لمدة محددة، في حين أنه في حالة الخصوصية فهي ترفع يدها تماماً عن المرفق العام، ويصبح المستثمر الخاص هو المسؤول عن الإدارة والتسيير بشكل تام وكامل، بحيث يستفيد المفوض له في تقنية تفويض المرفق العام من امتيازات السلطة العامة، بينما في الخصوصية يتم تجريد المرفق العام من هذه الامتيازات².

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر عقود تفويض المرفق العام اتفاقية يتم بموجبها تفويض تسيير المرفق العام، وهذا من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن

¹ - وليد حيدر، المرجع السابق، ص 130.

² - عبد الصدوق شيخ، اشكال تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف، الجزائر، 2020، ص ص 197-198.

الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا، وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام، تم النص صراحة على أن تفويض المرفق العام عقد اداري وهذا من خلال المادة 06 التي تنص على أن "اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم"¹.

المبحث الثاني

أشكال اتفاقيات تفويض المرفق العام وصيغ إبرامها

تنوع المرافق العامة يؤدي بالضرورة إلى تحديد أشكال تسييرها، حيث أن كل نوع من هذه المرافق تناسبه طريقة تسيير تتوافق مع طبيعة الخدمة التي يقدمها، كما يأخذ تفويض المرفق العام في الجزائر عدة أشكال حسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة²؛ حيث حدد التنظيم معايير تحديد أشكال تفويض المرفق العام في كل من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام، وهذا على سبيل المثال لا الحصر حيث يمكن أن يجد أسلوب تفويض المرفق العام أشكالا أخرى حسب مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له وهي ثلاث مستويات تتمثل في حالة عدم تحمل المفوض له أي خطر أو حالة تحمل المفوض له جزء من الخطر أو حالة تحمل المفوض له كل الخطر³.

ووفقا للمادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199 السالف الذكر، فإن تفويض المرفق العام يأخذ أربعة اشكال (المطلب الأول) وهي الامتياز، الايجار، الوكالة المحفزة والتسيير؛ كما نص المشرع الجزائري على صيغ للإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام (المطلب الثاني) في نص المادة 08 من هذا المرسوم التي حددت المنافسة كقاعدة عامة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام والتراضي كاستثناء على القاعدة العامة.

¹ - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 18 199، المتضمن تفويض المرفق العام، المرجع السابق.

² - عبد الصديق شيخ، اشكال تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف، الجزائر، 2020، ص ص 197-198.

³ - أحمد مبخوتة، الاشكال الحديثة لعقود التفويض المتعلقة بإدارة واستغلال المرافق العامة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 01، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، 2021، ص 415.

المطلب الأول

أشكال تفويض المرفق العام

لا تتبع الإدارة طريقة واحدة أو أسلوب موحد في تسيير مرافقها، بل هناك عدة طرق لإدارة المرافق العامة أكد عليها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام وكذا المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، والمتمثلة في الامتياز (الفرع الأول)، الإيجار (الفرع الأول)، الوكالة المحفزة (الفرع الأول)، والتسيير (الفرع الأول).

الفرع الأول: الامتياز

يعتبر امتياز المرفق العام آلية ليبرالية تشكلت وتطورت في النظام الرأسمالي وحرية القطاع الخاص في الاستثمار، لذا لم يتوسع المشرع الجزائري بعد الاستقلال في الأخذ به الا استثناء، لأن الجزائر أخذت بالتوجه الاشتراكي الذي يقدم الملكية العامة، ما يجعل هذه التقنية غير مأخوذ بها بمفهومها التقليدي في تسيير المرفق العام، وإن كان المشرع الجزائري لم يمتنع من الأخذ بها كوسيلة لترتيب العلاقة بين الدولة والهيئات الإدارية الأخرى وهذا ما يبدو جليا عند الاعتماد على ما يسمى بالامتياز في تنظيم العلاقة بين الدولة والجماعات المحلية، بتنازل الدولة لفائدة البلديات عن تسيير قاعات السينما والأماكن السياحية والمنشآت الرياضية¹، وذلك لربط علاقة قانونية بين شخصين عاميين في صدد تحقيق سياسة التأميم المتبعة آنذاك²؛ لكن في ضوء التحولات التي طرأت على الجزائر خاصة بعد انتهاجها لاقتصاد السوق بموجب دستور 1989، الذي عرفت بموجبه الجزائر تغييرا جذريا في توجهها السياسي والاقتصادي باعتماد سياسة الانفتاح، وفي هذا السياق صدر القانون رقم 08/90 المتعلق بالبلدية والقانون رقم 09/90 المتعلق بالولاية، ثم صدرت تعليمية وزير الداخلية رقم 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها المؤرخة في 07 سبتمبر 1994، هذه الأخيرة التي تبنت تطور جديد في تسيير المرفق العام المحلي في الجزائر والتي تجد اطارا مرجعيا في هذا المجال³.

¹ - محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن عمر ورحال مولاي ادريس، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1995، ص 21.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 101.

³ - التعليمية الوزارية رقم 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية البيئة والإصلاح الإداري، موجهة الى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية، ورؤساء مندوبيات التنفيذية، الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994، ص 06.

أولاً: مفهوم امتياز المرفق العام

يعتبر الامتياز صورة من صور تفويضات المرفق العام المحلي في الجزائر، حيث نصت عليه المادتين 149 و 155 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية¹، كأسلوب لاستغلال المرافق العامة المحلية لذا سيتم التطرق لتعريفه تم تكييفه القانوني.

1 - تعريف امتياز المرفق العام: للإلمام بتعريف امتياز المرفق العام، يتم التطرق للتعريف التشريعي، ثم التعريف الفقهي، ثم إلى التعريف القضائي.

أ- التعريف التشريعي: نظرا لأهمية الامتياز في تسيير العديد من المرافق العمومية في الجزائر وعبر مختلف القطاعات ذات الطابع الاقتصادي أساسا المتعلقة منها بإشباع الحاجات العامة للمواطنين، فقد عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في النصوص القانونية المنظمة لهذه القطاعات من مياه ومحروقات واتصالات وفلاحة وأملاك الوطنية²؛ نجد من أهمها ما يلي:

- تنص المادة 04 من القانون رقم 10-03 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة على تسييرها بموجب الامتياز على أن "عقد الامتياز هو العقد التي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب العقد المستثمر صاحب الامتياز حق الاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها بناء على دفتر الشروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها أربعون سنة قابلة للتجديد، مقابل دفع أتاوى سنوية تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية"³.

- كما عرفت التعليمات الوزارية رقم 842/3.94 امتياز المرفق العام المحلي بأنه "عقد تكلف مقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته"⁴، وبمقتضى هذا يمكن القول ان هذه التعليمات لم تفرق بين عقد الامتياز وعقد الايجار، خلافا لما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر في المادة 210، الذي فصل في الأمر و اعتبر الامتياز أنه "...تعهد السلطة

¹ - نعيمة اعلي، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 30.

² - المادة 53 من المرسوم التنفيذي 18 - 199، المرجع السابق.

³ - القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15 اوت 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 اوت 2010.

⁴ - التعليمات الوزارية رقم 842/394، المرجع السابق، ص 06.

المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام، يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤولياته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى على ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام، ويمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه..¹؛ يتبين أن عقد الامتياز في مفهوم هذا النص يمكن أن يكون في شكل إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله أو أن يقتصر الأمر على استغلال المرفق العام لا غير، والالتزام بتمويل تلك الأشغال بنفسه، حيث يتولى الملتزم بتمويل إنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام ليتسنى له تقاضي أتاوى ورسوم من مستخدمي المرفق العام.

- كما عرفت المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السالف الذكر الامتياز بأنه "الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام، ويستغل المفوض له المفوض العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة والمفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام ويتقاضى على ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام، لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين سنة ويمكن تجديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية شريطة أن لا تتعدى مدة التمديد أربع سنوات كحد أقصى"²؛ ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا بأن عقد الامتياز هو عقد إداري يبرم بين السلطة المفوضة والمفوض له يتعلق إما بإنجاز منشآت واقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما التعهد له فقط استغلال المرفق العام من نفقته الخاصة حيث يأخذ المفوض له مبلغا من قبل المرتفقين وقد يكون في شكل أتاوى أو رسوم يتم تحديدها من قبل السلطة العامة، على أن تنقضي مدته بمرور 30 سنة من إبرامه وهو قابل للتجديد مرة واحدة فقط.

ب- **التعريف الفقهي:** يعرف امتياز المرفق العام تبعا لما جاء به الفقه التقليدي بأنه "الطريقة التي تعهد بها الإدارة الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلال

¹ - المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-274، المرجع السابق، ص 47.

² - المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق، ص 10.

لمدة محددة وذلك عن طريق عمال، وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام¹.

وعرف الدكتور "طعيمه الجرف" الامتياز بأنه "عبارة عن عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات بتكليف من الدولة أو إحدى الهيئات الإدارية الأخرى وطبقا للشروط التي توضع له بالقيام على نفعيته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محدودة من الزمن واستلائه على الأرباح التي تأخذ عادة صورة الإذن للملتزم بتحصيل رسوم من المنتفعين"².

كما عرفته الدكتورة "نادية ضريفي" بأنه "العقد الذي من خلاله يخول شخص من القانون العام الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية تسيير واستغلال مرفق بكل مسؤولياته وما يتحمله من أرباح وخسائر، ويختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي، ويتحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي للتسيير والاستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل الخدمة، ويجب أن يكون هذا المقابل المالي مرتبطا باستغلال المرفق وناتجا عن تشغيله ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة قد تشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية أو التجارية، ويتم منح الامتياز وفق إجراءات واضحة تضمن الشفافية والمنافسة لاختيار الأفضل، وبذلك ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المرتفقين وفق عقد يحدد حقوق صاحب الامتياز والتزاماته وكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية وضرورة تكييف مع المحيط الداخلي والخارجي"³.

كما عرف الدكتور "ناصر لباد" الامتياز بأنه "عقد أو اتفاق الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو البلدية أو الولاية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد يقدمه المنتفعون بخدمات المرفق"⁴.

¹ عز الدين بدري، إدارة المرافق العامة المحلية واستثماراتها في القانون الجزائري، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2022، ص 93.

² سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 102.

³ المرجع نفسه، ص 103.

⁴ المرجع نفسه، ص 104.

وعرفه الأستاذ "جوال كارياجور" بأنه "تلك الاتفاقية التي يقوم بموجبها شخص عام يسمى مانح الامتياز بتفويض شخص طبيعي أو معنوي خاص أو في بعض الحالات شخص عام يسمى صاحب الامتياز لضمان تسيير المرفق بكل مخاطره وتحت رقابة السلطة المانحة الامتياز، ويتلقى أجره المتمثل في الأتاوى المقدمة من طرف المستعملين مقابل الخدمة التي استفادوا منها، ويتكفل صاحب الامتياز كذلك بإنجاز المنشآت الضرورية لتوظيف وعمل المرفق".¹

ج - التعريف القضائي: من بين التعريفات القضائية التي جاء بها القضاء المقارن بشأن تعريف عقد الامتياز نجد ما يلي:

- لقد عرفه قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في فتاوه رقم 369 الصادرة في 16 ديسمبر 1949 بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق عام متحملا مخاطره، وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر، ويمنح في سبيل ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة، وذلك مقابل مبلغ يؤديه إلى جهة الإدارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظيرا استعمالهم للمرفق".²

- وعرف مجلس الدولة الفرنسي الامتياز في قرار صادر منه في 30 مارس 1961 في قضية شركة "إنارة بوردو" حيث اعتبر الامتياز بأنه "عقد يكلف بمقتضاه شخص من أشخاص القانون العام، وتحت رقبته، شخصا آخر من أشخاص القانون الخاص التكفل بمرفق عام على حسابه، ويكون المقابل الذي يتلقاه هو من استغلال المنشآت العمومية أو تسيير المرفق العام مع الحق في تحصيل أتاوى من مرتفقي المنشأة أو المستفيدين من الخدمة العمومية".³

- وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري من خلال تعريفه لامتياز المرفق العام المحلي في قرار رقم 11952/11950 الصادر بتاريخ 09 مارس 2004 في قضية شركة نقل المسافرين "تسريع جنوب" وبين رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران كما يلي "...وحيث أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد اداري تسمح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع أتاوى لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه...".⁴

¹ -Jol corbaje droit des services publics; édition dalloz .35 rue froide voux 75685 paris 14 France 3eme édition ; 1997; p152.

² - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 107.

³ -Jen maroc peryrical droit admininstatif mouthretien e j a 2 eme édition 2000; paris p 519.voir également :conclusion sous conseil d'état ; 30 mars1961 laffairedecomanie de bordeaux ; recueil ;P133 ; cité par yves delaire ; la délégation des services publics locaux ; édition berger learault 03vue ferrus 75014 paris -France, 2006; p107.

⁴ - محمد امين بوسماح، المرجع السابق، ص ص 15-16.

ثانيا: تكييف امتياز المرفق العام

إن البحث في طبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام الغرض منه هو الكشف عن طبيعة العلاقات القانونية التي تربط بين المعنيين بهذا الاتفاق وهم الهيئة المانحة الامتياز تم الملتزم المتعاقد معها ومرتقي المرفق العام، وقد ظهرت عدة نظريات تباينت في وجهات نظرها في التكييف القانوني لامتياز المرفق العام نوجزها كما يلي:

1- الامتياز قرار إداري ذو طبيعة اتفاقية: يطلق عليها النظرية الألمانية، ومفادها أن الالتزام هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من ولاية¹، ما يغيب إرادة الملتزم الذي يقتصر دوره فقط في قبول الالتزامات التي يتضمنها الاتفاق لا غير، دون أن يكون له دور إيجابي مذكور يساهم في إنشاء بنود هذا الاتفاق.

وأهم نقد وجه لهذه النظرية هو إهمالها إرادة الملتزم، مع أن هذه الإرادة تلعب دورا هاما في تكوين الالتزام، مما قد يؤدي إلى تحاشي الخواص من تكوين الالتزامات مع الإدارة قد لا تخدم أهدافهم المتعلقة بتحقيق أرباح كافية تدفعهم لذلك².

2- الطبيعة التعاقدية المحضة للامتياز: راجت هذه النظرية في فرنسا نهاية القرن التاسع عشر ومفادها أن الامتياز هو عقد بالمعنى الصحيح، لأنه يحظى بموافقة ورضى الملتزم وبذلك كان يعتبر عقد إداريا ملزما للجانبين³، مما يحول دون تدخل الإدارة في تعديل شروط الالتزام بمجرد إقرارها لهذا العقد⁴، ومنه فقد اعتبر أصحاب هذه النظرية أن نظام المرفق العام يدخل ضمن البنود التعاقدية، أما عن الخدمات المتعلقة بالملتزم اتجاه المرتفقين أساسها فقط فكرة الاشتراط لفائدة الغير⁵. وأهم نقد وجه لهذه النظرية هو أن الامتياز يتطلب بالضرورة سن قواعد خاصة بتنظيم المرفق الممنوح، وهذه القواعد تشكل ما أسموه بقانون المرفق، وفي نهاية الأمر الهيئة مانحة الامتياز هي صاحبة المرفق وهي المسؤولة عن إدارته⁶.

¹ - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 1996، ص 341.

² - عز الدين بدري، المرجع السابق، ص 95.

³ - بن مبارك راضية، التعليق على التعليمات الوزارية رقم 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - عين شمس، 2001/2001، ص 46.

⁴ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 341.

⁵ - مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 839.

⁶ - عز الدين بدري، المرجع نفسه، ص 97.

ج- الطبيعة المزدوجة للامتياز: مفاد هذه النظرية أن الامتياز يتجسد في مظهرين تنظيمي وتعاقدي، ويتجلى المظهر التنظيمي في العلاقة بين المرفق والمنفعين منه، أما المظهر التعاقدي فيتجسد من خلال العلاقة بين الملتزم والإدارة¹، مما يعني أن الامتياز كله وبكل شروطه هو تنظيمي بالنسبة للمنفعين وتعاقدي بالنسبة للملتزم والسلطة المانحة للالتزام².

وأهم نقد تم توجيهه لهذه النظرية هو في كونها قريبة جدا من النظرية التعاقدية المحضة لعقد الامتياز، إلا ما تعلق بوصف العلاقة بين الهيئة مانحة الامتياز والمنفعين بالعلاقة اللائحية بدلا عن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في النظرية السالفة الذكر³.

د- الطبيعة المختلطة للامتياز: هذه النظرية هي الأكثر قبولا في وقتنا الحالي لتبرير الطبيعة القانونية للامتياز من جانب القضاء والفقهاء الفرنسيين ومؤيدي هذه النظرية، ومفادها أن الامتياز كتصرف قانوني يقوم على أساس مركب من عناصر تعاقدية وأخرى تنظيمية⁴، وهذا لأن امتياز المرفق العام يتكفل بضمان مصلحتين، المصلحة العامة المتعلقة بتنظيم المرفق العام والمصلحة الخاصة التي تعبر عن الربح الذي يدفع الملتزم للتعاقد مع الإدارة، وتبعاً لهذا يعتبر نصا تعاقديا كل ما أمكن الاستغناء عنه لو أن المرفق أدير من طرف الإدارة المباشرة بينما تعتبر لائحة النصوص التي تبقى حتى ولو أدير المرفق العام عن طريق الإدارة العامة المباشرة، وذلك أن طبيعة الإدارة لا يمكن أن تغير من طبيعة المرفق العام⁵.

ويعتبر التكييف القانوني للامتياز وفقا للنظرية الأخيرة الرأي الراجح في الفقه الفرنسي، أما بالنسبة للجزائر فإن الطبيعة القانونية للامتياز لم تناقش من طرف الفقه إلا تلك التي أعادت عرض ما توصل إليه الفقه الفرنسي⁶.

ثالثا: أركان وخصائص امتياز المرفق العام

يتميز أسلوب الامتياز بمجموعة من الخصائص، كما أنه يقوم على مجموعة من الأركان كما يلي:

1- أركان عقد الامتياز: يتميز عقد الامتياز بأركان خاصة به تميزه عن غير من العقود الأخرى، تتمثل فيما يلي:

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 205.

² - عز الدين بدري، المرجع السابق، ص 96.

³ - راضية بن مبارك، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 207.

⁵ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 342.

⁶ - راضية بن مبارك، المرجع السابق، ص 48.

أ- الأطراف: يسمى هذا الركن بالجانب العضوي وتتمثل أطراف عقد الامتياز في الجهة الإدارية المتمثلة في الدولة أو البلدية أو الولاية أو أحد المؤسسات العمومية، والطرف الثاني للعقد يتمثل في أحد الافراد أو الشركات.

ب- المحل : ينصب عقد الامتياز على إدارة مرفق عام عادة ما يكون اقتصاديا فلا يمكن أن تفوض الإدارة لأحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق اداري، وإنما تمتد آثارها لفئة المنتفعين، فنظام الامتياز لا يتماشى ولا يصلح إلا للمرافق الاقتصادية ولا يتلاءم مع المرافق الإدارية أو المجانية التي تقدم خدمات للجمهور وتشبع حاجياتهم بدون مقابل، ويتبين من خلال المرسوم التنفيذي رقم 188/18 أنه لم يتم تحديد المرافق العمومية التابعة للجمعيات الإقليمية التي يجوز إدارتها عن طريق الامتياز¹، حيث أن نص المادة 04 من هذا المرسوم تنص على أنه "يمكن للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها و المسؤولة عن مرفق العام... أن تفوض تسيير مرفق عام الى شخص معنوي عام خاضع للقانون الجزائري...".

ج- الشكلية: هي إجراء لغرض العدالة والمساواة بين المتعاقدين، تتضمن جملة من الإجراءات والترتيبات يقوم بها المتعاقدون بعد تمام الأركان الموضوعية حيث يتم إفراغ هذه الأركان الموضوعية في قالب رسمي لإتمام التعاقد؛ ويرى الأستاذ سليمان الطماوي أن الشكلية لا يشترطها المشرع صراحة في العقود الإدارية إلا أنه قد تفرضا طبيعة العقد، وفي عقد الامتياز فانه من العسير تصور هذا العقد دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم وكيفية تصفية الامتياز².

2- خصائص عقد الامتياز: من خصائص عقد الامتياز أنه عقد إداري من طبيعة خاصة موضوعه إدارة مرفق عام من المرافق الاقتصادية، يبرم لمدة محددة تكون ما بين ثلاثين (30) إلى خمسين (50) سنة، وطول المدة يسمح للملتزم بتعويض على ما انفقته في إنشاء و إنجاز المشروع أو اقتضاء ممتلكات ضرورية، كما يتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ولكن الدولة وهي حريصة على سير المشروع سيرا منتظما تعمل دائما على مساعدة الملتزم عند حدوث اختلال في التوازن المالي للعقد³.

¹ - جيلالي عكورة، تفويض المرفق العام في ضوء المرسوم التنفيذي رقم 188/18، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون العام، تخصص قانون اداري، قسم قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، الجزائر، 2019، ص 41.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع سابق، ص 77.

³ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 103.

ويقتضي الملتمزم عوضاً في شكل رسوم وأتاوى يحصلها من المرتفقين وهذه الرسوم تحدد في جداول من قبل السلطة المانحة للامتياز التي يتضمنها العقد، أو في قائمة الشروط والالتزامات التي تلحق به، وتحفظ الإدارة بحقها في التدخل لتعديل التعريفة نقصاً أو زيادة وفقاً للمقتضيات المصلحة العامة¹. وعليه فعقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري تسوده فكرتان قد يبدو بينهما بعض التعارض، فمن جهة هذا العقد موضوعه إدارة مرفق عام بكل ما يرتبه وجود المرفق العام من نتائج، ومن جهة ثانية هذا المرفق تديره هيئة خاصة تسعى قبل كل شيء للربح ومراعاة مصلحتها الخاصة، وهاتان الفكرتان تحكمان سائر أرجاء نظرية التزام المرافق العامة².

رابعاً: نهاية عقد الامتياز

ينتهي عقد الامتياز نهاية طبيعية بانتهاء مدته المحددة مسبقاً مثل سائر العقود الإدارية، وقد ينتهي قبل حلول الأجل المحدد له باعتباره من العقود محددة المدة، فصاحب الامتياز يستمر في تسيير واستغلال المرفق العمومي طيلة الفترة المتفق عليها في العقد، وبانقضائها ينقضي العقد وهو ما يسمى بالنهاية الطبيعية لعقد الامتياز، ولكن لظروف وأسباب معينة قد ينتهي عقد الامتياز قبل نهاية المدة المتفق عليها بين أطراف المتعاقدة وهو ما يعرف بالنهاية المسبقة للعقد.

1- النهاية الطبيعية لعقد الامتياز: تتجسد هذه النهاية في طريقة واحدة ومنطقية هي نهاية المدة المحددة في العقد حيث أن الامتياز عقد غير مؤبد ولا يعتبر تنازل من الإدارة عن المرفق العام، وبنهاية المدة المتفق عليها بين الملتمزم ومانح الامتياز تتوقف وتنتهي جميع الالتزامات وحقوق الطرفين فلا يمكن لهما تمديد هذه المدة في حين يمكن لهما تجديد العقد³؛ وبعد التجديد يحافظ العقد على نوعه فيبقى عقد امتياز، لكن في حالة عدم تجديده فإن الإدارة إذا أرادت أن يبقى المرفق مسيراً من قبل الخواص فإنها ستلجأ حتماً إلى طريقة أخرى وهي التأجير، ذلك أن المنشآت اللازمة لتأجير المرفق موجودة وهذا ما أكدته التعلية رقم 842/394 السالفة الذكر⁴؛ وعلى هذا الأساس فقد يحدث أن تكون المنشآت المرفق العام الضرورية لاستغلاله قائمة أثناء إبرام العقد... والتي تكون قد أقيمت من طرف ملتمزم سابق لم يحدد عقد امتياز أو فسخه أو أنها أقيمت

¹ - نعيمة اعلي، المرجع السابق، ص 43.

² - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 104.

³ - مليكة قريش، المرجع السابق، ص 253.

⁴ - محمد أمين بوسماح، المرجع السابق، ص 74.

من طرف الجماعات المحلية نفسها وفي هذا الإطار فإن استغلال المرفق العام لا يكون محل امتياز وإنما محل تأجير¹.

2- النهاية المسبة لعقد الامتياز: قد ينقضي عقد الامتياز كما هو الشأن بالنسبة لسائر العقود الإدارية قبل المدة المحددة لانقضائه، غير أن عقد الامتياز ينفرد على سائر العقود الإدارية بخاصيتين أساسيتين تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما الصلة الوثيقة للعقد بالمرفق العام والتي تزيد من فرص نهاية العقد قبل ميعاده المحدد، وكذا جسامته المبالغ التي يستلزمها إعداد المرفق التي تستوجب حماية الملتمزم. وترجع هذه النهاية المسبقة لأسباب متعددة ومختلفة منها ما يعود لإرادة الإدارة المنفردة كحالة استردادها للمرفق أو إسقاطها للالتزام، ومنها ما يعود لإرادة الملتمزم أو لأسباب أخرى متعددة يترتب عنها فسخ عقد الامتياز.

أ- إسقاط الامتياز: هو فسخ العقد من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة كعقوبة للملتمزم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط وأحكام عند الامتياز²؛ حيث يؤدي مصدر القرار بإسقاط الامتياز كعقوبة لإخلال الملتمزم بالتزاماته إخلالا جسيما أدى إلى انتهاء الامتياز نهاية مسبقة وقبل انقضاء مدة العقد، لذا يعد إسقاط الامتياز قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد عقد عقوبة تفرض على صاحب الامتياز لارتكابه خطأ جسيم في تسيير المرفق العمومي، ولخطورة إسقاط الامتياز فغالبا ما يتم عليه بنود العقد، ولكن عدم النص عليه صراحة لا يعني أن الإدارة مانحة الامتياز لا تملك سلطة إيقاعه³.

ونظرا لقسوة عقوبة إسقاط الامتياز وجسامته الآثار المترتبة عليه فيشترط الفقهاء توفر بعض الشروط لإعطائه طابع المشروعية، والتي تتمثل فيما يلي:

- يجب إثبات أن صاحب الامتياز قد ارتكب أفعالا سلبية تشكل خطأ جسيم يضر بالسير العادي للمرفق العمومي، كعجزه عن تسيير المرفق وأدائه للخدمات المطلوبة أو عدم وفائه بالتزاماته المالية اتجاه الإدارة المانحة الامتياز، حيث نصت المادة 30 الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 308/96 على أنه "يتحمل

¹ - التعلية رقم 842/394 المؤرخة في 07 سبتمبر 1994، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، المرجع السابق، ص 05.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 793.

³ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 184.

صاحب الامتياز سقوط حقوقه بسبب عدم استئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت وبسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء هذا...¹.

- إعدار و إنذار الملتزم بالأخطاء المنسوبة إليه والطلب منه إزالة الأسباب التي أدت بالإدارة الى التفكير بإسقاط الامتياز، وإعطائه فرصة لتدارك الوضع واستئناف التسيير المرفق العمومي، وهذا ما نصت عليه على سبيل المثال المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 57/08 المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري على أنه "عندما يتوقف صاحب الامتياز خدمات النقل البحري عن استغلال الامتياز كلياً أو جزئياً لأي سبب من الأسباب يتعين على الوزير المكلف بالبحرية التجارية إعداره باستئناف الاستغلال في أجل مدته ثلاث أشهر...²؛ وفي حالة عدم استجابة الملتزم لإعدار الإدارة مانحة الامتياز واستمراره في الاخلال بتسيير المرفق العمومي حينها يصبح من حق الإدارة اسقاط الامتياز دون تعويض الملتزم الذي تسبب بخطئه في ذلك كما تجدر الإشارة إلى أن اسقاط الإدارة للامتياز سبب ارتكاب الملتزم خطأ جسيم لا يحول دون متابعة صاحب الامتياز قضائياً إذا ثبت سوء نيته أو تعمدته في اخلال بالتزام التعاقدية، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المتضمن كيفية استغلال مياه الحمامات المعدنية بقرار الولي عند انقضاء المهلة المحددة أعلاه وعند عدم امتثال صاحب الامتياز للإعدار وقف عمل مؤسسة مؤقتاً إلى حين تنفيذ الشروط المفروضة، وهذا دون الاخلال بالمتابعة القضائية المنصوص عليها في التشريع المعمول به³.

ب- استرداد المرفق: هو عبارة عن إنهاء الإدارة لعقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم ولكن مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً؛ والاسترداد عبارة عن فسخ لعقد الامتياز بالإدارة المنفردة للإدارة دون اخلال من صاحب الامتياز وهذا بغرض تحقيق المصلحة العامة والحفاظ عليها، وقد يكون منصوص عليه في العقد وقد يكون بموجب الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة، كما يمكن للإدارة المانحة للامتياز استرداد الامتياز بإرادتها المنفردة ودون رضا صاحب الامتياز متى اقتضت الضرورة ذلك.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، الجريدة الرسمية، العدد 55، الصادرة في 25 سبتمبر 1996.

² - المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ في 29 جانفي 1994، المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، الجريدة الرسمية، العدد 07، الصادرة في 06 فيفري 1996.

³ - المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 94-41، المرجع السابق.

3- فسخ الامتياز: ينتهي عقد الامتياز نهاية استثنائية قبل انقضاء مدة العقد بسبب فسخ العقد نظرا لتوافر إحدى حالات الفسخ المنصوص عليها في دفتر الشروط، فإذا كان الفسخ يضع نهاية مسبقة للعقد فلا يقتضي دوما كقاعدة عامة ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم، لذا لا تعتبر فسخ العقد عقوبة تفرض على الملتزم لإخلاله بالتزامات المفروضة عليه¹.

أ- الفسخ الاتفاقي: هو الذي يتم باتفاق الطرفين قبل نهاية المدة الطبيعية للامتياز، ويتم عن تراضي كامل بين الإدارة والملتزم بمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذي يناله الملتزم وكيفية دفعه وتلجأ الإدارة عادة إلى هذه الطريقة إذا قدرت صعوبة الالتجاء إلى طريق الاسترداد².

ب- الفسخ بحكم القانون: يتمثل هذا الفسخ في حالة القوة القاهرة ووفاء الملتزم.

- حالة القوة القاهرة: يتحقق الفسخ بقوة القانون في حالة القوة القاهرة إذا توافرت شروطها بطبيعة الحال وهي حسب المادة 12 الفقرة 03 من الاتفاقية النموذجية لامتياز الطريق السريع مختلف الظواهر الطبيعية الاستثنائية التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ولا التغلب عليها وتجعل تنفيذ الخدمة أو الأشغال مستحيلة وخارجة عن نطاق إرادة صاحب الامتياز، وبإستحالة تنفيذ العقد فإن الهدف من إبرامه يختفي، وبالتالي ينتهي العقد ويتحرر الأطراف من التزاماتهم التعاقدية نتيجة القوة القاهرة وإعفاءهم من كل مسؤولية تعاقدية إزاء مانح الامتياز؛ وفي هذه الحالة يتعين على الإدارة مانحة الامتياز نتيجة الفسخ دفع تعويض مستحق بعنوان القيمة المضافة التي أتى بها الملتزم على المرفق محل الامتياز.

- حالة وفاة الملتزم: في الأصل وانطلاقا من نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري فإن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام ومنهم الورثة، وبالتالي فإن وفاة أحد المتعاقدين لا يعني انتهاء آثار العقد ولكن نفس هذه المادة وضعت شرطا بنصها على أنه "...ما لم يتبين من طبيعة التعامل او نص القانون ان هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام"؛ وما نستخلصه من نص المادة أن طبيعة التعامل تتيح انتقال العقد الى الخلف العام ويدخل في طبيعة التعامل أن يكون الشخص المتعاقد محل اعتبار، وبالتالي فإن وفاة المتعاقد تؤدي إلى انقضاء العقد³.

¹ - صارة زيتوني، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، منكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة السابعة عشر، 2006/2007، ص 45.

² - منال صابري، النظام القانوني لعقد الامتياز في التشريع الجزائري، منكرة لنيل شهادة الماستر الحقوق، تخصص قانون اداري، جامعة محمد خيدر بسكرة، الجزائر، 2014، ص 99.

³ - راضية بن مبارك، المرجع السابق، ص 79.

ج- الفسخ القضائي: يأخذ هذا الفسخ صورتين هما:

- الفسخ القضائي بطلب من الملتزم: يحدث هذا الفسخ في حالتين كما يلي:

- حالة اخلال السلطة مانحة الامتياز بالتزاماتها التعاقدية مثل عدم تحقيقها للمزايا التي التزمت بها اتجاه الملتزم، وهذا تطبيقا للقاعدة العامة للعقود التي تسمح لأحد الطرفين المتعاقدين بطلب فسخ العقد وإنهاء العقد وإنهاء الرابطة القانونية بينهما في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته¹.

- حالة حدوث أضرار للملتزم بسبب استعمال الإدارة مانحة الامتياز حقها في التعديل، وقد نصت التعليمات 842/394 على ذلك على أنه "...غير أنه إذا أصاب الملتزم ضرر بسبب هذه التعديلات كاختلال التوازن المالي للعقد، يجوز له أن يطلب التعويض أو الفسخ². فإذا تحققت إحدى الحالتين يمكن للملتزم طلب فسخ عقد الامتياز من جهة القضائية المختصة التي تقدر حجم الأضرار اللاحقة بالملتزم وتقرر التعويض المناسب".

- الفسخ القضائي بطلب من الإدارة مانحة الامتياز: يترتب على كل تقصير من الملتزم بالالتزامات التي تضمنها دفتر الشروط فسخ عقد الامتياز بمبادرة من الإدارة، وذلك بعد استيفاء كل الإجراءات القانونية المتمثلة أساسا في توجيه الاعذار للملتزم وإخطاره بالمخالفات المنسوبة اليه ومطالبته بإزالة الأسباب المؤدية لفسخ الامتياز.

الفرع الثاني: الإيجار

ان استغلال المرفق العام المحلي عن طريق التأجير يختلف عن الامتياز في أن المستأجر لا يبذل عناء انجاز منشآت المرفق العام، وينحصر دوره فقط في تسيير هذا الأخير وصيانته لا غير، خلافا لعقد امتياز المرفق العام الذي يلتزم المتعاقد مع السلطة مانحة الامتياز إضافة لما سبق بإنجاز المنشآت للزمة لتسيير المرفق العام، الا انه في المقابل يتقاضى المتعاقد مقابلته المالي بصورة أساسية من النتائج المالية لاستغلال المرفق العام، وهذا ما يميز جميع عقود تفويضات المرفق العام.

أولاً: مفهوم ايجار المرفق العام

لإبراز مفهوم الإيجار سننتقل إلى تعريفه، ثم تحديد أهم خصائصه، وعناصره وإلى كيفية إنشائه.

¹ - نادية ضريفي، سير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، د ط، الجزائر، 2008، ص 69.

² - التعليمات رقم 842/394، المرجع السابق، ص 07.

1- تعريف ايجار المرفق العام: سنحاول سرد بعض التعريفات التشريعية والفقهية الواردة لعقد الايجار كما يلي:

أ- التعريف التشريعي: لقد نصت المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر على أن الايجار هو أن "تعهد السلطة المفوضة له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل اتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له، حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته؛ أما بالنسبة لتعليمه وزير الداخلية رقم 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، فإنها عرفت ايجار المرفق العام المحلي بواسطة مقارنته بامتياز المرفق العام المحلي، حيث نصت على أن "مستأجر المرفق العام لا يتحمل مصاريف إقامة وإيجار المرفق العام أي انه لانعقاد ايجار المرفق العام المحلي يكلف أحد الافراد أو إحدى المؤسسات الخاصة بتسيير المشروع المقام، من طرف الجماعات المحلية أو ملتزم سابق لمدة محددة"¹، ومن خلال نص التعليمه يتضح لنا أن عقد الايجار هو عقد يكلف بموجبه شخص عمومي يسمى المؤجر شخص آخر يسمى المستأجر باستغلال مرفق عمومي تحت مسؤوليته بمقابل مالي تحدده الإدارة المانحة، كما تناول التنظيم تعريف عقد الايجار ضمن أحكام مادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السالف الذكر والتي تنص على أن "الايجار هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة الفوضة".

ب- التعريف الفقهي: تعرف الاستاذة "نادية ضريفي" تأجير المرفق العام بأنه "عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقين متعلقة مباشرة باستغلال المرفق"².

ويعرفه الاستاذ "رشيد زوايمية" بأنه "العقد الذي يحقق من خلاله المرفق العام بواسطة المستأجر والذي يختار بحرية من طرف الشخص العام الذي يفوض له الخدمة بطريقة تعاقدية في مقابل دفع إتاوة، وتتكون عائدات الشخص من المرتفقين للمرفق العام دون انجاز منشآت الضرورية لتسيير المرفق"³.

وعرفه الدكتور "محمد صغير بعلي" بأن "تأجير مرافق القطاع العام لمستثمرين من الخواص بموجب امتياز تمنحه الجهة المختصة من العقود الشائعة والمعروفة، وتعتبر البلديات أكثر الجهات الإدارية استخداما

¹ - التعليمه الوزارية رقم 842/394، المرجع السابق، ص 10.

² - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 155.

³ - عز الدين بدري، المرجع السابق، ص 106.

لعقود الإيجار، حيث يمكن اعتبار المرافق العامة أحد النماذج الأساسية لخصخصة طرق تسيير المرافق المحلية، وهو من العقود التي تتوفر فيها معايير تفويض المرافق بشكل مطلق، وهو أحد الصيغ القانونية لعقد الامتياز¹.

2- خصائص عقد الإيجار: يتولى المستأجر استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته مقابل حصوله على المقابل المالي المرتفقين، ولا يتحمل المستأجر في عقد اجاره المرفق العام نفقات إقامة المنشآت الأساسية للمرفق بل يتولى مهمة التسيير لذلك تكون مدة عقد اجاره المرفق العام قصيرة نسبيا، فقد حددتها التعليمات الوزارية رقم 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها مدة 12 سنة كحد أقصى عكس عقد الامتياز التي تكون طويلة لتمكين الملتزم من استرجاع ما انفقه من أموال في سبيل إقامة وإنجاز المشروع وحصوله على قسط من الربح الذي هو هدفه، حيث تتراوح مدة العقد ما بين 30 و50 سنة على حسب كل قطاع²؛ وعليه فإن عقد الإيجار يتميز بخصائص تميزه عن غيره من العقود كما يلي:

أ- تحمل الشخص العام نفقات إقامة المنشآت الأساسية: تقوم السلطة المانحة المرفق بتحمل تكاليف ونفقات إنجاز المرفق العام، أو إقامة المنشآت الأساسية العائدة له، بحيث يسلم الشخص العام المرفق إلى المستأجر مهمة القيام بالصيانة الضرورية للمنشآت لحساب المؤجر مانح التفويض إما نفقات ومصاريف توسيع المنشآت الأساسية للمرفق العام أو تطويره تعود الى شخص العام إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك، وأن توزع هذه النفقات بين طرفي العقد وفق آليات يحددها دفتر الشروط³.

ب- مدة العقد في اجارة المرفق العام: تتمثل الاستثمارات التي يباشرها المستأجر العامل الأساسي في تحديد مدة العقد، فهو يحتاج الى مدة كافية لتعبئة تكاليف الاستثمارات وتحقيق الربح فتمتد وتتقلص مدة العقد حسب نوع الاستثمار، فكلما كبرت هذه الاستثمارات زادت مدة العقد وكلما تواضعت كانت مدة العقد اقصر، وفي الغالب فإن الاستثمارات في عقد اجارة المرفق العام تكون مقتصرة على نفقات تشغيل وصيانة المنشآت العامة دون أن يتحمل المستأجر نفقات إقامة المرفق، ومن ثم فان مدة عقد الاجارة غالبا ما تكون قصيرة المدى مقارنة بعقد الامتياز فمدة عقد الاجارة لا تتجاوز 12 سنة وفي بعض الحالات تكون أقل وهذا حسب ما جاء في التعليمات الوزارية رقم 842/394 السالفة الذكر.

¹ - محمد صغير بعلي، المرجع السابق، ص 81.

² - التعليمات الوزارية رقم 842/394، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، المرجع السابق، ص 10.

³ - عز الدين بدري، المرجع السابق، ص 105.

ج- تأدية جزء من المقابل المالي الى شخص العام: المستأجر مجبر بتأدية مبلغ معين الى الإدارة مانحة المرفق المؤجر وذلك مقابل استغلاله للمنشآت المتعلقة بالمرفق العام، وعليه فإن المبالغ المؤدات إلى شخص العام تساعد على تغطية نفقات إقامة المنشآت الأساسية وقيام الشخص العام بعمليات التوسعة للمرفق العام وتطوير بنيته التحتية، وتتميز عقود اجارة المرفق العام عن غيرها من العقود بخاصية تأدية المستأجر لمبلغ مقطوع الى السلطة المانحة، كما يمكن أن يتضمن عقد إيجار المرفق العام أن يقضي بتأدية المستأجر مبلغها محدد إلى السلطة مقابل استعمال المرفق العام أو جزء منه، والتي تخصص للمرفق العام موضوع التشغيل، اما بالنسبة للمنازعات الناشئة عن دفع مستحق الايجار فهي من اختصاص القضاء الاداري¹.

ثانيا: عناصر عقد إيجار المرفق العام

يمكن استخلاص عناصر عقد الايجار المرفق العام من خلال التعاريف السابقة لهذا العقد فيما يلي:

أ- الأطراف: الطرف الأول يكون شخص معنوي عام ممثل السلطة عامة كبلدية أو الولاية، وقد أشارت المادة 82 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية الى ذلك بنصها على أنه يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت رقابة المجلس التداولي بإبرام عقود الإيجارات، اما الطرف الثاني فغالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص.

ب- المحل: يقع هذا العقد على تسيير وصيانة المرفق العام المحلي، دون انشاء للمنشآت الأساسية له، غير أن عدم التزام المتعاقد بتنفيذ منشآت تتطلب استثمارات هامة، هذا يعني بأنه لا يتحمل الجزء الأكبر من الأعباء المالية لإنشاء هذا المرفق.

ج- تحصيل تعويضات من المنتفعين: في مقابل الخدمات التي يقدمها المرفق العام يقوم المستأجر بتحصيل تعويضات من المنتفعين².

د- المقابل المالي: يلتزم المستأجر لقاء تمكينه من استغلال المرفق العام المحلي بدفع إتاوة، غالبا ما تكون سنوية، للجماعة المحلية صاحبة المرفق العام.

هـ- المدة: تكون المدة قصيرة نسبيا مقارنة بعقد الامتياز، لا يمكن أن تتجاوز 12 سنة حسب ما جاءت به تعليمية وزير الداخلية رقم 842/394³ السالفة الذكر.

¹ - عز الدين بدري، المرجع السابق، ص 107.

² - المرجع نفسه، ص 107.

³ - التعليمية الوزارية رقم 842/394، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، المرجع السابق، ص 10.

وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لإيجار المرفق العام، لكن هذا لا ينفي مدى التقارب بينه وبين امتياز المرفق العام، فهو يتضمن في الواقع بنود تعاقدية وأخرى تنظيمية.

ثالثاً: انشاء ايجار المرفق العام

خلال هذه النقطة نحاول دراسة الوجود القانوني لعقد الإيجار بما يخلق التزامات وحقوق متبادلة بين أطرافه، لذا سيتم التطرق لمسألة اختيار المستأجر، ثم طريقة إبرام عقد إيجار المرفق العام، ثم الإحاطة بأهم الوثائق التي يتضمنها عقد الإيجار.

1- اختيار المستأجر المرفق العام: تعتبر التعليمات الوزارية رقم 842/394 من أهم النصوص التي تنظم تأجير المرفق العام المحلي، حيث نصت في هذا الصدد على أن عملية اختيار مستأجر المرفق العام تتم عن طريق المزايدة، ويجب أن تخضع لمعايير الإشهار والشفافية وأحكام دفتر الشروط¹، ضماناً لمبدأ المنافسة المشروعة بين المتعهدين، وهذا ما أخذ به أيضاً المرسوم التنفيذي رقم 417/04 الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها² في المادة 06 منه باعتماد طريق المزايدة لاختيار مستأجر المرفق العام، وفي نفس الصدد يبدو أن المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 111/12 يحدد شروط وكيفيات إنشاء وتنظيم الفضاءات التجارية وممارسة بعض الأنشطة التجارية³ قد أجازت التأجير بالمزايدة العلنية للأسواق التي تملكها الجماعات المحلية⁴؛ وبالتالي يمكن القول أن المادتين 05 و 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر قد نصت على وجوب مراعات مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات في مختلف التفويضات المرفق العام، بما فيها عقود إيجار المرفق العام⁵.

2- إبرام عقد إيجار المرفق العام: إن عملية إبرام عقد إيجار المرفق العام في طابعها الاجرائي لا يختلف عما هو مأخوذ به من إجراءات في إبرام عقود الامتياز تبعا لما نصت عليه تعليمات وزير الداخلية رقم

¹ - التعليمات الوزارية رقم 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، المرجع السابق، ص 10.

² - المرسوم التنفيذي رقم 417/04، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، الجريدة الرسمية، العدد 82، الصادرة في 22 ديسمبر 2004.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 111-12 مؤرخ في 06 مارس سنة 2012، الذي يحدد شروط وكيفيات إنشاء وتنظيم الفضاءات التجارية وممارسة بعض الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 14 مارس 2012.

⁴ - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 417/04 المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، المحدد للشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات او تسييره المرجع السابق؛ وينظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 111/12 المؤرخ في 06 مارس 2012، المحدد لشروط وكيفيات انشاء وتنظيم الفضاءات التجارية وممارسة بعض الأنشطة التجارية، المرجع السابق.

⁵ - المواد 05 و 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

842/394 السالفة الذكر بقولها على أن إجراءات تأجير المرافق العامة المحلية هي نفسها الإجراءات المتعلقة بالامتياز، والتي تنقسم الى مرحلتين، هما مرحلة المداولة تم مرحلة المصادقة تماما مثلما رأينا سابقا في عقد الامتياز.

3- وثائق عقد ايجار المرفق العام: إن عقد إيجار المرفق العام يتكون من شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية، تتعلق الأولى بنظام المرفق العام أما الشروط التعاقدية فهي البنود الرضائية بين طرفي العقد، ويجسدان في وثيقتين ويعتبران كيان واحد، تسمى الوثيقة الأولى بالاتفاقية والثانية يطلق عليها دفتر الشروط.

أ- الاتفاقية: تبين هذه الوثيقة أطراف عقد الايجار بصفة مفصلة، إضافة الى توضيح محل التعاقد مثل تسيير الأسواق أو المذابح... إلخ، وفقا لما ينص عليه دفتر الشروط، ثم ما ينبغي على المستأجر من التزامات مثل المقابل المالي الذي ينبغي عليه دفعه للجماعة المحلية صاحب المرفق العام، وما تعلق أيضا باكتتاب التأمينات المختلفة أيضا، وبنود أخرى مبدئيا هي من قبيل الشروط التعاقدية ولا تهم المرتفقين مباشرة¹.

ب- دفتر الشروط: إن دفتر الشروط هو الوثيقة الثانية في عقد الإيجار، ويظهر من خلالها الطابع التنظيمي لما يحتويه من نصوص تعليمية تتعلق بالشروط العينية التي تنظم المرفق العام، إلا أن هذا لا يعني خلوه تماما من البنود التعاقدية التي تبقى حاضرة رغم سيطرة الطبيعة التنظيمية على بنود دفتر الشروط²؛ وعليه حتى وإن اختلفت دفاتر الشروط بين مرفق وآخر، إلا أنها في الحقيقة تشترك بنودها في المضامين العامة لها، ويمكن تلخيصها على سبيل المثال فيما يلي³:

- المهام المنوطة بالمستأجر في إطار تسيير المرفق العام مثلما تنص المادة 03 من دفتر الشروط النموذجي المنظم لأسواق الجملة والمرسوم التنفيذي رقم 111/12 السالف الذكر على أن مسير سوق الجملة يجب عليه أن يسهر على حماية وصيانة الأملاك الموضوعة تحت تصرفه⁴؛ كما أن الحقوق التي يدفعها المستفيدون من المرفق العام لقاء ما يتحصلون عليه من خدمات وكيفية إعلانها وتحصيلها من المنتفعين تتم طريقة مراجعتها⁵.

¹ - عز الدين بدري، المرجع السابق، ص 108.

² - المرجع نفسه، ص 109.

³ - المرجع نفسه، ص 110.

⁴ - المادة 11 من دفتر الشروط المنظم لأسواق الجملة الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 111/12، المرجع السابق.

⁵ - المواد 06، 08، و 12 من نفس المرسوم.

- تنظيم المرفق العام، لاسيما ما تعلق بضبط مواقيت تقديم خدماته¹.

الفرع الثالث: الوكالة المحفزة

بالإضافة الى عقود تفويض المرفق العام المشار إليها سابقا، نص المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 18/199 السالطين الذكر على نوع آخر من عقود تفويض المرفق العام وهو الوكالة المحفزة الذي يعتبر من العقود الإدارية وصورة أخرى من صور تفويضات المرفق العام؛ وعليه سوف نتطرق من خلال هذا الفرع الى تعريف الوكالة المحفزة (أولا)، وإبراز خصائصها (ثانيا)، ثم تحديد المعايير التي تقوم عليها (ثالثا).

أولا: تعريف الوكالة المحفزة

سنحاول إبراز أهم التعاريف الواردة بشأن الوكالة المحفزة من الناحية التشريعية والفقهية.

1- التعريف التشريعي: عرف المنظم الجزائري الوكالة المحفزة من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في نص المادة 210 على أنه "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات الذي يدفعها مستعملي المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

كما نصت المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام على أن "الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله المفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته... يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وعند الاقتضاء حصّة من الأرباح... تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الوكالة المحفزة بعشر (10) سنوات كحد أقصى. و يمكن تمديد المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلن لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية شريطة الا تتعدى مدة التمديد سنتين (02) كحد أقصى"².

¹ - المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 111/12، المرجع السابق.

² - المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المرجع السابق، ص 11.

ب- التعريف الفقهي: عرف الفقه الفرنسي الوكالة المحفزة على أنها "العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب السلطة المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين وإنما من نسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق إضافة الى علاوة إنتاجية وجزء من الأرباح"¹. ويعرف أيضا على أنه "عقد بموجبه يعهد شخص عام بإدارة مرفق عام الى شخص خاص نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة، وفقا لحسن سير الاستغلال على أن تتحمل الإدارة المخاطر المالية للمشروع"².

ثانيا: خصائص الوكالة المحفزة

- من خلال التعريفات السابقة يتبين أن عقد الوكالة المحفزة كأسلوب لتفويض المرفق العام يتميز بجملة من الخصائص تتمثل فيما يلي:
- غياب الاستثمارات المنجزة من طرف الوكيل المحفز، هذه الأخيرة يتم إنجازها من طرف المفوض والذي يضع هذه المنشآت الهامة قيد استغلال من طرف الوكيل.
 - يعتبر المفوض له وكيلا عن المفوض يتصرف باسمه لكنه يتمتع باستقلالية تامة أثناء ابرام اتفاقية التفويض.
 - بخصوص المقابل المالي يتلقى الوكيل المحفز أجره من الإدارة مانحة التفويض وليس من المنتفعين من المرفق العام، ويحدد المبلغ بنسبة مئوية من رقم الأعمال، مع إمكانية إضافة لها منحة إنتاجية وجزء من الأرباح المحققة حسب نص الاتفاقية.
 - الوكالة المحفزة عقد زمني محدد المدة بعشر 10 سنوات كحد أقصى، ويمكن تمديد المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة على أن لا تتعدى مدة التمديد سنتين 02 كحد أقصى.

ثالثا: معايير الوكالة المحفزة

- يقوم عقد الوكالة المحفزة كصورة لتفويض المرفق العام يقوم على معيارين هما المعيار المالي والمعيار العضوي.
- 1- المعيار المالي: لا يتعرض المفوض له المكلف بإدارة المرفق العام في إطار الوكالة المحفزة على أية مخاطر، لكونه لا يقوم بذلك على نفقته وتحت مسؤوليته المالية، كما أن اجر المفوض له لا يرتبط بالأرباح

¹ -Stéphane braconnier; droit des services publics; presses universitaire de France; 2004, P 440.

² - عزالدين بدري، المرجع السابق، ص 115.

المحققة بصورة كلية، فهو يقوم على عنصرين، عنصر ثابت مضمون له لا يتغير ويتمثل في مبلغ من المال يحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال يتقاضاه المفوض له سواء كان المرفق ناجحا في نشاطه أو خاسرا، ويدفع له كمقابل إدارته للمرفق العام، وعنصر آخر متغير عبارة عن مكافئة إضافية ترتبط بنتائج استغلال المرفق، وتقدر إما على أساس الربح الصافي للمشروع أو على الدخل الإجمالي¹.

2- المعيار العضوي: يتمثل في كون المفوض له يعمل باسم ولحساب السلطة مانحة التفويض، وبالتالي فهو لا يظهر سوى كوكيل عن هذه الأخيرة، حيث تبقى السلطة المفوضة صاحبة المسؤولية المالية والتنظيمية لأنها هي التي تمول المرفق العام بنفسها كما أنها تحتفظ بإدارته ورقابته الكلية²، واعتبارا لذلك فإن تسمية الوكالة المحفزة جاءت لتجمع بين عنصري الوكالة، وهي أن يتولى المفوض تسيير المرفق العام لحساب السلطة المفوضة وباسمها دون أن تحمله لأي مخاطر مالية تنتج عن التسيير؛ أما الوكالة المحفزة فتكون من خلال تحفيز المفوض له وتشجيعه من أجل حصوله على أرباح نتيجة تسييره الأمثل للمرفق العمومي هنا يظهر عنصر الاستغلال³، بالرغم من اتجاه بعض الفقه الفكرة أن هذا النوع من العقود لا يعد من عقود تفويض المرفق العام بالنظر لكيفية تحصيل المقابل المالي، حيث أن الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 جوان 1990 أقر بأن مشاطرة الاستغلال هو تفويض المرفق عمومي بالنظر لكيفية تحصيل المقابل المالي وارتباطه باستغلال المرفق⁴.

الفرع الرابع: عقد التسيير

يعد عقد التسيير إلى جانب الوكالة المحفزة من الطرق الحديثة في تسيير المرافق العامة وهو على غرار الوكالة المحفزة لا يتطلب من المفوض له توفير إمكانيات معتبرة وتحمل مخاطر كبيرة، لأن المفوض له يتقاضى مقابل جزافي من طرف الشخص المعنوي مانح التفويض؛ وللتفصيل في ذلك سنتطرق إلى تعريف عقد تسيير (أولا)، ثم تحديد أهم خصائصه (ثانيا).

أولا: تعريف عقد تسيير المرفق العام

سنحاول إبراز أهم التعاريف الواردة بشأن عقد التسيير من الناحية التشريعية والفقهية.

¹ - الهام فاضل، احكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 25، 2018، ص 18.

² - المرجع نفسه، ص 20.

³ - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 158.

⁴ - المرجع نفسه، ص 159.

1- التعريف التشريعي: تكلم المشرع الجزائري عن ما أسماه عقد التسيير من خلال القانون رقم 89-01 المؤرخ في 07 فيفري 1989 والذي جاء بغرض تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية¹، وذلك ضمن الباب التاسع تحت عنوان العقود الواردة على العمل من القانون المدني في المادة الأولى بنصها على أن "عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها يسمى مسيرا إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، يسير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييرها ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع².

كما عرفه المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر في نص المادة 216 على أنه "تعهد بالسلطة المفوضة للمفوض له بتسيير المرفق العام أو تسييره صيانتته، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته...".

وعرفه المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السالف الذكر في نص المادة 56 بأنه "الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له بتسيير المرفق العام أو تسييره وصيانتته بدون أي نظر يتحمله المفوض....".

يتبين من خلال ما سبق أن التسيير هو عقد اداري تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير المرفق العام أو تسييره وصيانتته دون تحمل هذا الأخير لأي خطر، بمعنى أن السلطة العامة صاحبة التفويض تكلف المفوض له باستغلال المرفق العام على حسابها.

2- التعريف الفقهي: ان الدراسات الفقهية المتعلقة بعقد التسيير جد قليلة ويعود السبب إلى حداثة هذا العقد والدراسات المتحصل عليها، فنجد من أهمها تلك التي قام بها الفقه الفرنسي وفي هذا الشأن يعرف الفقه الفرنسي عقد التسيير على أنه " عقد يفوض بموجبه شخص من القانون العام للغير بتسيير مرفق عام لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزافي وهو يتضمن التسيير اليومي والعادي للمرفق لكل عناصره"³. وتجدر الإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي كان غير ثابت حول عقد التسيير فقد ذهب في بعض أحكامه للقول أنه بعد صفقة عامة، في حين اعتبره في أحكام أخرى من عقود تفويض المرفق العام، كما أن العديد من

¹ - القانون رقم 89-01 المؤرخ في 07 فيفري 1989، يتعلق بتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة في 08 فيفري 1989.

² - عز الدين البديري، المرجع السابق، ص 130.

³ - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 159.

الفقهاء الفرنسيين اعتبروه صفقة خدمات أكثر استغلال مرفق عام بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير إضافة إلى عدم تحمله خسائر أرباح التسيير¹.

ثانياً: خصائص عقد التسيير

يتميز عقد التسيير كغيره من العقود السالفة الذكر بجملة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

- المفوض له هو من يسير المرفق العام لحساب الجماعة العامة، كما يقوم بصيانته دون تحمله أي خطر.
- تحتفظ السلطة المفوضة بالإدارة والرقابة الكلية والاستغلال يكون لحسابها.
- يأخذ المقابل المالي شكل الأجرة، يدفع من قبل السلطة المفوضة مباشرة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية، والمقابل المالي غير مرتبط بنتائج الاستغلال وكيفية التسيير.
- تعويض المفوض له من قبل الهيئة المفوضة في حالة العجز عن طريق أجر جزافي ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعينة.
- لا يمكن أن تتجاوز مدة اتفاقية تفويض المرفق في شكل التسيير خمس 05 سنوات وتمدد لسنة واحدة فقط.
- يدفع مستعملي المرفق تعويضات لقاء الخدمات التي يقدمها لهم المرفق، ويتم تحديد التعويضات من قبل السلطة المفوضة.

المطلب الثاني

صوغ إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

تخضع عقود تفويض المرفق العام عند إبرامها لمجموعة من الإجراءات، هذه الأخيرة تتشابه إلى حد كبير مع تلك المطبقة بموجب النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية خاصة عقود الصفقات العمومية، دون أن تكون مطابقة لها بصورة كلية وذلك نظراً للخصوصية التي تمتاز بها عقود تفويض المرفق العام؛ وعلى هذا الأساس نص المشرع الجزائري على أحكام إبرام عقود تفويض المرفق العام بموجب نظام قانوني يتشابه إلى حد ما مع النظام القانوني الخاص بإبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي أحال تطبيق الباب الثاني منه إلى التنظيم، و هو ما توج بصدر المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام²، حيث يتم إبرام عقود التفويض المرفق العام في الجزائر وفقاً لطريقة الطلب على المنافسة

¹ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 130.

² - المرجع نفسه، ص 138.

كقاعدة عامة (الفرع الأول)، كما يمكن أيضا اللجوء الى التراضي باعتباره طريق استثنائي لإبرام هذا النوع من العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطلب على المنافسة

يعتبر مبدأ حرية المنافسة المبني على الوصول الى طلبات العمومية، المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات الضمانة الأساسية لاختيار المفوض اليه، الذي باستطاعته الاستجابة لمبادئ تنفيذ المرافق العمومية لا سيما سيرا لمرفق العام بانتظام¹؛ وعليه سنتطرق إلى مفهوم الطلب على المنافسة (أولا)، ثم إلى إجراءات الطلب على المنافسة (ثانيا).

أولا: مفهوم الطلب على المنافسة

من خلال ما جاء به التنظيم في إبرام عقود التفويض المرفق العام وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، والمتمثلة في الطلب على المنافسة باعتبارها القاعدة العامة في إبرام هذا النوع من العقود، فإنه يجدر بنا تحديد مدلول الطلب على المنافسة تم بيان خصائصه.

1- تعريف الطلب على المنافسة: عملا بأحكام المادة 08 الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 فإن السلطة المفوضة تلجأ الى صيغة الطلب المنافسة كقاعدة عامة عند إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام²، من خلال تسمية طلب على المنافسة يتبين لنا أن التنظيم اعتبر هذه الطريقة الأمثل للوصول الى المنافسة والاشهار في اختيار افضل عرض وتحتوي على كلمتين الطلب ومعناه البحث، المنافسة وتعني السباق³.

وتم تعريف الطلب على المنافسة في المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أن "الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة لغرض ضمان مساواة في معاملاتهم الموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة. ويمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم افضل عرض وهو ذلك الذي يقدم احسن الضمانات المهنية والتقنية و المالية حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط المنصوص عليه...".

من خلال نص مادة 11 السالفة الذكر يتبين لنا الطلب على منافسة هو إجراء قانوني تستهدف من خلاله السلطة المفوضة الحصول على عدة عروض من العارضين وإدخالهم في جو تنافسي، وهذا لغرض

¹ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 140.

² - المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

³ - فضيل الشريط مصطفي رياحي كفيات اختيار المفوض له وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 03، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2022-2023 ص 61.

تجسيد المساواة في معاملة المترشحين وتحقيق الشفافية في اختيار أفضل عرض وعدم التمييز والتحيز لأي متنافس، لاسيما أن الفقرة الثانية من المادة 11 أعلاه تنص صراحة الى أن تفويض يمنح للمترشح الذي يقدم أفضل عرض من النواحي المالية والتقنية والمهنية.

ويمكن أن نستنتج من هذا التعريف أن صيغة الطلب على المنافسة هي التي تقوم بإتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيهم الشروط لتنافس لصيغة كبيرة، ومن ثم فإن إجراء الطلب على المنافسة هي الوسيلة التي تمكن الحصول على أفضل العروض بوضع عدة متعاملين في وضعية تنافسية دون التمييز بينهم، وذلك بوضع عدة معايير لانتقائهم مع ضمان الشفافية والمساواة¹.

يعتبر الطلب على المنافسة القاعدة العامة لتفويض المرفق العام وقد اشترط المشرع أن يكون المترشح شخصا معنويا خاضع للقانون الجزائري، وقد جعل المنافسة على المستوى الوطني فقط حيث استبعد الطرف الأجنبي من المنافسة وهذا من خلال نص مادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 الذي نص صراحة على أن الطلب على المنافسة يكون وطني²؛ والملاحظ بخصوص هذا الإجراء هو أن التنظيم لم ينص على الأشكال التي يمكن أن يتخذها الطلب على المنافسة، عكس ما هو معمول به في نطاق الصفقات العمومية، حيث حدد المشرع الأشكال التي يتخذها طلب العروض وذلك لتوسيع مجال المنافسة أكثر بين المترشحين بالنص على أنه "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب الأشكال الآتية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات المسابقة، طلب العروض المحدود، المسابقة³، هذا ما نصت عليه المادة 39 من قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 12/23.

2- خصائص الطلب على المنافسة: بالرجوع الى نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر نجد أنها اقتصررت على أن يكون الطلب على المنافسة وطنيا، حيث تم تمكين المتعاملين الوطنيين دون غيرهم من المشاركة في العروض الخاصة بعقود تفويض المرفق العام، إذ نصت على أنه "يكون الطلب على المنافسة وطنيا" مقارنة بطلب العروض في الصفقات العمومية الذي يكون وطنيا أو دوليا،

¹ - ادريس بوزاد، طرق اختيار المفوض له في اطار اتفاقيات تفويض المرفق العام - بين ضوابط التقييد والحرية النسبية -، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الوطني حول الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، الجزائر، 2023، ص04.

² - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

³ - المادة 39 من القانون رقم 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، الذي يحدد القواعد العامة المطبقة على الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 51، الصادرة في 06 أوت 2023.

أي أنه جعل مجال المشاركة في العروض لجميع المتعاملين من داخل وخارج الوطن وهو الأمر الذي لم يؤخذ بهمن بخصوص تفويض المرفق العام.

فالمشروع الجزائري من خلال المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 اقتصر في تفويض المرفق العام على الشخص المعنوي الخاضع للقانون الجزائري دون غيره، كما أعطى الأولوية في التفويض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة¹، لكن خاصية الوطنية في مجال إبرام عقود تفويض المرفق العام قد ينجز عنه تضيق في مجال المنافسة عكس مجال الصفقات العمومية الذي ترك المنظم المجال مفتوح على الصعيد الوطني والدولي، وهذا لإتاحة الفرصة للعنصر الوطني أو المحلي للاحتكاك بالكفاءات الأجنبية والاستفادة من خبراتها خاصة في ظل التطور التكنولوجي.

- ان يحصل المفوض له على مقابل نظير تلبية حاجيات الجمهور²، وهذا بالرجوع لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر.

ثانيا: إجراءات الطلب على المنافسة

تجسيدا لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين وشفافية المعاملات، يتم إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام مثلها مثل باقي العقود الإدارية التي تستلزم مجموعة من المراحل والإجراءات التي يجب اتباعها قبل البدء في التنفيذ، وتتضمن عملية اختيار المتعاقد القيام بمجموعة من الخطوات إذ يتعين على الجهة العامة مانحة التفويض أن تحدد أسلوب التفويض المناسب، وبعد ذلك يتوجب عليها الشروع باتخاذ مجموعة من الإجراءات وصولا الى اختيار الشخص المفوض له³؛ ولذلك سوف نتطرق لمختلف المراحل بالمرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام ثم إعلان الطلب على المنافسة، مروراً بإيداع العروض، لتلي مرحلة اختيار وتقييم العروض، وأخيرا الإجراءات المتعلقة بالمنح المؤقت للتفويض واعداد اتفاقية التفويض وفقا لما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 18/199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

¹ - إذا كان بإمكان مؤسسات صغيرة ومتوسطة ان تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام فانه يتعين على السلطة المفوضة ان توليها الأولوية في منح التفويض طبقا لنص المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

² - المادة 23 من نفس المرسوم.

³ - أبو بكر عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2014-2015، ص129.

1- المرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام: تمر العملية العقدية بمجموعة من المراحل تبدأ بالإجراءات التحضيرية التي تمهد لإبرام العقد الإداري محل التفويض بداية باتخاذ قرار اعتماد تقنية التفويض وإعداد دفتر الشروط قبل نشر الإعلان والدعوى للمنافسة.

أ- مرحلة اتخاذ قرار اعتماد تقنية تفويض المرافق العامة: بعد اختيار الإدارة لأسلوب التفويض كأول إجراء لإبرام عقد التفويض تقوم السلطة المختصة بوضع تقرير تبين فيه رغبتها في تفويض المرفق العام في ضوء دراسة مجموعة من الاعتبارات تتمثل فيما يلي¹:

- إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام: قد تتضمن مهمة المفوض إليه، إقامة المنشآت والبنية اللازمة للمرفق، وفي هذه الحالة فإن الشخص العام يلجأ إلى اختيار أسلوب الامتياز، أما إذا كان تفويض المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة فإن السلطة المفوضة يمكنها اختيار طريقة إيجار المرفق العام أو الوكالة المحفزة أو التسيير².

- تغطية تكاليف الاستغلال: إذا كان المرفق يحقق إيرادات كافية لتغطية تكاليف الاستغلال فإن الشخص العام مانح التفويض يختار طريق الامتياز، أما إذا كانت إيرادات استغلال المرفق غير كافية لتغطية التكاليف فيختار الشخص العام مانح التفويض طريق الوكالة المحفزة أو التسيير إذ يحصل المفوض إليه مقابل تشغيله للمرفق على أجر مقطوع يغطي نفقات تشغيل المرفق ويحقق له الأرباح، فضلا عن علاوات تعطى له ترتبط بنتائج الاستغلال كمحفز له لتحسين جودة الخدمة، أما إذا كانت الإيرادات المرفق العام ضخمة تكفي لتغطية تكاليف التشغيل وتزيد عليها، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار في العادة طريقة الإيجار، إذ يلتزم المفوض إليه بدفع إيجار لمانح التفويض مقابل استغلاله المرفق العام³.

- نطاق رقابة الشخص العام: إذا كان الشخص العام مانح التفويض يرغب في ممارسة رقابة أكثر سهولة ومدة أطول فيختار طريقة الامتياز أو الإيجار، أما إذا أراد أن يمارس رقابة محددة فيختار في هذه الحالة طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير⁴.

¹- أبو بكر عثمان، المرجع السابق، ص 130.

²- أبو بكر عثمان، المرجع السابق، ص 136.

³- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز الشركات المختلفة، المرجع السابق، ص 482.

⁴- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 147.

- **العنصر المالي:** يقتضي دراسة إمكانية تحقيق المرفق العام لإيرادات ذاتية تكفي لتغطية الاستثمارات التي يتكبدها المفوض له عند ادارته للمرفق العام، وإجراء مقارنة بين الإيرادات التي يمكن أن تتحقق في حالة إدارة الشخص العام للمرفق بنفسه وتلك التي يمكن أن تحقق من قبل شخص آخر سواء كان شخصا عاما أو خاصا، وكذلك دراسة كلفة الشخص العام للمرفق وكلفة إدارته من قبل شخص آخر، وفي حال تبين أن إدارة المرفق من قبل شخص آخر تحقق توفر للشخص العام أو تجنبه عجزا فإن ذلك يشكل إحدى المبررات اللجوء الى تقنية التفويض¹.

- **نطاق مسؤولية الشخص المفوض اليه وتحمله المخاطر:** في الحالات التي يرغب مانح التفويض بتحميل المفوض له القسم الأعظم من مسؤوليته المرفق العام والمخاطر التي تترتب على إدارته فإنه سيختار طريقة الامتياز أو الإيجار، أما إذا أراد تقاسم مسؤوليته المرفق ومخاطره مع المفوض له فيختار طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير².

ب- **الاعداد المسبق لدفتر الشروط:** تعتبر عقود تفويض المرفق العام ذات طبيعة إجرائية، تنقيد من خلالها السلطة المفوضة من الإجراءات قبل القيام بالإعلان عن إجراء الطلب على المنافسة وجب عليها إعداد الشروط المتصلة بالعقد والمواصفات المراد التعاقد من أجلها، على أن تكون هذه الشروط عامة ومحددة للجميع.

- **تعريف دفتر الشروط:** ان دفتر الشروط الخاص هو صك تعده السلطة مانحة التفويض، يتضمن بنود الأشغال والشروط التقنية والمالية والإدارية اللازمة لتحقيق المشروع، كما يحدد حقوق وواجبات أطراف العلاقة التعاقدية³.

وبالرجوع الى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام المشار اليه سابقا، نجد أنه لم يتم تعريف دفتر الشروط، بل اكتفى بما يتضمنه من بنود تنظيمية وتعاقدية التي بموجبها يتم توضيح كفاءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام وتنفيذها⁴، كذلك الحال بالنسبة لعقود الصفقات

¹- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 486.

²- المرجع نفسه، ص 487.

³- وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 156.

⁴- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

العمومية حيث قدم التنظيم دفاتر الشروط على أنها دفاتر دورية، توضح الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية دون بيان تعريف هذه الوثيقة الإدارية¹.

يجسد دفتر الشروط مظهر من مظاهر ممارسة السلطة العامة، ذلك أن السلطة المفوضة هي التي تحدد مضمونه وشروطه دون أن يكون موضوع مناقشة بين الشخص المكلف بإدارة المرفق العام والسلطة مانحة التفويض²، كما يجب على المفوض له أن يقبل به كما وضعته السلطة العامة سابقا ولا يصح أن يتضمن دفتر الشروط بنودا مخالفة للنظام العام، ولا يكتسب دفتر الشروط المتضمن تفويض المرفق العام القوة التنفيذية إلا بعد الموافقة عليه من طرف لجنة تفويضات المرفق طبقا لأحكام نص المادة 81 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر.

- مضمون دفتر الشروط: تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر في فقرتها الثانية على أن دفتر الشروط يشمل جزأين كما يلي: - الجزء الأول بعنوان ملف دفتر الترشيح: يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كيفية تقديمها وانتقاء واختيار المترشحين لتقديم عروضهم خصوصا ما تعلق بالقدرات المهنية التقنية و المالية³.

- الجزء الثاني بعنوان دفتر العروض: يتضمن البنود الإدارية والتقنية والبنود المالية، وهي التي تحدد بموجبها الترتيبات المتعلقة بالجانب المالي سواء لفائدة المفوض له أو السلطة المفوضة، وعند الاقتضاء مستعملي المرفق المعني بالتفويض كما أشارت المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر على إمكانية تحديد دفتر شروط نموذجي لبعض المرافق العمومية متى استدعت الحاجة إليه، ويكون ذلك بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية⁴.

ج- نشر إعلان الطلب على المنافسة: يعد الإعلان عن الطلب على المنافسة الإجراء الأول الذي تتخذه السلطة المفوضة بعد الانتهاء من الإجراءات التمهيديّة المتمثلة في دراسة موضوع التفويض وإعداد دفتر

¹ - المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

² - تنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه "تفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين في حدود ما يسمح به دفتر الشروط لاسيما على ما يلي: مدة تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء التعويضات والآتوي التي يدفعها مستعملي المرفق العام أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة أو المنح التي تقدمها السلطة المفوضة للمفوض له".

³ - المادة 13 من نفس المرسوم.

⁴ - المادة 24 من نفس المرسوم.

الشروط المتعلقة به من طرف لجنة التفويضات المرفق العام، ذلك أن تكريس مبدأ العلانية يقتضي وجوباً إشهارها من أجل إعلام أكبر عدد ممكن من المتعاملين¹؛ كما أن الإشهار أو الإعلان المسبق يضع المنافسة الحرة موضوع التطبيق الفعلي ويحقق هذا الإعلان بنشره في جريدتين يوميتين على الأقل وباللغة الوطنية واللغة الأجنبية حسب ما جاءت به المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر؛ والملاحظ أنه لم يتم تحديد نطاق توزيع الجريدتين اليومييتين على المستوى الوطني الجهوي، كما نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم السلطة المفوضة بنشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة نراها مناسبة تطبيقاً لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة وشفافية الإجراءات كما هو مبين في المادة 25 من هذا المرسوم.

وبالإضافة إلى ذلك تكفل المشرع الجزائري بتحديد البيانات الإلزامية التي يجب على السلطة المفوضة أن تضمنها في إعلان الطلب على المنافسة، حيث ذهب أبعد من ذلك عندما حدد الجوانب الشكلية للإعلان، وأن تحتوي على بيانات جوهرية حسب ما نصت عليه المادة 27 من المرسوم التنفيذي 18-199 على أنه "يجب أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة البيانات الآتية:

- تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجنائي إن وجد.

- صيغة الطلب على المنافسة.

- موضوع وشكل تفويض المرفق العام.

- المدة القصوى للتفويض.

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.

- قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح.

- آخر أجل لتقديم ملف الترشيح.

- مكان إيداع ملف الترشيح.

- مكان سحب دفتر الشروط...².

¹ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص133.

² - المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

2- إيداع العروض وتمكين المترشحين من سحب دفتر الشروط: وهي مرحلة استقبال التعهدات التي تحتوي على ملف الترشيح، وتعني هذه المرحلة إتاحة الفرصة أمام المتنافسين لإيداع عروضهم لدى السلطة المفوضة تجسيد الشفافية والمساواة، بعد سحب دفتر الشروط التي تضعه السلطة المفوضة تحت تصرف الراغبين في المشاركة في المنافسة، الجزء الأول من دفتر الشروط المتمثل في دفتر ملف الترشيح المتعلق بتفويض المرفق العام، ويمكن سحبه من طرف المعنيين بالتقرب إلى السلطة المفوضة¹، وتتميز هذه المرحلة بالإجراءات الآتية:

- دعوة المترشحين لاجتماع فتح الأظرفة.

- كفيات تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض" كما أوضحتها المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

- يجب أن يشير إعلان طلب على المنافسة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة، ويترتب على عدم احترام السلطة المفوضة للأشكال الجوهرية المتعلقة بالإعلان والمنصوص عليها في المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 البطلان².

وبالعودة إلى المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر، يتضح ان قد تم إقرار إمكانية تمديد تاريخ إيداع العروض، فإذا صادف يوم العطلة أو يوم راحة قانونية يتم التمديد إلى اليوم الموالي، كما يمكن تمديد المدة المحددة لإيداع العروض مرة واحدة بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب مبرر من أحد المترشحين كم الا تۆخذ بعين الاعتبار الملفات المودعة أو التي يتم استلامها بعد التاريخ أو الساعة القصوى المحددة في إعلان الطلب على المنافسة³، حيث أوجب المشرع أن يكون الإيداع في مكان واحد تكريسا للشفافية والمساواة وحماية للمنافسة بين المترشحين، بالإضافة إلى سرية العروض وعدم الاطلاع عليها من قبل الغير، وتشمل التعهدات على الملفات الترشيح والتي تتضمن الوثائق التي نصت عليها المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199 ما يلي:

- التصريح بالنزاهة.

- القانون الأساسي للشركة.

¹ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 134.

² - المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

³ - المادة 29 من نفس المرسوم.

- مستخرج السجل التجاري.

- رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري أو المترشحين الأجانب الذي سبق لهم العمل في الجزائر.

- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين مذكورة في دفتر الشروط¹.

هذا وتتولى لجنة اختيار وانتقاء العروض المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، بفتح الأظرفة في جلسة علنية وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من طرف المترشحين، كما تقوم في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة لدراسة ملفات ترشح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، وخلال هذه المرحلة الأخيرة تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون الشروط التأهيلية طبقا لدفتر الشروط "القدرات المهنية، التقنية، المالية وكذا المعايير المحددة في الطلب على المنافسة، ثم تتولى ترتيب الملفات ترتيبا تفصيليا حسب النقاط التي يحصل عليها كل مترشح مقبول"².

3- فتح العروض وعملية التفاوض: تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في جلسة علنية وفي مرحلة أولى بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المرشحين، وتقوم بعدها في المرحلة الثانية وفي جلسة مغلقة بدراسة ملفات الترشح، ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة وتعد قائمة للمترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط وتقييمها حسب سلم التتقيط³.

أما المرحلة الثانية فيتم خلالها دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب الجزء الثاني من دفتر الشروط الذي يطلق عليه "دفتر العروض" المحدد لشروط وكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له وفقا للبنود الإدارية والتقنية والبنود المالية⁴؛ ويتم هذا الانتقاء النهائي وفقا للإجراءات التالية:

- استدعاء المترشحين المقبولين: تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين بكل وسيلة ملائمة لسحب الجزء الثاني من دفتر الشروط وتقديم عروضهم حسب المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر.

¹ - المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

² - المادة 31 من نفس المرسوم.

³ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 135.

⁴ - المواد 13 و 36 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

- تقديم العروض: يتم إيداع العروض من قبل المترشحين لدى السلطة المفوضة ويجب أن تكون هذه العروض مطابقة لدفتر العروض ومستوفية لكامل البنود الإدارية والتقنية والبنود المالية، ولم يحدد المشرع الجزائري وسيلة لتقديم هذه العروض، عكس المرحلة الأولى التي أوجب أن تكون في ظرف مغلق ومبهم، إلا أنه عمليا غالبا ما تقدم بنفس الطريقة الأولى¹.

- اختيار وانتقاء العروض: تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين و المؤهلين كتابيا على حدى، من أجل مفاوضة عروضهم لاسيما مدة تفويض المرفق العام والأتاوى التي يدفعها مستعملي المرفق العام دون موضوع التفويض، وتحرر اللجنة محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبا تفضيليا، ثم تقترح اللجنة على المسؤول السلطة المفوضة المترشح الذي تم انتقاؤه والذي قدم أحسن عرض دون تقديم الأسباب الدافعة الى ذلك².

4- المنح المؤقت وإبرام عقد التفويض: بعد الانتهاء من المفاوضات و اختيار المفوض له، يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض، وطبقا للمادة 41 السالفة الذكر من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 فإنه يتم اختيار العارض أو المترشح الأكثر قدرة على تحمل أعباء تسيير المرفق العمومي، وذلك بموجب قرار المنح المؤقت للتفويض من قبل السلطة المفوضة وهذا وفق للمادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، كما يتم إشهار هذا القرار وفق نفس الكيفيات المنصوص عليها في المادة 25 من هذا المرسوم³؛ أما بالنسبة لوسائل نشر قرار المنح المؤقت فإنه يتم اشهاره في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية كما يتم نشره بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة.

إن الإعلان عن المنح المؤقت رغم أنه يؤدي الى الإطالة نوعا من إجراءات إبرام عقد التفويض، إلا انه يكرس مبدأ الشفافية من خلال الإعلان عن الفائز مؤقتا بعقد تفويض مرفق عمومي، كما يترتب على العمل بإجراء المنح المؤقت حقوق المترشحين، حيث يمكن مترشح شارك في الطلب على المنافسة على ان يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض بأن يرفع طعنا لدى لتقوم هذه اللجنة بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرون (20) يوما من تاريخ استلامها الطعن⁴ وتبليغ قرارها المعلن الى

¹ - المواد 13 و 36 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

² - المواد 35 و 40 من نفس المرسوم.

³ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 134.

⁴ - المواد 41 و 42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

السلطة المفوضة وصاحب الطعن¹؛ وبعد انقضاء مدة النظر في الطعون من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض تتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية تسلمه نسخة منها وتكون اتفاقية التفويض موقعة من طرفه ومصادق عليها من السلطة المفوضة، مع توقيع مثلها².

الفرع الثاني: التراضي كاستثناء لإبرام عقود تفويض المرفق العام

جعل المشرع الجزائري التراضي طريقاً استثنائياً لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام حيث يتم تخصيص ومنح التفويض لمتعامل واحد دون اللجوء إلى شكايات الطلب على المنافسة³، وهذا الإجراء يحرر السلطة المانحة التفويض من القيود الشكلية و الإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة كشكل عام، حيث تقوم السلطة المفوضة بكل حرية باختيار المفوض مباشرة⁴؛ والملاحظ أن المنظم ميز بين نوعين من التراضي حسب المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 وقد حدد حالات وشروط اللجوء اليهم الأمر الذي يفهم منه أن لجوء السلطة المفوضة لهذا الاجراء مطلقاً وإنما مقيدة بما ورد في هذا المرسوم.

أولاً: أشكال التراضي كمظهر لحرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض إليه

يتميز أسلوب التراضي كمظهر من مظاهر التعاقد بأنه أسلوب بسيط، يعفي السلطة المفوضة من الخضوع إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة التي يفرضها أسلوب الطلب على المنافسة لاختيار المفوض إليه، وقد حددت المادة 16 أعلاه من المرسوم التنفيذي رقم 18/199 أشكال التراضي حيث تنص على انه "يمكن ان يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط او التراضي بعد الاستشارة"؛ وعليه طبقاً لأحكام هذه المادة فإنه تم تحديد شكلين لأسلوب التراضي هما بعد الاستشارة، والتراضي البسيط.

1- التراضي بعد الاستشارة: يعتبر التراضي بعد الاستشارة شكل من أشكال التراضي، وهذا طبقاً لنص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199 والتي تنص على أن "التراضي بعد الاستشارة إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل"؛ وبعد التراضي بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه السلطة المفوضة لإبرام عقود التفويض المرفق العام، وذلك بإقامة المنافسة بين المترشحين حيث أن هذا الأسلوب يكرس مبدأ المنافسة ولو بصفة جزئية، ذلك ان السلطة مانحة التفويض

¹ - المادة 42 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

² - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 136.

³ - المرجع نفسه، ص 136.

⁴ - سمير بوعنق، تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي -جيجل، الجزائر، 2021-2022، ص 198.

تستدعي على الأقل 03 مترشحين تفتح المنافسة بينهم وتقوم في الأخير باختيار المترشح الكفاء التي تراه مؤهلا بتسيير المرفق العام، إلا انه بالنظر الى احكام هذه المادة لم يتم توضيح كيفية إجراء الاستشارة، كما لم يحدد الأجل والمعايير التي يتم على أساسها هذا الإجراء.

2- التراضي البسيط: تم تعريفه بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بأنه "إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار المفوض له المؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية¹؛ ويفهم من نص المادة أن السلطة المفوضة تقوم باختيار المفوض له لإدارة وتسيير المرفق العام المفوض وهذا بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية.

أسلوب التراضي البسيط يترك للسلطة المفوضة الحرية المطلقة في اختيار المفوض اليه وحررها من كل القواعد الإجرائية الطويلة المعمول بها في الطلب على المنافسة، حيث تقوم مباشرة بإبرام عقد التفويض مع متعامل وحيد بمجرد تطابق ارادتهما وطبقا لدفتر الشروط المعد مسبقا من قبل تلك السلطة دون اللجوء إلى إجراءات الأشهار وقواعد المنافسة².

ثانيا: حالات اللجوء الى التراضي

رغم أن أسلوب التراضي شكل الاستثناء على القاعدة العامة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام، إلا أن المشرع ألزم السلطة المفوضة وقيدتها بحالات لا يمكنها اللجوء الى أسلوب التراضي إلا بتوافرها، وهي حالات مذكورة على سبيل المثال لا الحصر كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية، فالسلطة المفوضة لا يمكنها اللجوء الى أسلوب التراضي بعد الاستشارة إلا إذا توافرت الحالات المنصوص عليها في المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أعلاه، والتراضي البسيط في الحالات المقررة في المادة 20 من هذا المرسوم.

1- حالات التراضي بعد الاستشارة: تلجأ السلطة المفوضة حسب المادة 19 السالفة الذكر من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الى التراضي بعد الاستشارة في الحالات التالية:

أ- حالة اعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية: تلجأ السلطة المفوضة إلى إبرام عقود التفويض عن طريق الطلب عن المنافسة، فإذا تبين بعد الطلب عن المنافسة للمرة الأولى عدم استلام أي عرض أو استلام عرض واحد، أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، حيث يتم اعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى ويعاد اجراء الطلب على المنافسة وفق الاشكال نفسها فإذا تبين بعد الطلب على

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

² - سمير بوعنق، المرجع السابق، ص 200.

المنافسة للمرة الثانية عدم استلام أي عرض او عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، فانه في هذه الحالة يعلن مرة اخرى عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وتلجأ السلطة المفوضة الى اجراء التراضي بعد الاستشارة يتم من خلاله اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في هذا الطلب¹، لكن عند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية وتبين انه عرض مطابق لدفتر الشروط فانه يقبل لمتابعة الإجراءات².

ب- حالة تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي اجراء الطلب على المنافسة: بالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة 19 أعلاه نجد ان تحديد هذه المرافق يتم بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات المحلية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح بتسيير المرفق العام المعني.

2- حالات التراضي البسيط: طبقا لأحكام المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تم النص على حالات اللجوء الى التراضي البسيط كما يلي:

أ- حالات احتكار الخدمات أو ما يسمى بالوضعية الاحتكارية: في هذه الحالة لا يمكن تلبية الخدمات التي تطلبها السلطة المفوضة إلا من طرف مترشح في وضعية احتكارية، وقد أحسن المشرع في تحرير السلطة المفوضة من الخضوع الى إجراءات الطلب على المنافسة طالما انه يوجد مترشح وحيد تتوفر فيه كافة المؤهلات المطلوبة من طرف السلطة المفوضة، وبالتالي لا داعي للجوء الى إجراءات الاشهار والدعوة الى المنافسة لأنها تطيل مدة ابرام اتفاقية التفويض كما انها مكلفة من الناحية المادية.

ب- حالة الاستعجال: حددت المادة 21 من المرسوم التنفيذي 18-199، الحالات الاستعجالية التي يمكن للسلطة المفوضة ابرام عقود التفويض المرفق العام في حال توافرها دون اللجوء الى إجراءات الطلب على المنافسة وهي كما يلي:

- عندما تكون اتفاقية المرفق العام سارية المفعول موضوع اجراء فسخ، وبالتالي لضمان استمرارية المرفق العمومي الذي تعتبر الاستمرارية من اهم مبادئ تنفيذه تلجأ السلطة المفوضة الى ابرام اتفاقية تفويض أخرى بصفة مستعجلة دون اللجوء الى إجراءات الطلب على المنافسة لأنها تتطلب وقت أكبر.

- حالة رفض المفوض له امضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجل، وتختلف مدة الملحق الخاص باتفاقية التفويض حسب شكل التفويض "امتياز 04 سنوات، إيجار 03 سنوات، الوكالة المحفزة سنتين، وعقد

¹ - سمير بوعنق، المرجع السابق، ص ص 201-202.

² - المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

التسيير سنة واحدة كأقصى حد"، فإذا طلبت السلطة المفوضة تمديد مدة اتفاقية التفويض بموجب ملحق على أساس تقرير معطل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية ورفض المفوض له إمضاء هذا الملحق، فإنه في هذه الحالة تلجأ السلطة المفوضة الى إجراء التراضي البسيط لإبرام اتفاقية التفويض لضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام¹.

ثالثا: إجراءات أسلوب التراضي

ان الترخيص للسلطة المفوضة باللجوء الى أسلوب التراضي للتعاقد ناتج عن الإجراءات الطويلة والمعقدة التي يمر بها اجراء الطلب على المنافسة، إضافة الى كون بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات، غير أن لجوء السلطة المفوضة الى هذا الأسلوب لا يكون الا في حالات محددة بموجب القانون، وبالتالي فان السلطة وجدت نفسها أكثر تقييدا رغم أن أسلوب التراضي تم اقراره من القيود الواردة على حرية السلطة المفوضة في التعاقد إذا توافرت حالاته، ولأهمية المسألة من الضروري بيان إجراءات التراضي بعد الاستشارة ثم شرح إجراءات التراضي البسيط².

أ- إجراءات التراضي بعد الاستشارة: طبقا لهذا الأسلوب يمكن للسلطة المفوضة إجراء اتفاقيات التفويض وفقا للمراحل التالية:

- صدور قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية: يحدد بموجبه المرافق العمومية التي لا تستدعي اجراء الطلب على المنافسة.
- وضع قائمة مسبقة من طرف السلطة المفوضة: حيث تضم هذه الأخيرة عدة متعاملين لهم قدرات مالية ومهنية وتقنية تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني³.
- دعوة المترشحين: تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل من القائمة التي أعدتها مسبقا السلطة المفوضة، من اجل تقديم عروضهم وفقا لدفتر الشروط الذي تعده مسبقا، وهذا حسب ما جاءت به المادة 38 من المرسوم التنفيذي 18-199.
- اختيار وانتقاء العروض: تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بمفاوضة عرض كل مترشح خاصة من حيث مدة تفويض المرفق العام، والتعريفات والأتاوى التي يدفعها مستعملي المرفق العام كذلك مختلف الاقتراحات

¹- سمير بوغنى، المرجع السابق، ص ص 203-204.

²- المرجع نفسه، ص 206.

³- المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، وهذا ما سيصنع الفارق بين المترشحين المؤهلين، وتنتهي المفاوضات باختيار مفوض له تقترحه اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة¹.

- الإعلان عن المنح المؤقت: بعد اختيار المفوض له تقوم السلطة المفوضة بإشهار قرار المنح المؤقت للتفويض بجميع الوسائل المتاحة، حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام كما بين هذا الإعلان حق المترشحين في تقديم طعون بنفس إجراءات الطعن في الطلب على المنافسة حسب المادة 41 من المرسوم التنفيذي 18-199.

- إعداد اتفاقية التفويض: بعد انقضاء أجل النظر في الطعون والفصل فيها، تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المفوض له المقبول تتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية، وتسلمه نسخة منها².

ب- إجراءات التراضي البسيط: بالرغم من عدم بيان تفاصيلها، فحسب ما نص عليه المرسوم التنفيذي 18-199 يمكن إجمالها في المراحل التالية:

- دعوة المترشح: تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه، إلا أن المشرع لم يبين كيفية الدعوة وبالتالي ترك للسلطة المفوضة سلطة تقديرية في ذلك، كما لم يبين على أي أساس يتم اختيار المترشح مما يفتح المجال أمام التلاعبات الإدارية³.

- التفاوض: بعد دعوة المترشح وتقديمه لعرضه، تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بالتفاوض معه مباشرة حول مدة تفويض المرفق العام والتعريفات والأتاوى الذي يدفعها مستعملو المرفق العام أو التي يدفعها المترشح وهذا حسب شكل التفويض، كما يمكن أن تتعرض المفاوضات إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين سير المرفق العام، وهذا دون التطرق إلى موضوع التفويض⁴.

- الإعلان عن المنح المؤقت: باستقراء نص المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نجد أن المشرع الجزائري لم يلزم السلطة المفوضة بإعلان المنح المؤقت في حالة التراضي البسيط عكس التراضي بعد الاستشارة، وبالتالي ترك للسلطة المفوضة سلطة تقديرية في إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، إلا أن نص المادة 42 من هذا المرسوم جاءت صريحة على أنه في حالة إجراء التراضي البسيط يمكن أن يمنح على قرار المنح المؤقت للتفويض أمام لجنة تفويضات المرفق العام، ويفهم من ذلك أن السلطة المفوضة

¹- سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 138.

²- المرجع نفسه، ص 138.

³- المرجع نفسه، ص 136.

⁴- المواد 39 و 40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

ملزمة بإعداد قرار المنح المؤقت للتفويض وإشهاره حتى يتمكن كل من له مصلحة في الطعن في هذا القرار، وفقا لنفس إجراءات الطعن عن المنافسة.

- إعداد اتفاقيه التفويض: بعد انقضاء اجل النظر في الطعون والفصل فيها، تعد السلطة المفوضة اتفاقيه التفويض التي تبرم مع المفوض له المقبول تتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية، وتسلمه نسخة منها¹.

¹ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 137.

خلاصة الفصل

يعتبر التفويض أحد الآليات المستحدثة لتسيير المرافق العامة في الجزائر، حيث تناوله المشرع الجزائري في المادة 210 من القانون 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ليتم تنظيمه لاحقاً بشكل خاص بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام.

وقد تضمن هذا التفويض عدة أشكال يتمثل أولها في عقد الامتياز الذي من خلاله تعهد السلطة المفوضة للخواص بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات وذلك لإقامة المرفق العام واستغلاله وتسييره؛ وكذا عقد الإيجار الذي تعتبر من أهم تفويضات المرفق العام لصالح الخواص، حيث يعتبر تعهد السلطة المفوضة بتسيير مرفق عام وصيانته لمدة محددة، وينتقاضى المستأجر أتاوى من مستخدمي المرفق العام؛ بالإضافة إلى عقد الوكالة المحفزة فهو يخص الخواص وذلك بتسيير وصيانة مرفق عمومي، مقابل منحة تحدد نسبة مئوية من رقم الأعمال، إضافة إلى منحة الإنتاجية؛ وفي الأخير جاء المشرع بعقود التسيير التي تعتبر عقود مؤقتة وتختص بتسيير وصيانة المرفق العام مع تمويل المرفق من طرف السلطة المفوضة بنفسها، تحتفظ بإدارته، مقابل منحة تحدد بنسبة مئوية تدفع لصاحب العقد.

الفصل الثاني

نظام البوت وعقود الشراكة بين
القطاع العام والخاص كتوجهات
حديثة في تسيير المرافق العامة في
التشريع الجزائري

الفصل الثاني

نظام البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص كتوجهات حديثة في تسيير المرافق العامة في

التشريع الجزائري

يعتبر نظام عقد البوت "B.O.T" من الأنظمة الحديثة التي تعتمدها الدولة لتنفيذ مشاريع ضخمة مثل الطرقات و الجسور و غيرها بحيث كان ظهورها لأول مرة في العهد الروماني و توسع بين دول العالم و أعطت له مكانة هامة على الصعيد الاقتصادي والذي يعرف بالنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية و من خلال ذلك تدخل الشراكة بين القطاعين العام و الخاص و التي هي الية جديدة تلجا اليها الدول من اجل معالجة عدة مشاكل أدت الى تأخير بنيتها التحتية و بالتالي يعتبر هذا النوع من العقود، احد الحلول المتاحة حاليا يجب الاعتماد عليها من اجل النهوض بالاقتصاد لما لها من إيجابيات يمكن تجسيدها في عدة مشاريع ضخمة .

وللتفصيل في ذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين، حيث نتطرق في (المبحث الأول) إلى نظام البوت كتوجه حديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري، وفي (المبحث الثاني) إلى عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص كتوجه حديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري.

المبحث الأول

نظام البوت (B.O.T) كتوجه حديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

يعد نظام البوت من الأساليب الحديثة التي انتهجتها الدول لإنشاء وتسيير مرافقها العامة، وإنجاز مشاريع البنية الأساسية فيها من خلال القطاع الخاص الذي يتبنى هذه المهمة انطلاقا من عملية البناء وتزويده بالتكنولوجيا اللازمة لذلك، وبتمويله الخاص خلال المرحلتين بما يجنب الدولة إرهاب ميزانياتها العامة، لاسيما مع العجز الذي تعانيه¹ على أن يسترجع ما أنفقته وهامش ربحه من خلال ما يدفعه جمهور المرفقين من رسوم، وفي نهاية المدة المحددة في العقد تنتقل ملكية المرفق العام للدولة.

سنتناول في (المطلب الأول) مفهوم نظام البوت وتطوره التاريخي وتعريفه مبرزين أصل اصطلاح البوت ونشأتها وخصائصه بالإضافة الى التشابه القائم بين نظام البوت والعقود المشابهة بها وفي (المطلب الثاني) سنبرز مختلف الأشكال التعاقدية التي يتخذها نظام البوت والتطرق لطبيعته القانونية وفي الأخير التطرق لنهاية نظام البوت B.O.T.

المطلب الأول

مفهوم نظام البوت (B.O.T)

يعد نظام البوت أحد الآليات المستحدثة والفعالة في تسيير المرافق العامة لاسيما لدى الدول النامية، بما يوفره من بنية تحتية في مختلف المرافق الحيوية، وللتفصيل في مفهومه سنتطرق إلى نشأة وتطور هذا النظام (الفرع الأول)، ثم إلى تعريفه وإبراز أهم خصائصه (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى تمييزه عن ما يشابهه من عقود (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نشأة وتطور نظام البوت (B.O.T)

أرجع بعض الباحثين أن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس بالجديد، حيث أن نشأة هذا النظام يعود لعقود الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدول

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 120.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

لتوفير المياه الصالحة للشرب¹، لكن جانب منهم نال بأن نظام البوت يختلف عن عقود الامتياز القديمة اختلافا جوهريا كما أنه حديث مقارنة بهذا الأخير².

كما أرجع فقهاء آخرون نشأة هذا النظام إلى عهد الروماني حيث كانت تكاليف التصميم والبناء والتشغيل تتم بواسطة القطاع الخاص بدفع التكاليف الخاصة بالمشاريع من قبل المنتفعين من خدماتها³؛ ولم يعرف النظام بالتسمية الحالية البوت، ويرجع سبب تولي القطاع الخاص تشييد المشروعات في عهد الرومان إلى ترامي أطراف الإمبراطورية الرومانية من جهة، ومن جهة أخرى إلى كثرة المشاريع والتي تكلف الكثير خاصة فيما يتعلق ببناء المسارح والأسواق والتي تكلف كثيرا هذا ما أدى بالإمبراطورية الرومانية الاستعانة بالقطاع الخاص في ذلك الوقت.

ويرجع فقهاء آخرون اصطلاح البوت لرئيس وزراء تركيا سابقا "تورغوت أوزال" وذلك بمناسبة تنفيذ مشروع جسر البوسفور في مطلع الثمانينات من القرن العشرين، وذلك بمناسبة اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بعد نجاحه في الانتخابات، في شكل استراتيجية جديدة في مجال التنمية الاقتصادية وقال أنه سيقوم بإسناد المشاريع الجديدة في مجال البنية التحتية للقطاع الخاص على أساس أن عقود البوت، بالإضافة إلى خصخصة شركات القطاع العام، وبذلك أصبحت عقود البوت تعبيرا عن النهج الاقتصادي الجديد في تركيا⁴، إلا أن هناك آراء ترجع ظهور مصطلح البوت في تركيا لسنة 1980 بمناسبة مشروع محطة توليد الكهرباء.

وهناك من يرى بأن عقود البوت هي تطوير لنظم إسلامية ظهرت صدر الدولة الإسلامية وأنه صور من صور الحكر التي استخدمها المسلمون كحكر الاجاريتين ، والمرصد نظرا لاتفاق طبيعة الحكر بصورة المتعددة مع عقود البوت في الخصائص الأساسية : كالتموليل الخارجي وكون الممول يقيم المشروع على أرض الجهة طالبة التموليل وأن الدولة لن تتنازل عن ملكية الأرض وتحقق الأعمار والإنماء في الوقت ذاته ويستفيد الممول من المشروع "الأرض البناء والفراس"⁵.

¹ - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 147.

² - وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 31.

³ - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 39.

⁵ - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 150.

أنشأت فرنسا عن طريق نظام البوت امتياز توزيع المياه في باريس "بيرييه أخوان" سنة 1782 وتلا ذلك العديد من الالتزامات بعد سنة 1930، كما أنشأت مصر قناة السويس بمنحها سنة 1854 السيد "فريدناند دوليمبس" حق امتياز حفر قناة السويس لمدة 99 سنة والتي افتتحت رسميا في نوفمبر 1869، وقد تم تأميمها فيما بعد من قبل الرئيس جمال عبد الناصر سنة 1956 لاعتبارات سياسية، وهو أول مشروع بوت قبل إفراز هذا النظام بموجب نص تشريعي من قبل المشرع المصري، وتبعته العديد من المشاريع المتعلقة بعدد المرافق العامة المصرية من أهمها: "سكك الحديدية الدلتا، وشركة مقطم، وشركة الركوني للراديو والتلفزيونات.... الخ"¹.

كما ظهرت عقود البوت في الوم.أ مع الثورة الصناعية، حيث كانت الدولة تعهد للخوادم مهمة بناء الطرق وتلزم من يقوم بالمرور على الطرق بدفع رسوم مقابل الاستخدام وصيانة هذه الأخيرة، ولا تزال الوم.أ تأخذ بنظام البوت في تحديث مرافقها العامة، لا سيما الطرق والنوادي في ظل القانون الفدرالي الخاص بالنقل الصادر في 1999/12/18، وهو ما تم تأكيده في إجراءات التشجيعية لنظام البوت والتي تضمنها قرار الرئيس الأمريكي "كلينتون" في القرار التنفيذي رقم 12893 الصادر في 28 جانفي 1994.²

ويعد مشروع النفق الرابط بين إنجلترا وفرنسا وفقا لنظام البوت أحد التجارب الرائدة في بريطانيا بعد أن أدركت حكومة "مارغريت تانشر" أن سياسة التدخل التي تنتهجها الدول للقيام بكافة مشروعات البنية التحتية غير قادرة على الوفاء بكل مطالب انجاز وبناء الدولة الحديثة، حيث بلغت نفقات المشروع 20 مليار دولار، تقوم شركة المشروع باستغلال المشروع لمدة 55 سنة وقد ساهمت هذه الأخيرة بنسبة 19% من تكلفة الإنشاء ك.

واستخدمت ماليزيا كذلك نظام البوت في أكثر من 40 مشروعا على غرار إقامة مشروعات الإمداد بالمياه الصالحة للشرب لاسيما إمداد جزيرة Lang kawi بالمياه، وعهدت الحكومة لشركتين من القطاع الخاص إقامة المشروع وإدارته وإنتاج 12 مليون قالون مياه نقية في اليوم للجزيرة³، كما اعتمدت الصين على نظام البوت في إقامة مثلا محطة توليد الكهرباء بالفحم ومشروع لمعالجة المياه وتصفيتها في chengdo

¹ - عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الحديثة، مصر، 2008، ص 12.

² - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 160.

³ - وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 40.

وغيرها من المشاريع الكبرى التي منحتها للقطاع الخاص، مقابل حصولها على إتاوات لفترة زمنية معينة، على أن تقوم بعد ذلك هذه الأخيرة تحويلها لها.

ولم تكن الدولة العربية بمنأى عن نظام البوت، فالكويت تعاقدت لإنشاء العديد من المشاريع بواسطة عقود البوت، منها مشروعات إنشائية وزراعية وكذا سياحية وترفيهية¹، حيث قامت شركة المشروعات الحكومية المملوكة للدولة بداية التسعينات التي تعاقدت بنظام البوت لتحويل الواجهة البحرية بالكويت لنظم استثمارية حديثة، وقد ذاعت مشاريع البوت في الكويت بشكل كبير جدا، كما أن مصر قامت بتطبيقه بشكل واسع، ويعود أن تعامل لها بنظام البوت لمنصف التسعينات عندما قامت وزارة الكهرباء المصرية ببناء على عوامل داخلية كثيرة زيادة الطلب على الطاقة الكهربائية والحاجة الملحة لمحطات توليد جديدة، وارتفاع المديونية المصرية ورفض جهات الإقراض الأجنبية منحها قروض لتمويل تنفيذها، لتنفيذها بواسطة نظام البوت وبتنفيذ من القطاع الخاص، ولهذا السبب قامت مصر بإجراء تعديلها على قوانينها، فمثلا بموجب تعديل القانون رقم 12 لسنة 1976 أنشأت هيئة كهرباء مصر ثم أصدر مجلس الوزراء القرار رقم 04 لسنة 1998 بشأن محطة سيدي كبري البخارية، وقد اتبعت العديد من الوزارات نفس الطريقة في انجاز مرافق أخرى على غرار النقل البحري والطرق... الخ².

ولجأت لبنان لنظام البوت لإنجاز مرافقها العامة ومشروعات البنية التحتية فيها وكانت الانطلاقة سنة 1994 عندما قامت بإبرام عقد مع شركة France télécom international وتشغيل مشروع الهاتف النقال لمدة 10 سنوات، كما قامت الدولة اللبنانية ممثلة في المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان بتاريخ 1996/02/07 بإبرام اتفاقية بوت مع شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاد الكويتية الجنسية لتمويل إنشاء موافق سيارات في مطار بيروت الدولي وتشغيله لمدة 15 سنة ثم إعادته بحالة جيدة للدولة³، كما ذهبت سوريا لنظام البوت لتنفيذ بعض المشروعات الكبرى، على الرغم من غياب أي تنظيم قانوني بحكم هذه العقود، ففي سنة 2001 وقعت عقد بين المؤسسة العامة للاتصالات في سوريا وشركة investcom global LTD لإنشاء نظام هاتف النقال GSM.

¹ - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 164.

² - وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 46.

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2017، ص ص 10-11.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

كما أعلنت السلطة عن طلب عروض أسعار لمشروع إنشاء واستثمار عدد من الأرصفة بمواصفات فنية بمرافق طرطوس بنظام البوت كما قامت محافظة دمشق سنة 2008 بإبرام عقد مع الشركة السورية القابضة لإنشاء مشروع متكامل في مركز المدينة، يضم مركز للمؤتمرات وأبنية مكتبية إدارية مجهزة أحدث التقنيات وفندق خمس نجوم ومراكز تسوق ودور سنما ومرافق للسيارات... الخ¹.

أما في الجزائر فقد كانت هناك محاولة اللجوء لنظام البوت من خلال مشروع الطريق السيار شرق - غرب باعتباره أضخم مشروع خاضته الدولة الجزائرية في ميدان المنشآت القاعدية، إذ ترمي منظومة النقل إلى تلبية حاجات المواطنين في مجال النقل وبسبب كلفته الناهضة كان لا بد من البحث عن آليات جديدة وبديلة لتمويله بغرض تخفيف العبء على ميزانية الدولة، ومن بين تلك الآليات اشتراك القطاع الخاص في هذا المشروع باعتماد نظام البوت²، كما تم استخدام عقد البوت في تمويل مشاريع البنية التحتية في الجزائر في مجال الكهرباء والغاز وإذا كانت عملية استغلال الكهرباء والغاز لا تتم إلا بواسطة منشآت تقنية مخصصة لهذا المجال فإنه يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام أن ينجز أو يستغل المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء بشرط الحصول على رخصة استغلال³.

وفي هذا الإطار أبرمت شركة سونلغاز والوكالة الجزائرية للطاقة "AEC" عقد مجموعة "SNCLAValing"، وهي شركة كندية من أجل إنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء لمدة 12 سنة بقيمة 600 مليون دولار أمريكي مع إمكانية تجديد العقد لنفس المدة، غير أن أغلب عقود البوت التي تبرمها الجزائر مع الشركات الأجنبية تكون بمساهمة رأس المال الوطني بنسبة معتبرة وهو ما يعتبر من التطبيقات الخاطئة لنظام البوت⁴، كما اعتمدت الجزائر على نظام البوت في مجال تحلية مياه البحر عن طريق إزالة الأملاح من مياه البحر وفي ذات السياق تم إبرام اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة المشروع "حامة وترديزالييناشن" (hamma water desalination) تتعهد بموجب تلك الاتفاقية

1- نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 165.

2- عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 18.

3- عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 22.

4- سهيل قماز، تفعيل التأمين الهندسي للإنشاءات المرتبطة بصيغة تمويل المشروعات الكبرى، دراسة حالة في شركة التأمين المحروقات CASH مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد التأمينات، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف، 2013/2014، ص 15.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

شركة المشروع بإنجاز مصنع لتحلية مياه البحر بالحامة الواقعة في الجزائر العاصمة بسعة تقدر ب: 200000 م³ في اليوم الواحد وبقيمة إجمالية تقدر ب: 256 مليون دولار أمريكي¹.

كما أبرمت اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة المشروع "أقواس دو سكيكدة" (SPA Aguas do SKIKDA) تتعهد بموجبها شركة المشروع بإنجاز مصنع لتحلية مياه البحر بسكيكدة (المنطقة الصناعية devi) بسعة تقدر ب: 100000 م³ يوميا وبقيمة إجمالية تقدر ب: 6,105 مليون دولار أمريكي وتمتد هذه الاتفاقية لمدة 30 سنة من تاريخ دخولها حيز التنفيذ².

وعليه فإن تزايد المرافق العامة التي يتم إنشاؤها بعقود البوت، راجع للدور الذي يؤديه القطاع الخاص في تمويلها بعد أن أصبح تمويلها لا يقتصر على الدولة أو أشخاص القطاع العام لاسيما في الدول النامية بسبب العجز الذي تعانيه في ميزانياتها، كما أن نظام البوت توفر العملة الأجنبية والتنمية الاقتصادية التي تسعى الدولة لتجسيدها.

الفرع الثاني: تعريف نظام البوت (B.O.T) وخصائصه

من خلال هذا الفرع يتم التطرق إلى تحديد معنى نظام البوت، وموقف المشرع الجزائري منه، ثم تحديد خصائصه القانونية باعتباره من الأساليب الحديثة نسبيا في المعاملات الاقتصادية المحلية و الدولية.

أولا: تعريف نظام البوت (B.O.T)

يعتبر مصطلح البوت B.O.T اختصار لثلاث مصطلحات باللغة الإنجليزية هي build البناء أي إقامة البناء أو تشييد المشروع، Operate وتعني تشغيل وإدارة المشروع، Transfer وتعني تحويل ملكية المشروع الى الجهة التي طلبته بعد نهاية العقد.

ويقابلها بالفرنسية مصطلح C.E.T وهي اختصار لاصطلاح Construire بمعنى البناء، exploiter وتعني الاستغلال، transférer وتعني نقل الملكية³.

¹ - باديس بومزير، عقود البوت وتطبيقاتها في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 02، 2021، صص 106-107.

² - المرجع نفسه، صص 108.

³ - أحمد بركات، وليد بلوفة، عقد البوت الاسلوب الحديث لتمويل مشاريع البنية التحتية مجلة الحقوق والحريات، المجلد 11، العدد 01، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، 2023، صص 91.

1- التعريف الفقهي لنظام البوت: اكتسب نظام البوت أهمية خاصة نظرا لأنها تكفل للدولة تقديم الخدمات العامة وفقا لخططها التنموية دون التقييد بقدرة موازنتها لتمويل الاستثمارات العامة وتحمل عن كاهلها عبئ تمويل مشروعات عملاقة تحتاج إلى تمويل ضخم وتقل هذا العبء إلى عاتق القطاع الخاص، حيث أصبحت هذه العقود موضع اهتمام من الفقه حيث قام بتقديم عدة تعريفات نذكر منها:

- عرفه الأستاذ "M.Loncle" بأنه عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها تجمع عدد الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وإنشاء واستغلال مرفق عام يتم منحه لها بواسطة الدولة لفترة معينة، على أن يلتزم شركة المشروع بإعداد المشروع إلى الدولة بعد نهاية مدة التفويض¹.

- وعرفه الأستاذ "J.B.Auby" بأنه عبارة عن تركيبية تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيث يتولى الملتزم تمويل إنشاء المشروع (البناء) ويتولى استغلاله أو تشغيله في مدة محددة (الاستغلال)، وفي نهاية المدة يلتزم بنقل المشروع إلى الجهة المانحة (نقل الملكية)².

ويعرف أسلوب البوت بأنه نظام من نظام تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعمد الدول إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه تسمية شركة المشروع بموجب اتفاق بينهما يسمى اتفاق الترخيص بمقتضاه تلتزم شركة المشروع بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي الخاصة، ويرخص لشركة المشروع يمتلك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا له على نحو من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طول مدة الترخيص³.

وعرفها "الأستاذ جابر جاد نصار" بأنها المشروعات تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء كانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص (شركة المشروع) لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن تم نقل ملكيته إلى الدولة⁴.

¹ - عبد الرزاق حمادة، عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2013، ص13.

² - المرجع نفسه، ص14.

³ - أحمد بركات، وليد بلوفة، المرجع السابق، ص 919.

⁴ - حمادة عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 16.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

وقد عرف الدكتور "سامي عبد الباقي" نظام البوت بأنه العقد الذي بمقتضاه تقوم السلطة المانحة (أحد أشخاص القانون العام) بتكليف أحد أشخاص القانون الخاص، شخص طبيعي أو معنوي، وطني أو أجنبي، بمهمة إنشاء أو استغلال المرفق العام وعلى مسؤوليته ولمدة محددة ويحصل على مقابل الاقتناع من المنتفعين بالمرفق، وفي نهاية مدة الالتزام يلتزم بإعادة المرفق بحالة جيدة وبدون مقابل إلى الجهة المانحة.

2- تعريف المنظمات العالمية لنظام البوت: لقد قامت بعض المنظمات الدولية بوضع تعريف لنظام البوت على اعتبار أنها شكل من أشكال تمويل مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة في الدول لاسيما النامية منها ومن بين هذه المنظمات منظمة اليونيدو، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

أ- تعريف منظمة اليونيدو لنظام البوت: وتسمى بمنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ولقد عرفت أنه اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، ويقوم هذا الشخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق وأي رسوم أخرى، بشرط أن لا تزيد كما هو مقترح في العقد وما هو منصوص عليه من صلب اتفاق المشروع ليتمكن هذا الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف الشغل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب للاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق للدولة أو إلى شخص خاص جديدة يتم اختياره طبقا لقواعد المنافسة¹.

ب- تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لنظام البوت: ويطلق على هذه المنظمة تسمية اليونسترال، وقد عرف نظام البوت بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بموجبه الدولة لفترة من الزمن أحد الاتحاديات المالية ويدعى شركة المشروع، امتياز بتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات، فتسترد تكاليف البناء، وتحقيق أرباحا من تشغيل المشروع واستثماره تجاريا وفي نهاية المدة تنقل الملكية إلى الدولة².

3 - التعريف التشريعي لنظام البوت: قامت العديد من التشريعات بوضع تعريف لنظام البوت ومن هذه التشريعات ما يلي:

¹ - نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 146.

² - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 296.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

فالمشرع التركي عرفها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم 3992 الصادر في 31 جوان 1994 التي عرفت عقد البوت بأنه " نموذج تمويلي خاص لتطوير المشروعات يتطلب تكنولوجيا عالية ورأس مال مستثمر عالي ، ويتم استعادة قيمة الاستثمارات المدفوعة من شركة رأس المال المستثمر ، أو شركة الأجنبية عن طريق جهة الإدارة أو المستفيدين من الخدمات من خلال شراء المنتجات والخدمات المنتجة من الشركة خلال مدة إدارة المشروع"¹.

وتضمنت المادة الثانية من القواعد القانونية الخاصة بالاستثمار الأجنبي لمشروعات البوت في القانون الصيني تعريف لهذا النظام ، حيث نصت على أن مشروعات البوت هي مشروعات البنية التحتية التي تبنى وتدار وتنتقل ملكيتها بواسطة المستثمرين الأجانب حيث تمكنها غالبا الحكومة من خلال اتفاقية الامتياز ولمدة محددة السلطة من مشروع البوت وتكون شركة المشروع مسؤولة عن تمويلها وإدارتها وصيانتها ، وبعد انتهاء فترة الامتياز تقوم شركة المشروع بنقل المرفق الخاص بمشروع البوت إلى الحكومة في حالة جيد ، وبدون أعباء² .

وأيا نصت المادة 152 من الدستور الكويتي على أنه "لكل التزام باستثمار موارد الثروة الطبيعية أو لمرفق من مرافق العامة ، لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود"³.

وحيث تضمنت المادة الأولى (البند 1) من قرار رئيس وزراء فيتنام الصادر في 1998/08/18 تعريف نظام البوت B.O.T فنصت على أن "عقد البوت هي وثيقة موفقة بين الوحدات التنظيمية لدولة فيتنام والمستثمرين الأجانب لإنشاء مشروعات بنية التحتية تشمل توسعة وتحسين وتحديث المشروعات وإدارتها خلال مدة معينة لاستعادة الاستثمارات وعوائدها القانونية وعند نهاية مدة الامتياز المتفق عليها ينقل المستثمر الأجنبي المشروع إلى دولة فيتنام"⁴.

كما عرفت الفلبين عقد البناء والتشغيل والإعادة Transfer-Brild-Opérett في القانون الجمهوري رقم 6958 المعدل بموجب القانون الجمهوري رقم 8818 الذي نص انه : ترتيب تعادي يقوم

¹ - عبد الرزاق حمادة ، المرجع السابق، ص 21.

² - أحمد بركات، وليد بلوفة، المرجع السابق، ص 921.

³ - المرجع نفسه، ص 922.

⁴ - عبد الرزاق حمادة ، المرجع السابق، ص 23.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

بموجبه متبني مفتوح المشروع بإنشاء وتمويل و تشغيل و صيانة مشروع النية الأساسية المحدد، وتتم إدارة المشروع من قبله لفترة زمنية محددة يقوم خلالها بتحصيل تعريفه الرسوم أجرة من المستخدمين بما لا يتجاوز ما اقترحه في العطاء الذي تقدم به أو تم التفاوض والاتفاق حوله بما يمكنه من استعادة استثماره في المشروع وتكلفة تشغيله وصيانته؛ ويقوم متبني مقترح المشروع بإعادة المرفق (تحويل ملكيته) للإدارة الحكومية أو الوحدة الحكومية المحلية المعنية في نهاية المدة المحددة والتي يجب أن لا تتجاوز 50 سنة¹.

أما المشرع الجزائري لم يعرف في جل القوانين التي شرعها مصطلح البوت، إلا انه بالرجوع إلى بعضها نكتشف شكل من أشكال هذا العقد، فلقد عرف نظام البوت في المرسوم الرئاسي 15-247 بموجب المادة 210 والتي جاء فيها "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتقويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد نص تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام"².

كما عرفه القانون 05-12 السالف الذكر في نص المادة 17 منه والتي حددت مكونات الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه على أنه "تخضع كذلك الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو تقويض الانجاز والاستغلال مبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام، أو القانون الخاص"³.

ونلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن عقد البوت يتكون من الأطراف الآتية:

1- الحكومة أو من ينوب عنها: ويقصد بها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام فهذا الطرف يعتبر العنصر الأساسي في نظام البوت، فهو الذي يقوم بالتصديق على العقد ، إضافة إلى أنه يقوم بمنح الطرف الثاني المتعاقد الموافقة على البناء، التشغيل وضبط كل أعمال المشروع وخدماته لأنه هو الذي يمتلك سلطة كيفية تحديد إدارة مرافقة العامة، ويؤثر في تحديد بنود العقد⁴.

2- شركة المشروع: تعتبر العنصر الأساسي الثاني لنظام البوت، وهي التي تلتزم ببناء وتشغيل المشروع من خلال مدة المحددة في العقد وتنقسم الشركة صاحبة المشروع إلى مجموعة من الأطراف الثانويين هم:

¹ - عبد الرزاق حمادة ، المرجع السابق، ص 23.

² - المادة 17 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 46.

³ - المادة 07 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه المعدل والمتمم، المرجع السابق، ص 10.

⁴ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 296.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

أ- راعي المشروع : وهو عبارة عن مجموعة من الممولين الراغبين في المشاركة في إقامة المشروع وقد يأخذ شكل المؤسسة ،شركة، شركة محدودة أو مجموعة تضامنية ، وغالبا ما يلجأ الممولين إلى الاقتراض من البنوك للتمويل ذلك أن أغلب مشاريع نظام البوت غالبا ما تتعلق بالمشاريع الضخمة والكبيرة¹.

ب- المقاول: قد يكون شركة أخرى ، وقد يكون أحد أفراد المجموعة الراعية للمشروع يقوم ببناء المرفق العام، وإكماله في الوقت المحدد حسب المواصفات المتفق عليها، وهو الذي يتحمل كامل مخاطر المشروع.

ج- مقاول التشغيل والصيانة: هو الذي يوقع اتفاق مع راعي المشروع على تشغيل والصيانة طيلة مدة العقد، ويعتبر دوره رئيسي ومهم لان الأمر الجوهري في عقد البوت هو القيام بالتشغيل والصيانة وتنفيذ المطلوب حسب الاتفاقية.²

ثانيا: خصائص نظام البوت B.O.T

يتميز نظام البوت بحملة من الخصائص يمكن إجمالها في ما يلي:

1- تبرم هذه العقود بين الطرفين أولهما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام وثانيهما قد يكون شخصا طبيعيا أو شركة أو مجموعة شركات وطنية أو أجنبية ، حيث ظهر نظام البوت كوسيلة لتمويل المشاريع العامة وهي بذلك تساعد في انتعاش الاقتصاد وتعزيز التنمية.

2- إن الهدف من إقدام الدولة أواخر الأشخاص الإدارية على التعاقد وفق أسلوب البوت هو إنشاء مرافق عامة اقتصادية وذلك لتقديم خدمات ذات نفع عام لجمهور المنتفعين كمرافق الطرق وتحلية مياه البحر، والكهرباء والمطارات والموانئ وغيرها...³.

وقد أصبحت العديد من الدول تلجأ إلى هذا النوع من التعاقد كصورة من صور مشاركة القطاع الخاص في إنشاء واستغلال المرافق العامة، وذلك نظرا للعبء الذي يشكله إنشاء هذه المرافق خاصة ما

¹- احمد بركات، وليد بلوفة، المرجع السابق، ص 923.

²- مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 298.

³- جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 42.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

تعلق منها بالبنية التحتية كالمطارات والجسور، والموانئ وهو ما يترتب من ضغوطات مالية على الميزانية العامة...¹.

3- إشراف الدولة على المرفق طوال مرحلتي التشييد والاستغلال، حيث تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بمهمة الإشراف والرقابة على شركة المشروع أثناء قيامها بمهمة بناء وتشبيد المرفق محل العقد، وذلك للتأكيد من التزامها بالمواصفات الفنية والهندسية المتفق عليها في العقد.²

4- تتخلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في هذا النوع من العقود، عن إدارة واستثمار المشروع فقد على اعتبار أن ذلك يعد من صلاحيات وحقوق شركة المشروع، غير أن ذلك لا يمنع من كون المرفق العام المنجز وفق هذه العقود يتصف بالعمومية وهو ما يخول للإدارة طيلة مدة الامتياز الاحتفاظ بحقي الملكية والتنظيم فضلا عن حق الرقابة على التنفيذ والاستغلال.³

5- يعتبر نظام البوت آلية لتمويل إنشاء المرافق العامة، حيث يتولى المستثمر ممثلا في الشركة المشروع بموجب الاتفاق المبرم وفقا لهذه العقود تمويل وإنشاء وتشغيل المشروع محل العقد سواء كان هذا المشروع من مشاريع البنية التحتية أو المرافق العامة، ويمثل تمويل المشروع حجر الأساس الذي يقوم عليه هذا النظام التعاقدية، ويستند هذا النوع من التمويل على ثبوت الجدارة الانتمائية لشركة المشروع، أي قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية اتجاه المقرضين..⁴

6- يتم تنفيذ عقد البوت في شكل امتياز يمنح لمدة محددة تسمى مدة الامتياز، وعادة ما تكون هذه المدة طويلة نسبيا، وذلك تمكينا لشركة المشروع من تغطية نفقات إنشاء المشروع أو المرفق أو الصيانة أو تجديده إضافة الى الحصول على إيرادات مالية وأرباح كنتيجة استغلال المرفق ويتم ذلك في شكل رسوم تتقاضاه شركة المشروع من المنفعة من المرفق.⁵

¹- زهير معشت، الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العامة في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2014-2025، ص79.

²- عبد الفتاح البيومي الحجازي، المرجع السابق، ص45.

³- المرجع نفسه، ص 46.

⁴- زهير معشت، المرجع السابق، ص80.

⁵- جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص47.

7- يلتزم المستثمر في نهاية مدة الالتزام بإعادة المشروع إلى الجهة الإدارية قبل نهاية مدة الالتزام شرط قيام هذه الأخيرة بدفع تعويضات إعادته لشركة المشروع ، كما يمكن أن تجدد الجهة الإدارية الامتياز لمدة جديدة سواء لمصلحة الشركة المنفذة أو لطرف آخر أوسع المشروع في اطار عملية الخصخصة¹.

الفرع الثالث: التمييز نظام البوت والعقود المشابهة لها

باعتبار نظام البوت من العقود الحديثة لا يمنع تشابهه مع عقود أخرى في بعض الأسس التي يقوم عليها العقد، لذا سنحاول في هذا الفرع أن نقيم التفرقة بينه وبين بعض العقود وذلك بالتركيز على أهم نقاط الاختلاف.

أولاً: تمييز نظام البوت عن عقد الخصخصة

تعرف الخصخصة بأنها نقل الملكية الى أشخاص طبيعيين أو معين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية وتشمل هذه الملكية:

- كل رأس مال المؤسسة أو جزء منه، تحوزه الدولة مباشرة، أو الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون العام، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب لزيادة الرأسمال.

- الأصول التي تشكل وعدة استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة².

فالخصخصة إذن تنازل من الدولة عن جزء أو كل من رأس المال العام لصالح القطاع الخاص وذلك بنقل ملكية الى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً.

ويتشابه نظام البوت مع عقد الخصخصة في أن كلاهما محلها أموالاً عامة مملوكة للدولة، ومضمون العقدين تملك الأموال العامة للقطاع الخاص؛ ويختلفان في أن صفقة الخصخصة تنتقل إلى القطاع الخاص ملا كان مملوك من قبل الدولة، وبالتالي هو موجود سلفاً ولا حاجة لتشييده من طرف القطاع الخاص، وفي نظام البوت صاحب المشروع ملزم بإقامته وتشبيده أولاً ثم تملكه وتشغيله³.

¹ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 47.

² - المادة 13 من الامر رقم 01-04 المؤرخ في اوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، الجريدة الرسمية، العدد 47، الصادرة في 22 اوت 2001، ص 06.

³ - الياس ناصف، عقود البوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص ص 130-131.

وعلى الرغم من نقل الملكية للقطاع الخاص في نظام البوت في بعض صورته ، فإن المشروع يعتبر مرفقا عاما ، بل يمكن للدولة تضمين نظام البوت شروطا بخصوص إنشاء المشروع وخاصة تشغيله ، بالإضافة الى حقها في الرقابة ، بينما تنتقل الملكية في عقد الخوصصة إلى القطاع الخاص وبشكل نهائي ، حيث تفقد الدولة كل الحقوق على المشروع¹.

ولذلك فإن نظام البوت يجنب الدولة خطر حرمان المواطنين من خدمات المشروع أو المرفق العام ، بالإضافة إلى قدرة الدولة على استرجاعه في بعض صور البوت بعد انتهاء مدة الامتياز².

ثانيا: تمييز نظام البوت عن عقد الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة عبارة عن عقد بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، ويقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقا للشروط الواردة في العقد³؛ ويتشابه نظام البوت مع عقد الأشغال العامة في أن محتوى العقد أو محلها يتضمن إنشاء مرفق عام لمصلحة الدولة وتكون للدولة فيه حق الرقابة على سير عملية إنشائه⁴.

غير أنه يختلف نظام البوت عن عقد الأشغال العامة في مسألة جوهرية كون الأول عقدا زمنيا ويلتزم صاحب المشروع فيه، بتقديم خدمات للجمهور، وهذه الخاصية تجعل من نظام البوت يستمر بعد إنشاء المشروع وذلك عن طريق اتفاق تشغيل المرفق في العقد ذاته ولمدة زمنية يقدم فيها الملتزم خدمات للجمهور، أما عقد الأشغال العامة فينتهي بمجرد تمام المشروع وتسليمه للجهة الإدارية المتفق معها، دون أن يكون له حق تشغيله.

كما يختلف نظام البوت عن عقد الأشغال العامة في طريقة تقاضي المقابل النقدي، ففي الأشغال العامة يتقاضى المقاول مبلغا ماليا إجماليا كمقابل للخدمة التي قام بها أما الملتزم في نظام البوت فإنه يتقاضى المقابل عن طريق الأتاوى والرسوم الذي يدفعها المنتفعون من المرفق لقاء الخدمات المؤداة.

¹ - الياس ناصف، المرجع السابق، ص 132.

² - المرجع نفسه، ص 140.

³ - المرجع نفسه، ص 141.

⁴ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 125.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

وينتج عن هذا أن العائد المادي للمقاول في عقد الأشغال العامة هو الفرق ما أنفقته في سبيل إقامة المشروع وبين المبلغ المتحصل عليه كمقابل من طرف الدولة، أما العائد المادي في عقود البوت بالنسبة للملتزم تتمثل في الفرق بين ما يدفعه الملتزم لإنشاء المشروع وما يدفعه لتشغيله وبين الرسوم المناقصات طيلة مدة الالتزام، والتي عادة ما تكون طويلة حتى يتسنى للملتزم تحقيق عائده المادي للمشروع¹.

ثالثا: التمييز بين نظام البوت وعقد التأجير التمويلي

عقد التأجير التمويلي من العقود الحديثة، وهو وسيلة من وسائل التمويل العيني وبمقتضى هذا العقد توجر إحدى شركات التأجير التمويلي أو المؤجر بصفة عامة آلة أو معدات أو عقارا لازما للمستأجر في مشروع إنتاجي أو خدمي يقوم بتنفيذه وذلك لمدة معينة وفي مقابل أجره معينة يؤديها المستأجر للمؤجر طوال مدة الإيجار، على أن يكون للمستأجر في نهاية العقد إما أن يختار شراء المعدة أو العقار بالقيمة المحددة سلفا والمتفق عليها في العقد، والتي يراعي في تحديدها مجموع قيمة الاجرة المؤداة، وإما أن يعيد المستأجر المعدة أولا أو العقار للمؤجر لإعادة تأجيرها².

ومن هنا فان عقد التأجير التمويلي يتفق مع نظام البوت في أن كلا منهما وسيلة من وسائل تمويل المشاريع وكلا العقدين فيه إمكانية تملك المشروع سواء من طرف الملتزم أو من طرف المستأجر للعين المؤجرة يكون بعقد لاحق، بعد نهاية عقد الإيجار.

أما أهم نقاط الاختلاف بين العقدين فتتضمن في أن عقد التأجير التمويلي عبارة عن تطبيق لعدة عقود، عقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد الوعد بالبيع وعقد البيع، في حين لا يتضمن نظام البوت هذا المزيج المركب من العقود كما يخير المستأجر في النهاية إما بشراء العين المؤجرة المعدات، الآلات، العقار... الخ³، وإما بإعادتها للمؤجر لإعادة تأجيرها، في حين أنه لا خيار للملتزم في إعادة المرفق إلى الإدارة المختصة بعد أن يكون قد تملكه فترة معينة في مدة الامتياز ويختلف نظام البوت في كونه يجري تنفيذه لمصلحة الإدارة في غالب ويتناول مرفق عاما، ويجري تنفيذ عقد الإيجار التمويلي لمصلحة أشخاص من

¹ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 127.

² - المرجع نفسه، ص 130.

³ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 94.

القطاع الخاص ولا يتناول مرفقا عاما ، الا أن هذا الأمر ليس جازما فقد يجري عقد إيجار تمويلي لمصلحة الإدارة¹.

رابعا: تمييز نظام البوت عن عقد الامتياز

يتميز نظام البوت عن عقد الامتياز في نقطتين أساسيتين هما:

1- إن نظام البوت يحتوي على عنصر أساسي وهم بناء وتشيد المرفق، بحيث يلتزم القائم بالمشروع على دراسة جدوى المشروع ووضع التصميمات اللازمة له، ثم تنفيذه أي بنائه أو إنشائه ، ثم يقوم بعد ذلك بإدارة المشروع واستغلاله لفترة زمنية محددة تمكنه من تعويض ما صرفه ، وتحقيق هامش معقول من الربح ، وهذا ما نجده عادة في عقد امتياز المرفق العام، حيث لا يقوم الملتزم بإنشاء المرفق بل يقتصر دوره على إدارة واستغلال المرفق قائم وموجود مسبقا، مع تحمل تكاليف الإدارة والاستغلال ولكن هذا لا يمنع من أن تقوم الإدارة بتضمين شرطا عقد الامتياز يقضي بإلزام صاحب الامتياز القائم بإنشاءات مهمة².

2- ما يميز كذلك نظام البوت عن عقد الامتياز، هو أن لصاحب الامتياز الحق في كافة أصول المشروع طول مدة الامتياز مع الوعد يتلقى الملكية إلى الدولة في نهاية مدة العقد ، وبالتالي يمكن له رهن المشروع قصد الحصول على تمويل لنفسه، وهذا الأمر يتعارض مع مفهوم وجوه عقد الامتياز، في المرافق العامة، التي تسيطر عليها الإدارة المتعاقدة ، حيث تبقى ملكية المرفق العام دائما للدولة وأصولها غير قابلة للحجز والتنفيذ عليها³.

¹ - الياس ناصف، المرجع السابق، ص ص 129-130.

² - منية شوايدية، خوصصة المؤسسات العامة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، 2012-2013، ص 245.

³ - المرجع نفسه، ص 246.

المطلب الثاني

النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)

ان تعاقد الدولة بنظام البوت امر له منافع اقتصادية تتمثل في زيادة الكفاءة الإنتاجية للمؤسسات الاقتصادية تخفيف العبء عن الحكومة، الأخذ باليات السوق، وتشجيع القطاع الخاص لأداء دوره في التقدم الاقتصادي؛ وعليه في هذا سنقسم المطلب الى ثلاث فروع، في (الفرع الأول) ارتأينا الحديث عن اشكال عقد البوت، وخصصنا (الفرع الثاني) للطبيعة القانونية لعقد البوت، أما (الفرع الثالث) فخصصناه للحديث عن نهاية عقد البوت.

الفرع الأول

اشكال عقد البوت

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي الصورة الأكثر شيوعا في الدول المختلفة، الا ان الواقع العملي اظهر صور أخرى لهذه الصورة من العقود المعيار الأساسي الذي يميز بين هذه الصور هو كم من الحقوق التي تتمتع بها شركة المشروع و السلطات التي تملكها خلال فترة الاستغلال¹؛ وله عدة أشكال تمثل فيما يلي:

أولاً: البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)

B.O.O.T هو اختصار لمصطلحات Transfer, build, ownership, operate ، ففي اطار عقد البوت فان شركة المشروع يكمن في ملكية المشروع وقت انشائه وتشغيله، في حين تكون هذه الملكية للجهة الإدارية المتعاقدة في عقد "البوت" فان الملكية تكون لشركة المشروع في عقد "البوت" خلال مدة التعاقد، ثم تنقلها الى الجهة الإدارية المتعاقدة بعد انتهاء مدة العقد.

وينتقد الفقهاء بشدة هذا النوع من العقود، ويعتبرونه متناقضا وغير صحيح لان وصف الملكية بأنها مؤقتة او نهائية يتعارض مع العناصر الأساسية لحق الملكية و كونها حقا دائما لا يقبل ان يكون مؤقتا ولا يجوز قانونا وصفه بأنه مؤقت، كما انه من المبادئ القانونية ان الملكية لا يجوز ان تقترن بأجل فاسخ او واقف، فإذا اشترى شخص مالا و حدد في عقد الشراء اجلا فاسخا تنتهي ملكيته للشئ المبيع بانقضائه،

¹ - مصطفى عبد المحسن الحبيشي، المرجع السابق، ص 15.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

وتعود هذه الملكية للبائع بمجرد انقضاء الاجل، فان ذلك لا يجوز لان ملكية المشتري تكون في هذه الحالة ملكية مؤقتة بالأجل الفاسخ، وكذلك لا يجوز ان تقتن الملكية بأجل واقف، فلا يجوز ان يشتري شخص من اخر شيئاً على ان تنتقل ملكية الشيء الى المشتري إلا بعد انقضاء اجل معين، لأنه اذا اقترنت ملكية المشتري بأجل واقف كانت ملكية البائع في هذه الحالة مؤقتة تنتهي بانقضاء الاجل الواقف، ثم ان اقتران الملكية بأجل تنازلاً تماماً مع طبيعة الملكية ومع العناصر التي تشتمل عليها¹.

ثانياً: عقود البناء والايجار ونقل الملكية (B.L.T)

يطلق عليها بعض الفقهاء عقود البناء و التأجير تم التحويل و هي اختصار لكلمات Build والتي تعني البناء او الانشاء، وكلمة Lease وتعني التأجير، وكلمة Transfer تعني التحويل؛ بحيث تقوم شركة المشروع في هذه الصورة بإنشاء المرفق على نفقتها و بعد ذلك تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة باستئجار المرفق و استغلاله من شركة المشروع، مقابل حصول شركة المشروع على مقابل مالي و بشكل دوري طيلة مدة العقد².

يرى غالبية الفقه المصري والمقارن على انه في اطار هذا العقد تقوم شركة المشروع ببناء المشروع تم تملكه مدة العقد ثم تقوم بتأجيره للجهة الإدارية التي تقوم بتشغيله بنفسها او عن طريق الآخرين ذلك مقابل حصول شركة المشروع على جعل مالي بصفة دورية طوال مدة العقد.

ويرى اخر ان الاصطلاح الدقيق هو التشييد وتأجير الاستغلال و التسليم حيث ان شركة المشروع لا تمتلك المرفق حتى يتسنى لها تأجيره لجهة الإدارة³.

كما انه في هذا النوع من العقود تسمح الدولة للمستثمر ببناء المشروع، و غالباً ما يكون احد المباني الحكومية كمدرسة مثلاً ثم بعد الانتهاء من بنائه تقوم الجهة الإدارية باستجاره من شركة المشروع طوال فترة الامتياز، و ينبغي ان تكون القيمة الإيجابية التي تدفعها الدولة للمستثمر كافية لتغطية نفقات البناء بالإضافة الى ربح معقول و بعد انتهاء فترة الايجار يصبح المرفق او المشروع ملكاً خالصاً للدولة على ان تتحمل الدولة صيانة المرفق مدة الايجار، كما يذهب البعض الى ان ملكية المشروع و الأرض المقام عليها لم تنتقل

¹ - باديس بومزير، المرجع السابق، ص ص 99-100.

² - المرجع نفسه، ص 101.

³ - مصطفى عبد المحسن الحبيشي، المرجع السابق، ص 16.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

أصلا من الدولة الى المستثمر وانما ثابتة أصلا للدولة منذ بداية المشروع وحتى نهاية المدة، وليس للمستثمر سوى حق استغلال المرفق والحصول على مقابل هذا الاستغلال نظير ما انفقته من أموال على بناء وتشيد المرفق، وذلك لان الدولة لا ترغب في دخول شركة المشروع في علاقة مباشرة مع جمهور المنتفعين او احتكار الخدمة، و لهذا تتفق مع المستثمر على استئجار حق الاستغلال الثابت لها مقابل مبلغ من المال تؤديه الجهة الإدارية المتعاقدة للمستثمر بصفة دورية حتى إتمام استرداد ما قام المستثمر بإنفاقه مع تحقيق هامش ربح معقول.

و ينبغي الإشارة ان ما تقوم الدولة بدفعه لن يكون مقابل الايجار فقط اذ ان دفع مبلغ يساوي الايجار فقط لن يكفي لسداد ما انفقه المستثمر على المشروع الا بعد مدة طويلة جدا، وحقبة الامر ان ما ستقوم الدولة بدفعه هو تكلفة البناء والايجار على الأقساط شهري او ربع سنوية وهذه التكلفة ستفوق الايجار من حيث المبلغ المدفوع، لأنه ينبغي ان توجد بعض المزايا تدفع المستثمر لإبرام العقد و تسليم المرفق لجهة الإدارة ابتداء وانتهاء بعد استرداد ما دفعه والريح المنفق عليه، وتطبيقا لما تقدم فقد قام بنك "ستاندرد اوف هونج كونج" بمنح شركة "تيشوما تسو" العقارية وهي احد شركات الانشاءات اليابانية امتياز لتأجير من مقر المبنى الذي ستقوم ببنائه دون الزام البنك باي مبالغ مالية عملية الانشاء، وهكذا تسترد الشركة ما انفقته في البناء مع أرباحها من خلال التأجير لمساحة 30 بالمئة ولمدة 25 عاما.¹

ثالثا: عقود البناء والتملك والتشغيل (BOO)

اسم لهذا النوع من العقود يتكون من كلمة Build وتعني يبني او يشيد، وكلمة Own بمعنى التملك، وكلمة Operate تعني يشغل، وفي هذا النوع من العقود تتفق الدولة مع المستثمر او شركة المشروع بإقامة المشروع وتملكه وتشغيله، وبهذا تملك شركة المشروع والمستثمر المشروع كاملا، وفي النهاية يكون لها الحق في التصرف في المشروع دون التزام بإعادته الى الدولة.²

ومن هنا نفهم من خلال هذا المصطلح بناء وملكية الملزم والمتعاقد للمشروع خلال مدة العقد وحقه في تشغيله مدة الامتياز تبرم هذه العقود بين الحكومة والمستثمر، او مجموعة من مستثمرين من اجل إقامة المشروع، على ان تمتلكه شركة امتياز تقوم بالإشراف على عملية تشغيله، و تكون الحكومة ممثلة في هذه

¹ - عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص ص 20-21.

² - المرجع نفسه، ص ص 22-23.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

الشركة، وهذا النوع لا ينتهي بتحويله الى الملكية العامة بل يتم تجديد الامتياز عند انتهاء الفترة المحدودة، او انتهاء العمر المفترض للمشروع او ان تقوم الدولة بتعويض الملاك عن حصص الملكية، وبعد ذلك من حق الحكومة ان تقوم بالتعاقد مع اخرين بهدف إدارة المشروع، وفي جميع الأحوال فان الحكومة تحصل على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع لقاء منح الامتيازات، وتقديم الدعم للمشروع امام مختلف الجهات، كما يكون للجهة الإدارية الحق في الاشراف على المرفق طوال مدة التعاقد، وان كان التشغيل الفعلي والإداري للمستثمر؛ وهذا النوع من العقود يعني قيام القطاع الخاص منذ البداية والى النهاية بتولي المشروع و تملكه، لذلك فانه ليس مرحبا به من جانب الحكومات، وهذه العقود تظهر غالبا في مجالات محددة مثل تقديم خدمات لمناطق يكون العائد فيها تمييز كاف من اجل الاستفادة من مزايا عقد البوت كإنشاء الصوامع لتخزين الحبوب، او انشاء الطرق المؤدية الى المناجم.¹

رابعاً: عقود التصميم - البناء - التمويل - التشغيل (D.B.F.O)

هذا النوع من العقود هو اختصار لكلمات Design وتعني التصميم، Bulid وتعني البناء والتشييد، Finance وتعني التمويل، Operate وتعني التشغيل، وبهذا تصبح هذه العقود هي التصميم والبناء والتمويل والتشغيل وفي هذه العقود يتم الاتفاق على تصميم معين مثال ذلك تصميم جسر او نفق ذي طبيعة خاصة او مطار او مناء ثم بعد ذلك ببناء المشروع و توفير التمويل اللازم خاصة عندما يحتاج المشروع الى تمويل مستمر وكاف لحسن ادارته، ثم تأتي عملية التشغيل ليحصل المستثمر على ما انفقته و أرباحه خلال فترة التشغيل و بعد ذلك تؤول الملكية الى الدولة.

وغالبا ما تقوم الدولة بمساعدة المستثمر في إيجاد التمويل اللازم من احد البنوك العاملة في الدولة او من البنوك الخارجية و بعد ذلك يتم تشغيل المشروع وفقا لضوابط و المعيار التي تحددها وتضعها الدولة، و في الغالب لا تقوم الدولة بإبرام هذا النوع من العقود الا في الحالات التي تكون فيه المشروعات من الضخامة وتحتاج الى تمويل ضخم تعجز ميزانية الدولة عن الوفاء به دفعة واحدة، وغالبا ما يتم التعاقد وفقا لشروط الدولة ووفقا للضوابط التي تضعها حتى تتمكن من حماية مصالح المواطنين²؛ وهذا نوع من العقود تيرمه الإدارة مع المستثمر على ان يقوم بتشيد مرفق معين وفقا لتصاميم التي تضعها الإدارة المتعاقدة، ويكون ذلك على نفقة المستثمر بشكل تام، وبمقابل ذلك يمتلك المستثمر المرفق، بحيث يتاح له المجال

¹ - صالح رشدي، صالح عبد الفتاح، التمويل المصرفي للمشروعات، طبعة 01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 51.

² - عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص ص 21-22.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

للاقتراض بضمان موجودات المرفق وأصوله، كما يحق له استغلال المرفق، ويكون للإدارة المتعاقدة الحق في الحصول على قيمة الأرض التي أقيم عليها المرفق مع نسبة من الأرباح طيلة فترة العقد مقابل منحها التراخيص اللازمة للمستثمر عند انتهاء مدة العقد يمتلك المستثمر المرفق بشكل كاملاً¹.

كما ان لهذا الاستغلال يكون وفق الشروط التي تحددها جهة الإدارة، كما تحصل جهة الإدارة على قيمة الأرض ونسبة من الأرباح مقابل منح الترخيص، وعند انتهاء مدة العقد المتفق عليها لا تعود ملكية المشروع الى الجهة الإدارية، وإنما تعود الى المستثمر، حيث تلجأ الدولة الى هذه الصور من التعاقد في العقود الكبيرة التي تحتاج الى مبالغ مالية ضخمة.

ويرى البعض ان هذا النوع من العقود يعد لونا من الوان خصخصة القطاع العام ولا يعد صورة من صور عقود البوت.²

خامسا: عقود التحديث والتملك والتشغيل والتمويل (M.O.O.T)

تشكل اختصار لكلمات انجليزية هي Modernize وتعني التحديث، own-operate-trnsfp، وهذا النوع من العقود تتفق الدولة مع المستثمر على تطوير المرفق او المشروع البنية الأساسية الموجود أصلا، وبهذا لا يقوم المستثمر بإنشاء المشروع وإنما تقتصر مهمته على تطويره وتحديثه في مقابل حيازته لفترة من الزمن، بحيث يتم الاتفاق عليها في العقد، وخلال هذه الفترة الزمنية يحصل المستثمر على إيرادات المشروع والرسوم المفروضة من تشغيله؛ وحقبة الأمر ان المستثمر لا يمتلك المشروع بعد تحديثه، اذ انه فقط يقوم بحيازة المشروع واستغلاله وكذلك يحوز الآلات والمعدات التي يقوم بشرائها لكنها حيازة تمكنه من تحقيق أغراض المشروع، اذ يمكنه استبدال الآلات والمعدات وتغييرها، بحيث لا تصبح الملكية سندا للمستثمر في ان يقوم بالتصرف في المعدات والآلات قبل ان يترك المشروع، وفي هذا النوع من المشروعات يتم استبدال البناء بالتحديث أي ان العقد ينصب على التحديث.³

ويختلف هذا النوع من المشاريع عن غيره من الأنواع اختلافا جوهريا، فهي مشروعات تتعلق بمشروع موجود، إلا انه لا يعمل بالكفاءة المتوخاة بسبب مرور فترات زمنية، قد تكون طويلة منذ انشائه، او لأي أسباب أخرى، فهو يحتاج الى اعادته الى حالته الأولى ذلك يتطلب القيام بعملية التحديث، من خلال القيام

¹ - باديس بومزير، المرجع السابق، ص 101.

² - مصطفى عبد المحسن الحبيشي، المرجع السابق، ص 17.

³ - عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص ص 23-24.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

بتزويده بالتكنولوجيا المتقدمة، وأنظمة متطورة في التشغيل، ومن أجل الوصول إلى هذا الهدف تقوم الحكومة بعرض المشروع على المستثمر كما تحدثنا عنه سابقاً بهدف تحديته تم تملكه له لمرحلة ما، ومن ثم تشغيله، إلى أن يتم نقل ملكيته إلى الدولة عند انتهاء الامتياز¹؛ وفي هذه الحالة يحصل المستثمر على إيرادات وعائدات التشغيل للمشروع خلال مدة الامتياز بطبيعة الحال فإن المرافق الاقتصادية هي التي يطبق عليها هذا النظام كمشروعات الطرق و الغاز و الكهرباء.²

سادساً: عقود البناء والتشغيل و تجديد الامتياز (B.O.R)

Bulid-Operate-Renewal-Conesseion وفي هذا النوع من المشروعات يتم التعاقد و بناء المشروع ثم تشغيله للفترة الزمنية المتفق عليها، وغالباً ما يترتب على ذلك استمرار المنافع من المشروع وزيادة عدد المتعاملين مع المشروع وزيادة الرسوم المفروضة، وبهذا قد تدخل الدولة في مفاوضات جديدة مع المستثمر لحصوله على فترة زمنية أخرى وذلك لتجديد عقد الامتياز.³

سابعاً: عقود التأهيل -التملك- التشغيل (Rehabilitate-Owen-Transfer)

يتطلب التعاقد وفقاً لهذا النظام أن تقوم الحكومة بالتعاقد مع المستثمر من أجل القيام بتحديد أحد المرافق العامة أو المشروعات التي تكون بحاجة إلى التجديد، سواء في البناء أو الأجهزة والمعدات وخلافها، وبموجب هذا النظام التعاقدى فإن المستثمر يكون مملوكاً للمشروع، ويتولى عملية التشغيل ويحصل على عائداته بالقيمة التي حددتها الدولة لقاء نقل ملكية المرفق العام، أو المشروع إلى المستثمر؛ وهذه العقود تستخدم في عملية خصخصة المشاريع العامة المتعثرة، وبطبيعة الحال فإنه يتوجب على الدولة أن تقوم بوضع الأسس والضوابط التي توفر الحماية لاقتصاد القومي وجمهور المنتفعين وجميع العاملين في المشاريع سواء بصورة دائمة أو مؤقتة.⁴

¹ - سلامة كمال طلبه المتولي، النظام القانوني لعقود البناء و لتشغيل ونقل الملكية "البوت"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2008، ص 41.

² - عبد العظيم دويب، حسين جابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أسبوط، مصر، 2006، ص 96.

³ - عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - احمد عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 106- 107.

ثامنا: عقود التأجير والتدريب والتحويل (L.T.T):

Lease-Training-Transfer يتولى القطاع الخاص او المستثمر في هذه العقود عملية تمويل إقامة المشروع، كذلك يقوم بعملية التدريب اللازم لجميع العاملين في المشروع التابع للحكومة، ومن ثم تأجير هذا المشروع للدولة لكي تقوم بعملية تشغيله خلال مدة الإجارة عند انتهائها تعود الملكية للقطاع الخاص والنوعان الاخيران يستخدمان حاليا في أوروبا كبديلين عن نظامي البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت" B.O.T البناء والتشغيل و نقل الملكية "البوت" بسبب ظهور سلبيات ترتبط بهما اثناء التطبيق.¹

تاسعا: عقود البناء والتمويل والتحويل (B.F.T)

Build-Finance-Transfer تقوم هذه العقود على أساس قيام القطاع الخاص بعملية التمويل لإقامة مشاريع البنية الأساسية، فيقوم المستثمر باستئجار احد المشاريع من الحكومة لفترة زمنية محددة، ويقوم خلالها بعملية تطوير المشروع و تجديده وتشغيله، وكذلك الحصول على ايراداته، ثم يسلم الى الدولة عند انتهاء فترة الايجار²؛ ومن الأمثلة على ذلك العقد الذي قام بإبرامه كونسرتيوم ياباني الجنسية بتأجير مصنع يقوم بمعالجة الفاقد من الصلب و الحديد في فنزويلا استمرت احد عشر عاما، تسلمت الحكومة بعدها المشروع، وهو بحالة تجعله صالحا للتشغيل في فنزويلا³.

والهدف من هذا العقد هو الاتفاق بين شركة المشروع والحكومة على قيام المشروع ببناءه وبعد الانتهاء تقوم الملكية مباشرة الى الدولة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البوت

هناك خلاف بين الفقهاء يدور حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت "B.O.T"، فليس هناك اتفاق في الرأي بين الفقهاء على تكييف قانوني محدد لعقود البوت، وهنا الخلاف ينقسم الى ثلاث اتجاهات، الاتجاه الأول يرى الطبيعة الإدارية لعقود البوت، والاتجاه الثاني يرى عقود البوت من قبيل عقود القانون الخاص، والاتجاه الثالث تتحدد الطبيعة القانونية لعقود البوت بكل عقد على حده.

¹-وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، كانون الثاني، 2014، ص 44.

²- المرجع نفسه، ص 44.

³- صالح رشيد صالح عبد الفتاح، التمويل المصرفي للمشروعات، المرجع السابق، ص 50.

أولاً: الطبيعة الإدارية لعقود البوت

يتجه كثير من الفقهاء إلى تكييف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنها عقود إدارية الأدلة على ذلك تكمن فيما يلي:

1- عقود البوت ذات جدور قديمة فهي صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة: بحيث يرى انصار هذا الرأي ان عقود البوت "B.O.T"، هي مسمى حديث لعقود التزام المرافق العامة، ولقد عرفت فرنسا هذا النوع من التعاقد في القرن الثامن ففي عام 1792 منحت الحكومة الفرنسية شركة برييه اخوان امتياز توزيع مياه الشرب بباريس، كما منحت الحكومة المصرية للشركة العالمية لقناة السويس امتياز لقناة والتي تكونت بغرض انشاء قناة السويس وتشغيلها لمدة 99 عاما تنتهي في عام 1971 الا ان الدولة قد امتت قناة السويس قبل نهاية مدة التسعة وتسعون عاما الواردة بعقد الامتياز.

ولقد قضت محكمة القضاء الإداري بان "التزام المرافق العامة ليس الا عقد إداريا يتعهد احد الافراد او الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته و تحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة. أو إحدى و حداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور ،و ذلك مقابل التصريح له باستغلال لمدة محددة من الزمن و استلاءه على الأرباح"¹.

2- توافر شروط العقد الإداري في عقود البوت: ذلك ان الفقه قد ذهب الى العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام او بمناسبة تسييره و ان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا او شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص و مقتضى ذلك ان العقد الإداري يقوم على ثلاثة عناصر تتمثل في:

العنصر الأول: يجب ان يكون احد اطرافه شخصا من اشخاص القانون العام.

العنصر الثاني: ان يستهدف إدارة و تسيير احد المرافق العامة.

العنصر الثالث: ان يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.²

3- موضوع وأهداف عقود البوت تخضع بطبيعة الحال لأحكام لقانون العام: يؤكد انصار إدارية عقود البوت و صورته، انه طالما ان موضوع و اهداف هذه العقود هو انشاء و تجديد مرافق عامة و تسييرها فلا يتصور ان تخضع هذه العقود لأحكام القانون الخاص، باعتبار ان احكام القانون الخاص تجعل نوع من

¹ -مصطفى عبد المحسن الحيشي، المرجع السابق، ص ص 26-27.

² - عصام احمد البيهجي، المرجع السابق، ص 93.

المساواة بين المصلحة العامة و المصلحة الفردية قد يؤدي الى إمكانية توقف المرفق العام عن أداء الخدمة وفقا لنظرية العقد ، و بالتالي يرى انصار هذا الرأي ان عقود البوت عقود إدارية مادام المرفق عام و من ثم فالعقد المنظم له عقد اداري.

4- التوسع النسبي في شروط التعاقدية بنظام البوت لا ينفى عنه طبيعة الإدارية: يؤكد انصار هذا الرأي، ان التوسع النسبي في الشروط التعاقدية والتخفيف من الشروط اللائحة والتي لا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة ان تعهد لها الا بموافقة شركة المشروع لا تنفي عن عقود البوت و طبيعتها الإدارية، ذلك لان الهدف هو تشجيع الشركات الدولية الكبرى على القدوم للدولة والاستثمار فيها بنظام البوت وذلك بطمأنة المستثمرين وتهيئة المناخ القانوني لذلك، و التوسع في الشروط التعاقدية على حساب الشروط اللائحة لا يعني خلو عقد البوت من تلك الشروط، وانما يعني الحد منها بحيث يأتي محافظا على المصالح المحتملة للمستثمرين ولا مهدرا بالمصلحة العامة، وجدير بالذكر ان كثيرا من انصار هذا الرأي يرون ان عقود البوت هي احدى تطبيقات عقود التزام المرافق العامة او انها مسمى جديد لها.¹

ثانيا: عقود البوت من قبيل عقود القانون الخاص

يرى انصار هذا الاتجاه أن عقود ال "B.O.T" "البوت" هي من قبيل عقود القانون الخاص وبالتالي تخضع لأحكام القانون المدني والتجاري، ولا تخضع الى احكام القانون العام، و استرشد انصار هذا الرأي بالحجج و البراهين التالية:

1- عدم خضوع البوت لمعايير و شروط العقود الإدارية فلكي يكتسب العقد الصفة الإدارية يجب ان يتوافر في شأنه ثلاث شروط هي :

أ- ان يكون احد طرفي العقد من اشخاص القانون العام

ب- ان يتعلق بالمرفق العام

ج- ان يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص؛ ويرى انصار هذا الرأي ان الشرط الثالث ينحصر عن عقود البوت حيث انها لا تحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص اذ تتعاقد جهة الإدارة مع شركة المشروع كما لو كانت فرد عادي ،و تتساوى في عقود البوت مع المستثمر الأجنبي وهي بذلك تتجرد من سلطتها التقليدية المعروفة في اطار نظرية العقود الإدارية، فتأتي

¹ - مصطفى عبد المحسن، المرجع السابق، ص29.

عقود البوت خالية من اية شروط استثنائية بالتالي تخضع لأحكام القانون المدني او التجاري ولا تخضع لأحكام القانون العام¹.

2- القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار: يرى انصار هذا الرأي، ان القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت، هو امر يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار حيث يؤدي اعتناق الدول لهذا التكييف الى تخويف المستثمرين و اعراضهم عن استثمار أموالهم بتلك الدول و ذلك حيث بتجنب المخاطر التشريعية واللاتحية والقضائية التي يعترضوا لها، ويرون انه يجب على الدولة لكي تجذب الاستثمار الأجنبي عليها ان تبتعد عن احكام القانون العام وتستعين بتطبيق احكام القانون الخاص على عقود البوت وهذا يساعد على زيادة الاستثمارات الأجنبية والوطنية.²

3- القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت يتعارض مع ملكية شركة المشروع للمرفق: يرى انصار هذا الرأي ان ملكية شركة المشروع للمرفق تعد ملكية تامة وخالصة ونهائية، وهو امر لا يتوافر في عقد التزام المرفق العام والاشغال العامة والذي تكون فيه الدولة مالكة للمشروع.

4- صريح بنود عقود البوت تنفي عنها الطبيعة الإدارية: يرى انصار هذا الرأي ان صريح بنود عقود البوت تنفي عنها الطبيعة الإدارية، و بالتالي تخضع لأحكام القانون الخاص، و استند انصار هذا الرأي بما نصت عليه المادة 4/18 من العقد المبرم بين هيئة الكهرباء مصر وشركة انترجن لتوليد الكهرباء.

5- احكام التحكيم تنفي الطبيعة الإدارية عن عقود البوت: ان كثير من احكام التحكيم لم تسبغ على عقود البوت المبرم بين الدولة وشركة المشروع الصفة الإدارية، بل اعتبرتها عقود خاصة مثل تحكيم أرامكو بين المملكة العربية السعودية واحدى الشركة الأجنبية، كذلك تحكيم تكساكو بين الحكومة الليبية وشركتين أميركيتين³.

¹- مصطفى عبد المحسن، المرجع السابق، ص 30.

²- المرجع نفسه، ص 32.

³- مصطفى عبد المحسن الحبيشي، المرجع السابق، ص 33.

ثالثاً: تتحدد الطبيعة الإدارية لعقود البوت بكل عقد على حده

يقول انصار هذا الرأي¹، ان الطبيعة القانونية لعقود البوت يصعب تحديدها مسبقاً، بل يجب النظر لكل عقد على حده لمعرفة طبيعة القانونية عما اذا كان يخضع لأحكام القانون العام او القانون الخاص، وهذا الاتجاه يتوسط الرأيين السابقين، ويستند انصار هذا الاتجاه الى الحجج والأدلة التالية:

1- السمات الذاتية لعقود البوت: يرى انصار هذا الرأي ان عقود البوت على الرغم من انها امتداد لعقود الامتياز، إلا انه يوجد خلاف اذ ان عقود البوت تبرم بعد مفاوضات بين الجهة الإدارية والمستثمر، و اصبح هناك مفهوم جديد في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة و ذلك عن طريق الاتحادات المالية المشتركة، و إزاء ذلك من عدمه فاذا توافرت العناصر الثلاثة مكتملة (سابق الإشارة اليها) كان العقد إدارياً واذا لم يتوافر أي شروط اصبح العقد مدنياً.

2- صعوبة إعطاء تكييف موحد ينطبق على جميع عقود البوت ومشتقاتها: يرى انصار هذا الرأي ضرورة تكييف الطبيعة القانونية لكل عقد من عقود البوت على حده وبمفرده مستهدفاً في ذلك بظروفه والملازمات التي أحاطت به وأيضاً في ضوء عناصره وشروطه، بحيث يكون التكييف القانوني للعقد موافقاً مع جوهر وحقيقة العقد وكاشفاً عن خصوصيته، وهذا التكييف المرن لعقود البوت يتناسب مع متطلبات الواقع العملي وطبيعة التجارة الدولية؛ وفي ظل هذا الاتجاه يرى احد الفقهاء ان مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت" تضم نوعين من القواعد القانونية إحداها مستمد من القانون الخاص و الآخر مستمد من القانون العام و إيضاح ذلك كما يلي² :

أ- القواعد المستمدة من القانون الخاص: يخضع تمويل مشروعات البوت لذات القواعد التي تقوم بها شركات القطاع الخاص عندما تسعى للحصول على الاقتراض لتمويل مشروعاتها من المستثمرين او المؤسسات المالية، اذ يتم تمويل و إدارة القطاع الخاص لمشروعات البوت استناداً الى فكرة المشروع بضمان السداد من عائدته، ومؤدها، استرداد الممول او المقرض لراس المال المقرض وأرباحه من عائدات المشروع بعد اتمامه، ووفقاً لهذه الوسيلة يعتمد المقرض على الأرباح المتوقعة من عائدات المشروع لسداد قرضه وأرباحه كما انه يتنازل عن حقه في تتبع المال الخاص للمقرض في حالة اخلاله بالتزاماته التعاقدية و يطلق على ذلك بالتمويل بدون رجوع حيث لا يجوز للمقرض او المستثمر الرجوع على مالك المشروع لأنه يعتمد على

¹ - محمد انس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 83.

² - مصطفى عبد المحسن الحبيشي، المرجع السابق، ص 34.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

الإيرادات الناشئة عن استغلال المشروع، و تستخدم هذه الوسيلة لتمويل مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية وهي المشروعات التي يتوقع ان تدر عائد معقول بعد إتمامه، و لقد حدد البنك الألماني أربعة طوائف من المشروعات تتناسب مع تلك الوسيلة من التمويل وهي :

- مشروعات البنية الأساسية مثل طرق و سكك حديد و شبكات اتصال.
- مجمعات صناعية مصانع الكيماويات و الورق و الألمنيوم.
- المشروعات الخاصة بالبيئة والطاقة والتعدين مثل مشروعات التخلص من القمامة و استخراج البترول والغاز والفحم ومشروعات استخراج المعادن النفيسة وغير النفيسة.
- محطات القوى التي تشمل انتاج وتوزيع الطاقة على المصانع والمنازل¹.

ب- القواعد المستمدة من القانون العام: غالبا ما يتعلق عقد البوت بأحد مشروعات البنية الأساسية، وتسمى شركة المشروع للحصول على امتياز تمنحه الحكومة المضيفة له تحدد بموجبه حقوقه والتزاماته يخضع عقد الامتياز للقواعد الحاكمة لعقد التزام الاشغال العامة او القواعد الحاكمة لعقود الامتياز و تفصيل ذلك على الوجه التالي:

- عقد التزام الاشغال العامة: وهو اتفاق يكلف به احد اشخاص القانون العام شخص اخر لتنفيذ احد الاشغال العامة و استغلال ناتج العمل الذي تم إنجازه مقابل مكافأة يتم تحصيلها من العائد المالي لاستغلال، ويجب توافر الشروط ثلاثة حتى يكون العقد عقد اشغال عامة تتمثل فيما يلي:
- ان يكون موضوع العقد امعالا يقع على عقار.

- ان يكون العمل لحساب شخص من اشخاص القانون العام.
 - ان يكون الغرض من عقد الاشغال العامة تحقيق منفعة عامة.
- وبذلك يختلف هذا العقد عن عقد مقاوله اشغال عامة حيث بموجبه تقوم الحكومة بدفع مقابل الاشغال العامة².

- عقد امتياز المرافق العام: عرفت المادة " 668 " من القانون المدني عقد التزام المرافق العامة بانه «التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية يكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد او شركة يعهد اليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن».

¹- مصطفى عبد المحسن الحبيشي، المرجع السابق، ص 35.

²- المرجع نفسه، ص 37.

تناولنا فيما سبق الاتجاهات الثلاثة المثارة حول التكييف القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت وربما الاتجاه الراجح هو الاتجاه القائل بالطبيعة الإدارية لعقود البوت، ونسترشد في ذلك بذات الحجج والبراهين التي استند إليها انصار هذا الاتجاه، كما ان تلك الحجج كافية ارفض الأدلة التي استند إليها الاتجاهين الآخرين، لقد رفض البعض الاتجاه القائل ان عقود البوت هي من قبيل عقود القانون الخاص، كما فند الاتجاه القائل بان الطبيعة القانونية لعقود البوت تتحدد بكل عقد على حده، وإيضاح ذلك على الوجه التالي:

- توافر الشروط اللازمة لاكتساب الصفة الإدارية في عقود البوت: لا شك ان كافة الشروط الثلاثة الازمة لاكتساب الصفة الإدارية في العقود الإدارية، متوافرة في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية البوت -سابق الإشارة لها- ولاسيما الشروط الثالث هو ان يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص فالثابت ان عقود البوت المبرمة بين حكومة مصرية و شركة المشروع تؤكد وجود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فقد خولت هذه العقود جهة الإدارة عدة امتيازات منها الرقابة و الاشراف اثناء مرحلتي البناء و التشغيل لتأكد من قيام شركة المشروع من تنفيذ المشروع وفقا للشروط و المعايير و الضوابط الواردة في العقد المبرم.¹

- ان عقود البوت قد خولت جهة الإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير: لا شك ان في ذلك ميزة مخولة لجهة الإدارة تؤكد توافر الشرط الثالث في عقودها المبرمة بنظام البوت مع شركة التشغيل، مثال ذلك ما قد تضمنه عقد كهرباء سيدي كرير من الزام شركة المشروع بدفع ثمانين الف دولار امريكي عن كل يوم تأخير في تنفيذ المشروع او أي يوم تعجز فيه شركة المشروع عن توريد الطاقة الزام شركة المشروع بدفع غرامات أخرى في حالة عدم تحقيق معدلات الأداء المتفق عليها.

- عقود البوت خولت جهة الإدارة الحق في ان تحل مكان شركة المشروع في تشغيل المرفق عند تقصيرها: يكون العقد المبرم بين الجهة الإدارية وشركة المشروع على حلول الجهة الإدارية مكان المشروع في تشغيل المرفق عند تقصيرها يجعل هذا الشرط استثنائي لا يمكن توافره إلا في العقود الإدارية²، ان عقود البوت خولت جهة الإدارة الحق في انهاء العقد بإرادتها المنفردة؛ و هذا الحق المحول لجهة الإدارة نصت

¹- مصطفى عبد المحسن الحبيشي، المرجع السابق، ص ص 37-38.

²- المرجع نفسه، ص 40.

على ذلك المادة 2/5 من عقد كهرباء سيدى كزير الذي جاء بما يلي "تعتبر كل حالة من الحالات التالية حالات تقصير الشركة و إذا لم يتم معالجتها خلال المدة المسموح بها، فإنها تنشئ حقا للهيئة لإنهاء هذه الاتفاقية ، كما تخلف الشركة عن التقدم بجميع طلبات الحصول على الموافقات المنصوص عليها في المادة واحد من الملحق 11 الى الجهات المعنية في موعد غايته ستة اشهر من تاريخ النفاذ ،كما يعتبر تخلف الشركة عن الحصول على جميع الموافقات المنصوص عليها في مادة 02 من الملحق 11 في موعد غايته 12 شهرا من تاريخ النفاذ ،كذلك عند تخلف الشركة على إتمام الاقفال المالي في موعد غايته 12 شهرا من تاريخ النفاذ.

- لا يجوز لشركة المشروع ان تتنازل عن حقوقها والتزاماتها للأخرين الا بموافقة صريحة من الجهة الإدارية: حيث ان مصلحة الدولة تقتضي عدم اسناد إدارة وتشغيل مرافقها الى أي متعاقد، بل لا بد ان يكون هذا المتعاقد على درجة عالية من الخبرة و الدراية الفنية اللازمة لإدارة احد مرافق الدولة، وفي ظل هذا لا يجوز لشركة المشروع ان تتنازل عن حقوقها و التزاماتها المقررة لها بموجب عقد البوت للأخرين الا بموافقة صريحة بذلك من جانب الدولة، وهذا المبدأ يعد دليل على إدارية العقود المبرمة بنظام البوت.¹

الفرع الثالث: نهاية عقد البوت (B.O.T)

ينتهي عقد البوت كسائر العقود الإدارية إما بانتهاء مدته بتنفيذه تنفيذا صحيحا وفق الاتفاق فتنتقل الملكية إلى الدولة وقد ينتهي قبل حلول أجله المحدد إعمالا لحق الإدارة في انتهاء العقد أو بفسخ اتفافي بين الطرفين وقد ينتهي العقد دون تنفيذ والتي تكون في الغالب نتيجة قوة قاهرة ، وهذا ما سيتم التطرق له من خلال هذا الفرع بإبراز الحالات التي ينتهي بها هذا العقد كما يلي :

أولاً: انتهاء العقد بالاتفاق

يمكن أن ينتهي عقد البوت نهاية طبيعية وذلك عند انتهاء المدة المتفق عليها، وهذه المدة تعد من الشروط التعاقدية للاتفاق، حيث يجوز للإدارة تجديد العقد لمدة مماثلة بشرط اخطار الطرف الثاني قبل نهاية العقد بمدة زمنية كافية ومعقولة ، كما قد يتفق أطراف العقد على حالات أخرى ينقضي فيها العقد دون تدخل لإدارة الأطراف وهي كما يلي:²

¹ -مصطفى عبد المحسن الحيشي، المرجع السابق، ص ص 42-43.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 156.

1- حالة الظروف الطارئة والقوة القاهرة: قد يتفق طرفا عقد البوت على أنه يمكن لأحدهما أن كلاهما طلب انتهاء العقد لوجود قوة قاهرة خارجة عن إرادتهما، وبالتالي يعوض الطرف المتضرر أو الملتزم لما لحقه من خسارة جراء ذلك الانتهاء، وهذا حسب ما جاء في المادة 15 من إتفاق عقد البوت المبرم بين هيئة كهرباء مصر أنتر جن سيدي كرير، والمقصود بالقوة القاهرة أي حادث أو مجموعة أحداث أو ظروف خارجة عن الإدارة المعقولة لأحد الأطراف ولم يكن يتوقعها أو لم يوضع الاحتياط لها، وتؤثر تأثيرا أساسيا عن تنفيذ ذلك الطرف لالتزاماته¹؛ ومن الحالات التي تدخل في مفهوم الظروف الطارئة، القوة القاهرة، حالة حرب أو نزاع مسلح أو تمرد إضافة إلى الصواعق، الحرائق والزلازل والبراكين ... والأمراض والأوبئة.

2- حالات الفسخ: ينتهي عقد البوت قبل مدته المحددة في الحالات التالية:

أ- فسخ العقد باتفاق الطرفين، وذلك باللجوء إلى القضاء طلبا بإنهاء العقد قبل الأوان لأسباب كخطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ الالتزامات أو تعديل الإدارة لشروط العقد الذي من شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي إخلالا جسيما.

ب- فسخ العقد قضائيا ويتم ذلك بناء على طلب المستثمر المتعاقد مع الإدارة لإخلال الإدارة بأحد التزاماتها التعاقدية المنصوص عليها في العقد.

ج- فسخ العقد قانونيا ويتم ذلك بقوة القانون ويكون هذا في حالة القوة القاهرة أو الحرب.²

د- الاستيراد أو الإسقاط، فالإسقاط في عقد البوت B.O.T يجب أن لا يكون إلا بحكم قضائي، لأن هذا العقد ذو طبيعة ذاتية وأن العلاقة بين الإدارة والملتزم لها طبيعة خاصة تغاير إلى حد ما العلاقة في العقود الإدارية التقليدية.³

وهكذا يجوز لطرفي العقد تضمين العقد في نصوص تبين الحالات التي يجوز فيها لكل طرف طلب الفسخ، فإذا كان الفسخ هو حل الرابطة التعاقدية بناء على طلب أحد طرفي في العقد إذا ما أحل أحدهما بالتزاماته، فغالبا ما يشدد طرفا هذا العقد في تحديد الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد وتحديد هذه الحالات على سبيل الحصر كحالة الخطأ الجسيم، أو أي تقصير من جانب الطرف الملتزم خلال مدة العقد المتفق

¹ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 162.

² - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 104.

³ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 167.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

عليها إذا ما أخلت الدولة بأحد التزاماتها كامتاعها عن تسليم الأرض أو تمكين شركة المشروع من استغلال المشروع خلال المدة المحددة جاز لهذه الأخيرة فسخ العقد¹.

3- الاتفاق الجديد على إنهاء العقد (التقابل): هو اتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد وبهذا تكون بصدد عقد جديد يتم بإيجاب وقبول الغرض منه إلغاء العقد الذي تم سابقاً و كأصل عام أنه ليس للاتفاق الجديد أثر رجعي، وخلافاً لهذا قد يقصد المتعاقد أن يكون لهذا الاتفاق أثر رجعي، ففي هذه الحالة تنص آثاره الى وقت ابرام العقد الاصلي فيعتبر كأن لم يكن رغم ذلك فهو لا يؤثر في حقوق الغير التي كسبها قبل الاتفاق الجديد.

ثانياً: انتهاء العقد بالإدارة المنفردة

الأصل العام هو عدم جواز تصرف أي من الطرفين بإدارته المنفردة إلا استثناء، فانه يوجد حالات تقوم فيها الدولة أو شركة المشروع بإنهاء العقد بالإدارة المنفردة.

1- إنهاء العقد بالإدارة المنفردة للدولة: ففي هذه الحالة لا يجوز ذلك إلا بوجود نص في عقد البوت يعطي الإدارة أو الدولة هذا الحق وذلك لأنه لا يجب الخروج عن الشروط التعاقدية الواردة بهذا العقد اقتضاء للمصالح العام، لان جهة الإدارة تتحلى بفكرة المصلحة العامة لإنهاء العقد.

2- انتهاء العقد بالإدارة المنفردة لشركة المشروع: لا يتصور في غالب الأمور أن تقوم شركة المشروع بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة إلا في بعض الحالات كقيام الشركة بعدم تنفيذ العقد بعد أن تبين لها عدم وجود تمويل كافي أو عدم جدوى المشروع من الناحية الاقتصادية، أو في حالة قيام شركة المشروع بارتكاب أخطاء جسيمة قد تكبدها تعويضات باهظة للدولة فتعتمد إلى ترك مقر المشرع وتسليمه للدولة تقاديا للخسائر².

وفي الأخير يمكننا القول أن عقود البوت تنتهي كسائر العقود الإدارية الأخرى إما نهاية طبيعية بانقضاء المدة المتفق عليها، وقد تنتهي نهاية غير طبيعية عن طريق الفسخ وذلك باتفاق أو عن طريق القضاء أو بقوة القانون.

¹ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 107.

² - عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص 220.

المبحث الثاني

عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

تعد مشروعات مشاركة مع القطاع الخاص بمثابة علاقة تعاقدية طويلة الاجل بين الجهات الإدارية بالدولة والقطاع الخاص، تهدف الى قيام القطاع الخاص بتقديم خدمات او تنفيذ مشروعات كانت أجهزة الدولة منوطة بتنفيذها، وذلك دون لقيام بالإخلال بدور الحكومة في النهوض بالخدمات او المشروعات العامة والاشراف عليها، ولكن فقط من خلال نظام مختلف للتعاقد وتقديم الخدمة، كما أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تقتضي قيام القطاع الخاص بتقديم خدمات عامة طيلة مدة العقد¹؛ ومن خلال ذلك سوف نتناول في هذا المبحث النشأة التاريخية لعقود الشراكة بالإضافة الى تعريفها ثم نتناول أيضا أشكال تلك العقود، ولذا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتطرق في (المطلب الأول) إلى مفهوم عقود الشراكة، وفي (المطلب الثاني) إلى أشكال عقود الشراكة و تميزها عن العقود المشابهة لها.

المطلب الأول

مفهوم عقود الشراكة

تعتبر الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص من المفاهيم التي أصبحت تحتل مكانة خاصة في الوقت الحالي نظرا لأهميتها و ذلك لما تقدمه من خدمات عامة لتسيير المرفق العام، وتقديم مختلف الخدمات في شتى الميادين، لذا حظي موضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص على اهتمام كبير من قبل الحكومات والمجتمعات والمراكز البحثية في مختلف انحاء العالم، بعد ان اتضح ان عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية تعتمد على حشد وجمع كافة إمكانات المجتمع، بما فيها من طاقات وموارد وخبرات كل من القطاع العام والخاص.

الفرع الأول: ظهور عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

أولاً: نشأة وتطور عقود الشراكة في المملكة المتحدة

لقد كانت النشأة الأولى لعقود الشراكة P.P.P في المملكة المتحدة "بريطانيا" و ظهرت بصورة أساسية عام 1990 م تحت مسمى (Private Finance Initiative)، وكان ذلك عندما اوصت بعض الدراسات في حكومة مارجريت تاتشر بضرورة السماح للقطاع الخاص بتمويل الانشآت العامة لتخفيف

¹ - عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 21.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

العبء عن الموازنة العامة، ثم تقدم الجهة الإدارية حقوق القطاع الخاص بطريقة مجزأة لا ترتب أعباء كبيرة علي الموازنة العامة، ولكن التطبيق العملي في إنجلترا لهذه العقود لم يبدأ الا عام 1995، حيث امكن رصد ثلاثة نماذج من المشروعات هي مشروعات النفع العام و تمويل بالكامل من القطاع الخاص ومجالها الطرق والمشروعات المرتبطة بالمرافق العامة وتمول عن طريق الأموال العامة ومجالها المستشفيات والسجون، ومشروعات الشراكة المختلطة والتي تمويل بالشراكة بين القطاعين العام والخاص مثل نفق المانش¹، والتطبيق الأكثر ال(PFI) يوجد في مجال الانشاءات الصحية والتعليمية، وبصورة اقل في مجال المؤسسات العقابية ومؤسسات الاحداث والمحاكم والإسكان الاجتماعي، وبحلول عام 2003 تم توقيع 563 عقدا بنظام ال (PFI) بمبالغ وصلت (5.35) مليار جنيه.

ظهرت عقود " PFI " التي تعد اختصار لكلمة Private Finance Initiative و التي يقصد بها مبادرة التمويل الخاصة، ابتداء من سنة 1987 و ذلك من خلال توقيع اول عقدين بهذا الأسلوب، الأول يتعلق بإنشاء جسر الملكة اليزابيث الثانية، والثاني يتعلق بإنشاء مشروع نفق الكنال (Channel tunnel) الذي يربط بين فرنسا وإنجلترا، وهناك من يرى ان تجربة الشراكة انطلقت في المملكة المتحدة في أواخر سبعينيات القرن الماضي، بعد حدوث أزمة ارتفاع أسعار النفط عام 1973، وحسب ما جاء في تقرير وزارة المالية البريطانية سنة 2009 الخاص باستثمارات القطاع الخاص في اطار عقود مبادرات التمويل الخاص كالتالي:

- 1- قطاع التعليم : حيث بلغت المشاريع المنجزة في هذا القطاع الى غاية سنة 2009 حوالي 140 مشروع وهو يعتبر القطاع الأول من حيث عدد المشاريع المنجزة و ذلك بقيمة 6.133 مليار جنيه إسترليني².
- 2- الصحة: وتحتل المرتبة الثانية من حيث عدد المشاريع المنجزة، حيث بلغت الى غاية سنة 2009 مجموعة 114 مشروع تحت غطاء مالي قدر ب 11.367 مليار جنيه إسترليني، تضمن تطوير مرافق قطاع الصحة و تجهيزها و إعادة تحديثها لمواكبة مختلف التطورات الحاصلة في المجالات الأخرى.

¹ - عبد الرازق حمادة، المرجع السابق، ص ص 21 -22.

² - احمد حرير، كمال سي محمد، إمكانية تطبيق عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في الجزائر، مجلة الاقتصاد الصناعي، المجلد 12، العدد 01، جامعة باقة 01، 2022، ص ص 133-151.

3- السلطات والهيئات المحلية: بلغ عدد المشاريع المنجزة في هذا الاطار حوالي 77 مشروع قدرت قيمتها المالية الاجمالية 2.367 مليار جنيه إسترليني، تضمن انشاء و إعادة تحديث مقرات هذه الهيئات و كذا المصالح التابعة لها.

4- النقل: يعد هذا القطاع من اهم القطاعات التي ساهم فيها القطاع الخاص والتي اولت لها الحكومة المملكة المتحدة أهمية بالغة بهدف تطوير بنيتها التحتية وتحديثها، وبالرغم من عدم كثرة المشاريع المنجزة من خلاله والتي بلغت 50 مشروع، إلا انه يعتبر من اكبر القطاعات التي استهلكت أموال ضخمة بهدف انجاز مختلف مشاريعه وتحديثها، حيث بلغت القيمة المالية الاجمالية التي ضخمت من اجل تحقيق هذا الغرض حوالي 11.763 مليار جنيه إسترليني، وهي قيمة تبدو نوعا ما مرتفعة مقارنة بباقي القطاعات الأخرى.

5- الدفاع: يعد أيضا من اهن القطاعات الاستراتيجية و الحساسة التي سعت حكومة المملكة المتحدة الى تطويرها، حيث بلغت عدد مشاريعه 50 مشروعا تحت مساهمة مالية قدرت ب 8.805 مليار جنيه إسترليني موضوعها انجاز مقرات وهياكل جديدة بالإضافة الى تجهيزات وعصرنة الخدمات وتطويرها.

6- العدالة: بلغت عدد المشاريع في اطار مبادرة التمويل الخاصة في اطار العدالة حوالي 25 مشروع بقيمة مالية مقدرة ب 697 مليون جنيه إسترليني.

7- البيئة والتغذية والخدمات الريفية: على الرغم من الأهمية الكبيرة لهذا القطاع، إلا انه لا يعتبر من القطاعات الحساسة التي تتطلب إقامة مشاريع كثيرة من اجلها، حيث بلغ عددها ب 22 مشروع، لكن بالرغم للعدد القليل للمشاريع المرتبطة بهذا القطاع الا انها تطلب غطاء مالي مرتفعا نوعا ما نظرا لسعي الحكومة لحماية البيئة و كذا تطوير مجال الفلاحة و الزراعة و تحقيق قدر من الامن الغذائي، حيث بلغت القيمة المالية في اطار استثمارات القطاع الخاص في هذا المجال مبادرة التمويل الخاصة ب 2.367 مليار جنيه إسترليني.¹

ثانيا: نشأة وتطور عقود الشراكة في فرنسا

تعد نشأة عقد الشراكة في فرنسا عندما قنن المشرع الفرنسي هذا الأسلوب بموجب الامر 599-2004 الصادر بتاريخ 17 يونيو 2004 تحت مسمى الامر المتعلق بعقود الشراكة؛ ومن ثم صدرت بعد

¹ - احمد حرير، كمال سي محمد، المرجع السابق، ص ص 135-136.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

ذلك عدت مراسيم من اجل تحديد مجالات تطبيق هذا الامر، إذ أجاز للأشخاص المعنوية العامة واشخاص القانون الخاص بإبرام هذا النوع من العقود، ومنها المرسوم المرقم 1145-2004 الخاص بتحديد طرق الإعلان التي يمكن استخدامه عند الرغبة بإبرام هذا النوع من العقود و المرسوم المرقم 119-2004 الصادر في 19 أكتوبر 2004 الخاص بإنشاء مؤسسة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع من العقود؛ وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي الى ان عقد الشراكة وان كان عقداً يشتمل على الانشاء والاستغلال والإدارة، فان ذلك لا يعني مخالفة أي قاعدة دستورية، إذ عد هذا النظام القانوني لهذا الأسلوب من التعاقد نظام مستقل عن القواعد العامة في ابرام العقود، والتي يظنها تقنين الاشغال العامة تبرره المصلحة العامة والاعتبارات الفنية والاقتصادية للمشروع وبغية ضمان كفاءة و فعالية هذا النظام، فقد اصدر المشرع الفرنسي هيئة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع من العقود، وهذه الهيئة تتبع وزارة الاقتصاد و المالية وتتحصر مهمتها بتقويم الخبرة في مجال عقود الشراكة مثل تقديم العون للأشخاص المعنويين عند التفاوض و اعداد العقود و كراسات الشروط ومتابعة تنفيذ العقود وان هذه الهيئة تتدخل بش-كل اجباري بالنسبة الى عقود الدولة عند التقييم المبدئي للمشروع المراد تنفيذه بنظام الشراكة¹؛ وعند صدور قانون 7 مارس 2001 بشأن الاشغال العامة، فقد نصت المادة 94 منه على تجريم ادراج شروط الدفع الجزئية في عقود الاشغال العامة وعندما تواترت احكام مجلس الدولة على تكييف عقود بانها من عقود الاشغال العام، لذا اصبح ليس من المقذور الإدارة الاقدام على مثل هذا النوع من العقود لأنها تتضمن شروط الدفع الجزئية و التي تم تحريمها بموجب المادة 97 السالفة الذكر.

وعلى الجانب الاخر فان هذه العقود تعد من العقود المركبة و الاجمالية التي تشمل العديد من المراحل بدءاً من مرحلة التصميم، ومروراً بالإنشاء، والانتهاؤ بالتشغيل والصيانة وقد حرمت المادة العاشرة من ذات التقنين على الإدارة ابرام العقود الاجمالية ونظراً لأهمية هذا النوع من العقود فقد جاءت مبادرة المشرع الفرنسي في تبني مضمون عقود ال (METP) تحت مسمى اخر هو عقود الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص (P.P.P)، حتى كانت الإشارة الواضحة والصريحة لهذه العقود في المادة السادسة من القانون رقم 591 لسنة 2003 والصادر في 02 جويلية عام 2003؛ وقد تكرست الإدارة التشريعية نحو تبني هذا النوع من العقود في تقنين الاشغال الجديد و الذي صدر بالمرسوم 15 سنة 2004 والصادر في 7

¹ - أسماء صويلح ، أحلام زغلي، سبل تفعيل الية تفويض المرفق العام كشكل من اشكال الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بجاية، 2024/2023، ص ص 14-15.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

جانفي 2004 ، ثم صدر الامر رقم 559 لسنة 2004 الصادر في 17 جوان 2004 والذي سمي بالأمر المتعلق بعقود الشراكة "P.P.P" والذي يمثل اطارا قانونيا لهذه النوعية من العقود في فرنسا¹؛ ومن اهم القطاعات التي ابرمت في اطارها عقود الشراكة بهدف تطويرها و تحديثها مع القيمة المالية ما يلي:

1- قطاع الطرقات الحضرية والطرقات السريعة: شهد قطاع الطرقات في فرنسا ابرام العديد من عقود الشراكة في اطاره، و تقدر المسافة الاجمالية للطرقات السريعة في فرنسا ب 11 الف كلم خصص منها حوالي 8500 كلم لإنجازها في اطار مشاريع في صيغة عقود الشراكة من طرف هيئات و كيانات خاصة، حيث تقوم هذه الأخيرة بتمويل انجاز المشروع ثم تقوم بعدها بتسييره وصيانته، وتعتمد في ذلك على نظام الدفع .

2- قطاع التعليم: وهو أيضا من القطاعات المهمة في فرنسا حيث تم الابرام 16 عقد شراكة بقيمة مالية قدرت ب 512.918 مليون أورو .

3- قطاع البيئة: حيث بلغت عقود الشراكة المبرمة مع القطاع الخاص في هذا المجال 14 عقد بقيمة مالية قدرت ب 459.733 مليون أورو .

4- قطاع النقل: تم ابرام حوالي 13 عقد شراكة لإعادة تحديث قطاع النقل خاصة في مدينة باريس ومرسيليا و ليون وهي اكبر المدن الفرنسية، حيث بلغت القيمة المالية الاجمالية في هذا الشأن 19.350 مليون أورو .

5- قطاع الصحة والنظافة: وهي تعد من اهم القطاعات أيضا، حيث بلغت المبالغ التي صرفت بهدف تحديث هذا القطاع و انشاء مراكز استشفائية، وعيادات ومصحات حوالي 156.055 مليون أورو في مجموع 11 عقد شراكة ثم ابرامها، ومثال على ذلك انجاز قطب صحي واستشفائي بمدينة نانسي بمبلغ قدره 70 مليون أورو، وانجاز مركب صحي بجنوب فرنسا بمبلغ 340 مليون أورو، وإنشاء القطب الطاقوي بمستشفى Estaing ب 35 مليون أورو، وكذا القطب الطاقوي بمستشفى Ales ب 12 مليون أورو .

6- الرياضة والترفيه: وهي تعد من اكبر القطاعات في فرنسا التي ضخت من اجلها مبالغ مالية كبيرة تضمنت انشاء مراكز رياضية جديدة كالملاعب الرياضية و مراكز الترفيه، حيث ابرم الى غاية سنة 2010 حوالي 8 عقود شراكة بلغت قيمتها المالية الاجمالية حوالي 1.423 مليار أورو، وهي تعتبر قيمة كبيرة جدا

¹ - عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص ص 23-24.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

خصص اغلبها لإنجاز ملاعب رياضية جديدة ، كالملاعب الرياضي لمدينة ليل بتكلفة قدرت 430 مليون أورو، والمعهد الوطني للرياضة والتربية البدنية بقيمة وصلت الى 250 مليون أورو.

7- قطاع العدالة: و هو يعد ثاني قطاع بعد قطاع الرياضة التي ضخت من اجله أموال كبيرة بهدف انشاء مقرات جديدة لمختلف مؤسسات العدالة، حيث قدرت قيمتها الاجمالية بحوالي 1.107 مليار أورو من خلال ابرام 07 عقود شراكة.

8- قطاع الدفاع: حيث ابرم هذا القطاع الى غاية سنة 2010، أربعة عقود شراكة بقيمة مالية مقدرة ب 534 مليون أورو.¹

أما بخصوص نشأة عقود الشراكة في الدول العربية سوف نتناول الحديث عن دولة مصر ودولة الجزائر.

ثالثاً: نشأة عقود الشركة في مصر

ان عقود الشراكة P.P.P معروفة لا سيما في مصر منذ زمن طويل لكن الجديد هو ذلك المسمى الذي يطلق عليها، فهذه الطائفة حديثة النشأة من حيث المسمى في القانون المصري، غير انها تتميز عن عقود ال (B.O.T) من ناحية وعقود الاشغال العامة من ناحية أخرى، فعقود الشراكة P.P.P ورغم انها عقود اجمالية مركبة تشتمل على مراحل متتالية تبدأ بالتصميم ثم الانشاء ثم التشغيل و الاستغلال ثم أخيراً الصيانة التي تبقى على الانشاءات محل العقد في حالة فنية مناسبة، إلا انها لا تصل الى درجة تفويض إدارة المرفق الى المتعاقد بسبب أسلوب حصوله على حقوقه المالية من قبل جهة الإدارة في شكل ايجار دوري مما يقرب هذه العقود من عقود الاشغال العامة، و يبعدها في ذات الوقت عن عقود تفويض المرفق العام، مما يجعلها في مرحلة وسط بين عقود الاشغال العامة وعقود تفويض المرفق العام.²

رابعاً: نشأة عقود الشراكة في الجزائر

لقد اهتمت الجزائر بعد الاستقلال بتكريس الاستقلال الاقتصادي في تسيير شؤونها العمومية، فكرست مبدأ أولوية الاستثمار العمومي في تمويل الاقتصاد الوطني، وبذلك كانت الدولة تلعب دور المسير والمراقب في نفس الوقت عن كل فروع الاقتصاد الوطني .

¹ - احمد حرير، كمال سي محمد، المرجع السابق، ص ص 139-140.

² - حمادة عبد الرازق حمادة، المرجع السابق، ص 25.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

1- فترة ما بعد 1962: هي الفترة التي لم تظهر فيها الدولة بالمفهوم الاقتصادي أي الدولة التي تتحمل أعباء التنمية، ولذلك تميزت السياسة الاقتصادية خلال هذه الفترة، تراجع النمو وانعدام الرؤية الاقتصادية المستقبلية، وقد زاد الوضع الاقتصادي تعقيدا خلال هذه الفترة امام الافتقار الى الإطارات المسيرة في القطاعات الإدارية، الاقتصادية والتجارية، ونقص الخبراء في مجل العلوم والتكنولوجية والشؤون المالية.

امام هذا الوضع الصعب لم يكن امام الحكومة الجزائرية آنذاك سوى الاحتفاظ بالأجهزة الموروثة عن العهد الاستعماري من مسيرين، قوانين، مراسيم، وممارسات كانت قائمة قبل الاستقلال بالإضافة على الاستمرار في تنفيذ المشاريع المبرمجة في اطار مشروع قسنطينة (1959-1964)¹.

2- خلال فترة 1963-1982: اهتمت الجزائر أساسا بعد الاستقلال بتكريس فكرة الاستقلال الاقتصادي في تسيير شؤونها العمومية، فكرست مبدأ أولوية الاستثمار العمومي في تمويل الاقتصاد الوطني وبذلك كانت الدولة تلعب دور المسير والمراقب في نفس الوقت على كل فروع الاقتصاد الوطني، تجسد هذا الدور المزدوج للدولة من خلال تكريس جملة من المظاهر والمبادئ التالية:²

أ- تقليص تدخل المستثمر الأجنبي: كانت فكرة الاستقلال الاقتصادي تتعارض مع تدفق الأموال الأجنبية، لذلك خصص المشرع مجالات ثانوية لتدخل الاستثمارات الأجنبية، حيث لا يمكن القيام باستثمارات اجنبية مباشرة إلا في مجالات التي لا تعتبر ذات أهمية او حيوية اقتصادية بالنسبة للاقتصاد الوطني، ورغم ان المشرع لم يعرف مفهوم هذه القطاعات الحيوية إلا انه بين طرق تدخل دول في هذه القطاعات، وذلك باستعمال أموالها وانشاء شركات وطنية.

وترجمت فكرة القطاعات الحيوية في الواقع من خلال تكريس نظام الاحتكارات الذي منح للشركات الوطنية المنشأة فيما بعد، وفي المقابل لم يعطي لرأس المال الخاص الوطني او الأجنبي أي حرية او مبادرة للاستثمار في هذه القطاعات ان يستثمروا في القطاعات الأخرى المحددة (الصناعة والسياحة)؛ إلا ان هذا الاستثمار لا يتم بكل حرية بل لا بد من الحصول على اعتماد مسبق من السلطات الإدارية، وعليه اقتصر تدخل رؤوس الأموال الأجنبية على قطاعي الصناعة والسياحة فقط مع مراعاة شروط التلخيص او الاعتماد؛

¹ - انفال سريدي، واقع الشراكة عام خاص في الجزائر دراسة حالة كل من مؤسسة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية، جامعة 08 ماي 1945، الجزائر، 2017/2018، ص 54.

² - امينة ركاب، الملتقى الوطني في الاطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة ابي بكر بلقايد -تلمسان، 2016، ص 04.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

إلا انه هناك استثناء اذ يمكن للدولة السماح للمستثمر الأجنبي التدخل في المشاريع الحيوية وفق الكيفيات التي تحددها مسبقاً.

ب- الاستثمار في اطار الشركات المختلطة الاقتصاد: ظهرت وجهة الجزائر الى اعتماد نظام شركات ذات الاقتصاد المختلط، أي اعتماد شكل التعاون الدولي او بتعبير اخر اشكال الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في اطار الاقتصاد، ومن ثم أجاز المشرع الجزائري للدولة الاشتراك مع راس المال الخاص والأجنبي او الوطني لتأسيسي هذا النوع من الشركات؛ إلا ان هذه المشاركة كانت هي الأخرى محدودة، حيث اشترطت الدولة شروطاً غير مألوفة تشمل في إمكانية الدولة إعادة شراء كل حصص و الأسهم التي يملكها الشريك الخاص او الأجنبي من جهة، و ممارستها حق الشفعة او إعطاء ترخيص في حالة قيام الشريك الخاص او الأجنبي بيع او تحويل او تنازل عن حصته او أسهمه في الشركة مختلطة الاقتصاد، ومن امثلة الشركات ذات الاقتصاد المختلط الشركة الفرنسية الجزائرية "صيدال" لإنجاز الغاز الطبيعي سنة 1971.

ج- تدخل مستثمر الأجنبي عن طريق نظام المناقصات: بالإضافة الى تدخل المستثمر الأجنبي في قطاع السياحة و الصناعة بصفة مباشرة، او عن طريق المشاركة مع الدولة في كل قطاعات الاقتصادية لإنشاء شركات مختلطة الاقتصاد، يمكن المستثمر الأجنبي التدخل في اطار المنقصات التي تعرضها الدولة تنفيذاً لمخططاتها الاقتصادية التنموية في كل القطاعات الاقتصادية، ويتعين على المستثمر الأجنبي في هذه الحالة انشاء مؤسسة اقتصادية والتقييد بمقتضيات دفتر الشروط الذي ينظم عملية استثمار والذي يحدد الأهداف الإنتاجية للمؤسسة المراد احداثها.

3- خلال الفترة 1982-1990: فصل المشرع خلال هذه الفترة بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية، حيث خصص لكل منها نصاً تشريعياً خاصاً ومستقلاً عن الآخر، فأصبحت بذلك الاستثمارات الأجنبية منظمة بالقانون رقم 82-13 والمتعلق بالشركات المختلطة، اما الاستثمارات الوطنية فتخضع للقانون رقم 82-11 والمتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني (P.P.P)¹، وبذلك تكون الجزائر قد اكدت نيتها في رفض استثمار الأجنبي المباشر الكلي وفضلت استثمار عن طريق الشركات مختلطة الاقتصاد.

¹ - القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 اوت 1982، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 35، الصادرة في 1982، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 86-13 المؤرخ في 19 اوت 1986، الجريدة الرسمية، العدد 35، الصادرة في 27 اوت 1986.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

4- خلال فترة بعد التسعينيات: تعتبر الشراكة بين القطاع العام و الخاص توجهاً جديداً و مثيراً لاهتمام بين قطاع الدولة و الاستثمار الأجنبي بعد موجة الخصخصة التي اثرت على البلاد في التسعينات و هذا الاستخدام للشراكة حديث نسبياً، مع العلم ان العقود الأولى من هذا النوع يقتصر أساساً على إدارة الخدمة العامة فيما يتعلق بشركة الام العامة دون وجود ترسانة كاملة من التشريعات الخاصة ،وفي ظل غياب الاطار القانوني و المراسيم التي تحكم هذا النوع من العقود فان مشروع (الشراكة عام /خاص)تمت المماثلة فيه الى غاية سنة 2006،حيث كان اول تطبيق فعلي للشراكة بين القطاعين العام و الخاص فيما يخص إدارة الخدمات العمومية للمياه و التطهير مع شركة suez enviro nnement ، بالإضافة الى إدارة المطار مع شركة ADPM، وفي عام 2011 اقامت الجزائر شراكة مع شركة RATP DEV في ما يخص الخدمات المتعلقة بمترو الجزائر ،و كذلك إدارة الخدمات الفندقية مع مجمع ACCOR¹.

تلاها ذلك 11 مشروع لتحلية مياه البحر في شكل عقد بناء تملك و التشغيل BOO و مركزين الكترونيين مسيرة من طرف² (AEC) Algerian Energy Company إلا ان كان هذه المشاريع لم تؤكد على اتجاه الدولة الجزائرية نحو التطبيق الرسمي لهذا النوع من العقود الى غاية ديسمبر 2017، ثم التوقيع على ميثاق خاص يوطر الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بمشاركة كل الشركاء في العقد الوطني الاقتصادي والاجتماعي للنمو من منظمات ارباب العمل و الاتحاد العام للعمال الجزائريين، يأتي التوقيع على هذا الميثاق ليعزز اطار عمل الثلاثية(حكومة، نقابة، ارباب العمل) التي تأسست في عام وأطرت عملها في فيفري سنة 2014 بالتوقيع على العقد الوطني الاقتصادي والاجتماعي للنمو.

تعد الشراكة العمومية الخاصة مسعى استراتيجي يرمي الى تعبئة الموارد المالية المتأتية من المتعاملين الاقتصاديين والخواص الجزائريين عموماً من اجل انجاز مشاريع البنية التحتية التي تم ادراجها في مخططات عمل الحكومة، والتي سيستفيدون من المداخل الناتجة عن استغلالها، فالشراكة بين القطاعين العام والخاص تعد من اهم الحلول لمواجهة الركود الاقتصادي وذلك لارتباطها بوجه خاص بتوفير الاطار القانوني والتنظيمي قبل المناخ الاقتصادي والاستثماري؛ كما ان سياسة الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي غالباً ما تعتمد وفق خصوصيات كل بلد وأهداف سياسته العامة، من شأنها ان تساعد على تعبئة كل الموارد البشرية والمالية العامة والخاصة والوطنية والدولية وبالتالي تفادي الاضطرابات المكلفة غي برامج الاستثمار

¹ - انفال سريدي، المرجع السابق، ص 57.

² - المرجع نفسه، ص 57.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

العام، فقد ركزت الجزائر على إعادة النظر في الشركات بين القطاعين العام والخاص لاسيما على المستوى التشريعي بغية إضفاء المرونة المطلوبة في تأطير هذا النوع من الشراكات، من منطلق ان الشراكة بين القطاعين العام والخاص تساعد على تحسين خدمات البنية التحتية الاقتصادية والاجتماعية لصالح المستخدمين، عبر استخدام خبرة القطاع الخاص، وتحسين تخصيص الموارد المالية للدولة، من خلال الحد من استخدام الدين العام، وتعويضه بتعبئة التمويل الخاص، فضلا عن ضمان استكمال المشاريع في الوقت المحدد وبالميزانية التي يتم ضبطها كما يهدف برنامج الشراكة بين القطاعين العام والخاص الى تحسين نوعية المشاريع في مختلف القطاعات من خلال تبادل المعلومات والاستفادة من افضل الممارسات الدولية والتنوع في عدد مشاريع الشراكة لدعم النمو وتلبية الاحتياجات الاستثمارية في البلاد¹.

فشهدت الجزائر في سنوات الأخيرة تحولات في جميع المجالات بالتحديد في مجال الاقتصادي، وهذه التغيرات كانت ظهور مصطلح جديد الذي يحمل في طياته اقتصاد السوق، ونتيجة الضغوطات التي عانت منها الدولة نتيجة تراكم الديون عليها، و هذا يؤثر بشكل سلبي على اقتصاد الجزائري و مؤسساته و من اجل تقادي ذلك فلقد اعتمدت الدولة على الشراكة كخيار استراتيجي جديد برزت من خلاله ضرورة اشراك القطاع الخاص في تسيير بعض المرافق العامة، من خلال اتباع أسلوب الامتياز الإداري، بعد عجز الدولة على العديد من المشاكل أهمها عدم قدرة الإدارة على استغلالها و التوسع فيها او تطويرها لتقديم خدمات جديدة و اشباع حاجيات المواطنين، الامر الذي يستلزم وجود مرافق جديدة تتطلب تكنولوجيا متطورة لعدم افتقارها للخبرة والإمكانيات اللازمة، لذا استعمل عقد الامتياز الإداري في الجزائر بعد الاستقلال في مجال التأميمات بطريقة تقليدية لتسيير المرافق العامة واستحدث كطريقة حديثة في سنة 1989 لتسيير المرفق، خاصة بعد دخول الجزائر اقتصاد السوق، وبعد الالية الأكثر تكريسا تلجا اليه الإدارة لإدخال القطاع الخاص في استغلال نشاط مرفق عام و اشباع الحاجيات الاجتماعية للأفراد التي هي في تطور مستمر².

وعليه فان عقد الامتياز الإداري يعتبر احدي الوسائل المستحدثة بنمط جديد بعد سنة 1989، كما يشكل احد صور عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بعد دخول الجزائر مرحلة الإصلاحات الاقتصادية، وفي سبيل إزالة الاحتكارات العمومية شرعت الدولة في رصد مجموعة من النصوص القانونية،

¹ - انفال سريدي، المرجع السابق، ص 58.

² - احمد البرعي، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في تسيير المرافق العمومية المحلية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص جماعات محلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين-سطينف02، 2023، ص ص22-23.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

فصدر المرسوم رقم 88-201 يتضمن الغاء جميع الاحكام التنظيمية في تحول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفردي بأي نشاط اقتصادي او احتكار للتجارة.¹

فبعد قيام الدولة الجزائرية بخصوصية المرافق العامة والاقتصادية، اصبح القطاع الخاص لا يمكن ان يتكفل بأعباء التنمية الشاملة، مما استلزم بضرورة افساح المجال للقطاع الخاص ليساهم في بناء الحركة التنموية.

الفرع الثاني: تعريف عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

تعتبر معرفة تعريف أي عقد من العقود هو اللبنة الأولى التي تسمح لأي باحث من معرفة معناه، لذلك سوف نتطرق إلى مختلف التعاريف في هذا الفرع بداية من التعريف التشريعي تعريف الهيئات الدولية بالإضافة إلى التعريف الفقهي.

أولاً: التعريف التشريعي

من أهم مميزات الحديث هو احتوائه وتضمينه القوانين الجديدة على تعريف المصطلحات بعد ما كان المشرع يتركها للفقهاء ومن بين ما تناول الفقه تعريفها هي عقود الشراكة P.P.P لذلك سوف نتناول تعريف المشرع الجزائري ثم الفرنسي والمشرع التونسي وفي الأخير المشرع المصري.

1- التشريع الجزائري: بما أن المشرع الجزائري لم يتطرق في قوانينه عقد الشراكة بين القطاعين بعد، لكن هناك مشروع تمهيدي خاص بعقد الشراكة PPP تم الطرف إلى تعريفه في نص المادة الثانية على أنه "عقد مكتوب طويل الأجل محدد المدة، يكلف بموجبه طرف المتعاقد العام، طرفاً خاصاً بمهمة شاملة تقع ضمن مجال اختصاصه، تتعلق بالتمويل الكلي أو الجزئي لمشاريع المنشآت المادية أو اللامادية لضمان سير المرفق العام، موجهة لاسيما لتصميم وبناء وإعادة التأهيل وتوسيع وتحديث واستغلال وصيانة هذه المشاريع"².

ويتبين لنا أن المشرع من خلال هذا التعريف أعطى تعريفاً جامعاً لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لتسهيل تطبيق هذا القانون.

¹ - المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن الغاء جميع الاحكام التنظيمية التي تحول للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفردي بأي نشاط او احتكار للتجارة، الجريدة الرسمية، العدد42، الصادرة في 19 أكتوبر 1988.

² - مشروع تمهيدي للقانون المتعلق بشروط ووضع حيز التنفيذ الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

كما تمت الإشارة إلى إمكانية اللجوء إلى آلية الشراكة في القانون العضوي 18-15 المتعلق بقوانين المالية الذي دخل حيز التنفيذ في سنة 2023 في نص المادة 37 على أنه "يمكن للدولة اللجوء لتمويل كلي أو جزئي، لعمليات الاستثمار العمومي في اطار تعاقدية أو شراكة مع شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص..."¹.

2- التشريع الفرنسي: تناول المشرع الفرنسي عقد الشراكة في الأمر رقم 1074-2018 المتعلق بقانون الطلب العمومي بحيث تطرق تعريف عقد الشراكة PPP في نص المادة الأولى التي نصت على ما يلي "عقد الشراكة بكونه صفقة عامة تهدف الى تكليف متعامل اقتصادي أو مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين بمهمة شاملة لبناء أو تحويل أو تجديد أو تفكيك أو تدمير البنيات، التجهيزات أو الأملاك غير المادية اللازمة للمرفق العمومي أو لأداء مهمة ذات مصلحة عامة و تمويلها أو تمويل جزء منها يضمن صاحب صفقة الشراكة إدارة مشروع العملية المراد انجازها"².

3- التشريع التونسي: عرف المشرع التونسي في قانون عدد 17 لسنة 2019 في الفصل 26 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار الذي يلغي أحكام الفصل الثالث من قانون عدد 49 لسنة 2015 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وتم تعويضه بفصل ثالث جديد الذي تطرق فيه إلى تعريف عقد الشراكة على أنه "عقد كتابي لمدة محددة يعهد بمقتضاها شخص عمومي إلى شريك خاص بهمة شاملة تتعلق كلياً أو جزئياً بتصميم وإحداث المنشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية أولاً مادية ضرورية لتوفير مرفق عام، ويشمل عقد الشراكة التمويل والانجاز أو تغيير والصيانة وكذلك الاستغلال عند الاقتضاء وذلك بمقابل يدفع إلى الشريك الخاص من قبل الشخص العمومي طيلة مدة العقد طبقاً للشروط المبينة به"³.

الملاحظ عند قيام المشرع التونسي بإلغاء الفصل الثالث من قانون عدد 49 لسنة 2015 وتعويضه بفصل ثالث جديد من خلال الفصل السادس والعشرون من قانون العدد 47 لسنة 2019، حيث أبقى على

¹ - القانون العضوي رقم 18-15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، المتعلق بقوانين المالية، الجريدة الرسمية، العدد 53، الصادرة في 02 سبتمبر 2018.

² - حسين بلقوييل، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تحقيق التنمية المستدامة، مجلة الاستثمار والتنمية المستدامة، جامعة، المجلد 01، العدد 02، 2022، ص52.

³ - الفصل 26 من القانون رقم 47 لسنة 2019 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار، المؤرخ في 29 ماي 2019، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 47، الصادر بتاريخ 11 جوان 2019، ص 1762.

نفس التعريف لعقد الشراكة PPP وقام بحذف العبارة التالية " لا يشمل عقد الشراكة تفويض التصرف في المرفق العام"¹ وتعويضة ب: "يستثنى من الاستغلال المذكورة أعلاه قطاعات الأمن والدفاع والسجون"².

4- التشريع المصري: أدرج المشرع المصري تعريف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة الأولى من الفصل الأول من القانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية التحتية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، المعدل بالقانون 153 لسنة 2021 كما يلي "عقد الشراكة عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام ببعض الأعمال المنصوص عليها في المادة 2 من هذا القانون"³.

ثانياً: تعريف الهيئات الدولية

تعد الهيئات الدولية من بين أهم الفاعلين الأساسيين في انتشار هذا النوع من العقود والحث على اعتماده، لما له من أهمية بالغة في تطور المجتمعات، من بينها ما يلي :

- 1- صندوق النقد الدولي FMI : قام بتعويض عقد الشراكة PPP على أنه "الترتيبات التي يقوم فيها القطاع الخاص بتقديم أصول وخدمات تتعلق بالبنية التحتية جرت العادة على أن تقدمها الحكومة"⁴.
 - 2- المفوضية الأوروبية: تطرقت إلى تعريف عقد الشراكة PPP في الكتاب الأخضر الصادر بتاريخ 2004/04/30 بأنه "شكل من أشكال التعاون بين السلطات العامة وعالم الشركات والتي تهدف إلى تحقيق التمويل إنشاء، تجديد إدارة ، وصيانة بنية أساسية أو تأثيث مرفق"⁵.
- واعتماداً على ما سبق يتضح لنا الدور المهم الذي لعبته الهيئات الدولية في انتشار هذا النوع من العقود بحيث حثت الدولة تبنيه.

¹ - الفصل الثالث من القانون رقم 49 لسنة 2015، المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، المؤرخ في 27 نوفمبر 2015، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 96 ، صادر بتاريخ 1 ديسمبر 2015 ، ص 3307.

- الفصل 3 جديد من الفصل 26 من القانون رقم 47 لسنة 2019، مرجع سابق، ص 176.²

³ - القانون رقم 153 لسنة 2021 ، المعدل لبعض الأحكام قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2010، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد 50 مكرر أ، الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 2021.

⁴ - الأمين لكلحل، إبراهيم داودي ، أثر أزمة الرهن العقاري على عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة المغرب للاقتصاد والإدارة، المجلد 04، العدد1، مصر، 2017، ص 21.

⁵ - المرجع نفسه، ص 24.

3- البنك التنموي الآسيوي: ينظر هذا البنك إلى عقد الشراكة PPP على أنه "يشير مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى العلاقة التعاقدية طويلة الأجل بين القطاعين العام والخاص في مجال تمويل وتصميم وتنفيذ وتشغيل مشروعات وخدمات البنية التحتية والتي كانت تقدم بشكل تقليدي من طرق القطاع العام"¹.

ثالثاً: التعريف الفقهي

للفقه مكانه مهمة وأساسية في الجانب القانون، بحيث يتطرق ويرفع اللبس والغموض والإبهام على المصطلحات والمفاهيم الحديثة، والتي لم يتناولها ويتطرق لها التشريع، ومن بين الفقهاء الذين قاموا بتعريف عقد الشراكة PPP الفقهاء الفرنسيين والمصريين والكويتيين.

1- الفقه الفرنسي: من بين الفقهاء الذين تطرقوا إلى تعريف عقد الشراكة PPP نجد الفقيه "Franz" حيث عرفه بأنه "تعاون هادف بين كيانات عامة وخاصة من أجل الوصول إلى الفوائد المتبادلة المطلوبة، استناداً إلى إطار مرجعي مشترك، وبأنها مفهوم تنموي بعيد المدى يحتاج تحقيق التعاون فيه تجاوز المصالح المتدخلة والمتضاربة أحياناً بين الأطراف المعنية"².

2- الفقه المصري: من أبرز الفقهاء المصريين الذين تناولوا تعريف عقد الشراكة PPP هو الدكتور "عبد الرزاق حمادة" حيث قام بتعريفه بأنه "عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طيلة مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرف التمويل، مقابل قيمة مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طول مدة الفترة التعاقدية، فهذا العقد يجمع بين القطاعين العمومي والخاص لتحقيق هذه الأهداف عن طريق إجراءات معنية يحددها المشرع".

3- الفقه الكويتي: ومن أبرز فقهاء القانون في الكويت الأستاذة "أمل عبد الصمد" حيث عرفت عقد الشراكة PPP على أنه "ذلك النوع من العقود الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام مع شخص شريك من

¹ - محمد صلاح، لخضر لقلبي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مجال البنية التحتية، المفهوم، الترتيبات المؤسسة والتطبيق العملي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، دراسات اقتصادية، المجلد 29، العدد 2، جامعة الجلفة، 2017، ص 350.

² - مشروع تمهيدي للقانون المتعلق بشروط ووضع حيز التنفيذ الشراكة بين القطاع العام والخاص.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

القطاع الخاص لتصميم منشأة عامة أو بنائها أو تجهيزها أو تشغيلها أو صيانتها وتمويل الاستثمار طيلة مدة العقد في مقابل التزام الإدارة بدفع مبالغ مالية مجزأة على مدة التعاقد¹.

ومن خلال ما سبق من التعاريف، يمكن أن نستخلص أن عقد الشراكة PPP هو عقد مكتوب طويل الأجل يعهد بواسطة الشريك العام للشريك الخاص بالقيام بتشديد البني التحتية واستغلالها وصيانتها وتقديم خدمات لتلبية الحاجات العامة بمقابل مالي متفق عليه وتقاسم المخاطر بين الشريكين وإرجاع المشروع في نهاية العقد للشريك العام.

الفرع الثالث: خصائص عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص

لقد حظيت الشراكة بين القطاع العام والخاص اهتماما كبيرا في الآونة الأخيرة، لأنها أصبحت متداولة بشكل كبير على مستوى الاسهامات القانونية والمؤسسات المالية، بحيث تتميز عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص بمجموعة من الخصائص التي تبرز أهميتها وتميزها عن باقي العقود وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي :

أولاً: تعدد الأطراف المشتركة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بتعدد الأطراف المشتركة في تنفيذها إلى درجة قد تؤدي إلى اختلاف في مصالح هذه الأطراف، الأمر الذي يجعل من هذه العقود كوسيلة لعدم التعارض والتوفيق بين المصالح المتباينة للأطراف المتعاقدة، وعادة ما تتكفل الجهات الحكومية وحدها بتمويل المشاريع الاستثمارية الكبرى، لكن مع ظهور أسلوب الشراكة مع القطاع الخاص أصبح بديلا لتخفيف الأعباء المالية على الموازنة العامة و شركة المشروع التي تسعى الى تحقيق أكبر الأرباح بأقل كلفة مع احتفاظا بسلطة اتخاذ القرارات المفصلة المتعلقة بإدارة و تشغيل المشروع كما تسعى أيضا إلى التخفيف من المخاطر التي تحوز مراحل المشروع من خلال توزيعها على الأطراف الأخرى، كشركات المقاولات وتسعى كذلك الى تطبيق أكبر قدر من الرقابة و الاشراف على شركة المشروع اثناء مراحلها المختلفة واسترجاع المشروع بأفضل حالته و في أقرب وقت ممكن للاستمرار في التشغيل والإنتاج².

¹ - عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 20.

² - احمد البرعي، سهام بن دعاس، خصوصية عقود الشراكة وآلية نجاعتها بين القطاع العام والخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 06، العدد 01، جامعة الاغواط، 2022، ص 629.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

اما بالنسبة الى شركة المشروع، فهي تسعى الى تحقيق أكبر الأرباح بأقل كلفة، مع احتفاظها بسلطة اتخاذ القرارات المفصلية المتعلقة بإدارة و تشغيل المشروع وفقا للآلية التي تشاء كما تسعى أيضا إلى التخفيف من المخاطر التي تحف مراحل المشروع قدر الإمكان، من خلال توزيعها على الأطراف الأخرى كالمقاولين او المشغلين، وأخيرا فان الجهات الممولة تسعى دوما إلى الحصول على أكبر قدر من الأرباح، ولضمان تحقيق هذا فإنها تسعى إلى ربط التمويل بأصول المشروع وموجوداته، وذلك لكي تضمن سداد مبلغ القرض من التدفقات النقدية التي يديرها تشغيل المرفق، الامر الذي يستدعي بطبيعة الحال إبرام عقود تعمل على تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، وتوفق بين مصالح الأطراف المتباينة¹.

ثانيا: تعدد مراحل ابرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعد عقد الشراكة بين القطاع العام و الخاص من العقود المركبة متعددة المراحل ابتداء من مرحلة التصميم ثم مرحلتي التشييد والتشغيل وانتهاء بنقل الملكية، كما ان تنفيذ عقود الشراكة يحتاج الى ابرام العديد من العقود فضلا عن الاتفاق الذي تبرمه شركة المشروع من الجهات الممولة لتمويل تنفيذ المشروع وتشغيله والاتفاقات التي تبرمها شركة المشروع مع شركات المقاولات التي يعهد إليها ببناء المشروع و الموردين الذين يزيدون المشرع بالمعدات و المواد اللازمة وكثير من الاتفاقات الأخرى ونظرا إلى تعدد مراحل عقود الشراكة وطبيعتها المركبة فإن طول مدة العقد يعد الزمن أحد العناصر الأساسية لاستكمال جميع مراحل المشروع موضوع العقد بدءا من مرحلة التصميم مرورا بمرحلتي التشييد والتشغيل وانتهاء بنقل الملكية.²

ثالثا: ارتكاز عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص على مبدأ تقاسم المخاطر

تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها عقود ذات صفة إدارية متعددة الأطراف والمراحل وذات طبيعة مركبة تركز على مبدأ تقاسم المخاطر، بحيث يقوم هذا المبدأ على إيجاد الية متكاملة للتوازن العقدي تقوم على تنظيم المخاطر التي تحديدها وتحليلها مسبقا، وذلك لغايات تجنبها او التقليل من اثارها التي تنعكس سلبا على أهداف العقد و غايته الأساسية ومحلها وتكلفته وجودته، خاصة فيما يتعلق بعقد

¹ - سيف باجس الفواعير، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري، مجلة علوم الشريعة للقانون، المجلد 45، العدد 04، الجامعة الأردنية، 2018، ص 188.

² - احمد البرعي، سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 629.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

إداري محله أحد المرافق العامة، وذلك من خلال تدوين هذه المخاطر ومعالجتها بصورة بنود عقدية للحصول على أعلى درجة من الاستقرار و الثبات العقدي¹.

فقد اشترط المشرع ان يتضمن مشروع الشراكة إجراءات واضحة لعلمية تقاسم وتوزيع المخاطر، فعلى سبيل المثال المشرع الأردني الذي اعتبر نقل المخاطر أحد المعايير الأساسية التي تحقق عائداً إضافياً للجهة المتعاقدة وذلك لغايات احتساب القيمة المضافة مقابل المال، إضافة إلى ذلك ألزم المشرع الأردني على سبيل المثال الجهة المتعاقدة عند إعداد دراسة الجدوى أن تفرض قسماً خاصاً لتحليل المخاطر المتوقعة والآلية المقترحة لتوزيعها، و لم يتوقف المشرع الأردني عند هذا الحد، بل اشترط أن يتم تضمين مذكرة مقترح المشروع الشراكة بنوداً حول المخاطر المالية و الفنية و التشغيلية الى القطاع الخاص و التخفيف من أثارها، كما اوجب في موضع اخر تضمين عقد الشركة بنوداً خاصة بتوزيع المخاطر، وأكد ذلك حين تناول مسودة عقد شراكة باعتباره إحدى الوثائق اللازمة لطرح عطاء المشروع الشراكة وأوجب أن تشمل مسودة العقد على بنود خاصة تعالج إجراءات تحويل المخاطر².

رابعاً: تعدد ميادين مجالات تطبيق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يمكن تنفيذ صورة مختلفة من المشاريع من خلال اتباع نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهذا ما اشار اليه المشرع الأردني حيث جعل جميع القطاعات الاقتصادية محلاً لمشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولم يستثني منها سوى ما يقرر مجلس الوزراء بناء على تنصيب مجلس الشراكة بين القطاعين العام والخاص، استثناءه وعدم قابليته للشراكة فضلاً عن تنفيذ مشاريع البنية التحتية كالمطارات والطرق، محطات توليد الكهرباء الجسور، وغيرها من المرافق البنية التحتية، إذ يمكن اللجوء الى الشراكة في تنفيذ مشاريع أخرى كبناء المراكز التجارية والخدمية، المجمعات الصناعية ومواقف السيارات وغيرها من المشاريع التي لا تشكل بالضرورة مرافق بنية أساسية³.

¹- كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الاونسيترال النموذجي والتشريعات العربية، دراسة تحليلية، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعتها، مصر، 2011، ص 141.

²- احمد البرعي، المرجع السابق، ص 42.

³- سيف باجس القواعير، المرجع السابق، ص 189.

خامسا: الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

نظرا للتعريف السابقة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تعتبر هذه العقود من العقود الإدارية، حيث يكون احد أطرافها شخص من اشخاص القانون العام، وقد شهد الفقه انقسامًا واضحا حول التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين، فتعددت الآراء الفقهية في هذا الصدد، فقد اتجه جانب من الفقهاء الى تكييف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على انها عقود إدارية، وجانب ثاني من الفقهاء اعتبرها من عقود القانون الخاص، وجانب ثالث من الفقه احد موقفا وسطا بين الاتجاهين حيث اعتبر هذه العقود ذات طبيعة خاصة بين الإدارية والتجارية؛ ومن جهة أخرى نلاحظ اتجاه بعض الاقتصاديين الى اعتبارها احد أساليب الخصخصة، التي تقتصر لا على تحويل القطاع العام الى الخاص بل تشمل أي شكل من اشكال النقل وتحويل السيطرة على إدارة وتشغيل المشروعات العامة الى القطاع الخاص ، أي ان هذا الأسلوب يمتلك بموجبها الشريك الخاص أصول المشروع.¹

إلا ان بعض الباحثين الاخرين يعتبرون ان الشراكة تختلف عن الخصخصة في مصدر الالتزام الذي يحدده عقد الشراكة، بينما في الخصخصة يحدده الترخيص او الإذن الذي يمنح للشركة المخصصة كما ان ملكية المشروع تكون للدولة مدة التنفيذ.²

ويشترط أيضا التوجيه الاوروبي رقم 18 لسنة 2004 المؤرخ في 21 مارس 2004 المتعلق بإجراءات ابرام عقود الأشغال العامة لإبرام هذا الأخير الطبيعة المركبة له، وهو الشرط الذي اعتمده المشرع الفرنسي في الامر رقم 17 لسنة 2004 المتعلق بعقود الشراكة فلا يمكن للشخص الخاضع للقانون العام ابرام عقود الشراكة إلا اذا اثبت طبيعة المركبة والعاجلة محل العقد.³

يرى أصحاب هذا الرأي ان العقود التي تيرمها الإدارة مع القطاع الخاص لإقامة مشاريع اقتصادية محلية ولتأهيل البنية التحتية التي تتمثل في عقد الامتياز للمرفق العام وبعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص انها عقود مدنية من القانون الخاص إلا اذا قبل المتعاقد تغليب قواعد القانون العام على العقد

¹ - عيسى لحاق، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة المستقبل للدراسات القانونية السياسية، المجلد 03، العدد01، جامعة الاغواط، الجزائر، 2014، ص69.

² - أسماء صويلح، أحلام زغلي، المرجع السابق، ص20.

³ - كريمة جبدل، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 7، العدد 2، الجزائر، 2021، ص455.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

وبخلافه تسري قواعد القانون المدني طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومنه الإدارة سلبت من تضمين العقد أي شروط استثنائية ويكون طرفي العقد متساويين في الحقوق والالتزامات¹.

الفرع الرابع: شروط عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص

تخضع سلطة الإدارة العامة في إبرام عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص الى مجموعة من الشروط يجب التقييد بها و احترامها وعدم مخالفتها، سوف نحاول ذكرها من خلال ذلك والتعرف عليها.

اولاً: الشروط المتعلقة بحالات اللجوء الى إبرام عقد الشراكة

لا يمكن للجهة العامة اللجوء الى إبرام عقود الشراكة إلا اذا توفرت احدى الحالتين هي إما ان يكون المشروع المراد تنفيذه على وفق نموذج عقد الشراكة له طبيعة مركبة، او تكون هناك حالة يتصف بموجبه بالطبيعة العاجلة مما يقتضي إبرام عقد الشراكة؛ وتتمثل الشروط اللازمة لإبرام عقد الشراكة فيما يلي² :

1- الطبيعة المركبة للمشروع: ان الطبيعة المركبة للمشروع تتحقق عندما يثبت التقييم الذي تجرته الجهة العامة انه لا يمكنها من ناحية موضوعية ان تحدد بشكل منفرد و بصورة مسبقة الوسائل الفنية التي تلي حاجياتها او ان تكون قادرة على تحديد الجوانب المالية و القانونية للمشروع.

ويعتبر الوقوف على الطبيعة المركبة للمشروع شرطاً موضوعياً، فهو لا يرتبط بتصوير ذاتي او الشخصي للجهة العامة تقرر بموجبه عدم قدرتها على الوصول الى تحديد او تقييم للمشروع المقترح، بل يجب ان تثبت الصفة المركبة للمشروع التي تحول كم دون الوقوف مسبقاً على الجوانب المالية والاقتصادية والقانونية للمشروع بالاستناد الى معايير موضوعية مستنبطة من تحليل شامل للموضوع، والطبيعة المركبة للمشروع قد يكون مصدرها الناحية الفنية للمشروع، بحيث ان الجهة العامة لا يمكنها ان تحدد بطريقة مجردة و بشكل مسبق الوسائل الفنية اللازمة لإنجاز المشروع بالنظر الى عدم قدرتها على الوقوف بشكل دقيق على متطلبات التقنية المتصلة بالمشروع كلياً او جزئياً بسبب ما يتصف به المشروع من تكاليف اقتصادية عالية او طبيعة متطورة.

¹ - احمد البرعي، سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 361.

² - ابوبكر احمد عثمان نعيبي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الأردن، 2014، ص 136.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

وقد يكون مصدر الطبيعة المركبة للمشروع الجوانب المالية او القانونية عندما لا يكون بإمكان الجهة العامة الإحاطة الكاملة، و بشكل مسبق بالجوانب والمشكلات القانونية المرتبطة بتنفيذ المشروع بسبب تعدد الروابط القانونية التي يتطلبها تنفيذ المشروع، او بسبب عدم إمكانية للوصول الى تحديد دقيق للجوانب المالية، بالنظر الى تشابك العلاقات الناشئة عن المشروع من مستثمرين مقرضين والأطراف الأخرى التي يتطلب تنفيذ المشروع اشتراكها.

2- الطبيعة العاجلة للمشروع: تمثل الطبيعة العاجلة للمشروع الحالة الثانية التي تبرر ابرام عقد الشراكة، حيث يجب ان يتصف المشروع بحالة مستعجلة لا سيما عندما يتعلق الامر بتأخير من شأنه ان يلحق ضررا بالمصلحة العامة التي تؤثر على التسهيلات العامة او على أداء المرفق العام مهما كانت أسباب هذا التأخير او العمل على مواجهة أي عمل غير متوقع.

ومع ذلك فانه يجب التوسع في مفهوم الطبيعة العاجلة للمشروع لتفسير ان من ظروف الاستعجال يعني ان احدى الجهات العامة لعموم الافراد مثل عدم قدرة البلديات او المحافظات على تطوير الخدمات التعليمية المحدودة، لان فهم الاستعجال على أساس جسامه او خطورة اثارها سيؤدي الى عدم تمكن جهة الإدارة العامة من ابرام عقد الشراكة إلا حيث يكون احد العقارات على سبيل المثال في حالة سيئة من الناحية الفنية او على وشك الانهيار بصورة تفقده كفاءته بما يؤدي الى المساس بانتظام وسير المرفق العام.

وتجدر الإشارة الى انه لا يؤخذ في الحسبان الاستعجال الناتج عن فعل الإدارة بوصفه تأخيرا متعمدا من جانبها في ابرام احد العقود بحيث يؤدي الى اللجوء لعقد الشراكة لتلافي هذا التأخير ،اذن فالاستعجال المعتبر هو الحاصل بسبب خارجي عن الادارة المعنية¹.

3- الكفاءة الاقتصادية: المعيار الثالث هو الكفاءة الاقتصادية والمعروف أيضا باسم المزايا/التكلفة، ان على الهيئة العامة ان تثبت ان استخدام عقد الشراكة يمثل توازنا بين المزايا والمساوي الأكثر موافقة من العقود الأخرى في النظام العام².

ثانيا: الشروط المتعلقة بإجراء تقييم اولي

ان اعتماد تنفيذ أي مشروع من خلال عقود الشراكة يتوقف على اختيار تحقيقه للقيمة المقابلة لتكلفته و مقارنة هذه القيمة فيما لو تم تنفيذ المشروع من الإدارة ذاتها او من خلال طرق التعاقد الأخرى، ويهدف

¹ - انفال سردي، المرجع السابق، ص 31.

² - المرجع نفسه، ص 31.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

كذلك الى الوصول الى المقارنة بين فائدة تنفيذ المشروع بنفسها و بين فائدته اذا ما نفذ بطريق عقد الشراكة، اما العنصر الأخير فيتعلق باقتسام مخاطر المشروع حيث ان هذه العقود تستغرق مدة طويلة مما يوجب تحديد طريقة تقسيمها بين الإدارة والمتعاقد معها، لان الإدارة يهملها عدم توقف المشروع بسبب المخاطر التي يتعرض لها¹؛ ونذكر على سبيل المثال الشروط التي تضعها مصر فيما يخص عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص فهي كالتالي:

1- الشروط المتعلقة بالشريك العام: حرصت المادة الأولى من المواد اصدار القانون رقم 67 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، على تحديد نطاق عقود الشراكة في العقود التي تبرمها الوزارات والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، بالإضافة الى الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديدتها قرارا من رئيس مجلس الوزراء فقد نصت المادة على انه في تطبيق احكام هذا القانون يقصد بكل من الكلمات والعبارات الاتية المعنى المبين قرينها الجهات الإدارية الوزارات والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية بالإضافة الى الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديدتها بقرار من رئيس مجلس الوزراء².

وقد كان مشروع القانون المقدم من الحكومة والذي وافق عليه مجلس الشورى المصري، وينص بالإضافة الى ذلك الأجهزة ذات الموازنة الخاصة، غير ان اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشؤون الاقتصادية رأّت حذف هذه العبارة، لأنه لم يرد هذا المسمى في القانون رقم 54 لسنة 1974 بشأن الموازنة العامة للدولة فقد نصت المادة (3) من قانون الموازنة العامة على الاتي "ولا تشمل الموازنة العامة للدولة موازنات الهيئات العامة الاقتصادية لصناديق التمويل ذات الطابع الاقتصادي التي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس مجلس الوزراء، ويعد بشأنها موازنات مستقلة تقدم من وزير المالية الى مجلس الوزراء لإحالتها الى مجلس الشعب لاعتمادها...."، كما تنص المادة (20) من هذا القانون على انه "يجوز بقرار من رئيس الجمهورية انشاء صناديق تخصص فيها موارد معينة لاستخدامات محددة، ويعد للصندوق موازنة خاصة به طبقا لقواعد والأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ويسري بشأنها فيما يتعلق بتنفيذ احكام هذا القانون القواعد الخاصة بالمؤسسات العامة³.

¹ - أبو بكر احمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص ص 147-150.

² - عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص ص 64-65.

³ - المرجع نفسه، ص ص 64-65.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

2- الشروط المتعلقة بالشريك الخاص: القطاع الخاص هو ذلك الشخص الاعتباري سواء كان اجنبي او غير ذلك، الذي نقل نسبة مشاركة المال العام في رأسماله عن 20% والتحالف بين اثنين او اكثر من الأشخاص الاعتبارية المصرية او الأجنبية التي نقل نسبة مساهمة المال فيه عن 20%؛ وبالتالي فانه يصح ان يكون الشريك الخاص فردا او شركة، وطني او اجنبي او برأسمال مشترك، حيث انه تم اشتراط مساهمة المال العام فيه عن 20% وترجع الحكمة من هذا الشرط كما بينته المذكرة الايضاحية لهذا القانون هو منطلق الحرص على إلا تتحول المشاركة مع القطاع الخاص الى مشاركة مع شركات المال العام هذا ونود الإشارة الى ان تخصيص نسبة (20%) من اسهم شركة المشروع للجهات الحكومية حق مقرر بموجب القانون تمارسه الحكومة متى رأت فائدة او وجها لذلك و لكنه ليس بالتزام قانوني عليها بصفة الزامية فلا يمكن (للجهة/الجهات الحكومية) ان تتواجد في كل مشروع انمائي متوسط او ضخ كماله لنسبة (20%) من اسهم راس مال شركة المشروع فقد تختار الحكومة انسبة (20%) من اسهم راس مال شركة المشروع فقد تختار الحكومة في بعض المشروعات عدم تملك (20%) من أسهمها لمعطيات معينة قد ترتبط بطبيعة المشروع الو الاشراف عليه و هذا امر ممكن فلا يعني هذا بأي حال من الأحوال المخاطرة من الجهة الحكومية و الدخول في مشاريع تنموية كاستثمار بل نعتقد في وجوبية ذلك الاستثمار لتوزيع المخاطر الاستثمارية بالنسبة لكل مساهمي شركة المشروع علاوة على ان ملكية الجهة الحكومية في شركة المشروع ستساهم في حسن الرقابة على مراحل التنفيذ والتشغيل عن كثب، كما ان تملك الدولة نسبه (20%) من راس مال شركة المشروع يصعب اعتباره إعادة تدخل من الدولة في الاقتصاد والتنمية او محاولة لتقليص هامش مساهمه شركات القطاع الخاص في تحقيق و انجاز مشاريع التنمية، فلا يجب ان ننسى بان التنمية الحقيقية لا تكون إلا عبر شراكه صادقه ومتوازنة بين كل من القطاع العام والخاص كما نعتقد بضرورة مشاركة الجهة الحكومية في شركة المشروع لان بعض المشاريع التنموية حيوية بالنسبة لاقتصاد البلد ككل (20%) مثلاً؛ ومن جهة أخرى فان فكرة الانفتاح على الاقتصاد الحر دون ضوابط حيث يأخذ القطاع الخاص زمام مبادرات التنمية بنسبة(100%) ثبت وفقا للتاريخ الاقتصادي عدم فاعليته فحتى الاقتصاد الحر مر من مراحل احتكار الدولة لأوجه الحياة الاقتصادية و سيطرتها بأشكال متعددة على مشاريع النهضة والتنمية الى مراحل الاشتراك التدريجي للقطاع الخاص وخلال تلك المسيرة اتجهت دول لإعطاء دور بارز ومتقدم جدا للقطاع الخاص في تحقيق التنمية المستدامة، في حين اعادت دول عديدة النظر في هذا التوجه ايماناً منها

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

بان بعض مشاريع التنمية العملاقة لا بد للحكومة من رقابتها والاشتراك في تحقيقها نظر لحويتها وخطورتها على اقتصاد تلك الدول فالمشرع لم يفرض على الدولة الاشتراك بنسبة (20%) من راس مال المشروع؛ وبالتالي فمن الجائز قانوناً اذن ان تنعدم مشاركة المال العام تماماً في رأسمال شركة المشروع.¹

ويتميز القطاع الخاص بميزتين، الأولى الكفاءة وذلك بسبب الالتزام وبآليات وقواعد السوق وطبيعة المنافسة التي تواجهه، والثانية غياب البيروقراطية عن عمل المؤسسات الخاصة مقارنة بعمل القطاع العام، ويوفر القطاع الخاص للقطاع العام من خلال الشراكة مدى متدرج للدعم "بمختلف الصور بما في ذلك التمويل اللازم لتنمية جميع المناطق، كما يوفر تطبيقاً مباشراً لمبدأ سيادة المستهلك"، والذي سوف ينعكس على توفير رعاية كاملة لحاجات ورغبات أصحاب المصالح في التشريعات العامة، وأخيراً يوفر القطاع الخاص الية وأداة لتوزيع المخاطر التي يوجهها القطاع العام في مشروعاته.²

المطلب الثاني

أشكال عقود الشراكة وتمييزها عن العقود المشابهة بها

إن لعقد الشراكة PPP عدة صور تختلف باختلاف موضوع العقد والهدف منه، باعتبار أن عقد الشراكة PPP حديث النشأة، فهو يتميز عن غيره من العقود الإدارية في العديد من النقاط؛ لذلك سوف نخصص (الفرع الأول) لأشكال عقود الشراكة PPP، وفي (الفرع الثاني) نقوم بتمييز عقد الشراكة عن PPP عن العقود المشابهة له .

الفرع الأول: أشكال عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

من أجل تلبية الحاجات العامة والتنمية الاقتصادية تلجأ الدولة إلى إبرام عقود الشراكة بمختلف أشكالها وذلك حسب موضوع الشراكة وأهمية البالغة، ويصنف الفقه هذه العقود التشاركية إلى شراكة تعاقدية وشراكة تعاونية.

أولاً: الشراكة التعاونية

تتطوي الشراكة التعاونية بين القطاع العام والخاص على علاقة تعاونية من خلال تنظيم الأدوار بين الدولة والقطاع الخاص والتي يتم فيها اتخاذ القرار بالإجماع ويشترك، جميع الشركات بإتمام المهام، وينطوي تحت هذا النوع من الشراكة عقد التوريد والنقل، عقد تقديم المعاونة والقرض العام.

¹ - عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 67.

² - المرجع نفسه، ص 68.

1- عقد التوريد: بموجب عقد التوريد يتعهد القطاع الخاص بتوريد منقولات معينة لازمة لرفق عام مقابل ثمن معين، وتطبق على عقد النقل ذات الأحكام المطبقة على عقد التوريد إذ يعتبر عقد النقل نوعاً من التوريد¹.

2- عقد إيجار الخدمات: تتجسد الشراكة في موجب هذا النوع من العقود في حالة بيع الأسهم في الأسواق المالية، عندما تعرض الأسهم للبيع للجمهور عند بيع الشركات العامة، وكذلك البيع للعاملين والإدارة حيث تعتبر عملية التمسك داخلية حيث يحصل العاملون والإدارة على كل الشركة أو على نسبة معينة لها. لكن حسب وصف هذا العقد فإنه لا يصنف ضمن أنواع الشراكة بل يعتبر نوع من الخصخصة الجزئية خاصة من حيث بيع الأسهم وتملك العاملون على نسبة معينة منها².

3- عقد التضامن: هو عبارة عن عقد اشتراك القطاع العام والقطاع الخاص في ملكية الأصول بالنسبة للاستثمار وكذلك يتقاسمون المخاطر والخسارة في حالة وقوعها³.

ثانياً: الشراكة التعاقدية يمكن تصنيف هذا النوع من الشراكة وفق العقود المبرمة إلى عقود الخدمة، الإدارة، الإيجار، عقد الامتياز وعقود البوت.

1- عقد الخدمة: هو عقد إداري ملزم للطرفين العام والخاص فيلتزم بتوفير الخدمة المطلوبة وفق المعايير المتفق عليها عند التعاقد بينهما، في إطار عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص حيث تلتزم الدولة ممثلة بالحكومة أو إحدى هيئاتها بدفع أتعاب توفير تلك الخدمة للقطاع الخاص⁴، على أن يحتفظ القطاع العام بمسؤولية الكاملة في تشغيل وتسيير المرفق، وتكون هذه الخدمات مثلاً في قطاع المياه كقراءة العدادات وتحصيل الفواتير والقيام ببعض أشغال الصيانة الصغيرة في تعبيد الطرقات، تركيب الهواتف...⁵.

¹ - المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ص 64.

² - سهام مسكر، كريمة شايب بابا، أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار انجاز المشاريع العمومية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص 163.

³ - سمية بلغوتو، المرجع السابق، ص 48.

⁴ - سهام مسكر، كريمة شايب بابا، المرجع السابق، ص 163.

⁵ - المرجع نفسه، ص 164.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

2- عقود الإيجار: هي عقود يتم بموجبها استئجار المتعاقد الخاص أصول المرفق العام، ويكون القطاع الخاص مسؤولاً عن تكاليف تشغيل وإصلاح وصيانة هذه التجهيزات وتسييرها وتحصيل الرسوم مع تحمل المخاطر التجارية التي قد تنجز عن عدم تحميل الإيرادات.¹

فقد الإيجار كأسلوب من أساليب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على أنه عقد إداري يتم بموجبه تأجير المرفق العام من طرف الشريك العام الشريك الخاص من أجل القيام بتسييره وصيانته لفترة زمنية محددة، ويتحصل الشريك الخاص أتعابه من طرف المرتفقين؛ ويقوم عقد الإيجار على مرفق عام قائم مسبقاً ويتم إدارته وصيانته من طرف الشريك الخاص لماله من خبرة والوسائل التكنولوجية التي تسمح باستغلاله أحسن استغلال وتلبية حاجات المرتفقين من حيث الجودة والسعر.

3- عقود الإدارة: هو اتفاق تتعاقد من خلاله هيئة أو مؤسسة حكومية مع شركة خاصة محترفة لإدارة المؤسسة الحكومية وتسيير شؤونها، إذ تتحول نقط حقوق التشغيل والصيانة إلى الشركة الخاصة دون حقوق الملكية وتحصل الشركة الخاصة على تعويض مادي مقابل خدماتها؛ بمعنى آخر هو عقد يتم بمقتضاه تحويل إدارة المرفق العام من القطاع العام إلى القطاع الخاص، بحيث يتحمل هذا الأخير تشغيل وصيانة المرفق العام للفترة الزمنية المحددة في العقد، ويتميز هذا العقد بمدته القصيرة التي تتراوح عادة خمس سنوات، ويلجأ إلى هذا النوع من العقود من أجل إدارة المرفق بكفاية عالية.

4- عقود الامتياز: وفقاً لنص المادة 210 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247، ونص المادة 53 عن المرسوم التنفيذي 18-199 يعتبر عقد الامتياز آلية من الآليات التي يمكن الاعتماد عليها في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل إنشاء واقتناء اللوازم اللازمة لتشغيل المرفق العام وإدارة وصيانته من أجل تخفيف العبء المالي على القطاع العام وتقديم أحسن الخدمات للمرتفقين وتلبية الحاجات العامة، وما يميز عقد الامتياز هو طول مدته التي تصل إلى ثلاثين سنة من أجل استرجاع القطاع الخاص أتعابه، بحيث في نهاية العقد يرجع المرفق العام إلى ملكية القطاع العام بمعنى يتم بموجب عقد الامتياز نقل حقوق التشغيل والتطوير من الدولة إلى الجهة الخاصة وعلى عكس عقود التأجير يكون صاحب عقد الامتياز

¹ - حمد بن نعمان، حميد بوزيدة، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تحقيق التنمية المحلية مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، المجلد 02، العدد 09، ص 186.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

مسؤول عن كل النفقات الرأسمالية والاستثمارات، ويتم استرجاع الأصول من طرف القطاع العام عند نهاية فترة الامتياز بما يضمن له تغطية نفقات التشغيل وخدمة الديون واستهلاك استثمارية.¹

5- عقد البوت B.O.T: عبارة BOT هي اختصار لكلمات انجليزية Build-operate transfer والتي تقابلها باللغة العربية بناء تمليل ، تشغيل ، تحويل ويعرف عقد البوت بأنه ذلك العقد التي تقوم بموجبه الدولة بتكليف الشخص الخاص سواء كان وطنيا أو أجنبيا ، من أجل القيام بمشاريع البنية التحتية بدأ من تصميم وانجاز وتمويل واستغلال وصيانة ونقل ملكية المشروع إلى الدولة في نهاية هذا العقد²، ويتضمن هذا النوع من العقود العديد من الأشغال كالبناء والتشغيل والتحويل BOOT، البناء، التملك التشغيل التحويل BTO، البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، وهذا الأخير يعتبر من الأساليب الجديدة لمظاهر الشراكة بين القطاع العام والخاص حيث تمنح الدولة القطاع الخاص امتيازات تنفيذ مشاريع البنية التحتية ، ويقصد به تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب رأسمال قطعة من الأرض لإقامة مشروع البنية الأساسية والمرافق العامة وفقا لمواصفات محددة سلفا بين الدولة والمستثمر³، على أن يتحمل هذا الأخير أعباء شراء الآلات والمعدات والتكنولوجيا ويقوم ببناء المشروع وتشغيله وإدارته مقابل الحصول على إيرادات التشغيل خلال فترة الامتياز التي تحددها الدولة على أن يتم تحويل المشروع الاستثماري بعد انتهاء هذه المدة إلى الحكومة التي يحق لها التصرف فيه أو تجديد فترة الامتياز أو تتعاقد مع مستثمر آخر... الخ⁴.

الفرع الثاني: تمييز عقود الشراكة عن العقود المشابهة بها

إن قضاء مجلس الدولة الفرنسي واتجاه المشرع الفرنسي في تقنين الأشغال العامة الصادر في 2001 قد وضع عقد مشروعات مقاوله الأشغال العام في أزمة قانونية، سواء من ناحية محله المركب الذي يدخله في نطاق العقود الإجمالية ، أو من ناحية حصول المتعاقد على المقابل المالي الذي يتم في شكل ثمن مجزأ على طول مدة العقد، مما مهد الطريق لظهور طائفة عقود الشراكة التي أجاز المشرع فيها ما كان

¹ - سمية بلغنو، المرجع السابق، ص 48.

² - رشيد فراح، كريمة فرجي، الشراكة بين القطاعين العام والخاص أداة لتنفيذ وتنمية الاستثمارات العمومية، مجلة معارف، جامعة البويرة، المجلد 02، العدد 22، 2017، ص 88.

³ - المرجع نفسه، ص 89.

⁴ - المرجع نفسه، ص 90.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

سببا في إنهاء وجود عقود METP من الناحية القانونية، فهذه العقود كانت في منطقة وسط بين طوائف العقود الخاضعة لتقنين الأشغال العامة وطوائف عقود تفويض المرفق العام أو عقود الإدارة غير مباشرة.¹ من خلال المعيار القضائي يمكن التمييز يمكن تمييز عقود المشاركة، بحيث يكون نفس المعيار أساسا في بيان أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين العقود الأخرى، فهذا الأسلوب في التمييز بين عقود الشراكة والعقود الإدارية الأخرى يؤدي إلى تقادي التكرار عند قيام التمييز على أساس استعراض الفروق بين عقود المشاركة وكل عقد إداري آخر، وذلك لأن فكرة الثمن كميّار تشمل العديد من العقود الإدارية في طائفة واحدة، كما أن فكرة نتائج الاستغلال تشمل العديد من العقود المشكّلة أخرى²، وكذلك يكون التمييز بين عقود المشاركة وبين العقود الإدارية الأخرى مرتكز على معيار حصول أسلوب حصوله على مقابل المالي حسب ما إذا كان ثمنا تؤديه الإدارة لمتعاقدتها أو يكون المقابل المالي مرتبط بالنتائج المالية للاستغلال.

أولا: تمييز عقود الشراكة عن العقود التي يكون المقابل المالي فيها ثمنا

يتحدد المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد كمقابل لتنفيذ التزاماته العقدية في العديد من العقود في شكل ثمن تدفعه الإدارة، يربط بنسبة الأعمال المنفذة فعلا، وتغطي هذه الفكرة طوائف العقود التي تخضع³ لتقنين الأشغال العامة وعقود التوريد، وعقود تلقي الخدمات.

وقد نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-147 على "أن يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية؛ فالرابط بين هذه العقود جميعا على الرغم من إخلاف مضمونها، هو أن المقابل المالي المستحق للمتعاقد يأخذ شكل ثمن تلتزم به الإدارة اتجاه المتعاقد معها وهذه الفكرة تمكنا من إجمال مجموعة من العقود في إطار معين وتمييز بينها وبين عقود الشراكة.

1- أوجه الشبه مع عقود الشراكة PPP: إن عقود الأشغال العامة بأشكالها المختلفة مقاولات أشغال عامة، توريد خدمات تخضع في نظامها القانوني لقانون الصفقات العمومية، بينما تخضع عقود الشراكة لنظام خاص بها وبالرغم من اختلاف النظام القانوني الذي يحكم كل طائفة من هذه العقود فيمكن رصد العديد من

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 278.

² - المرجع نفسه، ص 279.

³ - رجب محمود محمد طاجن، عقود الشراكة دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 75.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

أوجه الشبه بينهما، باعتبار أنهما يخضعان معاً لنظام مشترك وهو نظام العقود الإدارية، فمنها تمايزاً في القواعد القانونية التي تطبق على كل منها على حدى إلا أن ذلك لا يحول دون خضوعهما للقواعد المشتركة لنظام العقود الإدارية.

فمن ناحية إذا كانت عقود المشاركة من العقود الإجمالية، فإن عقود الأشغال العامة يمكن في بعض الحالات أن تكون من العقود الإجمالية أو المركبة أيضاً فالقاعدة في عقود المشاركة أنها عقود إجمالية تشمل عمليات التصميم والإنشاء والتشغيل والإدارة والصيانة، وهو ما استدعى إقامة نظام قانوني خاص بها¹. كما تشترك عقود الشراكة وعقود الأشغال العامة في أنهما من العقود الإجمالية، كون عقود الشراكة تتضمن عدة عمليات كالتصميم والبناء والتمويل والتشغيل والصيانة، كما يمكن للصفات العمومية أن تكون عقود إجمالية مركبة في بعض الأحيان قد تتضمن عدة عمليات أو بعض منها.

عقود الشراكة وبالرغم من أنها عقود مركبة تشتمل على مراحل متتالية تبدأ بالتصميم ثم الإنشاء والتجهيز والتشغيل والاستغلال ثم أخيراً بالصيانة التي تبقى على الإنشاءات محل العقد في حالة فنية مناسبة مؤدية للهدف من إبرام العقد، إلا أنها لا تصل مع ذلك إلى درجة تفويضي إدارة المرفق العام إلى المتعاقد بسبب أسلوب حمولة على حقوقه المالية من جهة الإدارة في شكل إيجار دوري، ما يقر بها من عقود الأشغال العامة وبعدها عن في ذات الوقت عن عقود تفويض المرفق العام الذي يعتمد نظامها القانوني على مبدأ تفويض الإدارة للمتعاقد إدارة المرفق².

بمعنى عقود المشاركة تقع في منطقة وسطى بين عقود الأشغال العامة وعقود تفويض المرفق العام، لأن المتعاقد يقوم باستغلال الإنشاءات العامة خارج نطاق فكرة المرفق العام بالمعنى المفهوم في عقود التفويض³.

ويتشابه العقدان في هوية الجهة التي تمنح المتعاقد حقوقه المالية فالنوعان من العقود يقومان على أن جهة الإدارة المتعاقدة تلتزم بدفع مقابل ما قام به المتعاقد من أعمال في شكل "ثمن" سواء ارتبط هذا الثمن بالأعمال التي نفذها المتعاقد فعلاً صفقة عمومية تطبيقاً لقاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة أو حصل عليه المتعاقد في مرحلة تالية للتنفيذ وأثناء التشغيل في صورة مبالغ مالية دورية "عقود الشراكة PPP" ففي

¹ - رجب محمود محمد طاجن، المرجع السابق، ص 93.

² - كمال مدون، المرجع السابق، ص 282.

³ - رجب محمود محمد طاجن، المرجع السابق، ص 96.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

النوعين من العقود، يتحدد المقابل المالي في ضوء تمن تدفعه جهة الإدارة مع اختلاف في أساس وأسلوب دفع الثمن¹، كما يتشابه النوعين في خضوعهما لمبدأ التفاوض التنافسي، فعقود المشاركة تخضع لمبدأ التفاوض بين المترشحين لتنفيذ العقد مع الإدارة في حالة ثبوت الطبيعة المركبة أو الإجمالية للمشروع وفقاً للتصوير المبدئي للمشروع التعاقدية.

ويجب لمشروعية هذا الإجراء أن تساوي الإدارة بين كل المتقدمين أو المترشحين للتعاقد، فلا يجوز لها مثلاً أن تتفاوض مع بعض المترشحين دون البعض الآخر أو تمنح بعض المترشحين بيانات أو معلومات تؤدي إلى أن يصبحوا في وضع الأفضلية اتجاه المشروع التعاقدية بالنسبة للمترشحين الآخرين، ولا يمكنها أن تطلع أحد المترشحين على حلول اقترحها غيره من المترشحين أو بيانات سرية قدمها لجهة الإدارة دون موافقة².

ومن جانب آخر فإن الصفة العمومية تخضع كعقود المشاركة لمبدأ التفاوض التنافسي، ولكن ليس كقاعدة عامة كما هو الحال في عقود المشاركة التي غالباً ما تكون إجمالية ومركبة، فإذا كان لجهة الإدارة أن تلجأ صفتها إلى هذا الإجراء مع المرشحين المقبولين بغرض تحديد أو تطوير العديد من الحلول التي تراها كفيلة بتحقيق الهدف من العقد على أساس أن يعيد المرشحين تقييم عطاءاتهم التي سبق أن تقدموا بها³.

ويشترك النوعان كذلك في إمكانية اللجوء إلى التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن تنفيذها وخاصة التحكيم ولكي تستطيع هذه الأشخاص أن تلجأ إلى التحكيم، فلا بد أن تنص على ذلك صراحة في العقد، الذي يجب أن يحدد الشروط التي بمقتضاها يمكن اللجوء إلى التحكيم، فعقود المشاركة باعتبار أنها تتضمن الطابع التجاري الدولي، فإن الشريك الخاص خاصة إذا كان أجنبي فإنه في بعض الأحيان أثناء إبرام العقد يشترط من الجهة الحكومية الممثلة في الشريك العام إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع أثناء تنفيذ العقد وذلك الأمر بالنسبة للصفقات العمومية حيث نص المشرع على ذلك صراحة في نص المادة

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 283.

² - المرجع نفسه، ص 283.

³ - رجب محمود محمد طاجن، المرجع السابق، ص 100.

153 من المرسوم 147-15 والتي جاء فيها على أن المصلحة المتعاقدة أن تبحث على الحل الودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذها.¹

كما أن اللجوء إلى التحكيم ليس إجبارياً للأطراف، بل يظل اختيارياً كأحد الخيارات لتسوية المنازعات، فلا يوجد ما يحول دون أن يلجأ الأطراف إلى الخبراء أو إلى لجنة مشتركة متعادلة العدد أو إلى الوساطة، وإلا يغيب كل شرط تعاقدي يحدد طريقة حل المنازعات التعاقدية، فإن الفضاء الإداري سيكون المختص بذلك لأنه صاحب الاختصاص العام والأصيل في نظر المنازعات الإدارية عقدياً أو غير عقدياً.²

2 - أوجه الاختلاف مع عقود المشاركة PPP : لا تشير السمات السابقة والتي تجمع بين عقود الشراكة والصفقات العمومية إلى عدم وجود فوارق واختلافات بينهما ترجع في الأساس إلى الآليات التي تخضع لها كل طائفة منها وإلى اختلاف الأهداف التي من خلالها لجأ المشرع إلى وضع نظام قانوني متميز لعقود الشراكة في القانون الفرنسي والمصري.

فتختلف عقود المشاركة عن الصفقات العمومية في طريقة أداء المقابل المالي المستحق للمتعاقد فإذا كانت الطائفتان من العقود تتفقان في أن المقابل المالي يتحدد في شكل تمن أو مبلغ من المال يحصل عليه المتعاقد إلا³ أنهما يختلفان كلياً في آليات أداء الإدارة لهذا الثمن ، فإن كان للمتعاقد في عقود الأشغال العامة أن يحصل على دفعات مقدمة تحت الحساب تسبق أو دفعات ترتبط بالتنفيذ الفعلي وتبعاً لتقدمه ، إلا أن نظام الثمن في هذه العقود يخضع لقاعدة جوهرية تميزها عن غيرها من العقود الأخرى وهي قاعدة عدم الدفع المؤجل أو المجزأ التي يمكن على عكس اللجوء إليها في نطاق عقود الشراكة حيث نصت المادة 108 من المرسوم الرئاسي 147-15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام "على أن المتعاقد يحصل على مقابله المالي وفقاً لثلاث طرق ، وهي عن طريق دفع تسبيقات أو الدفع على الحساب أو عن طريق التسويات على رصيد الحساب"؛ أما عقود الشراكة فلا تخضع لهذا المبدأ من الدفع ، إنما يحصل المتعاقد من الإدارة على مقابله المادي كقاعدة عامة عن طريق الاعتماد على مبدأ الدفع المجزأ

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 284.

² - رجب محمود محمد طاجن، المرجع السابق، ص 103.

³ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 285.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

والمؤجل بحيث يحصل الشريك الخاص على حقوقه المالية من طرف الشريك العام بصفة دورية قد تكون كل ستة أشهر أو كل سنة أو حسب ما انفق عليه الطرفان في العقد.¹

وقد يبرر فلسفة حظر الدفع المؤجل أو الجزأ في عقود الأشغال العامة استناداً إلى طبيعتها، إذ أنها غالباً ما تكون قصيرة المدة لا تتعدى العام الواحد في غالب الأحوال، وتتعلق بحاجيات ضرورية لجهة الإدارة يلتزم المتعاقد بأدائها في أوقات محددة.

قد يؤدي الدفع المؤجل إلى عدم قدرته على متابعة التنفيذ في بعض الفروض، كما أن طريقة الدفع المؤجل قد تؤدي إلى خلل في ميزانيات جهة الإدارة في حالة مجاوزة مدة العقد لسنة مالية واحدة بما يعد عائقاً أمام الاستمرار في تنفيذ برامج التنمية الاجتماعية والاقتصادية.²

ويختلف العقدان في مدة العقد، فمن سمات الصفقات العمومية أنها قصيرة المدة ولا تتجاوز السنة الواحدة في غالب الأحيان بسبب تعلق موضوعات إما بتوريدات أو تلقي خدمات وهي بطبيعتها لا تستغرق فترة زمنية طويلة لأدائها، بخلاف عقود مقاولات الأشغال العامة والتي قد تتعدى مدة السنة ولا تتجاوز خمس سنوات كحد أقصى إلا في بعض الحالات الاستثنائية .

أما بالنسبة لعقود المشاركة فهي عقود طويلة المدة تتراوح بين خمس 05 سنوات وثلاثين (30) سنة في الغالب حسب طبيعة محل العقد الذي يشمل مشروعات يبدأ من التصميم والإنشاء ثم التشغيل والصيانة، ويتعلق بأحد مشروعات البنية الأساسية في مجال النقل أو مشروعات مياه الشرب أو مياه الصرف الصحي... وما يستلزم أو تكون مدة العقد طويلة نوعاً ما حتى تنتهي هذه الأعمال وحتى يستطيع المتعاقد كذلك أن يسترد ما سبق وأن أنفقه في إقامة المشروع مع تحقيق هامش معقول من الربح، ومثل هذا الوضع لا يوجد في عقود الأشغال مما جعلها عقوداً قصيرة المدة.³

ويختلف العقدان كذلك من حيث طبيعة الالتزامات محل العقد فعقود الأشغال العامة محددة طبيعتها من ناحية الأسعار أو المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد، وكذلك من حيث محل العقد أو التزامات

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 286.

² - المرجع نفسه، ص 286.

³ - رجب محمود محمد طاجن، المرجع السابق، ص 113.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

المتعاقد لحظة التوقيع على العقد غير ممكن كما في حالة العقود التي ترد على الالتزامات ذات طبيعة مركبة أو تلك التي يتعلق محلها بوسائل فنية جديدة ولا يمكن تحديد محل العقد والتمن بطريقة محددة مقدماً¹.

أما في عقود المشاركة وبسبب طبيعة التزامات التعاقد المركبة والمشملة على العديد من المراحل وعلى الكثير من الالتزامات وخاصة في مجال مشروعات البنية الأساسية المعقدة نوعاً ما، فإنه يكون من الصعب تحديد مدى التزامات المتعاقد بدقة لحظة إبرام العقد. إذ يتعلق العقد بالتصميم والإنشاء والتشغيل والصيانة في مقابل مبالغ مالية دورية تدفعها الإدارة ... فمضمون التزامات المتعاقد في مثل هذا النوع من العقود طويلة المدة وما يرتبط بذلك من تطورات اقتصادية ومالية وفنية وتكنولوجية يحول بلا شك دون التحديد الدقيق لمحل لحظة التوقيع عليه².

ويخضع إبرام عقد المشاركة إلى قاعدة الإعلان المسبق، الذي يسمح بتقديم أكثر من عرض يتم المفاضلة بينهما تنافسياً، كأثر لمدة تنفيذ هذه العقود التي تمتد لسنوات مما يستلزم ضرورة اللجوء إلى إجراءات تضمن الشفافية والتي تؤدي إلى اختيار أفضل العروض المقدمة. على عكس ذلك الصفقة العمومية، وإن كانت تخضع كقاعدة عامة لمبادئ العلانية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة بقصد اختيار أفضل العروض المقدمة، فإن المشرع أجاز في بعض العروض إبرام أحد الصفقات العمومية، غير أن عقود الشراكة لا تخضع لهذا المبدأ لأن أسلوب التراضي تلجأ إليه الإدارة العامة في حالة انجاز مشاريع ذات طابع استعجالي وذات أهمية بالغة لا يمكن أن تتلاءم مع أسلوب وإجراءات طلب العروض وغيرها في الحالات المنصوص عليها في المواد 49 و51 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، وهذا الإجراء يعتبر استثناء على القاعدة العامة التي هي تلقي العرض في الصفقات العمومية، غير أن عقود الشراكة لا تخضع لهذا المبدأ لأن أسلوب التراضي تلجأ إليه الإدارة العامة في حالة انجاز مشاريع ذات طابع استعجالي وذات أهمية بالغة لا يمكن أن تتلاءم مع أسلوب وإجراءات طلب العروض وغيرها في الحالات المنصوص عليها في المادة 49 من هذا المرسوم؛ وبالتالي فإن الإدارة العامة وبنسبة إنجازها مشاريع في إطار عقود الشراكة لا تتضمن الطابع الاستعجالي³.

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 287.

² - رجب محمود محمد طاجن، المرجع السابق، ص 114.

³ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 288.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

وتختلف الطائفتان من العقود في أن عقود المشاركة تقوم على مبدأ توزيع المخاطر بين الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعاقد معها، بقصد ضمان تنفيذ آمن ومتكامل للالتزامات المتبادلة تحقيقاً للمصلحة العامة التي بررت توقيع العقد.

وتقريباً لهذه الاعتبارات تطلب المشرع الفرنسي والمصري ضرورة أن يتضمن العقد شرطاً يحدد المعايير التي على أساسها يتم اقتسام المخاطر بين الإدارة والمتعاقد معها¹، أما في الصيغة العامة لا يوجد مبدأ اقتسام أو توزيع المخاطر، لأن الأصل أن يبرم العقد على أساس التحديد الدقيق للمقابل المالي للمتعاقد ولكافة حقوقه، وإذا ما وجدت مخاطر تحيط به بتنفيذ هذه العقود، فإن المتعاقد يتحملها كلياً أو جزئياً في إطار النظرية العامة للعقود الإدارية أو وفقاً لما يتفق عليه في العقد².

ثانياً: تمييز عقود الشراكة عن العقود التي يرتبط المقابل المالي فيها بنتائج الاستغلال

يرتبط المقابل المالي للمتعاقد في أغلب العقود الإدارية بمعيار نتائج الاستغلال لا بمعيار الثمن الذي هو عبارة عن مبلغ تدفعه الإدارة للمتعاقد بمقابل للأعمال المنجزة فعلاً، وتدخل ضمن طائفة العقود التي يرتبط المقابل المالي فيها بنتائج الاستغلال عقود BOOT-BOOT، ففي عقود البوت المبرمة في مجال البنية الأساسية، يحصل المستثمر على حقوقه المالية من نتائج التشغيل أو الاستغلال، المتمثلة في تقديم الخدمة إلى المنتفعين من المرفق فإذا كان المتعاقد في العقود المشار إليها يحصل على حقوقه المالية في صورة ثمن من الإدارة المتعاقدة، إلا أن هذا المقابل المالي يرتبط بنتائج الاستغلال، لأن جهة الإدارة لا تدفع مقابل إلا نظير ما أنتجه المتعاقد بالفعل³.

فالجامع بين العقود المشار إليها أن المقابل أو الحقوق المالية للمتعاقد تتجدد بالنتائج المالية للاستغلال، لا بمبدأ الثمن المطبق في نطاق عقود الأشغال العامة، وعلى هذا الأساس نستطيع التمييز بين هذه العقود جميعاً من جانب وعقود المشاركة من جانب آخر فنعرف بإيجاز لمعيار النتائج المالية للاستغلال كميز للعقود المشار إليها، ثم لأوجه الشبه بين هذه العقود وعقود المشاركة، وأوجه الاختلاف بينهما.

1- أوجه الشبه مع عقود المشاركة PPP: لا يؤدي خضوع كل من عقود المشاركة والعقود التي يرتبط المقابل المالي المستحق للمتعاقد بنتائج الاستغلال إلى نظام قانوني مميز فالنقاط التي يشتركان فيها يمكن

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 289.

² - رجب محمود محمد طاجن، المرجع السابق، ص 116.

³ - المرجع نفسه، ص 120.

حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

ملاحظتهما بوضوح، باعتبار كلا النوعين يعدان من العقود الإدارية في كل من القانون المصري والقانون الفرنسي والجزائري.

فيعدان من العقود الإجمالية المركبة التي تتكون العلاقة التعاقدية فيها من العديد من المراحل المتصلة والمتتالية، وتتشأ في رحابها صورة أخرى من العلاقات القانونية المتنوعة¹ فإذا كان عقد المشاركة كما أشرنا من العقود الإجمالية التي تضم مراحل التصميم والإنشاء التشغيل والصيانة أو بعض هذه العمليات فلا يوجد ما يحول مطلقا بين عقود المرفق العام التي يرتبط المقابل المالي فيها بنتائج الاستغلال وبين أن تكون عقود إجمالية مركبة تشمل التمويل والإنشاء والاستغلال، كما هو الحل في بعض عقود التزام الأشغال العامة المكتملة بعقد التزام المرفق العام في حالة ما إذا كان العقد يتعلق بالإنشاء والإدارة، فلا يوجد ما يحول في عقد تفويض المرفق العام من أن يتحمل الملتزم مسؤولية إنشاء المرفق وإدارته مقابل الحصول على المزايا المالية التي يقررها له المانح بالإضافة إلى جني الأرباح الناتجة عن استغلال المرفق، كما أن العقدان يبرمان لمدة طويلة، فعقود الشراكة ممكن أن تصل 30 سنة²، وكذلك بالنسبة لعقود التفويض ممكن أن تصل 30 سنة في عقود الامتياز³.

كما تخضع الطائفتان من العقود لمبدأ العلانية وحرية المنافسة، فإذا كان الإطار التقليدي لعقود الالتزام قد ظل خاضعا لفترة زمنية طويلة لفكرة الاعتبار الشخصي التي تعطي للإدارة المانحة قدرا كبيرا من الحرية في اختيار المتعاقد معها مراعاة لطبيعة هذا النوع من العقود إلا أن القاعدة قد تغيرت في الوقت الحالي استجابة للتطورات القانونية والاجتماعية والاقتصادية؛ ومنذ عام 2015 ومع صدور المرسوم الرئاسي 147-15 بتاريخ 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خضعت عقود إدارة المرفق العام جميعها لمبادئ العلانية والمنافسة⁴، كما تخضع عقود المشاركة كما أشرنا سابقا عند مقارنتها مع عقود الأشغال العامة، لذات قواعد العلانية والمنافسة كعقود إدارة المرفق العام.

¹ - رجب محمود محمد طاجن، المرجع السابق، ص 122.

² - كمال مدون، المرجع السابق، ص 291.

³ - المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع سابق.

⁴ - المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع سابق.

حديثاً في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

2- أوجه الاختلاف مع عقود المشاركة PPP: تعد الأوجه التي تختلف فيها عقود إدارة المرفق العام التي يرتبط المقابل المالي فيها بنتائج الاستغلال مع عقود المشاركة، الأمر الذي حتم أفراد هذه الأخيرة بنظام قانوني خاص يتجاوب مع طبيعتها المتميزة من الناحيتين القانونية والمالية؛ فإذا كانت عقود تفويض إدارة المرفق العام تتعلق بالإدارة المترتبة على الاستغلال فإن عقود المشاركة تعد أحد طرق التمويل في إنشاءات البنية الأساسية المخصصة للمرافق العامة وخدماتها؛ حيث أن عقود المشاركة تعد بالأساس من عقود التمويل لإنشاء مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة أن المتعاقد ومن خلال عقد إجمالي يلتزم بتمويل إنشاءات البنية الأساسية وبالتشغيل والصيانة في مقابل حصوله على مبالغ مالية دورية من جهة الإدارة المتعاقدة.¹

فلا يمكن تصنيف عقود المشاركة بأنها من عقود التمويل دون اعتبارها أيضاً من عقود الإدارة، فنظامها القانوني يعطي المستثمرة الحق في إدارة المرفق الذي أنشأه طوال مدة العقد، وهو أشمل بذلك من عقود إدارة المرفق العام بخلاف عقود البوت التي تعد من عقود التمويل والإدارة أيضاً كعقود المشاركة.²

وإذا كانت الطائفتان من العقود تفترضان من ناحية وجود المخاطر المرتبطة بالاستثمار والإدارة، فإن تطبيق هذه المخاطر يختلف جوهرياً في كل منها، فهذه المخاطر تكون في عقود إدارة المرفق العام لاحقة لإبرام العقد أي أثناء التنفيذ، باعتبار أن هذه العقود عقود إدارة لا عقود تمويل أما في عقد المشاركة طريقة من طرف التمويل ونقل التكنولوجيا يجعل من الممكن توقع المخاطر التي سنواجه المشروع بمختلف جوانبها فنية كانت أم مالية فمثل هذه العوامل تؤدي إلى إمام الطرفين بكل دقائق المشروع قبل توقيع العقد بما يهيئ بسلاسة عملية اقتسام المخاطر فيما بينهما، بالنظر إلى تقاضي المتعاقد حقوقه المالية في صورة مبالغ دورية ترتبط بتطور المشروع؛ ومثل هذه الضوابط المسبقة لإبرام عقد المشاركة تبررها السمة العامة لها المتمثلة في كونه من عقود التمويل لأمن عقود الإدارة.³

وتوجد العديد من الاختلافات الأخرى بين الطائفتين من العقود فيما يتعلق بالمقابل المالي المرتبط بالنتائج المالية للاستغلال دون الوقوف عند طبيعة مصدره في عقود المرفق العام، ومثل هذا الوضع لا يوجد

¹ - رجب محمود طاجين، المرجع سابق، ص 123.

² - المرجع نفسه، ص 123.

³ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 294.

حديثّة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري

في طائفة عقود المشاركة التي يرتبط المقابل المالي فيها بشكل متدرج يتطور المشروع وبصفة دورية طوال مدة العقد دون أن يرتبط بنتائج الاستغلال.¹

ومن بين الاختلافات أخيرا، ما يرتبط بطبيعة شركات الاقتصاد المختلط باعتبارها شركة مساهمة وهو ما يعطيها مجالا متسعا للنشاط يتجاوز معيار التخصص ففوق إمكانية قيامها بتنفيذ مشروعات إنشائية وتنظيمية في مجالات البنية الأساسية والمرافق العامة وخدماتها، فإنها يمكن أن تتولى استغلال المرافق الصناعية والتجارية أو أي نشاط آخر يتصل بالمصلحة العامة، بالإضافة إلى إمكانها إدارة العديد من أوجه النشاطات ذات الصفة التكميلية بالنسبة للنشاط الأصلي الذي تتولاه، كما يمكنها كذلك أن تتولى أوجه الأنشطة التابعة لجهات إدارية لا تشارك في رأسمالها.²

¹ - كمال مدون، المرجع السابق، ص 295.

² - المرجع نفسه، ص 295.

خلاصة الفصل

من خلال هذا الفصل، تم التطرق إلى آليات أخرى مستحدثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري تتمثل في عقد البوت (B.O.T) وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، باعتبارها أسلوب جديد في التسيير العمومي، تلجأ إليها الدول من أجل معالجة عدة مشاكل أدت إلى تأخر بنيتها التحتية ونهوض باقتصادها، لأن هذا النوع من العقود يعد من بين أحد الحلول المتاحة حالياً يجب تبنيها من أجل أحداث تنمية اقتصادية، حيث تم دراسة مفهوم عقد البوت B.O.T وتطوره التاريخي بالإضافة إلى أهم أشكاله وطبيعته القانونية ونهايته، بالإضافة إلى مفهوم عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وأهم خصائص التي تقوم عليها الشراكة وكذا أهم الشروط لإبرامها، بحيث تعد هذه الآليات ضرورة فرضتها العولمة بحكم توسع حجم المبادلات التجارية على المستوى العالمي، والتطور التكنولوجي المستمر.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي تطرقنا فيها لموضوع التوجه الحديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري، من خلال التفصيل في الآليات المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة، يمكن القول أن عقود تفويض المرافق العامة تشكل تقنية حديثة ظهرت في دول العالم من بينها الدول العربية مثل مصر والجزائر وذلك استنادا للنصوص القانونية الصادرة في هذا المجال، والتي تعتبر طريق الانفتاح لإيجاد أساليب جديدة لتسيير تلك المرافق التي تتماشى ومتطلبات الفعالية والنجاعة في تلبية حاجات المرتفقين من خلال اشراك القطاع العام والخاص في إدارة هذه المرافق، وبذلك تعد عقود تفويض المرفق العام من أهم العقود الإدارية التي يكون موضوعها تسيير واستغلال المرافق العامة.

كما أن عقد البوت (B.O.T) يعتبر من اهم الاساليب الاستثمارية التي تعمل بها الدولة من اجل انعاش الاقتصاد ودفع عجلة التنمية الاقتصادية في المجتمع، فهو يعتبر فاعلا أساسيا في مجال إقامة وتسيير المشاريع الضخمة والبنى التحتية، لذلك فقد تم الاعتماد عليه في الأونة الأخيرة بشكل كبير سواء لاسيما في الدول النامية كونه يعفيها من مصاريف البناء والتشغيل؛ كما أن عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لها دور كبير أيضا بمساهمتها بمختلف اساليبها في تحقيق التنمية وتقديم الخدمات العمومية بكفاءة عالية، في ظل تعدد أشكالها واختلافها عن العقود المشابهة لها.

ومن خلال ما سبق دراسته حول الموضوع، تم التوصل إلى النتائج التالية:

- لنظام تفويض المرفق العام فوائد عديدة منها معالجة قصور إدارة وتسيير وتمويل بعض المشروعات والمرافق العامة وتحقيق الفعالية في تقديم الخدمات العمومية؛
- تبقى عقود تفويض المرافق العامة بمختلف أشكالها من امتياز وإيجار ووكالة محفزة وتسيير من أبرز الحلول لمواجهة عجز الدولة في تسيير كل المرافق العامة خاصة على المستوى المحلي؛
- يعتبر نظام البوت (B.O.T) أحد الآليات الفعالة في ضمان إنشاء وتسيير المرافق العامة في الدولة، إذ يشكل اتفاق بين الدولة وأحد المستثمرين لتمويل انشاء وتسيير واستغلال مشروع مقابل حصوله على إيرادات الاستغلال لمدة معينة عند انتهائها تنتقل ملكية المشروع للدولة؛

الخاتمة

- تعد عقود شراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص آلية جديدة تلجأ اليها الدول من اجل معالجة عدة مشاكل أدت الى تأخير بنيتها التحتية والنهوض باقتصادها؛
 - تتميز عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص انها تطبق على نطاق واسع وتشمل عدة مجالات، حيث تعتمد عليها الدول من اجل النهوض ببنيتها التحتية وتحقيق التنمية المستدامة؛
 - تمثل هذه الآليات المستحدثة من تفويض ونظام البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص مجال لضمان التسيير الأمثل للمرافق العامة وتحقيق الفعالية في تقديم الخدمات العامة من جهة، ومجال لتوفير مناصب الشغل وتخفيف من نسبة البطالة في الدولة من جهة أخرى.
- ولمعالجة الثغرات ذات الصلة بموضوع الدراسة وإثراءه، نقترح ما يلي:
- تفعيل أشكال تفويض المرفق العام خاصة على المستوى المحلي، من خلال تسهيل الإجراءات وتحفيز القطاع الخاص على المساهمة في تسيير المرافق العامة لا سيما ذات الطابع الاقتصادي؛
 - وضع نظام قانوني خاص بنظام البوت (B.O.T) وفصله عن الامتياز، والتوسيع من مجالات تطبيقه لا سيما المشاريع ذات الأهمية الوطنية والاقتصادية؛
 - التوجه نحو اعتماد نظام البوت (B.O.T) كأولوية في إنشاء وتشغيل المرافق العامة التي تشكل البنى التحتية ذات التمويل الضخم لتخفيف الأعباء المالية على الدولة من جهة وضمان جودة وفعالية هذه المرافق من جهة أخرى؛
 - التوجه نحو تفعيل عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص كبديل حديث في تسيير المرافق العامة، بما يكفل توفير مؤهلات وخبرات القطاع الخاص من جهة، وضمان إشراف ورقابة الدولة من جهة أخرى.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

1- النصوص القانونية

أ- القوانين والأوامر

- الأمر 67-24، المؤرخ في 18 جانفي 1967 المتضمن قانون البلدية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 06 الصادرة في 18 جانفي 1967 (ملغى).
- الأمر 69-38، المؤرخ في 23 ماي 1969 يتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة في 23 ماي 1969 (ملغى).
- القانون رقم 82-13، المؤرخ في 28 أوت 1982، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيورها، الجريدة الرسمية، العدد 35، الصادرة في 31 جويلية 1988، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 86-13 المؤرخ في 19 أوت 1986، الجريدة الرسمية، العدد 35 الصادرة في 27 أوت 1986.
- الأمر رقم 01-04، المؤرخ في أوت 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، الجريدة الرسمية، العدد 47، الصادرة في 22 أوت 2001.
- القانون رقم 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية، العدد 60، الصادرة في 04 سبتمبر 2005.
- القانون رقم 67-2010، المتعلق بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (أ)، الصادرة في 18 ماي 2010، المعدل والمتمم في 2010 الذي جاء بديلا عن قانون رقم 129 لسنة 1947.
- القانون رقم 10-03، المؤرخ في 15 أوت 2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة في 18 أوت 2010.
- القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، الصادرة في 03 جويلية 2011.
- القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، العدد 12، الصادرة في 29 فيفري 2012.

قائمة المصادر والمراجع

- القانون رقم 49 لسنة 2015، المؤرخ في 27 نوفمبر 2015، المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 96، الصادر في 01 ديسمبر 2015.
- القانون رقم 47 لسنة 2019، المؤرخ في 29 ماي 2019، المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 47، الصادر في 11 جوان 2019.
- القانون رقم 153 لسنة 2021، المعدل لبعض الأحكام قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2010، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 50 مكرر (أ)، الصادر في 18 ديسمبر 2021.

ب- النصوص التنظيمية

- المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 يتضمن الغاء جميع الاحكام التنظيمية التي تخول للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط أو احتكار للتجارة، الجريدة الرسمية، العدد 42، الصادرة في 19 أكتوبر 1988.
- المرسوم التنفيذي رقم 94-41 المؤرخ في 29 جانفي 1994، المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، الجريدة الرسمية، العدد 07، الصادرة في 06 فيفري 1994.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة الجريدة الرسمية، العدد 55، الصادرة في 25 سبتمبر 1996.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
- المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 02 اوت 2018، المتعلق بتقويض المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة في 05 اوت 2018.
- التعليم الوزاري رقم 394-842 المؤرخة في 07 ديسمبر 1994، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، موجهة الى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية، ورؤساء المندوبات التنفيذية.

2- الكتب

- البهجي عصام أحمد، عقود البوت، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- البيومي الحجازي عبد الفتاح، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- أبو بكر عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.
- الحبشي مصطفى عبد المحسن، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- القطب مروان محي الدين، طرق خصخصة المرفق العام، (الامتياز الشركات المختلطة تنمو بين المرفق العام)، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- بوسماح محمد امتي، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن اعمر ورحال مولاي ادريس، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1995.
- جعفر محمد انس قاسم، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- حسبو عمرو احمد، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- رجب محمود محمد طاجن، عقود الشراكة دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الاداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة نشر.
- سهام بن دعاس، نظرية المرفق العام والمؤسسات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2023.
- صالح رشدي صالح عبد الفتاح، التمويل الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على العمل، الوكالة، والمقاولة، والحراسة والوديعة، الجزء 07، المجلد الأول، الطبعة 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد الرازق حمادة، عقود الشراكة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية القسم الأول، جسور والتوزيع، الطبعة 05، الجزائر، 2017.
- نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2010.
- نوح مهند مختار، الايجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 3- الرسائل الجامعية
- أ- أطروحات الدكتوراه
- أحمد البرعي، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في تسيير المرافق العمومية المحلية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص جماعات محلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين -سطيف02، الجزائر، 2023.
- حسام الدين بريك، تفويضات المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد -تلمسان، الجزائر، 2018-2019.
- سلامة كمال طلبه المتولي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت -دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2008.
- سمير بو عنق، تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي -جيجل، الجزائر، 2022.
- عبد العظيم دويب، حسين جابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أسيوط، مصر، 2006.
- كمال مدون، الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العامة الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي النيايس -سيدي بلعباس، الجزائر، 2019-2020.

قائمة المصادر والمراجع

- فريدة مزباني، الطرق المستخدمة في إنشاء وتسيير المواقف العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02، الجزائر، 2016-2017.
- مختار نوح مهند، الايجاب والقبول في العقد الإداري -دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2001.
- مليكة فريمشي، دور الدولة في التنمية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2011-2012.
- منية شوابدية، خصوصية المؤسسات العامة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2012-2013.
- نعيمة أعلي، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.

ب- مذكرات الماجستير

- راضية بن مبارك، التعليق على التعليم الوزارية رقم 842/394 المتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2001.
- سهيل قمار، تفعيل التأمين الهندسي للإنشاءات المرتبطة بصيغة تمويل المشروعات الكبرى، دراسة حالة في شركة التأمين المحروقات CASH، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد التأمينات، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف، 2013-2014.
- وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

ج- مذكرات الماستر

- أسماء صويلح، أحلام زغلي، سبل تفعيل الية تفويض المرفق العام كشكل من اشكال الشراكة بين القطاع العام والخاص مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بجاية، الجزائر، 2023-2024.
- أنفال سردي، واقع الشراكة عام والخاص في الجزائر، دراسة حالة كل من مؤسسة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية، جامعة 08 ماي 1945 -قائمة، الجزائر، 2017-2018.

قائمة المصادر والمراجع

- جيلالي عكورة، تفويض المرفق العام في ضوء المرسوم التنفيذي رقم 188/18، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون العام، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة -بجاية، الجزائر، 2019.

- منال صابري، النظام القانوني لعقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر الحقوق، تخصص قانون اداري، جامعة محمد خيدر -بسكرة، الجزائر، 2014.

- زهير معشت، الاساليب الحديثة لتسيير المرافق العامة في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2014-2015.

د- مذكرات المدرسة العليا للقضاء

- صارة زيتوني، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة السابعة عشر، 2006-2007.

4- المقالات العلمية

- الأمين لكحل، إبراهيم داودي، أثر أزمة الزهن العقاري على عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة المغرب للاقتصاد والإدارة، المجلد 04، العدد 01، مصر، 2017.

- احمد البرعي، سهام بن دعاس، خصوصية عقود الشراكة وألية تحقيق نجاعتها بين القطاع العام والخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 06، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، 2022.

- احمد حرير، كمال سي محمد، إمكانية تطبيق عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في الجزائر، مجلة الاقتصاد الصناعي، المجلد 12، العدد 01، جامعة باتنة 01، الجزائر، 2022.

- احمد بركات، وليد بلوفة، عقد البوت الاسلوب الحديث لتمويل مشاريع البنية التحتية مجلة الحقوق والحريات، المجلد 11، العدد 01، جامعة طاهري محمد -بشار، الجزائر، 2023.

- احمد مبخوتة، الاشكال الحديثة لعقود التفويض المتعلقة بإدارة واستغلال المرافق العامة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 01، المركز الجامعي -أفلو، الجزائر، 2021.

- الهام فاضل، احكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، جامعة قالمة، الجزائر، 2018.

قائمة المصادر والمراجع

- ـ باجس الفواعير سيف، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري، مجلة العلوم الشريعة للقانون، المجلد 45، عدد 04، الجامعة الأردنية 2018.
- ـ باديس بومزير، عقود البوت وتطبيقاتها في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 02، 2021، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2021.
- ـ حسين بلفوضيل، دور عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تحقيق التنمية المستدامة، مجلة الاستثمار والتنمية المستدامة، المجلد 01، العدد 02، جامعة وهران 02، الجزائر، 2022.
- ـ سمية بلغنو، دور الشراكة العمومية الخاصة في استثمارات البنية التحتية في ترقية مناخ الاستثمار في الجزائر، مجلة الاقتصاد والمالية، المجلد 04، العدد 02، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف، الجزائر، 2018.
- ـ رشيد فراح، كريمة فرحي، الشراكة بين القطاعين العام والخاص أداة لتنفيذ وتنمية الاستثمارات العمومية، مجلة معارف، المجلد 12، العدد 22، جامعة البويرة، الجزائر، 2017.
- ـ سهام معسكر، كريمة شايب بابا، أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار انجاز المشاريع العمومية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 04، العدد 02، جامعة المسيلة، الجزائر، 2019.
- ـ كريمة جيدل، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 07، العدد 02، جامعة المدية، الجزائر، 2021.
- ـ عبد الجليل دلالي، عبد القادر باية، النظام القانوني لاتفاقيات تفويض المرفق العام في الجزائر، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 07، العدد 01، جامعة الأغواط، الجزائر، 2023.
- ـ عبد الصديق شيخ، أشكال تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، جامعة الشلف، الجزائر، 2020.
- ـ عيسى لحاق، حدة طعاب، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة المستقبل للدراسات القانونية السياسية، المجلد 03، العدد 01، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، 2014.
- ـ فضيل الشريط، مصطفى رياحي، كفاءات اختيار المفوض له وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 03، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 01، الجزائر، 2021.

قائمة المصادر والمراجع

- محمد بن نعمان، حميد بوزيدة، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تحقيق التنمية المحلية، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، المجلد 09، العدد 02، جامعة الوادي، الجزائر، 2016.
- محمد صلاح، لخضر لقليطي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مجال البنية التحتية، المفهوم، الترتيبات المؤسسة والتطبيق العملي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، دراسات اقتصادية، المجلد 29، العدد 02، الجلفة، الجزائر، 2017.

5- الملتقيات العلمية

- ادريس بوزاد، طرق اختيار المفوض له في اطار اتفاقيات تفويض المرفق العام، بين ضوابط التقيد والحرية النسبية، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني حول "الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، المنعقد بتاريخ 16 جوان 2021.

ثانيا: باللغة الأجنبية

- Loi n°91-03 du 03 janvier 1991. relative a la transparence et a la régularité des procédures des marches, a sumettant la passation de certains contrat a des regles de publicite et de mise en concurrence jorf n °4 du 05 janvier 1991
- Loi d'orientation du 06 février 1992, relative a l'administration territoriale de la république.
- Loi d'orientation du 06 février 1992, relative a l'administration territoriale de la république.
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative a la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifié.
- loi n2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de reformes a caractère économique et financier jorf n 288 du 12 décembre 2001.(en linge)
[https :www.legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr).

فهرس المحتويات

	الواجهة
	البسمة
	شكر وعرفان
	إهداء
6-1	مقدمة
	الفصل الأول: التفويض كتوجه حديث لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري
08	تمهيد
09	المبحث الأول: ماهية تفويض المرفق العام
09	المطلب الاول: مفهوم تفويض المرفق العام
10	الفرع الأول: نشأة وتطور فكرة تفويض المرفق العام
15	الفرع الثاني: تعريف تفويض المرفق العام
21	المطلب الثاني: ضوابط تفويض المرفق العام وطبيعته القانونية
21	الفرع الاول: ضوابط تفويض المرفق العام
26	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام
30	المبحث الثاني: اشكال اتفاقيات تفويض المرفق العام وصيغ ابرامها
31	المطلب الاول: أشكال تفويض المرفق العام
31	الفرع الاول: الامتياز
43	الفرع الثاني: الايجار
49	الفرع الثالث: الوكالة المحفزة

52	الفرع الرابع: عقد التسيير
54	المطلب الثاني: صيغ ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام.....
54	الفرع الأول: الطلب على المنافسة.....
64	الفرع الثاني: التراضي كاستثناء لابرام عقود تفويض المرفق العام
70	خلاصة الفصل الأول.....
	الفصل الثاني: نظام البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص كتوجهات حديثة في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري
72	تمهيد
73	المبحث الأول: نظام البوت (B.O.T) كتوجه حديث في تسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري ...
73	المطلب الأول: مفهوم نظام البوت (B.O.T)
73	الفرع الأول: نشأة وتطور نظام البوت (B.O.T)
78	الفرع الثاني: تعريف نظام البوت (B.O.T) وخصائصه
85	الفرع الثالث: التمييز نظام البوت (B.O.T) والعقود المشابهة لها
89	المطلب الثاني: النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)
89	الفرع الأول: اشكال عقد البوت (B.O.T)
95	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البوت (B.O.T).....
102	الفرع الثالث: نهاية عقد البوت (B.O.T)
105	المبحث الثاني: عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص
105	المطلب الأول: مفهوم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

فهرس المحتويات

105	الفرع الاول: ظهور عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص
115	الفرع الثاني: تعريف عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص
119	الفرع الثالث: خصائص عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص
123	الفرع الرابع: شروط عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص
127	المطلب الثاني: أشكال عقود الشراكة وتمييزها عن العقود المشابهة بها
127	الفرع الأول: أشكال عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
130	الفرع الثاني: تمييز عقود الشراكة عن العقود المشابهة بها
141	خلاصة الفصل الثاني
143	الخاتمة
146	قائمة المصادر والمراجع
155	فهرس المحتويات

ملخص

أولاً: الملخص باللغة العربية

في ظل اتساع دور الدولة في مختلف المجالات، واتساع حاجات جمهور المرتفقين التي تستدعي التوسع في إنشاء وإدارة المرافق العامة، والتي تتطلب موارد مالية ضخمة غالباً لا تتوافر لديها، كان لزاماً على الدولة التوجه للبحث على أساليب تعاقدية جديدة تحقق لها ذلك مع ضمان جودة الخدمات المقدمة، خاصة مع قصور الوسائل التقليدية وعدم فاعليتها، حيث لجأت إلى استحداث آليات لتسيير المرافق العامة بما يكفل فعاليتها وجودة خدماتها تتمثل أساساً في التفويض ونظام البوت (B.O.T) وكذا عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، فأصبحت طرق مستحدثة في إنشاء وتشغيل المرفق العام يتولى فيه المتعاقد مع الدولة تسيير و/أو إنشاء المرفق العام وتشغيله وفق مدة وبنود تختلف من عقد لآخر، الأمر الذي يكفل فعالية المرافق العامة وجودة خدماتها العمومية من جهة، وتخفيف الأعباء المالية عن الدولة من جهة أخرى.

كلمات المفتاحية: المرافق العامة؛ التفويض؛ نظام البوت؛ عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

summary :

This study aims to analyze the functional relationship between the government and parliament in the Algerian constitutional system by evaluating the areas of cooperation and balance between both powers, particularly in light of the 2020 constitutional amendment. The methodology used includes descriptive, analytical, and inductive approaches through the examination of relevant constitutional and regulatory texts. The findings show a clear governmental dominance over legislative work, especially through its control of the parliamentary agenda and prioritization of governmental bills over parliamentary proposals, thereby weakening the effective role of the legislature. Furthermore, while various parliamentary oversight mechanisms exist, they only have political impact in limited circumstances. The study reveals a lack of parliamentary independence under the growing power of the executive branch.

Keywords: Government ; Parliament ; Separation of Powers ; Constitution Amendment 2020.