

جامعة سعيدة - الدكتور مولاي الطاهر



كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم: الحقوق

أطروحة مُقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل. م. د) في الحقوق

تخصّص: قانون عام معمق

عنوان الأطروحة:

**دور تفويضات المرفق العام في تطوير الخدمات العامّة
- دراسة مقارنة -**

من إعداد الطالب:

مجاهد حسين

أمام لجنة المناقشة المكوّنة من السيّدات والسادة:

الاسم واللقب	الرتبة	المؤسسة الجامعية	الصفة
أ.د: بن أحمد الحاج	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر	رئيسا
د: بن علي عبد الحميد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر	مشرفا
د: حمادو دحمان	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر	مشرفا مساعدا
د: سليمان جميل	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر	ممتحنا
د: بوسماحة أمينة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر	ممتحنا
د: شويح بن عثمان	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سيدي بلعباس د. الجيلالي اليابس	ممتحنا

السنة الجامعية: 2026/2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو
الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ

إهداء

الحمدُ لله وكفى، والصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الْحَبِيبِ الْمُصْطَفَى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
أما بعد: ...

أهدي ثمرةَ هذا العملِ المتواضع،
إلى أرواحِ أجدادي الطاهرة، رحمهم اللهُ،
وإلى والدي الكريم، حفظه اللهُ ورعاهُ، وأطالَ اللهُ في عمره، وامتعه بالصِّحَّةِ
والعافية،
وإلى روحِ والدتي العزيزة، رَحِمَهَا اللهُ بِرَحْمَتِهِ الْوَاسِعَةِ، وجعلها من ورثةِ جنَّاتِ
النَّعِيمِ،
وإلى إخوتي وأخواتي الأعزَّاء،
وإلى زوجتي وأبنائي قُرَّةَ عَيْنِي،
وإلى أستاذي المشرف، الأستاذ الدكتور بن علي عبد الحميد، بارك اللهُ فيه وفي
علمه، ونفعَ به،
وإلى أخي الدكتور زين العابدين، جمعَ اللهُ له سعادةَ الدارين،

إليكم جميعاً أهدي هذا العملَ المتواضعَ.

شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

إذا عَجَزَت يَدَاكَ عَنِ الْمَكَافَأَةِ فَلَنْ يَعْبُزَ لِسَانُكَ عَنِ الشُّكْرِ
وَأَوَّلُ الشُّكْرِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ الَّذِي لَهُ الْحَمْدُ حَمْدًا كَثِيرًا يَلِيْقُ بِمَقَامِهِ وَبِعَظِيمِ سُلْطَانِهِ فَهُوَ
الْهَادِي إِلَى سُبُلِ الْخَيْرِ وَالسَّلَامِ، وَطَرِيقِ الْعِلْمِ وَنَيْلِ الْمَرَامِ، أَحْمَدُهُ عَلَى تَوْفِيقِهِ لِي فِي
إِكْمَالِ هَذَا الْعَمَلِ الْمَتَوَاضِعِ...

وَالشُّكْرُ مَوْصُولٌ لِمُصَاحِبِ الْفَضْلِ وَالتَّوْجِيهِ السَّيِّدِ أَسْتَاذِي الْوَقُورِ "الْأَسْتَاذِ الدُّكْتُورِ
عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَلِيٍّ" الَّذِي سَاعَدَنِي وَأَنَارَ لِي الدَّرُوبَ مِنْ أَجْلِ عَمَلٍ مُتَكَامِلٍ وَتَقْدِيمِ
يَلِيْقُ بِهَذَا الْمَقَامِ الْعَالِيِّ فَلَهُ مِنِّي أَسْمَى عِبَارَاتِ الشُّكْرِ وَالتَّقْدِيرِ لِقَبُولِهِ وَتَفَضُّلِهِ بِالْإِشْرَافِ
عَلَى هَذِهِ الْأَطْرُوحَةِ وَجَزَاهُ اللَّهُ عَنَّا وَعَنْ هَذَا الْعَمَلِ خَيْرَ الْجَزَاءِ.

كَمَا لَا يَسْعُنِي فِي هَذِهِ الْفُرْصَةِ إِلَّا التَّوْجُّهُ بِعِبَارَاتِ الْاِمْتِنَانِ لِكُلِّ الْأَسَاتِذَةِ الَّذِينَ سَاهَمُوا
مِنْ قَرِيبٍ أَوْ مِنْ بَعِيدٍ فِي إِنْجَاحِ هَذَا الْعَمَلِ الْعِلْمِيِّ.

كَمَا لَا يَفُوتُنِي فِي هَذِهِ السَّانِحَةِ أَنْ أَشْكُرَ لَجْنَةَ الْمُنَاقَشَةِ كُلَّ بِاسْمِهِ وَمَقَامِهِ وَصِفَتِهِ عَلَى
تَكْرَمِهِمْ وَقَبُولِهِمْ مُنَاقَشَةَ هَذِهِ الْمَذْكُورَةِ.

وَالشُّكْرُ مَوْصُولٌ أَيْضًا إِلَى جَمِيعِ أَعْضَاءِ الْهَيْئَةِ التَّدْرِيسِيَّةِ وَالْإِدَارِيَّةِ عَلَى كُلِّ مَا بَدَلُوهُ
مِنْ جُهُودٍ تَسْتَحِقُّ التَّقْدِيرَ وَالْاِحْتِرَامَ.

قائمة المُختصرات

1 - باللغة العربية

ج.ر: جريدة رسمية

ب.ط: بدون طبعة

د.د.ن: دون دار نشر

د.س.ن: دون سنة نشر

ص: صفحة

ط: طبعة

ج: جزء

ع: عدد

س: سنة

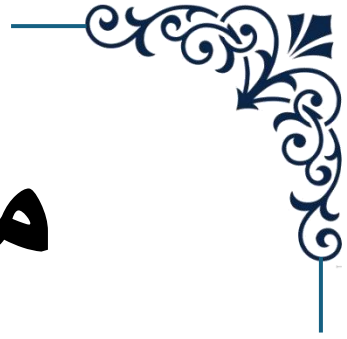
ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2/Liste des abréviations

- Ed : Edition
- Ibid: Au même endroit
- Op.cit : Référence précédente cité
- N: Numéro
- P: Page



مقدمة



مقدمة:

صاحب التحول الذي عرفته الدول فيما يتعلق بتسيير وإدارة المرافق العامة تغيرا على كافة الأصعدة، حيث وفي سبيل تحقيقها لأهداف و غايات النشاط المرفقي الإداري و تجاوز أزمات التسيير النمطي و المعقد الذي هيمن على ادائها - خاصة في المرحلة التي اعقت الحرب العالمية الثانية حيث توسعت دائرة الحقوق و الحريات ، والذي تبعه ارتفاع مضطرد للطلب على الخدمات من قبل الجمهور - وجدت الدول نفسها أمام تحدٍ جديد دفع إلى إثارة تساؤلات عدة بخصوص الأدوات و الآليات التي ستعتمدها لمواجهة هذا السيل من الأعباء المستجدة و عن القرار الذي ستخذه لمواجهة هذا القصور الذي أنتجته أساليب الإدارة المرفقية الكلاسيكية.

على هذا الأساس شكّل لجوء الدول الى اعتماد فكرة التعاقد الإداري باعتباره عملا قانونيا لا غنى عنه في النشاط الإداري المعاصر خيارا مهما، خاصة وأنه أداة تتحقق بها أهداف و غايات النشاط المرفقي من جهة، و حفاظ الإدارة على استنثارها بمركزها القانوني المألوف كسلطة عامة في مواجهة كافة متعاقدين أو مستفيدين من خدمات ضمن المبادئ المستقر عليها في العمل الإداري.

مع ذلك ونظرا لعدم كفاية النظام القانوني المنظم لمجال التعاقد الإداري بمفهومه التقليدي وعدم قدرته على الوفاء بمتطلبات المرفق العمومي الحديث، صار القول بضرورة تحديث الموقف الفقهي والقانوني والقضائي من العقد الإداري والبحث عن امكانيات لتكييفه مع التحولات الاقتصادية والمالية للدولة وكذا متطلبات الإدارة العامة المعاصرة، مسألة لها تأثير واضح في اختيار النظام التعاقدى الاصلح والأنجع للإدارة لمواجهة مختلف التحديات والمتغيرات.

على هذا الأساس، لم يعد من بدُّ للدولة إلا إعادة بعث اهتمامها نحو تجديد آليات التعاقد وبشروط مضبوطة تراعى فيها تلك المطالب ويأخذ فيها التوازن العقدي بعين الاعتبار، وبشروط تحقّق في جوهرها ما تنتظره الإدارة المتعاقدة والعمّون أو المتعامل الاقتصادي في مجال استثمارته، مع العمل على تكييفها لتتلاءم مع متطلبات السوق من أجل خدمة عامة ذات جودة وفعالية وبأقل تكاليف ممكنة¹.

هذا ما دفع الفقه والقضاء في فرنسا وبعض التشريعات المقارنة إلى توجيه اهتمامه لابتكار وإرساء نمط جديد من العقود يضاف إلى نظرية العقد الإداري دون أن يتجرّد منها.

حيث شكّلت مرحلة ثمانينات القرن الماضي أولى مراحل بداية الاهتمام بمجال العقود الإدارية التي تقوم على مبدأ إسناد و تفويض المرافق العامة لأشخاص طبيعيين ومعنويين يدعون في صلب القانون مفوض اليهم ، للقيام بتنفيذ مجموعة من الأنشطة الأصل أنها من اختصاص الإدارة المانحة للتفويض، و ذلك ضمن إطار زمني محدد، و بمقابل أو عوائد مالية يتم تحصيلها نظير الخدمات والأشغال المرتبطة بالعقد مع تحميل المتعاقد جزءا من تبعات المخاطر الناجمة عن تأثيرات و مخاطر النشاط، حيث كانت هذه الفترة تعتبر إيدان بميلاد أول محاولات إشراك القطاع الخاص في عمليات إدارية الأصل أنها اختصاص قطاعي عمومي.

مع ذلك فإن بدايات التكريس الفعلي لعقود تفويض المرافق العامة كانت قد شهدت أولى تطبيقاتها في فرنسا من خلال قانون جوكس La loi Jox رقم 125/92 المؤرخ في 1992/02/06 والخاص بالإدارة المحليّة للجمهورية الفرنسية أو ما يصطلح عليه بقانون الجماعات الاقليمية، ليليه بعدها قانون سابان La loi Sapin رقم 93/122 الصادر بتاريخ

¹ أبو بكر أحمد عثمان - عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة - دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015، ص65-66.

1993/02/29 والمتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية، و هو الإطار المرجعي لمختلف عقود التفويض ثم القانون رقم 1168/2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المسمى بقانون مارسيف Murcef والذي حدد المشرع الفرنسي على ضوءه الشروط الواجب توفرها في المرفق ليكون صالحا للتفويض.

على نفس المنهج سارت الدول العربية على غرار مصر والمغرب وتونس بالرغم من ورود هذا العقد تحت مسميات مختلفة وبمعطيات شكلت معها خصوصية العمل المرفقي والخيارات السياسية والاعتبارات الاقتصادية اثرا واضحا انعكس في نهاية المطاف على تشريعاتها المنظمة لهذا المجال الحيوي.

والجزائر على غرار هذه الدول لم تكن بعيدة عن تبني هذا المسلك سواء من خلال وضعها للإطار التشريعي المنظم لمجال التفويض المرفقي أو من خلال دائرة الأنشطة المستهدفة من خلال هذه النصوص¹.

حيث تبنت فكرة عقود تفويض المرافق العامة سنة 2018 من خلال المرسوم التنفيذي 199/18 بشكل مفصل، على أن المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بقانون الصفقات العمومية يعتبر الإطار المرجعي لهذا النوع من العقود، بالإضافة الى ذلك شكّلت التعليمات رقم 306 لسنة 2019 أداة مهمة للإنفاذ الفعلي للمرسوم التنفيذي السالف الذكر ، بالإضافة إلى بعض النصوص العارضة التي تنظم مجالا محددًا بذاته على غرار الصحة والمياه والكهرباء والغاز والاتصالات... إلخ، و بوجه عام كل نشاط لا يشكل وضعا احتكاريًا أو سياديًا واستثنائيًا للدولة كالمدافع والتي يترتب عن التنازل عنها للأفراد خطرا ممكنا على الأمن القومي و النظام العام أيضا.

¹ المرسوم التنفيذي 199/18 الصادر في 5 غشت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر.ع 48، سنة 2018.

موازاة مع ذلك لا يزال الحديث عن القيمة المضافة التي يقدمها هذا الأسلوب وانعكاساته على النشاط الإداري من حيث الخدمات المقدمة وجودتها والمخاطر المترتبة عن وضع المرفق في يد متعاقد قد لا تتمتع بنفس الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة المانحة التفويض موضوعا يحظى بالاهتمام والتطوير لدى الأنظمة التي تعتنقه خاصة فيما يتعلق بالمزايا التي يحققها في الواقع والإضافات التي يقدمها للجمهور كماً ونوعاً.

وتكمن أهمية الدراسة في التعرف على مدى نجاعة وفعالية أسلوب تفويض المرفق العام في تطوير الخدمات العامة ضمن التشريعات المقارنة، والوقوف على الآليات المعتمدة من قبل الأنظمة المقارنة في مجال تفعيل العمل بهذه التقنية والتعرف على مزاياها على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي والتنموي أيضاً.

كما تتمثل الغاية من موضوع البحث هذا في الاعتبارات والدوافع التي دفعت الدول إلى اعتناق هذا النموذج التعاقدية خاصة في الجزائر والدول العربية حيث تصطدم الخدمة العمومية الجيدة مع تراكمات التسيير التقليدي البيروقراطي الذي تغلب عليه الرتابة والنمطية في التسيير والاختلال والعوز في التدبير وسوء التقدير وقلة وسائل التمويل أيضاً إما بسبب الأزمات الاقتصادية ومقتضيات التحول البربري لآليات الانتاج والاستغلال الاقتصادي بوجه عام أو نتيجة غلبة عامل العمالة الكمية على التوظيف النوعي والمؤهل.

بل إن هذه الأهمية تستشعر من خلال الوقوف على مدى نجاعة هذا الأسلوب حال إنفاذه والأدوار المنتظرة من القطاع الخاص في تحمّل مخاطر وأعباء يصعب تحمّلها في الغالب من قبل الدول في كل الظروف، كما تُثار تساؤلات بشأن التوقعات المنتظرة من هذا الشريك على صعيد التنمية المستدامة في ظل إصلاح مالي وإداري متسارع.

كما تتجلى الأهمية من الموضوع في أن ركون الدول إلى هذا النوع من الاتفاقات يترجم رغبتها الملحة في نقل بعض التجارب المتميزة والتي حققت أهداف وغايات التفويض بحيث تجاوزت من خلالها بعض الدول فكرة التقليد إلى مرحلة إرساء نظام قانوني خالص يتلاءم وخصوصية أنماط التسيير الإداري فيها بعد التعرّض إلى مكامن قوّة وضعف التشريعات المقارنة.

كما تتصرف هذه الدراسة إلى الوقوف على الآثار المترتبة عن أعمال وإنفاذ هذا التشريع خاصة ما تعلق منه بمآل الأموال والممتلكات ونهايتها، والتي تُعتبر أموال عامّة موجهة لتحقيق المصلحة العامّة والتعرّف على الوضع القانوني الذي تشغله أطراف العقد ابتداء من خلال معرفة انعكاسات صرامة العقد ومُشكلات مثل اختلال المركز المالي للمفوض إليه على الخدمات المقدمة والوفاء بمتطلبات المرفق ومن جهة أخرى بالنسبة للمستفيدين من الخدمة كطرف يرتبط بغايات العقد والنتائج المنتظر الوفاء بها من المفوض إليه لا كمتعاقد و طرفٍ أصيل في العقد.

أمّا عن الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع فمنها ما هو ذاتي شخصي يُردّ إلى ميّلي واهتمامي العميق لكل ما يرتبط بمجال القانون الإداري باعتبار التخصص، والمرفق العام بالنظر إلى طبيعة النشاط المهني والوظيفي اليومي، وهي عناصر تدفعني كلها إلى اعتناق هذا الموضوع دون تردّد.

من الناحية الموضوعية، يكتسي هذا الموضوع أهمية خاصة لما يتسم به من طابع الجِدّة وخروجه عن الإطار التقليدي للعقود الإدارية، فضلاً عن اتساع نطاق تطبيقاته العملية في عدد من الدول التي تولي عناية كبيرة لتنظيم وتطوير تسيير المرافق العامة. ويقتضي ذلك التعمّق في دراسة مجال تطبيقه، وآليات إنفاذه، ومراكز أطرافه القانونية في ظل أوضاع وظروف قد تتسم بالتغيّر والتطوّر.

كما أن تنازل السلطة العامة عن جزء أو بعض من التزاماتها وسلطاتها أيضا تركّ لديّ الانطباع الكبير بأن هذا العقد متميّز شروطا وآثارا واهتماما، ومُعتبر من حيث المزايا التي يقدّمها خاصة للمفوض إليه من خلال اعترافه له بإمكانية شُغل وضعية احتكارية واعتباره شخصا محلّ اعتبار في هذا العقد وحمايته من المنافسة ومن تعسّف الإدارة المفوضة أيضا ومن الجمهور كرقيب عارض يملك القدرة على التأثير على القرارات الإدارية في حال عدم الالتزام بمتطلبات الارتفاق وهو ما يشكّل في بعض الأحيان زعزعة للائتمان التعاقدية ويجعل من الحديث عن شراكة توافقية مسألة محلّ تخوّف وإحجام.

ولعلّ ما زاد من دوافع الاهتمام لديّ بهذا الموضوع رغبتي في إثراء الرصيد البحثي والمعرفي العلمي استكمالاً لما قدّمه الباحثون في هذا المجال ضمن دراستهم السابقة وطنياً وعربياً أو دولياً. ولنذكر على سبيل المثال لا الحصر، دراسة الباحثة سمية سلامي في إطار أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في الحقوق تخصص قانون إداري كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة عن أطروحتها الموسومة بعنوان النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، سنة 2021.

وأيضاً دراسة الباحثة سوهيلة فوناس تحت عنوان تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، وهي أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو سنة 2018.

بالإضافة إلى بعض المؤلفات الأخرى على غرار المرجع المعنون ب **La délégation de service public au profit de personnes privées** لصاحبه الأستاذ رشيد زوايمية.

أمّا على الصعيد العربي، فقد شكّلت بعض المراجع لديّ نقطة انطلاقاً مهمة في إثراء رصيد الدراسة على غرار عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، لصاحبه أبو بكر عثمان، وهاني صلاح سري الدين تحت عنوان الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص.

بالإضافة إلى المراجع التي تناولت مجال العقود الإدارية وتعرّضت بشكل عارض لعقود التفويض أيضاً النظام القانوني لعقد الامتياز المرفق العام وتطبيقاته، لصاحبه علي حسن عبد الأمير العامري، العقود الإدارية، لمؤلفه الدكتور ماجد راغب الحلو، مبادئ واجراءات ووسائل إبرام العقد الإداري، دراسة مقارنة من إعداد وتقديم الأستاذ بلال عبد الأمير المدامغة، إلى غير ذلك من الكتب العامّة والمتخصصة في هذا النوع من البحوث والدراسات الأكاديمية المستحدثة.

انطلاقاً مما سبق، تُطرحُ هذه الدراسة الإشكالية التالية:

إلى أي مدى ساهمت عقود تفويض المرفق العام في تحقيق الأهداف المنتظرة منها في مجال تطوير الخدمات العامّة في الأنظمة المقارنة.

لنتفرع عنها مجموعة من التساؤلات القانونية الأخرى، والتي تتمحور حول ما يلي:

1- ما هو الإطار الناظم لفكرة تفويض المرافق العامّة؟

2- فيما تتجلى مظاهر التنظيم التشريعي المقارن لعقد تفويض المرافق العامّة خلال

مختلف مراحل إبرام وتنفيذ العقد؟

3- ما مدى قدرة عقود التفويض في تجاوز مشكلات الخدمة العمومية اليوم؟

4- ما الذي قدمته التجربة الإدارية الجزائرية الفتية في مجال عقود تفويض المرافق

العامّة للخدمات العامّة؟

و من أجل الإجابة على هذه الاشكالية وغيرها من التساؤلات المرتبطة بها، تم اعتماد المنهج المقارن الذي يرجع لطبيعة الموضوع، و المنهج التحليلي من أجل بيان وتفصيل شامل وتفكيك بناء ومتكامل لمختلف عناصر الموضوع وهذا بعرض المسألة للدراسة ضمن إطارها النظري، من خلال تقسيم خطة الدراسة إلى بابين، الأول تحت عنوان عقد تفويض المرفق العام كأداة معاصرة لتسيير المرافق العامة وتطوير الخدمات العامة في التشريعات المقارنة، والذي قسمناه إلى فصلين، تناولنا في الأول منه الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرافق العامة في التشريعات المقارنة، بينما خصّصنا الفصل الثاني لبيان نطاق إنفاذ عقد تفويض المرافق العامة في التشريعات المقارنة.

أمّا الباب الثاني الوارد تحت عنوان إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة فقد خصصناه للتعرف على إجراءات إبرام عقود تفويض المرافق العامة في التشريعات المقارنة في فصله الأول، لنعرّج بعدها إلى الفصل الثاني حيث تناولنا من خلاله تنفيذ عقود تفويض المرفق العام ونهايتها، كل هذا بالاعتماد على المناهج التالية:

الباب الأول

الباب الأول

عقد تفويض المرفق العام كأداة معاصرة لتسيير المرافق العامّة وتطوير

الخدمات العامّة في التشريعات المقارنة

حتى نتمكن من الإلمام بالدراسة البحثية والوصول إلى جميع الجوانب الخاصة بها، يتحتّم علينا التطرق إلى جميع الأطر المفاهيمية وتحديد إطارها القانوني وهذا من خلال تخصيص الفصل الأول للإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرافق العامّة في الأنظمة المقارنة في الفصل الأول ثم نعرّج بعدها إلى مبررات اللجوء إلى هذا الأسلوب المعاصر في ظل المبادئ التي تحكمه في الفصل الثاني.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لعقد تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة

إن موضوع ومجال التفويض حديث ويشكّل محاولة لعرض النشاط المرفقي بشكل يتلاءم والتحوّلات التي شهدتها عملية تطوير البنية الإدارية والخدماتية للمجتمعات المعاصرة.

وبعيدا عن الإشكاليات التي تعترض الفكرة على غرار تراكمات أزمة المرفق العام مثلا فإن هذا النموذج أثبت نجاعته وجدواه باعتبار الحلول التي لا يزال يقدمها للدولة مكرّسا مبادئ الديمقراطية التشاركية، خاصة من خلال الخطوات الجريئة التي اتخذتها الدول والمتمثلة في فتح المجال للصناعيين والمستثمرين بممارسة حقهم في الصناعة والتجارة والاستثمار خارج الآليات المألوفة، وذلك من خلال إقحامهم في مجال تقديم الخدمات للجمهور، وهي مجالات ظلّت حكرًا على الدولة ممثلة في مؤسساتها وهيئاتها.

مع ذلك فإنّ حادثة هذا الخيار خلقت نوعا من الاختلال بسبب عدم وضوح الرؤية بالنسبة للإدارة والمتعاملين الاقتصاديين الخواص الراغبين في اقتحام السوق، نتيجة لعدم الثبات التشريعي من جهة، وعدم استقرار التشريع والقضاء على مفهوم موحد لعقد التفويض، بل أن اختلاط العقد مع بعض التصرفات القانونية المشابهة على غرار التراخيص والأذونات والتصاريح والبحث في خصوصية كل منها يشكّل إشكالية لا تزال قائمة إلى يومنا هذا في كثير من التشريعات المقارنة.

كما أن عدم استقرار الحياة الاجتماعية وازدياد المطالب الاجتماعية وتنوّعها مع عدم قدرة الدولة على الوفاء بها جعل من اللجوء إلى هذا الخيار حلاً ومخاطرة في نفس الوقت، حلٌّ مادام أنه يشكّل بديلا مؤهلا للقيام بمهام التسيير وتقديم الخدمات بشكل شامل ومتكامل ومتنوع في ظروف

مختلفة، أمّا المخاطرة فتتجلى في مخاطر إخفاق الشريك المفوض إليه عن الوفاء بالتزاماته المتفق عليها وهو ما قد يتسبب في اختلال المرفق ويهدّد الدول بالاضطرابات والثورات.

لذلك يبدو من البديهي البحث عن المفهوم والمدلول الصحيح لعقد تفويض المرافق العامة ومن ثمّ التطرّق إلى المراحل التي مرّ بها هذا النوع من العقود الإدارية كأداة لتقديم الخدمات العامة من خلال التطرّق إلى مراحل تكريسه القضائي والتشريعي (المبحث الأول) ثمّ التطرّق إلى أنواع عقود تفويض المرافق العامة وأثرها في تحسين وتطوير الخدمات العامة في التشريع المقارن (مبحث ثاني)

المبحث الأول: الإطار النظري لعقود تفويض المرافق العامة

إن أغلب التشريعات وإن كانت تختلف في تبني الإطار المنظم لمجال تفويض عقود المرفق العام إلا أنها فيما بينها تتفق على أنه أسلوب جديد تهدف من خلاله الدولة إلى الاستعانة بطرق بديلة وغير استثنائية لتسيير المرافق العامة.

لذلك يعتبر اللجوء إلى هذه الطريقة غير المباشرة في تلبية الحاجات العامة للمستفيدين من الخدمة العامة وجها من أوجه تحقيق الإشباع العام بأقل التكاليف الممكنة، مع ذلك ساد الخلاف بين الفقهاء حول الآلية المعتمدة في نقل جوهر تسيير النشاط لصاحب الطلب من الأغيار.

وعليه ثار التساؤل حول المناط الذي تستند الإدارة عليه في تكييف العلاقة، هل تُبنى على الأسلوب الاتفاقي المتمثل في العقد الإداري أم لا بد من التوسّع في المبدأ ليشمل كل نقل للنشاط الذي تستهدف الإدارة من خلاله تفويض إدارة وتسيير المرفق العام سواء تجسّد ذلك في صورة عمل انفرادي أو اتفاقي، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اقتصار عملية النقل على الأسلوب الاتفاقي والمتمثل في إبرام العقود الإدارية فقط.

مع ذلك اقترنت أولى المشكلات بالبحث عن تعريف يستدل به من أجل التمييز بين ما يعتبر من قبيل عقود تفويض المرافق العامة وما لا يعتبر كذلك، خاصة وأن الأنظمة القانونية لم تختلف فيما بينها حول العناصر الأخرى على غرار تحديد أنواع المرافق، ونطاق عقد التفويض ومحلّه وأثاره ونهايته، وهي مسألة بديهية خاصة بالنسبة للدول التي اعتنقت نفس النموذج الفرنسي والتي تعتبر في كثيرها مقلّدة ولم تضمن تشريعاتها قواعد راعت فيها خصوصية الدولة ونظامها الاقتصادي والمالي... إلخ.

على هذا النحو سنحاول البحث عن تعريف لعقود تفويض المرفق العام (مطلب أول) لنعرّج بعدها إلى أهم محطات نشأة وتطوّر هذا العقد من خلال استعراض مختلف مراحل التكريس التشريعي والقضائي له (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم تفويضات المرفق العام

إن مقتضيات الدراسة المنهجية لموضوع عقود تفويض المرافق العامة تفرض علينا كباحثين ودارسين ضرورة البحث عن تعريف جامع مانع لهذا المفهوم وهو أمر ليس باليسير، حيث أنه بالرغم من بعض محاولات إيجاد تعريف موحد لعقود التفويض هذه، إلا أن الملاحظ عليها بأنها جاءت مختلفة بحسب الزاوية التي ينظر منها كل واحد من أهل الاختصاص القانوني لهذا المجال الحيوي وأيضاً لكون عقود التفويض في تغيّر وتطوّر مستمر مما يؤدي حتماً لإعادة تغيير وتعديل التعريف ليتلاءم مع الوضع المستجد.

مع ذلك ظهرت بعض المحاولات التي أراد من خلالها أصحابها بيان هذا العقد والتعريف بعناصره على الأقل من أجل تجاوز مشكلات التداخل بين العقد وغيره من العقود الأخرى المشابهة.

الفرع الأول: تعريف تفويضات المرافق العامة

من أجل تجاوز مشكلات التعريف التي بينها سابقا، اجتهد الفقه وبعض التشريعات المقارنة من أجل تقديم تعريف جامع مانع لعقد تفويض المرافق العامة، وهي التعريفات التي سنحاول أن نورد بعضها على النحو التالي:

أولا: التعريفات الفقهية

مع تزايد الحاجة إلى ضبط مختلف المفاهيم المرتبطة بمجال التفويض، ظهرت بعد المحاولات الفقهية الجادة التي حاول من خلالها روادها عرض المسألة للنقاش وتقديم تصوّر كفيل برفع الغموض واللبس عن الإطار القانوني المنظم لمجال التفويض وبيان القصد والغاية النهائية منه.

وهي التعريفات التي قدّمها هؤلاء ضمن حيز فهم ظلّ يتأرجح بين التوسّع في المدلول أو التضييق منه حسب الظروف والأحوال التي صاحبت ظهور الفكرة وتطورها لتصل إلى ما هي عليه الآن، حيث أضحت لصيقة بمجالات وحدود التفويض ومجموعة القواعد الإجرائية والموضوعية المهيمنة على التكييف القانوني للعلاقة ومصير نتائج العقد في نهاية المطاف.

أ- المدلول الواسع:

وهو المعنى الذي اعتمد فيه أصحابه على شكل التصرف أو التقنية المعتمدة في تفويض المرفق العام والتي تتجسد عمليا في صورة العمل الانفرادي أو ما يصطلح عليه بالتفويض الانفرادي *la délégation unilatérale*، أو التفويض الاتفاقي *la délégation conventionnelle* والذي يكون بناءً على عقود إدارية تتوفر فيها معايير معلومة ومحدّدة لتكوين تقنية التفويض.

كما عرّفه الأستاذ T.Dalfarra على أنه: "كل وسيلة تعهد من خلالها الجماعة العامة تحقيق أهداف المرفق العام إلى شخص قانوني آخر، على أن يتم ذلك بصورة تعاقدية اتفاقية أو بصورة منفردة"¹

من خلال التطرّق إلى هذا التعريف يظهر جلياً بأن هذا الاتجاه وإن كان قد وُقِّق في محاولته لتقديم تعريف للتفويض إلا أن ما يُعاب على هذا الأخير أنه ركّز على البحث في شكل التصرف القانوني دون بيان عناصره والآثار المترتبة عن ذلك.

ب - أما المعنى الضيق:

فهو ذلك الذي يسير نحو تبني وجهة نظر القائلين بأن جوهر العلاقة يستمد قوّته وأثره أثناء إنشائه وإنفاذه ونتائجه من الطبيعة الاتفاقية التي تجد سندها في العقد بغض النظر عن تسميته وصورته.

لعلّ من الذين تبنوا هذا المفهوم الفقيه الفرنسي Jean François Auby والذي حاز السبق وكان لكتاباته السمات والأثر البالغ في إثراء الساحة القانونية الفرنسية في مجال موضوع تفويض المرافق العامة عام 1982 وذلك من خلال محاولة بناء السياق المفاهيمي لهذا النوع من العقود ابتداءً وتناول نطاقه ومجال تطبيقه وانتهاءً ببيان دور الإدارة وسلطتها الرقابية في هذا النوع من العقود وانتكاسات ذلك على دائرة الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتقها في سبيل تحقيق المصلحة العامة حيث عرّفه على أنه: "العقد الذي تتوافر فيه العناصر التالية:

¹ T. Dalfarra " la délégation de service public désigne tout procédé par lequel une collectivité publique confie la gestion du service public à un organisme qui est juridiquement distinct.

- أن يعهد إلى شخص من الغير يطلق عليه تسمية المفوض إليه تنفيذ مهمة المرفق العام والقيام باستغلال ضروري للمرفق.

- أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام، وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تقدم إليهم الخدمات نظير تأديتهم لمقابل مالي محدد¹.

- أن يتقيد صاحب التفويض بالمدّة المحددة لعقد التفويض والتي يجب أن تتلاءم وحجم الاستثمارات التي تهدف إلى تغطيتها.

على هذا الأساس عرّف الأستاذ "Chapus" عقود تفويض المرافق العامة على أنها: "عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة بمهمة ضمان تنفيذ خدمة مرفق عام يغلب على نشاطه الطابع الإداري أكثر من كونه صناعي وتجاري بصورة جزئية أو كلية".

"les contrats de délégation de services publics sont les contrats ayant pour objet de confier au contractant de l'administration, la charge d'assurer en tout ou en partie l'exécution d'un service public qui peut être aussi bien administratif qu'industriel et commercial."

كما عرّفها الأستاذ "Devolve Pierre" بقوله: " هو منح لمؤسسة أو مشروع ما مهمته

تحقيق مرفق عام، وفقا لصيغ من العائدات يتم الاتفاق عليها وتكون مختلفة الثمن".

"l'attribution à une entreprise d'une mission plus ou moins étendue de service public avec des formules de rémunération appropriée mais distinctes normalement d'un prix."².

¹ A. JEAN, La délégation du service, Guide pratique, Dalloz, Paris, 1999, p.44.

² P. Devolve, Le droit administratif, Dalloz, Paris, 1994, P.39.

فيما ذهب الأستاذ Stéphane Braconnier إلى القول بأن عقد التفويض هو: "العقد الذي من خلاله يحول شخص من القانون العام تسيير مرفق عام بكل مسؤوليته، وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر لشخص آخر بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق ويتحمل بذلك كل المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق".¹

أمّا على الصعيد العربي فقد حاول بعض الفقه تقديم تعريف يتلاءم والنموذج السائد فيها، على هذا النحو عزّفه الأستاذ مروان محي الدين قطب على أنه: "يعني أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، إدارة واستغلال مرفق عام، إلى شخص طبيعي أو معنوي، غالباً ما يكون من أشخاص القانون الخاص"².

يلاحظ على هذا التعريف أنه أضاف عنصراً جديداً ألا وهو بيان أطراف العلاقة والقانون المسند إليه في بيان صفة المفوض إليه بشكل نافي للجهالة، لكنه في المقابل أهمل شكل التصرف وموضوعه والغاية منه والالتزامات المترتبة في ذمة كلّ طرف على حدى.

أمّا الأستاذ وليد حيدر جابر فقد أورد تعريفاً أقرب إلى الدقّة كونه جمع فيه كل عناصر التفويض سواءً من حيث بيان التصرف وطبيعته وأطرافه وكيفية إبرامه والالتزامات المترتبة في نهاية المطاف.

على هذا النحو عزّفها على أنّها: "كل عمل قانوني تعهد بموجبه جماعة عامة ضمن اختصاصاتها، ومسؤولياتها، لشخص آخر إدارة واستثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع

¹ Stéphane Braconnier, droits des services publics, P U F, 2004, p 413

² مروان محي الدين قطب - طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز - الشركة المختلطة، تفويض المرفق العام - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.44.

أو بدون بناء منشآت عامة لمدة محدّدة وتحت رقابتها، وذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقا
للنتائج المالية للاستثمار والقواعد التي ترعى التفويض.¹

من خلال استقراءنا لهذه التعاريف الفقهية نجدها تتفق جميعها على أن تفويض المرفق العام
يقوم على توافر العناصر التالية:

- ضرورة وجود مرفق عام، دون التمييز بين الطبيعة الإدارية أو الاقتصادية؛ للمرفق محلّ
التفويض.

- التزام المفوض بالتنفيذ المباشر للعقد، وليس مجرد المساهمة أو المشاركة في التسيير.

- إسناد عملية تسيير المرفق العام إلى شخص آخر غير الشخص العام المسؤول عنه، سواء
كان الشخص عام أو خاص، طبيعي أو معنوي.

- أن يلتزم المفوض إليه بحدود العقد، فلا يحق له تفويض كل أو جزء من التزاماته إلى مفوض
إليه آخر خارج عن العقد إلا ضمن شروط وضوابط مقرّرة مسبقا وفقا لما سنأتي على بيانه لاحقا.

كانت هذه تقريبا مجموعة الشروط المتفق عليها في تحديد مفهوم عقد التفويض، حيث توصلنا
إلى نتيجة مفادها أن الكل أجمع على وضع معيار متقارب لعقد تفويض المرفق العام حيث اعتبره
عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى في صلب القانون مفوضا بالالتزام بتنفيذ عقد تفويض من هيئة
مانحة التفويض الغرض منه تقديم خدمات إلى مرتفقين بمقابل متفق عليه ضمن دفتر الشروط وفقا
لمتطلبات التسيير المرفقي المعتاد وضمن مبادئ حسن تسيير المرفق العام والمحافظة على استمراره
وأداءه لوظيفته خدمة للمصالح العام في كل الظروف والأحوال.

¹ وليد حيدر جابر-التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ب.ط، سنة 2009، ص58.

إلا أن الاختلاف وقع بينهم حول مساحة التفويض وحجم الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف العقد خاصة المفوض الذي بالإضافة إلى الشروط المتفق عليها قد يتحمل أعباء غير متوقعة تهدد مصير العقد، وتلحق به أضراراً قد تؤدي إلى المساس بمركزه المالي وتهوي به إلى حافة الإفلاس. كما أن تلك التعريفات لم تتناول مسائل أخرى لا تنفك صلة عن العقد وهي تلك المتعلقة بالمبادئ التي تحكم استرداد واسترجاع المرفق العام المفوض والقيود الواردة عليه والانتهاج الطبيعي للعقد أو غير الطبيعي... إلخ وهي كلها مفاهيم في غاية الأهمية كونها تلعب دوراً حاسماً في تحديد طبيعة العلاقة التعاقدية وحدودها وآثارها.

كخلاصة لما تم التطرق إليه، فإننا نستنتج بأنه وبمناسبة تقديم تعريف لعقود تفويض المرفق العام، لا بد للفقهاء والقضاة من أن يستحضر بعض هذه الشروط أو كلها، لما في ذلك من أهمية من حيث:

- تحديد عناصر العقد ونوعه.
 - تحديد طبيعة الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق طرفي العقد.
 - تحديد آثار العقد بالنسبة لأطرافه في الظروف العادية والأحوال الطارئة.
 - معرفة الآليات المعتمدة في استرجاع الممتلكات والأموال بعد نهاية مدة التفويض.
- هي كلها ضوابط جديرة بالعناية، ولا يهم بعدها إن تم التفويض وفق شكل ونمط محدد (تعاقدية، أو منفرد أو لائحي) لأن المعول عليه في هذه الحالة هو تحقيق أهداف النشاط المرفقي وتحقيق الموازنة بين الالتزامات والحقوق في إطار قواعد الشفافية والحرية والمساواة بين المتعاقدين.

ثانياً: التعريف التشريعي لتقنية التفويض

لم تهتم أغلب التشريعات بوضع تعريف لتفويضات المرفق العام تاركة هذه المسألة للفقهاء، لكن ذلك لم يمنع من ظهور بعض المحاولات التي اهتمت في كثير من الأحيان بالإطار العام تاركة تفصيلاتها للإدارة ممثلة في الدولة وهيئاتها المختلفة لتكريسها بما يتلاءم والتحوّلات التي تطرأ على النشاط الإداري والاقتصادي والاجتماعي داخلها.

بل أنه من اللازم أن ينبري دور المشرّع في مجال عقود تفويض المرافق العامة، إلى البحث عن هذا التعريف من أجل ضبط قواعده بالشكل الذي يرفع الغموض عن تحديد نطاقه ومجال تطبيقه ويدفع إلى تمييزه عن غيره من العقود الإدارية الأخرى كالصفقات العمومية.

وأيضاً من أجل فصله عن أنماط التسيير الإداري الكلاسيكي، والذي كان قد عرّف بعض أنواع وصور تسيير المرفق العمومي التي تتشابه إلى حدّ كبير مع بعض صور التفويض بمفهومه الحالي على غرار الامتياز.

والذي شكّل الصورة الأكثر إثارة للغموض أثناء بداية عرض مسودة القانون المتعلقة بالتنظيم التشريعي لمجال تفويض المرفق العام والوقوف على ما أنتجتته المناقشات اللاحقة للتشريع الفرنسي في مواجهة التصورات والتطورات التي تقدّم بعرضها والدفاع عنها أعضاء المجموعة الأوروبية، نتيجة للتصادم الذي حصل بين مفهوم الامتياز في التشريع الفرنسي كطريقة من طرق التفويض والامتياز كأسلوب يقتصر على مجالات محددة وفقاً للمنظور الأوروبي.¹

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص124 وما بعدها.

أ - تعريف المشرّع الفرنسي لعقد تفويض المرافق العامة

تعتبر فرنسا مهد نظام تفويض المرافق العامة كونها احتضنته كأداة لتحسين جودة الخدمات العامة وزيادة فرص الكفاءة في تشغيل المرافق، كما أنها دعمته كترجمة فعلية لسياستها الإصلاحية في مجال الإدارة المرفقية المعاصرة، خاصة بسبب الاختلالات التي شهدتها مجال المرفق العام كنظرية والأزمات التي مرّ بها.

من هنا كان لزاما على الإدارة الفرنسية تجاوز تلك المشكلات والعمل بكل الوسائل المتاحة من أجل تكريس أحسن لتغطية أفضل للاحتياجات العامة وأيضا المساهمة في تقليل أعباء الانفاق الإضافي المرهق للحكومات المتعاقبة وانتهاءً باعتباره وسيلة إسهام لجذب الاستثمارات الخاصة.

على هذا النحو عرّف التنظيم التشريعي لعقود تفويض المرفق العام في فرنسا مروره بمراحل متعاقبة بدأت بسن القانون 125/92 المؤرخ في 1992/02/06 والخاص بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية والمسمى بقانون جوكس، حيث استخدم لأول مرة مصطلح التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، ثم أتبعه ذات المشرّع بإصدار القانون رقم 93/122 المؤرخ في 1993/01/29 والمسمى بقانون (سابان) La loi Sapin والمتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية، حيث يشكّل هذا النص الإطار المرجعي لعقود تفويض العام.¹

¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique <https://www.legifrance.gouv.fr> , consulté le 08/02/2023, 20 ;25.

ثم قام لاحقا بإصدار القانون 1995/02/08 المتعلق بالعقود العامة وتفويض المرفق العام، لينهي هذه العملية بإصداره لقانون مورسيف La loi Murcef بموجب القانون رقم 2001-1168 المتعلق بالتدابير الاستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي والمالي.¹

إذ أقرّ في المادة الثالثة منه تعريفا لعقد تفويض المرفق العام حيث نص على أنه "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير المفوض إليه سواء كان عاما أم خاصا تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، والمفوض إليه قد يكون مكلفاً ببناء منشآت أو باكتساب ممتلكات لازمة للمرفق".

من خلال هذه التعديلات المتراكمة يتضح بأن المشرّع الفرنسي لم يقتصر في تنظيمه لموضوع تفويضات المرفق العام على قانون واحد وإنما تجاوزه إلى ابتكار وصناعة مجموعة متفرقة من النصوص والتشريعات حسب الظروف والأحوال وتماشيا مع فكرة الوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة التي تشكل تفويضات المرفق العام أساسها.

ب - تعريف المشرّع الجزائري لعقد تفويض المرفق العام

على غرار الأنظمة المقارنة التي تعتمد في إدارتها للنشاط المرفقي المعاصر على فكرة تفويضات المرافق العامة، عرفت الجزائر بعض المحاولات التي تهدف إلى تقديم تعريف لهذا النوع من العقود المستجدة ضمن تشريعها الوطني، حيث عرفته المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التفويض بأنه "يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام،

¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, <https://www.legifrance.gouv.fr> , consulté le 08/02/2023, 21:25.

أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض إليه، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض إليه، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام"¹.

في مقابل ذلك جاءت المادة 04 من المرسوم 199/18 لتضيف مسألة في غاية الأهمية حيث عرّف المشرع من خلالها تفويض المرفق العام على أنه: "يمكن للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابع لها والمسؤولة عن مرفق عام التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة" أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص المفوض إليه بموجب اتفاقية التفويض"².

كما أن التعلّية رقم 306 المؤرخة في 9 جوان 2019 والمجسّدة لأحكام المرسوم السالف الذكر فقد عرفت تفويض المرفق العام بأنه: "وسيلة تمكّن مسيري الجماعات الإقليمية من تسيير المرافق التي تقع على عاتقهم بشكل فعّال ومرن بُغية ضمان خدمات ذات نوعية لمستعملي المرفق العام"³.

من خلال استقراءنا لموقف المشرع الجزائري يتضح جليا بأنه لم يخرج عن المبدأ العام والمتمثل في تفويض "تسيير" المرفق إلى المفوض إليه مع تمكينه من أجره مقابل التسيير الناتج عن استغلاله للمرفق وذلك وفقا لما يسمح به القانون

مع ذلك لم تسلم هذه التعريفات من الانتقاد خاصة وأن ذات المشرع لم يأخذ في عين الاعتبار عدد من العناصر الجوهرية، والتي تشكّل أساس عقد التفويض شكله ونطاقه الزمني والحقوق

¹ المرسوم الرئاسي 147/15 المؤرخ 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ع 5، سنة 2015.

² المرسوم التنفيذي 199/18، مشار إليه سابقا.

³ التعلّية رقم 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلقة بتفويض المرفق العام.

المكتسبة بالنسبة للمفوض فيما عدا المقابل المالي، كحالات الصعوبات المادية غير المتوقعة مثلا أو تغيير الخيارات الاقتصادية والتنموية والتقسيمات الإدارية في بعض الأحيان أيضا.

كما أن المشرع الجزائري لم يشذ عن القاعدة التي تبناها المؤسس الدستوري الفرنسي حين اعترف للجماعات المحلية بسلطات أوسع وحرية أكبر نجد سندها في الدستور الفرنسي لسنة 1958 بخلاف الدستور الجزائري وتعديلاته المتتالية.

مع أن كلا التشريعين قد حددا وقتدا من هذه الحرية سواء عن طريق القواعد المتضمنة في قوانين مكافحة الفساد أو النصوص الخاصة بمجال التفويض بما حملته من ضوابط إجرائية تحتكم لها الإدارة في كل الأحوال ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

بل إن بعض التعريفات جاءت عامة وتضمنت بعض الالفاظ والعبارات التي تحتمل التأويل والتوسع في التفسير كما هو الشأن بالنسبة لمصطلحي " المرونة والفعالية " التي يصعب ضبطها وفهمها في كثير من الأحوال.

لذلك لا بد له من إعادة صياغة نص المادة بما يتلاءم وهذه العناصر كونها تشكل حجر الزاوية في بيان وتحديد دائرة الحقوق والالتزامات ومساحة الاستفادة التي تجنيها الدولة والمستفيدين من الخدمة المرفقية وتبيان من خلالها أيضا التفرقة بين الامتياز كأسلوب الإدارة غير المباشر غير محدد المدة تقريبا وأسلوب الإدارة المباشرة عن طريق التفويض الذي يكون محدد المجال والمدة.

ج / تعريف عقد تفويض المرافق العامة في التشريعات العربية المقارنة بين الخصوصية والتقليد:

على الصعيد العربي حاولت بعض التشريعات تقديم نماذج مختلفة لعقود تفويض المرافق العامة مع ملاحظة بأنها جاءت تحت مسميات مختلفة، كما أن جلها قام على التقليد والتأسي بالمشرع الفرنسي.

ولعلّ من أهم التشريعات التي تناولت هذا الموضوع، المشرّع المصري الذي نظّم هذا الموضوع الحيوي لكن تحت مسميات أخرى حيث وبالرغم من أن التشريع المصري عرف تنظيم عقد التزام المرفق العام في عام 1947، إلا أنه ولأسباب اقتصادية وقانونية أهمّها أن الأخذ بمعيار الاعتبار الشخصي كان له أثر واضح في قلب التصورات التي ظلّت مرتبطة بإدارة المرافق العام على هذا النحو خاصة في المجالات التي لا يتوفر فيها لدى المتعاقد الامكانيات المالية أو الوسائل التي تجعله قادرا على الوفاء بالتزاماته التعاقدية في مواجهة المنتفعين.

على هذا النحو تدارك نفس المشرّع هذا الفراغ وقام بإصدار القانون 67 لسنة 2010 والمسمى قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنى الأساسية والخدمات والمرافق العامّة ليحلّ محلّ القانون القديم، مع ملاحظة أنه منح وفتح إمكانية الاستثمار للقطاع الخاص الوطني والأجنبي على ألا يتجاوز حدود 20% من المال المخصص للمشروع¹.

أمّا في القانون التونسي وفي إطار برنامج الشراكة بين القطاع العام والخاص ولتسهيل عملية تفويض المرافق العامّة وتأطيرها من الناحية القانونية، صدرت عدة قوانين قطاعية خوّلت للدولة إمكانية تفويض بناء واستغلال منشآت البنية التحتية وبعض المرافق العامّة إلى أشخاص القانون الخاص على غرار القانون رقم 70 والمؤرخ في 20/08/2004 والمسمى قانون بناء واستغلال محطات ومنشآت التطهير، وكذا قانون رقم 57 المؤرخ في 12/09/2004 المتعلق ببناء المطارات المدنية. ويظهر من خلال استقراءنا لهذه القوانين أن المشرّع التونسي قد استخدم أسلوب التنظيم القطاعي لإشراك القطاع الخاص في الاستثمار في المرافق العامّة من خلال أسلوب عقود امتياز

¹ محمد علي ماهر محمد علي -وكالة المرفق العام، دراسة مقارنة- دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص30.

المرافق العامة، و التي اصطلح عليها بعقود اللزّمة، و قد أخذت على التنظيم القطاعي الذي أتبعه المشرّع التونسي سلبيات عديدة يمكن حصرها فيما يلي :

- اقتصار بعض النصوص القطاعية على النص على مبدأ اللزّمة من دون تنظيم المسائل المرتبطة بكيفية منحها ومتابعتها وتنفيذها.

- عدم النص على المبادئ العامة والأساسية التي يتعيّن احترامها عند منح اللزّمة ومراقبتها ومتابعتها.

- سكوت النص القطاعي عن تحديد الحقوق والواجبات والضمانات المتبادلة بين أطراف العقد لا سيما ما يتصل منها بالأبنية والمنشآت التي تنجز في إطارها.

إزاء هذه الانتقادات تدخّل المشرّع التونسي وقام بوضع تشريع جديد وموحد ينظم منح الامتيازات للقطاع الخاص ضمن قطاعات المرافق العامة، حيث صدر بناءً على ذلك القانون 23 لسنة 2008 والمؤرخ في 2008/04/01 المتعلق بنظام اللزّمات.

حيث يمكن تلخيص أهم ما جاء به هذا النص فيما يلي:

1- تناولت المادة الأولى النظام القانوني لعقد اللزّمة وضبط المبادئ الأساسية بمنحها وتنفيذها ومتابعتها ومراقبتها وتحديد النظام القانوني للبنيات والمنشآت والتجهيزات اللازمة لتنفيذها.

2- نصت المادة الثانية على اعتماد مدلول واسع للزّمة إذ عدّت اللزّمة عملية تفويض مهمة لتصرف شؤون مرفق من المرافق العمومية واستغلال أو استعمال أملاك أو معدات عمومية.

3- كرّست المادة 4 فكرة التوازن المالي للعقد من خلال تقريرها لمبدأ تقاسم المخاطر بين طرفي العقد.

4 - أجازت المادة الثامنة فتح المبادرة باللزومات للاقتراحات التلقائية عن طريق تقديم عرض يتضمّن دراسة جدوى فنية وبيئية واقتصادية ومالية، تُدرس من الشخص العمومي المؤهل لأن يكون مانحا للزمة.

أمّا في لبنان، فقد تصاعد الاتجاه بضرورة إشراك القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العامّة في العقد الأوّل من القرن العشرين، وقد تعزّز بصدور عدد من التشريعات التي نظّمت المشاركة بين القطاعين العام والخاص كان آخرها القانون رقم 549 الصادر بتاريخ 2003/06/01 المتعلق بتصميم وإعادة إعمار مصفاتي طرابلس والزهراني وتشغيلهما وبناء محطة نهائية لتصدير واستيراد الغاز الطبيعي المسال وبناء تجهيزات لتخزين الغاز الطبيعي وإنشاء شبكات لبيعه وتوزيعه.

أمّا في القانون المغربي فقد دفعت الحاجة الماسة لتدارك القصور الذي اعترى التسيير المرفقي بسبب آثار معاهدة الحماية الفرنسية التي لا تزال قائمة ليومنا هذا، بالرغم من محاولات التدارك عن طريق التأميم وغيره من الأساليب الأخرى، وهو الوضع الذي دفع المشرّع المغربي إلى اعداد مشروع قانون يهدف إلى وضع إطار قانوني ينظّم بموجبه عمليات التدبير المفوض، معتمدا في ذلك على تجارب الدول الأجنبية خاصة الأوروبية منها مع محاولة تكييفها مع خصوصية النظام السياسي والاقتصادي القائم في المغرب على حرّية المبادرة.

على هذا الأساس تكّلت هذه الجهود بصدور القانون رقم 54/05 في 2005/02/14 تحت مسمى قانون التدبير المفوض¹.

حيث اشتمل هذا القانون على أربعة أبواب قسمت على النحو التالي:

1-الباب الأول يتضمّن أحكام عامة.

¹ قانون التدبير المفوض 54/05 لسنة 2005.

2- الباب الثاني يتعلّق بحقوق وواجبات المفوض.

3- الباب الثالث يتعلّق ببيان حقوق المفوض إليه وواجباته.

4- الباب الرابع أحكام تتعلّق بالعقود.

إن أهم ما يلاحظ على هذه التشريعات مجتمعة بأنها جاءت نتاج مخاض عسير شهدته عملية الإدارة والتسيير المرفقي العمومي في العالم العربي وأوروبا أيضا، خاصة في المرحلة التي تلت استقلال هذه الدول وعدم استقرارها على اتباع نموذج ونمط موحد للتسيير، والذي يعزى أيضا لظروف كثيرة منها خاصة تلك التي مرّت بأزمات سياسية واقتصادية وهشاشة مالية نتيجة ضعف ميزانيات التشغيل والصيانة، وأيضا بسبب ارتفاع الكثافة السكانية في ظلّ قلة الطلب على إشراك القطاع الخاص لتدارك نقائص الإدارة المرفقية بالأساليب الكلاسيكية.

كما أن تطوّر أنماط الإدارة ومناهج التسيير وظهور الطفرة التكنولوجية كأداة ووسيلة تمكّن من تقديم أقصى قدر من الإضافة الممكنة كان له صدى إيجابي في تحويل دور القطاع الخاص من متعاقد "خاضع للشروط" إلى شريك مُساهم في نقل تجربة أو تقديم خدمة فعّالة وبتكاليف أقلّ وتوجه للجمهور بطريقة يسيرة ومرنة.

إن تجاوز الدول لمشكلات الهيمنة القطاعية على التعاقد إلى الشراكة الميسرة وغير المنحازة لتغليب كفة طرف على آخر، ومحاولة أغلبها تجاوز مشكلات الفساد وعدم المساواة في انتقاء المساهمين من أشخاص ومؤسسات كان لها الوقع الكبير في إعادة بناء خط الاستثمار وتوجيه الاقتصاد بشكل موضوعي وشفاف.

وهي كلها أسباب ودوافع عجّلت إلى جعل ميزان الحقوق يتكافأ بين الفاعلين في الحقل الاقتصادي من سلطة مانحة التفويض ومفوض إليهم وجمهور، للوفاء بمتطلبات المرفق بدون تجاوز حدود المشروعية وبما يتلاءم وفكرة المصلحة العامة.

لذلك أصبح التفويض بشكله الحالي سمة العصر وعلامة فارقة في إدارة وتسيير أوجه النشاط المرفقي المعاصر خاصة بعد التعديلات التي طرأت على كثير من قواعده بإدراج قواعد أصيلة لا مثل لها ضمن العقود الإدارية التقليدية كمفهوم الاعتبار الشخصي والاحتكار والحماية من المنافسة غير المشروعة... إلخ، إلى الحدّ الذي أصبح فيه المتعاقد يحظى بالثقة من جهة والحماية في كثير من الأحيان.

الفرع الثاني: نشأة وتطور فكرة تفويضات المرفق العام

لقد أدت الحاجة إلى مسايرة التغيرات الحاصلة في المجال الاقتصادي وغيره من الميادين المرتبطة بحياة المجتمعات المعاصرة إلى قلب المفاهيم والتصورات المستقر عليها لدى أهل الاختصاص القانوني، خاصة في موضوع الإدارة المرفقية حيث شكّلت أفكار مثل التجارة الدولية وقواعد المنافسة ومعايير النزاهة والمسائلة ومعطيات أخرى كالرقمنة والمعاملات التجارية الالكترونية أثرا بالغا في إعادة رسم معالم النشاط المرفقي قصد جعله يتوافق مع الحاجيات والخيارات والحقوق المعاصرة والمتطورة للأفراد والجماعات والمتلازمة مع تلك المعطيات.

وهو الوضع الذي عجّل في فرنسا من تسليم القضاء بظروف التحوّل بعد أن ظل محافظا على موقفه الثابت من مبدأ سلطان العقد في مواجهة النص التنظيمي والتشريعي بوجه عام.

هذا الأخير الذي أصبح دوره مبرّر بالمصلحة العامة ومؤسس دستوريا ضمن دائرتها، حيث أضحى يتمتع بمساحة هامة من الاستقلالية في ابتكار الأدوات الكفيلة بملائمة الاصلاحات

والتحوّلات، ومنها فتح المجال للشراكة ومساهمة القطاع الخاص في إدارة المرفق العام تحت مسمّى "تفويض المرفق".

أولاً: مرحلة التكريس التشريعي لفكرة تفويضات المرفق العام

مرّ التكريس التشريعي لهذا المبدأ الجديد في فرنسا بمراحل عدة، وذلك راجع للأسباب والاعتبارات التي سُقناها آنفاً، لينعكس بعدها هذا التصوّر على بعض التجارب الأخرى في التشريعات المقارنة لاحقاً على غرار التشريع الجزائري.

وهي المحاولات التي نبينها على النحو الآتي:

أ/ مرحلة التكريس التشريعي لفكرة التفويض في التشريع الفرنسي

ارتبط التجسيد والبدء الفعلية لأعمال قواعد تفويضات المرفق العام في فرنسا بقانون جوكس La loi Joxe رقم 125/92 المؤرخ في 1992/02/06 والخاص بالإدارة المحلية للجمهورية الفرنسية أو ما يصطلح عليه بالجماعات الإقليمية، حيث يرجع له الفضل في تبني واستعمال مصطلح التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة¹.

ليليه بعدها قانون سابان La loi Sapin رقم 93/122 الصادر بتاريخ 1993/02/29 والمتعلّق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية، وهو الإطار المرجعي لمختلف عقود التفويض، كما تضمن في بعض قواعده مجموعة من المفاهيم التي قيّدت من حرية الإدارة في اختيار المتعاقدين واخضاعها لقواعد الشفافية والنزاهة والمساواة بدل الصورة النمطية التي ظلّت قائمة على مبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المترشح وتقييده بقيود صارمة.

¹ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République,

<https://www.legifrance.gouv.fr> , consulté le 04/11/2023 , 22:30.

قانون 8 فيفري 1995 المتعلق بالعقود العامة وتفويض المرفق العام ثم القانون رقم 1168/2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المسمى بقانون مارسيف « Murcef » والذي حدّد من خلاله المشرّع الفرنسي الشروط الواجب توفرها في المرفق ليكون صالحا للتفويض.

وهي الشروط التي جمعها فيما يلي:

- 1- معيار الوسيلة القانونية.
- 2- موضوع العقد.
- 3- معيار المقابل المالي الناتج عن عملية الاستغلال للمرفق.

ويشير الفقه الفرنسي على هذه القوانين أنه لا يوجد من بينها قانون واحد يعالج عقود تفويض المرافق العامة فقط، ثم اقتصر التدخل التشريعي على مجموعة متفرقة من القواعد تنظّم بعض جوانب عقود التفويض، لأن المشرّع كان يهدف في المقام الأول إلى تحقيق أكبر قدر من الوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة والتي يشكّل تفويض المرفق العام عنصرا أساسيا فيها¹.

فلم يكن يقصد المشرّع منذ البداية إعادة بناء قانون العقود الإدارية وفقا لتحليل فقهي للأفكار الخاصة بالموضوع حيث مع واقعية هذه الملاحظة، فإنه لا يجوز التقليل من أهمية تدخل المشرّع في مجال عقود تفويض المرفق العام، فالقانون يضع عددا من القواعد تخضع لها عقود تفويض المرفق العام كافة، وأنه وضع لأول مرة تسمية لهذه العقود، ومن ثمّ أدى تدخله إلى تكريس ظهور نوعية من العقود الإدارية، التي ظلّت حتى هذا الوقت كامنة².

¹ G. Marcou, La Notion de Délégation de service public après la loi du 29 Janvier 1993, RFDA, 1994, p 693.

² أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 50.

في النهاية أصبح العمل بهذه القوانين السمة المهيمنة على أكثر مجالات الحياة العامة للمواطنين في فرنسا وتم توسيع نطاق استخدام التفويض ليشمل جميع المرافق العامة بما في ذلك النقل والطاقة، والصحة، والتعليم، والرياضة مع تضمينها بمجموعة من الضمانات والقيود التي تهدف إلى حماية مصالح الجهات الحكومية والمواطنين، حيث أصبح يُلقى على عاتق الشركة المفوضة تلبية معايير الجودة والأمان والبيئة، مع احتفاظ الدولة بالسيطرة الكاملة على ملكية المرافق المفوضة باعتبار أن دورها ضروري لبقاء واستمرار تلك المرافق ."

ب/ التجربة الجزائرية في مجال عقود تفويضات المرافق العامة تصور فتي لتحولات خدماتية جديّة

شكّلت محاولة نقل المشرّع الجزائري للتجربة الفرنسية والعربية مُمثلة في بعض النماذج التي تتلاءم وطبيعة " المصدر " القانوني مقارنة أكثر ملائمة مع التحوّلات التي عرفت الجزائر خاصة بعد مرحلة الانفتاح التي تلت التكريس الدستوري لحق الأفراد في الصناعة والتجارة، مستفيدة في ذلك من مزايا هذا النظام ومتجاوزة بذلك الأخطاء التي عرفت في ظلّ التجارب المقارنة السالفة الذكر.

حتى وإن كانت تجربة فنية ومحاولة في البداية إلا أنها تعتبر إضافة وعبء يفترض أن يبني على معطيات واقعية وتوضع له كل الوسائل والمتطلبات من أجل إنفاذه بشكل يتلاءم وغايات اعتماده كأداة لتحقيق غايات النشاط المرفقي ضمن المبادئ المعهودة والتحوّلات الجديدة المقترنة بالرغبة في إحلال الشفافية ومعايير النزاهة والمنافسة الشريفة محلّ الممارسات الكلاسيكية التي ظلت رهينة البيروقراطية والفساد الإداري والوظيفي الذي هَيَمَ على إدارة أوجه النشاط المرفقي والخدمي العمومي في الجزائر.

وعليه كغيرها من التشريعات مرّت عملية التكريس التشريعي لموضوع تفويضات المرافق العامة في الجزائر بمراحل مختلفة تأرجحت بين البطء والترقّب وانتهاء بمرحلة الانتقال إلى التكريس الصريح

لهذه الفكرة ضمن النصوص الخاصة والنصوص المطبقة لها، وهي المراحل التي سنحاول بيانها على النحو التالي:

1 - مرحلة الترقب والاعتماد على النمط الكلاسيكي في إدارة المرفق العام

شهدت هذه المرحلة ظهور حالة من التردد لدى المشرع الجزائري من تبني النمط الجديد للإدارة المرفقية القائمة على أسلوب التفويض، وذلك راجع لعدة اعتبارات تاريخية ومنطقية وفنية، يمكن ردها إلى حداثة الفكرة وعدم توافر الأدوات التشريعية والتنظيمية والفنية لإنفاذها بالشكل الصريح والصحيح أيضا.

وبقي الحال كما هو عليه حتى بداية مرحلة التسعينات، وهي الفترة التي تلت إعادة صياغة دستور جديد سنة 1989 والذي أنهى حقبة الإدارة الاشتراكية لبعض المرافق ونقل بعدها الجزائر إلى مرحلة تتماشى والتحوّلات التي عرفها العالم، والتي كرّست لأفكار مستحدثة آنذاك لعب فيها خيار الإصلاحات الاقتصادية والانفتاح دورا هاما في إعادة بعث النشاط المرفقي بصورة تتلاءم وتحديات تحرير الخدمة العمومية التي عانى المجتمع من تبعاتها السلبية.

وهي الوضعية التي سنحاول البحث فيها من خلال عرض المسألة للدراسة ضمن مجالها الوطني والمحلي على النحو الآتي:

2 - مرحلة التردد في تفويض المرافق العامة الوطنية

بداية لم تعرف الجزائر سوى عقود الامتياز كنمط من أنماط التسيير المرفقي، واستعملته مباشرة بعد الاستقلال واستبعدت ما يتعارض منه بالسيادة الوطنية كما حاولت تكييفه مع النظام الاشتراكي، إلا أن تطبيقه كان بصفة محتشمة وبنسب متفاوتة، حيث أشار إليهم المشرع الجزائري لأول مرة في القانون رقم 166/64 المتعلق بالمصالح الجوية وذلك من خلال في نص 2/8: "... ولا تمنح

الرخصة إلا لمدة لا تتجاوز عاما، قابلة للتجديد إلا في حالة امتياز لمدة محددة بعقد...¹، ثم عاد المشرع الجزائري ليكرس نظام الامتياز من خلال القانون 17/83 المتعلق بالمياه، الذي عرّف الامتياز لأول مرة بصورة واضحة، وبين كيفية تسيير الملكية الوطنية للمياه من طرف الهيئات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية.

مع كل هذا ظلّ هذا الأسلوب باهتا ولم يقدّم الحلول المرجوة منه لينتهي كما بدأ، حيث يفسّر هذا الأمر بتبني الجزائر للتوجه الاقتصادي الاشتراكي، القائم على غلبة الطابع التدخلّي للدولة بواسطة هيئاتها في تسيير كل مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية².

ونتيجة للتغيرات التي عرفتھا الدولة الجزائرية منذ 1989 واستجابة للتحوّلات الاقتصادية التي نجّم عنها الانتقال من النظام الاشتراكي الذي يعتمد على الأساليب التقليدية في التسيير إلى النظام الرأسمالي الذي سمح للخواص بالمشاركة في تسيير المرافق العامة، صدر الأمر رقم 13/96 المعدّل لقانون المياه، ثم توالى النصوص القانونية التي كرست هذا التوجه الجديد للدولة الجزائرية، إلا أن مصطلح التفويض لم يستعمل في المنظومة القانونية الجزائرية إلا سنة 2005 وتحديدا في قانون المياه 12/05، حيث اعتمد المشرع الجزائري على تقنية التفويض في تسيير الخدمة العمومية للمياه³، من خلال نص المادة 101 منه والتي جعلت من التفويض كحلّ احتياطي واستثنائي ثاني يلجأ من خلاله إلى أشخاص القانون الخاص بعد تعدّر منح الامتياز لأشخاص من القانون العام⁴.

¹ القانون رقم 166/64 المؤرخ في 8 جوان 1964، المتعلق بالمصالح الجوية، ج. ر. ع 6 الصادرة في 16 جوان 1964.

² سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام المحلي، دار المنتبي للطباعة والنشر، ب.ط، سنة 2023، ص. 26.

³ سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 10، ع 02، 2014، (ص 242-269)، ص 243.

⁴ Rachid Zouaimia, la délégation de service public au profit de personnes privées, OP. Cite, p.p

66-67.

وعليه نستنتج أن المشرع الجزائري في قانون المياه اعتبر تقنية التفويض كأسلوب مستقل بحد ذاته لا يشمل الامتياز وإنما يختلف عنه¹.

اتسم موقف المشرع الجزائري بالتردد في النص على استعمال تفويض المرفق العام في تسيير المرافق العمومية، ويتضح ذلك من خلال عدم الأخذ به في النصوص المنظمة لتلك المرافق، لاسيما على المستوى المحلي من جهة، ومن جهة أخرى الأخذ أو النص على استخدامه عندما يتعلق الأمر بالمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الخاصة بالمرافق العمومية الوطنية².

3 - مرحلة التردد في تفويض المرافق العامة المحلية

أما بالنسبة للإطار التاريخي لتفويض المرفق العام المحلي في الجزائر فقد شهد هو الآخر مرحلتين متعاقبتين:

1 - عقود امتياز المرفق العام المحلي قبل القانون 10/11 المتعلق بالبلدية

يمكن معالجته في مرحلتين أساسيتين هما: مرحلة ما قبل 1994 وما بعدها وهو تاريخ صدور تعليمات من وزير الداخلية والجماعات المحلية المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

1.1 - امتياز المرفق العمومي المحلي "قبل سنة 1994" كطريقة استثنائية

بعد صدور قانون البلدية الأول بموجب الأمر 24/67 المؤرخ في 18 جانفي 1967 كان لزاما على السلطة الاعتراف بعقد الامتياز محاولة منها لتوسيع إدارة المرافق العامة واعترفت المادة 220 منه للبلديات باللجوء للامتياز غير أنها جعلت اللجوء لهذه الوسيلة طريقة استثنائية إذ الأصل

¹ Rachid Zouaimia, OP. Cit, p 66.

² الكاهنة إرزيل، "عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، العدد الثالث، جوان 2017، ص13.

هو الاستغلال المباشر المكرّس بموجب المادة 212 من نفس الأمر، أو الاستغلال بطريق المؤسسة الثابت بموجب المادة 219 من قانون البلدية، وصدر الأمر 38/69 المؤرخ في 23 ماي 1969 المتضمن قانون الولاية وتضمنت المادة 136 منه إمكانية لجوء الولاية لعقد الامتياز لاستغلال بعض المصالح العمومية بعد مصادقة وزير الداخلية على ذلك، وبذلك تعذّر اللجوء للامتياز بالنسبة للإدارة المحلية إلا إذا ثبت عدم إمكانية إمّا الاستغلال المباشر أو الاستغلال عن طريق المؤسسة العمومية¹.

إن تسيير المرافق العمومية المحلية ومنذ 1967 تنوّع من تسيير مباشر إلى تسيير عن طريق المؤسسات العمومية إلى الامتياز، لكنه بهذا الترتيب يعتبر الامتياز كطريقة استثنائية لتسيير المرفق وهذا بسبب النظام السائد آنذاك والأيدولوجية الاشتراكية التي تحبّذ التسيير المباشر وتستبعد الامتياز، وهذا ما أكد عليه قانون البلدية 08/90 وقانون الولاية 09/90، فرغم المرحلة التي صدر فيها النصان إلا أن هناك تأكيد على استثنائية واحتياطية الامتياز كوسيلة لتسيير المرفق العام المحلي.

فشرط اللجوء للامتياز هو عدم نجاح التسيير المباشر للمرافق العمومية المحلية، وكذا عدم حدوث ضرر بسبب الامتياز، فهو مقيدّ واحتياطي².

2.1 - تفضيل الامتياز والتأجير كطرق لتسيير المرفق العام المحلي بعد 1994

تعتبر سنة 1994 سنة مهمّة في إعادة الاعتبار للامتياز من خلال عدة نصوص قانونية أعطت الأفضلية والأولوية للامتياز، ومع السّيّاق العام الذي تعرفه الجزائر، ولجئها إلى الامتياز

¹ نادية ضريفي، "تفويض المرفق العام المحلي والتنمية"، بحث مقدم في إطار كتاب جماعي مقالات متنوعة على شرف الأستاذ

الدكتور بوسماح محمد أمين بعنوان: في صلب إصلاح الدولة، ج2، د.م.ج، الجزائر، 2021، ص11.

² سمية سلامي، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

كوسيلة لتسيير المرافق العمومية كان يجب أن تواكبها الإدارة المحلية بإصدار نص يُعطي الأولوية لهذه الطريقة، وفي خضم التحوّلات الجديدة والسرعة جاءت هذه المواكبة عن طريق التعليم رقم 842/3-94 الصادرة عن وزير الداخلية والتي جاءت في الأصل لتنفيذ تعليمة رئيس الحكومة رقم 20 الصادرة بتاريخ 1994/07/07، وهذا تحت عنوان "امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها" والموجهة للسادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية.

والملاحظ أهمية محتوى التعليمة الوزارية التي وضعت نظاما قانونيا كاملا للامتياز والإيجار، لم ينظمه أي قانون من قبل، وهي التي عدّلت قانون البلدية والولاية حين أعطت الامتياز أفضلية وأولوية بالنسبة للطرق الأخرى للتسيير، فالتعليمة جاءت بأولويات جديدة.

وهذه التعليمة حدّدت وبدقة النظام القانوني للامتياز والإيجار بجميع جوانبه، التعريف، الإجراءات، الوثائق، الشروط، حقوق وواجبات الأطراف، والمنازعات، واعتبرت هذه التعليمة درسا فقهيا كاملا عن معنى الامتياز ونظامه القانوني¹.

2 - عقود امتياز المرفق العام المحلي بعد القانون 10/11 المتعلق بالبلدية

قانون البلدية لسنة 2011 جاء بعد مخاض طويل أكثر من 14 سنة، فمنذ سنة 1997 وهو يُطرح كتعديل لقانون البلدية لسنة 1990، وإذا تكلمنا عن امتياز المرفق العام المحلي الذي كان معالج بمجرد تعليمة فالكل كان ينتظر صدور قانون البلدية لتبني تلك الأحكام الواردة في التعليمة، لكن هذا القانون لم يفضّل الامتياز كطريقة أولية لتسيير المرفق العام المحلي، والجديد الذي جاء به هو المساواة في المعاملة بين مختلف الطرق ويبقى التفضيل في يد البلدية التي لها أن تختار

¹ سمية سلامي، مرجع سابق، ص 28.

بين هذه الأساليب، وهذا يكرّس فعلا أن المرافق العامة مرتبطة بالإدارة أولا من حيث التنظيم والإنشاء.

نصّت المادة 155 على إمكانية اللجوء لعقد الامتياز لتسيير جميع المرافق العامة المحلية المنصوص عليها في المادة 149، والمادة 150 غيرت ترتيب طرق التسيير حيث يمكن تسيير المرافق العامة إما في استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض وأصبحت البلدية حرة في الاختيار بين هذه الأساليب وأن هناك مساواة في الاختيار عكس ما كان مكرّس في قانون البلدية لسنة 1990.

ويمكن أن تلجأ البلدية مباشرة لمنح الامتياز أي دون فشل الاستغلال المباشر، والجديد في هذا القانون هو أنه جاء بمصطلح تفويض المرافق العامة في المصطلحات، إذ فرّق بين الامتياز وتفويض المرفق العام، وجعل كل من الصفقة العمومية وعقد البرنامج آليتين لتفويض المرفق العام، الأمر الذي يبعث التساؤل عن المغزى المرجو من ذلك أم أن الأمر لا يعدو كونه خطأ غير مقصود من طرف المشرّع¹.

فمصطلح تفويض المرفق العام لم يأخذه المشرّع كما تناوله المشرّع الفرنسي بل أعطاه معنى آخر بعيد عن تسيير المرفق العام وجعل الصفقة وعقد البرنامج طرق لتسيير المرفق العام.

وفي ظل قانون الولاية 07/12، نصّت المادة 141 منه على مجموعة من النشاطات، وصفت بالمرفق العام (المصالح العمومية)، مثلا: الطرق والشبكات المختلفة، النظافة، المساحات الخضراء... إلخ.

¹ سامية حساين، أمينة لميز، قراءة نقدية في تفويض المرفق العام، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 4، العدد2، جوان 2019، ص 49.

من خلال المادة 149 من القانون 07/12 فقد حافظ القانون على نفس الترتيب المذكور في القانون 09/90، أي الأولوية للتسيير المباشر ثم التسيير عن طريق المؤسسة العمومية وفي حال تعذر استغلال المرافق عن طريق الامتياز.

وعكس قانون البلدية 10/11 فهذا القانون لم يأتي بمصطلحات جديدة ولم يأتي بترتيب جديد، ومن هنا أصبح هناك عدم تجانس بين قانون البلدية وقانون الولاية¹.

3 - مرحلة التكريس الفعلي لأسلوب تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 والنصوص المطبقة له

يُعدُّ المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحق الإطار المرجعي لمجال تنظيم عقود تفويض المرفق العام كونه وضع نظاما موحدًا لعقود تفويض المرفق العام.

كما يُعتبر أول قانون نظم مجال هذا النوع من العقود من خلال تعريفه وتحديد أشكاله وتضمينه جملة من الإجراءات الهدف منها تكريس مبدأ المنافسة وضمن الشفافية والمساواة بين المترشحين كما بيناه سابقاً².

فتبنى المشرع الجزائري عقود تفويض المرفق العام المحلي والوطني في ظلّ المرسوم الرئاسي 247/15 حسب الفقرة الأولى من المادة 207 من الباب الثاني تحت عنوان الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، وكانت فلسفة المشرع الجزائري والهدف من هذه التفويضات هو ترشيد النفقات العامة وعقلنتها، والبحث عن موارد جديدة وهذا من خلال أربعة مواد 207 إلى 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، وجاء مقترنا بتنظيم الصفقات العمومية وخاضها لنفس المبادئ، مما

¹ نادية ظريفي، تفويض المرفق العام المحلي والتنمية، مرجع سابق، ص 14.

² سمية سلامي، مرجع سابق، ص 31.

يُوجي بتحوّل الدولة إلى ترشيد النفقات العمومية من خلال إعادة تنظيم الصفقات العمومية، والبحث عن وسائل تمويل جديدة عن طريق التفويض.

ولقد أحال المُشرّع تطبيق أحكام هذا الباب أي للتنظيم، والذي صدر بموجب المرسوم التنفيذي 199/18.

فالمرسوم الرئاسي وإن كان يُحدّد مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام (المادة 209) فإنه لا يُحيل بأي شكل من الأشكال لإبرام هذا النوع من العقود للأحكام الخاصة بمجال الصفقات العمومية، فقد تضمن النص على ضرورة التقيّد بمبدأ المنافسة وفق ما تقتضيه المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 خاصة حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة وشفافية الإجراءات، وهي مجالات شبيهة إلى حدّ ما مع ما تضمنه قانون سابان الفرنسي.

بقي العمل بهذا النمط ساريا حتى صدور المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، الذي كان الهدف منه التوجه نحو الفعالية وإرساء قواعد جديدة غايتها تحسين رؤية المؤسسات وتحقيق الجدّية في أدائها مع تشجيع روح المبادرة وعصرنة طرق التسيير والعمل على تقليص دور تدخل الجماعات الإقليمية في التسيير المباشر لحاجيات المواطنين من خلال إعادة توزيع الثروة بين القطاعين العام والخاص، وملائمتها مع التحوّلات التشريعية أيضا، خاصة قانون البلدية.

حيث أكّد المُشرّع الجزائري من خلاله في المادة 149 على إمكانية لجوء الجماعات الإقليمية إلى أسلوب التفويض في العديد من المجالات التي حدّدها القانون وكل المجالات القابلة للتفويض،

مما سيسمح بتسيير أفضل للجماعات الإقليمية عن طريق خلق ديناميكية تستمد قوتها من تثمين المبادرة الناجحة وتصحيح كل الاختلالات التي تعيق حاليا الأداء الفعّال للمرافق العامة المحلية¹.

كما صدرت التعليمية رقم 306 سنة 2019 الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والموجهة للولاية ورؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية والتي جاء موضوعها: تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي 199/18، جاءت هذه التعليمية لتضع تفويض المرفق العام المحلي محلّ التطبيق فأكدت على عدم تخلي الجماعات المحلية المفوّضة للمرفق العام عن مسؤوليتها اتجاه المرفق العام والمرتفقين، وكذلك أكدت على أهمية تفويض المرفق العام المحلي في خلق الثروة وتمويل الجماعات المحلية.

ج/ تقييم التجربتين

يتفق كل من النصّين الفرنسي والجزائري على أن هناك مجموعة من المرتكزات القانونية ما إن توفرت نكون أمام عقد تفويض مرفق عام، بمعنى أن هذه المرتكزات تُعتبر معيارا لتحديد ما إن كانت العقود التي تبرمها الإدارة عقود تفويض أم عقود إدارية أخرى، ويختلفان من حيث الدّقة في تحديد هذه المرتكزات. وهو الأمر الذي نُعالجه في الفرع الثالث "خصائص تقنية تفويض المرفق العام من الدراسة".

وحقيقة الأمر أن هذا التوجه بالنسبة للمشرعين الفرنسي والجزائري ليس بالجديد، لأن هذه المرتكزات معمول بها في عدة عقود مثل عقد الامتياز وعقد الإيجار، لكن هدف المشرعين هو الوصول لفكرة وضع إطار قانوني عام وشامل ينظّم عقود تسيير المرفق العام، بهدف تحقيق الوضوح والشفافية في الحياة الاقتصادية.

¹ نادية ضريفي، "تفويض المرفق العام المحلي والتنمية"، مرجع سابق، ص 16.

أمّا عن الاعتبارات التي تجعل من الصيغ العقدية هي الغالبة في تقنية تفويض المرفق العام هي:

ارتباط تقنية تفويض المرفق العام بكثير من الالتزامات والحقوق لصالح وعلى عاتق أطرافها الأمر الذي يتطلب الكثير من التوضيح والتفصيل الذي يعجز عن تحقيقه العمل الإداري.

إن العمل القانوني المنفرد يعبر عن مظاهر امتيازات السلطة العامة، لذا فهو يأتي معبراً عن إرادة الجماعة العامة وما تُملّيه من الشروط والالتزامات، دون أن يكون للشخص الملتزم معها أي دور.

إن مبدأ الشفافية وحرية المنافسة، كقيود تركز عليها تقنية تفويض المرفق العام، لا يمكن تصوّرها أو إعمالها خارج الإطار التعاقدية.

إن العقد يُشكّل الأسلوب الأمثل للتكيف والمواجهة مع التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية.

ولعلّ هذه الميزات للصيغة العقدية، هي التي دفعت المُشرّع في فرنسا والجزائر عند رسمه للإطار العام لتقنية التفويض. إلى حصرها بالعقد دون الأعمال القانونية المنفردة، هذا الاتجاه عبّر عنه مجلس الدولة الفرنسي حين أقرّ أن الضوابط القانونية التي وضعها المُشرّع في مجال تقنية تفويض المرفق العام لا تنطبق إلا على عمليات إدارة واستثمار المرفق العام التي تتم وفق الصيغة التعاقدية.

ثانياً: مرحلة التكريس القضائي لفكرة تفويضات المرافق العامة

نتيجة للإشكاليات التي صاحبت التطبيق العملي لبنود تفويضات المرافق العامة وجدت الإدارة نفسها في تحدٍّ جديد تفرضه طبيعة الأهداف المتضاربة والحاجة إلى حلول فعلية يمكن من خلالها

تجاوز حالة الغموض في تفسير النصوص والقواعد المرتبطة بمجال التفويض من جهة، والانتهاه من وضعية التضارب في المصالح بين "سلطة الإدارة" المانحة للتفويض وحقوق جمهور المستفيدين من المرفق العام وانتهاء بالمفوض لهم الراغبين في الحصول على أرباح من خلال اقتحامهم لمجال جديد قد لا يخلو من المخاطرة والخسارة في بعض الأحيان، فإن الحاجة إلى قضاء يمكن من تحقيق كل هذه الغايات يعتبر أمرا لا غنى عنه في مثل هذه الاوضاع .

بل إن أحد أهم الأسباب الكامنة وراء عدم وجود إطار تشريعي مفصل يُنظّم عقود التفويض يرجع أساسا إلى النظرة التي كان يتبناها مجلس الدولة الفرنسي والقائمة على أن عملية تفويض المرفق العام بصوره المختلفة يجب أن تكيف من الناحية التنظيمية مع تطور حاجات الجهات المنظمة وأيضا مع متطلبات الاستغلال، والذي يفترض عدم وجود تشريع يتصادم في أهدافه مع مرونة التفويض الذي يستمدّها من الطابع التعاقدى المنشئ للالتزام في نهاية المطاف.

لذلك وأمام تجلّي مشكلات تحديد التكيف القانوني الصحيح لموضوع التفويض وتضمين العقد بكفاية لازمة لبقائه واستمرار النشاط من خلاله، وضمان التوازن العقدي الناشئ عن انفاذه، كانت ولا تزال الحاجة إلى القضاء الإداري ملحة من أجل تقدير جيد ومتلائم بين التشريع ومتطلبات العلاقة بين أطراف العقد وتحقيق غايات النشاط المرفقي.

ولعلّ من أهم الاجتهادات التي أقرّها مجلس الدولة الفرنسي هي تلك المتعلقة بالتأكيد على السمة التعاقدية لتفويض المرافق العامة، وذلك من خلال قراره الصادر بتاريخ 1995/01/28 حيث أكد على أن أحكام المادتين 28 و 40 من القانون المؤرخ في 1993/01/29 لا تطبق إلا في الحالات التي يكون فيها التفويض موضوع عقد ولا يسري هذان النصان على الحالة التي يكون اختيار المفوض إليه ناجم عن قرار أحادي الجانب بموجب قانون ومتخذ من قبل السلطة المسؤولة

عن إدارة المرفق، ويترتب عن ذلك أن نقل الغاز الذي يعتبر تصرف بالإرادة المنفردة للإدارة المانحة لا يخضع للإجراءات المنصوص عليها في أحكام المادة 38.

وبمفهوم المخالفة فقد اعتبر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قراره رقم 168325 الصادر بتاريخ 1996/04/15 في قضية محافظ مقاطعة Bouche_Des_Rhone أن العقود التي لا تضمن للمتعاقد مع الأدوار المقابل المرتبط بنتائج الاستغلال تعتبر في صفقات وليس اتفاقيات مرفق عام.

Les contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation constituent des marchés et non des conventions de service public¹.

كما يظهر أثر العمل القضائي في مجال تفويضات المرافق العامة من خلال كثير من الاجتهادات التي لا تزال تزد تباعا حسب الظروف والأحوال، خاصة مع تنامي مجالات التفويض وتنوعها بل ومنها ما يتعلق ببعض الإجراءات المستحدثة على غرار الاشهار الالكتروني مثلا، حيث جاء في القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2009/12/14 في قضية شركة ليوان للمياه Lyonnaise des eaux تحت الرقم 328157 أنه: "في مادة تفويضات المرفق العام، الاتصال بين المترشحين للإعلام عبر الطريق الإلكتروني مسموح به بشرط احترام قواعد الاعلان والمنافسة.

En matière de délégations de service public, la communication par les candidats d'informations par voie électronique est autorisée à la condition,

¹ <https://www.collectiviteslocales.gouv.fr/sites/default/files/migration>, consulté le 20/10/2023, 22h20.

toutefois, de respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence¹.

المطلب الثاني: شروط إبرام عقود تفويض المرفق العام

تقتضي فكرة العقد وفقا للقواعد الكلاسيكية المستقر عليها ضمن نظرية العقد الإداري توافر جملة من الشروط والتي تترجم في النهاية النموذج العقدي السائد والمعروف لدى كثير من الأنظمة المقارنة.

وهي الشروط والضوابط التي لا تخرج عما يلي:

- ضرورة أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام.
- أن يهدف المشروع محلّ العقد تحقيق المنفعة العامة.
- أن ينطوي العقد على تسيير أو استغلال أحد المرافق العامة.
- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة ضمن قواعد القانون الخاص.

لكن مع تطور أساليب الإدارة المرفقية وظهور فكرة التفويض المرفقي ظهرت الحاجة إلى إعادة فهم وصياغة الشروط التي تحكم فكرة العقد الإداري بشكل تظهر فيه ومن خلاله ملامح الأسلوب الجديد وتراعى فيه خصوصياته الكامنة فيه على غرار المقابل المالي والقدرة على تحمّل المخاطر².

¹ Article L1411-1 du CGCT version en vigueur du 1 avril 2016 au 1 avril 2019 modifié par ordonnance n°2009-1530 du 10 décembre 2009, art.2, <https://www.legifrance.gouv.fr>

² ستار جبار البدي -العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية، دراسة تحليلية مقارنة- مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، سنة 2018، ص44 وما بعدها.

لذلك لا غرابة في أن نجد بأن تضمين عقد التفويض بضوابط قانونية خاصة ومتميزة عن العقد الإداري التقليدي ليس إلا ردّ فعل تشريعي تدفع إليه متطلبات تنظيم هذا النوع من العقود في نهاية المطاف، على اعتبار أن تحديد الشروط ليس من باب التحديد النظري بل له أهمية عملية تكمن في تحديد التكييف القانوني الصحيح للعقد وانصراف آثاره بالنسبة لأطرافه وللغير أيضا.

بل أن تخلف أحد هذه الشروط يجعلنا نتحدث عن نفي وصف عقد التفويض عن ذلك العقد، فلا حاجة إلى انعقاده أصلا ولا إمكانية لتصور تحوّلته إلا إذا تحققت هذه النظرية فعلاً.

لذلك لا بد من أن يُنصّب عقد التفويض على مرفق عام موجود (الفرع الأول)، وأن يتم التفويض ضمن علاقة تعاقدية بين الجهة العامّة المانحة التفويض وبين المتعاقد المفوض إليه (الفرع الثاني)، كما يُشترط قانونا ضرورة خضوع المرفق لقواعد ومبادئ المرفق العام (فرع ثالث) مع ضرورة أن تتوافر في المفوض إليه القدرة على استغلال المرفق العام (فرع رابع) وأن يكون المقابل المالي الذي يتلقاه مرتبط بنتائج الاستغلال (الفرع الخامس)، ارتباط نفاذ العقد بمدة زمنية (الفرع الخامس)

الفرع الأول: ضرورة وجود مرفق عام يقبل التفويض

يُعدّ تفويض المرافق العامّة مفهوماً قانونياً معاصراً تمّ ابتكاره في فرنسا من أجل إدارة المرافق العامّة بشكل جديد ومُجدي تتحقّق معه أهداف الإدارة المرفقية الحديثة خاصة مع تشعّب الاحتياجات وتطوّرها بشكل مبهر وسريع، مما أدى إلى ظهور نوع من العجز أثر بشكل لافت على إدارة الكثير من أوجه النشاط المعتاد في كثير من الدول حيث لم يُعدّ القائمون عليه يملكون القدرة على تجاوز مشكلات الانفاق المرتفع الناجم عن زيادة تكاليف الانتاج والاستغلال بسبب التوسّع الحضري والارتفاع السكاني وتجدد الحاجيات وتطوّرها بشكل مستمر، خاصة بالنسبة للمرافق التي تعتمد على التقنية بشكل جزئي أو كامل.

حيث أصبحت الحاجة إلى مُسيرٍ محترفٍ أمراً لا نقاش فيه كما أضحت فكرة إعادة النظر في تجديد أساليب الإدارة المرفقية بشكل مُتاح للخواص قضية لا بد من أن تتجاوزها الإدارة العامة من أجل فعالية مرفقية أكثر مرونة وشمولاً وتحقيقاً للصالح العام.

لذلك لا غرابة في أن تتغير نظرة الدول للخدمة العامة وأساليب تقديمها وتبليتها مادامت مقتضيات التحوّل قائمة ومفروضة أحيانا أخرى.

بل أن ضروريات التماشي بين الابتكار الإداري والمبادئ المستقر عليها في تمييز النشاط المرفقي عن غيره من الأنشطة الأخرى ستكون حتما سببا منطقيا لظهور دعوات لإعادة رسم ملامح الخدمة العامة بشكل تتحقّق معه المساواة بين المنتفعين ويظلّ الاضطراد والاستمرارية ضمانا لا تتحني أمام أعتا المبادئ المستحدثة في مجال الإدارة المرفقية.

وهي المفاهيم التي تعتبر السبب الدافع الذي جعل التشريع والفقهاء والقضاء الفرنسي يميل إلى ابتكار هذا النموذج الإداري الجديد الذي يعهد من خلاله لأشخاص خاصة وفق صيغة معينة ومعلومة سلفا القيام بتقديم خدمات للأفراد بمقابل ومحفزات وشروط تتلاءم مع أهداف وغايات المرفق العام.

وهي الحالة التي تتوافر في اتفاقية التفويض، حيث يستطيع هذا الأخير أن يغطّي جميع العقود التي بموجبها يُعهد كيان قانوني عام يخضع للقانون العام للسلطات المحلية بإدارة مرفق عام وأداء خدمة عامة على أن يُسند أمر التنفيذ النهائي للمشروع إلى شخص ما لقاء مقابل يتلقاه بالنتيجة عن العملية التشغيلية.

على هذا النحو يظهر بأن تفويض الخدمة العامة هو أسلوب إدارة يستخدم بشكل متكرّر، لإنفاذ خدمات عامة، كما أنه يجيّد ففي النهاية الصورة العملية للديمقراطية التشاركية القائمة على اشراك المجتمع في اتخاذ القرار وتفويض اختصاصه الرقابي على المال العام من خلال وضع الثقة

في الإدارة وجعلها تختار الأساليب الملائمة في تنفيذ المشروع الإداري المعاصر لتحقيق أكبر قدر من الإشباع العام للأفراد بأقل التكاليف أو بتكاليف قد تكون منعدمة أحيانا أخرى.

من هذا المنطلق، يظهر جلياً بأن اعتبار إسناد المهمة إلى مرفق عام موجود واقعا شرط أصيل يقف عليه إنفاذ اتفاق التفويض، بل إن تحديد طبيعته يُعتبر ضرورة وهدف يُعبّر عن الرغبة في التحوّل الإداري للدولة، لذلك فإن اشتراط توافر صفة "الاقتصادية أو الإدارية" هو انعكاس للتصوّر السياسي وترجمة فعلية للخيار الاقتصادي المنتهج فيها.

بل إن الانعقاد النهائي للعقد لا بد من ألا يقتصر على البحث في الطبيعة القانونية والصفة الكامنة في محلّ العقد بل لا بد من البحث عليها أيضا ضمن عنصر القابلية للتفويض الذي تتحدّد على إثره الصفة النهائية لموضوع التفويض.

فخضوع معيار قابلية المرفق للتفويض للمانع الدستوري أو القانوني يُعدّ عاملا فاعلا في تحديد مجالات التفويض وحدود التفويض أيضا فمثلا لا يمكن أن نتصور إقدام الدول على تفويض مرافقها العامة الدستورية وغيرها من المرافق التي تُشكّل احتكارا واقعيًا وقانونيا لها، والأمر ينسحب أيضا إلى تلك المرافق التي ترتبط باستقلال الدولة السياسي والاقتصادي وأمنها القومي هذا كقاعدة عامّة.

لذلك فإن محاولة الاستشهاد ببعض حالات تنازل الدولة عن سلطانها في إدارة الكثير من المرافق السيادية للأفراد في شكل تفويضات مرفقية تُدارُ بشكل تعاقدية لا يعدو أن يكون صورة من صور التخفيف من مبدأ "الحظر الدستوري" على بعض المواضيع والمجالات التي ظلّت خاضعة لهذا المبدأ واستجابة للتحوّلات التي تشهدها المجتمعات المعاصرة.

بل إن مقتضيات التحوّل الراهن في مجال التصوّر الفلسفي الدستوري لدائرة الحقوق والحريات والمفاهيم المرتبطة بمجالات النشاط السياسي للدولة، كالسلطة والسيادة وتطوّر طبيعة العلاقة التي تجمعها مع رعاياها، كان لها الأثر البالغ في تغيير المنظور العام للمؤسسات والمشاريع والخيارات

التنمية التي أضحت تقوم على إعادة النظر في دسترة "إمكانية التفويض المرفقي" لهذه الأخيرة حسب الظروف والمستجدات.

فالمُشرّع الفرنسي مثلا وإن كان قد حدّد بالتفصيل قائمة المرافق العمومية القابلة وغير القابلة للتفويض، فإن المشرّع الجزائري وبعد أن كان قد قرّن تحديد مجالات إبرام عقود الامتياز بضرورة نص القانون على ذلك، عدّل على الفكرة وترك مسألة تحديد طائفة المرافق القابلة للتفويض للنظرة القطاعية لكل قطاع حكومي في الدولة وذلك تجسيدا لسياسة الانفتاح وتحرير القطاعات المنتجة.

الفرع الثاني: غلبة السّمة العقدية لعقد التفويض

فالتفويض لا يتحقّق إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة والذي يُعرف بالتفويض الانفرادي لا يدخل في مفهوم التفويض الذي نظّمه كل من المشرعين الجزائري والفرنسي.

بل هي العلاقة المتجسدة في كل صيغة عقدية مهما كان عددها، حيث ليست محدّدة على سبيل الحصر، ولكن المشرّع الجزائري على عكس نظيره الفرنسي أقرّ مجموعة من العقود التي تكون صور للتفويض وهي على التوالي عقد الامتياز، عقد الإيجار، الوكالة المحفّزة وعقد التسيير، بينما المشرّع الفرنسي فلم يُحدّد صور التفويض بل ترك مهمّة التكليف وتفسير العقود هذه للقضاء حسب الظروف والمتغيرات.

وقد تأكّدت السّمة العقدية لتفويض المرافق العامّة في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1995/01/28 حيث أكد بأن أحكام المادتين 38 و40 من قانون 1993 لا تطبق إلا في الحالات التي يكون فيها التفويض محلّ عقد ولا تطبّق حينها هذه المواد عندما يكون اختيار المفوض إليه ناتج عن قرار منفرد أحادي الجانب وقرّر بموجب نص قانوني وبناءً على اختصاص سلطة مُخوّل لها مسؤولية هذا الاختيار.

لذلك لا يُعدّ فإن تخويل نقل الغاز لأحد الأشخاص في إطار عمل إداري من جانب واحد لا يخضع للإجراءات المنصوص عليها في أحكام المادة 138¹.

لكن مع ذلك أثّرت مشكلات تحديد الحدود الفاصلة بين ما هو رخص استغلال لمشروعات وبين عقود التفويض المرفقي، حيث استقر رأي مجلس الدولة على اعتبار إقامة شبكات كابلات واستغلالها من جهة أخرى وبين أن يتم الاستغلال بناءً على اتفاق يربط المستغل مع المقاطعات وفقاً لدفتر شروط يحدّد حقوق والتزامات الأطراف.

حيث اعتبر مجلس الدولة هذه التصرفات بمثابة عقود تفويض مرفق عام تخضع لقواعد التفويض مستندا في ذلك على نصّ المادة 34 من قانون حرية الاتصال لسنة 1987 المعدّل، وذلك بالرغم من الهجوم الذي تعرض له من الفقه الذي أجمل اعتراضاته فيما يلي:

1/ إن قانون سابان Sapin لا ينطبق إلا على التفويض التعاقدي للمرفق العام ومن ثم فهو غير قابل للتطبيق على الحالات التي تتطلب الحصول على ترخيص يصدر بقرار أحادي من الإدارة².

2/ إن تكييف اتفاقات المقاطعات بكونها عقود تفويض لما يتعلق الأمر باستغلال وإنشاء الكوابل يثير مشكلة تتعلّق بتحديد العلاقة بين التصريح والاتفاق بشأن استغلال هذه الشبكات، فبحسب رأي مجلس الدولة فإن إمكانية بقاء أحدهما بالرغم من انتهاء الآخر تبقى قائمة في كل الأحوال وهو أمر غير منطقي.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 90

² D.Truchet, nature juridique de l'exploitation des réseaux câbles, RFDA, 1996, P180.

ذلك أنه لا يمكننا التسليم مثلا في حالة فسخ الاتفاق فإنه لا يمكن إلغاء التصريح الإداري القاضي بالتشغيل كما أنه في حالة إلغاء التصريح من المجلس الأعلى للاتصالات المسموعة والمرئية فإن الاتفاق قد يبقى ساريا.

وعلى الأرجح أن هذه النتائج غير المعقولة واقعا ومنطقا وقانونا ما كان يمكن أن تحدث لو أن المجلس كَيَّفَ اتفاقات المقاطعات مع مستغل النشاط على أنها ليست من قبيل عقود تفويض المرفق العام، بل جعل كل قسم وتصرف منها خاضع من حيث التكييف والتفسير والمنح والسحب لسلطة الإدارة المختصة وليس المقاطعات فقط¹.

الفرع الثالث: خضوع تسيير المرفق المفوض لمبادئ المرفق العام

بالإضافة إلى المتطلبات الجديدة لسير المرفق العام على غرار مطلب شفافية سير المرافق العامة ومبدأ المشاركة في تسييره وفقا لقواعد الجودة التي تعتمد الأسلوب النوعي بدل الكمي من أجل عصنة المرفق وتطويره ليلبغ مداه في تحقيق أهداف التنمية المستدامة جنبا إلى جنب مع تحقيق غايات الارتفاق الفعال والمتكامل، فإن مبادئ التسيير المرفقي الكلاسيكية تظل العلامة المرجعية لأي نشاط بغض النظر عن طبيعته وصورته أو الجمهور المستهدف من تنفيذه وعليه لا يمكننا أن نتصور انفاذ عقد تفويض المرافق العامة بشكل جدي ومنظم بعيدا عن استحضار هذه المبادئ².

من هنا لا بد للمفوض إليه وهو بصدد القيام بمهامه المسندة إليه بناءً على هذا العقد، أن يحترم قواعد المساواة بين المرتفقين دون تمييز بينهم، كما يجب عليه أن يأخذ في الحسبان مختلف

¹ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها

² بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة - قانون المرفق العمومي، دراسة في البناء التصوري والنظام القانوني للمرفق العام - دار الهدى، الجزائر، سنة 2023، ص 165-179.

الظروف والمتغيرات والتحوّلات التي تقتضي تكييف المرفق حسب المستجد والطارئ وبذل الجهود الصادقة لضمان استمراريته وديمومته خدمة للصالح العام وهي مبادئ غالبا ما يتم اشتراطها في العقد.

الفرع الرابع: القدرة على استغلال المرفق العام المفوض وتحمل مخاطره

يتولى المفوض إليه تشغيل المرفق واستغلاله على نفقته، وذلك راجع لطبيعة الأساس المنطقي الكامن في العقد ذاته، حيث أن مقابل الحصول على الأرباح من المشروع لا بد من أن يتضمن بندا يقتضي ضرورة أن يتمتع المفوض إليه بجملة من القدرات الفنية والمهنية والمالية التي تجعله في موقع أفضل من غيره من المترشحين.

بل إن حرص الإدارة على تحقيق متطلبات الإدارة المرفقية من خلال ضمان استمرارية المرفق العام في أداء مهامه المعهودة يجعلنا نجزم يقينا بأنه لا سبيل لتحقيق ذلك في ظل غياب القدرة المالية بل والتوازن المالي في نهاية المطاف وهو التزام تقابلي في الحقوق والواجبات، حيث في مقابل ضرورة توفير المفوض إليه لأموال المشروع فإنه على الإدارة المفوضة أن تلتزم بعدم إرهاق كاهله بتحميله لنفقات لا يستطيع الوفاء بها بل قد يؤدي الإفراط فيها إلى الحدّ غير المعقول اقتصاديا وماليا إلى وضعه في حالة "خطر".

من هذا المنطلق يبدو بأن القدرة أمر مسلّم به في هذا النوع من العقود ولازم لانعقاد العقد وأنه بزوالها بأنواعها المقررة قانونا سينتهي العقد لهذا تلزم الأنظمة المقارنة الإدارة المفوضة بتعويض المتعاقد معها نتيجة خطئها أو بسبب تعسفها في استعمال حقها في تعديل بنود العقد.

إلى جانب القدرة على تسيير المرفق فإن المفوض إليه يلتزم بتحمّل مخاطر تسيير المشروع وتشغيله، وإذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق دون تحمل المخاطر، فلا نكون

بصدد عقد تفويض، وبهذه الصفة فإن القانون منح صاحب التفويض الحق في استعمال سلطته الكاملة في تسيير المرفق.

الفرع الخامس: ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق:

الأصل أن ارتباط المقابل المالي بأداء الخدمات ليس وليد تطور نظرية التفويض المرفقي بل إن الفكرة ترجع من حيث أساسها القانوني للتطور الذي صاحب الدور التدخلية للدولة في توجيه الحياة الاقتصادية والاجتماعية والتجارية للأفراد، خاصة تلك المجالات التي تجسدت في شكل نشاط مرفقي لا يستطيع الأفراد القيام بإدارته على غرار الأنشطة التجارية، كما كان لهيمنة الطابع السيادي لبعض المنشآت والمرافق الخدماتية أثر واضح في تحديد أدوار الدولة وتكييفها حسب الظروف والأحوال.

فبين الطابع التدخلية المفرط والدور الحارس للدولة ظلّ "المقابل المالي" يشكّل مصدر اضطراب وثورات في كثير من الأحيان داخل الدول، كما كان لتطور المفاهيم المرتبطة بالمقابل المالي نتيجة الخدمات الموجهة للأفراد في ظل نظريات المذهب الفردي أو الفكر الاشتراكي والمثالية الفلسفية دور حاسم في بيان أحقية الدولة في فرض الإتاوات والرسوم والضرائب على الأفراد جبرا أو اختياريا، بالقدر الذي يُحقّق الموائمة بين طبيعة الخدمة المقدمة وحرية الأفراد في اختيارها وكيفية تقييمها وتقديرها ضمن حدود القانون.¹

وهو المبدأ المستقر عليه في أغلب الدساتير المقارنة على غرار التشريع الجزائري الذي تناول هذا المبدأ من خلال نص المادة 82 من التعديل الدستوري لسنة 2020، والذي نص على أنه: "لا تحدث أي ضريبة إلا بمقتضى القانون".

¹ مصطفى السيد دبوس، تبيين خدمات الدولة في إطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات، دراسة تحليلية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ب.ط، سنة 2017، ص63 وما بعدها.

لذلك لا يبدو من الغريب أن تستمر فكرة الأداء الخدماتي بمقابل مع تغيير أنماط التسيير وتتازل الدولة عن مجالات ظلت تحتكرها لصالح المتعاقدين معها من أشخاص يدعون مفوض لهم في صلب القانون وبمقابل مالي تقتضيه طبيعة الخدمة المقدمة ومبررات تحقيق المصلحة العامة وتوفير النفقات وترشيدها من قبل الدولة والحصول على أرباح من قبل المفوض إليه نتيجة المخاطرة في مشاريع قد تنتهي بالخسارة نتيجة زيادة تكاليف وأعباء النشاط المفوض كما هو الحال في نظرية الأعباء المادية غير المتوقعة.

كما أن فكرة المقابل المالي تجد سندها في الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي أكد على ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج استغلال المرفق، بمعنى أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمّل صاحب التفويض لمخاطر الاستغلال التي تنتج عن تسييره للمرفق العام على نفقته ومسؤوليته.

وهذا لا يعني أن مصدر المقابل المالي هو من المستفيدين من خدمات المرفق محلّ التفويض فقط، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، وإن كان جزء من المقابل المالي يُدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق.

وإزاء هذا الفهم لشرط ارتباط المقابل بنتائج الاستغلال، أصبح من المتصور قيام تفويض المرفق العام حتى في الأحوال التي لا يكون المقابل الذي يحصل عليه المفوض إليه يتخذ صورة جُعلة (تعريفية) من المنتفعين وإنما من مصادر أخرى، كما في الأحوال التي تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بدفع هذا المقابل بشرط ألا يكون ثمناً محدداً وإنما يُحدّد وفق نتائج الاستغلال.

فعقد مشاطرة الاستغلال وعقد إدارة مرفق عام يُعدّان من عقود تفويض المرفق العام بالرغم من أن المتعاقد يحصل على المقابل المالي من الإدارة المسؤولة عن المرفق العام، طالما كان هذا المقابل يجري تحديده وفقاً لنتائج الاستغلال.

وقد يأتي المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد من مصدر غير المنتفعين أو الإدارة كحالة استغلال المتعاقد للمرفق مقابل حقّه في الحصول على العائدات التي تأتي من الإعلانات المترتبة عن استغلال هذا المرفق¹.

يُشكّل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال معياراً للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقة العمومية، وفي حال شكّل المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمناً للخدمات المؤداة دون أن يتحمّل صاحب التفويض أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض. الفرع السادس: تقييد عقود تفويض المرفق العام بفترة زمنية "معقولة الوسائل في مواجهة النتائج"

تختلف مدة العقد بحسب صورته ونوعه، فمدة عقد الامتياز قد تكون أطول مدى ذلك أن صاحب الامتياز يقوم باستثمارات تُلزم مدة طويلة من أجل تنفيذها وهو ما يتطلب إنفاقاً كبيراً في بعض الأحيان، يتجاوز حدود قدرته ويحمله خسائر لا قبل له بتحملها في حال كانت مدة العقد قصيرة.

بينما على العكس من ذلك فإن عقد الإيجار والوكالة المحفزة وعقود الاستغلال والمشاركة وعقد التسيير يكون أجلها قصير أو متوسط المدى في أغلب الأحيان، بالنظر إلى تكاليف الاستغلال وغيرها من المتطلبات التي يستوجبها تنفيذ المشروع المفوض، حيث يكون النصيب الأكبر لتمويل المرفق والاشراف عليه وصيانته على عاتق الإدارة مانحة التفويض حسب الأحوال.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 98.

وفي هذا الصدد سار العمل القضائي في فرنسا على ضرورة منح الجماعات الإقليمية سلطة تكيف مدة العقد لتتلاءم وطبيعة الأهداف المراد تحقيقها من عقد الالتزام المفوض دون أن تتجاوز حداً غير معقول اقتصادياً وتقنياً.

وهو التصور الذي أضحى السمة المميزة لكثير من المطالبات على الصعيد الوطني والعربي كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء القانونيين المصريين من خلال استشهاده بالمذكرة الإيضاحية للقانون 129 لسنة 1947 المتعلقة بالالتزامات المرافق العامة والتي جاء فيها: "لم يعد من المقبول إزاء ما تشهده الدولة من التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية أن يُمنح الالتزام لما يقرب من قرن والحق أنه إذا ما حدّد للالتزام مدة ثلاثين عاماً، كفل ذلك للملتزم الانتفاع لمدة كافية لاستهلاك ما قدّمه من نفقات الإنشاء، ولا تسري المدة الجديدة على الالتزامات الماضية بل تسري على الباقي من مُدَدِ الالتزامات القديمة لأكثر من ثلاثين عاماً"¹.

المبحث الثاني: أنواع عقود تفويض المرفق العام في ظل الأنظمة المقارنة

يتخذ التفويض المرفقي أشكالاً متعدّدة فرضتها طبيعة التحوّل الذي يهيمن على النشاط الإداري لا كمجرد أداة ووسيلة بيد الدولة بل كعلم وفن تدفع من خلاله الحاجة إلى إيجاد الحلول الكفيلة بالمحافظة على مبادئ المرفق العام الكلاسيكية والمعاصرة مع مراعاة أيضاً سلسلة التحوّلات التي تعيشها المجتمعات في شتى مجالات الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والمالية.

لذلك ليس غريباً أن تتبنى كثير من الدول نفس المقاربات والخيارات من الناحية الإدارية وإن كانت تختلف فيما بينها من حيث أدوات ووسائل انفاذها فنياً وتقنياً بل وتشريعياً أيضاً.

¹ محمد علي ماهر محمد علي - وكالة المرفق العام، دراسة مقارنة - دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص.48 وما بعدها.

بل إن توجه أي نظام إداري في الدولة إلى تبني خيار التفويض في حد ذاته يُعدُّ ترجمة واقعية لانحسار دور الدول المتدخلة وبداية رسم ملامح الاستقرار الإداري تسييرا وادارة.

وعليه فإن تجسد فكرة التفويض في شكل أو أسلوب مُعيّن من أساليب التسيير المرفقي اليوم يعتبر في حد ذاته معيارا وترجمة فعلية للديمقراطية التشاركية.

من هنا تظهر الأهمية العملية القانونية والفنية والإدارية للاختيار الأفضل والأنجع لأساليب التفويض الإداري في الدولة، مع اختيار النصوص الأنسب للتكيف مع المتغيرات وجعلها قادرة على استيعاب أي أسلوب قد يطرأ ويقدم الإضافة اللازمة التي تتحقق بها أهداف الإدارة المرفقية السليمة.

على سبيل المثال يشترك كلٌّ من المشرّع الجزائري والفرنسي في اعتبارهما لأساليب الامتياز وإيجار المرفق العمومي، وعقدي الوكالة المحفزة والتسيير من أهم عقود تفويض المرفق العام، وأكثرها استعمالا مع فوراق يمكن إرجاعها أساسا لاعتبارات منطقية يمكن ردها إلى الإطار التاريخي والقانوني الذي يتوجّج فرنسا على هرم الأنظمة القانونية التي تعتمد المبادئ التي قامت عليها الفكرة، كمهد تطورت فيه أبجديات النشاط المرفقي في صيغه الكلاسيكية والمستحدثة.

مع هذا فإن عقد تفويض المرفق العام وإن كان يتخذ صورا متعددة إلا أنه لا يخرج عن كونه يتعلق من حيث التنفيذ بإنجاز واستغلال وتسيير وصيانة المرفق العام، وهي الأشغال والمهام التي قد يتم تنفيذها في عقد واحد أو ضمن نموذج مستقل عن العقد حسب النظام القانوني المعمول به في الدولة، والذي تبرره في النهاية طبيعة التصرف وغايات وجدوى التفويض وما يترتب عليه من حقوق والتزامات لأطراف التفويض¹.

¹ محمد خليفي، "الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، ع 7، جانفي 2018، ص 16.

قد حدّد المشرّع الجزائري في المرسوم التنفيذي 199/18 أشكالاً محدّدة من التفويض حسب درجة الخطر الذي يتحمّله المفوض إليه، ومستوى رقابة السلطة المفوّضة، ومدى تعقيد المرفق العام.¹

لذلك فإن المشرّع الجزائري مثلاً حدّد مستويات للرقابة المفوّضة على التسيير والخدمات حسب حجم الخدمات التي يتعهد المفوض إليه بأدائها وفقاً لمقتضيات احترام مبادئ التفويض المستقر عليها في نص المادة 03 من ذات المرسوم.

وهي المستويات المحددة قانوناً في:

المستوى الأول: ويتمثل في الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوّضة رقابة كلية على المرفق العام موضوع التفويض، عندما تحتفظ هي بإدارته.

المستوى الثاني: وهي الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوّضة رقابة جزئية على المرفق العام موضوع التسيير، وتمنح المفوض إليه سلطة الإدارة والتسيير.

لذلك ونظراً للأهمية التي يلعبها اختيار الأسلوب الملائم في إدارة المرفق محلّ التفويض وكذا القيمة التي تقدمها آليات الرقابة للإدارة المفوّضة والمستفيدين من خدمات المشروع، فحري بنا أن نتعرض إلى هذه المفاهيم بالقدر الذي يُمكننا من التحقق من مدى توافر الموازنة بين الحقوق والالتزامات والتعرّف عن كثب على دور الإدارة في توجيه واختيار الأسلوب وسلطتها أيضاً في منح العطايا والمزايا والمقابل حسب كل حالة.

¹ راجع المادة 49 من المرسوم 199/18، مشار إليه سابقاً.

المطلب الأول: التنظيم القانوني لأساليب التفويض المرفقي ضمن نطاق الرقابة الكلية للسلطة المفوضة للمرفق العام

يشكّل عقد امتياز المرفق العام الصورة الأكثر تنفيذاً وشيوعاً في مجال عقود التفويض المرفقي، ولعلّ من بين الأسباب التي ساهمت في هيمنته على أوجه النشاط المرفقي هو تطور فكرة التفويض في حدّ ذاتها والتي دفعت إليها الحاجة من جهة وأيضاً بسبب تطور فكرة المرفق العام خاصة بعد الاهتزازات التي مَسَّته نتيجة تراكمات "أزمة المرفق العام"، كما كان لتطور نظريات أساليب الإدارة المختلطة وإعادة رسم ملامح النشاط الاقتصادي دور مهمّ في الاعتراف للأشخاص المعنوية الخاصة وأصحاب المشروعات بالحق في إدارة المرافق التي ظلّت في زمن ليس ببعيد حكراً على الدولة، ليصبح القطاع الخاص جزءاً وعنصراً من النظرية المعاصرة للتفويض المرفقي.

هذا دون أن نهمل نقطة في غاية الأهمية وهي تلك المتمثلة في تلك الاجتهادات القضائية التي ساهم من خلالها مجلس الدولة الفرنسي في إعادة رسم ملامح هذا النوع من العقود المستحدثة كما بيّناه سابقاً حيث أصبح الامتياز أسلوباً من الأساليب التي تندرج ضمن اتفاق التفويض بعدما كان عقداً خاصاً وخالصاً بعناصره وشروطه المعروفة.

فأصبحت الإدارة المرفقية في فرنسا تُميّز بين التفويض كعقد وبين الامتياز كأسلوب من أساليب التفويض أي أن هذا الأخير أصبح جزءاً من اتفاق التفويض بعد أن ظلّ التداخل بين هذه المفاهيم قائماً وصعب التمييز لفترة من الزمن¹.

¹ Christian Bettinger, La gestion déléguée des services publics dans le monde de la concession au BOT, édition PUF , 1990, p.30.

أما في الجزائر فإن سلسلة الإصلاحات التي تبنتها الجزائر بعد سنة 1989 كان لها أثر واضح في رسم ملامح الإدارة المرفقية، حيث يشكّل صدور تعليمة اعتماد نظام تأجير المرافق العمومية أُنذاك الطريقة المُثلى لتسيير المرافق العمومية المحلية.

إلا أن هيمنة طرق إدارة المرافق العامّة الكلاسيكية على غرار امتياز المرفق العام ظل الأكثر إعمالا وتنفيذا في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، ولكن بنسب متفاوتة حسب طبيعة كل مرحلة من مراحل التحوّل السياسي والاقتصادي والإداري والقانوني أيضا.

هذا الأخير، الذي يبدو بأنه تأثر فعليا بهذه العوامل والظروف منذ انطلاقة حتى بلوغه هذه المرحلة بمعطيات اقتصادية ومالية وتقنية أكثر مرونة وبمبادئ إدارية معاصرة تختلف عن المبادئ الكلاسيكية نتيجة لطبيعة العقود والغاية منها¹.

الفرع الأول: عقد الامتياز

يعرّف عقد الامتياز بأنه: "هو العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية (شخص عام) شخصا عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكلّ أعبائه ومخاطره وأرباحه، ويتحصّل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"².

وجاءت عدة تعاريف لعقيد الامتياز في الفقه والتشريع الفرنسي:

¹ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، دار المجدد للنشر والتوزيع، 2010، ص 222.

² Stéphane Braconnier, Droit des services publics, presses universitaires de France, Paris, 2004, p 436.

فقد عرّفه الأستاذ Branconnier على أنه "العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصيا عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكلّ أعباءه وأرباحه، ويتحصّل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة.

كما عرّفه الأستاذ Chenaud على أنه اتفاقية يفوض بموجبها شخص عمومي استغلال مرفق عام لشخص آخر وأجره مرتبط بالنتائج المالية للاستغلال.

وقد ذهب الفقهاء في فرنسا وعلى رأسهم الأستاذ Auby إلى القول بأن لفكرة التفويض جذور تمتد إلى بداية القرن الماضي، عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص لإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري عن طريق عقود الامتياز¹.

أما بخصوص المشرّع الفرنسي فقد اعتمد عقود الامتياز في قانون Sapin خاصة المادة 38 منه والمشار إليه سابقا.

في هذا الصدد يعدّ عقد امتياز المرافق العامة أساس تفويض المرفق العام والصورة الأكثر انفاذا على الإطلاق، وذلك نتيجة لفعالياته ومردوديته في مجال استثمار واستغلال المرافق العامة، لما يحقّقه من عائدات مالية للسلطة المفوضة نظرا لكون الملتزم يبدو في مركز يجعله يقبل بتحمّل تسيير المرفق العام على مسؤوليته ونفقاته ضمن الاشتراطات المقررة قانونا.

وتعتبر التعليمات 842/94 النص المرجعي لامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، ولم يسبقها إلى ذلك أي نص قانوني آخر لا بالنسبة لامتياز المرافق العمومية العامة ولا المحلية وهذا ما يزيد من أهميتها².

¹ سوهيلة فوناس - عقود تفويض المرفق العام - مرجع سابق، ص 84.

² راضية بن مبارك، التعليق على التعليمات رقم 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2001/2002، ص 8، نقلا عن نادية ظريفي مرجع سابق، ص 44.

حيث عرّفت التعليميّة عقد الامتياز بأنه "عقد تُكَلّف بمقتضاه الجهة الإداريّة المختصّة فرداً أو شركة خاصّة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معيّنة من الزمن، بواسطة عمّال وأموال يقدّمها صاحب حقّ الامتياز "الملتزم" على مسؤوليته، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق".

كما عرّفه الفقيه سليمان الطماوي بأنه: "عقد إداري يعهد بموجبه أحد أشخاص القانون العام لأي شخص طبيعي أو معنوي إدارة مرفق عام على نفقته ومسؤولية ورقابة وإشراف السلطة المانحة لقاء تقاضي صاحب الامتياز الثمن من المستفيدين عن خدمات المرفق العام".¹

من خلال استقراءنا لهذا النص يظهر جلياً بأن هذه التعليميّة وسعت من مجال ودائرة "المنح مع الملتزمين لتشمل الوطني والأجنبي وهو ما يُفسّر بشكل إيجابي، بحيث يُظهر هذا الخيار تراجع صنّاع القرار في الجزائر عن نظرة التخوّف التي ظلت سائدة خلال فترة الانغلاق السياسي والاقتصادي الذي عرفته الجزائر في مرحلة ما قبل الانفتاح السياسي والاقتصادي، حيث هيمنت النزعة العمومية على كافة الأنشطة الاقتصادية الذي كان يسوّد تدخل الخواص في تسيير المرافق العمومية وخاصة الأجنبي منهم".²

كما عرّفه المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 53 منه على أنه: "الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوّضة للمفوض إليه إمّا إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإمّا تعهد له فقط استغلال المرفق العام.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإداريّة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2000، ص 68

² سمية سلامي، مرجع سابق، ص 42.

يستغل المفوض إليه المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة. ويُموّل المفوض إليه بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام".

التعريف السابق يعتبر نقلة نوعية لمفهوم الامتياز، حيث أصبح للمشرع مفهوم عام لعقد امتياز المرفق العام الذي يكون عقد من عقود تفويض المرفق العام والامتياز خارج عقود تفويض المرفق العام. فالامتياز الذي يكون عقد من عقود التفويض يجب أن ينصّب على استغلال المرفق العام كشرط ضروري (إنجاز، أو اقتناء ممتلكات مع الاستغلال، أو استغلال فقط) والمقابل المالي يجب أن يرتبط مباشرة بالاستغلال .

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 وكذلك في المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18 بين أن عقد الامتياز يمكن أن ينصّب فقط على استغلال المرفق دون تحمل نفقات إنشاء المرفق أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامته، وهذه الحالة تؤدي إلى الخلط بين عقد الامتياز وعقد الإيجار، ذلك أن الأصل هو استغلال المرفق دون تحمل نفقات إقامة المشروع يعتبر موضوع عقد الإيجار .

وعليه فمن الصعب أحيانا التفريق بين الامتياز والإيجار، وفي هذا الإطار يقول البعض إن بين النظامين فارق درجة لا فارق طبيعة، وعندما يقتضي البت يجب أن يأخذ بعين الاعتبار دور الشريك في التعاقد في تكوين المباني الضرورية في المرفق إذا كان هذا الدور هاما كان هناك امتياز، وإذا كان صغيرا كان هناك إيجار¹.

¹ جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2002، ص 589.

الأمر الذي جعل تدخّل المشرّع في رفع الإبهام الذي يستدعي التفريق بين العقدين ويزيل الخلط بين عقدي الامتياز والإيجار.

وعليه يجب على المشرّع الجزائري إزالة اللبس الذي يعتري تعريف الامتياز ويؤدي إلى الخلط بينه وبين إيجار المرفق العام.

كما أن صاحب الامتياز يتقاضى مقابلا ماليا يرتبط مباشرة بنتائج الاستغلال وليس فقط بحسن سير الاستغلال، كما أن صاحب الامتياز لا يتقاضى ثمنا من الشخص العام مانح الامتياز، فهو يتقاضى إتاوات "Redevances" من المنتفعين، لكن ذلك لا يمنع إمكانية حصوله على موارد مالية أخرى، فيمكن أن يكون المقابل المالي في صورة أخرى مثل الإعلانات¹.

يتولى صاحب الامتياز استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته، ويقضي أن يغطي المقابل المالي الأعباء التي تكبدها صاحب الامتياز وتحقق له الأرباح المنشودة. كما قد يتضمن عقد الامتياز دعما ماليا من قبل الشخص العام، يتجلى في ضمان القروض أو مساهمات مالية أو تعويضات تعيد التوازن المالي للعقد².

إلا أن المشرّع الجزائري لم يُشر إلى مساعدة المفوض إليه وكان صريحا في ذلك بنصه: "...يُمَوّل المفوض إليه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه".

وتستقل السلطة المفوضة بتحديد المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب الامتياز، ويلتزم بأدائه جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محلّ عقد الامتياز³.

¹ سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، مرجع سابق، ص 252.

² مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 454.

³ وفاء محمود أحمد الببواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1،

2018، ص 69.

تمارس السلطة المفوضة في عقد الامتياز على المفوض إليه وتغيير الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة عند استغلاله وتسييره للمرفق العام رقابة جزئية، من أجل تحقيق الهدف منها المتمثل في الحفاظ على مبادئ تسيير المرفق العام، وتجويد الخدمة العمومية.

أما المدة التي يستمر فيها عقد الامتياز فقد حددته المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18 بمدة قصوى لا يمكن أن تتجاوز ثلاثين (30) سنة.

الفرع الثاني: عقد الإيجار

في الجزائر، لم يحظ عقد الإيجار باهتمام من طرف السلطة التنفيذية في الحقبة الماضية، الأمر الذي يتبين من خلال غياب تعريف عقد الإيجار في النصوص التشريعية والتنظيمية، ما عدا ما جاءت به التعلية الوزارية رقم 842/394 المؤرخة في 17 ديسمبر 1994، التي عرفت عقد الإيجار من خلال تمييزه عن عقد الامتياز وتطبيق نفس الإجراءات التي يخضع إليها هذا الأخير كضرورة احترام قواعد الإشهار والشفافية إلى جانب أحكام دفتر الشروط¹.

يعتبر الإيجار أحد الأساليب التي اتبعتها المشرع الجزائري في تسيير المرفق العمومي المحلي، بدليل نص المادة 156 من قانون البلدية الحالي والتي جاء فيها: "يمكن البلدية أن تقوض تسيير المرافق العمومية... عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، كما جسدت ذلك المادة 82 فقرة 3 من ذات القانون بنصها: "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي...".

إبرام عقود اقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات والإيجارات...".

¹ سمية سلامي، مرجع سابق، ص 53.

عرّفت المادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18 الإيجار على أنه: "هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض إليه تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها.

ويتصرف المفوض إليه لحسابه مع تحمّل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة".

تتولى السلطة المفوضة تحمّل عبء إقامة المرفق العام وإقامة المنشآت الأساسية العائدة له، فالمستأجر ليس هو من يحقّق المباني، وإنما الإدارة هي التي تسلّمه هذه المباني¹، حيث يسلم الشخص العام المعني المرفق العام إلى المفوض إليه (المستأجر) جاهزا لتشغيله، ويتولى هذا الأخير إدارته واستغلاله، وسواء أقيمت هذه المنشآت من طرف الشخص العام نفسه مانح الإيجار أم من طرف صاحب امتياز سابق.

وإذا كان يقع على عاتق الشخص العام (المؤجر) إقامة المنشآت الأساسية للمرفق، فإن المستأجر يقع على عاتقه تأمين بعض المنشآت الثانوية الضرورية لتشغيل المرفق العام. أما نفقات توسيع المرفق وتطويره تعود على المؤجر، إلا أنه يمكن أن ينص العقد على أن توزّع النفقات بين طرفي العقد وفقا لآليات يحددها دفتر الشروط².

المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض إليه (المستأجر) عبارة عن أتاوى يدفعها مستعملي المرفق العام المستفيدين من خدماته، ولا يحتفظ المستأجر لنفسه بكافة الأتاوى وإنما يدفع للسلطة المفوضة مقابل مالي متمثل في إتاوة سنوية، وذلك حتى يمكن لها استهلاك قيمة التجهيزات

¹ جورج فوديل، بيار دولفولفييه، مرجع سابق، ص 589-590.

² سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي"، مرجع سابق، ص 256.

والإنشاءات التي قامت بتنفيذها، وهو أحد الخصائص المميزة لعقد الإيجار، وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18.

إن تقدير مقابل الإيجار يكون بحسب الأصل من طرف الشخص العام المفوض للمرفق، ولا يلعب فيه المفوض إليه (المستأجر) أي دور، ذلك أن هذا التقدير يعتبر من قبيل البنود التنظيمية في العقد التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة لا التعاقدية¹.

وعرّفه الفقيه الفرنسي Boiteau C على أنه عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا لاستغلال مرفق عام مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون، وهي متعلقة مباشرة باستغلال المرفق²، كما عرّف عقد إيجار المرفق العام تطورا ملحوظا في السنوات الأخيرة مقارنة بالامتياز خاصة في فرنسا وذلك في مجالات عديدة كالسياحة، التسلية، حيث قامت السلطات العمومية بإنشاء مرافق ثقافية واجتماعية لجأت للإيجار لتسيير أغلب هذه المرافق العمومية للتقليص من أعباء التسيير³

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن المبلغ المؤدى من قبل المستأجر إلى السلطة المانحة لعقد الإيجار ليس له الطابع الضريبي، بل يشكّل عنصرا مكونا للثمن الذي تكبدته الإدارة والمتعلق بنفقات إقامة منشآت المرفق العام، ويدخل هذا الثمن في الكلفة الشاملة للخدمة المؤداة من قبل المرفق، والتي يجب أن يتحملها المستفيدون من المرفق⁴.

¹ إيمان دميري، مراد بن قيطة، مرجع سابق، ص 60.

² Boiteau C, Les conventions de delegation de service publique, imprimerie nationale, 1999, P98.

³ مروان محي الدين قطب - طرق خصخصة المرافق العامة- مرجع سابق، ص 456.

⁴ C.C.29 Déc 1983. Rec. P77.

تقع على عاتق المستأجر مسؤولية كافة المخاطر التي يمكن حدوثها عند استغلال المرفق العام مقابل تحمله لقاء ذلك إتاوة يدفعها المنتفعون من المرفق وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18.

وفقا لنص المادة 50 من المرسوم السالف الذكر، مستوى الخطر الذي يتحمّله المفوض إليه في شكل الإيجار هو من المستوى الثالث أين يتحمّل كل المخاطر.

على اعتبار أن مهام المفوض إليه (المستأجر) تتمثل في استغلال المرفق واقتصار نفقاته على التشغيل والصيانة فكانت مدة العقد قصيرة نوعا ما وهذا ما أشارت إليه المادة 54 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي جاء فيها: "تحدّد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار، بخمسة عشرة (15) سنة، كحد أقصى".

ولما كانت الاستثمارات المكّونة من طرف المستأجر بسيطة وتقتصر على نفقات التشغيل والصيانة دون تحمّل نفقات الإنشاءات فإنه من البديهي أن تكون مدة العقد قصيرة نسبيا والتي قد لا تتجاوز في حدّها الأقصى 15 سنة بخلاف عقد الامتياز الذي قد يصل إلى 30 سنة قصد تمكين الملتزم في عقد الامتياز من استرجاع نفقات إنجاز الاستثمارات وتحقيق هامش مقبول من الربح يتلاءم وطبيعة المخاطرة في هذا النوع من المشروعات¹.

¹ بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، قانون المرافق العمومية، مرجع سابق، ص 236.

المطلب الثاني: نطاق الرقابة الجزئية للسلطة المفوضة للمرفق العام وفق التنظيم القانوني لأساليب التفويض المرفقي

مع ظهور أساليب جديدة للتفويض المرفقي على غرار الوكالة المحفزة والتسيير والتي تؤدي وظائف وغايات إدارية وتقدم حولا ميسرة ومرنة للجمهور، وبعيدا عن الاعتراف الفقهي القائل بوجود هيمنة كافية لطرق إدارة المرافق العامة الكلاسيكية على غرار امتياز المرفق العام وأسلوب الإيجار التي تظل الأكثر تداولاً وتنفيذاً في الأنظمة المقارنة، فإنه لا أحد ينكر الخدمة التي يقدمها هذان الأسلوبان كونهما يفسران الفهم الواقع للموازنة بين "منح" التفويض وبين الأعباء المضافة المنجزة عن مخاطر الاستغلال والصيانة.

ذلك أن إقبال الإدارة على التعاقد مع المفوض إليه بناءً على شكل معين من هذه العقود يبني "احتياطياً" على مبدأ الاقتصاد في الإنفاق بالنسبة للإدارة نتيجة لانعدام المخاطر أو قِلَّتْها وأن بداية السلطة الرقابية تبدأ من انفراد الإدارة في عقد التسيير مثلاً بتحديد المقابل "لمنحه" قبلياً في دفتر الشروط مع احتفاظها بالأرباح.¹

هذا ونظراً للأهمية العملية التي يقدمها عقدي الوكالة المحفزة وعقد التسيير سنحاول الوقوف على كل منهما بالتفصيل مع بيان دور الإدارة التدخلية في مجال الرقابة حسب كل حالة على النحو التالي:

¹ محمد علي ماهر محمد علي، مرجع سابق، ص36.

الفرع الأول: عقد الوكالة المحفزة

بالإضافة إلى كل من عقد الامتياز وعقد إيجار المرفق العام، نص المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18 على نوعين آخرين من عقود تفويض المرفق العام، وهما الوكالة المحفزة وعقد التسيير.

هو نوع من العقود المستحدثة يعرف تحت مسميات مختلفة على غرار عقد "مشاطرة الاستغلال"، حيث ظهرت عدة محاولات فقهية لتعريفه على غرار التعريف الذي قدمه الفقيه الفرنسي Braconnier على أنه: "العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح"¹.

أما على الصعيد التشريعي فقد ظهرت بعض المحاولات التشريعية لتعريفه على غرار التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في نص المادة 22 الفقرة 5 من قانون الجماعات المحلية حيث نص على أنه: "هو شكل من أشكال الاستغلال الذي تعهد من خلاله السلطة المحلية إلى شخص محترف القيام بعمليات تشغيل مرفق عام مقابل منحه أرباحا محددة ونسبة مئوية معلومة حسب نتائج الاستغلال على أن تتولى مهام إدارة المرفق وتتنازل عن بعضها للمتعاقد ليدبرها بشكل ذاتي"².

أما المرسوم التنفيذي 199/18 عرفها في المادة 55: "الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض إليه تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته."

¹ Stéphane Braconnier, OP. Cite, p 440.

² collectivites-locales.fr, consulté le 10/12/2024, 23 :30.

ينصبّ موضوع عقد الوكالة المحقّزة على تسيير وصيانة المرفق العام (أعمال الصيانة العادية) لحساب الشخص المعنوي العام، الذي يمولّ بنفسه إقامة المرفق العام وكل المنشآت العائدة له ويحتفظ بإدارة المرفق العام. كما يحدّد المفوض إليه بالاشتراك مع السلطة المفوضة، التعريفات التي يدفعها المستفيدون من خدمات المرفق العام، ويتولى تحصيلها عن طريق الوكالة المحقّزة ويحوّلها إلى الشخص العام مانح التفويض¹.

للإشارة فإنّ المفوض إليه يدفع له أجر مباشرة من المفوض، إما عن طريق مبلغ من المال محدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يتقاضاه المفوض إليه، حيث لا يعتد بنتيجة التسيير من حيث الربح أو الخسارة، ويعتبر هذا العنصر مضموناً للمفوض إليه (ثابت)، أو عن طريق مكافأة إضافية لها صلة بنتائج استغلال المرفق العام وتعتبر العنصر المتغيّر، والتي هي عبارة عن مكافأة إضافية ترتبط بنتائج استغلال المرفق وتقدّر إمّا على أساس الربح الصافي للمشروع، أو على أساس الدخل الإجمالي، وهذا ما يشكّل حافزاً أمام المفوض إليه يدفعه إلى تحسين طرق استغلال المرفق وتحسين إنتاجيته²، وهذا ما يعتبر العنصر المتغيّر الذي يتقاضاه المفوض إليه.

بينما المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض إليه يتم دفعه من طرف السلطة المفوضة منحة تحدّد بالنسبة المئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء ويتولى المفوض إليه تحصيل التعريفات من المستفيدين من خدمات المرفق لحساب السلطة المفوضة، حيث نصّت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، وكذا المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18.

¹ بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، قانون المرفق العمومي، مرجع سابق، ص 237 وما بعدها.

² سمية سلامي، مرجع سابق، ص 50.

وهذا باشتراك كل من السلطة المفوضة مع المفوض إليه في الاتفاق وتحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، حسب المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18: "...تحدّد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض إليه التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام..."، إلا إذا كان هناك نص صريح في الاتفاق يقضي بخلاف ذلك، وذلك من أجل إضفاء نوع من الحرية للمفوض إليه لمنحه مجال للتنافس¹. حيث لا يتلقى المفوض أي تعويض إذا ما حصل عجز أثناء التسيير. من حيث تحمل المسؤولية والمخاطر: إن مخاطر الاستغلال تتحملها السلطة المفوضة، ويتحمل المسير جزءا منها، لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال، ويعتد بمخاطر الاستغلال في تحمّل المسؤولية حيث تتحمّل السلطة المفوضة مخاطر الاستغلال، كما أنها تحمّل المفوض إليه جزءا منها، هذا الجزء المرتبط بالنتيجة، كما يتضمّن العقد لبنود حق أدنى مضمون جزافي يتحمّله المفوض إليه (المسير).

في حين أن استقلالية المفوض إليه محدودة، إذا ما نظرنا للصلاحيات الواسعة التي تملكها السلطة المفوضة في العقد، وتمارس السلطة المفوضة بالنظر لمضمون الفقرة 03 من المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18 على المفوض إليه رقابة كلية وهذا لاحتفاظها بإدارة المرفق العام، حيث تكون رقابة السلطة المفوضة على المفوض إليه من المستوى الأول.

يتبين من خلال تقنية الوكالة المحفزة بأن درجة المخاطر بالنسبة للمفوض إليه قليلة جدا مقارنة بالأشكال السابقة للتفويض، غير أنه مقابل ذلك حرّيته في إدارة المرفق تتعدم فهو لا يتمتع إلا بالتسيير².

¹ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 154.

² يحيى بدير، "الجوانب القانونية لألية تفويض المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، عين تموشنت، ع 03، 2017، ص 137-138 نقلًا عن سمية سلامي، مرجع سابق، ص 57.

تُحدّد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفّزة، بعشرة (10) سنوات، كحد أقصى¹.

من خلال ما سبق نستخلص أن المشرّع الجزائري قام لأول مرة بالنص على عقد الوكالة المحفّزة في المرسوم الرئاسي 247/15، والذي ميزه عن بقية أشكال التفويض الأخرى، بأنه عقد يضمن فيه المسير استغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوّضة دون تحمله لعبء البناء والتجهيز، ويتلقى نتيجة تسييره المقابل المالي من السلطة المفوّضة، بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، وهذا لتشجيع المسير لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية، وترقيتها والزيادة من فعالية وإنتاجية المرفق العام².

الفرع الثاني: عقد التسيير

بالإضافة لعقد الوكالة المحفّزة يوجد نوع آخر من عقود تفويض المرفق العام، والذي يعرف بعقد إدارة المرفق العام ويطلق عليه عقد تشغيل وصيانة المرفق العام، هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوّضة إلى للمفوض إليه تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته لا يتحمّل فيه المفوض إليه أي خطر، حيث تمتدّ مدّة العقد من هذا النوع بين ثلاثة وخمسة أعوام، ويظهر هذا الشخص المكلف بالإدارة كوكيل يعمل باسم ولحساب الجماعة العامّة، مقابل عائدات يتقاضاها بصورة جزافية وثابتة، وقد يقترن أحيانا بحوافز تتعلّق بنتائج الاستغلال، لذا يمكن أن يختلف المقابل المالي الجزافي من فترة لأخرى³.

¹ المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18.

² إلهام فاضل، أحكام عقد الوكالة المحفّزة على ضوء المرسوم 247/15، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية العدد 25، ديسمبر 2018، ص 15.

³ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 153 وما بعدها.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه قد تناول عقد التسيير ضمن المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 56 حيث عرّفه على أنه: "التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضه من خلاله للمفوض إليه تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحملة المفوض إليه".

واضح جدا بأن التسيير يقترب جدا من الوكالة المحفزة حيث يتولى المفوض إليه تسيير المرفق العمومي أو تسييره وصيانته لحساب السلطة المفوضه على أن تتولى هذه الأخيرة مسالة تمويل المرفق الحكومي الخاضع لاتفاقية التسيير بنفسها مع احتفاظها بالإدارة الكلية للمرفق والرقابة المطلقة عليه.

أما فيما يتعلق بالمقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة فإنه يُحدّد بصفة جزافية دون أي إضافات أو علاوات إضافية مرتبطة بالإدارة الحسنة للمرفق العام ونسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية على عكس عقد الوكالة المحفزة الذي يكون فيه المبلغ المالي مشكّل من عائدات يتقاضاها صاحب التفويض فإن التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العمومي تكون محدّدة مسبقا في دفتر الشروط مع احتفاظ السلطة المفوضه بالأرباح¹.

فالمقابل المالي الذي يتحصّل عليه المفوض إليه في عقد التسيير يُدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضه بواسطة منحة تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يُضاف لها منحة إنتاجية²، ولا تتفاوض السلطة المفوضه مع المفوض إليه بخصوص التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، حيث يتم تحديدها مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضه لوحدها والتي تحتفظ كذلك بالأرباح، فالمفوض إليه يقوم بمهمة تحصيل هذه التعريفات لحساب السلطة المفوضه. أما في حالة العجز التي من الممكن أن تلحق بالمفوض له خلال تسييره للمرفق العام فإن السلطة المفوضه تقوم

¹ المادة 56 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي 199/18.

² وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18.

بتعويض المسير بأجر جزافي، لأن عقد التسيير هدفه ضمان سير المرفق العام وعدم تحمّل أعباء البناء والتجهيز، فالمفوض إليه هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمّل أرباح وخسائر تسييره¹.

يتميّز عقد التسيير عن عقد الوكالة المحفّزة في أن المقابل المالي يُحدّد في العقد بمبلغ مقطوع دون وجود لعلاوة تُدفع من قبل الشخص العام إلى المفوض إليه ترتبط بنتائج الاستغلال، لذلك بعض الفقهاء الفرنسيين لم يُدرجوا عقد التسيير ضمن عقود تفويض المرفق العام، بالنظر إلى المقابل المالي على أنه مبلغ جزافي ليس له ارتباط باستغلال المرفق العام ولا يتحمّل خسائر وأرباح التسيير².

تحتفظ السلطة المفوّضة في إطار اتفاقية التسيير بإدارة المرفق العام ومن ثمة فهي تمارس رقابة كلية على المرفق العام، وبالتالي فتحمّل المخاطر لا يكون على عاتق المفوض إليه بل يقع على السلطة المفوّضة.

في هذه الحالة، السلطة المفوّضة المتعاقدة هي التي تتحمّل المسؤولية الإدارية والمالية للمرفق محلّ التفويض، والمسير يظهر على أنه وكيل يتصرف باسم ولحساب السلطة المفوّضة³.

ما يمكن ملاحظته هو أن جميع أشكال وأساليب عقود تفويض المرفق العام تقوم على تفويض التسيير باستثناء عقد الامتياز الذي يمكن أن يكون فيه إنجاز أو اقتناء ممتلكات و/أو استغلال المرفق العام.

¹ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سابق، ص 159.

² سمية سلامي، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها.

³ Fouaz LADJELAT, Hatem DEBIH, « Les nouvelles modalités de gestion du service public en Algérie : défis et perspectives », Revue repères pour les études juridiques et politiques, N°02, Centre universitaire Ali KAFI Tindouf, 2017, p 86.

كما أن المرسوم التنفيذي 199/18 حدّد أشكال عقود التفويض وفق مدى مساهمة المفوض إليه في إنشاء المرفق واستغلاله، وحجم المخاطر التي يتحمّلها، ونطاق السيطرة والرقابة التي تمارسها الجهة مانحة التفويض على المرفق والمتمثلة في الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفّزة والتسيير، كما وضع لها المعالم والأطر القانونية التي تقوم عليها، ليبقى التطبيق العملي لها هو من سيفرز عن مدى نجاعتها وكذا الصعوبات أو النقائص التي من الممكن أن تطالها.¹

في نهاية الحديث عن أساليب وأشكال تفويضات المرافق العامة لا بد من الإشارة بأن الأنظمة القانونية المختلفة التي تتبنى هذا النوع من العقود الإدارية المستحدثة لم تكتفي بهذا النوع من العقود تاركة مجال التوسّع في ابتكار أساليب جديدة إلى التشريع والقضاء حسب الظروف والأحوال وهو ما درج عليه القضاء الفرنسي منذ 1987 إلى يومنا هذا، وهو التصوّر الذي تبناه أيضا المشرّع الجزائري من خلال النصوص المتعاقبة، و تناوله بشكل واضح في المرسوم 247/15 حيث نصّ في المادة 210 منه على: "...كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبنية فيما يأتي...".

وعليه فإن المشرّع جعل من النص عاما يمكن من خلاله أن يستوعب أي شكل من أشكال التفويض التي قد تستحدث لاحقا في حدود الظروف والمعطيات الاقتصادية والمالية وتطور المنظور المؤسّساتي لفكرة الإدارة المرفقية مستقبلا.

¹ سمية سلامي، مرجع سابق، ص 61.

الفصل الثاني

نطاق انفاذ عقد تفويض المرافق العامة لأجل خدمة عامة متطورة في

التشريعات المقارنة

تتعدد أساليب الدول في إدارة المرافق العامة ومعها اختيار المتعاقدين الذين يقدمون الضمانات والقدرات الممكنة للوفاء بالتزامات المشروع من أجل خدمة عمومية راقية ومرنة وفعّالة.

وفي مجال عقود تفويض المرافق العامة تظهر الحاجة إلى تنظيم أساليب التسيير الحديثة وتكييفها مع المستجدات حيث يظهر الاهتمام بإشراك القطاع الخاص من قبل الدول بمثابة أمر مُلح.

لذلك يتجه البعض منها إلى القبول بإشراك الخواص في إدارة مختلف أوجه النشاط الاقتصادي والمرفقي بدون تمييز، بينما ينصرف البعض الآخر إلى اعتماد قوانين الاستثمار وعقود الشراكة من دون أن يخصّ أي متعاقد بعناية خاصة، فيما يسير اتجاه آخر إلى تبني فكرة تحرير التسيير المرفقي من تراكمات الممارسات الكلاسيكية للإدارة العامة التي كانت تقوم على مبدأ هيمنة القطاع العمومي على أوجه النشاط الاقتصادي، وذلك من خلال حثّها على إبرام اتفاقات شراكة مع القطاع الخاص.

هذه الصورة من النظام التعاقدي المرفقي هي التي أصبحت تشكّل الوضع الأكثر شيوعاً، حيث أصبح ينبري اهتمام الكثير من التشريعات إلى تحرير الإطار القانوني الناظم لمجال التسيير المرفقي من خلال السماح للأفراد والمؤسسات بالمساهمة في إدارة المرافق العامة بكثير من الامتيازات والضمانات، مقابل الالتزامات الملقة على عاتقهم.

على هذا الأساس يقع الالتزام على عاتق الدول اليوم يقتضي صرف اهتمامها بتنظيم مجال عقود التفويض وبيان إطارها ونطاقها وصورها من خلال ضبط قواعدها بالشكل الذي يحقّق أهداف

النفع العام والخاص أيضا، ويؤدي أيضا إلى تحديد مجال الأنشطة القابلة للتفويض وكيفية خلقها وامكانية تحويلها أو دمجها أو الاستغناء عنها، وبيان موقع الأطراف المتعاقدة منها.

هي مفاهيم سنحاول أن نتناولها من خلال عرض المسألة للدراسة ضمن إطارها النظري من خلال التعرّض للنطاق الموضوعي والشخصي لتطبيق عقود تفويض المرافق العامة مبحث أول، ثم نعرّج بعدها المبحث الثاني لتعرض لفكرة الاعتبار الشخصي بين الأصالة والتحديث التشريعي.

المبحث الأول: النطاق الموضوعي والشخصي لاتفاقية تفويض المرافق العامة

لقد رأينا عند معرض حديثنا عن مفهوم تفويض المرافق العامة في الأنظمة المقارنة كيف حاول الفاعلون في حقل المعارف القانونية سواء كانوا فقهاء أو مشرّعين أو من خلال بعض الاجتهادات القضائية التي ترتبط بمجال التسيير الإداري وتطوير أدوات الإدارة المرفقية المعاصرة تقديم مدلول يتناسب والحاجة المنهجية والقانونية إليه.

حيث أنهم بالرغم من اختلافهم حول وضع تعريف جامع ومانع لعقود التفويض المرفقي العام إلا أنهم اجتمعوا حول كثير من المعايير التي تظهر من خلالها ملامح هذه الفكرة بشكل تتحقّق معه معالم الابتكار الإداري وتتجلى فيه عناصر الفعالية والجِدوى والشفافية كمبادئ حديثة تسيير جنبا إلى جنب مع أهداف وغايات إدارة المرفق العام بمبادئها التقليدية.

على هذا النحو يتفق هؤلاء على أنه من أجل الحديث عن عقد تفويض مرفق عام لا بد من توافر عناصر العقد مجتمعة سواء كانت جوهرية أو ثانوية، حيث لا بد من وجود إطار قانوني يسمح بإبرام هذا النوع من العقود ابتداء ومن ثم الحديث عن العناصر المادية والمعنوية التي تشكّل في تجانسها النهائي "عقد التفويض المرفقي العمومي" المعتمد في النظام الإداري لتلك الدولة.

لذلك يجب أن يُنصَّب العقد على إدارة أو تسيير أو صيانة أو استغلال مرفق عام وأن يكون هذا المرفق قابلاً للتفويض واقعا وقانونا.

كما لا بد من وجود أطراف متعاقدة ممثلة في السلطة المفوضة مانحة التفويض، والمفوض إليه الموكل له تنفيذ المشروع عن طريق تشغيله وإدارته وتسييره واستغلاله وصيانته واتخاذ كل التدابير والاحتياطات والخُطط بشأنه والذي يستوي أن يكون شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص، بالإضافة إلى ذلك نجد المستفيدين من المرفق العام أو الجمهور الذي أبرمت اتفاقية التفويض لمصلحته.

هذا ونظرا للأهمية التي تلعبها هذه العناصر في تحديد وجهة العقد وأثاره لا بد لنا من التعرّف أولاً على النطاق الموضوعي لإبرام عقد تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم نعرّج بعدها على بيان أطراف عقد تفويض المرفق العام من خلال تحديد النطاق الشخصي لأطراف عقد التفويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النطاق الموضوعي لإبرام تفويض المرافق العامة

يعتمد تحديد نطاق تطبيق عقود تفويض المرفق العام على مدى توافر الغطاء التشريعي الذي يعد الضمان الرئيس في تحقيق الموازنة الضرورية بين مقتضيات تحرير القطاع العام وفسح المجال أمام الشركاء الخواص للاستثمار في المجال الاقتصادي وتقديم خدمات ذات جودة عالية للجمهور وبشكل سريع، لا سيما تلك التي تمثل جوهر النشاط المرفقي الأكثر تداولاً ونفاذاً.

فالتشريع الذي تتشكل من خلاله مساحة الإباحة المفترضة في اتفاقية التفويض هو نفسه التشريع الذي يستمد وجوده المادي والمعنوي من الدستور ابتداءً ثم من النصوص الخاصة، والمنظمة لمجال التفويض وموضوعه وحدوده وضوابطه والقواعد الاجرائية والموضوعية التي ترعاه، والتي لا

يجب أن تتعارض في نهاية المطاف مع المبادئ الدستورية المستقر عليها في مختلف الأنظمة التي تأخذ بنظام التفويض خاصة تلك التي تقدّس الحق في الملكية وحرية الصناعة والتجارة والاستثمار¹.

وهو التوجه الذي يتبناه المؤسس الدستوري الفرنسي الذي يعتبر حرية الصناعة والتجارة والملكية الخاصة أحد أهم الضمانات المقدسة التي لا ينازع في شأنها أياً كان، فهي غير قابلة للتعدي كما أن حرية إقامة المشروعات وفقاً لقانون "الأرد" الصادر سنة 1791 لا تزال تشكل مرجعاً هاماً في التكريس لهذه المبادئ، وهو الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي بقوله بأن الحرية المقصودة تعني "حرية المواطنين في القيام بأي نشاط لا يكون محلاً للقيود القانونية"².

أما على صعيد التشريع الوطني، وبعد أن كان المشرّع يكرّس قاعدة أنه لا امتياز للمرفق العام إلا إذا نصّ القانون على ذلك، تغيّر الموقف خاصة في ظل المرسوم التنفيذي 199/18 وأصبحت كثير من المرافق العمومية قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك، حيث لا توجد قائمة محدّدة للمرافق العمومية القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض.

مع ذلك كان لصدور التعليمية 306 المتضمنة تجسيد أحكام هذا المرسوم أثراً بالغاً في تحديد ملامح وخيارات المشرّع الجزائري في تفويض كثير من المجالات التي كانت محتكرة من قبل الدولة، حيث تعتبر مرافق التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة، التطهير، نزع ومعالجة النفايات المنزلية والفضلات الأخرى، صيانة الطرقات، الإنارة العمومية، النقل المدرسي، دور الحضانة، المطاعم المدرسية، الأسواق الجوارية، المتاحف، قاعات الرياضة، المسابح، قاعات السينما، المذابح، المسارح، المكتبات، المساحات الخضراء، مواقف ركن السيارات، الصناعات

¹ أبو بكر عثمان، مرجع سابق، ص 11.

² وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سابق، ص 139.

التقليدية والحرف مواضيع يمكن أن تكون محلّ تفويض المرفق العام المحلي، كما هو سائد في فرنسا أيضا.

إن تطوّر هذا المنظور لم يكن بالأمر الهين لأن المسألة لا تتعلّق بمجرد تفويض لقطاع وإنما هي تعبير عن تطوّر المنظور الدستوري للعلاقة بين الدولة والمواطن المتجسد في صورة الشريك الاقتصادي والذي صاحبه تطوّر آخر في مجال التخفيف من مبدأ السيادة والسلطة والاحتكار لأوجه النشاط الاقتصادي والقواعد المرتبطة بإدارة الشأن العام أيضا.

وعليه سنحاول التطرق إلى أنواع المرافق العامة القابلة للتفويض (الفرع الأول)، ثم المرافق العامة غير القابلة للتفويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المرافق العامة القابلة للتفويض

ويقصد هنا بقبالية المرافق للتفويض هي تلك المرافق التي تستطيع الإدارة تفويضها لشخص آخر خاص أو عام من أجل تسييرها حيث أن جميع المرافق باختلاف أنواعها قابلة للتفويض من حيث المبدأ، ما لم يعترضها قيد أو مانع على مبدأ جواز خضوعها لعقد التفويض الذي يُعلن عنه المشرّع بموجب نص قانوني أو قيد يكون موضوع اجتهاد قضائي وهذا ما تضمّنته المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 ب "...ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف" و دون المساس بقيد آخر وهو ذلك المتمثل في اشتراط أن يرد اتفاق التفويض على بعض المهام غير السيادية بالنظر لما تناولته التعليمات 306 التي تم التطرق إليها سابقا.

رغم أن كلا من التشريع والاجتهاد أجاز تطبيق تقنية التفويض على كافة المرافق بغض النظر عن طبيعتها، إلا أن هذا التطبيق يبقى نسبيا وتبقى المرافق العامة ذات الطابع الاستثماري الاقتصادي الميدان الأمثل للتفويض، دون أن نستبعد المرافق العامة الإدارية على الإطلاق¹.

وهو الاتجاه الذي تبناه التشريع والقضاء الفرنسيين، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي على إمكانية تفويض إدارة المرافق العامة الإدارية للقطاع الخاص حيث كرس الاجتهاد القضائي الإداري فيها، ومنذ فترة طويلة هذا المبدأ من خلال قضية السيد TERRIER ضد المجلس المحلي لبلدية Saone_et_Loire بشأن تكييف طبيعة العقد بين الطرفين والمتعلق بجمع الأفاعي لقاء منحة يتلقاها عن كل أفعى، حيث وبعد انتهاءه من العملية وتوجهه إلى المجلس لتحصيل أمواله فوجئ برفض طلبه من قبل المجلس على اعتبار أن طبيعة العلاقة تخضع لقواعد القانون الخاص وليس العام وهو السبب الذي دفعه إلى رفع دعوى أمام القضاء الإداري الذي أصدر قراره في الدعوى بتاريخ 06 فبراير 1903 معتبرا مهمة التعاقد مع المجلس المحلي من أجل التخلص من الأفاعي القائلة يجب أن تُكَيَّف بأنها خاضعة للقانون الإداري ولا بد أن تُكَيَّف بأنها امتياز لمرفق عام إداري².

فعملا بهذا الاجتهاد فإن القضاء الإداري الفرنسي قد أوجد استقلالية قانونية بين طبيعة المرفق العمومي من جهة وطريقة إدارته واستثماره من جهة أخرى، وهو ما سايره فيه الفقه، حيث أن أغلب الفقهاء في هذا المجال يرون أنه لا يوجد ما يمنع المرافق العمومية الإدارية من أن تكون موضوعا للامتياز³.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 227.

² خالد مسعودي - مرتفق المرفق العمومي في القانون الجزائري - مذكرة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص 47.

³ خالد مسعودي، المرجع نفسه، ص 48.

وعلى إثر ذلك أصبح مرفق السجون مثلا قابلا للتفويض لأشخاص القانون العام والخاص ماعدا ما تعلق منه بمهام القيادة والرقابة والإدارة.

وهو الاتجاه الذي سار عليه النظام الإداري الأمريكي حين أسند مهمة إنجاز وتوسعة السجون بل وتشغيل أول سجن خاضع للقطاع الخاص وبتمويل من جانب الولاية من خلال سندات معفاة من الضرائب في ولاية أركنسون¹.

وذهب الفقه الفرنسي إلى البحث في مدى قابلية المرافق العامة التي تتمتع بالطابع الاجتماعي والثقافي للتفويض، خصوصا أن قانون سابان Loi Sapin لم يستبعد هذه المرافق من مجال تطبيقه. وصدر تعميم وزاري في عام 1998 أكد على إمكانية تطبيق تفويض المرفق العام في مجال المرافق الاجتماعية².

وعلى المستوى المحلي نجد أن المشرع الجزائري لم يحدّد المجال الموضوعي لاتفاقية التفويض من حيث المبدأ جاعلا من جميع المرافق العمومية إدارية كانت أو صناعية وتجارية قابلة للتفويض، بشرط وجود نص يقضي بذلك.

هذا وإن كان التطبيق العملي لفكرة التفويض المرفقي من الناحية الموضوعية لا يثير أي إشكال من الناحية القانونية باعتبار كثرة النصوص التي تتناول مجالات مختلفة من مجالات التفويض، إلا أن الاجتهاد القضائي لم يعرف إشارة إلى وجود بعض الأحكام أو القرارات القضائية التي تفيد بأن المشرع قد منح القاضي على الأقل سلطة تفسير اتفاقية التفويض وتمكينه من إدراج نشاط جديد.

¹ محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري والخصخصة، مرجع سابق، ص.55.

² أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 78.

على هذا النحو نجد في الجزائر بأن المرافق العامة الاقتصادية هي المجال الأكثر تجسيدا على أرض الواقع بسبب الطبيعة الاستثمارية الغالبة لهذا النوع من المشاريع، أين يستحوذ الامتياز والإيجار على حصة الأسد من المشاريع المفوضة للقطاع الخاص والعام على حد سواء مع فوارق يمكن رُدّها إلى الغاية من التفويض وخصوصية المركز القانوني والمالي والوسائل والتقنيات المعتمدة في إدارة المشروع وتسييره، بما فيها التقنيات المرتبطة بالنشاط الدوري لسلطات الضبط الإداري كرخص الاستغلال والتصاريح المرتبطة بموضوع التفويض وانتهاءً بأنظمة الرقابة اللاحقة .

حيث تعتبر هذه الأخيرة جزءا لا يتجزأ من الدور الرقابي للإدارة في اتفاق التفويض المرفقي، كما هو الشأن بالنسبة لنظام عادة الحال وغيرها من الآليات الرقابية والاحتياطية التي تعتبر من متطلبات استمرار اتفاق التفويض وبقائه وتكيّفه مع الأوضاع المختلفة بما فيها مرحلة إعادة إبرام عقد التفويض مع ذات المتعاقد.

كما أنه ومن خلال التعرّض لمختلف مجالات ومواضيع التفويض المرفقي في الجزائر تظهر الرغبة والاهتمام الحقيقي للدولة في تجسيد حالة التحوّل الإداري، وتبني سياسة تنموية شاملة تراعى فيها الاحتياجات والموازنة بين الحقوق والحريات لا سيما في المجال الاقتصادي، على هذا الأساس فإن التكريس الحقيقي لفكرة التحوّل التشريعي والسياسي لا يكون لها أثر إلا إذا قابلها تجسيد فعلي ورغبة حقيقية من الدولة في تحرير أوجه النشاط الاقتصادي والاجتماعي من أجل تجاوز مرحلة "الوضعية الاحتكارية" إلى مرحلة الشراكة، مع مراعاة وتكييف مجالات التفويض مع معيار سيادة الدولة والقانون ضمن فكرة " أن لا تفويض إلا بنص".

من هنا بدأ التفكير في تحرير كثير من القطاعات من هيمنة "العمومي" على غرار قطاعات المياه والمواصلات والاتصالات والغاز والكهرباء، لتصبح هذه المواضيع في سَلَم الأنشطة المفوضة الأكثر جاذبية للاستثمار في الجزائر، كما هو الحال في كثير من الدول على غرار فرنسا التي

تحظى فيها شركات سويز Suez وفيولي بحصة الأسد من أنشطة المياه وتسيير النفايات وكذا شركات إليور و سوديكسو Elixir و Sodexo في مجال الإطعام المدرسي وشركة Vinci في مجال النقل.

وعليه لا تبدو التجربة الجزائرية غريبة عن سابقتها من حيث المجالات التي اقتحتها اتفاقيات التفويض، على غرار القوانين المنظمة للمرافق التالية:

- مجال البريد وتكنولوجيا الاعلام والاتصال الذي يعتبر أحد أهم المجالات التي شهدت تطورا هاما في الجزائر، حيث تُعتبر مرحلة الاصلاح التي عرفتها القطاع سنة 2000 المنعرج الحقيقي للتأسيس لنظام تعاقدى إداري جديد وإن كان من حيث الاستغلال والإدارة يخضع لنظام التراخيص والتصاريح الإدارية إلا أنه من حيث العقد وآجاله يخضع للقواعد المقررة في مجال عقود التفويض. حيث ميّزت الجزائر في هذا الصدد بين الأنشطة البريدية وأنشطة الاتصالات السلكية واللاسلكية حسب ما ورد في القانون رقم 03/2000 الذي يحدّد القواعد العامّة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية حسب المادة 28 وما يليها¹، والذي يُجيز فيه المشرّع إمكانية استغلال شبكات عمومية أو منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية، وتوفير خدمات الاتصالات والذي يمكن أن يأخذ شكل رخصة أو ترخيص بسيط، والذي يتم بحسب دفتر شروط يلتزم به المتعامل الذي يرسو عليه المزاد بعد الدعوة للمنافسة مع مراعاة طبيعة النشاط وتمييز الاحتكاري منه عن غيره من الأنشطة المتاحة للأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة على غرار شركة أوراسكوم تلكوم².

¹ القانون 03/2000 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المؤرخ في 05 أوت 2000، ج. ر. ع 48، الصادرة في 06 أوت 2000.

² Rachid Zouaimia , la délégation de service public au profil de personne privé, maison d'édition Belkais, 2012 , p.40.

- كما تمّ صدور القانون 12/05 المتعلق بالمياه¹، حيث يعتبر أهم المرافق، والذي يرسى فيه المشرّع أحكام النظام القانوني لاستغلال الموارد المائية بموجب أحكام الباب الخامس، وذلك عن طريق عقدين إداريين الأول يتمثل في عقد الامتياز والثاني بموجب عقد الرخصة وذلك ما تضمّنته المواد 74 و76 على التوالي من نفس القانون.

- إضافة إلى ذلك، القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات²، الذي يجيز منح امتياز توزيع الغاز والكهرباء للأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة تطبيقاً لأحكام المادة 73 منه مع ضرورة التزام المتعاقد بضمان استمرارية المرفق العام وتحقيق المساواة بين المنفّعين و تكييفه مع التحوّلات و المتغيرات التي قد تطرأ على السير المعتاد للنشاط كما تضمنت المادة 12 من دفتر الشروط المتعلق بحقوق والتزامات المتعاقد في هذا المجال إلى ضرورة ضمان ومراعاة السير الحسن للخدمات ضمن مقتضيات الاستمرارية والجودة على مستوى نطاق نفاذ عقد الامتياز.

- المرسوم التنفيذي 88/204 المحدّد لشروط انجاز وفتح وعمل العيادات الخاصة وكذا القانون 11/18 يتعلق بالصحة والذي ينص على إمكانية انشاء أو استغلال الهياكل والمؤسسات الخاصة للصحة من طرف أي شخص طبيعي أو معنوي لا سيما التعاضديات الاجتماعية، كما ألزم ذات المشرّع هذه الهياكل بضمان خدمة عمومية للصحة مع ضرورة استيفاءها للشروط الواردة في دفتر الأعباء الذي تحدده الوزير المكلف بالصحة³.

¹ القانون 12/05 المتعلق بالمياه المؤرخ في 04 أوت 2005، ج. ر. ع 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم.

² القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المؤرخ في 05 فيفري 2002، ج. ر. ع 08 الصادرة في 06 فيفري 2002.

³ القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة، المؤرخ في 02 يوليو 2018، ج. ر. ع 46 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2018.

الفرع الثاني: المرافق غير القابلة للتفويض

إن الأصل في اتفاقية التفويض المرفقي هو أن كل المرافق العمومية قابلة للتفويض سواء كانت ذات طابع تجاري أو صناعي أو إداري ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، هذا كأصل عام لكن وعلى غرار كثير من الأنظمة القانونية المقارنة فإن بعض المرافق لا تكون قابلة للتفويض بسبب طبيعتها وطبيعة النظام القانوني والتشريع الذي يسري عليها.

لذلك فإن الفقه والتشريع والقضاء على هذا الأساس يجمع على اعتبار المرافق العامة الدستورية التي ترتبط بسيادة الدولة من قبيل المرافق العامة التي لا تقبل التفويض لأشخاص القانون الخاص، طبيعيين كانوا أو معنويين، كما هو الحال بالنسبة لمرافق الدفاع الوطني والأمن والعدالة، بل أنها ليست محلاً للتفويض حتى ولو كان هذا التفويض يرد على الإدارة فحسب.

على هذا النحو سار الدستور المصري في مادته 165 على أن السلطة القضائية مستقلة وهو التوجه الذي تبنته أغلب الدساتير العربية كالـدستور العراقي في مادته 87 والدستور الكويتي في المادة 162 منه حيث نصّ على أن يكفل القانون استقلال القضاء، بل أن المؤسس الدستوري الجزائري قيّد من ممارسة بعض الحقوق بالرغم من طابعها الدستوري، على غرار الحق في الاضراب وفقاً لنص المادة 71 حيث هو الحق المقيد بالممارسة في إطار القانون وهو ما يستفاد من نص المادة 71 من نفس الدستور التي جاء فيها: "الحق في الإضراب معترف به و يمارس في إطار القانون... يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو يجعل حدوداً لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع"، وهو في نظرنا اعتراف ضمني للطبيعة السيادية والحيوية لهذه المؤسسات والتي لا تقتضي التهاون أو الاضطراب أو الاختلال بسبب طبيعة مهامها ووظائفها على غرار الدفاع على الأمن القومي .

كما أن التعليمية 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام جاءت واضحة في بيان نطاق التفويض بوجه عام أثناء تعريفها للمقصود بتفويض المرفق العام وحصرت عمل "السلطة المفوضة" في تفويض المهام غير السيادية مع تحديدها في مرافق محدّدة حيث لا يكون بأي حال من الأحوال محلّ لتفويض مرفقي المهام التالية:

- تسليم وثائق الهوية والسفر .
- الحالة المدنية.
- العمليات الانتخابية.
- تحصيل الجباية المحلية.
- الوقاية وتسيير الأخطار والكوارث.
- حماية الأشخاص والممتلكات

وعليه فإن الملاحظ على نص هذه التعليمية وباعتماد أسلوب التعريف بالإقصاء فإن كل الأنشطة التي لم يرد ذكرها ضمن هذا التعداد الحصري يمكن أن تكون محللاً للتفويض هذا من جهة ومن جهة أخرى قد يثور الإشكال حول إمكانية تفسير هذه القائمة لا سيما في مجال حماية الأشخاص والممتلكات على غرار شركات الحراسة الخاصة التي تتولى حراسة بعض المنشآت السيادية.

مع ذلك فإنه يمكن القول بأن هذه التعليمية أضافت أحكاماً قانونية لم يتولى المشرع الجزائري تنظيمها بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي السالف الذكر ولعلّ ذلك راجع إلى طابع الخصوصية التي تهيمن على التعليمية في حد ذاتها وقوة إلزاميتها في مواجهة الإدارات العمومية بوجه عام.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا توجد لائحة محدّدة وشاملة بالأنشطة التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد تفويض المرفق العام. إلا أن الفقه والاجتهاد قد حددا مجموعة من الضوابط للمرافق العامة القابلة للتفويض وهي¹:

- لا يجوز تفويض إدارة واستغلال المرافق العامة الدستورية، نظرا لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها، كمرفق الدفاع والعدل والشرطة والتعليم والصحة.

- يجوز تفويض بعض الأنشطة الملحقة بالمرافق العامة الدستورية كأن يتم تفويض إدارة المطاعم في مرفق التعليم، ولا يجوز أن يؤدي إبرام العقد إلى تفويض إدارة المرفق برمته وليس بعض الأنشطة الملحقة به. وأكد مجلس الدولة الفرنسي في رأي استشاري على أن المؤسسات العامة الصحية لا تستطيع تفويض إيواء المرضى إذا كان هذا الإيواء يتضمن العناية الصحية، على اعتبار أن هذا النوع من الإيواء يشكّل أحد العناصر الأساسية للمرفق، في حين يمكن تفويض الإيواء الفندقي الذي لا يتضمن الإشراف الطبي.

- لا يجوز تفويض بعض المهام الأساسية المناطة بالأشخاص العامة، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الذي اعتبر أن الأقاليم لا يمكن أن تتخلى عن كل صلاحياتها الزراعية إلى أحد أشخاص القانون الخاص، كما لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط، ولا يجوز تفويض عدد المهام الأساسية التي يقتضي على الدولة والأشخاص العامة القيام بها كالانتخابات والأحوال الشخصية².

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 445 - 446.

² ياسين مقدم، "عقد التسيير المفوض"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد

04، ع 02، جانفي 2020، ص 139.

- لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة التي تحتكر إدارتها واستغلالها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، كمرفقي توزيع الغاز والكهرباء في فرنسا، كما أن المشرع قد يحدّد طرق معينة لإدارة بعض المرافق، وبالتالي لا يجوز إدارة هذه المرافق إلا وفقا لهذه الطريقة، كاعتماد طريقة الشركة المختلطة أو المؤسسة العامة لإدارة مرفق معين.

- لا يجوز أن يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها الطابع الضريبي.

وتجد هذه المسألة أساسها في الاستثناء الوارد في نص المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15، وقبله الاجتهاد الفرنسي الذي وضع استثناء فيما يخص المرافق العامة الإدارية في رأي مجلس الدولة الفرنسي الذي تضمن تحفظات على مبدأ قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض، نظرا لطبيعة هذه المرافق. وفي حال عدم وجود قائمة تحدّد المرافق العامة غير القابلة للتفويض، لا سبيل لمعرفة هذا النمط من المرافق إلا بالبحث عن المهام والوظائف التي يؤديها المرفق العام، كما أن المنع يرد كاستثناء بموجب نص قانوني وذلك بالنظر لطبيعة المرفق العام ذاته¹.

يرى الأستاذ "جون ماركو" بأن تفويض المرفق العام لا يخص المرافق الإدارية بل هي مستبعدة من التفويض لكن تبقى المعايير غير واضحة لتمييز المرافق الإدارية القابلة للتفويض.

حيث يوجد نوع من المرافق تستبعد من تفويض المرفق العام وذلك نظرا لخصوصيتها وهي:

أولا: المرافق المصنّفة سيادية

هي تلك المرافق الوطنية الإدارية غير القابلة للتفويض، نظرا للمهام والوظائف المتعلقة بسيادة الدولة، مثل مرفق الدفاع الوطني، العدالة، الأجهزة الأمنية... إلخ باعتبار أن هذه المرافق لا تخضع

¹ صالح زمال بن علي، مرجع سابق، ص 163.

للتفويض بمناسبة خصوصيتها كسلطات عامة حيث لا يُتصوّر توكيلُ تسييرها من غير السلطات العامة بها حصريًا وهذا يعود إلى أن ميزة وطبيعة هذه العقود التي تدخل في السلطة العامة للدولة لا يمكن توكيلها للخوارج نظرا لحساسيتها وأهميتها.

فمثلا المهام المنفذة من قبل الجماعات المحلية كممثلة للدولة هي غير قابلة للتفويض، وهي نشاطات تدخل في امتيازات السلطة العامة للدولة وبذلك لا يمكن تنفيذها من طرف الخوارج، مثلا: المهام المتعلقة بالحالة المدنية، الانتخابات، التزامات الخدمة الوطنية، فهي ذات طبيعة خاصة غير قابلة للتفويض¹.

ثانيا: المرافق العامة المجانية

يفترض أن تكون المرافق العامة مجانية وتضمنها الدولة مثل: مجانية التعليم، مجانية الصحة... إلخ، بحيث تقوم الدولة بتقديم خدمات للمواطن مجانا دون دفع مقابل مالي وفي هذا الإطار لا يمكن أن نتصوّر خضوع هذا النوع من المرافق للتفويض، على الرغم من تقديم خدمة عمومية إلا أنها قد تنشأ مرافق خاصة لمصحات خاصة أو مدارس خاصة وهذا كاستثناء.

ولقد أبدى مجلس الدولة رأيا في هذا الشأن في 14 أكتوبر 1981، حيث أكد وأقرّ على أن هذا النوع من العقود لا تشكّل التزامات مرفق عام، لأنها تقتند إلى العنصر الأساسي ألا وهو أن يدفع المستفيدون مقابلا للملتزم مقابل تقديم الخدمة لهم، وأن هذا العنصر هو الذي يميّز التزام المرفق العام، وانتهى الرأي إلى اعتبار هذه العقود من عقود الخدمات.

وفي حال عدم وجود قائمة تحدّد المرافق العامة غير القابلة للتفويض لا سبيل لمعرفة هذا النمط من المرافق إلا بالبحث عن المهام والوظائف التي يؤديها المرفق العام، كما أن المنع يرد

¹ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سابق، ص 136.

كاستثناء بموجب نص قانوني وذلك بالنظر لطبيعة المرفق العام ذاته¹، ويرتكز المنع بالنظر للقيود الدستوري والتشريعي.

أ - القيد الدستوري

يُعرّف المرفق العام الدستوري بأنه المرفق الوطني ذو الطبيعة الإدارية، الذي لا يقوم على مبدأ الاستثمار أو تحقيق المكاسب المالية، باعتباره يتولى المهام الأساسية للدولة والمتصلة جوهرياً بسيادتها. ومن بين المرافق التي يشملها هذا المنع

1/ المرافق الدستورية السيادية:

تضمنت معظم الدساتير في محتواها على انفراد الدولة بجملة من السلطات السيادية مثل الجيش وإنشاء القوات المسلحة، وعدم السماح بتكوين مليشيات خارج هذا الإطار، كذلك مرفق القضاء الذي يعدّ من المرافق الدستورية السيادية التي تختص بها الدولة حصراً، أمّا بالنسبة لمرفق الشرطة الذي يعد مرفقاً دستورياً كذلك تحظر دساتير الدول تفويض مرفق الشرطة للقطاع الخاص، أمّا مرفق السجون فأصبح في الآونة الأخيرة قابلاً للتفويض في تجارب لبعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا.

2/ المرافق الدستورية غير السيادية:

وهي المرافق التي ترتبط بإشباع حقوق اجتماعية وثقافية مكرّسة دستورياً، ومن أمثلتها مرافق التعليم والصحة والمساعدات الاجتماعية. ورغم أنّ هذا الصنف من المرافق بات يقبل بمبادرات القطاع الخاص في تحقيق بعض خدماته، إلا أنّ الدستور الجزائري يؤكد على الطابع العمومي لهذه المرافق، إذ ينص في المادة 65 على مجانية التعليم: "الحق في التعليم مضمون، التعليم العمومي مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون. التعليم الأساسي إجباري". تنظيم الدولة للمنظومة

¹ صالح زمال بن علي، مرجع سابق، ص 163.

التعليمية الوطنية. "تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم، والتكويم المهني". كما يُلزم الدولة بتأمين مرفق الصحة وفقاً للمادة 66: "الرعاية الصحية حق للمواطن. تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها. تسهر الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين".

ب/ القيد التشريعي:

ويقصد بالقيد التشريعي وجوب المنع ويكون بموجب نص قانوني لا تنظيمي، ذلك أنه إذا كان بإمكان السلطة المفوضة تنظيم تقنية التفويض عن طريق دفتر الشروط بوضع قيود على حرية التعاقد مثلاً، إلا أن ذلك لا يجيز لها منع مرفق عام أن يكون موضوع لتقنية التفويض¹. ولقد عبّر الاجتهاد الفرنسي عن المنع وفقاً لنصوص قانونية في عدة قرارات قضائية نذكر منها: Syndicat des psychiatres français، حيث رفض مجلس الدولة تفويض مرفق عام إداري لوجود حظر بموجب نص قانوني². أما الاجتهاد القضائي الجزائري فإنه لم يتطرق لمسألة تفويض المرافق العمومية، عمد المشرع إلى سنّ قوانين منع من خلالها صراحة تفويض تسيير المرفق العام، نذكر منها قانون النقد والقرض الذي يمنح بنك الجزائر دون غيره امتياز إصدار النقد دون سواه، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 2 من القانون 11/03 المتعلق بالنقد والقرض³، وتنص المادة 2 فقرة 2 و3: "يعود للدولة امتياز إصدار العملة النقدية عبر التراب الوطني، ويفوض ممارسة هذا الامتياز البنك المركزي دون سواه..." كما أنه توجد العديد من المرافق التي تضمّنّها المنع مثل مرفق الغاز والكهرباء الذي ينظمه القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات، لا سيما المادة 29 منه

¹ صالح زمال بن علي، مرجع سابق، ص 164.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 243.

³ الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقض والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/10 المؤرخ في 26

أوت 2010، المادة 2.

التي تنص على أنه: "تعدّ شبكة نقل الكهرباء اختكارا طبيعيا، ويتم تسييره من طرف مسير وحيد"¹، وهذا على سبيل المثال لا الحصر.

المطلب الثاني: النطاق الشخصي لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

بالرجوع إلى نص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 199/18 نجدها قد حددت أطراف اتفاقية التفويض حيث نصت على أن: "يمكن للجماعات الاقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والمسؤولة عن مرفق عام التي تدعى في صلب النص السلطة المفوضّة أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص المفوض إليه بموجب اتفاقية التفويض".

من خلال هذا النص يظهر جليا أن أطراف عقد تفويض المرفق العام هم كل من السلطة المفوضّة أي مانحة التفويض (الفرع الأول) أما الطرف الثاني فيتجسد في هيئة المفوض إليه أي الشخص العام أو الخاص الجزائري الجنسية الموكلة له مهام تسيير المرفق العمومي (الفرع الثاني)، كما يضيف بعض الفقه طرفا ثالثا وهم "مستخدمي المرفق العام" أو المنتفعين الذين قرّر لهم القانون التمتع بحق الاستفادة من المرفق العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول: السلطة المفوضّة

لا يمكن الحديث عن أعمال وتطبيق اتفاق تفويض المرفق العام بدون وجود قرار تفويض، ولا يمكن ذكر قرار تفويض بدون سلطة التفويض، وهي التي يدخل المرفق وتسييره وإدارته ضمن

¹ القانون 01/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات، ج. ر. ع 8 الصادرة بتاريخ 06 فيفري 2002.

اختصاصها فالسلطة المفوضة هي شخص معنوي خاضع للقانون العام يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو مؤسسة عامة ذات طابع إداري والمسئولة تنظيمياً عن المرفق.¹

وبناء على اختصاصات السلطة المفوضة كونها شخص معنوي يخضع للقانون العام، أن تقوم بإصدار قرار إبرام عقد اتفاقية التفويض وهذا بناء على تقدير المصلحة العامة.

وبالعودة للمرسوم التنفيذي 199/18 لا سيما المادة 04 تحدّد السلطة المفوضة تتمثل في: الجماعات الإقليمية (الولاية والبلدية) والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسئولة عن مرفق عام.

وحسب المادة 05 من نفس المرسوم، يمكن أن تكون السلطة المفوضة عبارة عن مجموعة من الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام في إطار تجمع. حيث يقومون بتعيين ممثل عنهم ضمن التجمع، بموجب "اتفاقية" ويحوز العضو المعين صفة السلطة المفوضة، ويمثل أعضاء التجمع في تجسيد تفويض المرفق العام.

ويستشف مما سبق بأن السلطة المفوضة هي السلطة مانحة التفويض تعتبر شخص معنوي خاضع للقانون العام، يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تكون مسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق.

كما تضمّنت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض إليه، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف".

¹ سمية سلامي، مرجع سابق، ص 84

لم يحدّد المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام تشكيلة السلطة المفوّضة واكتفى بذكر هذه الجهات (الجماعات المحلية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري)، وقد أشار إلى ذلك من خلال المادة الرابعة من هذا المرسوم، وهنا يجب تحديد من هو المسؤول الرئيسي عن مرفق الجماعات المحلية فبالنسبة للبلدية يتمثل في رئيس المجلس الشعبي البلدي، والوالي بالنسبة للمرفق العام المسير وفقا للتجمع فتعين الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام بموجب اتفاقية ممثلا عنهم ويجوز على صفة السلطة المفوّضة، وينوب عن أعضاء التجمع في تجسيد تفويض المرفق العام¹.

وما يُعاب عن تشكيلة السلطة المفوّضة التي جاء بها المرسوم التنفيذي 199/18 من خلال المادة الرابعة منه أنها غير محددة الأطراف (الأفراد) والمؤهلات الواجبة توفرها فيهم وتم ذكرها بصفة عامة، كما لم تتطرق المادة إلى أدوار المجالس المنتخبة من طرف الشعب، هل تعتبر كجهة مسؤولة عن المرفق شأنها شأن رئيس السلطة المفوّضة، كما تم إغفال دور مجلس الإدارة والمجلس التنفيذي بالنسبة للمؤسسات ذات الطابع الإداري.

أما بالنسبة لرئيس السلطة المفوّضة فيلاحظ عدم الثبات في منصبه حسب الحالة سواء كان بانتهاء العهدة الانتخابية أو التغيير بموجب مرسوم رئاسي ما يؤدي إلى تغيير الآراء والخطط وتعارض في الأفكار، والمسؤول الجديد يلغي خطط وبرامج المسؤول السابق والذي بدوره يؤثر حتى على الأعضاء ويبرز تأثيرها في العقود الطويلة نوعا ما².

¹ فوضيل شريط، مصطفى رباعي، "صلاحيات السلطة المفوّضة في تفويض مرافق الجماعات المحلية وفقا للمرسوم 199/18"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، المجلد 30، ع 3، ديسمبر 2019، ص 248.

² فوضيل شريط مصطفى رباعي، المرجع نفسه، ص 248 - 249.

أولاً: الدولة

من بين المرافق التي يمكن للدولة تفويضها، نجد المرافق ذات الطابع الوطني والمؤسسات العمومية الوطنية، إذ تُعد مرافق قابلة للتفويض. ويُضاف إلى ذلك بعض المرافق الإدارية كشبكات الطرق السريعة، بخلاف المرافق السيادية ذات الطابع الدستوري التي لا يجوز تفويضها، مثل مرفق العدالة والأمن والسلطة.

فالدولة شخص معنوي يمكن أن يفوض المرافق ذات الطابع الوطني والمؤسسات الوطنية والمرافق الإدارية، وبالمقابل فإنه لا يجوز تفويض بعض المهام الخاصة بالأشخاص العامة (العدالة، الأمن... إلخ)، وكذا لكيلا تتخلى الدولة عن مهامها الأساسية في تسيير مصالحها، ونجد أن المشرع الفرنسي على سبيل المثال لا يجيز تفويض سلطة "الضبط" كامتياز من امتيازات السلطة العامة¹.

ثانياً: الجماعات المحلية

نصّت المادة 17 من الدستور على أن: "الجماعات المحلية للدولة هي البلدية والولاية. البلدية هي الجماعات القاعدية".

حيث يستشف من نص المادة أن الجماعات المحلية يقصد بها كل من الولاية والبلدية، بحيث يمكن لكل منهما عقد اتفاقية تفويض المرافق العامة بغرض تقديم خدمة عمومية وتحقيق التنمية المحلية، من أجل الصالح العام فعند قيام الولاية بإبرام اتفاقية التفويض فإن الوالي هو الذي يمثلها وذلك بعد مصادقة المجلس الشعبي الولائي على ذلك، أمّا بالنسبة للبلدية فيمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد مصادقة المجلس الشعبي البلدي.

¹ عثمان بن دراجي، مرجع سابق، ص 187.

بمقتضى القانون تم الترخيص للجماعات الإقليمية بتفويض المرافق العمومية ضمن صلاحياتها المتمثلة في إمكانية منح تسيير واستغلال المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص، وهذا بإبرام عقود تفويض المرفق العام إذا كانت تحقق المصلحة العامة وتقديم خدمة عمومية.

ثالثا: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

ويقصد بها المؤسسات التابعة للقطاع العام مهمتها تقديم الخدمة العمومية للمواطنين (المرتفقين)، وقدّم المشرع الجزائري تعريفا لها في المادة 02 من الأمر 03-06 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية¹: "يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي".

أما بالنظر إلى المرسوم الرئاسي 247/15، فيمكن لهذه المؤسسات العمومية أن تفوض تسييرها إلى أشخاص القانون الخاص، بالإضافة للجمعيات والشركات ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تخضع للقانون العام والقانون الخاص من أجل تقديم خدمة للمرتفقين محققة بذلك المصلحة العامة.

حيث تعتبر المؤسسات التابعة للقطاع العام، تقوم على هدف تقديم خدمات عمومية للمواطن والمنشأة بموجب القانون فهذه المؤسسات كشخص عام يمكن لها أن تفوض إلى أشخاص القانون الخاص تفويض التسيير ما لم يوجد نص تشريعي مخالف حسب ما تمّ التطرق له سابقا.

¹ الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج. ر عدد 46 الصادرة في 16 جويلية 2006.

رابعاً: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للجماعات الإقليمية

نص القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جويلية 2011 والمتعلق بالبلدية، في الفصل الثالث تحت عنوان "المؤسسة العمومية البلدية"، على ما يلي:

حيث جاءت المادة 153 لتقرر أنه يجوز للبلدية إنشاء مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة لتسيير مصالحها.

أما المادة 154 فقد نصت على أن هذه المؤسسات يمكن أن تكون ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري، ويُشترط على المؤسسة العمومية البلدية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن تضمن توازناً بين إيراداتها ونفقاتها.

كما ورد في القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 والمتعلق بالولاية، في المواد 146 و147 تحت عنوان "المؤسسات العمومية الولائية"، أنه يجوز للولاية إنشاء مؤسسات عمومية تأخذ شكل مؤسسة ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري، بحسب الهدف الذي تُنشأ من أجله.

وعليه تعتبر الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها من المعنيين الأوائل بهذا النمط لتسيير المرفق العام، حيث يمكن اللجوء إليه عند تنفيذ مختلف مهام المرفق العام التي يقع تسييرها على عاتقها قصد التكفل بما يلي

* التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة.

* النفايات المنزلية والفضلات الأخرى،... إلخ¹.

¹ المادة 149 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

كذلك بالنسبة لقانون الولاية أين يمكن للولاية أن تنشئ مصالح عمومية ولائية، تتكفل على وجه الخصوص بالطرق والشبكات المختلفة... إلخ¹.

الفرع الثاني: المفوض إليه

إن المفوض إليه هو صاحب التفويض، الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق العام، على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به، فيمكن أن يكون المفوض إليه شخصا طبيعيا أو معنويا²، أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص فالجمعيات تفوض عندما يخص التفويض المرافق والنشاطات الاجتماعية والثقافية، فهي بذلك تحقق الإشباع العام وبالتالي المصلحة العامة.

يُشترط في المفوض إليه حسب المرسوم التنفيذي رقم 199/18 أن يكون شخصا معنويا سواء من القانون العام أو الخاص، وينبغي أن يكون خاضعا للقانون الجزائري. في حين أنّ المرسوم الرئاسي لم يميّز في الطبيعة القانونية للمفوض إليه، فحسبه يمكن أن يكون شخص من القانون العام أو الخاص سواء معنوي أو طبيعي، وطني أو أجنبي، وبالتالي فالطبيعة القانونية لعقد التفويض تكون سلمية بإتباع كل من المرسومين الرئاسي والتنفيذي ولا يشكّل تناقض.

فالمفوض إليه شخص معنوي عام أو خاص لا بد أن يكون خاضع للقانون الجزائري، حيث يُفهم من فحوى النص استبعاد الأشخاص الخاضعة للقانون الأجنبي.

وعليه حدّد المرسوم التنفيذي 199/18، عدة شروط وافية في الشخص المفوض إليه هي:

¹ المادة 141 من القانون 07/12 المتعلق بالولاية.

² محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 109.

- التفويض لا يكون إلا للأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري¹، وأن يكون قادرا على تحمّل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي احتياجات المستعملين².
- وعندما تكون المؤسسات الصغيرة والمتوسطة قادرة على القيام بما يتطلبه موضوع تفويض المرفق العام فإنه يتعين على السلطة المفوضة إعطاءها الأولوية في منح التفويض، في محاولة مستمرة من المشرّع الجزائري لتشجيع هذه الأخيرة³.
- القدرة على تحمّل مسؤولية التفويض، لذا لا بد من مراعاة قدراتهم المهنية والمالية والتقنية في انتقائهم أول مرة، والتأكد منها بكل الوسائل الممكنة.
- التزام المفوض إليه بالتنفيذ الشخصي وذلك استنادا لفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية وقد نصّ المشرّع في هذا الصدد أنه: "لا يمكن للمفوض إليه المستفيد من تفويض المرفق العام، أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر. غير أنه، إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يمكن المفوض إليه اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الريحة للسلطة المفوضة، ولا يمكن، في جميع الحالات، أن يكون المرفق العام الذي خصّ به المفوض إليه، موضوع مناولة بصفة كلية"⁴.
- ألا يكون المترشح للمشاركة في عقد التفويض في حالة من حالات الإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة، والتي أحالت المادة 47 من المرسوم التنفيذي 199/18 إلى الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

¹ المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18.

² المادة 22 من المرسوم التنفيذي 199/18.

³ المادة 23 من المرسوم التنفيذي 199/18.

⁴ المادة 07 من المرسوم التنفيذي 199/18.

كما أنه يمكن للمفوض إليه أن يكون تجمع وهو المنظم بمقتضى أحكام القانون التجاري في المواد 496 إلى 799 مكرر، استنادا للمادة 5 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي تنص على ما يلي: "يمكن تفويض المرفق العام المنشأ أو المسير من قبل عدة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام في إطار تجميع...".

ويطلق عليه كذلك صاحب التفويض، بحيث يتم تحويل له مرفق عام عن طريق اتفاقية تفويض المرفق العام، مضمونها تسيير المرفق العام.

وبالرجوع إلى نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 199/18 السابق الذكر، نجد أنه قد تم حصره في شخص معنوي قد يكون عام أو خاص، شريطة أن يكون خاضع للقانون الجزائري (بمعنى له موطن وعنوان، له قانون أساسي وهذا بالنسبة للشركات التجارية، ويكون في شكل شركة أو مؤسسة أو تجمع، سواء كان أجنبي أو وطني).

أولاً: المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

تعتبر المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، أكثر الأشكال شيوعاً لتدخل الدولة في الميدان الاقتصادي وهو شكل ورثته الجزائر من النظام الاستعماري يقوم أساساً على جهازين أساسيين أحدهما للمداولة والآخر للتنفيذ، مجلس الإدارة والمدير.

تخضع لنظام قانوني مختلط، يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها، حيث تخضع لقواعد القانون العام في علاقتها مع الدولة ونظامها الداخلي، وتخضع لقواعد القانون الخاص في علاقتها مع الغير، ويختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها في كل ما يتعلق بإنشائها وتنظيمها وإلغائها.

ثانيا: الشركات التجارية

قد يأخذ المفوض إليه شكل شركة تجارية، أي شخص من أشخاص القانون الخاص، غير أن التفويض يكثر بشكل ملحوظ في شكل شركات الاقتصاد المختلط¹، والأمر هنا مبرر بسبب تدخل الدولة في التنازل عن تسيير بعض المرافق التجارية التي تشكل عبء على خزينة الدولة.

ثالثا: شركات الاقتصاد المختلط

هي الشركات التي تدخل ضمن الأشخاص المعنوية من أشخاص القانون الخاص، ذات تطبيقات خاصة يشترك في تكوين رأس مالها وإدارتها أحد أشخاص القانون العام، بالشراكة مع الأفراد أو الشركات الخاصة، بغية تحقيق مصلحة ذات نفع عام أو إدارة مرفق عام، حيث يختلف هنا تحمّل المخاطر في الحالات العادية لعقد التفويض.

وأصبحت في كثير من الأحيان شركات الاقتصاد المختلط تستعمل كأسلوب الاستغلال المباشر والامتياز، لما لها من نجاعة في الهدف المتوخى من هذا الأسلوب.

رابعا: الجمعيات أو التجمعات المهنية

كما أنه يمكن منح الاستغلال للجمعيات والتجمعات المهنية ذات الصلة بالنشاط ونوعية التخصص الذي تمارسه هذه الجمعيات المهنية، والتي يرتبط عملها بصورة قانونية بأعمال المؤسسة التي تقوم باستغلالها.

تنشأ الجمعية باتفاق جماعة من الأشخاص الراشدين على تحقيق هدف غير مادي، قد يكون هدفا خيريا، أو ثقافيا، أو علميا، أو رياضيا، مواردّها تتكون من اشتراكات أعضائها، العائدات المرتبطة بأنشطتها، الهبات والوصايا، الإعانات المحتملة التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية.

¹ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 110.

الفرع الثالث: المرتفقون

يمثلون مختلف الأشخاص الذين يستعملون المنشآت العامة، أو يستفيدون منها، فرغم الأهمية التي يشكلونها إلا أنهم ليسوا أطرافا في العقد، لكن القانون منح لهم مركز قانوني هام، خصوصا في حالات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال الحقوق الممنوحة لهم.

فيكون الحق الأساسي لمستعملي المرفق العام في مطالبة الإدارة بإجبار المفوض إليه على تنفيذ واحترام شروط عقد التفويض كتفويض التعريفات، أو الرسوم المتفق عليها، وخاصة منها واجب المساواة بين المنتفعين عند تقديم الخدمات، والذي يعتبر أهم المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام. كذلك يحق لهم إعلام السلطة المفوضة بتصرفات المفوض إليه في حالة، إهماله أو تجاوزه أو عدم احترامه للشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المعني، أو سوء استغلاله له، وذلك في سجل خاص يوضع تحت تصرفهم، فمن واجب المفوض إليه تقديم خدمات المرفق على أحسن وجه للمنتفعين وبالرسوم التي تقررها الإدارة.

كذلك حقهم في ديمومة واستمرارية الخدمة العمومية، وهو حق مستمد من المبادئ العامة للمرفق العام، كما توجد حقوق مستمدة من نوعية النشاط الممارس من طرف المفوض إليه، متمثلة في سلامة وجودة المنتج، والإعلام الجيد.

فالهدف من وجود المرفق هو السعي في تحقيق وإشباع الحاجات العامة وأداء الخدمات للجمهور بأنواعه.

المعلوم أن المشرع الجزائري يميز بين المرافق العمومية ذات الطابع الإداري والمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (حسب القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق

بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات الاقتصادية لا سيما المادة 5 منها) بما لهذا التمييز من نتائج.

فالمرافق العمومية الاقتصادية تخضع للقانون العادي (خاصة في علاقتها مع الغير بما فيهم المنتفعين أو المرتفقين) في مجالات الإنتاج والتوزيع.

فالمرتفق في علاقته مع هذه المرافق ليس في مركز تنظيمي لائحي إنما في مركز تعاقدية ناشئ عن توافق الإدارتين، غير أن هذا التوافق يبقى صوري لا سيما في وضعية الاحتكار الممارس من قبل بعض المرافق حيث يبقى المنتفع في حالة تبعية. غير أنه وبعد الانفتاح على المنافسة وتلاشي الاحتكار والانتقال لوضعية العرض الفائض تحولت العلاقة إلى تجارية بحتة حيث أصبح المرفق العمومي الاقتصادي لا يقدم أداء عاما كما كان، بل يقدم خدمة أو منتوجا أكثر فردية، وتحول المنتفع إلى مستهلك¹.

توعية المنتفعين من المرفق العام على الطريقة المثلى للانتفاع والحصول على خدمات ذات جودة تصل إلى تطلعات المواطن، إضافة إلى الاعتماد عليهم في ممارسة عملية الرقابة على المفوض إليه عن طريق تبليغ السلطة المفوضة عن أي تجاوزات قد تحصل من طرفه.

وخصّص المرسوم التنفيذي 199/18 الفصل الخامس لتنظيم العلاقة بين المفوض إليه ومستخدمي المرفق العام.

¹ راضية شيبوتي، "ضبط المرافق العمومية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، ع 35، جوان 2011، 183-192.

حيث ألزم المفوض إليه، طوال مدة استغلال المرفق العام وحسب طبيعة هذا الاستغلال، بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية بخصوص استخدام المرفق العام، لا سيما منها مبلغ الأتاوى أو التعريفات وساعات العمل والمستفيدين المعنيين من المرفق العام¹.

كما يُلزم المفوض إليه، أثناء استغلال المرفق العام، بفتح سجل خاص يوضع تحت تصرف مستخدمي المرفق العام، بغرض تدوين شكاويهم واقتراحاتهم، ويكون مؤشرا عليه من السلطة المفوضة².

ومكّن مستعمل المرفق العام المفوض أن يُعلم السلطة المفوضة بتصرفات المفوض إليه، في حالة:

* إهمال أو تجاوز من قبل المفوض إليه.

* عدم احترام المفوض إليه الشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المعني.

* المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه.

* سوء استغلال المرفق العام، وفي هذه الحالات، تضع السلطة المفوضة فورا لجنة تحقيق تعد تقريرا في هذا الشأن، وتتخذ جميع التدابير اللازمة لتدارك الوضع³.

وهنا نتساءل على مدى استعداد المواطن الجزائري الذي اعتاد أن يتعامل مباشرة مع الإدارة أن يتدخل كطرف في إخطار السلطة المفوضة خاصة في الأحوال التي يغلب فيها الطابع التقني على المرفق المفوض؟

¹ المادة 84 من المرسوم التنفيذي 199/18.

² المادة 85 من المرسوم التنفيذي 199/18.

³ المادة 86 من المرسوم التنفيذي 199/18.

وعليه أرى أن السبيل الأمثل في مجال الرقابة من طرف الجمهور هو اللجوء إلى وضع نوع من التناغم بين آلية الإخطار من جهة وإدماج الجمعيات المتخصصة في مجال الارتفاق العمومي لممارسة حقها، والذي يمكن أن يصل مداه من خلال التأسيس كطرف مدني للحصول على التعويضات اللازمة عن الأضرار الأدبية.

المبحث الثاني: فكرة الاعتبار الشخصي بين الأصالة والتحديث التشريعي

إذا كانت التشريعات والفقهاء والقضاء الفرنسي قد تجاوز معضلة تعريف العقد الإداري فإن تفويضات المرافق العامة لا تزال رهينة التحوّلات التي تعترض تطور المفهوم التعاقدية التفاوضية في فرنسا ودول المجموعة الأوروبية، وذلك راجع لجملة من الاعتبارات المنطقية والتاريخية كحدثة موضوع التفويضات و صعوبة ضبط المصطلحات المرتبطة بمجالات التفويض وانتهاء بالتصادم التشريعي الذي يشكّل فيه التحوّلات التشريعية في العالم سمة مؤثرة في إعادة صياغة المفاهيم المرتبطة بالموضوع محلّ التشريع والتنظيم، كما هو الشأن بالنسبة لقانون Sapin المكرّس لمكافحة الفساد وضبط الحياة الاقتصادية وفق معايير الشفافية والنزاهة التي لم تكن معروفة من قبل.

عليه لا مندوحة إذا قلنا بضرورة إسناد تفويضات المرافق العامة لقواعد خالصة ومفاهيم تتلاءم والطبيعة الخاصة لهذا العقد، وعليه تبدو التفاوضية ومعياري الاعتبار الشخصي كمفاهيم أكثر تأثيرا في رسم معالم هذا النوع من التصرفات في طابعها الإداري والقانوني التعاقدية، بل أكثر من ذلك سيكون للأساس القانوني والاقتصادي الأثر البالغ في تحديد وجهة العقد كما تتحدد وفقه طبيعة العلاقة بين الهيئة المفوّضة والمفوّض إليه وحدود ذلك التفويض وهي الخصوصيات التي سنحاول بيانها على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاعتبار الشخصي وأثره في إبرام عقود التفويض المرافق العامة

يشكّل مبدأ الحرية في اختيار المتعاقد من قبل الإدارة المفوضة أحد أهم المبادئ المستقر عليها في مجال التفويض المرفقي، وذلك لعدة أسباب منها ما يتعلق مع طبيعة السلطة الممنوحة للإدارة ومنها ما يرجع للغرض النهائي من التفويض والمتمثل في إشباع الحاجات العامة بشكل مستمر ومضطرد.

لكن و نظرا لما قد يترتب عن أعمال هذا المبدأ ما من شأنه أن يؤدي إلى تعسف الإدارة وانحرافها أثناء اختيار المتعاقدين، كإمكانية تطبيقها لشروط صارمة قد تتعارض مع حقوق المفوض إليه، والتي تنتهي بحرمانه من حقه في البقاء محافظا على مركزه القانوني هذا وما يرتبط به من منافع مالية واقتصادية، فإن التخفيف من المبدأ سيصبح هدفا وغاية للتشريعات المرتبطة بمجال الحماية للطرف الضعيف في العقد لذلك تبدو عملية إدخال تعديلات على حرية الإدارة في اختيار المتعاقد أمر لا مناص منه، وعليه شكّل انتقال التشريع والفقهاء والقضاء الفرنسيين إلى تبني أفكارا ومبادئ جديدة على غرار العلانية والشفافية تحوّلًا متناسبا مع غايات التشريع والعقد معا.

من هنا يظهر جليًا بأن القضاء والتشريع تحديدا في فرنسا وهما بصدد الحديث عن وضع معيار يرجع إليه عند اختيار المتعاقد، فانهما سيبحثان في مدى تحقّق أحد الاعتبارين من عدمه وهما الاعتبارين اللذان سنحاول التطرق اليهما من خلال وضعهما ضمن اطارهما الزماني المرتبط بفكرة التحوّل التشريعي والقضائي الذي ساد فرنسا في هذا الإطار.

أولا: مرحلة تبلور فكرة الاعتبار الشخصي وحرية اختيار المتعاقد في نطاق عقد التفويض الكلاسيكي

إن مؤدى هذه الفكرة يرجع إلى مدى التزام الإدارة أثناء اختيارها للمتعاقد إلى القواعد الاجرائية والضوابط القانونية كنوع من التأمين على المنافسة الأسبقية لإبرام العقد.

وقد أيدَ جانب من الفقه الفرنسي الأخذ بالاعتبار الشخصي كأساس لاختيار المتعاقد حيث ذهب الفقيه "جيز" إلى القول: "إن الاعتماد بالاعتبار الشخصي لا يكون على المستوى نفسه بالنسبة للعقود دائما ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام، إذ يتعين على الإدارة في مجال عقود الامتياز إلزام المتعاقد الذي يتولى تسيير المرفق بضرورة إدارته وفق أشكال صارمة.

أمّا الفقيه "فيدال" فقد انصرف إلى التأكيد على أنه "إذا كان المشرع قد أخضع عقود الإدارة لاتباع أساليب معينة في إبرام عقد التفويض فإن ذلك لا يجب أن يقيد من حرية الإدارة في اختيار المتعاقد وفق الأسلوب الذي تراه مناسبا بالنظر لاتصال العقد بالمرفق العام مما يجعل الاعتبارات الشخصية في اختيار أحسن العروض التي يقدمها الملتزم بمثابة أساس جوهري يراعى عند إبرام العقد.

وهو النهج الذي كرّسه القضاء الفرنسي من خلال تأكيده الدائم على عدم التزام الإدارة بالخضوع للإجراءات التي نص عليها القانون بالنسبة لعقود الشراء العام عندما تبرم عقد امتياز المرفق العام لضرورة الاعتبار الشخصي في اختيارها للمتعاقد من جهة ومن جهة أخرى فإن عدم وجود نص قانوني أو تنظيمي صريح يجبر الإدارة باتباع إجراء معين ومحدد في إبرام هذا النوع من العقود يعتبر كافيا لمنح هذه الأخيرة الحرية في اختيار المتعاقد الذي ترى عطاءه يتناسب وأهداف العقد.

هذا وإن الفقه الفرنسي بقي محافظا على موقفه الذي يؤكد من خلاله على أن الاعتبار الشخصي يترتب عليه الاختيار الحر والمباشر للمفوض إليه وأن تكريس هذا المبدأ كأساس قانوني يجد سنده من ناحيتين:

1- غلبة الطابع التنظيمي للمرفق العام، حيث يشكّل منح شخص ما سلطة إدارة مرفق عام يعتبر غاية النشاط المرفقي وأن سلطة اختيار المتعاقد بشكل ذاتي وحر يعد نتيجة منطقية لالتزام الإدارة بإشباع الحاجات العامة عن طريق توفير أحيان الطرق والأدوات التي تحقق هذه الغاية.

2- ضرورة احترام المفوض إليه بتنفيذ التزاماته في كل الظروف و الأحوال : أي ان طبيعة الالتزامات التي تقع على عاتق الملتزم تبقى قائمة مهما اعترضها من متغيرات بما فيها تلك غير المتوقعة و التي قد يترتب عنها عاقبة استمرار النشاط وفق المبادئ المستقر عليها في القانون الإداري، على غرار مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام و اضطراب، لذلك قرّر مجلس الدولة الفرنسي بأن عدم وفاء الإدارة المفوضة بالتزاماتها لا يعفي الملتزم من احترام بنود العقد مهما كانت مقيدة لإرادته، لذلك فإن اختيار الإدارة للمتعاقد " الوفي " لالتزاماته يمكن تفسيره من خلال قبول هذا الأخير بكل الشروط التي تضعها الإدارة المانحة مهما كانت صارمة أو مرهقة .

ثانيا: مرحلة تبلور المفهوم الجديد للاعتبار الشخصي في نطاق عقود التفويض الحديثة

إضافة للإشكاليات التي رافقت عملية انفاذ فكرة الاعتبار الشخصي بمداهما و مفهومها الكلاسيكي و نتيجة أيضا لتطور المفاهيم المرتبطة بمجال عقود التفويض المرفقي و تأثرها بمفاهيم مبتكرة على غرار الشفافية و التنافسية و النزاهة أصبح من اللازم إعادة صياغة مفهوم جديد للاعتبار الشخصي و حرية اختيار الإدارة للمتعاقد المفوض إليه مع مراعاة أيضا التحول العميق الذي مس النظام التشريعي المنظم لمجال التفويض من جهة و توجيه الحياة الاقتصادية، لذلك لا يبدو غريبا أن يعاد بعث فكرة الاعتبار الشخصي وفقا للنظرة الحديثة لكن بشكل أكثر مرونة و ذلك لسببين:

أ - توسّع المشرّع الفرنسي في تفسير و تكييف عقود التزام الأشغال العامّة مع الموقف التشريعي الاوربي والذي أخضع عقود الأشغال العامّة لنفس إجراءات عقود الشراء العام من حيث إجراءات العلانية و المنافسة شريطة ان تتوافر فيها طابع تفويض مرفق عام وأن يدار في شكل عقد امتياز مرفق عام، وهو ما أدى في النهاية إلى التخفيف من الشروط والأعباء الصارمة في التعاقد و منح المتعاقدين فرصا متساوية في الفوز بعقد التفويض انطلاقا من شرطي العلانية و الدعوة للتنافس على تقديم أحسن العروض الممكنة و بقيود أقل.

ب/ الرغبة في مكافحة الفساد وتحقيق الشفافية في الحياة الاقتصادية والإدارية، حيث كان لصدور قانون سابان Sapin الأثر الواضح في إعادة رسم ملامح العلاقة التعاقدية بين أطراف علاقة التفويض من حيث إخضاع الإدارة إلى جُملة من القواعد والضوابط الاجرائية التي يجب ان تتقيد بها وإلا عدّ تصرفها مشوباً بالبطلان.

مع ذلك فإن كثير من الانتقادات وجهت إلى هذا المبدأ استناداً إلى أن تقييد حرية الإدارة يتنافى وفقاً لهذا المنظور و مقتضيات المادة 3/72 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والذي اعترف من خلاله المؤسس الدستوري للهيئات المحلية بحرية اتخاذ القرار الإداري فيما هو داخل ضمن تنظيم المرفق العام غير أن الفقه الفرنسي ذهب بعيداً حينما اعتبر أن الدعوة إلى المنافسة لا تتناقض مع هذا التصور لما في التحفيز على التسابق من إمكانيات تقديم أحسن العطاءات والعروض التي تنعكس إيجابياً على المشروع و تمنح سلطة الاختيار للإدارة في نهاية المطاف لاختيار أجدها من الناحية الاقتصادية و التقنية للنهوض بأعباء المرفق العام في نهاية المطاف .

حيث عبر الفقيه Chapus على ذلك بقوله: "إن التفاوض القائم على المنافسة والعلانية لا يقيد الإدارة في اختيار مفوضها وإنما يقوم على عناصر الاختيار الحر لهذا المفوض".

المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لفكرة الاعتبار الشخصي في القوانين العربية

في محاولة منها لمحاكاة التحوّلات التي شهدتها تطوير مفهوم الاعتبار الشخصي في بعض الأنظمة المقارنة، تبنت الدول العربية نظريات وأفكار النظام الفرنسي بخاصة في مجال عقود تفويض المرافق العامّة حيث شهدت هذه الدول انتقالاً وتحوّلاً فعلياً نحو اعتناق هذا المبدأ ضمن تشريعاتها الوطنية، بسبب رغبتها الملحة في تطوير الأداء المرفقي والاقتصادي فيها من خلال تحرير المنافسة و حماية المتنافسين، و أيضاً من أجل مكافحة الفساد و الوقاية منه والذي أضحى

هدفاً و غاية تبرر الأخذ بكل الحلول الممكنة لحماية المال العام والوظيفة العامة والمصلحة العامة أيضاً.

ومن أجل بيان أوضح سنحاول أن نعرض المسألة للدراسة من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول نتناول من خلاله التنظيم التشريعي لفكرة الاعتبار الشخصي في التشريعات المقارنة العربية لنعرّج بعدها لاستقراء موقف المشرّع الجزائري من المسألة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التنظيم التشريعي لفكرة الاعتبار الشخصي في التشريعات المقارنة العربية

طال التحوّل الذي لحق بمبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض إليه من الدول العربية، خاصة تلك التي تعتمد على هذه التقنية في إدارة المرافق العامة، ولعلّ من أهم التطبيقات العملية في هذا الشأن ما شهده قانون اللزمات العامة السالف الذكر، حيث أوجبت المادة التاسعة منه بأنه: " باستثناء الحالات المنصوص عليها بالمادة 10 من هذا القانون يجب لاختيار صاحب اللزمة أن يقوم مانح اللزمة بالدعوة إلى المنافسة ضماناً بين المترشحين وشفافية الاجراءات وتكافؤ الفرص ".

أمّا في الكويت فإن تقييد سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد في عقود امتياز المرافق العامة فقد تقرّر بموجب نص دستوري، حيث تنص المادة 125 من الدستور الكويتي على: " كل التزام لاستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود وتكفل الاجراءات التمهيديّة تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة " ¹.

وفي الأردن نص قانون التخاصية رقم 25 لسنة 2000 في مادته 05 على أنه: " يتم في تنفيذ عملية التخاصية ما يلي:

¹ مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، ص221.

-الالتزام بقواعد الشفافية والعلنية والمنافسة المشروعة.

-تقييم الموجودات.

أما في التشريع المغربي فقد نصت المادة 5 من قانون التدبير المفوض للمرافق العامة السالف الذكر على أنه: "لاختيار المفوض إليه يجب على المفوض ما عدا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 6 بعده القيام بالدعوة إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المترشحين وموضوعية معايير اختيار وشفافية العمليات وعدم التحيز في اتخاذ القرارات ويجب أن تكون مسطرة إبرام عقد التدبير المفوض موضوع اشهار مسبق...".¹

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من أعمال مبدأ الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرافق العامة

في التشريع الجزائري و بخلاف الوضع الذي كان سائدا قبل صدور المرسوم التنفيذي 199/18 و بعد أن شهدت بعض مجالات التفويض الأعمال الصريح لهذا المبدأ من خلال بعض مجالات عقود الالتزام على غرار المادة 13 من المرسوم التنفيذي 341/11 الذي يحدّد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هيكل عند أسفل السدود و نقل المياه و منشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، حيث اعتبر المشرع هذا النوع من العقود اسمي و لا يقبل التنازل و لا يمكن أن يكون محلا للتأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق، كما نصّت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 220/11 الذي يحدّد كفاءات امتياز الموارد المائية بإقامة هيكل تحلية مياه البحر أو نزع الاملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات

¹ أبو بكر عثمان، مرجع سابق، ص 128 و 129.

الخاصة، بأنه امتياز غير قابل للتنازل عنه ولا يمكن أن يكون محلّ كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان.¹

مع ذلك، ظل الأصل اقتصار نص المشرّع على أعمال فكرة المنافسة وشفافية الاجراءات في الوصول إلى الطلبات العمومية وفقا لنص المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 274/15، حيث أن ذات المشرّع لم ينص على تبني فكرة الاعتبار الشخصي صراحة وإنما يمكن استتباط هذا المبدأ من خلال القواعد التي تكرسه على غرار مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات ومبدأ المساواة ومبدأ الشفافية في الاجراءات.

مع ذلك تراجع عن موقفه من خلال المواد 10 و11 و22 من المرسوم التنفيذي 199/18 حيث قدم العدد من النماذج التي مزج فيها بين المنافسة والاعتبار الشخصي والتي تظهر عمليا من خلال اعطاء هامش أفضلية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وحصر مجال المنافسة في المتعاقد الوطني، كما أنه أوجب على الإدارة المفوّضة ضرورة لا يتم التفويض إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري بحيث يكون قادرا على تحمل مسؤولية التفويض ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي احتياجات المستعملين.²

كما ألزمها بضرورة التأكد من قدراته المهنية والمالية والتقنية بكل الوسائل الممكنة وذلك أثناء عملية انتقاء المترشحين، ولعلّ شرط التثبيت من القدرات وأن كان عاما فإنه قد يجعل من بعض المترشحين يتمتعون بوضع احتكاري مقارنة بغيرهم كامتلاكهم للتقنية والمثبتة ببراءات اختراع، هنا فقط سيظهر المتعاقد كشخص محلّ اعتبار بشكل ذو أفضلية مقارنة بغيره، بل إن قيمة هذا المظهر

¹ المادة 12 من المرسوم التنفيذي 220/11 ج.ر.ع 34، سنة 2011.

² تقرير نواره، نادية ضريفي، المقاربة بين مبدأي الاعتبار الشخصي ومبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، المجلد 7، العدد 2، ص 10، سنة 2022.

ستتضح بعد وفاته خاصة، بحيث لا يمكن تصور انتقال آثار التنفيذ وإنهاء العقد إلى الخلف العام وفقا لما سنأتي على بيانه لاحقا.

الباب الثاني

الباب الثاني

آثار تنفيذ عقد تفويض المرفق العام ونهايته على

الخدمة العامّة في التشريعات المقارنة

بعد النظرة التي ألقيناها على مختلف صور التفويض المرفقي اتضح لنا مدى فاعلية هذا الأسلوب ومدى قدرته على تدارك مشكلات الإدارة بالأساليب التقليدية التي الحققت ضررا بالخدمة العمومية ومن خلالها المرتفقين، مع ذلك فإن توخي الحذر عند التعامل مع أهداف الخدمة العمومية يظل مطلوبا خاصة في الحالات التي ينتهي فيها العقد.

والمقصود بالنهاية هنا مرحلة انقضاء العقد ضمن إطاره الزمني المحدد وأيضا في غير الأحوال العادية حيث يصبح الوفاء بمتطلبات المرفق العام والخدمات المتصلة به غير قابل للإنجاز والانفاذ نتيجة لأسباب وظروف تتجاوز المقدرة المالية والمهنية والفنية للمتعاقد على غرار اختلال التوازن المالي بسبب الافلاس أو نتيجة لقوة القاهرة تجعل من ذلك الوفاء مستحيلا كليا.

كما أن انشغالات الجمهور المستفيد من الخدمات ستظل قائمة لأن علاقتهم مرتبطة بالإشباع وبقاء المرفق واداءه لمهامه المعتادة ولا يهم بعدها تغير المراكز القانونية لأطرافه أو انتهاءها بشكل قانوني أو للأوضاع التي يفرضها الواقع.

فكما يساهم الجانب الاجرائي في اختيار الإدارة لأحسن المتنافسين والمفوضين خدمة للصالح العام فإن انتهاء تلك العلاقة أيضا يجب أن تسير في خدمة الصالح العام.

من هنا تلعب إجراءات إبرام عقد تفويض المرافق العامة ونهاية انفاذه دورا هاما في تطوير المرفق العمومي والخدمة العامة من خلاله للأسباب التي ذكرناها وغيرها مما سنحاول أن نتناوله في هذا الباب.

الفصل الأول

إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام وأثرها في تطوير الخدمة العمومية في

التشريعات المقارنة

نتيجة للتحويلات التي عرفتتها التشريعات في مجال إبرام عقود التفويض المرفقي انتقلت الدول التي تعتنق هذا النمط الجديد من العقود من حالة استئثار الإدارة بالحق المطلق في اختيار المتعاقد، إلى مرحلة التخفيف من هذا المبدأ لصالح التوازن العقدي و المصلي الذي يجعل من هذه العملية مناسبة أكثر للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، حيث أصبح مظهر الإدارة مقيدا بضرورة الاعلان المسبق عن اختيار المفوض إليه و أن يتم ذلك في ظل منافسة تتعدد فيها العروض تكريسا لمبدأ المنافسة الحرة و تماشيا مع أهداف وغايات المحافظة على المصلحة العامة والمال العام.

إن الحديث عن هذا التغيير في رسم ملامح العلاقة التعاقدية لا يعني حمل أطراف العلاقة على التآلف مع القانون فحسب بل هو محاولة لإعادة توجيه العملية العقدية بشكل منهجي ومقبول ومعقول تشريعيا وفنيا وماليا أيضا وهي كلها مصالح جديرة بال العناية والحماية في نفس الوقت، وذلك منذ مرحلة تحضير العقد إلى غاية إبرام اتفاقية التفويض.

هي مجموعة من المفاهيم والعناصر التي سنحاول بيانها والتطرق إليها من خلال استعراض طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام (المبحث الأول)، لننتقل بعدها إلى بيان إجراءات ومراحل إبرام هذه الاتفاقية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام

كما رأينا سالفًا عند معرض حديثنا عن أنواع وأشكال التفويض المرفقي بأنه لا ينفذ تحقيق هذا التصرف القانوني بطريقة واحدة وإنما توجد عدة طرق وأنماط يتحقق بها هذا الاتفاق، بعضها مسمى كامتياز المرفق العام وإيجار المرفق العام، والوكالة المحفزة... إلخ وغيرها غير مسمى متروك فيه الحرية والتقدير إلى الدولة أو اداراتها أو القضاء حسب الأحوال.

على هذا النحو فإن الإدارة المفوضة تملك خيارات متنوعة في انتقاء الأسلوب الأمثل الذي يفي بالغرض المطلوب، والذي تلعب فيه الاعتبارات المختلفة كتكاليف الاستغلال ونطاق رقابة الشخص العام وكذا نطاق مسؤولية الشخص المفوض إليه وتحمله المخاطر مثلًا دورًا مهمًا في اختيار الأسلوب الأمثل والأنجع لإدارة المرفق العام وهو ما استقر عليه العمل في فرنسا وبعض الأنظمة المقارنة¹.

وهو الوضع ذاته في الجزائر حيث أسند إلى السلطة العامة المختصة عملية اختيار الأسلوب الذي يتلاءم وطبيعة محلّ التفويض وموضوعه، مع إخضاعه إلى جُملة من الضوابط الاجرائية والموضوعية عند اختيار المتعاقد وفقًا للصيغ المتضمنة قانونًا.

وهي الصيغ التي تضمنها المرسوم التنفيذي 199/18، والذي حدّد طرق إبرام اتفاقية التفويض المرفقي العام بطريقتين:

¹ وليد حيدر جبران، مرجع سابق، ص 255.

الأول وفقا لأسلوب الطلب على المنافسة، الذي يمثل الأصل والقاعدة العامة والثاني بطريق التراضي، الذي يشكّل الاستثناء¹.

المطلب الأول: الطلب على المنافسة

إن التزام الإدارة المفوضة بهذه الخيارات ليس مبني على مجرد تصوّرات وإنما هي عملية قانونية تهدف إلى الحصول على إيرادات إضافية للخزينة العامة بغضّ النظر عن مجالها الجغرافي والإداري ونطاقها الموضوعي وطبيعة نمط التسيير الإداري السائد فيها بالإضافة إلى تحقيق المصلحة العامة، لذلك هي مجبرة على اختيار العرض الأنسب مهنيا وماليا وفنيا وما الطلب على المنافسة إلا الغلاف النهائي الذي يفرغ فيه الاتفاق بعناصره الشكلية والموضوعية.

هذا ونظرا لكون هذا المفهوم جديد ونتيجة للأهمية التي يلعبها هذا النمط من طرق إبرام عقود التفويض المرفقي فإنه من الضروري التعريف به وبيان كيفية اللجوء إليه (الفرع الأول)، ثم نعرّج بعدها للتعرف على حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلب على المنافسة

يعتبر الطلب على المنافسة إجراء لازم، تفصح فيه الإدارة عن نيتها في التعاقد مع عدة متعاملين وطنيين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين خاضعين لقواعد القانون العام أو الخاص تتوافر فيهم مجموعة من الشروط وتتحقّق لديهم مجموعة من الضمانات، من أجل اختيار أحسنهم ضمنا وأفضلهم عرضا وفقا للبنود والشروط الفنية والقانونية المتضمنة في دفتر الشروط.

¹ تنص المادة 08 من المرسوم 199/18 على أنه: "تبرم اتفاقية التفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

الطلب على المنافسة الذي يمثل القاعدة العامة التراضي الذي يمثل الاستثناء.

مع ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في انتقائهم والشفافية وعدم التحيز في القرارات المتخذة في اختيارهم.

تطرق المشرع المغربي للمنافسة في اختيار المفوض إليه حسب القانون 54/05 لاسيما المادة 5 منه "لاختيار المفوض إليه يجب على المفوض، ماعدا الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 06 بعده، القيام بدعوة إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المترشحين وموضوعية معايير الاختيار وشفافية العمليات وعدم التحيز في اتخاذ القرارات..."¹، حيث يفهم من ذلك أنه أخذ بمبدأ المنافسة كقاعدة عامة وذلك بذكره ما عدا الحالات الاستثنائية.

وعرف المشرع الجزائري المنافسة من خلال مضمون المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18، حيث نص المشرع الجزائري على أن: "الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة."

وهو أيضا المدلول الذي جاء متناسبا مع مجموعة المبادئ المكرسة من قبل ذات المشرع في المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 وكذلك المادة 03 من المرسوم التنفيذي 199/18، والمتمثلة في حرية المنافسة والوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات حتى تتمكن من اختيار أفضل العروض من ناحية المزايا الاقتصادية².

¹ القانون 54/05، مرجع سابق

² أكدت المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 على احترام مبادئ المادة 05 من نفس المرسوم والتي تنص: "ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

وهو ما تم التأكيد عليه ضمن الفقرة الثانية من المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18 والتي تنص على أنه: "يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 13 أدناه".

من خلال استقراءنا لهذه التعاريف يتضح بأن المشرع الجزائري "حاول" أن يورد تعريفا للطلب على المنافسة من خلال التركيز على أهداف وغايات الطلب، التي حصرها في الحصول على عروض من عدة متنافسين، مع منح التفويض للمتنافس الذي يقدم أحسن عرض ممكن.

وهي محاولة تحسب له مادامت المسألة تتعلق بتنظيم أحد أهم المبادئ التي يستقر عليها النشاط المفوض حيث يشكّل الطلب على المنافسة القاعدة العامّة، ومن جهة أخرى فإن تنظيم هذا المبدأ يجد سنده ضمن العقد حيث يشكّل الطلب أحد أهم الاجراءات المتطلبة في هذا النوع من العقود، وهو ما يقتضي تنظيمها وبيان معناها تحت طائلة البطلان.

بل إن المشرع الجزائري لم يكتف بذلك وإنما قرّر جملة من الشروط والضوابط التي لا بد من احترامها، منها ما يتعلق بالهيئة المانحة للتفويض حيث اشترط في المادة 10 منه على أن يكون الطلب على المنافسة "وطنيا" وألا يكون قاصرا إلا على الأشخاص المعنوية العامّة أو الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري¹.

كما أنه أقرّ جملة من الشروط تتعلق بالمفوض له، حيث ألزمه بضرورة أن يكون قادرا على تحمّل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي احتياجات المستعملين².

¹ المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18.

² المادة 22 من المرسوم التنفيذي 199/18.

وفي هذا السياق منح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حق الأولوية والأفضلية في الحصول على التفويض متى كانت قادرة على القيام بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام¹. وهي خطوة وأن كان البعض يرى فيها تعارضا مع قواعد التجارة الدولية التي تقوم على إتاحة وفتح مجال المنافسة أمام المتعاملين الأجانب والوطنيين لتقديم أفضل ما لديهم ضمن قواعد المنافسة والمساواة في تقديم العروض الفضلى وبأقل تكاليف ممكنة مع القدرة على تقديم خدمات أكثر نوعية وجودة.

إلا أن اتجاهها آخر يرى في هذا "الاهتمام الحصري" للدولة رغبة في مساعدة الشريك الوطني والمؤسسات العمومية والخاصة على التواجد وحماية الحق في الصناعة والتجارة والاستثمار والمقابلة الوطنية، والتي تعتبر كلها حقوق مكرّسة دستوريا.

هي شروط منطقية وواقعية، مع ذلك فإنها لا تكون كافية لإنتاج أثر في العروض ما لم يثبت المفوض إليه القدرة على تحمّل مسؤولية التفويض.

لذا لا بد من مراعاة توافر شرط المقدرة المهنية والمالية والتقنية منذ مرحلة الانتقاء الأولي والتأكد منها بكل الوسائل الممكنة، بما في ذلك إثبات مقدرة والتزام المفوض إليه بالتنفيذ الشخصي للمشروع بصفته استنادا لفكرة الاعتبار الشخصي مثلما أشرنا له سالفًا، وهو المبدأ الذي تضمنه المشرع الجزائري صراحة في المادة 07 من المرسوم التنفيذي 199/18 بنصه على أنه: "لا يمكن للمفوض إليه الاستفادة من تفويض المرفق العام، أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر. غير أنه إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يمكن المفوض إليه اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة.

¹ المادة 23 من المرسوم التنفيذي 199/18.

ولا يمكن، في جميع الحالات، أن يكون المرفق العام الذي خصّ به المفوض إليه، موضوع مناولة بصفة كلية¹.

يتضح من خلال هذا النص بأن المشرّع الجزائري أراد من خلال إسناده لمهمة تسيير المرفق المفوض للشخص المترشح شخصيا ودون غيره من أجل إجبار وحث المترشحين على التقدم بالعروض بشكل جدّي ومسؤول في نهاية المطاف.

بل إن اعترافه للمفوض إليه بإمكانية الاستعانة بغيره في تفويض "جزء من التسيير" الذي تدعو إليه الحاجة أو ما يصطلح عليه بالتنازل الجزئي أو التعاقد من الباطن لا ينفي عنه تلك الصفة وتبقى مسؤوليته قائمة، على ألا تتجاوز الحدّ الأقصى من المناولة المسموحة وذلك نظرا لكون المناولة الكلية تعتبر نذيرا بالتنازل عن المشروع وهي قرينة كافية لإثبات عدم جدية المترشح أو عدم اقتناعه بجدوى المشروع ومردوديته بالنسبة له¹.

على الخلاف من ذلك فإن المشرّع التونسي وإن كان قد تناول مسألة الطلب على المنافسة تحت تسمية "الدعوة إلى المنافسة" من خلال الفصل 09 من الباب الثاني تحت عنوان "في المبادرة بعرض اللزمة" مخضعا المرفق المفوض إلى شروط لا بد من توافرها من أجل اختيار صاحب اللزمة ضمن قواعد المساواة والشفافية وتكافؤ الفرص.

حيث جعل هذه الدعوة مضبوطة "بأمر" وخاصة فيما يتعلق بكيفيات اعداد الوثائق المتعلقة بها وتحديد مختلف مراحلها².

إن و كخلاصة لما سبق بيانه يظهر لنا جليا بأن المشرّع الجزائري قام بتضييق مجال المنافسة وجعلها وطنية فقط من خلال ما جاء في نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي تنص على: "يكون الطلب على المنافسة وطنيا"، واشترط أن يكون المفوض إليه شخص معنوي

¹ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص191.

² راجع الفصل 9 من قانون عدد 23 لسنة 2008 يتعلق بنظام اللزمة، مشار إليه سابقا.

خاضع للقانون الجزائري، كما حمّله مسؤولية توفير كل الوسائل والمؤهلات المهنية و التقنية والمالية التي تساعد على انفاذ المشروع المفوض وحثّه على الحرص على بذل كل الجهود اللازمة من أجل تجاوز كل العقبات الممكنة ولو اقتضى ذلك اللجوء إلى مناولة جزء من المشروع تحت مسؤوليته أيضا باعتباره شخص محلّ اعتبار¹.

وهو نفس التصوّر الذي كان قد تبناه المشرّع الفرنسي ضمن مدونة العقود الإدارية وكذلك دفتر الشروط العامّة التي كرست مبدأ التعاقد من الباطن، مع منح الإدارة المانحة التفويض سلطة التحفظ في قبول التعاقد بهذه الصيغة من عدمه.²

الفرع الثاني: عدم جدوى الطلب على المنافسة

يخضع تقييم العروض على أساس تقديم "أفضل عرض" ممكن بما يتضمنه من ضمانات وقدرات مهنية ومالية وفنية متاحة لدى المترشح، مع ذلك فقد يتصادف الطلب على المنافسة بعدم تقديم أي واحد منهم لأي عرض أو أنه قدم عرضا لا يتلاءم والطبيعة الفنية والتقنية والاقتصادية المرجوة من التفويض النهائي.

لذلك فإن مصير الطلب سيكون غير مجدي، وبالتالي فإن وصف حالة عدم الجدوى هو الوصف الأنسب لهذا الوضع.

حيث أخذ المشرّع الجزائري نفس ما أخذه المشرّع الفرنسي ضمن قانون Sapin، حين قرّر هذه الوضعية في أحوال ثلاث:

¹ منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2016، ص19.

² أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص192.

1- حالة عدم استلام الإدارة المفوضة لأي عرض.

2- حالة استلامها لعرض وحيد.

3- حالة عدم تأهيل أي ملف لعدم مطابقته مع دفتر الشروط.

من خلال ملاحظتنا لهذه الحالات فإننا نستنتج بأن التشريعات المقارنة أولت أهمية كبرى لهذا النوع من العقود، ذلك أنه بالرغم من استلام عرض وحيد فإن مصيره سيكون الرفض ويعتدّ به كسبب كافٍ لعدم جدوى المنافسة، ولعلّ ذلك راجع للقيمة الممنوحة من قبل الدولة وإداراتها لهذا النوع من العقود واعتباره أداة محورية لتبرير إمكانية تنازل الدولة عن بعض اختصاصاتها ومن خلالها سلطاتها العامة للأفراد من أجل القيام بواجبات تتجاوز تحقيق مصالحهم وترتقي إلى تحقيق المصلحة العامة.

مع ذلك فإن التشريعات وضعت حداً لهذه المشكلة من خلال اللجوء إلى ابتكار حلول أكثر فعالية تتحقّق معها غايات الطلب وتختزل في ضوءها الزمان والتكاليف.

وعليه يشكّل إعادة بعث الإجراء وسيلة وأداة تحقق تلك الغايات وتمكّن من الحصول على بدائل أكثر في ظرف وجيز.

إن الأخذ بهذا الإجراء لا يعني إمكانية الحصول على عروض، بل إن الواقع العملي أثبت في كثير من الأحيان إمكانية تحقق حالة عدم الجدوى للمرة الثانية، وهو ما أقره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 15 من المرسوم 199/18، حيث نظم حالات عدم الجدوى للمرة الثانية وحصرها فيما يلي:

1- عدم استلام أي ملف أو أي عرض.

2- عدم تأهيل أي ملف أو عدم مطابقته لدفتر الشروط.

فيما أقرّ بإمكانية قبول العرض المقدم من مترشح واحد حتى ولو تعلّق بحالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية تحت شرط واقف مؤداه ضرورة أن يكون عرض مطابق لدفتر الشروط وأن يقبل لغرض متابعة الاجراءات¹.

وإذا ما تمّ مقارنة الإجراءات المعتمدة في الصفقات العمومية نجد أن المشرّع الجزائري لم ينص على الأشكال التي يمكن أن يتخذها الطلب على المنافسة، عكس ما هو معمول به في الصفقات العمومية، وهذا من أجل تبسيط الإجراءات والأشكال من أجل عدم إطالة المدة الخاصة بالعروض وبالتالي تحقيق الغاية والهدف منها.

المطلب الثاني: التراضي في عقود التفويض

إضافة للإجراءات التي أقرّها المشرّع الجزائري في عقود تفويضات المرفق العام المتضمنة امتثال الجهة مانحة التفويض لقيود الطلب على المنافسة وفق ضوابط شكلية تلتزم من خلالها هذه الأخيرة مراعاتها عند إبرام عقود تفويضات المرفق العام، مكنها كذلك اللجوء إلى التراضي كاستثناء على القاعدة العامة (الطلب على المنافسة) وبالتالي تحرر الإدارة في هذه الحالة من تلك الضوابط، حيث بموجب هذا النمط من التعاقد الممنوح للسلطة المفوضة اختيار المفوض إليه دون التقيد بتلك الإجراءات الشكلية بصفة مباشرة ولكن وفق شروط قانونية تنظّم اللجوء إلى هذا الأسلوب.

¹ تنص المادة 15 فقرة 2 على أنه: "إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية:

- عدم استلام أي عرض

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط

وفي حالة استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية يتبين انه عرض مطابق لدفتر الشروط فانه يقبل لمتابعة الاجراءات ."

تمّ اللجوء إلى أسلوب التراضي حديثاً في الجزائر حيث أقرّه المشرّع الجزائري كأسلوب استثنائي قد تلجأ إليه السلطة المفوضة وفق محددات قانونية وجب التقيد بها وتكون إما بصيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، جاعلا من ذلك اللجوء موقوفاً على توافر مجموعة من الحالات المنصوص عليها قانوناً.

هذا وقبل التعرّض لحالات اللجوء إلى التراضي حريّ بنا أن نتناول التراضي من خلال تعريفه وبيان أنواعه.

الفرع الأول: تعريف التراضي وأنواعه

إن البحث عن مدلول للتراضي وبيان أنواعه ليس من باب التحديد النظري وإنما له أهمية عملية تمكننا من تحديد مجاله ونطاقه، وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة أيضاً، فهي أسباب كافية لتجعل من الضروري التطرق إلى تعريف التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام عقود تفويض المرفق العام ومن ثمّ التعرّف على أنواعه وفقاً لما هو منظم قانوناً.

أولاً: تعريف التراضي

إن التراضي أسلوب اتفاقي استثنائي تلجأ إليه السلطة مانحة التفويض قصد اختيار المفوض إليه دون الخضوع لجملة الضوابط الإجرائية والموضوعية المقررة في حالة الطلب على المنافسة ضمن الأحوال العادية.

أو هو كل اتفاق مباشر بين السلطة المفوضة والمفوض إليه، حيث تتحرّر فيه السلطة المفوضة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة.

حيث اعتبر المشرع الجزائري حسب نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18 أن إجراء التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام عقود تفويض المرفق العام، يأتي بعد عدم جدية إجراء المنافسة، وبموجبه تنتصّل الإدارة من القيود الشكلية والإجرائية الطويلة والمعقدة المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة.

وبالجموع لهذا النمط، فتح المشرع المجال للسلطة المفوضة باختيار المفوض إليه مباشرة وبكل حرية، إلا أنه أخضع إجراء التراضي لتنظيم قانوني في حالات محدّدة.

إن الملاحظ على هذا الأسلوب من أساليب التعاقد أنه طريق بسيط يعفي السلطة المفوضة من الخضوع إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تفرضها صيغة الطلب على المنافسة لاختيار المفوض إليه.

ثانياً: أنواع التراضي

تتجلى صور أسلوب التراضي في صورتين نظّمهما المشرع الجزائري في المادة 16 من المرسوم التنفيذي 199/18، والتي تنص على أنه: "يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة."

أ - التراضي بعد الاستشارة

عرفته المادة 17 على أنه: "التراضي بعد الاستشارة، إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاث (3) مترشحين مؤهلين، على الأقل."

كما يعتبر التراضي بعد الاستشارة نوع من أنواع العقد التي تبرم بعد التفاوض وهذا لا يكون مباشرة مع شخص واحد وإنما يدخل في مجال المنافسة بين المترشحين على عكس التراضي البسيط

الذي تتعدم فيه المنافسة، حيث تقوم من خلاله السلطة المفوضة إلى اختيار المفوض إليه من بين ثلاثة مترشحين تتوفر فيهم شروط الكفاءة والقدرة على تسيير المرفق العام، دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المتبعة في نمط الطلب على المنافسة.

وباستقراء نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي 199/18، نجد أن المشرع الجزائري اعتمد على أسلوب التراضي بعد الاستشارة في إبرام عقود تفويض المرفق العام أين مزج بين مبدأ حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض إليه بين مبدأ المنافسة، ويظهر ذلك من خلال دعوة ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل لاستشارتهم ووضعهم في منافسة فيما بينهم قصد اختيار المتنافس الأفضل لتسيير المرفق العام، وهذا لضمان الخدمة العامة الجيدة حيث قيد المشرع الجزائري حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له وهذا ما يفهم من مضمون المادة 17 المذكورة آنفاً، بإلزام الجهة مانحة التفويض اتباع إجراءات محددة قصد منح اتفاقية التفويض لصالح مفوض له يختار من بين عدة متنافسين، ما يمنع السلطة المفوضة في اختيار متعامل معين، هذا ما يكرس المبادئ التي تقوم عليها المنافسة من أجل الوصول إلى الطلب العمومي، عن طريق الشفافية والمساواة في اختيار المفوض إليه ولو بصفة جزئية.

ب - التراضي البسيط

يعتبر التراضي البسيط صورة أخرى من صور التفويض المرفقي الاستثنائي للمرافق العامة وهو أسلوب يقوم على اختيار السلطة المفوضة لمفوض له وحيد مؤهل لضمان تسيير مرفق عام بناءً على شرط الأهلية والقدرة المهنية والمالية والتقنية، طبقاً لدفتر الشروط دون الحاجة إلى اتباع إجراءات الإشهار أو الدعوة للمنافسة.

ولعل العبرة في لجوء الإدارة المفوضة لهذا الخيار يرتبط بمقدار المنفعة التي تجنيها من اتباع هذا الأسلوب خاصة في الحالات الاستعجالية أو التي تقتضي فيها تقديم خدمة متميزة يحظى صاحبها بموجبها بوضع احتكارية تجعله متميزا عن غيره وفي رواق أفضل لا يجاريه فيه أحد من المتنافسين.¹

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التراضي

قيّد المشرّع السلطة المفوضة عند لجوئها إلى أسلوب التراضي، سواء التراضي بعد الاستشارة أو التراضي البسيط بمدى توافر شروط وظروف تعتبر بمثابة السبب الباعث أو الدافع إلى التعاقد بين الإدارة والمترشح المؤهل، وهي الظروف التي لا تخرج عما يلي:

أولاً: مبررات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة

تناول المشرّع الجزائري أسباب اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وحصرها في حالات محدّدة، حيث نصت المادة 19 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه: "تلجأ السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة:

أ - عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية في هذه الحالة، يتم اختيار المفوض إليه من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا من قبل في الطلب على المنافسة.

¹ - عرفت المادة 18 من المرسوم 199/18 التراضي البسيط على أنه: "التراضي البسيط إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية."

ب - عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية. وفي هذه الحالة، يتم اختيار المفوض إليه ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني."

وباستقراء نص المادة 19، نجد أن المشرع قد حصر عملية اختيار المفوض إليه في حالة الإعلان عن عدم جدوى المنافسة للمرة الثانية في المترشحين الذين قدموا الطلب على المنافسة فقط، أما العلة الثانية فقد ألزم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة ما إذا كانت اتفاقية التفويض تتمحور حول مرافق عمومية لا تستدعي بالضرورة اللجوء إلى الطلب على المنافسة، حيث حصرها المشرع في المرافق العمومية المحددة بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.

في هذه الحالة تلتزم الإدارة باختيار المفوض إليه من القائمة التي أعدتها مسبقا بعد تأكدها من توافر الامكانيات والقدرات المهنية والمالية والتقنية للمفوض إليه، ولعل العلة في اللجوء إلى هذا الإجراء حسب النص يرجع إلى سهولة ويسر إجراءات الاختيار كون القائمة موجودة ومعلومة مسبقا من طرف الجهة المفوضة، مع ذلك يُثار التساؤل حول تحيين القوائم بسبب تغيّر الوضعيات المالية والمهنية وتغير مناهج التسيير التقني للمفوضين.

أ - حالة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عدم جدوى الطلب على المنافسة إلا أنه حدّد حالات اللجوء إلى إعلانه، لكن يمكن أن نعرفه أنه إجراء تقوم به السلطة المفوضة عند عدم تحقيق غاية الطلب على المنافسة وفعاليته وعدم الاستجابة لشروطه كما لم ينتج عن الإعلان فحواه وأهدافه.

تلجأ السلطة المفوضة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة إذا تم الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية.¹

وحصرَ المشرعَ الجزائري في نص المادة 15 من المرسوم التنفيذي 199/18 حالتين للإعلان عن عدم جدوى الطلب في المنافسة للمرة الثانية:

-عدم استلام أي عرض.

-عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

ب - حالة تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة

تعتبر الحالة الثانية التي بموجبها تلجأ السلطة المفوضة إلى اتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة حالة التفويض المرتبطة ببعض المرافق التي لا تستدعي إجراء الطلب بطبيعتها، حيث أقرّ المشرع في نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي 199/18 أن المرافق التي لا تستدعي الطلب على المنافسة لتفويضها يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، لكن دون تحديد شروط دقيقة توضيحية على المرافق المعنية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، ويكون هذا بعد إعداد قائمة مسبقة من طرف السلطة المفوضة ممن تتوفر فيهم القدرات المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم تسيير المرفق العام.

¹ بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، قانون المرفق العمومي، مرجع سابق، ص244.

ثانيا: حالات التراضي البسيط

بالنظر للمادة 20 من المرسوم التنفيذي 199/18 قيّد المشرّع الجزائري السلطة المفوّضة اختيار المفوض إليه حيث جاءت على سبيل الحصر فيما يلي:

أ - الوضعية الاحتكارية

يحتلّ هنا متعامل وحيد الوضعية الاحتكارية حيث لا يوجد غيره في تنفيذ وتقديم خدمة عمومية بواسطة تسيير المرفق العام.

تعتبر الوضعية الاحتكارية للمترشح بمثابة المبرر للجوء إلى التراضي البسيط، اعتبارا أن الخدمة التي تطلبها السلطة المفوّضة لا يليها إلا مترشح واحد يحتلّ وضعية احتكارية تسمح له القيام بالخدمة المطلوبة من طرف السلطة المفوّضة، وقد أحسن المشرّع تحرير السلطة المفوّضة من الخضوع إلى إجراءات الطلب على المنافسة، طالما يوجد مترشح وحيد يحتلّ وضعية الاحتكار وتتوفر فيه المؤهلات المطلوبة قصد ضمان استمرارية المرفق العام.

تتعدد أوجه الاحتكار وأهمها الاحتكار القانوني والاحتكار الفعلي، ويظهر أن المشرّع لم ينص على هذين النوعين من الاحتكارات، إلا أنه مهما كان نوعها فإنها تعتبر نقيض المنافسة الحرة، التي فحواها ممارسة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات من قبل أعوان متعددين يتساوون في حظوظ ممارسة هذه الأعمال التجارية والوصول إلى الطلب العمومي وفقا للمبادئ التي تقوم عليها المنافسة.¹

ومن جهة أخرى فإن الطابع الاحتكاري يدفعنا إلى التساؤل عن جدوى فتح العروض قبلها والإقرار بوجود منافسة حقيقية بين المترشحين، مادام الاحتكار يشكّل وضعا حصريا يتمتع به أحد

¹ - سمية سلامي، صيغ وإجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام المحلي، مرجع سابق، ص 185.

المترشحين دون غيره لذلك نرى أن استعمال المشرع لمصطلح "اختيار مفوض له" بعيد كل البعد على الطبيعة الاستثنائية التي يحملها معنى "الاحتكار" والذي لا يتصور معه تمكين الإدارة من الاختيار في كل الأحوال باعتباره حالة تتوفر في شخص واحد في كثير من الحالات إن لم نقل كلها.

ب - حالة الاستعجال

حدّد المشرع الجزائري حالة الاستعجال ضمن المادة 21 من المرسوم التنفيذي 199/18 بنصه على أنه: "تعتبر حالات استعجالية، الحالات الآتية:

- * عندما تكون اتفاقية تفويض مرفق عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ.
- * استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض إليه.
- * رفض المفوض إليه إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجل.

ويتعين على السلطة المفوضة، في جميع الحالات، اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني."

باستقراء نص المادة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري منح للسلطة المفوضة الحرية في إبرام عقد تفويض المرفق العام عن طريق التراضي البسيط للأسباب المذكورة أعلاه لكونها تشكل أسبابا كافية قد يؤدي توافرها إلى التأثير في النشاط المرفقي خاصة تلك الأسباب التي ينجر عنها تعمد الأضرار بالمصلحة العامة لإشاعة الفوضى والاستقرار في الدول والمجتمعات.

لذلك فإن مقتضيات ضمان الاستمرارية والديمومة والسير المضطرب للمرفق العام ستعتبر بمثابة أهداف تستحق العناية والصرامة.

على هذا النحو سار المشرع الجزائري أسوة بالمشرع الفرنسي والمشرع التونسي هذا الأخير الذي اعتبر في المادة العاشرة من قانون اللزمات رقم 23 لسنة 2008 لكن تحت مسمى الحالات الاستثنائية وليس الاستعجال وحصرها في:

- إذا تم الاعلان على أن المنافسة غير مثمرة
- لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام
- في حالة التأكد لاستمرارية المرفق العمومي
- إذا تعلق انجاز موضوع العقد بأعمال لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلا لشخص معين أو بنشاط يختص باستغلاله حامل براءة اختراع.¹

تتمثل صور الاستعجال في الحالات الآتية:

1- حالة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام السارية المفعول

يعتبر فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام من أخطر الصلاحيات والاجراءات المعهود بها إلى الهيئة المانحة التفويض حيث يقوم هذا الإجراء على حلّ الرابطة التعاقدية بين الطرفين بسبب تقصير المفوض إليه في تنفيذ التزاماته و هو ما يشكلّ مساسا بمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد و مبدأ استمراريته أيضا و توفير أكبر حدّ من الإشباع للمنتفعين وهو ما لم يتحقق في

¹ Instance Générale de Partenariat Public Privé, consulté le 27/10/2024 .

الحالة هذه، و بالتالي يعدّ سببا و نذيرا للفسخ الإداري مع إعدار المفوض إليه مثلما هو معمول به في التشريع التونسي، إلا إذا أثبت هذا الأخير أن عدم تنفيذ التزامه راجع لأسباب لا يد له فيها.¹

2- استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض إليه

وتكمن هذه الحالة أثناء تنفيذ عقد التفويض حيث لا يستطيع المفوض إليه عندما يعجز عن ضمان استمرارية وديمومة المرفق العام وتسييره وعدم إتمام مضمون العقد وعجزه في تنفيذه، أجاز المشرع للسلطة المفوضة الفسخ الانفرادي للاتفاقية واسترداد المرفق العام.

3- رفض المفوض إليه إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال

تتعلق هذه الحالة برفض المفوض إليه الإمضاء على الملحق اتفاقية تفويض المرفق العام إذا كان موضوعه تمديد الآجال، فتكون السلطة المفوضة أمام إلزامية فسخ العقد وتفويضه بموجب إجراء التراضي البسيط، ذلك من أجل ضمان استمرارية المرفق العام، وبالتالي تحقيق الخدمة العمومية وضمانها للمرتفقين.

ويتضح أن المشرع من خلال وضعه للحالات الاستعجالية الواردة في نص المادة 21 أعلاه، الهدف منه اللجوء إلى التراضي البسيط هو ضمان لاستمرارية المرفق العام عن طريق ضمان السرعة في التفاوض، بعيدا عن الإجراءات الشكلية التي تتطلبها تعقيدات الطلب على المنافسة التي تستغرق مدة من الزمن.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري، اعتماده أسلوب التراضي في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام يعد نوعا ما مساسا بمبدأ المنافسة والمساواة بين المترشحين وكذا الشفافية، علاوة على ذلك

¹ فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/2018، ص 248.

نجد المشرع الجزائري في المادة 19 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 199/18 لم يحدّد ولم يوضّح ما هي المرافق العامّة التي لا تستدعي اللجوء إلى الطلب على المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض المرافق العامّة عند اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة، هذا ما يفتح المجال للسلطة المفوّضة خرق مبدأ المساواة بين المترشحين والجو التنافسي فيما بينهم.

يتعين على السلطة المفوّضة، في جميع الحالات، اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني. فكل هذه الحالات الاستعجالية تؤدي إلى عرقلة سير واستمرارية المرفق العام الذي أوجب المشرع في هذه الحالات اللجوء إلى التراضي البسيط لتجنب ضرر قد يلحق بالمرفق العام.¹

المبحث الثاني: إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

تجسيدا لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، والمحافظة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين والشفافية في المعاملات، يمر الطلب على المنافسة بإجراءات عديدة.

إن إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام مثلها مثل باقي العقود الإدارية، تتضمن مجموعة من الخطوات أو الاجراءات بمعنى أدق، حيث هو المصطلح الذي أورده المشرع الجزائري في القسم الثالث من الفصل الأول من المرسوم التنفيذي 199/18.

¹ بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، مرجع سابق، ص243.

وهي خطوات يتعين على الجهة المفوضة الالتزام بها من أجل خيار يتلاءم مع الأهداف المنشودة التي تستهدفها وذلك دون حيف أو انحراف ودون مساس بقواعد الشفافية والمساواة في الوصول إلى الطلب.

هي مجموعة من الاجراءات وإن ترجمت في شكل قواعد تستحق الاحتكام إليها إلا أنها في نفس الوقت مجموعة من المراحل التي تقتضي الضبط منهجيا.

ونظرا لأن المشرع الجزائري لم يوردها تحت عناوين واضحة الدلالة فإننا سنحاول اختزالها حسب حلقات تنظيمها مرحليا بدءا بالمرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، وانتقالا إلى مرحلة الإعلان والانتقاء الأولي للمترشحين (المطلب الثاني)، وانتهاء بمرحلة دعوة المترشحين المقبولين إلى سحب دفتر الشروط وإتمام إجراءات الإبرام (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المراحل التمهيدية لإبرام عقد تفويض المرفق العام

باعتبار أن عقود تفويضات المرفق العام على غرار معظم العقود الإدارية تمرّ بمراحل عدة في تكوينها تبدأ بالإجراءات السابقة لإبرام العقد الإداري أو في المرحلة التحضيرية باتخاذ قرار اعتماد تقنية التفويض (الفرع الأول)، ثم تليها مرحلة إعداد دفاتر الشروط قبل نشر الإعلان والدعوى للمنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مرحلة اتخاذ قرار اعتماد تقنية تفويض المرفق العام

ويمكن ذلك بأن تبادر الإدارة برغبتها في الكيفية التي تعتمد عليها في تسيير المرفق العام إما بالطرق المباشرة لتسيير وإدارة المرفق أو الطرق غير المباشرة، حيث يتغيّر هذا الإجراء بأنه منح

جزء من المسؤولية لأحد الأشخاص، وبالتالي اللجوء إلى عملية التفويض من طرف الجهة المؤهلة لاتخاذ قرار اللجوء إلى تقنية التفويض.

يعد اختيار الإدارة لأسلوب التفويض أول إجراء لإبرام عقد التفويض، حيث تقوم السلطة المختصة بوضع تقرير تبين فيه رغبتها في تفويض المرفق العام والتعريف به وتقديم معلومات عنه، وعلى ذلك يتعين على السلطة المفوضة أن تحدّد الطريقة المناسبة لتفويض المرفق العام في ضوء دراسة مجموعة من الاعتبارات تتمثل في¹:

أولاً: إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام

قد تتضمن مهمة المفوض إليه إقامة المنشآت والأبنية اللازمة للمرفق، وفي هذه الحالة فإن الشخص العام يلجأ إلى اختيار أسلوب الامتياز، أمّا إذا كان تحقيق المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت فإن السلطة المفوضة يمكنها أن تختار طريقة الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير².

ثانياً: تغطية تكاليف الاستغلال

إذا كان المرفق يحقق إيرادات كافية لتغطية تكاليف الاستغلال، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار طريق الامتياز، أمّا إذا كانت إيرادات استغلال المرفق غير كافية لتغطية التكاليف، فيختار الشخص العام مانح التفويض طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير، إذ يحصل المفوض إليه مقابل تشغيله للمرفق على أجر مقطوع يغطي نفقات تشغيل المرفق ويحقق له الأرباح، فضلاً على علاوات تعطى له ترتبط بنتائج الاستغلال كمحفز له لتحسين جودة الخدمة. أمّا إذا كانت إيرادات المرفق العام ضخمة تكفي لتغطية تكاليف التشغيل وتزيد عليها، فإن الشخص العام مانح التفويض

¹ أبو بكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 130.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 255.

يختار في العادة طريقة الإيجار، إذ يلتزم المفوض إليه بدفع بدلات إيجار لمانح التفويض مقابل استغلاله للمرفق¹.

ثالثا: نطاق رقابة الشخص العام

إذا كان الشخص العام مانح التفويض يرغب في ممارسة رقابة أكثر شمولية وشدة فيختار طريقة امتياز المرفق العام بينما على العكس من ذلك إذا كان يهدف إلى بسط رقابة نسبية أو محدودة فما عليه إلا ان يسلك مسلك طريقة مشاطرة الاستغلال (الوكالة المحفزة) أو التسيير²، حيث تختلف الرقابة باختلاف نوع عقد التفويض.

رابعا: نطاق مسؤولية الشخص المفوض إليه وتحمله المخاطر

في الحالات التي يرغب مانح التفويض بتحميل المفوض إليه القسم الأعظم من مسؤولية المرفق والمخاطر التي تترتب على إدارته، فإنه سيختار طريقة الامتياز أو أسلوب ايجار المرفق العام، أما إذا كان هدفه من إبرام عقد التفويض تقاسم مسؤولية المرفق ومخاطره مع المفوض إليه، أمكنه اللجوء إلى أسلوب مشاطرة الاستغلال أو التسيير³.

خامسا: العنصر المالي

معنى ذلك إذا كان المرفق العام محلّ التفويض يحقّ إيرادات كافية تستطيع من خلالها الإرادة مانحة التفويض تغطية تكاليف الاستغلال فإن الشخص العام مانح التفويض يختار طريق الامتياز، أما إذا كانت الإيرادات لا تلبّي تكاليف الاستغلال فإنه على المفوض أن يتبع طرق التفويض الأخرى

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 482.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 255.

³ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 482.

ممثلة في مشاطرة الاستغلال أو عقود الإدارة و بخلاف ذلك فإنه عندما تتجاوز تكاليف الاستغلال الحدّ الكافي والمعقول ماليا واقتصاديا فلا مجال للهيئة المفوضة سوى اللجوء إلى أسلوب الإيجار على اعتبار ان المفوض إليه يدفع بدل ايجار لمانح التفويض بالقدر المعلوم والمتفق عليه قانونا¹.

بعد انتهاء الإدارة المانحة التفويض من التأكد من توافر كل هذه العناصر بما فيها تحقق القدرات المالية والتقنية والمهنية للمفوض إليه وأهليته لتحمل مسؤوليات تشغيل المرفق العام المفوض تصدر قرارها القاضي باعتماد اتفاق التفويض، وبالتالي اختيار الصورة التي تتلاءم مع حاجياتها وأهدافها التي تريد تحقيقها من خلال إسناد ذلك المرفق لشخص المفوض إليه.

ذلك أن اتخاذ قرار تفويض المرفق العام وتقدير الحاجة إليه يعدّ من بين القرارات الحاسمة التي تتخذ كمرحلة سابقة لإنهاء إجراءات إبرام العقد النهائي من قبل الإدارة المفوضة.

الفرع الثاني: الإعداد المسبق لدفتر الشروط

إذا نظرنا لعقد تفويض المرفق العام فهو عقد شكلي يعتمد على مجموعة من الإجراءات، وهذه الإجراءات دقيقة ومضبوطة تضبط الإدارة عند قيامها بالإعلان عن إجراء الطلب على المنافسة، فهي ملزمة بمراعاة الشروط المتصلة بالعقد والمواصفات المراد التعاقد من أجلها، على أن تكون هذه الشروط عامة ومحددة للجميع، فتضع الإدارة دفتر الشروط الذي يعتبر المرآة العاكسة لموضوع العقد، باعتباره الإطار الذي يحدّد ضوابط العلاقة التعاقدية التي ستجمع بين الإدارة مانحة التفويض والمفوض إليه².

¹ J. F Auby, OP. cite, P145.

² سمية سلامي، النظام القانوني لعقود التفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه طور ثالث (ل.م.د) في الحقوق، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، السنة 2021، ص172.

أولاً: تعريف دفتر الشروط

بالرغم من افتقار الكثير من الأنظمة التشريعية المقارنة لتعريف مصطلح دفتر الشروط إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور بعض المحاولات التي أراد من خلالها أصحابها تقديم تعريف له يمكن من خلاله تكوين فكرة أو تصوّر حول هذا المدلول الذي يغلب عليه الطابع التقني.

ولعلّ من أهم التعريفات في الفقه والقانونيين الجزائريين التعريف الذي جاء به الأستاذ "عمار عوابدي" حيث اعتبره: "وثيقة أساسية في تشكيل وإبرام العقود الإدارية تتضمن بنوداً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"¹.

كما عرّفه الأستاذ **عمار بوضياف** على أنه: "عبارة عن وثيقة رسمية تضعها الجهة الإدارية المعنية بالمشروع بإرادتها المنفردة كما تحدّد بموجبها كل الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكذلك طرق اختيار المتعاقد معها..."².

إن دفتر الشروط الخاص هو صكّ تعده السلطة المانحة للتفويض يتضمّن دقائق الأشغال والشروط التقنية والمالية والإدارية اللازمة لتحقيق المشروع، كما يحدّد واجبات أطراف العلاقة التعاقدية³.

يُعتبر دفتر الشروط على هذا النحو الشكل أو المظهر الإداري الذي تظهر به السلطة الإدارية المعاصرة والتي تمتلك من وسائل وأدوات الجبر ما يؤهلها لأن تضع شروطاً لا تقبل الجدل ولا النقاش بشأنها ما دامت تستهدف المصلحة العامة.

¹ عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني - النشاط الإداري)، د. م. ج، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2008، ص 53.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم 247/15، جسور للنشر والتوزيع، د.س.ن، ص 278.

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق ص 156.

و في مجال التفويض المرفقي العام فإن هذه الوثيقة تعتبر “ أداة الإفصاح “ الذي لا يجوز للمفوض إليهم التفاوض بشأنها أو المطالبة بتعديلها إلا ضمن الحدود التي يتحقق بها تكييف العقد مع المتغيرات على أن لا يتجاوز موضوع التفويض، و هو ما نصت عليه المادة 40 من المرسوم التنفيذي 199/18 بنصها: “ تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، لا سيما على ما يأتي :

-التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض إليه للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض إليه حسب شكل التفويض.

يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط.

ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات، في أي من الأحوال، إلى موضوع التفويض¹.

تعتبر دفاتر الشروط حجر الأساس في إبرام العقود الإداري، سواء كانت صفقات عمومية أو عقود تفويض مرفق عام، إذ تعتبر بمثابة المرجع الذي يستند عليه في كل مرة²، وذلك لما تحتويه دفاتر الشروط من الجوانب الخاصة بكل عقد لا سيما الجانبين التقني والقانوني، وبعد أن تقوم السلطة المفوضة بتحضير مشروع دفتر الشروط تقوم بعرضه أمام لجنة تفويضات المرفق العام المختصة للموافقة عليه³.

¹ راجع المادة 40 من المرسوم 199/18، مشار إليها سابقا.

² خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر 2017، ص30.

إن الملاحظ على هذا المبدأ أنه و إن كان يحمل في طياته تحديدا لمختلف العناصر والشروط التي يتضمّنّها دفتر الشروط، من موضوع تفويض والإطار العام للاتفاقية والنص على المبادئ التي تحكم سير المرفق المفوّض، بالإضافة إلى العناصر المالية و البشرية والرقابة الإدارية والجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزام التعاقدية و انتهاء بالامتلاكات ومصير المنشآت في نهاية العقد إلا أنه لم يتعرض المرسوم التنفيذي إلى عناصر أخرى تبدو مهمة في الغاية على غرار الأجل الذي يجب أن يتم فيه دراسة مشروع دفتر الشروط من قبل لجنة تفويضات المرفق العام، عكس ما كان معمولاً به في المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 178 و الذي حدّدتها في غضون 20 يوماً، ويحسب هذا الأجل من تاريخ إيداع ملف مشروع دفتر الشروط كاملاً أمام لجنة الصفقات العمومية أو 40 يوماً أمام اللجنة القطاعية للصفقات وفقاً لنص المادة 189.

كما أنه لم يحدّد تشكيلة هذه اللجان وطبيعة عملها ونشاطها، هل تخضع لمعيار إداري جغرافي أو الكثافة السكانية أم طبيعة الأنشطة المراد تنفيذها وكيفية صياغة هذه القواعد بخلاف المشرّع الفرنسي الذي أسند هذه المهام لهيئات إدارية تابعة للبلديات أو المقاطعات حسب الأحوال مع الأخذ بعين الاعتبار معيار الكثافة السكانية والمشاريع المراد إنجازها.¹

ثانياً: عناصر ومضمون دفتر الشروط

يحتوي دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام على البنود التنظيمية والبنود التعاقدية الواجبة اتباعها في كيفية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها، وهذا ما أكدّه المشرّع الجزائري.

على أن يشمل دفتر الشروط على جزئين هامين:²

¹ سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 180

² المادة 13 من المرسوم التنفيذي 199/18.

الجزء الأول وعنوانه "دفتر ملف الترشيح"، يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كفاءات تقديمها. ويحدد هذا الجزء معايير اختيار وانتقاء المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يأتي:

أ - القدرات المهنية:

وهي مجموعة الشهادات والوثائق والبراءات التي يحوز عليها المفوض إليه والتي تؤهله ليكون قادراً على تسيير المرفق محلّ التفويض، فإما أن يتساوى فيها مع غيره من أهل الاختصاص أو يتجاوز بها غيره كما هو الحال لمن يتمتع بوضع احتكاري نتيجة حيازته أو تملكه لتقنية معينة تجعله يستأثر من خلالها بحق حصري في استغلال المرفق المفوض دون أن ينازعه أو يجاربه فيه أحد من المنافسين أو العارضين.

ب- القدرات التقنية:

ويقصد بها الوسائل البشرية وما تتضمنه من قائمة العمّال بالعدد الكافي، وكذلك أصحاب الاختصاص وذوي الشهادات الذين استفادوا من تكوين له علاقة بموضوع العمل المراد تنفيذه، كالمهندسين في مجال صيانة المرفق العام والبياطرة في المذابح.

أمّا فيما يخص الوسائل المادية، فيقصد بها تقديم قائمة المعدّات والأدوات والآلات المطلوبة والكافية لتغطية حجم العمل المراد تنفيذه، عادة ما يتم تثبيتها في محاضر معاينة معدة من طرف محضرين قضائيين عندما يصعب تبرير وجودها، وكذلك المراجع المهنية.

ج - القدرات المالية:

وهي مجموعة الأصول والأموال والممتلكات، الثابتة والمتحركة، المنقولة والعقارية، الموجودة على صيغتها أو القابلة للتقييم بكل وسيلة ممكنة على غرار تلك التي تدخل في تكوين رأسمال الشركة أو المؤسسة المفوض إليها المشروع بما فيها الأموال المرهونة أو المودعة في البنوك

والمؤسسات المصرفية، بحيث تخضع من حيث ضبطها والرقابة عليها للقواعد المحاسبية والجبائية أيضا وغيره من الضوابط الاجرائية المعدة في هذا السياق.

الجزء الثاني وعنوانه "دفتر العروض" وهو بنفسه يتضمن عنصرين:

أ - البنود الإدارية والتقنية:

وهي مجموعة البيانات والمعلومات المحددة لكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض إليه، والبنود المتعلقة بالشق التقني المطبق على تفويض المرفق العام المعني، والمتضمن كذلك جميع البيانات اللازمة الخاصة بتسيير المرفق العام محلّ التفويض.

ب - البنود المالية:

يتم وضعها مسبقا وتحدّد فيها الجوانب المالية الخاصة بالمقابل المالي لفائدة المفوض إليه أو لفائدة السلطة المفوضة، وفق الشكل الذي تختاره السلطة المفوضة، الذي يكون غالبا إما منحة بنسبة مئوية أو إتاوات من مستعملي المرفق العام. الذي يعتبر المقابل المالي الذي يدفعه المرتفقون للمفوض إليه نظير الخدمة المقدّمة لهم.

للإشارة، يجب أن تحدّد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض إليه وكذلك كيفيات حسابه.

كما أن الإعداد المسبق لدفتر الشروط يقيد الإدارة، من خلال تبيان شروط المشاركة والانتقاء مما لا يسمح بالتلاعب والتحايل من قبل المصلحة المتعاقدة، كما يمكن المفوض إليه من الاطلاع مسبقا على الشروط والبنود التي بمقتضاها سيبرم العقد مع السلطة المفوضة¹.

¹ خالد خليفة، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية، د. ت. ن، ص 15.

وحسب المادة 24 من المرسوم التنفيذي 199/18، يمكن أن يكون هناك دفاتر شروط نموذجية لبعض المرافق العمومية، ويكون ذلك بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية¹.

وحددت المادة 09 من المرسوم التنفيذي 199/98، الطريقة التي يتم بها إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام في دفتر الشروط الذي تم إعداده من قبل الإدارة المفوضة، وهذا وفق تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض إليه، وكذلك اختيار شكل من أشكال التفويض.

عندها يتم تحويل مشروع دفتر الشروط مباشرة إلى لجنة تفويضات المرفق العام (حسب الاختصاص سواء كانت بعنوان الولاية أو البلدية)، وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 81 من المرسوم التنفيذي 199/18، وهو الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام، وبها يتم البدء في إجراءات الإبرام وفق الصيغتين الواردتين في نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18.

المطلب الثاني: نشر وإعلان الانتقاء الأولي للمرشحين

تقليدياً لم تكن الإدارة مقيدة بإجراءات معينة أو بمقتضيات المنافسة والشفافية، لكن التطور الحاصل أثر على الاختيار وأصبحت النصوص شيئاً فشيئاً تقيد حرية الإدارة في الاختيار². حيث يعدّ الإشهار والنشر من بين الضمانات الأساسية للشفافية والمساواة بين المرشحين يلزم السلطة

¹ أصدرت وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية دفتر شروط نموذجي يتعلق بمرفق المكتبة البلدية، بموجب التعليم رقم: 306 المؤرخة في 09 جانفي 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي 199/18، المتعلق بتفويض المرفق.

² نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، مرجع سابق، ص 251.

المفوضة احترامها، وهذا ما تضمنه المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 05 منه والمرسوم التنفيذي 199/18.

ونظرا لأهمية هذه المرحلة في إبرام عقود تفويضات المرفق العام فإنها تبدأ بنشر إعلان الطلب على المنافسة في (الفرع الأول) لتليها مرحلة التحضير وإيداع العروض (الفرع الثاني) وتنتهي بدعوة المترشحين المقبولين (الفرع الثالث)

الفرع الأول: نشر إعلان الطلب على المنافسة

إن الهدف من نشر إعلان الطلب على المنافسة هو تحقيق الوصول إلى أكبر عدد من المتنافسين قصد الحصول على مشاركة أكبر ووسع من أجل منافسة شفافة ومتساوية بين المتعاملين الاقتصاديين الأمر الذي سيمكّن الإدارة من مقارنة العروض الملائمة للمشروع المفوض واختيار أفضلها.

فالإعلان يضع إذن المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي، كونه يؤدي إلى استثارة المتنافسين سواء الذين سبق لهم الحصول على فرصة تسيير مرفق عام بأحد أساليب التفويض أو الذين يرغبون في خوض تجربة تعاقدية لأول مرة، ومن ثم معاملتهم على قدم المساواة وبشكل محايد تراعى فيه القدرات المهنية والتقنية والمالية لكل منهم.

إن الإشهار أو الإعلان المسبق يضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي لأنه هو الذي يؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، فدون إعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع السلطة المفوضة¹.

ونظرا لكون العلانية هي المؤشر الموضوعي لمبدأ المنافسة فقد أقرها المشرع الفرنسي في الكثير من النصوص القانونية لا سيما المادة 38 من القانون رقم 122/39 سالف الذكر، وكذا المادتين L1411-1 و R1411-1 من القانون العام للجماعات الإقليمية، حيث كرّست الضوابط التي تشكّل الإطار العام لعمليات الحصول على العروض في عقود التفويض سواء كانت وطنية أو محلية².

أولاً: إلزامية الإعلان

حرص المشرع الجزائري على إجراء الإعلان من أجل إضفاء الشفافية والمساواة وبذلك يعدّ هذا الإجراء جوهرى وجب التقيد به، يؤدي عدم مراعاته والإخلال به إلى بطلان الإجراءات الخاصة بالعقد.

يؤدي الإعلان المسبق إلى السماح بتقديم عدة طلبات ترشيح، ومن شأن ذلك أن يخلق مناخا تنافسيا ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعلية بين العروض³.

¹ أحمد عميري - دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم 247/15، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة ابن خلدون تيارت، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 18، جوان 2017 ص 227.

² بوعنق سمير - تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيل 2022/2021 ص 184.

³ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 120.

وهذا بهدف تكريس مبدأ الشفافية ولضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة بصفة مسبقة.

حيث كرّس مبدأ العلنية إلى وصول الإعلان إلى أكبر عدد ممكن من المتعاملين وبالتالي ضمان مشاركة عدد كبير من المتنافسين.

ثانيا: كيفية الإعلان ومضمونه

ألزم المشرّع السلطة المفوّضة بإشهار الطلب على المنافسة بشكل واسع عبر الوسائل المناسبة لذلك حيث يجب نشره على الأقل في جرائد يومية أو متخصصة حسب طبيعة كل نظام سائد في الدولة، فقد يقرّر المشرّع ضرورة أن يتم النشر في جريدتين وطنيتين ناطقتين بنفس اللغة كما قد يلزم الإدارة بالنشر في جريدتين إحداهما ناطقة بلغة لسان البلد وأخرى باللغة الأجنبية الأكثر تداولاً، كما قد يشترط أن تكون بلغتين مختلفتين من اللغات المستعملة بشكل متاح ومفهوم لدى العامّة وفي جرائد إمّا يومية أو تعنى بالشأن الاقتصادي.

وأوجب المشرّع الجزائري على ضرورة نشر الاعلان في جريدتين يوميتين احدهما ناطقة باللغة الوطنية والأخرى باللغة الأجنبية¹، وذلك ضمانا لأن يكون النشر على أوسع نطاق ممكن، وهي الشروط التي حددها المادة 25 السالفة الذكر.

وفي هذا السياق فإن وسائل النشر في فرنسا تختلف حسب نوعية الإجراءات، حيث حدّدت الفقرة الأولى من المادة 15 من المرسوم 2016/86 المتعلق بتطبيق عقود الامتياز الوارد أعلاه، وسائل النشر التي تقوم بها السلطة المفوّضة عند نشر الإعلان المتعلق بالإجراءات العادية والتي يفوق مبلغ عقدها 5225000 أورو وذلك في ثلاث وسائل رسمية للإعلان وهي: الجريدة الرسمية

¹ المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18.

للاتحاد الأوروبي لإعلانات الصفقات العمومية أو جريدة الإعلانات القانونية أو مطبوعة متخصصة في القطاع الاقتصادي المعني.¹

وكاستثناء على القاعدة العامة لإجبارية النشر في نص المادة 26 من نفس المرسوم على إعفاء بعض المرافق العامة من إجبارية الإشهار في الجرائد، نظرا لحجمها ونطاق نشاطاتها، بشرط ضمان الإشهار بكل وسيلة أخرى.

ولضمان وصول الإشهار إلى أوسع نطاق ممكن، كان بإمكان المشرع الجزائري اعتماد النشر الإلكتروني، تطبيقاً لأحكام المادة 204 من المرسوم الرئاسي 15-247، أو من خلال إنشاء بوابة إلكترونية متخصصة تتيح الولوج إليها لجميع المهتمين بالمنافسة.

مضمون الإعلان

بالإضافة للإجراءات الجوهرية المقنعة في نشر الطلب على المنافسة من طرف السلطة المفوضة، إلا أن المشرع زاد من الإجراءات الشكلية الواجبة إفراغها في محتوى الإعلان بصيغة بيانات تعدّ كذلك جوهرية لا يمكن إغفالها جاءت بها المادة 27 من المرسوم التنفيذي 18/199 والتي تنص على أنه:

البيانات التي يجب أن يتضمنها إعلان الطلب على المنافسة وتتمثل في:

1 تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي إن وجد.

2 صيغة الطلب على المنافسة.

3 موضوع وشكل تفويض المرفق العام.

4 المدة القصوى للتفويض.

¹ بوغلق سمير — تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق ص188.

- 5 شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
 - 6 قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح.
 - 7 آخر أجل لتقديم ملف الترشيح.
 - 8 مكان إيداع ملف الترشيح.
 - 9 مكان سحب دفتر الشروط.
 - 10 دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة.
 - 11 كيفية تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكت عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض).
- كما يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة، ويترتب على عدم احترام السلطة المفوضة للأشكال الجوهرية المتعلقة بالإعلان المنصوص عليها في المادة 27 البطلان.
- وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، فقضت المادة 14 من المرسوم 2016/86 المتعلق بتطبيق عقود الامتياز على أن الإعلان عن الامتياز يجب أن يكون وفقاً للنموذج الذي حدّته اللائحة التنفيذية المؤرخة في 11 نوفمبر 2015 المتعلقة بإنشاء النماذج القياسية لنشر الإعلانات في إطار الصفقات العمومية، كما يتضمّن هذا الإعلان المعلومات أو البيانات المحدّدة في المواد 04 إلى 06 من هذا المرسوم¹

¹ Article 14 du décret n° 86 du 01 février 2016, voir aussi les articles 04,05 et 06 du même décret.

هذه أهمّ البيانات التي تسمح بتقديم عرض من طرف المتنافسين، وهذا الإعلان يكون مرفقا بدفتر الشروط الذي سيحسبه المتنافسون الذين يودون تقديم عروض، لهذا وجب أن يكون دفتر الشروط في أيدي كل من يرغب بتقديم عرض تنافسي¹.

من خلال ما سبق، نلاحظ أن المشرّع فرض في المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18، نشر الإعلان في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، دون تحديد أي لغة أجنبية، ونفس الشيء بالنسبة للغة الوطنية، فهل اللغة العربية أو اللغة الأمازيغية؟ علما أن كلتا اللغتين تعتبران وطنيتين ورسميين، ذلك بموجب ما نصّ عليه المؤسس الجزائري في المادتين 03 و04 من المرسوم الرئاسي 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري²، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، فتتص المادة 03 منه على أن: "اللغة العربية هي اللغة الوطنية الرسمية. تظل العربية اللغة العربية الرسمية للدولة"، وكذا المادة 04 منه تنص على أن: "تمازيغت هي كذلك لغة وطنية رسمية."، لذا لا بد من توضيح المصطلحات والابتعاد عن كل مصطلح يشوبه الغموض واللبس، مما يؤدي إلى التأويل والتحايل³.

أما في فرنسا فقد حدّد فيها المشرّع القواعد الخاصة بالعلانية السابقة في مرسوم 1993/2/29، وفرض على الإدارة لزومية النشر في جريدتين احدهما متخصصة في مجال النشر القانوني والأخرى في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقود التفويض، مع اعفاء الإدارة المفوضة من النشر في الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية لعدم وجود نص يقر ذلك في القانون الأوروبي⁴.

¹ نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة (عقود الامتياز)، مرجع سابق، ص258.

² مرسوم رئاسي 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج، ر ع82 الصادرة في 03 ديسمبر 2020.

³ دستور 2020، مرجع سابق.

⁴ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص120 .

الفرع الثاني: إيداع وتقييم العروض

تلي مرحلة نشر الإعلان بعد أن يتحصل الراغبون في المنافسة على سحب دفتر الشروط مرحلة تقديم المعنيين لملف ترشحهم وتقديم العروض للإدارة المفوضة.

أولاً: إيداع العروض

بالرجوع إلى نص المادة 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 نجد أن المشرع لم يحدد آجال لإيداع العروض، بل تضمنت الفقرة الأخيرة من المادة أن الطلب على المنافسة يجب أن يشير إلى آخر يوم وساعة لإيداع الملفات، بمعنى أنه ترك السلطة التقديرية للسلطة المفوضة.

بينما ذهب المشرع الفرنسي لخلاف ذلك، حيث حدّد المدّة الزمنية وفق المادة 18 من المرسوم 2016/86 وميّز في ذلك بين المدة حسب الإجراء المتّبع وما إذا كان الإجراء المتّبع مبسّطاً، فإذا كان الإجراء عادي أو تم تسليم الملف عن طريق البريد الإلكتروني أو كان الإجراء عادي فإن تسليم الطلبات يتم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشر إعلان الامتياز، ويمكن تقليصها إلى خمسة أيام إذا كان الطلب مسلّم عن طريق البريد الإلكتروني، أما بالنسبة للإجراء المبسّط، فإن المشرع اكتفى بالإشارة إلى التزام السلطة المفوضة بإتاحة مدة معقولة¹

كما تضمنت المادة 25 من المرسوم 199/18 على وجوب أن يُعتدّ بتاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض، وأعطى المشرع للسلطة المفوضة السلطة التقديرية في آجال تحضير العروض والمعمول به في إيداع العروض بخصوص تمديد الآجال، فإذا صادف تاريخ الإيداع يوم عطلة أو يوم راحة رسمية يمدد الأجل إلى اليوم الموالي للعمل، على أن يتم تمديد المدة المحدد لإيداع العروض مرة واحدة، سواء كان ذلك بناء على مبادرة من السلطة المفوضة أو على

¹ بوغلق سمير، مرجع سابق ص 191.

طلب معمل من أحد المترشحين، وفي حالة التمديد فإن تاريخ إيداع العروض يخضع إلى قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 المشار إليها، ويدخل ذلك في أيام الأعياد الدينية التي تستمر أحيانا ثلاثة أيام.

حيث هذا التمديد لا يمكن أن ينص عليه في بنود دفتر الشروط وإنما يتم بصفة آلية.

ثانيا: مكونات ملف العروض

بالرجوع لنص المادة 30 من المرسوم التنفيذي 199/18، على أن ملف الترشح يحتوي على

الوثائق الآتية:

- تصريح بالنزاهة.
- القانون الأساسي للشركة.
- مستخرج السجل التجاري.
- رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري أو المترشحين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر.
- كل وثيقة تسمح بتقديم القدرات المذكورة في دفتر الشروط

لأجل حماية المنافسة بين المتعهدين، أوجب المشرع أن يكون الإيداع في مكان واحد تكريسا للشفافية والمساواة، ويجب أن يقدم الملف في ظرف مغلق ومبهم تكتب عليه عبارة: "لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار واتقاء العروض".

وتطبيقا لمبدأ الشفافية والمساواة، يتم إيداع العروض وجوبا في مكان واحد تعينه السلطة المفوضة في ظرف مغلق يُكتب عليه عبارة "لا يُفتح" ويتم تسجيل المتنافسين الذين أودعوا عروضهم في سجل على مستوى السلطة المفوضة يتضمّن تاريخ الإيداع ولا يُقبل أي ملف خارج الآجال.

ثالثا: فتح الأظرفة وإعداد قائمة للمترشحين المقبولين

بعد انتهاء آجال الإيداع المُشار إليها سابقا من اليوم والساعة، تتولى لجنة اختيار وانتقاء العروض المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم التنفيذي 199/18 في جلسة علنية وفي مرحلة أولى بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين. ويحضر هذه الجلسة أصحاب العروض وذلك تكريسا لمبدأ الشفافية.

تليها المرحلة الثانية وفي جلسة مغلقة من طرف نفس اللجنة تقوم بدراسة ملفات الترشح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة.

تقوم اللجنة المختصة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل طبقا لدفتر الشروط من جميع القدرات المطلوبة والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة (الإعلان)، لتتولى ترتيب الملفات ترتيبا تفضيليا طبقا لنص المادة 31 من المرسوم 199/18، وبهذا نجد أن المشرع الجزائري أخذ نفس التوجه الذي اعتمده المشرع الفرنسي حيث تتولى القيام بإجراءات إختيار صاحب التفويض هيئة خاصة كانت تسمى "لجنة تفويض المرفق العام"، المسماة حاليا "لجنة الامتياز"، وتقوم باستلام الطلبات الخاصة بالمترشحين يتم بعدها عملية الفتح ثم الدراسة تخلص إلى إعداد قائمة المترشحين المقبولين للمشاركة في إيداع العروض¹.

ويتم ذلك بالاعتماد على التأكد من تقديم الضمانات المهنية والمالية، وكذا قدرتهم على تأمين استمرارية تشغيل المرفق العام وتحقيق المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العمومي²

¹ L'article 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 aux l'outrâtes de concession op-cit.

² Les articles 19,20,21 et 23 du decret n° 2016-86 du 01 fevrier 2016. Op-cit

يقصى مؤقتاً أو نهائياً من المشاركة في إجراء تفويض المرفق العام، المتعامل الذي ارتكب فعلاً أو عملاً محلّ إجراء ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

تُعدّ قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل طبقاً للجزء الأول من دفتر الشروط، مرتبة ترتيباً حسب النقاط المتحصل عليها، وذلك بعد دراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين وتقييم الضمانات المالية والمهنية والتقنية، وكذا كفاءتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق حسب سلم التنقيط المحدد مسبقاً في دفتر الشروط، دون تمييز أو انحياز، حسب المادة 31 من المرسوم التنفيذي 199/18.

وفي حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة¹، في المرحلة الأولى وذلك بعدم استلام أي عرض، أو استلام عرض واحد، أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، يعاد إجراء الطلب على المنافسة للمرة الثانية. وإذا تبين للمرة الثانية عدم استلام أي عرض، أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، فإن السلطة المفوضة ملزمة بإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة، أمّا في حالة استلام عرض واحد فقط، وتبين أن العرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات.

غير أن المشرع لم يتطرق للإجراء المتبّع بعد عدم الجدوى للمرة الثانية، ويتم إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، التي تقوم بإعداد محضر عدم جدوى الطلب على المنافسة يوقعه كل الأعضاء الحاضرين².

¹ المادة 15 من المرسوم التنفيذي 199/18.

² المادة 77 من المرسوم التنفيذي 199/18.

الفرع الثالث: مرحلة دعوة المترشحين المقبولين لإتمام الإجراءات

تتميّز هذه المرحلة بأنها تتويج للمراحل السابقة من الإجراءات التي أسفرت على إعداد قائمة المترشحين المقبولين وذلك للقيام بالإجراءات اللازمة لاختيار المفوض إليه التي تكمن في إجراءات تنافسية مع المفاوضات.

أولاً: نشر قائمة المقبولين

حرص المشرع الفرنسي على أن إعداد قائمة المترشحين المقبولين من طرف لجنة الامتياز وارسالها إلى السلطة المفوضة، تقوم هذه الأخيرة بإعلام المترشحين المقبولين وتمكينهم من المعلومات اللازمة لإعداد عروضهم والمحددة بالمادة 4 من المرسوم 2016/86 على النحو التالي:

-موضوع وهدف إبرام العقد.

-المواصفات التقنية والمالية.

-شروط إبرام العقد.

-مدة إيداع المترشحين لعروضهم.

-تحديد تسعيرة الخدمة التي يدفعها المستفيدين.

هذه المعطيات متضمنة في الإعلان عن الامتياز في الوثائق التالية -دفتر الشروط- الدعوى

إلى تقديم العروض¹.

¹ بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر رسالة دكتوراه ل.م.د في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم

السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018-2019 ص 190.

على أن يتمّ تقديم العروض وتبادل الوثائق حسب المشرّع الفرنسي إلكترونيا بين السلطة المفوّضة والمترشح المقبول حيث يكون مجاني ويشمل جميع الوثائق اللازمة والضرورية¹.

وقد أقرّ المشرّع الجزائري نفس الإجراء وهو دعوة المترشحين المقبولين لسحب دفتر الشروط المُعدّ من طرف السلطة المفوّضة وكذا تقديم العروض كمرحلة ثانية، وتكون الدعوة لذلك بكل وسيلة ملائمة، إلا أن السلطة المفوّضة ليست مقيّدة بآجال وإنما منحها المشرّع السلطة التقديرية في تحديد آجال دفع العروض مراعيًا في ذلك حجم ونشاط المرفق².

وهذا ما ذهب إليه المشرّع الفرنسي في تحديد الآجال، حيث تحدّد مدة إيداع العروض بمقتضى المادة 18 من المرسوم 2016/86، فأخر موعد لاستلام العروض حدّد بـ (22) اثنان وعشرون يوما من تاريخ إرسال الدعوة لتقييم العروض، مع إمكانية تخفيض هذه المدة إلى (17) سبعة عشر يوما عندما يكون الإيداع إلكترونيا بالنسبة للإجراءات العادية³.

ومقارنة بين التشريعين نجد أن المشرّع الجزائري لم يُلزم السلطة المفوّضة بالآجال عكس المشرّع الفرنسي الذي فرض آجال محدّدة في الإجراءات العادية، في حين مكّن المشرّع الجزائري السلطة المفوّضة السلطة التقديرية لوضع آجال إيداع العروض، الأمر الذي أقرّه المشرّع الفرنسي في الإجراءات واكتفى بالآجال المعقولة فقط.

غير أنه يتمّ تحديد الآجال حسب المادة 36 الفقرة 8 من المرسوم 199/18 في الشق الخاص بإتمام الملف بطلب من السلطة المفوّضة للمترشح تقديم وثائق تكميلية لتدعيم العروض ويكون ذلك في أجل محدّد.

¹ Art. 05 du décret n° 2016-86

² المواد 32-34 من المرسوم 199/18، مرجع سابق.

³ بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، مرجع سابق، ص191

وتمر هذه المرحلة بالخطوات الآتية:

ثانياً: دعوة المقبولين لسحب دفتر الشروط وتقديم العروض

يعتبر دفتر الشروط أساس التعاقد، وهو جزء لا يتجزأ من العقد، فكما يقول الأستاذ de Laubadère أن دفتر الشروط هو دعوة للتعاقد ليس إيجاباً، فالإيجاب هنا يتقدم به العارض، وإن كانت معالم الإيجاب وشروطه تتحدد بناء على الشروط التي قررتها الإدارة في دفتر الشروط¹. والسلطة المفوضة ملزمة بذكر كل المعايير التي اعتمدت عليها من أجل اختيار المفوض إليه في دفتر الشروط، ومن بين هذه المعايير: الضمانات المالية والتقنية، السعر والنوعية ومدة التنفيذ، شروط التمويل، وكل العوامل الأخرى اللازمة.

في حالة التراضي بعد الاستشارة، تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة ثلاث (03) مترشحين مؤهلين على الأقل، يتم اختيار المفوض إليه من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة، بعد الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية²، من أجل تقديم عروضهم وفقاً لدفتر الشروط. وقد ألزم المشرع في المادة 38 من المرسوم التنفيذي 199/18 السلطة المفوضة باعتماد نفس دفتر الشروط الذي اعتمده في الطلب على المنافسة للمرة الثانية، والذي كان نتيجته عدم الجدوى للمرة الثانية³. وهذا ما يجب على المشرع تداركه بإعطاء إمكانية تعديل بعض الشروط المرهقة للأطراف المترشحة وذلك لضمان استمرارية سير المرفق العام.

¹ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، مرجع سابق، ص 189-190.

² المادة 22 - ف 2 من المرسوم 199/18، مرجع سابق.

³ أنظر المواد 17، 19، 37، 38 من المرسوم التنفيذي 199/18.

ثالثا: فتح العروض ودراستها

بعد انتهاء آجال إيداع العروض، تأتي مرحلة فتح العروض والتقييم.

ففي فرنسا تُشرف لجنة الامتياز على عملية فتح العروض دون التطرق للفتح إن كان في اجتماع دراسة العروض أو منفصل عنه، الأمر الذي يجعل اللجنة إما أن تجتمع لفتح العروض أو تقوم بدراستها في نفس الاجتماع وذلك إذا كانت لا تتوي توفير فرصة لتعديل العروض المقدمة أما إذا كان التعديل ممكن فيصبح من الضروري عقد اجتماع آخر للجنة من أجل دراسة العروض¹ كما نظم المشرع الجزائري على أن يتم دراسة العروض بعد انتهاء الآجال المحددة من طرف السلطة المفوضة من أجل اختيار أحسن عرض وهذا بعد فتح العروض.

رابعا: مرحلة التفاوض ومنح التفويض

بعد إتمام مرحلة إيداع العروض وتقييمها، يمكن للسلطة المفوضة عن طريق لجنة اختيار وانتقاء العروض القيام بمفاوضات مع العارض أو المعارضين الذين قدموا أحسن العروض.

تشكل مرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام أهمية كبيرة، وذلك أن تبني مبدأ المنافسة في اختيار المفوض إليه لا يعني القضاء على مبدأ الاعتبار الشخصي وإنما يبقى هذا المبدأ يلقي بظلاله على عقد التفويض بجميع مكوناته ومنها طريقة اختيار المفوض إليه²

كما أن المشرع الجزائري أقر مرحلة المفاوضات في نص المادة 35 من المرسوم 199/18 وذلك بدراسة العروض وتحريم محضر مفاوضة وتقييم العروض في جلسة مخصصة لذلك يتضمن قائمة العروض المدروسة ويجب أن تكون مرتبة ترتيبا تفضيليا.

¹ نقلا عن بركيبة حسام، مرجع سابق، p38 .Laure lagasse e Marie Cahanne, Op cit,

² مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص487.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي، تقوم اللجنة المختصة بدراسة العروض وفقا لمجموعة من المعايير التي يتم من خلالها إقصاء وترتيب العروض من الأفضل إلى الأقل، هذه المعايير يجب أن تكون مدرجة في وثائق الإبرام منها دفتر الشروط أو الدعوة الرامية إلى تقديم المترشحين لطلباتهم أو المدرجة في الإعلان عن الامتياز وهو ما تشير إليه المادتين 27 و 47 من المرسوم 2016/86¹،

تهدف المفاوضات مع العارضين المؤهلين إلى الحصول على إيضاحات حول عروضهم، والوصول إلى العرض الذي يحقق التوازن المالي للمرفق العام وفقا لشروط توفر إدارة سليمة للمرفق العام².

وإدراج المفاوضات في إبرام عقود التفويض عكس ما هو عليه، حيث تمنح حرية أكبر في التفاوض مع المترشح الذي تم اختياره في حين قيد الإجراءات الخاصة بعقود الصفقات العمومية. ولأن دور السلطة المفوضة لا يقتصر على تأمين العقد والتحقق من قدرة المفوض إليه للوفاء بمتطلبات المرفق بل أنه يقع عليها الالتزام بضمان استمرارية أداء المرفق العام لمهامه باستمرار واطراد لمدة نوعا ما طويلة، هذا ما يفرض عليها فتح حوار مع المترشحين المقبولين للتأكد من قدرتهم على تسيير المرفق العام³، باعتبار هذه المرحلة لها دور مفصلي وهام في إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام.

¹ بوغنى سمير، - تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية مرجع سابق، ص 195.

² مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 486.

3 NIL Symchawicz. (La notion de délégation de service public). Revue AJDA, EDITION DALLOZ. France N° du 20 Mars 1998, page 212.

فتحت المنافسة وتعدد العروض لا يعني أن الإدارة ستختار المتعاقد عن طريق آلية الإرساء، المكرسة في نطاق عقود الصفقات العمومية¹.

يقول الأستاذ LAURE Lagasse، إن إبرام العقد دون اللجوء إلى المفاوضات من شأنه التأثير على الخدمة العمومية وذلك لا يسمح لمناقشة العرض من جميع جوانبه وتفقدته بهدف التحسين، فالتفاوض يمكّن السلطة المفوضة من إجراء تغييرات وتعديلات على العرض المقدم وذلك لتحقيق أكبر قدر من التوافق مع احتياجات السلطة المفوضة، لأن أغلبية عقود التفويض تمتاز بمدّة طويلة بالإضافة إلى الحجم الكبير للاستثمارات المعقّدة²

ومن المبادئ التي تحكم إجراءات التفاوض لها:

ترتكز المفاوضات على مبادئ تراعيها السلطة الفوّضة أثناء إبرام العقد وتلتزم بها:

1_ مبدأ المساواة في التفاوض، وهو المبدأ الذي يقتضي تطبيق القواعد القانونية التي تهدف إلى عدم تشجيع مرشّح على آخر وينطبق ذلك على ما يلي:³

- تطبيق مراحل التفاوض وذلك في المساواة في المعاملة أثناء تقديم العروض وأثناء مناقشة عرضه طبقاً لقاعدة سؤال وجواب وذلك لتدعيم عرضه.

- احترام مبدأ المساواة في التفاوض، يجب على السلطة المفوّضة أن تلتزم بالمعايير والمواصفات المحدّدة مسبقاً في دفتر الشروط.

¹ محمد شرميطي، "حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 05، ع 01، 2020 (ص ص 629 - 643)، ص 632.

² LAURE Lagasse et MARIE Chabanne, Op Cit, p24.

³ Ibid, p26.

- عند تعديل معايير إبرام العقد يجب على السلطة المفوضة الالتزام بعدم تكريس معايير تمييزية¹.

2- مبدأ السرية: تطرقت إليه المادة 38 من الأمر 2016/65 حيث يترتب على مبدأ السرية العناصر التالية:²

- لا يمس بالأحكام التشريعية والتطبيقية والتنظيمية.

- يعتبر هذا المبدأ وسيلة لحماية عروض المترشحين.

- وكاستثناء يمكن خرق هذا المبدأ لموافقة العارض الكتابية في الكشف لبعض المعلومات عن عرضه.

كما يوجد مبدأ آخر يدعى بمبدأ التعقب يتضمّن هذا المبدأ البحث على الأدلة ووقائع الإجراءات وتتبع مختلف القرارات التي تتخذها³.

وتشمل مرحلة المفاوضات على عناصر حيث تقوم لجنة تقييم واختيار العروض بالتفاوض وفق العناصر والمعايير التي يتضمّنها دفتر الشروط وهي:⁴

1- مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء.

2- التعريفات أو الأتوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض إليه للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض إليه حسب شكل التفويض.

¹ CE, 21 février 2014, société Dalkia France, Rec-Lab.

² بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، مرجع سابق، ص196.

³ محمد شرميطي، "حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 632

⁴ المادة 40 من المرسوم 199/18، مرجع سابق.

كما يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام على ألا تمس بموضوع التفويض، وكذلك معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط. لا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي حال من الأحوال إلى موضوع التفويض. بعدها تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة المترشح الذي تم انتقاؤه بناء على أحسن عرض مقدم، وذلك بعد انتهاءها من عملها.

خامسا: المنح المؤقت للتفويض

عرف الدكتور "عمار بوضياف" المنح المؤقت بأنه: إجراء إعلامي تخطر بموجبه الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت، وغير النهائي لمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي".

يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت وفقا لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي 247/15، ويتم إشهار هذا القرار بنفس الكيفيات التي تم بها الإعلان عن المنافسة. وفي حالة المنح المؤقت الخاص بصورة التراضي بعد الاستشارة، فأشهارها هذا القرار يكون بكل الوسائل المتاحة حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام¹.

وحتّى المشرّع على وجوب النشر وأشهار المنح المؤقت ضمنا للشفافية والحفاظ على المال العام من خلال إطلاع المترشحين والجمهور على الفائز بعقد التفويض.

إن قرار المنح المؤقت كغيره من القرارات الإدارية يجوز الطعن فيه، ومكّن المشرّع الجزائري المترشحين أصحاب المصلحة من الطعن، ويمكن الاحتجاج على المنح المؤقت لكن ذلك مقتصر على من شارك في الطلب على المنافسة، ويكون ذلك بموجب طعن أمام لجنة تفويضات المرفق

¹ المادة 41 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

العام خلال أجل عشرين (20) يوما تحتسب من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت، وهنا تبرز لنا أهمية تحديد كيفية الإشهار وسهولة الاطلاع عليه لممارسة هذا الحق، وتتولى هذه اللجنة دراسة الطعن وتتخذ القرار المعلن في أجل لا يتعدى 20 يوما من تاريخ استلام الطعن، وتبلغه للسلطة المفوضة وصاحب الطعن¹.

تقوم السلطة المفوضة بإلغاء المنح المؤقت للمترشح الفائز وذلك في حالة إخلال المترشح المعني بالالتزام، إما عند رفض التوقيع على الاتفاقية (العقد) أو رفض استلام الاشعار بتبليغ الاتفاقية ويكون في خلال مدة العروض المحددة في دفتر الشروط.

كما يمكن للسلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض، مع إخضاع إشهار قرار الإلغاء إلى نفس قواعد الإشهار المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرافق العامة.

وهذا إذا كان يهدد المصلحة العامة أو عجز في تنفيذ عقد تفويض المرفق العام.

سادسا: إعداد اتفاقية تفويض المرفق العام

نظم المشرع الجزائري في نص المادة 44 من المرسوم 199/18، حيث بعد انتهاء مدة الطعون المشار إليها، تقوم السلطة المفوضة بمباشرة إجراءات المرحلة النهائية والأخيرة والمتمثلة في إعداد اتفاقية التفويض في قالب مكتوب، توقع من كلا الطرفين وتسلم نسخة للمتعاقد المقبول².

¹ المادة 42 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

² المادة 43 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

بعد استنفاد مدة الطعون، يجب مباشرة إجراءات المرحلة الأخيرة والأهم المتمثلة في تجسيد وتنفيذ هذه الاتفاقية على أرض الواقع، اين تقوم السلطة المفوضة بإعداد اتفاقية التفويض مكتوبة ويتم توقيعها من الطرفين، وتسلم نسخة منها للمترشح المقبول¹.

وأشارت المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18، الفصل الثالث، القسم الأول إلى بيانات اتفاقية تفويض المرفق والتي تتضمن:

- تعيين الأطراف المتعاقدة وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الاتفاقية وصفاتهم، ممثل السلطة المفوضة والمترشح المفوض إليه.

- موضوع التفويض بدقة، حسب مضمون الاتفاقية المرتبطة بدفتر الشروط ونوع الخدمة العمومية المقدمة.

- صيغة الإبرام، حيث يجب تحديد شكل التفويض والممثل في الطلب على المنافسة أو عن طريق التراضي البسيط، التراضي بعد الاستشارة.

- شكل التفويض امتياز، إيجار، وكالة محفزة، تسيير.

- شكل المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام وكذا آليات تحيينه ومراجعته، تحديد المقابل المالي أو الإتاوات التي يدفعها المنتفعون بخدمات المرفق العام محلّ التفويض مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، ناهيك عن تحديد السبل والطرق التي يمكن من خلالها تحيين ومراجعة هذه الإتاوات².

- شروط التسديد والبنك محلّ الوفاء.

¹ المادة 44 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

² سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 186

مدة التفويض القانوني، التي تختلف حسب شكل التفويض، فإذا كان في شكل امتياز فمدة التفويض تكون 30 سنة قابلة للتمديد لمدة أربع سنوات كحد أقصى، أما الإيجار فمدته تكون ب 15 سنة كحد أقصى تكون قابلة للتمديد ثلاث سنوات، وأما الوكالة المحفزة فمدتها 10 سنوات قابلة للتمديد لمدة سنتين كحد أقصى، والتسيير مدته 5 سنوات قابلة للتمديد سنة واحدة.

- الاختصاص الإقليمي للمرفق العام،

- حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض إليه، تحديد حقوق والتزامات طرفي الاتفاقية السلطة المفوضة والمفوض إليه، كالاتزامات المتعلقة بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسة الخاصة باستخدام والانتفاع بالمرفق العام، لا سيما ما يتعلق منها بالإتاوات والتعريفات وساعات العمل وطبيعة المستفيدين من خدمات المرفق، وكذا الالتزام بفتح سجل خاص لتدوين وتسجيل الشكاوى والاقتراحات ويكون مؤشر عليه من السلطة المفوضة، وهي إحدى الآليات التي تمكن السلطة المفوضة من معرفة ما إن كان هناك إهمال أو تجاوز من قبل المفوض إليه أو وجود حالة عدم احترام للشروط المتعلقة باستخدام المرفق أو سوء استغلاله...، فهذا السجل من شأنه أن يجعل السلطة المفوضة تتحرك لاتخاذ التدابير الملائمة لتدارك الوضع في حق المفوض إليه كفتح لجنة تحقيق¹.

- جرد المنشآت والمعدات المسخرة للخدمة، عند الاقتضاء.

- لضمانات، تحديد الضمانات لكلا طرفي الاتفاقية، فالمفوض إليه عليه أن يضمن تحقيق وتكريس المبادئ التي تقوم عليها المرافق العامة، كمبدأ الاستمرارية وحسن سير المرفق العام والحياد والمساواة

¹ سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 187

في الانتفاع بخدمات المرفق محلّ التفويض، في المقابل على السلطة المفوضه له، وكذا الحماية من الأخطار التي قد تعترضه أثناء استغلال المرفق العام وتثقل كاهله المالي.

- حالات دفع التعويضات وآليات حسابها، التأمينات، الواجبات الواقعة على عاتق المفوض إليه اتجاه مستعملي المرفق العام، التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار تكون قد مست بمنشآت وممتلكات المرفق العام والتي تتم معاينتها بعد الجرد الذي يتم عند نهاية اتفاقية التفويض، تدابير الأمن والنظافة والسلامة الصحية وحماية البيئة، شروط المناولة، البند المتعلق باستعمال اليد العاملة، كفيات مراقبة تنفيذ اتفاقية التفويض، كفيات تنفيذ حالات القوة القاهرة.

- كفيات حلّ النزاعات، تحديد كيفية تسوية النزاعات، سواء ودية وقضائية، مع تحديد الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع.

- العقوبات المالية وكفيات تطبيقها، تحديد الجزاءات المالية المفروضة على المفوض إليه لعدم التزامه بتنفيذ الاتفاقية وتحديد كفيات تطبيقها.

- الرقابة البعدية وإعداد حصائل وتقارير دورية، حالات الفسخ، إبراء ذمة لفائدة المفوض إليه بعد نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام.

- تحديد التعويض لصالح السلطة المفوضه الذي يلتزم به المفوض إليه في حال الاستعمال غير العقلاني والتعسفي لممتلكات المرفق العام¹.

¹ سهيلة بو خميس، محمد علي حسون، "اتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية (دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي رقم 199/18)", أعمال الملتقى الوطني بعنوان: التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد النفقات، المنظم بكلية الحقوق، جامعة باتنة، يوم 22 نوفمبر 2018، (ص 09 - 20)، ص 10.

ثم تقوم السلطة المفوضة بتسليم المرفق العام للمفوض إليه، ليبدأ في تنفيذ بنود الاتفاقية متمثلة في إدارة واستغلال المرفق العام والقيام بجميع الأعمال الموكلة له ضمن الاتفاقية، في إطار احترام المبادئ الأساسية للمرفق العام من مساواة واستمرارية وتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، كما جاء في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 199/18 لتحقيق الأهداف المرجوة منه.

إن المبدأ المعمول به في قانون الجماعات المحلية بأن كل العقود الإدارية التي تبرمها الجماعات المحلية تخضع إلى التنظيم، وهذا الأخير ينص على أن جميع العقود الإدارية التي تبرمها الولاية والبلدية يجب أن تخضع للمصادقة من طرف المجالس المحلية المنتخبة، كما ينص قانون البلدية على أن يصادق المجلس الشعبي البلدي على الرسوم والأتاوى المحصلة فوق إقليم اختصاص البلدية¹.

أما بالنسبة للمادة 09 من المرسوم التنفيذي 199/18 والتي تنص على أن تفويض المرافق العامة يتخذ بناء على تقرير معلل من طرف السلطة المفوضة. وهنا يقع تناقض عند تطبيق قانون البلدية والولاية والرسوم التنفيذية 199/18، وخاصة إذا تم تفويض المرفق العام باعتباره عقد إداري إذا ما تم تطبيق المبدأ المعمول به الخاص يقيد العام وكذلك حسب قاعدة تدرج القوانين، فإن قانون البلدية يسمو على المرسوم التنفيذي 199/18. كما أن منح أولوية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي نص عليها في مواد المرسوم تعتبر بمثابة إخلال بمبدأ المنافسة والشفافية².

¹ أنظر المواد 196 - 197 من قانون البلدية 10/11

² فوضيل شريط، مصطفى رباحي، مرجع سابق، ص 250.

الفصل الثاني

تنفيذ عقود تفويض المرفق العام ونهايتها وأثر ذلك على الخدمة العامة

نظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها مرحلة التنفيذ في عقود تفويض المرفق العام، نجد التشريعات المقارنة، قد أحاطت هذه المرحلة بمجموعة من الشروط والضوابط التي تحدّد حقوق وواجبات كل طرف من أطراف عقد تفويض المرفق العام منذ انعقاده إلى غاية انتهاء فترة انفاذه واسترجاع كل طرف لأمواله وممتلكاته.

ونظرا لكون عقود تفويض المرفق العام بصورها وأشكالها المختلفة من العقود الزمنية، فليس غريبا أن يكون هناك اتفاق سابق بين أطرافها على تحديد مدة زمنية لنفاذ العقد والتي بانتهائها ضمن آجالها القانونية وفي الأحوال العادية ينتهي العقد.

لكن ونتيجة للاختلالات التي تلحق نفاذ العقد قبل نهاية أجله إمّا بسبب اهمال المفوض إليه و ارتكابه لأخطاء جسيمة أو بسبب وفاته ما عدا في الأحوال التي يمكن فيها أن ينتقل حق التفويض إلى الخلف العام أو بسبب القوة القاهرة التي تجعل من التنفيذ مستحيلا بشكل مطلق و كلي، حينها سيصبح من البديهي وضع حد لتلك العلاقة، لأن نهاية العقد في هذه الحالة ستكون لازمة من أجل تدارك ذلك الاختلال أو وضع حد نهائي له، و ما على الإدارة المفوضة في هذه الحالة إلا التقيد بضوابط و مقتضيات المصلحة العامة حتى و لو كان خيار الانهاء يبدو قاسيا في بعض الأحيان. لذلك فإن التقيد بضرورات بقاء المرفق واستمراره في اداءه مهامه ووظائفه المعتادة يعتبر هنا سببا مبررا لإنهاء العقد، مع أنها نهاية غير طبيعية.

وأياً كانت أسباب انتهاء عقد تفويض المرفق العام فإن المعول عليه دوما هو منح الإدارة كل الوسائل والضمانات اللازمة لإعادة بعث المرفق من جديد وتدارك نقائصه والتي كانت سببا في

تعطله واختلاله وحياده عن تحقيق غاياته وأهدافه، حتى ولو تطلب الأمر لجوئها إلى انتهاج أساليب الضغط والجبر .

مع ذلك فإن هذا التصور أيضا ليس مطلقا وفي كل الحالات، ذلك أن اعتراف التشريعات والعقود من خلالها بجملة من الحقوق للمفوض إليهم يحمل دلالة كافية مفادها إمكانية تعرض هؤلاء للإكراه نتيجة تجاوز الإدارة المفوضة لصلاحياتها وسلطاتها أثناء تنفيذها للعقد، فأحاطهم التشريع والقضاء بحماية خاصة تجد سندها ضمن القانون وبين بنود العقد، فمكّنهم من أحقيتهم في الاعذار والفسخ مع التعويض كما مكّنهم من أحقيتهم في التوازن العقدي واسترجاع املاكهم وأموالهم الخاصة بكافة الطرق بما فيها الجرد أو الخبرة في حالة النزاع.

هذا ومن أجل بيان اوضح لمختلف المفاهيم والعناصر المرتبطة بتنفيذ عقود تفويض المرفق العام سنحاول عرض المسألة للدراسة ضمن إطارها النظري من خلال التعرض لحقوق والتزامات أطراف عقد التفويض (المبحث الأول)، لنعرّج بعدها إلى نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام والآثار المترتبة عنها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تسيير عقود تفويض المرفق العام

كغيره من العقود، يترتب عن عقد تفويض المرافق العامة مجموعة من الحقوق والالتزامات التي تضاف إلى ذمة أطرافه، وتعتبر في نهاية المطاف الأثر الناتج عن انصراف الإرادتين إلى الاتفاق حول بنود العقد ضمن معطيات وظروف ومراحل معلومة لكليهما.

فالمفوض إليه يعرف يقيناً وبما لا يدع مجالاً للشك بأن الجهة المانحة للتفويض تعتبر ممثلاً أو مفوضاً للدولة غايتها بذل الجهود اللازمة من أجل الحصول على أقصى عرض ممكن من الخدمات النوعية بكافة الوسائل الممكنة، كونها تتمتع بمجموعة من الامتيازات حتى قبل إبرام العقد.

وهي الامتيازات التي تجد سندها في القانون بوجه عام، لذلك لن يقتصر دورها على توجيه إجراءات العقد فقط بل يتجاوزها إلى فرض سلطانها الرقابي على العقد والمتعاقد المفوض إليه من خلاله مراقبتها لسير المرفق وحالته أثناء وبعد انتهاء مدة العقد أو خلال الحالات التي يتعرض فيها المرفق إلى الاضطراب والاختلال في الحالات غير العادية.

ومن جانب آخر فإنها تتقيد بالتزامات يفرضها ذات القانون وتجد سندها ضمن العقد ومقتضيات المشروعية وما استقر عليه لدى الفقه والقضاء من ضرورة الاحتكام إلى الرقابة أيضاً حتى لا تقع تحت طائلة الانحراف أو التجاوز في استعمال السلطة.

على هذا النحو فإن الهيئة المفوضة لا تملك حق تعديل بنود العقد خارج دائرة العقد الأصلي أو ما يطلق عليه بدفتر الشروط، كما لا يمكنها من أن تلجأ إلى التعديل إلا ضمن الملحقات على أن لا يمس بشروط العقد كموضوعه أو الآجال في غير الأحوال الاستثنائية أو الأعباء قصد تحميل المتعاقد فوق إمكانيته التي نشأ على ضوءها العقد، كما يجب أن تبرر و تعلل شروط اللجوء إلى الملاحق و البنود الاتفاقية المتعلقة بالتعويض و آليات استرجاع المرفق و ممتلكاته و الجزاءات

واجراءاتها و غيرها من الشروط و البنود التي قد تؤدي في حال عدم الاحتكام إليها إلى تعسف الإدارة أو إلحاقها ضررا بالغا بالمفوض إليه .

على هذا الأساس تبدو العناية التشريعية بهذا الحق والالتزام في الآن نفسه بداية لبث الشعور بالأريحية والطمأنينة في نفس المفوض إليه.

وفي الجزء المقابل من الصورة فإنه يجب علينا الاعتراف بأن التشريعات المقارنة قد قطعت أشواطاً لا يستهان بها في مجال الاعتراف للمفوض إليه بهامش مريح من الحقوق والامتيازات في مقابل الالتزامات التي يخضع لها، كالحق في الحصول على المقابل المالي والحماية وتقديم التسهيلات المالية والحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض في الحالات التي يثبت فيها الاخلال من قبل الإدارة المانحة التفويض.

ومن أجل تفصيل أشمل سنحاول التطرق أكثر لمجموعة الحقوق والالتزامات التي تتمتع بها السلطة مانحة التفويض ضمن (المطلب الأول)، ثم نأتي على بيان حقوق والتزامات المفوض إليه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقوق والتزامات السلطة المفوضة

باعتبار أن عقد التفويض كغيره من العقود الإدارية، فإن السلطة المفوضة المانحة تتمتع بجملة من الحقوق تضمن بها التنفيذ الصحيح لعقد التفويض وهذا من خلال السلطات الممنوحة، المتضمنة معظمها في دفتر الشروط ناهيك عن طبيعة العقود التي تحتوي على البنود الواجب الالتزام بها من طرف المفوض إليه.

وعليه تتمتع السلطة المفوضة في مجال تنفيذ عقود تفويض المرفق العام بمجموعة من الخصائص والصلاحيات التي تجعلها تتميز عن غيرها من الكيانات الأخرى، حيث أنها تتمتع

بامتيازات السلطة العامة كم أنها في سبيل تحقيق المصلحة العامة تسعى بوسائلها العامة إلى فرض سلطتها على الأفراد سواء كانوا اشخاصا طبيعيين أو أشخاص معنويين¹.

فالسلطة المفوضة تتمتع بحق الملكية على المنشآت والمعدات المستخدمة من المستثمر والمخصصة لعمل المرفق العام باعتبارها تدخل أصلا في ملكيتها قبل التفويض، وحق الملكية لا يقتصر على أموال المستثمر الذي غالبا ما يضطر إلى تشييد منشآت واستخدام معدات تكون لازمة لتحقيق مهمته، وعند نهاية مدة التفويض للسلطة المفوضة على الرغم من تملك المستثمر لهذه الأموال، الحق في تملكها إذا ما قدرت أنها ضرورية لسير المرفق العام مقابل التزامها بدفع قسمتها للمستثمر².

بل أنه ليس من الغرابة ان يحصل المفوض إليه على بعض الامتيازات الخاصة بالإدارة والتي تصل مداها حد توجيه المفوض إليه للإدارة المفوضة طلب تحريك إجراءات نزع الملكية الخاصة من أجل المشروع³.

بناءً على ما تقدم سنحاول التعرف على حقوق السلطة المفوضة (الفرع الأول)، ثم التزامات السلطة المفوضة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقوق السلطة المفوضة

تتميز عقود التفويض العام بوصفها من العقود الإدارية بخضوعها لنظام قانوني متميز وفيه من الخصوصية ما يجعله يتضمن قواعد غير مألوفة في القانون الخاص.

¹ سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 189

² وليد حيدر جابر، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سابق، ص 226.

³ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 684.

لذا تتمتع الإدارة في نطاق عقود تفويض المرفق العام بمجموعة من السلطات التي تفرضها طبيعة المرفق العام موضوع التفويض، وهذه السلطات وإن كانت تتفق في مضمونها مع غيرها من العقود الإدارية الأخرى، فإنها تختلف عنها نتيجة الارتباط الوثيق لعقود التفويض بمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام.

وعموماً يمكن أن نجمع هذه السلطات في مجال عقود تفويض المرفق العام في ثلاثة نواحي، وهي سلطة الرقابة والتوجيه، سلطة التعديل وسلطانها في فرض الجزاءات على المخالفين.

أولاً: سلطة الرقابة والتوجيه

الأصل أن الإدارة هي من يُسأل عن استحداث المرافق العامة وتسييرها وإدارتها فهي صاحبة الامتياز في الانشاء والإدارة والتسيير، ومع ذلك ولأسباب والاعتبارات التي تدفع إليها المصلحة العامة أو الظروف والمتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية يمكنها أن تسند هذه المهام للأفراد في شكل عقود تفويض، مع بسط سلطانها الرقابي على هؤلاء أثناء إدارتهم للمرفق والتحقق من ادارتهم لها وفقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد.

وعلى خلاف العقود الإدارية الأخرى فإنه في مجال التفويض تتشدد الإدارة المفوضة في بسط سلطانها الرقابي بشكل صارم، حيث أنها تتوسع في مضمونها وتتعدد في صورها وأنواعها.

فيما ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الرقابة طبقاً لمفهومها الضيق على أنها: "التأكد من أن المتعاقد يباشر وينفذ التزاماته العقدية طبقاً لشروط العقد"¹، وبالتالي فإن هذا المفهوم يقتصر سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة عند حدّ الإشراف وتتم ممارسة حقّ الإشراف من خلال إرسال مندوبين إلى موقع العمل للتأكد من تنفيذ العقد وجودة الخدمات المستخدمة.

¹ حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 540، وللاستزادة أيضاً راجع محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 406.

بينما يعرف البعض الآخر الرقابة طبقاً لمفهومها الواسع فيقصد بها: "تدخل جهة الإدارة في تنفيذ العقد بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة سلطة توجيه ولا تقتصر على الإشراف فقط"¹.

كما ذهب الفقه والقضاء إلى اعتبار سلطة الإدارة المانحة التفويض في الرقابة والتوجيه في عقود التفويض ذات طبيعة لائحية توجد بذاتها دون حاجة لنص القانون عليها في العقد أو دفتر الشروط، بل أنها توجد ولو لم يتضمّن العقد وتم الاتفاق على استبعادها، وإذا نصّ عليها العقد فإنها لا تستمد وجودها منه لأنه في هذه الحالة يكشف عنها ولا ينشئها، بل إن وجودها مستمد من المرفق العام².

فالرقابة المعنية هي الرقابة بمفهومها الواسع، أي التي لا تقتصر على رقابة السلطة المفوضة، إنما تشمل أيضاً رقابة سلطات أخرى كالسلطتين التشريعية والقضائية³.

حيث أن الرقابة بهذا المفهوم تضمن السير الحسن للمرفق محلّ التفويض والنجاعة في تحقيق الخدمة العمومية المنشودة، فالرقابة تضمن الاستمرارية وتضمن حماية المصلحة العامة ومن هنا نبعت أهمية الرقابة كأحد محدّدات نجاح التفويض⁴.

ويشترط في الإدارة لممارسة سلطانها الرقابي أن تتم ضمن حدود المشروعية بأن تستهدف حسن سير المرفق العام وفق الأشكال والاجراءات المقررة قانوناً، وإلا كانت عرضة لدعوى الالغاء.

¹ R. Chapus, Le Droit administratif général, 1988, Tome 1, Paris, n 1377, p 1203

² أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2004، ص 308

³ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سابق، ص 239.

⁴ نادية ظريفي، "المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز، دكتوراه علوم، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2011-2012، ص 294.

بالإضافة إلى ذلك لا بد من ان ينصرف جوهر الرقابة إلى الإشراف على عمليات الاستغلال وغيرها من المهام ذات الطابع الفني، على ألا تتجاوزها إلى التدخل في إدارة المرفق العام موضوع التفويض.

فالرقابة يجب أن تقف عند حدود الإشراف دون أن تتضمن توجيهها أو تدخلا في سير المرفق والذي قد يعيق المفوض إليه ويحرمه من أداء مهامه على أكمل وجه.

وهو التصور الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في فقرتها الأولى.

وتتجلى سلطة الهيئة مانحة التفويض ضمن مجالها الرقابي المرتبط بمجال تنفيذ العقد في حالتين:

أ - سلطة الإشراف على المرفق العام محلّ التفويض

وهو المدلول الضيق للرقابة، الذي يفيد بأن للإدارة حق الإشراف على المتعاقد معها طوال مراحل التنفيذ وخطواته، وتتم ممارسة هذه الرقابة عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة، والتي تتجلى في الصور التالية:

* الرقابة الفنية:

ويقصد بها قيام الإدارة بكل الاجراءات الضرورية للتأكد من أن استغلال المفوض إليه للمرفق العام يسير ضمن المعطيات والشروط الفنية المتفق عليها في العقد أو دفتر الشروط.

حيث يمكنها الانتقال إلى أماكن تواجد الورش والاطلاع على عملية التنفيذ في جوانبها الفنية والتحقق من سلامة المعدات وكفاءتها واتباع إجراءات السلامة والتدخل والتحكم في ادارتها والتعرف على معدلات الانتاج وكفاءة الاستغلال ومدى مطابقتها للشروط المتفق عليها في العقد.

* الرقابة الإدارية:

وهي الرقابة التي تقوم فيها الإدارة المانحة التفويض بالإشراف عن طريق مندوبيها على تسيير المرفق والمشاركة في إصدار أوامر وقرارات تخص المرفق المفوض، ولها في ذلك أن تلجأ إلى أحد الأسلوبين التاليين:

- تعيين مندوب عنها يحضر اجتماعات مجلس الإدارة ويكون له حق التصويت والاعتراض على قرارات الهيئة المفوض إليها المرفق.

- تعيين مدير المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة من قبلها لتولي عملية الرقابة.

وتطرق المشرع الجزائري في نص المادة 82 من المرسوم 199/18 على أنه "تتابع السلطة المفوضة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وتقوم بهذه الصفة بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة".

حيث نفهم من محتوى المادة أن الرقابة الإدارية مضمونة للسلطة المفوضة من خال المراقبة الإدارية الميدانية وكذا المراقبة الإدارية التي تمارسها حسب التقارير السداسية.

كما اعتمد المشرع الفرنسي على الرقابة الإدارية من خلال قانون سبان المادة 40 منه على صاحب التفويض إعداد تقريرا كل عام يرفعه إلى السلطة المفوضة، يتضمّن بشكل خاص الحسابات التي تبين العمليات المتعلقة بتنفيذ تفويض المرفق العام جميعها وتحليلا لجودة الخدمة، ويرفق هذا التقرير ملحق يمكن من خلاله للسلطة المانحة للتفويض أن تقوم بعملية الرقابة وتقييم أداء المشروع¹.

¹ بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، مرجع سابق، ص230.

*** الرقابة المالية:**

تتجلى في صورة قيام الجهة المانحة التفويض للقيام بعملية الرقابة على أموال المفوض إليه سواء كانت حسابات أو معاملات بنكية أو مصرفية أو غيرها من التعاملات المالية التي يقوم بها لمصلحته شخصياً أو عن طريق الاستعانة بالغير.

خاصة وأن المفوض يلجأ في بعض الأحيان لأجل تنفيذ بعض الأشغال إلى الاعتماد على القروض والرهن، كما أنه يمسك دفاتر محاسبية ويصدر شيكات وسندات كوسيلة للضمان.

بل إن ارتباط مجال التفويض اليوم بقواعد الشفافية ومكافحة الفساد يجعل من هذه المهمة أولوية بالنسبة للهيئة المفوضة ولها في ذلك أن تستعين بالخبرة والقضاء في كل الأحوال.

ويقصد في هذا الشأن مراقبة الحسابات العائدة للعمليات المتعلقة بتنفيذ المرفق العام هي تلك المتعلقة بالمواد والأصول المكرسة لتشغيل المرفق العام، وكيفية تحديدها وكلفتها وحالتها الفنية وكذلك تلك المتعلقة بالالتزامات المالية المتعلقة بالعقد والاحتياجات المكونة والاستهلاكات للأصول والأموال¹.

كما أشار المشرع الفرنسي من خلال الأمر 2016/65 المتعلقة بعقد الامتياز حسب نص المادة 52 منه على: "يقدم صاحب الامتياز تقرير كل عام يتضمن على وجه الخصوص الحسابات التي تبين جميع العمليات المتعلقة بأداء المصنفات أو الخدمات".

ب - حق الإدارة في توجيه المفوض إليه إلى اختيار الوسائل للتنفيذ

بالإضافة لسلطة الإشراف، تتسع سلطة الإدارة في الرقابة وهذا من خلال إعطائها الحق في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب السبل التي تؤدي إليه، ويتضمن هذا المعنى تدخل الإدارة بصورة

¹ Laure lagasse e Marie Cahanne, Op cit, p94

أكبر وأكثر فعالية من مجرد الاكتفاء بالإشراف على تنفيذ العقد، حيث توجه إرادة الإدارة المفوضة إلى التأكد من مدى التزام المفوض إليه على تنفيذ الأشغال المنوط بها وقدرته على إنهاءها ضمن الأجل المحددة و حثه على اختيار أفضل المناهج وأنجع السبل الكفيلة بتحقيق أهداف العقد، والتي تضمن التنفيذ ضمن الأجل المعقولة والمقبولة فنياً ومهنياً ومالياً، حتى ولو اقتضى ذلك إجباره على اتخاذ تدابير غير منصوص عليها في العقد، على أن تكون من مقتضياته كمطالبة المتعاقد بالإسراع في تنفيذ العقد أو تعديل مناهج التنفيذ.

من هنا يتضح جلياً الفرق بين رقابة الإشراف والتوجيه، فيما ينصرف الأول إلى القيام بواجباتها عن طريق الأعمال المادية فإن رقابة التوجيه مناطها العمل القانوني فقط.

حيث نصّت المادة 82 المشار إليها سابقاً¹ الرقابة الممنوحة للسلطة المانحة للتفويض رقابتي الإشراف والتوجيه، حيث ألزم المشرع المفوض إليه الالتزام بجملة الضوابط خلال تنفيذ تفويض المرفق العام.

وتضيف المادة 83: "يجب أن تقوم السلطة المفوضة، في إطار الرقابة المذكورة أعلاه، بعقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاثة (3) أشهر مع المفوض إليه لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة على أثر هذا الاجتماع بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية عند الاقتضاء".

ويختلف نطاق استعمال الإدارة لحق الرقابة بحسب نوع عقد التفويض يتسع نطاقه بالنسبة لعقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير والذي تكون فيه الإدارة هي صاحب المرفق وإن كان المتعاقد يتولى التسيير، الأمر الذي يخضعه لتعليماتها المباشرة ويفرض عليه احترام تدخلها المستمر في

¹ المادة 82 من المرسوم 199/18، مرجع سابق.

أوضاع التنفيذ، ويضيق نطاق استعمال تلك السلطة في عقود الامتياز والإيجار والتي يقتصر دور الإدارة فيها على الإشراف للتأكد من أداء الخدمة على النحو المنصوص عليه في العقد¹.

ويجوز للسلطة المفوضة توسيع مجال رقابتها إلى خارج الحدود المسطرة لها في دفتر الشروط بشرط ضمان عدم مساس ذلك باستقلالية التسيير التي يتمتع بها المفوض إليه وإلا تحول التفويض إلى تسيير مباشر².

ولعلّ من بين التطبيقات التشريعية لفكرة الرقابة الإدارية الممارسة من قبل الدولة أو إحدى هيئاتها بما فيها الهيئة المانحة التفويض، النموذج الفرنسي والذي ضمن تشريعاته بياناً وافياً لأساليب الرقابة والجهات التي تمارسها وصور كيفية ممارستها.

فقد اعتمد على إسناد هذه المهمة لهيئة التفويض باعتباره اختصاصاً أصيلاً وفقاً لقانون 8 فبراير 1995، بحيث تقوم هذه الأخيرة بتقييم أداء المشروع من خلال اطلاعها على التقارير المقدمة من قبل المفوض إليه، بالإضافة إلى العمليات الفنية لا بد من أن تتضمن تقريراً وافياً يتضمن مختلف العمليات المحاسبية وتحليلاً كافياً لجودة الخدمة.

أمّا الطريقة الثانية للرقابة الإدارية التي اعتمدها المشرع الفرنسي فهي تلك التي تقوم بها لجنة التحقيق الوزارية، والتي أنشأت بموجب القانون رقم 3-91 الصادر في 3/01/1991 والمتعلق بالشفافية والاجراءات الواجب الالتزام بها عند إبرام العقود، وهي لجنة ذات طبيعة خاصة كونها

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 32-33، نقلا عن سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام المحلي، مرجع سابق، ص 175.

² وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 281.

مشكلة من قضاة وموظفين، حيث تصدر تشكيلتها بموجب قرار موقع من الوزير الأول ووزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية.

مهمتها الأساسية تتجلى في الاطلاع على المستندات والوثائق وتفتيش أماكن العمل، مع ذلك تظل مهمتها مقتصرة على التأكد من تحقق الاشتراطات القانونية ومدى التزام المفوض إليهم بالقانون في عقود الدولة وتنتهي مهمتها بإجراء التحقيقات وتسليم تقاريرها إلى الهيئة الإدارية دون أن يتجاوزها إلى توقيع الجزاءات الإدارية على المخالفين.

أما ثالث طريقة للرقابة الإدارية على المفوض فهي تلك التي يضطلع بأدائها الجهاز المركزي لمكافحة الفساد، والذي أنشأ بموجب قانون سابان La loi Sapin، حيث تتلخص صلاحياته في جمع وتنسيق المعلومات حول الأوضاع الاقتصادية والمالية للمرفق محلّ التفويض خاصة تلك التابعة للجماعات الإقليمية، والتأكد من مطابقة عقود التفويض مع القوانين والأنظمة الخاصة بها وفي حالة وجود مخالفة تكيف على أنها ذات طابع جزائي فإنها تقوم بإحالة التقرير إلى النيابة العامة المختصة جزائياً.

أما فيما يتعلق بالرقابة الإدارية في الأنظمة العربية المقارنة فإننا نسجل على سبيل المثال في هذا الصدد موقف المشرع التونسي من هذه المسألة حيث أوكل مهمة الرقابة هذه إلى الجهة المانحة التفويض وإلى جانب ذلك اعترف للدولة والهيئات الأخرى، وهو ما يستفاد من نص المادة 24 من قانون اللزمات التونسي¹.

¹ تنص المادة 24 من قانون اللزمة التونسي على أنه: "علاوة على المراقبة التي تمارسها الدولة أو هيكل أخرى بموجب النصوص القانونية الجاري العمل بها يحتفظ مانح اللزمة بصفة دائمة بحقه في ممارسة سلطة عامة للمراقبة الاقتصادية والفنية والمالية المرتبطة بالالتزامات المترتبة عن العقد، ويمكنه لهذا الغرض الاستعانة بخبراء وأعاون يختارهم ويعلم بهم صاحب اللزمة".

ثانيا: سلطة تعديل عقد التفويض

يقصد بالتعديل في هذا المقام التعديل الذي تجريه السلطة الإدارية المانحة التفويض وينصب مباشرة على الشروط العقدية التي أبرمها الطرفان، سواء كانت تنظيمية أو تعاقدية.

إن مقتضى سلطة الإدارة في تعديل العقد أن هذه الأخيرة تملك مكنة تعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو انتقاصا في التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ومن دون أن يكون للمتعاقد الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو قاعدة القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليها ضمن قواعد القانون المدني.

على هذا النحو اختلف الفقه في فرنسا حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، فظهر في هذا الصدد اتجاهان:

الأول يرى بأن السلطة العامة هي أساس تعديل العقد، فالقرارات التي تصدرها والقاضية بتعديل عقودها الإدارية تعدّ من قبيل أعمال السلطة العامة وأن الإدارة لا تمارس بمقتضاها امتيازاً عقدياً وإنما تمارس حقا تملكه بوصفها سلطة إدارية مستقلة وأن هذا العقد يعتبر من النظام العام¹.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد وبشكل انفرادي لا يقوم خارج نطاق الرابطة التعاقدية، فهو امتياز عقدي، مع ذلك فقد اختلف أنصار هذا الاتجاه في اعتماد معيار يعزى إليه هذا الأساس.

فيما ذهب بعضهم إلى أن سلطة الإدارة في التعديل تستند إلى مقتضيات المرفق العام، ذهب اتجاه آخر إلى الاعتداد بفكرة المصلحة العامة كأساس لتعديل العقد.

¹ ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 41.

أغلب الفقهاء اعترفوا بحق السلطة المانحة في تعديل العقد لاسيما في بنودها التنظيمية، ويقول الأستاذين HAURIUO و JEZE أن عقد امتياز المرفق العام لا يشكّل في كل عناصره عملية تعاقدية صرفة، فإذا كانت البنود المالية هي ذات طابع تعاقدي، لا يجوز للسلطة المانحة تعديلها تلقائياً، إلا أن البنود التنظيمية الأخرى المتعلقة بسير وتنظيم المرفق العام تبقى دائماً قابلة للتعديل من جانب السلطة المانحة تلقائياً وفي أي مرحلة، لأن المرفق العام يجب أن يكون دائماً متكيفاً مع مقتضيات المصلحة العامة¹

كما أشار في المادة 55 من الأمر 2016/65 على ما يلي: "يمكن تعديل عقد الامتياز أثناء التنفيذ دون الحاجة إلى إجراءات جديدة للمنافسة، لكن لا يمكن أن يغيّر التعديل طبيعة عقد الامتياز".

ويُفهم مما سبق أن حقّ التعديل للسلطة المفوضّة ممكن لكن مقيدّ بشروط وإجراءات لا يمكن أن تتجاوزها هذه الأخيرة ما دام هناك رقابة القضاء على أعمال الإدارة.

مع ذلك فإن هذه الآراء لم تعد تثير أي جدل يذكر خاصة مع تجاوز الأنظمة المقارنة لمشكلات تحديد مدلول ومعاني المرفق العام إلى امتداده ليشمل تحقيق المنفعة العامّة كغاية وغرض للنشاط الإداري المرفقي المعاصر.

على هذا النحو نصت المادة 58 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه: "يمكن للسلطة المفوضّة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه، ولا يمكن إبرام الملحق خارج الأجل التعاقدية."

¹ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سابق، ص 551.

حيث يمكن للسلطة مانحة التفويض تعديل الشروط التنظيمية، والمتعلقة على الخصوص بسير وتنظيم المرفق العام، وذلك حتى يتماشى هذا الأخير مع المستجدات الاجتماعية والاقتصادية الضرورية غير أن ممارسة السلطة لهذا الحق محكوم بشروط وفقا لما سنبينه لاحقا.

إن سلطة الإدارة في تعديل عقود التفويض ليست مطلقة بأي حال من الأحوال، بل يرد عليها مجموعة من القيود التي يجب على الإدارة مراعاتها وهي تمارس تلك السلطة، والتي يمكن أن نجعلها فيما يلي:

أ - القيود التشريعية:

وهي القيود التي تناولها المشرع الجزائري بالتنظيم ضمن نص المادة 59 من المرسوم التنفيذي 199/18 ومن بينها:

- 1 إجراء تعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية.
- 2 موافقة السلطة المختصة حيث تنص المادة 18¹: "تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بما يأتي: الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام...".
- 3 أن يصدر قرار التعديل أثناء سريان العقد وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 58: "ولا يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية".

ب - القيود العامة:

على غرار القيود الخاصة التي اوردها المشرع الجزائري، هناك مجموعة من القيود الأخرى التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة والمتمثلة فيما يلي:

- أن يقتصر التعديل على الشروط اللائحية فقط دون الشروط التعاقدية.

¹ المرسوم التنفيذي 199/18، مرجع سابق

- أن يكون الغرض من التعديل تحقيق المصلحة العامة.
- توافر مبررات التعديل وفقاً لما استجد من ظروف.
- أن يتصل التعديل بموضوع العقد وأن يكون جزئياً.
- ألا يتجاوز التعديل إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أي عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد وقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.

ثالثاً: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تخضع عقود تفويض المرفق العام للقواعد العامة المتعلقة بفرض الجزاءات في العقود الإدارية، ومن ثم فإن المفوض إليه إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد، أو بتنفيذه بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها، أو التلاعب في معاملاته مع الإدارة، أو مخالفة تعليمات الإدارة وتوجيهاتها، فإن الإدارة تملك توقيع الجزاء بحقه بإرادتها المنفردة من خلال قراراتها الإدارية التي تصدرها بهذا الصدد¹.

من هنا يظهر جلياً بأن لجوء الإدارة إلى فرض الجزاءات على المخالف يجد سنده في رغبتها الملحة في المحافظة على سيرورة المرفق العام وأداءه لنشاطه بشكل منتظم ومنتج وفعال، وليس مجرد تحقيق لا يلام بنية الإكراه والجبر.

ومن أجل انفاذ جيد لتلك الجزاءات فإن الإدارة تلجأ لتوقيعها على المتعاقد فإن الإدارة تأخذ بعين الاعتبار جملة من المعطيات و الظروف التي تشكل في النهاية العوامل المؤثرة في اختيار العقوبة الأنسب للمفوض إليه، أي لا بد من الإدارة من أن تلجأ إلى اختيار العقوبة وفقاً لمبادئ المشروعية بناءً على جسامة المخالفة المرتكبة من قبل الملتزم وليس على أساس الضرر الذي ألحقه

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 213.

بالمرفق المفوض لأنها غير مجبرة على إثبات وقوع الضرر، لأن العبرة من توقيع الجزاء لا يرتبط بمعاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه وإنما تكمن الغاية من الجزاء في تأمين سير المرفق العام.¹

من هذا المنطلق تقسم التشريعات المقارنة الجزاءات الإدارية إلى صنفين، الأول ذو طبيعة مالية أما الثاني فهو ذو طبيعة جبرية ضاغطة.

أ - الجزاءات المالية:

هي الجزاءات التي تلحق المفوض إليه في ذمته المالية أو هي تلك المبالغ التي يحق للهيئة المفوضة المطالبة بها إذا أخل المفوض إليه بالتزاماته العقدية، سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة، وتتمثل هذه الجزاءات في:

1- الغرامات المالية (الغرامات التأخيرية)

فرض الغرامات على صاحب التفويض لا يحتاج إلى اللجوء للقضاء، وإنما يوقع بقرار صادر عن السلطة المانحة بإدارتها المنفردة وغالبا ما تتضمن دفا تر الشروط تحديدا لها وطريقة حسابها.²

كما لا يمكن تجاوز القيمة المتضمنة في دفتر الشروط وذلك لأنه تم الاتفاق عليها مسبقا.

إن القيمة المحددة في دفتر الشروط لهذه الغرامات، تُلزم الإدارة بحيث لا تستطيع أن تطالب بأكثر منها.³

¹ مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص 460.

² بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، مرجع سابق، ص 244

³ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 121.

- لا تلتزم الإدارة بإثبات ضرر ما قد لحقها من جراء تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو مقدار الضرر، وليس للمتعاقد حق في أن يعترض على توقيع الغرامة استنادا إلى عدم تناسبها مع الحادث للإدارة¹.

وبهذا أخذ المشرع الجزائري الجزاء المالي حيث نص في المادة 62² على ما يلي:

- "تمكين أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض إليه إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته، وفق ما تنص عليه الاتفاقية"

- " غير أنه وقبل اللجوء إلى الغرامات، يجب على السلطة المفوضة أن توجه إذارين (02) للمفوض إليه لتدارك النقائص المسجلة في الآجال المحددة".

ويستخلص من مضمون المادة أن المشرع الجزائري مكن الجهة المانحة للتفويض بتوقيع جزاءات مالية تطالب بها المفوض إليه إلا أنه قيدها بإجراءات وآجال واجب احترامها في الطالبة بهذا الحق.

2 - التعويضات.

هي نوع آخر من الجزاءات والتي تكمن في مطالبة الإدارة المانحة للتفويض المفوض إليه من تعويضات جراء إخلاله بالتزاماته العقدية.

ب - الجزاءات غير المالية "القسرية أو الضاغطة"

تتجلى الجزاءات غير المالية في صورة العقوبات التي تفرضها الإدارة بغرض إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته والوفاء بتعهداته المتفق عليها في العقد.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 115.

² المادة 62 من المرسوم التنفيذي 199/18، مرجع سابق.

وهي جزاءات ليس الغرض منها فسخ العقد واسقاط حقوق المفوض إليه وانتهاء الرابطة التعاقدية بينه وبين الإدارة مانحة التفويض، بل إن الهدف من تلك الجزاءات يتلخص في رفع يد المفوض إليه عن إدارة المرفق والحلول محلّه بصورة مؤقتة لضمان تسيير المرفق العام من دون توقف أو انقطاع وعلى حساب المفوض إليه ونفقتة، لذلك ليس غريباً من أن يغلب على هذا النوع من الجزاءات طابع التأقيت.

وعليه فإن الإدارة تسعى إلى انفاذ تلك الإجراءات استناداً إلى سلطتها في التنفيذ المباشر على حساب المتعاقد لحثه على الوفاء بالتزامه التعاقدية، وذلك ابتغاء ضمان حسن سير المرافق العامة¹.

وتتمثل صور الجزاءات غير المالية فيما يلي:

- وضع المرفق تحت الحراسة.

- استرجاع المرفق قبل نهاية مدة العقد.

وبوجه عام فإن ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر في التزاماته التعاقدية يكون تحت رقابة القضاء، فهو يراقب ممارستها لتلك السلطة من حيث توافر شروط توقيع الجزاء، وأن الإدارة قد قامت بتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع حجم الخطأ الذي وقع فيه المتعاقد دون غلوٍ وتعسفٍ في استعمال ذلك الحق².

¹ هيثم خالد غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2014، ص133.

² سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام المحلي، مرجع سابق، ص179

الفرع الثاني: التزامات السلطة المفوضة

تتجلى طبيعة العلاقة التشاركية في مجال التسيير الإداري المرفقي المعاصر في صورة اعتراف التشريعات للمفوض إليه بالتمتع بمجموعة من الحقوق والامتيازات التي تجعله في مركز مريح يمكنه من تأدية مهامه على أحسن وجه.

ذلك أن طبيعة العلاقة القائمة في ظل عقود التفويض المرفقي وإن كانت ترجح كفة الإدارة باعتبارها تتمتع بامتيازات السلطة العامة وهي بذلك توجد في مركز يؤهلها لفرض سلطانها الرقابي وإلزام المتعاقد معها بضرورة الالتزام ببند العقد فإنها في المقابل تسعى وبنفس الوسائل إلى إشراك الأفراد في اتخاذ الكثير من القرارات الحاسمة بشأن حياتهم اليومية وعليه فإن مقتضيات الشراكة تقتضي التآلف وتقدير الجهود وبالتالي الاعتراف للمتعاقد بأقصى حدّ ممكن من الحقوق التي تراعى فيها الضوابط الأخلاقية والأحكام القانونية بما فيها تلك التي تشكل عماد النشاط المرفقي المعاصر، كالحق في الحماية من المنافسة غير المشروعة مثلاً.

وبمعنى آخر فإن القانون الذي مكّن الإدارة من الاستمتاع بامتيازات السلطة العامة هو نفسه الذي رتب عليها تحمّل بعض الالتزامات في مواجهة المفوض إليه. وهي الالتزامات التي سنحاول التطرق إليها على النحو التالي:

أولاً: الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية

إن رغبة الإدارة في السهر على نجاح المشروع المفوض يعتبر بمثابة هدف وغاية في نهاية المطاف، لذلك فإنها تبذل ما بوسعها لاختيار أحسن العروض، ومن ثم العمل بكل ما أوتيت من سلطة إلى إسناد تسيير المشروع المفوض إلى شخص يحمل مواصفات ومؤهلات وقدرات تجعله في موقع ممتاز مقارنة بغيره من الراغبين في تولي شؤون تسيير المرفق العام، وهو هدف كافي

ليجعل الإدارة المفوضة في موقع أريحية يغيها عن بذل جهود إضافية في البحث عن متعاقد حتمي الوجود مع أنه قد يكون "مجهول الخصائص والقدرات" كما هو الحال بالنسبة للتفويض بألية التراضي البسيط.

أما بالنسبة للمفوض إليه فإن عدم معرفته المفصلة لشروط العقد أو تخوفه من عدم استقرار مركزه المالي واختلاله نتيجة رغبة الإدارة في فرض هيمنتها وسلطانها الناجم عن توجيهها للعقد بحجة حماية الصالح العام وتحقيق استقرار المرفق العام، كلها أسباب قد تبعث لديه شعورا بعدم الطمأنينة وتنعكس على إرادته ورغبته في التنفيذ الجيد المريح للعقد.

أمام هذه التخوفات فإن افتراض حسن النية أثناء التنفيذ بالنسبة لطرفي العقد يعتبر بمثابة قيمة مرجعية لا بد لطرفي العقد التآسي بها والاحتكام إليها في كل الأحوال.

بحيث لا بد من أن يجري تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من شروط بطريقة تتفق واعتبارات حسن النية في التعامل، ومع أنها مسألة موضوعية تخضع لرقابة قضاة الموضوع حيث يمكن اثباتها بكافة الوسائل الممكنة، على غرار مثلا التسهيلات المالية الممنوحة للمفوض إليه مثلا.

ومن أهم الالتزامات المفروضة على السلطة المفوضة في عقود التفويض، العمل على تنفيذ هذا العقد بمجرد إبرامه، ولا يحق لها أن تفسخ العقد بحجة التحلل من الالتزامات التي يفرضها عليها العقد وإلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية، ومن أبرز الشروط التي ينبغي على السلطة المفوضة احترامها في عقود التفويض، هو شرط عدم المنافسة إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات

الصالح العام خروج السلطة المفوضة على هذا الشرط، كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال وسائل تكنولوجية أكثر تطورا من المستعملة.¹

ولتنفيذ عقود تفويض المرفق العام بحسن نية أهمية خاصة في تشجيع الاستثمار في الحقل العمومي وجذب المستثمرين وزيادة الثقة في الإدارة العامة، وتطبيقا لهذا المبدأ يجب أن تقوم الدولة وجهاتها الإدارية بتنفيذ كافة البنود الواردة في عقد التفويض بحسن نية، ومن ذلك ضرورة التزامها بتسليم موقع بناء المرفق خاليا من أي مشاكل، ليتمكن من البدء في تنفيذ الأعمال المتفق عليها. ويترتب على إخلال السلطة المفوضة بمبدأ حسن النية حق المتعاقد في التعويض بما لحق به من ضرر دون إخلال بحقه الثابت في استرداد ما قدمه من تأمين نهائي.²

ثانيا: الالتزام بمنح التراخيص اللازمة للمفوض إليه

إن المفوض إليه وفي سبيل القيام بتسيير المرفق المسند إليه قد يحتاج إلى استحداث ارتفاعات إضافية أو إدخال تعديلات على أخرى أو توسعة المشروع أو القيام بأشغال تقتضيها طبيعة المشروع المفوض، ولأن الكثير من الانشاءات تأخذ طابعا مصنفا، فإن الحاجة إلى التراخيص والتصاريح المرتبطة بها سيكون ضروريا حماية للمنشآت وللغير ولغيرها من المصالح المحمية قانونا، لذلك يجب على السلطة المفوضة أن تمكن المفوض إليه من كل التراخيص اللازمة لاستغلال المرفق العمومي بما فيها تراخيص المرور عبر الارتفاعات وأيضا تلك المتعلقة بالاستفادة من إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة بناء على طلب و برعاية السلطة مانحة الترخيص.³

1 علي حسن عبد الأمير العامري، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، سنة 2021، ص158.

2 حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 631.

3 ياسين مقدم، مرجع سابق، ص 144.

ثالثا: التزام السلطة المفوضة بشروط العقد

يقع على السلطة المفوضة احترام ما تضمنته شروط العقد الصريحة منها والضمنية من تعهدات والتزامات وتنفيذها كلها وبدون تراخ، كما يقع عليها احترام ما يعد من مستلزمات هذا العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التفويض¹.

ولعلّ من بين الشروط التي يجب على السلطة المفوضة احترامها في هذا الصدد ما يلي:

- الالتزام بتنفيذ شروط وبنود العقد بمجرد ابرامه، فمثلا يجب عليها تسليم موقع المرفق العام للمفوض إليه من أجل الانطلاق في تنفيذ المشروع المفوض.

- التزامها باحترام مدة التنفيذ في عقود التفويض

لأنه غالبا ما يتضمن العقد أنواع مختلفة من مدد التنفيذ، فالمدة الإجمالية لتنفيذ عقد التفويض تختلف حسب نوعه: امتياز، أيجار، وكالة محفزة، تسيير.

بينما تشكل المدة الجزئية لتنفيذ الالتزامات القيد الثاني من المدد، فإذا كانت المدة محددة تحديدا واضحا، فعلى الإدارة أن تلتزم بتنفيذ التزاماتها خلال تلك المدة².

مما تقدّم يمكننا القول بأن التشريعات المقارنة اتفقت على الاعتراف للإدارة المتعاقدة بإمكانية تعديل العقد مبدأيا بدون شرط أو قيد، وذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ولكون المسألة تتعلق بإقرار تعديلات لمصلحة المرفق العام، فلا حاجة إذن لنبحث في العقد عن وجود شروط تمنحها هذا الحق وفقا للمبررات السالفة الذكر، مع أن إطلاق الأمر قد يترتب عليه مساس بحقوق المتعاقد المفوض إليه خاصة في الأحوال التي يؤدي فيها ذلك إلى إلحاق الضرر بمركزه المالي والذي يهدّد

1 سمية سلامي، النظام القانوني لعقود التفويض المرفق العام في الجزائر، مرجع سابق، ص. 211.

2 حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 638.

في بعض الأحيان مستقبلة المهني والاجتماعي، لذلك أضحي الاتجاه العام في التشريعات المقارنة المعاصرة يتجه إلى التخفيف من المبدأ وذلك من خلال إلزام الإدارة باتباع جُملة من الاشتراطات من أجل الاستمتاع بممارسة هذا الحقّ وفقاً لضوابط المشروعية الإدارية بعيداً عن أي تعسف أو حيف، وبما يؤدي في نهاية المطاف إلى ظهور الإدارة بمظهر المتعاقد الحسن النية.

لذلك تشترط تلك التشريعات تحقّق الضوابط التالية:

- أن تسند عملية التعديل إلى الهيئة مانحة التفويض.
- أن ينصّب التعديل على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام ومقتضيات الصالح العام.
- أن تنقيد الإدارة بوجود ألا يكون من شأن التعديل ان يطال موضوع العقد أو محله أو يؤدي إلى المساس بالتوازن المالي للعقد أو إلى اعسار المتعاقد بتكليفه ما يجاوز إمكانياته المالية والفنية.

المطلب الثاني: حقوق والتزامات المفوض إليه

على غرار السلطة المفوضة فإن المتعاقد المفوض إليه يتمتع بمجموعة من الحقوق وفي المقابل من ذلك فإنه يتحمل مجموعة من الالتزامات والتي تجد سندها كلها في الاتفاق المبرم بينه وبين الإدارة المفوضة.

ذلك أنه إذا كانت الإدارة المفوضة تبتغي من لجوئها إلى تفويض مرفق معين وإدارته بأي صورة من الصور المتاحة قانوناً بل والمستحدثة في إطار معطيات وظروف مستجدة، تستهدف تحقيق المصلحة العامة فإن المفوض إليه في الجهة المقابلة يسعى عن طريق هذا العقد إلى تحقيق مصلحته الخاصة، لذلك فإنه يقبل وفي الأحوال غير العادية يتحمل تبعات العقد ويحتكم لشروط الإدارة المتفق عليها ما لم تكن تعسفية أو تؤدي إلى الانتقاص من مركزه المالي وسمعته الفنية.

وهي الشروط والضوابط التي تفسر على أنها التزامات تضاف إلى ذمته وتدفعه إلى التنازل عن بعض المزايا في مقابل ما سيجنيه من فوائد من تلك العلاقة هذا من جهة، ومن جهة أخرى هي نفسها الالتزامات التي تجعله يقبل بالخضوع لرغبات الإدارة بما فيها حقها في فرض رقابتها وأحققتها في تعديل شروط العقد أيضا.

ولتفصيل أعمق لهذه الفكرة سنحاول بيان عناصرها من خلال التطرق إلى حقوق المفوض إليه في (الفرع الأول)، ثم نتناول بعدها التزاماته في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقوق المفوض إليه

إن المتعاقد مع الإدارة ليس إلا شخص يبحث من خلال تعاقدته على الحصول على أرباح مالية، فهو يروم بلوغ تحقيق ذلك المقابل وفقا لما تم التعاقد من أجله، لذلك يسعى إلى بذل ما في وسعه، بوسائله الخاصة، للتقليل من أثر تلك الشروط التي يشعر بسلطتها على نفسه.

عليه ورغبة منها في تحقيق نوع من التوازن العقدي مع المفوض إليه تقوم الإدارة المفوضة بتقديم بعض المزايا والتسهيلات للمتعاقد مقابل تقديمه لخدماته للجمهور من خلال المرفق المفوض إليه.

وهي حقوق يطغى عليها التجديد والقدرة على التطوير، على هذا النحو تتجاوز نظرية المرفق العام في مجال عقود تفويض المرافق العامة كل مرة دائرة الحقوق المعتادة والمألوفة والتي تشكلت في خضم تطور هذا النوع من العقود لتبتكر حقوقا جديدة، على غرار فكري الاحتكار والحماية من المنافسة.

وما دام أن اكتساب هذه الحقوق لصاحب التفويض تصب في تقديم الخدمة العمومية بواسطة التسيير السليم للمرفق المفوض، حيث أن بعض الحقوق ترتبط بالمنفعة العامة ومنفعة صاحب

التفويض وكذلك تكون أموال الإدارة تحت تصرفه، إنشاء اتفاقيات لتحقيق المصلحة العامة، والحماية من خلال حمايته من المنافسة الحصرية¹.

مع ذلك تشترك التشريعات المقارنة في تحديد دائرة هذه الحقوق حسب الظروف والأحوال، ولكنها لا تكاد في مجملها تخرج عما يلي:

أولاً: الحق في المقابل المالي

إن المقابل المالي للمفوض إليه وكما ذكرنا سابقاً يشترط فيه أن يرتبط بالنتائج المالية للاستغلال، فهو بذلك يمكن أن يؤدي حسب الشكل أو الصورة التي ينفذ فيها المشروع المفوض، فقد يأخذ شكل أتاوى أو تعريفات خدمة يدفعها المرتفقون أو شكل منحة تدفعها السلطة المفوضة، ويظل المصطلح الشائع في كثير من الأنظمة المقارنة مثل ما هو معمول به في فرنسا يعتد بمصطلح تعريفية تأسياً بالتعريف الذي أورده القضاء، و الذي عرفها على أنها: "اقتطاعات تؤدي من المنتفعين لتغطية أعباء مرفق معين أو نفقات لتشييد و صيانة منشأة عامة كمقابل لخدمة مؤداة من خلال المرفق أو من استخدام المنشأة"².

أ - الشروط الواجب توافرها في التعريفية: يشترط في التعريفية التي يحصل عليها المفوض إليه بوجه عام كمقابل للخدمات المؤداة نتيجة استغلال المرفق العام المفوض فيما يلي:

- أن تكون مقابل لخدمة مؤداة.

- أن تكون التعريفية متناسبة مع الخدمة التي يقدمها المرفق المفوض.

¹ جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، ص 579، نقلاً عن بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 210.

² راجع حيدر وليد جابر، مرجع سابق، ص 169 وللاستزادة أيضا راجع مصطفى السيد دبوس، مرجع سابق، ص 49.

- أن تستهدف تحقيق منفعة خاصة.

أمّا بالنسبة لتعريفه الخدمات في مجال عقود الامتياز وایجار المرفق العام فقد انقسم الفقه الفرنسي بشأنها، ففيما ذهب الاتجاه الأول إلى تكييف التعريف التي يدفعها المنتفعون بكونها ذات طبيعة لائحية تنظيمية، ذهب اتجاه آخر إلى تمييز طبيعتها من جهتين:

* في علاقة الإدارة بالمنتفعين فإنها تكييف على أنها علاقة لائحية لأن تقاضي المفوض إليه لهذا المبلغ جاء كنتيجة لتحقيق صالح المنتفعين من المرفق العام وهو ما يحتم تدخل الإدارة لتحديد السعر لكونها القائم الأصل على تحقيق المنفعة العامة.

* في علاقة الإدارة بالملتزم المفوض إليه فإن طبيعة رسوم الخدمة لا بد من ان تكييف بناء على العلاقة التعاقدية، وهذا معناه ان لا مجال للإدارة لأن تقوم بتعديل الأسعار بعيدا عن موافقة المفوض إليه.

ومن التطبيقات العملية في هذا المجال، ما أفتى به القضاء اللبناني حينما اعترف بالطبيعة المختلطة لهذه التعريف، حيث جاء في قرار لمجلس الشورى الدولة اللبناني على أنه: " ان التعريف ليست رسما و لا ضريبة و إنما هي اشتراك يدفعه المنتفعون لصاحب الامتياز لقاء قيامه بتسيير مرفق عام و أنه لما كانت غاية صاحب هذا الامتياز هي السعي وراء الربح من الأعمال التي يقوم بها في هذا السبيل، فإن التعريف التي تؤمن له المورد اللازم لتحقيق غايته تعتبر احدى العناصر التعاقدية الجوهرية التي لا يمكن تعديلها إلا باتفاق الطرفين"¹.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 189.

ب - ضوابط تحديد التعريف:

تتضمن عقود تفويض المرفق العام ودفاتر الشروط الملحقة بالعقد وضع ضوابط وأسس تحديد التعريف التي يلتزم بأدائها المرتفقون.

وهو الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانون Sapin لسنة 1992 في مادته 40 حيث نص على ضرورة إلزام أطراف العقد بتحديد التعريف التي تحصل من المنتفعين من خدمات المرفق العام ووضع ضوابط ومعايير لتعديلها في الظروف المستقبلية التي تلحق بالعقد.

وفي تونس ألزمت المادة 19 من قانون اللزمات أطراف العقد بضرورة تحديد المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب اللزمة نتيجة استخلاصه لفائدته مقابل الخدمات التي يسديها¹.

أما في الجزائر فإن المشرع نظم فكرة المقابل المالي حسب الشكل والصورة التي ينفذ فيها المشروع كما بيناه سابقا، حيث حصرها فيما يلي:

1 - المقابل المالي في عقد الامتياز

ويقصد به المقابل الذي يتلقاه المفوض إليه (صاحب الامتياز) نتيجة تسييره لعقد الالتزام، والذي يتجسد في صورة مجموعة الإتاوات التي يدفعها المرتفقون مقابل الخدمة المؤداة لهم، وهي مقابل نقدي ناتج عن الموازنة والتناسب بين ما يتحمله صاحب الامتياز من أعباء مالية ونفقات ناتجة عن إنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات واستغلال وغيرها من الأموال الموجهة لتسيير المرفق العام وصيانته عند دخوله مرحلة الخدمة، وبين ما يستهدف تحقيقه من عوائد مالية محددة في العقد.

¹ تنص المادة 19 من قانون اللزمات التونسي على أنه: "يحدد العقد المقابل المرخص لصاحب اللزمة في استخلاصه لفائدته مقابل الخدمات التي يسديها".

وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والفقرة 2 من المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18.

يتولى صاحب الامتياز استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته، ويقتضي أن يغطي المقابل المالي الأعباء التي تكبدها صاحب الامتياز وتحقق له الأرباح المنشودة.

كما قد يضمن عقد الامتياز دعماً مالياً من قبل الشخص العام، يتجلى في ضمان القروض أو مساهمات مالية أو تعويضات تعيد التوازن المالي للعقد¹.

2 - المقابل المالي في عقد الإيجار

يتجسد المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه في صورة أتاوى يدفعها مستعملو المرفق العام نظير الخدمة المقدمة من المفوض إليه شريطة ألا يستأثر المفوض إليه لنفسه بكل المقابل، وإنما يلتزم بأداء جزء منها في شكل اتاوة تؤدي سنوياً للسلطة المفوض مقابل استغلال واستهلاك قيمة التجهيزات والإنشاءات المؤجرة التي قامت بتنفيذها لصالحه من جهة ولتحقيق المنفعة العامة للمرتفقين من جهة أخرى، وهو أحد الخصائص المميزة لعقد الإيجار.

حيث نصت المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه: "المقابل المالي الذي يتلقاه المستأجر يكمن في الفرق بين الإيرادات التي يحصلها من المنتفعين والمقابل الذي يدفعه للشخص العام.

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 454.

3 - المقابل المالي في عقد الوكالة المحفزة

يتشكل المقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض إليه في عقد الوكالة المحفزة من تعريفات تدفع إليه مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحه ثابتة تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها جزء متغير يرتبط بنتائج استغلال المرفق و/ أو حصة من الأرباح عند الاقتضاء.

ويتولى المفوض إليه تحصيل التعريفات من المستفيدين من خدمات المرفق لحساب السلطة المفوضة حسب ما هو متفق عليه ضمن شروط العقد.

وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه: "يتكون المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه من جزء ثابت يحدّد في العقد وجزء متغير يرتبط بنتائج استغلال المرفق، وهذا ما يشكّل حافزا أمام المفوض إليه يدفعه إلى تحسين طرق استغلال المرفق وتحسين إنتاجيته".

من خلال استقراءنا لنص المادة 55 من المرسوم 199/18 يتضح بأن عقد الوكالة المحفزة يشتمل على مجموعة من الخصائص التي تميز هذا النوع عن غيره من عقود التفويض الأخرى:

- غلبة طابع التحفيز على العقد.
- يحصل المفوض إليه التعريفات لصالح الإدارة المفوضة.
- يتكون المقابل من جزء ثابت وآخر متغير يحدّد في العقد.
- تحدد قيمة التعريفات باشتراك طرفي العقد وفقا لنتائج الاستغلال.
- منح المفوض إليه سلطة اختيار طرق تطوير المرفق العام وتحسين إنتاجيته.

4 - المقابل المالي في عقد التسيير

هو المقابل الذي يتحصل عليه المفوض إليه من السلطة المانحة التفويض نظير تسييره وصيانته وبدون أي خطر يتحمله، بحيث يدفع إليه مباشرة أجر في شكل منحة تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يضاف لها منحة إنتاجية وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18.

هذا ويتولى المفوض إليه القيام بعملية تحصيل التعريفات وتحويلها إلى السلطة المفوضة التي تقوم بدورها بدفع الأجرة له والمحددة في العقد.

كما يمكن أن يحتفظ المفوض إليه بالإيرادات، فإن زادت عن المبلغ المحدد في العقد، يعاد الفرق إلى الشخص العام، وإن نقصت تدفع السلطة المانحة المبلغ المتبقي أمّا في حالة العجز تعوض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي¹.

ويتميز عقد التسيير عن عقد الوكالة المحفزة في أن المقابل المالي يحدّد في العقد بمبلغ مقطوع دون وجود لعلاوة تدفع من قبل الشخص العام إلى المفوض إليه ترتبط بنتائج الاستغلال.

لذلك فإن بعض الفقهاء الفرنسيين لم يدرجوا عقد التسيير ضمن عقود تفويض المرفق العام بالنظر إلى أن المقابل المالي المتمثل في المبلغ الجزافي ليس من مقتضيات وشروط التفويض بحيث لا يقوم على مبدأ انعدام الخطر وبالتالي عدم القدرة على تحميل المفوض إليه مخاطر الاستغلال ما يترتب عنها من أرباح وخسائر ممكنة التحقق والحدوث.

1 تتص المادة 56 فقرة 3 و4 على أنه: "...يدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية. ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح. وفي حالة العجز، تعوض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي"، راجع المادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18، مشار إليه سابقا.

كما أن للمفوض إليه إمكانية تحصيل التعريفات وتحويلها إلى السلطة المفوضة التي تقوم بدفع الأجرة المحددة في العقد، ويمكن أن يحتفظ المفوض إليه بالإيرادات، فإذا زادت عن المبلغ المحدد في العقد، يعاد الفرق إلى الشخص العام، وإن نقصت عن المبلغ المحدد تدفع السلطة المانحة المبلغ المتبقي¹.

ثانياً: حق المفوض إليه في الحصول على الامتيازات العقدية

تلتزم الإدارة في سبيل تسهيل مهام المفوض إليه بتقديم مجموعة من التسهيلات والمزايا من أجل حث المفوض إليه على بذل جهود كافية للارتقاء بالعقد إلى أقصى درجاته خدمة للمصالح العام الرامية إلى تقديم خدمات ذات جودة.

وتتحصّر هذه الامتيازات في تقديم المساعدات المالية على غرار القروض والمساعدات والتعويضات سواء في الحالات العادية أو في حالة حصول ظروف طارئة بالإضافة إلى أحقيته في التمتع بامتيازات السلطة العامة والحماية من المنافسة وانتهاءً بالحق في التوازن المالي للعقد.

وهي مجموعة الامتيازات التي يمكننا أن نحصرها فيما يلي:

أ - الحماية من المنافسة التي توفرها السلطة المفوضة

من أبرز الامتيازات التي تمنح للمفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام، ميزة عدم المنافسة من خلال منح المفوض إليه الحق في احتكار نشاط المرفق العام موضوع عقد التفويض².

1 مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 460.

² هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

الأردن، 2009، ص 274، نقلاً عن أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 156.

ويفهم من المنافسة في الاحتكار ذلك السند القانوني الذي أقره المشرع الواجب النص عليه في عقد التفويض بأن يتمتع المفوض إليه بهذا الحق، ومن تطبيقات الاحتكار القانوني الاحتكار الممنوح لشركة كهرباء وغاز فرنسا إذ منحها القانون حقا حصريا بالنسبة لمرفقي إنتاج وتوزيع ونقل الغاز والكهرباء.

ولا يتحدد تحقيق الحماية للمفوض إليه من المنافسة بحالة إقرار المشرع لها فقط، وإنما يمكن أن تتحقق من خلال وسائل أخرى، لأن معظم المرافق التي تدار بطريقة الامتياز أو عن طرق عقد إيجار المرفق العام تتطلب تراخيص لشغل الدومين العام كمرفق المياه والكهرباء والاتصالات وغيرها، وهذا يتطلب صدور إذن من الإدارة لاستعمال الأموال العامة مثل مدّ أنابيب المياه واستخدام الأرصفة والشوارع العامة لتوصيل خطوط الطاقة الكهربائية، وفي هذه الحالة يمكن للإدارة أن تتعهد للمفوض إليه بعدم منح تراخيص بشغل الدومين العام للمشروعات الخاصة المماثلة له في النشاط، وهو الأمر الذي يحق له الحماية من المنافسة من دون الحاجة إلى وجوب تصريح قانوني خاص بمنح الاحتكار¹.

ب - التسهيلات المالية التي يتمتع بها المفوض إليه

بالنظر إلى تعدد المهام وكثرتها وضخامة الاستثمارات الموجهة أحيانا لإدارة المرافق العامة المفوضة، فإن الإدارة قد تقدم له بعض التسهيلات المالية، والتي قد تتخذ اشكالا مختلفة على غرار المساعدات المالية المقدمة للملتزم في حال حصول ظروف طارئة لتمكين المتعاقد من تجاوزها ومنها أيضا تقديم التعويضات المالية عما يلحقه من اضرار لأسباب خارجية أو داخلية ومن ذلك تقديم القروض له على أن يسدها على دفعات.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 156.

وقد تتمثل المساعدات في شكل تحفيزات واعفاءات ضريبية، كما قد تقوم الإدارة بتوفير الأراضي اللازمة لإقامة المشروعات التابعة للمرفق، أو تضمن للمفوض إليه حد أدنى من الربح.

وتعد الشروط الخاصة بهذه المزايا المقررة الممنوحة للمفوض إليه على أنها عبارة عن شروط تعاقدية وليست ذات طبيعة تنظيمية لائحية ومن ثم لا يجوز للجهة الإدارية مانحة التفويض إلغاؤها أو تعديلها أو عدم الوفاء بها بإرادتها المنفردة، وإلا ترتب على ذلك قيام مسؤوليتها الموجبة لتعويض المفوض إليه، أمّا إذا كانت المزايا الممنوحة كلها أو بعضها جوهرية بحيث يستحيل أو يصعب تشغيل المرفق من دونها، كان للمفوض إليه حق فسخ العقد والمطالبة بالتعويض¹.

ثالثاً: الحق في التوازن المالي

ترتبط فكرة تسيير المرافق العامة أثناء التنفيذ بتقديم خدمات عامة لذا فإنها تقوم على قاعدة المخاطر التي لها علاقة بنفقات التسيير، وهذا بناء على استثمار أمواله نتيجة لاستغلاله لإدارة المرفق العام، بحيث يتحمل المفوض إليه كل التبعات من ربح وخسارة.

إلا أن تطبيق هذه القاعدة لا يعني التخلي المطلق عن المشاركة في تحمل جانب من المخاطر التي قد تطرأ على عملية استغلال المفوض إليه ولذلك فإن الفقه والقضاء قد استقر على إلزام الإدارة بالمحافظة على التوازن المالي لعقد التفويض².

إذا أساء في إدارة المرفق العام أو أخطأ في تنفيذ تعهداته وناله ضرر بسبب هذا الخطأ فلا تلتزم السلطة المفوضة بتعويضه، أمّا إذا كان ضياع حقه في هذا القدر من الربح المعقول ناشئاً

¹ علي حسن عبد الأمير العامري، مرجع سابق، ص 182.

² أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 162.

عن فعل السلطة المفوضة نفسها، أو عن ظروف خارجة عن إرادته ولم تكن متوقعة وقت التعاقد، فإن السلطة المفوضة تكون ملزمة بمنحه تعويضا عادلا يحفظ للعقد توازنه المالي¹.

إن استغلال صاحب التفويض لمرفق عمومي ما بمقتضى عقد التفويض لا يخلو من المخاطرة، والمقصود بالتوازن المالي للمرفق العمومي محلّ التفويض، كأن تقوم السلطة المختصة بمنح التفويض بإجراء تعديلات جوهرية في نظام سير المرفق العمومي أو تخفيضات بليغة في أسعار الخدمات، بحيث ينجم عن ذلك خسائر وأضرار تصيب صاحب التفويض، الأمر الذي يخوّل له الحق في الرجوع إلى الإدارة لإعادة التوازن المالي، وفقا لنظرية فعل الأمير².

وفي ذلك السياق تنص المادة 140 من قانون المياه أنه: " في حالة ما إذا أدى تطبيق الالتزامات العارضة إلى أسعار لا تتوافق والتكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الامتياز أو المفوض له، يمكن أن يمنح له تعويض مالي يساوي الأعباء المالية التي تحملها في هذا الصدد".

وللتوازن المالي مفهوم واسع يتعدى مفهوم تغطية أعباء التسيير، بل يمتد ليشمل الأرباح بمعنى تحقيق المستثمر لأهدافه من الاستثمار وهذا ما أقرّه مجلس الدولة الفرنسي³، الأمر الذي جاء تعليق الأستاذ الفقيه جيز JEZE في تعليقه على قرار مجلس الدولة الصادر في قضية VILE DE AOULON "تحتسب العائدات بطريقة تؤدي إلى تغطية نفقات الاستغلال" فالتوازن المالي للامتياز يؤمن لصاحب الامتياز تغطية نفقاته وتحقيق عائدات معقولة وأرباح طبيعية، فكل امتياز لمرفق عام يضمن توازن مالي⁴.

¹ حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 695.

² جمال رواب، واقع عقد الامتياز في مجال المياه، نقلا عن سمية سلامي، النظام القانوني لعقود الامتياز في الجزائر مرجع سابق ص220.

³ CE 30 juin 1999, SMITOM, Op.Cit, AJDA 1999, P714.

⁴ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص330.

إن توفر التوازن المالي للعقد ليس بالمسألة الهينة وإنما هي عملية متشعبة ومتجددة، فهي يمكن أن تثار في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، ومعالجتها تختلف باختلاف وقت قيامها، وأن أسباب قيامها سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية ليست واحدة ويترتب على ذلك اختلاف طرق وأساليب تحقيق المحافظة على التوازن المالي¹.

وسيمت التطرق إلى جملة من الشروط الواجب توفرها في نظرية فعل الأمير، أو شروط نظرية الظروف الطارئة، وأخيراً نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

أ - نظرية فعل الأمير كأساس للتعويض

عرف الفقيه فالين عمل الأمير بصفة عامة بأنه: "عمل يصدر عن سلطة عامة بدون خطأ من جانبها، ويترتب عليه اختلال مركز المتعاقد في عقد إداري يؤدي إلى إلزام الجهة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن سائر الأضرار التي لحقته من جراء ذلك، بما يعيد التوازن العقدي"². لقد كان لمجلس الدولة الفرنسي دوراً كبيراً وحاسماً في ابتكار هذه النظرية من أجل وضع حدٍ للمخاطر الاستثنائية التي ترافق تنفيذ العقد، وقد اختلفت تلك الحلول باختلاف مصدر المخاطر تحت مسمى نظريات إعادة التوازن المالي للعقد، وهي المخاطر التي تطرأ أثناء عملية تنفيذ العقد، على هذا النحو لعبت نظرية فعل الأمير دوراً كبيراً في تقديم الحلول اللازمة لتدارك اختلالات العقد. على هذا الأساس فإن تطبيقاتها موجودة في بعض الأقضية المقارنة بما فيها القضاء العربي، حيث عرّفها القضاء الإداري المصري في حكمه الصادر بتاريخ 1956/06/30 على أنها: "كل

¹ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 162.

² Wallin, M., trité de droit administratif, 6ed, p.642.

إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية.

وهذه الاجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة¹.

إن هذه التصرفات غير المتوقعة في ظروف عادية يمكن أن تكون خاصة، ففي هذه الحالة يعوّض بالكامل المستثمر على الأضرار اللاحقة به، وفقاً لهذه النظرية، أما إذا كانت تصرفاتها عامة فلا تؤدي حتماً إلى ترتيب التعويض².

1 - شروط تطبيق النظرية:

- * وجود عقد إداري وفق المعيار المتفق عليه فقها وقضاء.
- * صدور فعل ضار عن الجهة المتعاقدة.
- * أن يترتب عن عمل الأمير ضرر خاص بالمتعاقدين بغض النظر عن مقدار الجسامة.
- * ألا يشكّل عمل الأمير خطأً من جانب الإدارة المتعاقدة وإنما ينشأ عن المسؤولية العقدية بدون خطأ.
- * يجب أن يكون العمل الضار غير متوقع في جانب الإدارة.

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 576.

² وليد حيد جابر، مرجع سابق، ص 335.

2 - أثر نظرية فعل الأمير في مجال عقود تفويض المرفق العام

تتلخص آثار هذه النظرية في أن الإدارة المتعاقد تلتزم بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي تسببت فيها، والتي أدت إلى اختلال التوازن المالي لعقد التفويض، فالتعويض يكون هنا كاملاً يقدره القاضي وفقاً لمبدأ ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة.

ب - نظرية الظروف الطارئة

قد يحصل أن تحدث خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وقت انعقاده مما أدى إلى اختلال توازنه المالي اختلالاً خطيراً بحيث أن تنفيذ الالتزام وإن لم يكن مستحيلاً فإنه أصبح مكلفاً وأكثر إرهاقاً للمفوض إليه.

حينها أجازت الكثير من التشريعات للمتعاقد المرهق مطالبة الإدارة بالإسهام معه في تحمّل النتائج المترتبة عن ازدياد الأعباء الناتجة عن تلك الظروف بتعويضه ولو جزئياً ولمدة مؤقتة عن الخسارة التي لحقت مع مراعاة الظروف المحيطة بالعقد أو بالقيام بتعديل شروط العقد من أجل تدارك الخسارة، وإمكانية إرجاع التوازن المالي إلى الحدّ المقبول والمعقول فنياً ومالياً واقتصادياً الأمر الذي يُوجب على السلطة المفوضة التدخل والتعويض بصورة جزئية قصد المحافظة على التوازن المالي وتأمين سير المرفق العمومي وتعتبر هذه النظرية من صنع القضاء الفرنسي¹.

تعود هذه النظرية، لقضية "غاز بوردو" حيث أصدر مجلس الدولة الفرنسي القرار الذي يعتبر الأساس في تحديد معالم نظرية الظروف الطارئة، وأعقب مجلس الدولة هذا القرار بقرارات عديدة طبّق فيها هذه النظرية ليطورها ويوسّع نطاق تطبيقها، فامتد إلى العقود الإدارية جميعها ولم يقتصرها على الظروف الاقتصادية التي تطرأ على تنفيذ العقد، وتكون أجنبية تماماً عن الإدارة والمتعاقد

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 333.

معها، بل طبّقها على الظروف الطارئة كافة التي تؤدي إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد سواء كانت هذه الظروف اقتصادية أم طبيعية أم سياسية، مما وسّع من نطاق تطبيق النظرية¹. ومن هذا المنطلق وحسب قرارات مجلس الدولة فإنه يجب توفّر شروط تطبيق هذه النظرية.

1 - شروط تطبيق النظرية

من خلال استقراءنا لموقف القضاء الفرنسي من أعمال نظرية الظروف الطارئة، يتضح لنا بأن تطبيق هذه الفكرة لا يستقيم إلا بناء على توافر مجموعة من الشروط والضوابط المحددة والتي يمكن أن نجملها فيما يأتي:

* حدوث ظرف طارئ يؤدي إلى اختلال التزامات أحدهما ويجعلها أكثر ارهاقا فتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع ان يتحملها أو يدفعها لوحده.

* كما يجب أن تتوافر في الظرف الطارئ عناصر يتحدد من خلالها مدلوله، لذلك استقر رأي مجلس الدولة الفرنسي على ان الظرف الطارئ في مفهوم هذه النظرية يجب ان يكون من طبيعة اقتصادية ومستقل عن إرادة أطراف العقد وان يشتمل على مخاطر ذات صفة طبيعية أو تكون الإدارة مصدرها².

* أن يكون من شأن الظرف الطارئ الاخلال بالتوازن المالي للعقد اختلالا جسيما فلا تطبق هذه النظرية إذا ترتب عن الظرف الطارئ قلب اقتصاديات العقد بشكل نهائي، لأننا نكون في هذه الحالة أمام استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة كما سنأتي على بيانه لاحقا.

¹ أبو بكر أحمد عثمان - عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 180.

² ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 257.

2 - الآثار المترتبة عن تطبيق النظرية في مجال عقود تفويض المرفق العام

إن مسوغات ابتداء مجلس الدولة لنظرية الظروف الطارئة تجد سندها في رغبة الإدارة البحث عن حلول لازمة تتوافق مع أهداف النشاط المرفقي، حيث يلعب مبدأ حسن سيره بانتظام واضطراد دورا هاما في ابتكارها، لذا تتحدد آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة على هذا النحو بما يأتي:

* ضرورة استمرار تنفيذ المتعاقد لالتزاماته ودون توقف بالرغم من وجود ظرف الطارئ.

* استحقاق المتعاقد للتعويض

ومن أمثل الظروف الطارئة، وقوع كوارث طبيعية مثل الزلزال والفيضانات، وقوع اضطرابات ومظاهرات داخلية، ارتفاع أسعار سلع معينة يحتاج إليها المفوض إليه في تنفيذ العقد، إضراب عمالي جماعي، فرض حصار اقتصادي على الدولة، مما يكون له أثر على الظروف الاقتصادية بوجه عام، وعلى الأحوال المالية للمفوض إليه مع السلطة المفوضة بوجه خاص.

ج - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

بالإضافة إلى نظرتي فعل الأمير والظروف الطارئة، قد تعترض المفوض إليه ظروف أخرى تتمثل في الصعوبات المادية غير المتوقعة حيث يمكن للمفوض إليه التأمين ضد هذه المخاطر بسببها.

فإذا صادف المفوض إليه خلال تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية غير عادية واستثنائية وغير مألوفة تعرقل التنفيذ بحيث لم يكن بالإمكان توقعها وقت إبرام العقد، فجعلت من تنفيذ العقد مرهقا، فيحق للمفوض إليه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار المترتبة عن هذه الصعوبات¹.

¹ راجع ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص182.

ولعلّ من الأمثلة الشائعة في هذا المجال الحالات التي يتصادف فيها تنفيذ بعض المشروعات والانشاءات المرتبطة بالمرفق العام محلّ التفويض، بصعوبات لم تكن متوقعة على غرار صعوبات نزع الصخور الضخمة أو غمر مياه السد لأرضيات المنشآت أو تواجد آبار إرتوازية في مكان تنفيذ الأساسات إلخ، بحيث يؤدي التعامل معها إلى زيادة الأعباء النفقات والتي تؤدي في نهاية المطاف إلى إرهاب المتعاقد.

لذلك فإننا نجد أكثر التطبيقات القضائية لهذه النظرية تلك التي تتعلّق بمنازعات الأشغال العامّة، وهو الموقف الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ سنة 1944 خلال رفضه حال فصله في قضية تعويض متعاقد عن أضرار تسبب فيها زلزال عنيف أدى إلى قطع كابلات ممتدة تحت المياه، حيث الحق به اضرار مالية يصعب جبرها.

حيث قضى ذات المجلس بتكليف الوقائع على أنها تخضع من حيث التقرير والتقدير لنظرية الظروف الطارئة ولا تعتبر من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة.¹

1 - شروط تطبيق النظرية

بالنظر إلى تطبيق نظرية الصعوبات المادية في مجال عقود الأشغال العامة، يرى الفقه الفرنسي أنه لا يوجد تطبيق لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، إلا أن جانب من الفقه يتحفّظ على هذا الرأي بعدم وجود أسباب مقنعة تحول دون إعمال النظرية في نطاق العقود الإدارية الأخرى، مادام أن تتوافر شروط تطبيقها.²

وبهذا يمكن حصر شروط تطبيق هذه النظرية في النقاط التالية:

¹ راجع ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 219-220

² أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 180.

- يجب أن تكون الصعوبات من طبيعة مادية مثل طبيعة الاراضي التي تنفذ فيها الأشغال.
- يجب أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين.
- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد.
- أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي.
- أن تؤدي الصعوبات إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا، لأنه في هذه الحالة الأخيرة نكون أمام حالة القوة القاهرة.

2 - آثار تطبيق النظرية في مجال عقود تفويض المرافق العامة

متى توافرت شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حق للمفوض إليه مطالبة الإدارة المفوضة بالتعويض.

والتعويض هنا يجب أن يكون كاملا يشمل ما حقق المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة، على أن يلتزم المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية بالرغم من وجود تلك الصعوبات.

فهو مجبر على ألا يتوقف عن التنفيذ إلا إذا أصبح هذا الأخير مستحيلا استحالة مطلقة، في هذه يتحول الوضع من صعوبات مادية غير متوقعة إلى حالة القوة القاهرة.

ذلك أن استمرار المتعاقد بالتنفيذ بالرغم من كل الظروف والصعوبات يجد تبريره في اعتبارات حسن سير المرفق العام دون توقف وبالتالي تقديم الخدمة للمرتفقين.

الفرع الثاني: التزامات المفوض إليه

على اعتبار أن المفوض إليه يتمتع بالحقوق في تنفيذ عقد تفويض المرفق العام، يقابله جملة من الالتزامات والمسؤوليات من أجل السير الحسن والتنفيذ السليم لعقد التفويض لضمان تقديم خدمة عمومية ذات جودة وفق السير المضطرب بانتظام للمرفق العام.

أولاً: التزام المفوض إليه بتنفيذ العقد بصورة شخصية ودون مناولة للغير

تتحدّد الالتزامات الأساسية للمفوض إليه في القيام باستغلال المرفق العام محلّ التفويض بنفسه ويقتضي تحقيق هذا الالتزام من المفوض إليه، أن يتحمّل مسؤولية الاستغلال للمرفق العام من جهة وأن يقوم بتنفيذ التزامه باستغلال المرفق بصورة شخصية¹.

يعدّ المفوض إليه المسؤول الأول والمباشر على تنفيذ عقد تفويض المرفق العام، لهذا يجب عليه أن يبذل جهوداً صادقة وجدية من أجل تحقيق الأهداف المتفق عليها، وذلك من خلال اتخاذ كل التدابير اللازمة الكفيلة بضمان حسن سيره مع ضمان التكفل التام بصيانتته كل ذلك لا بد من أن يتم من قبله شخصياً وبإنفسه، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها محله ولا أن يتعاقد مع الغير بشأنها من الباطن إلا بعد الحصول على موافقة الجهة المانحة التفويض وهو المسلّم به فقهاً وقضاءً².

لأن التنازل أو المناولة أو التعاقد من الباطن من غير هذه الموافقة يعتبر اهداراً وتجاوزاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري.

¹ أبو بكر أحمد عثمان - عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 173.

² عبد المنعم عبد اللطيف مشرف، مرجع سابق، ص 52.

ذلك أن الإدارة عندما تتعاقد مع المفوض إليه فإنها تضع في الحسبان والاعتبار شخصيته والتي تتأثر بعوامل ومزايا معينة بما فيها قدراته المالية واحتكاره للمعارف العلمية والمؤهلات التقنية التي تجعله متميزاً عن غيره وتمنحه حق الأفضلية والسبق في الفوز بالعقد.

فالإدارة تعاقدت معه وهي تعلم يقيناً بأن تلك المواصفات تلعب دوراً كبيراً في تحقيق غاياتها وأهدافها من العقد حيث تزداد امكانيات استمرار بقاء المرفق العام مقارنة بالأحوال التي تنعدم فيها هذه الامكانيات.

غير أنه أثناء اشراف المفوض إليه على تسيير المرفق قد تطرأ مستجدات قد يبدو البعض منها مؤثر في قلب واختلال العقد، فيما يمكن تدارك البعض الآخر بسبب أثره اليسير على حسن سير المرفق المفوض.

في هذه الحالة يصبح للإدارة الحق في إنهاء العقد حسب الظروف والأحوال، من خلال رقابتها وتأكيدها من حجم الأثر الذي يتركه ذلك المتغير على المرفق والعقد في نهاية المطاف، لتجد نفسها إما مجبرة على قبول إحلال مفوض (عارض) تتوافر فيه نفس شروط المفوض الأصلي عند تنفيذ العقد أو فسخ العقد واللجوء إلى التعاقد من جديد بنفس الشروط السابقة أو عن طريق اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط وغيره من الأساليب المتاحة لها.

من هنا يظهر الإشكال واضحاً والتساؤل قائماً حول موقف الهيئة المفوضة من المناولة أو الإحلال أو التعاقد من الباطن، خاصة في حالة رفض الموافقة على تنازل المفوض إليه عن العقد؟

لقد حاول التشريع والقضاء تقديم الاجابة على هذا التساؤل من خلال اجتهادات مجلس الدولة

الفرنسي بشكل خاص كما يلي:

- إن المفوض إليه إذا تقدّم بطلب الموافقة على التنازل على العقد فيجب على الإدارة أن تجيبه في ميعاد مناسب، بحيث لا يجديها نفعاً التزام السكوت وإلا عد ذلك تقصيراً في جانبها تتحقّق معه مسؤوليتها.

- لا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض بل لا بد من أن يبني الرفض على أسباب معقولة تتعلّق بتحقيق المصلحة العامّة كردها بضعف المركز المالي للمتعاقد الجديد أو عدم توافره على الخبرة والمؤهلات التقنية اللازمة لإدارة المشروع المفوض.

لأنها في الحالة العكسية ستعرض قرارها برفض المناولة والتنازل من قبل المتعاقد للإلغاء القضائي حيث يمكن للمتعاقد المفوض إليه صاحب الطلب بعدها المطالبة بالفسخ بسبب خطأ الإدارة بالإضافة للحكم له بتعويض عادل جراء هذا الرفض¹.

ترتّباً على هذا كله يتضح من موقف مجلس الدولة أنه إذا كان يستند في رفضه على أسباب وجيهة تتعلّق بمصلحة المرفق جاز لها رفض الطلب، وبالتالي فإن قيام المفوض إليه بالتنازل على التزاماته يعدّ خرقاً للعقد في هذه الحالة وهو ما يستوجب منه التعويض، أمّا في حالة حصوله على الموافقة من الإدارة المانحة التفويض فإنه سيحلّ المتعاقد الجديد محلّه فيتحمل التزاماته ويتمتع بحقوقه، ومع ذلك تشترط معظم العقود الإدارية في فرنسا ضرورة بقاء المتعاقد الأصلي ضامناً للمتعاقد الذي حل محله².

وهذا ما أكّده المشرّع الفرنسي للتنازل الجزئي في الأمر رقم 2016/65 المتعلق بعقود الامتياز لاسيما المادة 54 منه "يجوز لصاحب الامتياز أن يعهد إلى طرف ثالث جزء من الخدمات أو

¹ عبد العليم عبد المجيد مشرف: دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، دار النهضة العربية، 1998، ص 76-77

² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 404.

الأشغال الواردة في عقد الامتياز، بشرط أن يظلّ مسؤولاً عن أداء جميع الالتزامات الناشئة عن عقد الامتياز"، وبهذا قدّم المشرّع الفرنسي تعريفاً للتنازل الجزئي إلا أنه حسب المادة 38 من نفس الأمر 2016/65، أن التنازل لا يتجاوز 10% من القيمة الإجمالية لعقد الامتياز، حيث يعتبر شرط من شروط المناولة في القانون الفرنسي.

وهو الموقف الذي سايره المشرّع الجزائري وبعض الأنظمة العربية المقارنة، حيث نصّت المادة 70 من المرسوم التنفيذي 199/18 بأنه: "لا يمكن للمفوض إليه المستفيد من تفويض المرفق العام أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر.

غير أنه، إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يُمكن للمفوض إليه اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة".

فيما نصّ المشرّع المغربي على تبني هذا الموقف تحت مسمى "تفويت عقد التدبير" حيث نصّ في المادة 11 فقرة 2 على عدم جواز تفويت عقد التدبير المفوض المبرم من قبل الجماعات المحلية وهو الموقف نفسه للمؤسسات العامة مع الغير، سواءً كان ذلك بصفة كلية أو جزئية إلا بعد الموافقة الكتابية للمفوض ووفقاً لشروط عقد التدبير.

وفي حالة قبول الإدارة المفوضة بالتفويت، يتعيّن على المفوض إليه تحمّل كافة الالتزامات التي تعاقد بشأنها المفوض¹.

1 تنص المادة 11 فقرة من قانون التدبير المفوض على أنه: "لا يجوز تفويت عقد التدبير المفوض المبرمة من قبل الجماعات المحلية بالنسبة للمؤسسات العامة لا يجوز تفويت عقد التدبير المفوض إلى الغير بصفة كلية أو جزئية الا بعد موافقة المفوض على ذلك كتابة، ووفق الشروط المحددة في عقد التدبير المفوض وإذا تم الاذن بالتفويت يتعين على المفوض إليه تحمّل كامل الالتزامات التي تعاقد بشأنها المفوض"، راجع المادة 2/11 من قانون التدبير المفوض مشار إليه سابقاً.

أما المشرع التونسي فقد نظم مجال المناولة تحت مسمى "الإحالة" في المادة 29 من قانون اللزمات التونسي حيث نصّ على أنه: "يبرم عقد اللزمة على أساس الصفات الشخصية لصاحب اللزمة ولا يخول له حق استثنائي إلا في الحالات وحسب الشروط التي يضبطها العقد ولا يمكن إحالة اللزمة للغير خلال مدة تنفيذها إلا بعد الحصول على الموافقة المسبقة والكتابية لمانح اللزمة، وتكون الإحالة موضوع عقد يُبرم وفقا لأحكام الفصل 9 من هذا القانون"¹.

ما يستفاد من خلال استقراءنا لأنماط السلوك التشريعي السالفة الذكر أنها اتفقت على ضرورة عدم جواز تفويض المرفق العام من قبل المفوض إليه مطلقا، لكن إذا دعت إلى ذلك مقتضيات التسيير يمكن للمفوض إليه أن يلجأ إلى طلب المناولة أو التقويت أو الإحالة للغير بعد تقديم طلب من المفوض إليه وحصوله على الموافقة المسبقة والكتابية للسلطة مانحة التفويض وأن يكون جزئيا وليس كليا.

لكنها اختلفت فيما بينها من حيث شروط إبرام هذه المناولة أو الإحالة أو التقويت، ففيما ذهبت فرنسا والجزائر والمغرب إلى تضمينها ضمن بنود العقد أو دفتر الشروط، اتجهت تونس إلى ضرورة إبرام اتفاق التحوّل في عقد آخر كما أن المشرع الجزائري ضمن هذا الإجراء يقتصر على عمليات الإنجاز والافتاء فقط بالإضافة إلى الشروط التالية:

- ألا تتجاوز المناولة حدود 40% من اتفاقية تفويض المرفق العام، لكيلا يخل التوازن بجوهر العقد أو الاتفاقية.

- وجوب إخضاع اختيار المناول أو المناولين إلى الموافقة المسبقة للسلطة المفوضة، كمراجعة المناول وإجراء رقابة عليه ما إذا كان يشكّل خطرا على المرفق العام.

¹ راجع المادة 29 من قانون اللزمات التونسي، مشار إليه سابقا.

ثانيا: التزام المفوض إليه بنقل التكنولوجيا الحديثة

حتى تضمن الدولة إشباع حاجيات المرتفقين بتوفير خدمة عمومية ونظرا للعبء الذي يُثقل كاهل ميزانية الدولة، تدخلت في إبرام عقود تفويض المرفق العام للمفوض إليه من أجل إدارة مشاريع عقود التفويض نظرا للتكلفة المالية المرتفعة، هذه المشاريع تتطلب استخدام التكنولوجيا المتطورة التي تكون تكلفتها باهظة، كما أنها تهدف أيضا إلى الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في المجالات الفنية والتقنية المتطورة عن طريق استخدام التقنيات الحديثة في تسيير وإدارة هذه المشاريع بما يعود بالمصلحة على أطراف العقد.

فالدولة تتجلى مصلحتها في الحصول وتحقيق أكبر هامش من التنمية لمجتمعاتها، أمّا مصلحة المفوض إليه فتتصرف إلى تحقيق أكبر قدر من العوائد المالية والأرباح، فضلا عن الخبرة التي يتحصل عليها من خلال التعاقد وانتهاءً بالامتيازات¹.

ثالثا: التزام المفوض إليه بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق خلال تنفيذ العقد

يجب أن يقوم المفوض إليه دوريا بصيانة تلك الممتلكات طيلة مدة تنفيذ العقد، حتى تسترجعها السلطة المفوضة وهي بحالة جيدة وصالحة للاستعمال، لذلك فهو مُجبر على توخي واجبات الحيطة في التعامل معها واتخاذ كل التدابير اللازمة من أجل حمايتها وعدم تعريضها للهلاك أو الضياع. فالالتزام بالصيانة التزم مفترض ولا يحتاج إلى نصّ أو إشارة إليه ضمن بنود العقد تحت طائلة المسؤولية، وفي حالة الإخلال به، جاز للإدارة ممارسة حقها في التنفيذ على الضمانات

¹ أحمد حرير، "النظام القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ودوره في تمويل الاستثمار في مجال البنى التحتية"،

مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بجليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، المجلد 7، ع 1، 2018، ص 94.

المقدّمة من قبل المفوض إليه وذلك من مجموع أموال وحسابات الملتزم عند التصفية نتيجة تقصيره وعدم اتخاذه لواجبات الحيطّة المتوخاة والمتبعة في هذا السياق.

فإن الإدارة واستنادا إلى سلطتها في الرقابة أن تُجبر المفوض إليه على القيام بكافة الإصلاحات والصيانة اللازمة للمرفق، لأن قاعدة استمرار سير المرافق العامّة بانتظام واضطراد تقضي بأن تكون المرافق صالحة لأداء الخدمة المنوطة بها في كل وقت، وإهمال المفوض إليه في الصيانة يعرض المرفق للتوقف عند نهاية المدة¹.

رابعاً: الالتزام بدفع إتاوة للجهة المفوضة

في مقابل ما يتحصل عليه المفوض إليه من عوائد مالية وتسهيلات لقاء استغلال وتشغيل وصيانة المرفق العام، يلتزم بدفع إتاوات لصالح الجهة المانحة للتفويض، ويتجلى هذا الالتزام بوضوح في بعض صور التفويض كما سبق بيانه، لاسيما في عقود الإيجار التي يظهر فيها هذا الأسلوب بشكل بارز.

ومع ذلك، فإن الأمر لا يمنع من اعتماد هذا النهج أيضاً عند إدارة بعض المرافق المفوضة في إطار أشكال أخرى من التفويض، مثل عقود الامتياز، حيث يلتزم الملتزم بدفع إتاوة للسلطة المفوضة.

وبما أن المفوض إليه في عقد الإيجار لا يتولى إنشاء المرفق العام ولا تمويله، وإنما يقتصر دوره على استغلاله وصيانته، في حين تتحمل السلطة المفوضة نفقات إنشاء وتجهيز المرفق، فمن المنطقي أن يتحمل المستأجر جزءاً ولو يسيراً من تلك النفقات عبر ما يدفعه من مقابل مالي في شكل إتاوة سنوية، تُعدّ تعويضاً جزئياً لما أنفقته السلطة في إنشاء وتجهيز المرفق محل التفويض.

¹ حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 920

ويُلاحظ الوضع ذاته في عقود الامتياز، حيث يلتزم المفوض إليه بدفع إتاوة للسلطة المفوضة مقابل ما يجنيه من مزايا مالية من العقد، مع وجوب مراعاة الفوارق في طبيعة الالتزامات والحقوق المترتبة على كل نوع من أنواع التفويض كما أشرنا إليه سابقًا.

المبحث الثاني: نهاية عقد تفويض المرفق العام

إن إشراك الإدارة للمفوض إليه في تسيير المرافق العمومية يهدف بالدرجة الأولى إلى تمكينه من استغلال المرفق بشكل يتلاءم وطموحات الهيئة المفوضة في تحقيق المصلحة العامة التي تعد هدفًا وغاية تسعى إلى تحقيقها في جميع الأحوال.

بل إن فكرة الوضع الاحتكاري والاعتبار الشخصي التي أخذت لها صدى في العقود الإدارية والتي أضحت تشكل اعتبارًا وأساسًا تقوم عليها مقتضيات الحق في الحماية من المنافسة أثناء إبرام هذه العقود.

إن مثل هذه المفاهيم أصبحت بمثابة شروط تعول الإدارة مانحة التفويض على تحقيقها من أجل الإستفادة من التطور العلمي والمعرفي والقدرة على الابتكار وغيرها من الامكانيات الفنية والمالية والمهنية التي يتمتع بها المفوض إليه. والتي قد تكون كلها أو بعضها أدوات كافية لتحسين الخدمة العمومية والوفاء بمتطلبات المرفق العام.

ولكون تحقيق هذه الغايات يقتضي أخذ الأمر بجدية فلا مجال هنا للخطأ ذلك أن أي إخلال بمبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام، يعني قيام المسؤولية في جانب المتعاقد أو الإدارة المفوضة على حسب الظروف والأحوال، والذي ينتهي في كثير من الأحيان وفي غير الأوضاع العادية كالقوة القاهرة، إلى وضع حد للعلاقة التعاقدية قبل نهايتها المفترضة والمحددة في العقد كمدة لا يجوز الخروج عن نطاقها الزمني إلا ضمن الاستثناءات والأحوال التي يحددها القانون أو الظروف.

وعليه فإن انتهاء العقد بأسبابه المختلفة يعد ايذانا بتحول العلاقة التعاقدية من حالة التنفيذ إلى حالة التوقف عن التنفيذ واستحالته، وفي المقابل من ذلك فإن وضع جديد سيجري عن هذه النهاية بحيث تنشأ مجموعة من الحقوق والالتزامات التي تثير تساؤلات بشأن الوضع القانوني للممتلكات والأموال الموجودة أو التابعة للمرفق، والتي تم وضعها من قبل الهيئة المانحة التفويض في متناول المفوض إليه أثناء مرحلة تشغيل المرفق أو تلك التي انجزها وأنشأها بنفسه بموجب عقد التفويض هذا بحيث تعتبر أمواله الخاصة.¹

لذلك ونظرا للأهمية التي يلعبها الانقضاء في تحديد وتثبيت أو إزالة تلك الآثار وإنهاءها، فإنه من المهم التطرق إلى هذه الوضعية القانونية وبيانها من خلال التعرض لحالات انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام في المطلب الأول لنعرج بعدها إلى تناول حالات تحول ممتلكات وأموال المرفق العام المفوض في مطلب ثاني.

المطلب الأول: حالات انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام

يقصد بالإنهاء الانقضاء الفعلي لسريان العقد، وهو بهذا المفهوم قد يكون طبيعياً نتيجة لانتهاء مدة العقد أو بسبب اخلال وتخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته أو كنتيجة لتعذر التنفيذ بسبب القوة القاهرة والتي تجعل التنفيذ مستحيلاً.

وفي كل الأحوال تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في إنهاء العقد وإبرادتها المنفردة بينما يقتصر دور المفوض إليه بأن يسلك الطريق القضائي واستصدار حكم لمصلحته قاضي بفسخ الرابطة التعاقدية قضائياً أو ما يصطلح عليه بالانفساخ.

¹ علي حسن عبد الأمير العامري، مرجع سابق، ص 218

وقد عرف الفقه الفرنسي إنهاء العقد على أنه "قرار أحادي الجانب يتخذه الكيان العام بما يملكه من سلطة أو عندما ينص العقد على ذلك، أو متى يقرر التعاقد مع الإدارة أو يكون غير قادر على تنفيذ التزاماته التعاقدية"¹.

حيث تتجلى سلطة الإدارة في ممارسة هذا الحق في الفسخ الإداري، وفقا لشروطه وضوابطه المتفق عليها فقها وقضاء.

الفرع الأول: الانتهاء الطبيعي لعقد التفويض بين التمديد والتجديد

على اعتبار ان عقود التفويض من العقود الزمنية فإن نهايتها بانتهاء المدة المحددة ضمن بنود العقد يعتبر مسألة طبيعية وعادية.

مع ذلك فإن اللجوء إلى تجديدها أو تمديدتها يعتبر مسألة في غاية الأهمية والتي تقتضي تقنينها من أجل تجاوز اشكاليات التراخي في تنفيذ بنود العقد أو مخالفة بنوده نتيجة للتهاون والتأخر في تنفيذ الالتزامات المتفق عليها، وهو ما قد ينعكس على استمرارية المرفق في أداء مهامه بشكل منظم ومضطرد.

لذلك اختلفت التشريعات في اتخاذ موقف موحد من تجديد مُدد عقود التفويض، فبعضها ظلّ وفيها لشرط الاكتفاء بتحديد مدة التفويض في حين اعتمد اتجاه آخر على معيار الحدّ الزمني الأقصى لتنفيذ أهداف العقد من خلال تحديد شكل النشاط المفوض كأساس لتمديد العقد، بينما انتهى اتجاه ثالث إلى ضبط المدة بتوافر شروط أخرى تتعلق بطبيعة الأشغال المنجزة والمحافظة على استقرار واستمرارية المرفق العام والتي على أساسها يتحدد التشريع من التمديد من عدمه.

¹ سمية سلامي، عقد تفويض المرفق العام المحلي، مرجع سابق، ص 198-199.

ففي فرنسا مثلا وقبل صدور قانون سابان لسنة 1993 وفي ظل أساليب التفويض الكلاسيكية كانت مدة تفويض عقد الامتياز تتجاوز سبعين سنة في ظل تسوية قانوني مؤداه تمكين المفوض إليه من استهلاك قيمة الانجازات والانشاءات التي قام بتنفيذها خاصة إذا تعلق الامتياز بإنشاءات ذات طابع عقاري تقتضي توظيف أموال ضخمة لا يستطيع المفوض إليه إنفاقها إلا بطريق الحصول على قروض والتي تأخذ مدة سدادها فترة من الزمن قد تطول¹.

مع ذلك فإن هذا التصور كان جانبا للصواب حيث أظهر مبالغة في تحديد المدة مقارنة بالمزايا التي يجنيها المفوض إليه في كثير من الأحيان.

بل إن استئنار الإدارة آنذاك بسلطة تحديد مدة العقد كان له التأثير السلبي في تحديد مدة العقد والتي وصلت 99 سنة بالنسبة لقطاع السكك الحديدية وبمدة زمنية مماثلة في مصر في عقد امتياز قناة السويس².

مع ذلك لم يعمّر هذا الوضع طويلا، وانتهى العمل بهذا المبدأ بعد التعديل التشريعي الذي مس هذا المجال الحيوي في فرنسا، حيث أقرّ قانون سابان تحديد الإطار الزمني لمدة عقد التفويض إذ قضى بأن يتضمن عقد التفويض تحديدا لمدة تنفيذه في ضوء الأداء المطلوب من المفوض إليه ووفقا لطبيعة الاستثمارات المطلوب تنفيذها على ان لا تزيد مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الانشاءات الملقاة على عاتق المفوض إليه.

وهو التوجه الذي أخذ به المشرع المغربي في نص المادة 13 من قانون التدبير المفوض حيث نصّ على أنه يجب أن تكون كل عقد تفويض محدد المدة ويجب ان يؤخذ بعين الاعتبار في المدة

¹ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 125-126.

² أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 140.

طبيعة الأعمال المطلوبة من المفوض إليه والاستثمار الذي يجب أن ينجز ولا يمكنها أن تتجاوز المدة العادية لاستهلاك الانشاءات عندما تكون المنشآت ممولة من قبل الشخص المفوض إليه.

أما في تونس فإنه وعلى نفس خطى نظيره المغربي ألزم أطراف العقد بضرورة التقيد بمدة محددة عند إبرام عقد التفويض حيث نص في المادة 18 منه على أنه: "يضبط العقد مدة اللزمة مع الاخذ بعين الاعتبار الأعمال المطلوبة من صاحب اللزمة والاستثمار الذي يجب أن ينجزه"¹.

أما في التشريع الجزائري حدّد المشرّع في المرسوم التنفيذي 199/18 مدد معينة ترتبط بكل شكل من أشكال التفويض والتي تنتهي بنهاية مدة استغلاله والقيام بالمهام المسندة إلى المفوض إليه وفقا لما هو مقرر قانونا.

مع ذلك أجاز كل من المشرّع الفرنسي والمشرّع الجزائري تمديد اتفاقية التفويض حسب شروط وضوابط محددة ولأسباب التي تبررها المصلحة العامة.

حيث ذهب المشرّع الفرنسي في المادة 40 فقرة 2 من قانون سابان إلى إمكانية تمديد العقد في الحالتين التاليتين:

- لمدة سنة واحدة إذا تعلق الأمر لأسباب ودواعي تتعلق بالمصلحة العامة.

- إذا كان المفوض إليه مضطرا لحسن سير تنفيذ المرفق أو توسيع نطاقه الجغرافي وبناءً على طلب الجهة العامة مانحة التفويض لتنفيذ استثمارات مادية أو غير مادية غير واردة في العقد الاصيلي وأن يكون من شأنها تعديل التوازن العام للعقد مع إمكانية استهلاكها في أثناء المدة الباقية للعقد إلا مقابل ارتفاع فاحش في الأسعار².

¹ المادة 18 من قانون الزمة التونسي، مشار إليه سابقا.

² مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 492.

أما المشرع الجزائري فقد أجاز هذه الامكانية بالنسبة لأشكال التفويض الاربعة وذلك بموجب ملحق ولمرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة وعلى أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية أو لحاجات استمرارية المرفق العام.

و في حالة التمديد يظلّ العقد محافظا على نفس نوع التفويض أمّا في الحالة العكسية فإنها تلجأ إلى أسلوب التأجير لأن الاستثمارات متاحة و المنشآت اللازمة للتسيير موجودة، أمّا إذا انتهت مدة العقد فإن لها مطلق الحرية في الابقاء أو التغيير من نمط و شكل التفويض حسب الظروف و الأحوال و المستجدات، و لا اشكال في ما يتعلق بالمرفق المسترد باعتبار ايلولته إلى الجهة المفوضة، أمّا إذا قررت الاستمرار في تسيير نفس المرفق عن طريق التفويض فإنها مجبرة على إبرام اتفاقية جديدة حتى و لو تعلق الأمر باختيار نفس المفوض إليه و ذلك ضمانا لمبدأ الشفافية والمنافسة وما تقتضيه قواعد المساواة في انتقاء أحسن العارضين.

إن الملاحظ على المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة أنه تناول فكرة التمديد كما قنن احوال التمديد وشروطه، وهو بذلك تجاوز مشكلة الخلط بين الفكرتين.

فإذا كان التمديد قاصر على فكرة استمرار إنتاج العقد القديم لأثره بنفس البنود والشروط لمدة زمنية إضافية يتم تحديدها في العقد أو ملحقاته فإن التجديد حالة انقطاع واقعي وليست مجرد انقطاع وتوقف زمني، كما هو الحال في حالة القوة القاهرة التي تتبعها استحالة جزئية¹.

¹ عقيب أسماء، نقاش حمزة، انقضاء عقد تفويض المرفق العام والمآل القانوني لأمواله، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، المركز الجامعي الشيخ أمود بن مختار، إيليزي، المجلد 07، العدد 01، سنة 2024، ص04.

من هنا أجاز المشرع الجزائري في المواد 53، 54، 55 التمديد أسوة بالتشريعات المقارنة وفق ضوابط وشروط محددة، يمكن حصرها فيما يلي:

أ- أن يتعلق طلب التمديد بحالة من الحالات التي يجوز فيها التمديد:

أجاز المشرع الجزائري للهيئة المانحة التفويض ان تتجاوز حدود التقييد الزمني لمدة العقد في حالة انجاز استثمارات مادية جديدة وضرورية لسير المرفق، غير منصوص عليها في الاتفاقية. وحالة ضمان استمرارية المرفق العام بكل الطرق الممكنة من أجل تحقيق غايات الانتفاع وتجاوز حالة الاضطراب والانتقطاع التي قد تتولد عليها آثار سياسية واجتماعية واقتصادية يصعب حصرها.

ب- أن يتم التمديد بناءً على طلب من السلطة المفوضة

يكون تمديد عقد التفويض بناءً على طلب السلطة المفوضة فهي صاحبة المنح والأعلم بكل التفاصيل التي يتضمنها العقد بما فيها المقومات والمعطيات الفنية والتقنية والمهنية والاقتصادية، ومدى وملاءمتها للإنجازات والاستثمارات المرتقبة كما أنها الوحيدة التي تستطيع تقدير المصلحة العامة ومدى توافر عناصر حماية استمرارية المرفق المفوض.

بل إن المشرع الفرنسي ذهب بعيدا حين أخضع تقدير هذه العناصر إلى رقابة القضاء من أجل شفافية أكثر وحماية تتلاءم وفكرة التوازن العقدي والاقتصادي والمصلي أيضا.

ج- يتم التمديد بناءً على ملحق

تشكل الملاحق عقودا تابعة للعقد الأصلي المتضمن لاتفاقية التفويض، لذلك وبسبب الحظر المفروض على عملية التعديل ضمن العقد الأصلي فإنه لا سبيل للهيئة المفوضة إلا باللجوء إلى الملحقات التي يمكن أن تقي بهذا الغرض وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 58 من

المرسوم التنفيذي 199/18 بأنه: يمكن السلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه.

ولا يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية.

أما المادة 59 فقد نصت على أنه¹: "لا يمكن، بأي حال من الأحوال، أن يخص الملحق:

–تعديل موضوع الاتفاقية،

–إنجاز استثمارات أو خدمات تكون على عاتق المفوض إليه،

–تعديل مدة الاتفاقية، باستثناء الحالات المذكورة في القسم الثاني أعلاه².

د- احترام الحد الأقصى للمدة المحددة قانوناً

على غرار المشرع الفرنسي والتونسي والمغربي والمصري، حدّد المشرع الجزائري الحدّ الأقصى لمدة تسيير المرافق بطريق التفويض المرفقي، فعلى سبيل المثال وبعد أن عرف أسلوب الامتياز في المادة 53 على أنه: الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض إليه أمّا إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وأمّا تعهد له فقط استغلال المرفق العام، قام في نفس النص بتحديد المدة القصوى للعقد بنصه على أنه:

لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين سنة".

¹ راجع المادة 59 من المرسوم التنفيذي 199/18

² راجع المادة 57 من المرسوم التنفيذي 199/18

ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد 4 سنوات، كحد أقصى.

كما نص في المادة 57 على حالة أخرى تستوجب التمديد زيادة على حالات التمديد المنصوص عليها في المواد السابقة، وهي الحالة التي يمكن تمديد مدة اتفاقية تفويض فيها لمدة سنة واحدة (1)، بموجب ملحق وبطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل، وذلك لحاجات استمرارية المرفق العام¹.

الفرع الثاني: النهاية غير العادية لاتفاقية التفويض المرفقي

رأينا بأن الأصل في اتفاق التفويض أنه محدد الأطراف والموضوع والمدة الزمنية التي يحتاجها المفوض إليه من أجل تنفيذ بنود العقد والحصول على المقابل والأرباح التي يستهدف تحقيقها في نهاية المطاف.

لكن على النقيض من ذلك وخلافاً للنهاية الطبيعية للعقد قد يتصادف التنفيذ مع ظروف ومعطيات تخرج عن المألوف لتتعطل معها مخرجات العقد وتنتهي بموجبها العلاقة التعاقدية بدون إرادة الأطراف.

وهذه النهاية قد تكون بقوة القانون أو لرغبة الإدارة في استرداد المرفق المفوض أو نتيجة الفسخ بسبب تخلف المتعاقد على الوفاء بالتزاماته إما بسبب خطأ جسيم أو بقرار قاضي بالفسخ، وفي جميع الأحوال فإن تحديد هذه الأحوال والظروف ليس من باب التحديد النظري بل له أهمية عملية من حيث تحديد مآل العقد والأموال ونطاق المسؤولية وحدودها ومجال التعويض من عدمه.

¹ راجع المواد 53 و57 من المرسوم التنفيذي 199/18، مشار إليه سابقاً.

أولاً: انقضاء العقد لأسباب خارجة عن إرادة أطرافه

ترجع أسباب انقضاء العقد خارج إرادة أطرافه للقوة القاهرة أو بسبب وفاة المفوض إليه أو إفلاسه، ونظراً لما في هذه الأحوال من تأثير على سير المرفق واستمراره والعقد وبقاءه حري بنا تناول هذان العنصران بالتفصيل على النحو التالي:

أ - انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام بسبب القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة فقهاً بأنها ذلك الحادث الذي لا يمكن توحيه في العادة ضمن السير العادي للأمر ولا يمكن دفعه أو تجاوزه من قبل المتعاقد وهو ما يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

أما قضاءً فقد عرفت محكمة النقض المصرية على أنها الأمر الذي لم يكن من الممكن توقعه ومن شأنه أن يجعل الوفاء بالتعهد مستحيلاً، على أن تكون القوة القاهرة غير متوقعة وأن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وليس عسيراً.

فالقوة القاهرة لا تؤدي إلى إنهاء عقد التفويض إلا إذا كانت هذه الظروف التي تشكل القوة القاهرة نهائية ولا يمكن زوالها وأدت إلى استحالة التنفيذ بصورة نهائية، أما إذا كانت القوة القاهرة مؤقتة ويمكن للظروف القاهرة أن تزول فإنه في هذه الحالة يتم تعليق تنفيذ العقد إلى حين زوالها¹.

وفي مجال التفويض المرفقي تعدّ القوة القاهرة، الحادث غير المتوقع والذي لا يمكن للمفوض إليه تجاوزه أو مقاومته ويؤدي إلى أن يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة مما يؤدي إلى نهاية آثاره بالنسبة للطرفين².

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 518.

² سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام المحلي، مرجع سابق، ص 204.

على هذا النحو تعتبر القوة القاهرة في مجال عقود التفويض حالة معفية من ترتيب أي مسؤولية في مواجهة المفوض إليه بسبب زوال محل العقد، وعليه لا سبيل أمام الإدارة المفوضة سوى إنهاء العلاقة بسبب استحالة التنفيذ المادي للعقد.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا الاتجاه في المرسوم التنفيذي 199/18 من خلال المادة 64 فقرة 2، حيث لم يرتب أي تعويض للمفوض إليه.

ب - نهاية الاتفاقية بوفاة المفوض إليه

إن تنفيذ الاتفاقية في الغالب كغيرها من التصرفات التي يبرمها أي شخص تقتضي أن تتصرف إلى إبرام عقد حال حياة الشخص، لكن و نظرا لأن مسألة الاستمرار على قيد الحياة مسألة غيبية وكون هذا الحدث مؤثر في تحول المركز القانوني لأطراف العقد من علاقة تجمع إدارة مفوضة مع متعاقد مفوض إليه يعتبر شخص محل اعتبار إلى علاقة تجمع ذات الهيئة المفوضة مع الخلف العام للمتعاقد أي ورثته، فإن النهاية الطبيعية للعلاقة هي الانقضاء بسبب استحالة نقل آثار العقد لهؤلاء مادام للاعتبار الشخصي أثر بالغ في توجيه نتائج العقد بالنسبة لأطرافه.

وتطبيقا لهذا القانون فإن وفاة المفوض إليه يؤدي إلى انقضاء العقد وبالتالي نهاية عقد تفويض المرفق العام¹.

بناءً على هذه الأوضاع يصبح العقد منتهيا بقوة القانون، إلا إذا تم الاتفاق صراحة على إمكانية انتقال الالتزامات إلى ورثة المفوض إليه وذلك في دفتر الشروط وليس الملحق، في هذه الحالة يمكن للورثة مواصلة استغلال المرفق المفوض إليهم تحت مسؤوليتهم مع ترتيب كافة الحقوق والالتزامات المتضمنة فيه إلى الغير بما فيهم الجمهور (المرتفقين).

1 فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص260.

ثانيا: استرداد المرفق العام بين سلطة التقدير وإمكانية التعسف في استعمال السلطة

للإدارة المانحة التفويض إذا قدرت بأن المصلحة العامة تقتضي إنهاء العلاقة قبل انقضاء مدتها أن تسترد المرفق وتحل محلّ المفوض إليه في متعلقاته كافة عن طريق شرائه وتعويضه عما يصيبه من ضرر نتيجة لذلك، أي أن العقد يمكن انهاءه من جانب واحد ولو لم يخلّ المتعاقد بأي التزام في جانبه.

مع ذلك فإنه من الضروري التساؤل حول مشروعية الاسترداد على هذا النحو هل هو مشروع أم مشوب بنوع من التعسف الذي يقتضي مقاضاة الإدارة ومسائلتها وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية واجبارها على التنفيذ ابتداءً والتعويض في حالة الاستحالة؟

الاجابة تكون بالنفي لأن تصرف الإدارة على هذا النحو لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر السلطة العامة التي تميّزها عن غيرها من الكيانات الأخرى بما فيها الأفراد لكن بشرط أن يكون اللجوء إلى الاسترداد استثناءً وليس الأصل كما أنه لا بد من ان يتم بقرار إداري.

ذلك أن هذا الإجراء كاشف وليس مقرّر ومنشئ لمراكز قانونية جديدة وأن الاسترداد وفقا لهذا التصوّر يجسّد أحد أهم المبادئ التي تركز عليها الإدارة في نشاطها المرفقي والمتمثل في إنهاء العقد في أي وقت متى تطلبت مقتضيات المصلحة العامة ذلك¹.

مع ذلك لا بد لنا من التمييز في هذا الإجراء بين حالات استرداد المرفق حسب الاشكال والظروف والتي تجعل من الاسترداد خاضعا لضوابط مختلفة تراعى فيها أحيانا التوفيق بين مصلحة الإدارة والمتعاقد، وهي الحالات التي يمكن ان نجملها فيما يلي:

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص726.

أ - حالة الاسترداد التعاقدية:

وهو الاسترداد الذي يخول للإدارة الحق في استرداد المرفق قبل نهاية آجال العقد ضمن بنود العقد الأصلي¹.

ومسألة الاسترداد هذه قد تكون منظمة بنص قانون كما هو منصوص عليه في المادة الرابعة من قانون التزام المرافق العامة المصري لسنة 1948، حيث اوجب المشرع المصري على الإدارة ان تحدّد في وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته.

كما تبني المشرع التونسي نفس المبدأ ضمن المادة الثانية والعشرين من قانون اللزمات السالف الذكر، حيث أوجب أن يتضمن العقد فضلا على الأحكام المتعلقة بنهايته أحكام تتعلق بإنهائه قبل حلول أجله ومنها استرداد اللزمة من صاحب اللزمة بعد انقضاء مدة محدّدة.

وقد يتقرّر الاسترداد دون حاجة إلى تنظيمه في نص يبين كيفية اللجوء إليه وشروط انفاذه كأن ينص الاتفاق على أحقية الإدارة في القيام به بشكل منفرد ودون حاجة لاستشارة المفوض إليه. وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي أسوة برأي مجلس الدولة الذي حدّد عناصر وشروط اللجوء إلى الاسترداد الاتفاقي ضمن الضوابط التالية:

- يجب أن يكون هذا الحق منصوصا عليه في العقد.

- ضرورة اعدار المتعاقد قبل اللجوء إلى الاسترداد.

- ضرورة احترام المدة المقررة لممارسة الاسترداد وكذا التحقق من مدى توافر أسبابه إلا في الأحوال التي يتقرر فيها الاسترداد بقوة القانون كما هو الحال بالنسبة لمقتضيات المصلحة العامة.

¹ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 241.

- يجب ان يستوفي اتفاق التفويض الشروط الشكلية المقررة في العقد.

ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد على هذا النحو انتهاء العقد وقيام حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل إمّا بشكل كلي أو بناءً على اقساط سنوية أو بالجمع بين الطريقتين.¹

ب - الاسترداد غير التعاقدية:

هو الاسترداد الذي تمارسه الإدارة مانحة التفويض بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد من دون وجود نص في العقد يقرره عندما يتم الاسترداد خلال المدة التي حظر العقد ممارسة الاسترداد خلالها، ويعدّ الاسترداد على هذا النحو تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة.²

ويترتب على هذا الإجراء استحقاق المتعاقد تعويضاً كاملاً وفقاً لقاعدة ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة، حيث يترتب لصاحب التفويض تعويضاً يغطي جميع ما لحقه من ضرر³ نظراً لكون ما قد تتكبده الإدارة المفوضة من خسائر نتيجة تعويض المتعاقد معها خاصة في الحالة التي يقوم المفوض إليه بإنشاءات باهظة التكاليف فإن لجوء الإدارة إلى هذا الإجراء يكاد يكون منعزلاً في الواقع العملي، ومن ثم ينحصر مجال تطبيق الاسترداد غير التعاقدية في هذه الصورة مقارنة مع الاسترداد التعاقدية الذي تكون للإدارة فيه فرص الظهور بمظهر السلطة العامة بشكل أكثر صرامة وحضوراً.

¹ محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص124.

² محمد عبد الله الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة بغداد، سنة 1986، ص114، نقلاً عن علي حسن عبد الأمير العامري، مرجع سابق، ص 149.

³ سلمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص774.

ج - الاسترداد التشريعي:

يتحقق هذا الأسلوب من الاسترداد من خلال نص القانون صراحة على تمكين الإدارة المانحة التفويض من ممارسة حقها في استرداد المرفق المفوض، حيث يعتبر النموذج الفرنسي أكثر الحالات حضورا في هذا الإطار، إذ تدخل المشرع الفرنسي في ضبط مجال الاسترداد بقوانين خاصة منذ سنة 1845 في مجال عقود الامتياز تحديدا حيث شكل قانون 235 الخاص بقنوات الملاحة في فرنسا و قانون 11 لسنة 1880 وقانون 30 لسنة 1912 المتعلقان بإنهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية و النقل بواسطة الترام و قانون 31 فبراير سنة 1947 الذي خول استرداد مرافق الامتياز المحلية في ظرف سنة واحدة من صدوره¹.

وفي مصر لجأ المشرع فيها إلى استرداد غير التعاقدية في إنهاء امتياز شركة قانون السويس بموجب القانون رقم 258 لسنة 1956 للأسباب والدوافع السياسية مع نهاية الثورة وانتشار أفكار التأميم ورفع الاحتكار على المرافق المختلفة.

أما في الجزائر قد نص المشرع الجزائري على استرداد المرفق وممتلكاته ضمن المواد 66 و67 من المرسوم التنفيذي 199/18 بعد استنفاد إجراءات الجرد أو الاستعانة بالخبرة في حال عدم اتفاق الطرفين على الجرد.

ثالثا: الفسخ

تخضع عقود تفويض المرفق العام للقواعد العامة المتعلقة بفرض الجزاءات في العقود الإدارية، ومن ثم فإن أي اخلال من قبل المفوض إليه بالتزاماته التعاقدية سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد أو التنفيذ بشروط مخالفة لما هو منصوص عليه في العقد أو نتيجة للتأخير أو التنازل للغير عن

¹ محمد سعيد حسين امير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص126-127.

التفويض وبدون موافقة الإدارة أو بسبب استعماله اللاعقلاني والتعسفي للمرفق فإن للإدارة الحق في بسط سلطانها وحرمان المفوض إليه من مواصلة استغلاله للمرفق المفوض وذلك دون الحاجة أحيانا إلى إعداره ولا تعويضه.

من هنا تظهر الخطورة التي قد تترتب على التعامل السيء للمفوض إليه مع مقتضيات الجدية والصرامة المفترضة في هذا النوع من العقود وما قد يترتب عن ذلك من خسائر قد يتكبدها في كثير من الأحيان.

من هنا تشترط كثير من التشريعات تضمين قوانينها المنظمة لمجال التفويض شرطا قاضيا بحق الإدارة في فسخ العقد بوصفه جزءا مع أن المستقر عليه فقها وقضاء أن الإدارة تتمتع بمطلق الحرية في إنهاء العقد دون حاجة لرأي المتعاقد بحيث يشكل ذلك مظهرا من مظاهر السلطة في ادارتها للمرافق العامة كما بيناه سابقا.

لكن يبقى النص على هذا الجزاء بمثابة تصرف يحقق الطمأنينة للمتعاقد ويجعل انفاذ بنود العقد أكثر قبولا وأريحية لكلا الطرفين.

لذلك وأمام الخسائر التي يتكبدها المفوض إليه كان لابد للتشريعات المعاصرة من العمل على احاطة هذه الاجراءات بضمانات وشروط لا بد من تحققها كشرط الإعدار.

هذا وتتعدد أساليب وصور الفسخ حسب دور إرادة الأطراف في اللجوء إليه وانفاذه بشكل اتفاقي كما قد يكون إداري أو كما اصطلح عليه مجلس الدولة الفرنسي "الإسقاط" كما قد يكون بحكم القضاء.

وهي الحالات التي سنتولى بيانها على النحو التالي:

أ - الفسخ الاتفاقي

يقصد به اتفاق أطراف العقد إلى إنهاء الرابطة التعاقدية قبل حلول أجل نهاية العقد المتفق عليها.

يختلف مفهوم الفسخ الاتفاقي مع مفهوم الاسترداد الاتفاقي، حيث يعدّ هذا الأخير حق متأصل للهيئة المفوضة سواء تمّ النص عليه في العقد أم لا، وتمارسه الجماعة بموجب قرار انفرادي صادر عنها بإرادتها المنفردة، أما الفسخ الاتفاقي فيتم عن تراضي تام وبموجب اتفاق بينهما¹.

إن الملاحظ على هذا النوع من الفسخ أنه قد يتضمن شروطا متفق عليها تنتهي بتعويض المفوض إليه دون حاجة إلى لجوئه إلى القضاء.

لقد تولى المشرع الجزائري تنظيم هذا النوع من الفسخ ضمن المادة 65 من المرسوم التنفيذي 199/18 بنصها على أنه: "يمكن ان يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض إليه..."

تحدّد كفاءات حساب التعويض للمفوض إليه في اتفاقية تفويض المرفق العام².

لقد أقرّ المشرع الجزائري بإمكانية لجوء أطراف الاتفاق المفوض إلى إنهاء العقد قبل حلول أجله بتوافق إرادتهما، كما مكن المتعاقد المفوض إليه من الحق في الحصول على تعويض عادل بشرط ان يكون ذلك متضمنا في بنود العقد الأصلي وأن يكون اللجوء إلى الفسخ مبررا.

¹ مروان مي الدين قطب، مرجع سابق ص176.

² راجع 65 من المرسوم التنفيذي 199/18، مشار إليه سابقا.

ب - الفسخ الإداري

الفسخ الإرادي أو ما يعرف عليه بالإسقاط هو جزء شديد الوقع على المتعاقدين كونه ينصرف إلى إقصاء المفوض إليه نهائياً من استغلال المرفق محل التعاقد.

إن اللجوء إلى هذا الإجراء بما يحمله من عناصر الإكراه والقوة تدفع إليه اعتبارات المحافظة على المصلحة العامة وهيبة الإدارة المانحة للتفويض والتي تجسد دور الدولة الحريصة على تطبيق أقصى درجات الإشباع العام بشكل نوعي وفعال وجديّ.

لذلك فإن ارتكاب المفوض إليه لخطأ جسيم يعد كفيل بلجوء الإدارة إلى إنهاء العلاقة التعاقدية دون حاجة للجوء إلى القضاء، مع ذلك ورغبة منها في حماية حقوق الأطراف المتنازعة فرضت التشريعات المقارنة على الإدارة المفوضة ضرورة اتباع إجراءات الإنذار وتعليق قرار الفسخ للإعلان.

وهي الاجراءات التي تناولها المشرع المغربي ضمن اتفاقية التدبير المفوض في المادة 1/32 و2 والتي نص فيها على أنه: "يحدّد عقد التدبير المفوض العقوبات التي قد يتخذها المفوض ضد المفوض إليه في حالة عدم الوفاء بالتزاماته أو مخالفته للبنود التعاقدية ولا سيما الجزاءات والتعويضات عن الأضرار وعند الاقتضاء إسقاط حق المفوض إليه"¹.

قبل تطبيق العقوبات المذكورة يجب توجيه اعدار إلى المعني بالأمر...

أما في الجزائر فقد نص المشرع الجزائري على هذه الاجراءات في المادة 62 فقرة 3 من ذات المرسوم، حيث نص على أنه: "ويانقضاء هذه الآجال تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام وفي حالة ما إذا استمر المفوض إليه في الإخلال بالتزاماته

¹ قانون التدبير المفوض - مرجع سابق..

يمكن السلطة المفوضة اللجوء من جانب واحد إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام دون تعويض له.

أما في فرنسا فقد اشترط المشرع الفرنسي ضرورة توافر العناصر التالية:

- يجب ان يتعلق الفسخ بارتكاب المفوض إليه خطأ جسيماً لا تجدي في مواجهته وسائل الضغط والاكراه التي تستعملها الإدارة، ومسألة تحديد جسامه الخطأ هي مسألة قضائية في فرنسا يرجع فيها إلى قضاة المجلس¹.

- إعدار المفوض إليه قبل توقيع الجزاء إلا إذا ثبت للإدارة بأن الاعذار غير مجدي في هذه الأحوال.

- أن يصدر حكماً قضائياً قاضياً بالفسخ.

ج - الفسخ القضائي:

قد يلجأ المفوض إليه إلى الطريق القضائي من أجل المطالبة بإبطال العقد قبل انتهاء مدته في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها إخلالاً يضر ويخل بالتوازن المالي للعقد بما يفوق الامكانيات الاقتصادية والفنية للمفوض إليه.

حيث يتم تأسيس الطلب من قبل هذا الأخير أمّا بناءً على نظرية الظروف الطارئة أو نظرية فعل الأمير.

فقد يطرأ أثناء تنفيذ العقد ما من شأنه ان ينهك المفوض إليه كما لو لجأت الإدارة إلى تعديل بنود العقد مما يمس بتوازنه المالي والاقتصادي بحيث لو كان المتعاقد يعلم بهذا ما كان ليقدم على

¹ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، مرجع سابق، ص 225.

التعاقد، بل ليس من الغريب أن تثار مسألة انحراف الإدارة وتعتفها في استعمال سلطاتها في هذه الحالة.

هذا ويتحقق الفسخ القضائي إذا أصبح عقد التفويض غير قابل أو صعب التنفيذ كاستمرار الظروف الطارئة لمدة طويلة أو حالة تصفية الشركة المفوض إليها وشهر افلاسها.

فاذا صدر حكم أو قرار قاضي بتصفيتها فإنه سينصرف إلى التأثير على القدرات المالية للمفوض إليه ويؤدي إلى زعزعة مركزه المالي في نهاية المطاف بالشكل الذي يصعب معه تنفيذ الاتفاق، أو في حالة القوة القاهرة متى تحققت شروطها وأحكامها.

عليه متى توافرت إحدى هذه الحالات أمكن للمفوض إليه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والحصول على تعويض مناسب.

المطلب الثاني: تحول ممتلكات عقد التفويض المرفق العام

تتطلب مهمة انجاز المرفق في الأحوال المختلفة ضرورة توافر عنصر المنشأة والأموال العقارية والمنقولة، العامة منها والخاصة.

فبالنسبة للأموال العمومية لابد من التفرقة بين الاملاك المخصصة للمرفق والاملاك المخصصة للجمهور، والتي يصنفها بعض التشريعات والفقهاء إلى املاك استرداد وأموال خاصة.

حيث أنه فيما يتعلق بالاملاك المخصصة للمرفق فإن المفوض إليه يتمتع بحق استغلال هذه الأموال لإنجاز نشاط المرفق ولأجل ذلك فإن الأشغال الضرورية لتفويض المرفق تعد من قبيل الأشغال العامة بحيث تجعل صاحبها يتمتع بكافة الامتيازات المترتبة عن هذه الصفة.

أما بالنسبة للامتيازات المترتبة عن الاملاك الخاصة والموجهة لنشاط المرفق فإنه لا يترتب عن تملكها أي أثر بحيث تبقى في عهدة الدولة مملوكة لها ولا يحق للمفوض إليه إلا الاستمتاع بحق حصري ومانع لاستعمالها.

أما بالنسبة للأملاك العامة المخصصة للجمهور فإن انجاز النشاط المفوض غالبا ما يتطلب تقرير حق للمفوض إليه يسمح له باستعمال الاملاك المخصصة لاستعمال الجمهور كأرصفة والشوارع، فنقل اسلاك الكهرباء وقنوات الصرف الصحي يتطلب المرور من خلال املاك عامة مخصصة لاستعمال الأفراد¹.

من خلال هذه النظرة السريعة يظهر جليا القيمة العملية التي يلعبها المال العام أو الخاص في تحديد مساحة الامتيازات وحدود التمتع بالأحقية في تملك نواتج المرفق وأصوله من قبل أطرافه. مع ذلك يثور التساؤل حول المعيار المعتمد في تحديد الايلولة النهائية لتلك الأموال وهل للمفوض إليه الحق في الاحتفاظ بها أو تحويلها بشكل كامل للدولة أم يمكن ان نتصور قيام الدولة بشراء بعضها لإدارة المرفق العام؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من عرض بعض النماذج من التشريعات المقارنة والتي حاول أصحابها تحديد مآل الأموال (فرع أول) ثم ننقل بعدها إلى التطرق لحالات استرجاع الإدارة المفوضة لممتلكاتها (فرع ثاني).

¹ ابراهيم محمود علي، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003، ص452.

الفرع الأول: الإطار القانوني لتحويل ممتلكات المرفق المفوض

تباينت نظرة التشريعات لكيفية التعامل في الممتلكات محلّ التفويض فقد ذهب المشرّع المغربي في المادة 23 من قانون التدبير المفوض السابق الذكر تحت عنوان وضع المال العام رهن التصرف اذ نصت على أنه: " يمكن للمفوض إليه ان يحصل لدى السلطة المختصة من، أجل حاجيات التدبير المفوض على حق احتلال الملك العام يرتبط بالعقد طيلة مدته وفي هذه الحالة يجب على المفوض ان يقدم مساعدته إلى المفوض إليه للحصول على الحق المذكور ".

كما نص المشرّع التونسي في المادة 35 من قانون اللزمات على أنه: " تنقسم ممتلكات اللزمة إلى ممتلكات استرداد وممتلكات خاصة، ويحدّد العقد عند الاقتضاء واعتمادا على هذا التقسيم أصناف الممتلكات التي سيتم استعمالها من قبل صاحب اللزمة طيلة مدة اللزمة.

أما المادة 36 فتتص على أنه: " تعتبر ممتلكات رجوع الاراضي والبنائيات والمنشآت والتجهيزات الثابتة والمنقولات الموضوعة مجانا من قبل مانح اللزمة في ذمة صاحب اللزمة أو التي انجزها أو اقتناها هذا الأخير وفق الشروط المحددة في العقد والضرورية لمواصلة التصرف في المرفق العمومي موضوع العقد كما تعتبر ممتلكات رجوع الاراضي التابعة للملك العام من قبل صاحب اللزمة وتكون هذه الممتلكات موضوع جرد وفي وثيقة تلحق بالعقد ".

ولا تقتصر امتيازات المفوض إليه على الاملاك العامّة بل أنه في امكانه التمتع في الحق باستعمال الأملاك الخاصة للأفراد كحالة نزع الملكية الخاصة لصالح المشروع المفوض.

فقد عرّف التشريع الفرنسي بعض تطبيقات هذه الفكرة في قانون 1958/03/29 بشأن مشروعات نقل البترول في خطوط الانابيب اذ خول المشرّع هذه المشروعات حق المطالبة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامّة، لكن مع ايلولة هذه العقارات إلى الإدارة عند انتهاء مدة التفويض.¹ في الجزائر نص المنظم في المادة 66 من المرسوم 199/18² على تحول ممتلكات المرفق العام المعني إلى السلطة المفوضّة عند نهاية عقد التفويض بعد جرد يقوم به الطرفان وفقا لبند اتفاقية التفويض، كما خولهما الحق في اللجوء إلى الخبرة في حال تعذر الاتفاق حول آلية الجرد. هذا ويعتبر أملاكاً معدة لاستغلال المرفق العام في نظر المشرّع الجزائري كل الممتلكات الضرورية سواء تلك التي انجزها أو اقتناها المفوض إليه أو انجزتها واقتنتها السلطة المفوضّة طيلة مدة تنفيذ الاتفاقية والتي تخضع للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها لا سيما القانون 30/90 المعدل والمتمّم المتعلّق بأملاك الدولة.

كتحصيل حاصل ومن أجل الحديث عن فكرة استرجاع الإدارة المانحة التفويض لممتلكاتها وتمييزها عن املاك المفوض إليه فإن الأمر لا يقتضي مجرد القيام بالإجراءات المقررة في هذا الشأن بل لا بد من اخضاع هذه العملية لضوابط وشروط تراعى فيها المصالح المتضاربة لكلا طرفي العقد.

فالمفوض إليه يعتبر واقعياً طرفاً ضعيفاً في العقد كونه مجرد من امتيازات السلطة العامّة لذلك فهو يهدف إلى إبرام الاتفاق في ظروف تغطي عليها الثقة المتبادلة والشعور بالأريحية خلال المدة المقررة لتنفيذ العقد، ولكونه من الناحية المنطقية يستهدف المحافظة على تحقيق أرباح إضافية

¹ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 674.

² راجع المادة 66 من المرسوم التنفيذي 199/18.

والمحافظة على استقراره المالي في كل الأحوال لا بد له من الحصول على الضمانات الكافية التي تمكنه من استرجاع أمواله الخاصة في كل الأحوال حتى لا يضر مركزه المالي مستقبلاً.

أما بالنسبة للهيئة المفوضة فإنها تسعى بكل الوسائل الممكنة إلى المحافظة على موجوداتها وتطويرها وتأمينها والمحافظة عليها من أجل تقديم خدمة نوعية للجمهور، فإنها تسعى بوسائلها العامة وما تتمتع به من امتيازات سلطة عامة إلى فرض ارادتها ورقابتها على المفوض إليه من أجل الوفاء بمتطلبات سير المرفق العام وأهداف النشاط المرفقي حيث يعتبر حماية المال العام ومكافحة الفساد أولوية تراعى عند منح التفويض.

على هذا النحو يبدو واضحاً بأن الاسترجاع يعد حقاً والتزاماً بالنسبة للإدارة المفوضة وبشكل يتجاوز حدود المصلحة التي يريد أن يجنيها المفوض إليه من تحصيل أمواله على أحوالها المختلفة (عقارات منقولات، استثمارات...) لذلك فإنها تسلك كل الطرق المتاحة لتحقيق هذا الهدف بما فيها الإكراه والجبر خاصة في الحالات التي يعترف لها فيها القانون بذلك.

وفي المقابل من ذلك فإن ممارسة هذا الحق قد تكون مقترنة بشروط تعد كضمانة كافية لحماية مصالح المفوض إليه ضمن أطر الشرعية والمشروعية القانونيتين.

لذلك فإن القانون الذي منح الإدارة حق الاستئثار المادي بفسخ العقد بالإرادة المنفردة منح المفوض إليه الاحقية في الحصول على التعويض إذا نص عليه العقد.

وهو نفسه القانون الذي منحه حق اللجوء إلى الاستعانة بالخبرة في حالة عدم الاتفاق على اعتماد الجرد كأسلوب توافقي لتصفية أموال المرفق المفوض وفرزها وهو تجاوز النزاع بين الطرفين.

لذلك ومن أجل تجاوز هذه الوضعية كان لا بد للتشريعات من ان تلجأ إلى وضع شروط تنظيمية تتحدد من خلالها الحقوق وتتجاوز من خلالها أيضاً المنازعات.

الفرع الثاني: حالات إمكانية استرجاع الأموال المملوكة للمرفق المفوض

يُميز الفقهاء ورجال القانون بين حالتين من حالات الاسترجاع والتي تملك فيها الدولة الحق في استرداد المرفق المفوض بنواتجه وملحقاته.

حيث تختلف أوضاع الاسترجاع هذه بين الحالة التي تمنح فيها السلطة المفوضة إمكانية استعادة ممتلكاتها بشكل نهائي وكامل وبدون مقابل، وبين الحالة التي تسترجع فيها المرفق المفوض بمقابل لقاء انتقال هذه الأموال إليها بعد نهاية عقد التفويض، حيث يمكن تقدير هذه الأموال وقت استرداد المرفق العام طبقاً للسعر المتداول في السوق كما يمكن أن تقدر هذه القيمة على أساس الثمن بعد خصم الاستهلاك.

أولاً: حالة استرجاع السلطة المفوضة للمرفق العام مجاناً ودون مقابل

عادة ما يحدّد العقد الممتلكات التي تؤوّل إلى السلطة المفوضة بعد نهاية مدة العقد، بحيث تصنف ضمن خانة الأموال بمعناها الواسع والتي تعتبر ضرورية وأساسية لاستغلال المرفق العام بحيث لا يمكننا أن نتصور قيام المفوض إليه بتسيير المرفق بدونها.¹

يُمكن أن تكون هذه الأموال مملوكة للسلطة الفوضة منذ البداية ويمكن أن يكون المفوض إليه هو الذي قام بها أو اكتسابها أثناء تنفيذ عقد التفويض.²

مع ذلك اشترطت الأنظمة المقارنة ضرورة ان تكون الأموال المراد استرجاعها من قبل الإدارة مانحة التفويض ملك لها وفي حالة جيدة.

¹ عز الدين بدري، إدارة المرافق العامة واستثمارها في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 122.

² محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 234.

فإذا كان يمكن تحديد الأموال المملوكة من قبل الهيئة المفوضة من خلال القيام بعملية الجرد أو الفرز بأسلوب الاقصاء بتعيين ممتلكات الإدارة بعد استخلاصها لكل أموالها بما فيها التعويضات وتوقيع الغرامات وغيرها من الجزاءات الماسة بالذمة المالية للمتعاقد، حيث أن ما تبقى من منشآت منفذة ومتحركة، منقولة وعقارية يعتبر ملكا خاصا للمفوض إليه.¹

فإن معيار جودة الممتلكات الثابتة والمتحركة، يعتبر معيار موضوعي يخضع في تقديره لسلطة القضاء الذي يمكنه الاستعانة بالخبرة الفنية على أن تراعى في ذلك طبيعتها وعمرها وحدود الطاقة الانتاجية المفترضة للوسائل والمعدات.

لذلك ترى بعض التشريعات المقارنة ضرورة تضمين عقود تفويض المرافق العامة بيانا مفصلا وواضحا لتلك الأموال فاذا لم تتضمنها تلك العقود أمكن الاستعانة عنها بدفاتر الشروط، و المثال على ذلك ما نصت عليه اتفاقية الكونكرودا والتي جاء فيها: "يجب على الشركة عند انتهاء أي عقد من عقود الاستغلال لانقضاء المدة أو لاي سبب من الأسباب الأخرى ان تترك بحالة جيدة في المساحة التي يشملها ما يكون لازما من الممتلكات المنقولة أو الثابتة لاستمرار تشغيل الآبار و تمنح الشركة مهلة ستة أشهر لترفع خلالها كل الممتلكات المنقولة التي لا تلزم للغرض المقدم"².

وفي هذا الصدد لابد من الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا ثبت تعرض هذه الممتلكات إلى ضرر بسبب عدم اتخاذ المفوض إليه كافة التدابير اللازمة التي تحول دون تعرضها للتلف أو الضياع أو الهلاك، فإنه لا بد من تحميله مسؤولية أفعاله برد ما لم يستهلك وتعويض ما هلك.

1 علي حسن عبد الأمير العامري، مرجع سابق، ص 247.

2 علي حسن عبد الأمير العامري، المرجع نفسه، ص 247

بحيث تقوم الهيئة المفوضة بتحصيل تلك التعويضات الناتجة عن تلك الأضرار كجزء من تكاليف جبر الضرر.

وهو إجراء يعتبر في نظري لازم وضروري لما في تلك التغطية من استكمال للالتزامات الملقاة على عاتق المفوض إليه والتي لا تتوقف عند مجرد تنفيذ العقد بل تتجاوزها إلى المحافظة على أملاك المرفق في كل الأحوال، ما عدا القوة القاهرة.

وعليه سيكون من العادل تحميل المفوض إليه تبعات هلاك الوسائل والمنشآت بسبب عدم اتخاذه للتدابير أو عدم حراسة الشيء على الوجه المطلوب وغيرها من التصرفات التي تضر بالأموال أو تخرجها عن طبيعتها التي وضعت لأجلها.

وهو ما أشارت إليه المادة 48 من المرسوم 199/18 بنصها على أنه: "... التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار تكون قد مست بمنشآت وممتلكات المرفق العام، والتي تتم معاينتها بعد الجرد الذي يتم عند نهاية اتفاقية التفويض"¹.

من هنا يظهر بأن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة اعتد بمبدأ مجانية الاسترجاع بل أنه حمل المفوض إليه مسؤولية التكاليف الناجمة عن أي ضرر قد يصيب المنشآت والممتلكات التابعة للمرفق العام المفوض بعد القيام بعملية الجرد حسب ما ينص عليه دفتر الشروط وفي حالة عدم الاتفاق يمكن اللجوء إلى الخبرة.

1 راجع المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18، مشار إليه سابقا.

ومن بين التطبيقات العملية لفكرة الاسترجاع المجاني لأموال الدولة ما نصت عليه المادة 17 من القانون 12/05 على أنه: "تخضع كذلك الأموال العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز ..."¹.

وهو ما أكدت عليه أيضا المادة 05 من المرسوم التنفيذي 54/08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به، حيث الزم المشرع هنا المتعاقد بضرورة ارجاع المنشآت والهيكل المستغلة التي تمثل جزءا من العقد إلى السلطة مانحة الامتياز وهي في حالة حسنة السير².

ثانيا: حالة استرجاع السلطة المفوضة للمرفق العام بمقابل

لقد سبق القول أنّ المرفق العام يتكون من مجموع الأموال العقارية والمنقولة الثابتة والمتحركة الضرورية لأداء الخدمات المتوقعة من قبل المفوض إليه، وهي الأموال التي يتسلمها هذا الأخير بمجرد إبرام العقد ودخوله حيز النفاذ.

بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يستبعد أن يتولى المفوض إليه مهمة القيام ببعض الانشاءات واقتناء بعض التجهيزات والمعدات الضرورية لممارسة نشاطه على نفقته

كما هو الحال في عقود الامتياز، إلا ان ذلك قد يكون محفوف بالمخاطر خاصة في الحالة التي تغيب فيها الضمانات اللازمة التي تحفزه على الاقدام على هذه الخطوة.

¹ المادة 17 من القانون 12/05، مشار إليه سابقا.

² تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 08-54 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به" على أنه: "عند انقضاء الامتياز يتعين على صاحب الامتياز أن يرجع للسلطة المانحة للامتياز وفي حالة حسنة السير المنشآت والهيكل التي تمثل جزء من الامتياز."

لذلك يذهب الكثير من الفقه والتشريعات إلى ضرورة تضمين دفتر الشروط بندا يشار فيه إلى إمكانية استرجاع المفوض إليه لممتلكاته خاصة في الحالة التي يفسخ فيها العقد بالإرادة المنفردة للإدارة.

هذا وإن كان للإدارة رغبة في الحصول عليها خاصة الثابتة منها أو تلك التي تأخذ طابعا تكنولوجيا فإنها تلتزم بأن تدفع مقابلا عادلا للمتعاقد في حدود امكانياتها، والذي يخضع في تقديره لسلطة القضاء حسب الظروف والأحوال ووفقا لقواعد العرف والعدالة وما هو متداول في السوق بعد خصم مقابل الاستهلاك، ووفقا للشروط المقررة لممارسة حق الاسترجاع.

أ - شروط ممارسة الإدارة المانحة التفويض لحقها في استرجاع المرفق العام

يعتبر استرداد المرفق العام محلّ التفويض من أهم البنود التي يتعين على طرفي العقد التعرض لها أثناء مرحلة التفاوض وإن لم يتيسر لهما ذلك أثناء هذه الفترة امكّنها مناقشة هذه المسألة ضمن دفتر الشروط، ومن ناحية أخرى فإنه من الأفضل ان تجد سندا لها ضمن نص قانوني يكفل حقوق طرفي العقد ويجعلهما يمارسان مهامهما بشكل موثوق ومريح.

وهو الأمر الذي تناولته الكثير من التشريعات المقارنة، على غرار المشرّع الفرنسي والتونسي والجزائري كما أشرنا إليه سابقا عند معرض حديثنا على فكرة استرداد المرفق العام.

وهو ما تبناه القضاء المصري في قضية عقد مطارمة بموجب الاتفاقية المبرمة بين وزارة التجارة المصرية و شركة انجلو ايجيبشيان اويل الانجليزية للاستغلال البترولي Angloegyptian-oil سنة 1954 بقوله: " ليس للمشغل خلال السنوات الثلاث الأخيرة لهذا العقد أو امتداده ان يتنازل أو يبيع أو يتصرف بأي وجه بالممتلكات الثابتة والمنقولة الموجودة بالمنطقة للغير، إلا بعد أن يعطي إلى مصلحة الوقود مهلة قدرها 45 يوما لاستعمال حق الشراء بنفس الأسعار و الشروط الممكن الحصول

عليها من الغير، فإذا لم تستعمل المصلحة حقها في الشراء خلال مدة 45 يوما المذكورة عندئذ للمستغل الحق بالتصرف بهذه الممتلكات¹.

من خلال ما تم بيانه يتضح جليًا بأن الاتجاه العام اليوم يسير إلى تبني فكرة تنظيم التشريعات لمسألة استرجاع الهيئة المفوضه لممتلكاتها وبالتبعية تناول موضوع مآل الأموال الخاصة بالمفوض إليه أيضا، مع بيان حدود ممارستها لهذا الحق والسلطة معا وفقا لشروط وضوابط محددة سلفا.

ولعل من أهم الشروط التي لا بد من مراعاتها عند ممارسة الدولة لحقها في استرجاع اموالها بوجه عام:

ب - مراعاة مدى توافر حالة انتهاء العقد:

حيث يتعين على الإدارة الإشارة إلى البنود التي تم على أساسها إنهاء العقد وكذا الطريقة التي يتم من خلالها اشعار المفوض إليه واعذاره بحالة الانهاء، مع ضرورة التأكد من مدى توافر أسباب الانهاء في كل حالة من الحالات المعروضة للنزاع.

ج - ضرورة إعدار المفوض إليه قبل إتباع الإجراءات:

يعتبر الاعذار إجراءً لازماً تتوقف عليه صحة الاجراءات اللاحقة لإنهاء العقد، خاصة في الحالات التي يكون فيها المفوض إليه مسؤولاً عن الاخلال بالتزامه التعاقدى، حيث مكن القانون الإدارة من ممارسة حقها في إنهاء العقد بعد اتباعها لإجراءات الإعدار.

فبموجب القانون الفرنسي تلتزم الإدارة من حيث المبدأ بإعدار المتعاقد بالغرامة قبل توقيعها، وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 62 من المرسوم التنفيذي 199/18 حيث الزم

¹ علي حسن عبد الأمير العامري، مرجع سابق، ص 248.

السلطة المفوضة بضرورة اعدار المفوض إليه مرتين متتاليتين من أجل حثه على تنفيذ واستدراك التأخر المسجل في عملية استغلال المرفق العام المفوض¹.

كما نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي 43/20 على أنه: "عندما يتوقف صاحب الامتياز عن استغلال الامتياز جزئياً أو كلياً لأي سبب كان على السلطة المكلفة بالطيران المدني اعداره باستئناف الاستغلال خلال ثلاث أشهر وفي حالة عدم امتثاله لإعذارها بعد انقضاء هذا الأجل تلغي السلطة المكلفة بالطيران المدني الامتياز².

وهو التصور الذي تبناه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2003/05/25، حيث اعتبر ان الاعذار شرط متطلب قبل أي فسخ، وكل قرار إداري لا يحترم هذا الإجراء يعد غير شرعي ومتعسف فيه يستوجب تعويض المتعاقد³.

مع ذلك فإن الإدارة غير ملزمة باتخاذ هذا الإجراء في الحالات التالية:

-إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط اعفاء الإدارة من الاعذار.

-إذا كانت الظروف لا تشجع على الاعذار، ويتحقق ذلك في الحالة التي تصل فيها الإدارة إلى خلاصة مفادها عدم جدية الملتزم في إدارة المرفق المفوض.

مع ملاحظة مفادها ان المشرع الجزائري لم ينص على شكل معين في الاعذار وما هي الطريقة التي يمكن اعتمادها للقيام بهذا الإجراء، هل يكون بالتسليم الإداري أو بالرسائل الموصى عليها مع الاشعار بالاستلام أم بالطريق الالكتروني؟

1 تنص المادة 62 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه: "يجب على السلطة المفوضة توجيه اعدارين للمفوض له لتدارك النتائج المسجلة في الأجل المحددة"

² راجع المرسوم التنفيذي 20/45 مشار إليه سابقاً.

³ عقيب أسماء، نقاش حمزة، مرجع سابق، ص12.

على هذا النحو يرجع للقواعد العامة في التسليم المعتمدة على مستوى الهيئة المانحة التفويض، مع انني اسير في الاتجاه الذي يرى بأنه من الأجر الاعتماد على الية الاعذار الالكتروني للمفوض إليه، لأنه ميسر في كثير من الأحوال ومنتج في حالة النزاع بشأن اثبات تاريخ الاستلام وزمنه.

كخلاصة لذلك يتبين لنا بأن موقف المشرع الجزائري كان واضحا من مسألة الاعذار حيث جعله الزامي في مجال عقود التفويض المرفقي العام لتمكين المتعاقد من بيان موقفه النهائي من العقد، اذ لا إنهاء للعقد بلا اعذار وبدون التعرّف على موقف المتعاقد من مواصلته لتنفيذ ما اتفق عليه مع الإدارة مانحة التفويض، حيث يجب ان يبني الانهاء على الموافقة الصريحة بفك الرابطة العقدية من قبل المفوض إليه.

ثالثا: تعويض المفوض إليه

بالرغم من ان الأصل في فك الرابطة التعاقدية يتوقف على إرادة الهيئة المانحة للتفويض وألا يملك المفوض إليه الحق في الحصول على التعويض، على اعتبار أن أساس العقد مستمد من المصلحة العامة ومقتضيات حسن سير المرافق العامة وأيضا للمركز القانوني الذي تتمتع به الإدارة في مواجهة المتعاقد والذي يجد سنده في السلطة العامة التي تجعلها تتميز بامتيازات استثنائية.


مع ذلك فإن تطور نظريات القانون الإداري لا سيما في مجال العقود الإدارية عامة وعقود التفويض المرفقي العام منح المتعاقدين حقوقا لم تكن موجودة، والتي تعد أيضا تطبيقا حقيقيا لقواعد المشروعية والتشاركية أيضا.

فأصبح للمفوض إليه الحق في الحصول على التعويض اللازم إذا ما كان إنهاء الرابطة التعاقدية راجع لرغبة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها وبدون ان يتسبب المفوض إليه بالحاق ضرر بالمرفق العام محلّ العقد¹.

وهو موقف واقعي بالنظر إلى حجم الخسائر التي قد يتكبدها المفوض إليه والذي تعاقد بنية تحقيق الأرباح وتغطية خسائر استثماره بما فيها تلك المرتبطة بالإنشاءات والانجازات التي تم تنفيذها، حيث أن التوقف لم يكن راجع لارتكابه لخطأ جسيم وإنما بسبب رغبة الإدارة في إنهاء تنفيذ العقد. مع ذلك اشترطت الكثير من التشريعات في ضرورة استفاة المفوض إليه من التعويض المناسب ضرورة ان يكون منصوص عليه في العقد وذلك من أجل ضمانات أكثر.

كما لا بد من أن يتضمن ذات العقد اشارة إلى طرق التعويض وكيفياته والمعايير المعتمدة في تقديره.

¹ أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013، ص158.



خاتمة



خاتمة:

رأينا من خلال هذه الدراسة أن الإدارة المرفقية قد شهدت تطورا كبيرا في عالمنا المعاصر والذي جاء كنتيجة لمجموعة من الأسباب والدوافع التي تجاوزتها الأنظمة المقارنة اليوم، ليصبح تفويض المرافق العامة أسلوبا جديدا متجددا قوامه اشراك القطاع الخاص في تحقيق غايات كانت في الأصل تتعقد بإرادة الدولة ووسائلها العامة، بحيث تجاوزت الدول تلك المرحلة لفضاء رحب محله المشاركة في تسيير الشأن العام بشكل فعّال ومتطور.

يتمتع أسلوب تفويض المرافق العامة باهتمام كبير في كثير من الدول وما عزز من نفوذه كفاءته وقدرته على مسايرة التحوّلات وتدارك نقائص التسيير التقليدي الذي تغلب عليه الرتابة والنمطية وعدم القدرة على الابتكار.

إن تجاوز عقود تفويض المرفق العام لمرحلة ما هو متداول وعادي من نصوص عامة إلى مرحلة التفصيل بموجب النصوص التنظيمية والقواعد الخاصة المطبق في هذا النوع من العقود هو محاولة من التشريعات لرسم خارطة طريق جديدة من أجل تكريس لتشريع نوعي يقوم على اعتناق التفصيلات بدل الركون إلى القواعد العامة والمبادئ التي تفسر لمصلحة الإدارة في كل الأحوال.

لقد قدمت لنا التشريعات بعض نماذج سلوك تشريعي منهجي ومتفوق من خلال تضمينها لقواعدها لمعطيات جديدة أخذت فيها التحوّلات الفنية والتقنية وموقع المتعاقد من العلاقة مأخذا جديا ومنتجا بحيث أصبح للاعتبار الشخصي محلاً متميزا في هذا العقد وأضحى المتعاقد يحظى بحقوق لم تكن معهودة من قبل في العقود الكلاسيكية مثل الحق في الحماية من المنافسة غير المشروعة والحق في التوازن العقدي أولى بإحلال الغير لكن ضمن شروط وقواعد محددة.

إن الحديث عن عقد تفويض مرفق عام ليس مجرد تعرّض لنص قانوني وإنما هو تعامل مع قواعد وجمهور ومستجدات، حتى وإن كانت الغلبة فيها للطابع الاجرائي إلا أن الحلول التي قدمتها التشريعات على غرار المشرّع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 199/18 تحديدا شكّلت انتقالاً نوعياً حيث تعرّض هذا النص لمسائل لم تتعرض لها بعض الأنظمة المشابهة على غرار التشريع التونسي أو المغربي أو المصري.

بحيث جاءت النصوص مُفصّلةً في كل جوانبها، مع ذلك لا يزال هناك شوطاً يجب تجاوزه بسبب بعض الإشكاليات التي تثور حول مصير الأموال والممتلكات العامّة والخاصة وكيفية إدارتها والمحافظة عليها ومواعيد تسليمها وتحمل تبعات هلاكها واستهلاكها إلى غير ذلك من مواضيع.

إن أهم ما يلاحظ على هذه التشريعات مجتمعة بأنها جاءت نتاج مخاضٍ عسير شهدته عملية الإدارة والتسيير المرفقي العمومي، خاصة في المرحلة التي تلت استقلال هذه الدول والذي هيمنت عليه حالة عدم استقرار هذه الأخيرة على اتباع نموذج ونمط موحد للتسيير، والذي يُعزى أيضاً لظروف كثيرة منها خاصة تلك التي مرّت بأزمات سياسية واقتصادية وهشاشة مالية نتيجة ضعف ميزانيات التشغيل والصيانة، وأيضاً بسبب ارتفاع الكثافة السكانية في ظلّ قلة الطلب على اشراك القطاع الخاص لتدارك نقائص الإدارة المرفقية بالأساليب الكلاسيكية.

كما أن تحوّل التشريعات المقارنة إلى اعتناق أنماط الإدارة ومناهج التسيير إلى أساليب منتجة بشكل كبير كان له صدى إيجابي في تحويل دور القطاع الخاص من متعاقد "خاضع للشروط" إلى شريك مساهم في نقل تجربة أو تقديم خدمة فعّالة وبتكاليف أقل وتوجّه للجمهور بطريقة يسيرة ومرنة.

مع ذلك فإن تركيز المشرّع الوطني على منح الأولوية للقطاع الخاص الوطني من مؤسسات صغيرة ومتوسطة وحرمان الأجانب من الحقّ في التعاقد بأي صورة كانت من صور التفويض يعتبر

مشكلة يجب تداركها على الأقل من خلال السماح للشركاء الأجانب والوطنيين بالاندماج ضمن مؤسسات واحدة، للاستفادة من خبراتهم من أجل تدارك مساوئ التسيير المحلي الباهت وتجاوز مشكلات التمويل المالي والإدارة الفنية والتقنية للمشاريع بشكل صارم ومُجدي.

بناءً على النتائج المتوصل إليها سنحاول أن نورد بعض المقترحات التي تصبُّ في خانة إثراء الحقل القانوني الناظم لمجال عقود التفويض المرفقي:

- نقترح على المشرع أن يعيد النظر في الإطار القانوني المنظم لمجال التفويض من خلال دسترة التفويض كألية اقتصادية وتقنية وقانونية تستهدف إلى جانب القطاع الخاص الارتقاء بالنشاط الاقتصادي الوطني ودفع عجلة التنمية من استدامة حقيقية وضمانات واقعية تتلاءم والتحوّلات الطارئة على مبادئ الارتفاق المعاصرة.

- وضع إطار قانوني متكامل خاص بمجال عقود تفويض المرفق العام بشكل مفصل لكلِّ عناوينه ومواضيعه وأقسامه.

- اعتماد مبادئ الثبات التشريعي من أجل تسيير ناجع وفعال وخدمات أكثر جودة.

- إعادة النظر في كثير من المسائل المرتبطة بعقد التفويض لا سيما فيما يتعلق بالمركز المالي للمفوض إليه والضمانات المقدّمة كقدرات مالية بحيث يجب تكييفها مع طبيعة الأشغال والتحوّلات المالية في الجزائر وسعر السوق.

- تكييف التشريع الوطني المنظّم لمجال عقود التفويض ليتلاءم مع الأنظمة والشركاء الأجانب من أجل تدارك مشكلة التفويض الوطني والمحلي، خاصة هذا الأخير والذي ينتج كثيرا عن الانسدادات المُثارة على مستوى البلديات في كثير من الأحيان.

- اعتماد آلية الدعوة الالكترونية للطلب على المنافسة وأيضا الإعلان الالكتروني.

- تعزيز شمولية قواعد التفويض لتشمل الأجانب ضمن قواعد شراكة منظمة ومحددة من أجل الاستفادة من المزايا التقنية والخبرات الاقتصادية والإدارية لهؤلاء، مع إمكانية اعتماد تقنية الإسناد عن طريق المناولة الجزئية للمشاريع التي تعتمد على أساليب أكثر تطوراً من الناحية التكنولوجية.
- إعادة النظر في بعض القواعد الإجراءات المتعلقة تحديداً بتخفيف أعباء المخاطر إلى الحدّ المقبول والمعقول فنياً وفرض آليات التفويض المتجدد ضمن العقد بشروط أكثر سعة وملائمة للطرف المتعاقد الضعيف.
- إعادة النظر في الجزاءات المترتبة عن الاختلال بالتزام المفوض، بحيث يجب التركيز على الجزاءات المعنوية كالإقصاء من عقود التفويض أو الحرمان الجزئي من إدارة بعض صوره أو تقرير الحراسة بدل اللجوء إلى أساليب الإقصاء النهائي والعقوبات المالية.
- نشر قوائم المفوضين المقصيين في الوسائل المخصصة لذلك بما فيها الدعامات الرقمية
- إخضاع المتعاقد لعمليات التكوين القانوني والتقني والإداري المستمر من أجل تطوير مهاراته قصد تمكنه الجيّد من إدارة المشروع بدون اختلالات.
- تمكين المتعاقد من الحصول على بدل الإيجار في حالة تعطل المرفق لسبب طارئ أو قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة الكلية للتنفيذ بالإضافة إلى إمكانية تأمينه بشكل كامل أو تحويل النشاط إلى مرفق أقل إنفاقاً عن طريق اعتماد نظرية تحوّل العقد.
- مراجعة وتعديل القوانين ذات الصلة بمجال التسيير المرفقي ليتلاءم وعقود التفويض على غرار قانون البلدية والولاية والاستثمار وغيرها من التشريعات ذات الصلة بالنشاط المرفقي.

- إعادة النظر في القواعد المتعلقة بتحوّل أموال المرفق وغيرها من الممتلكات العامّة والخاصة بأطراف العقد وجردها وتحويلها بناءً على إجراءات وقواعد واضحة ضمن العقد والنص القانوني أيضاً.

- إشراك الجمهور والجمعيات ومختلف هيئات المجتمع المدني في بسط الرقابة على المفوضين المتخلين بالتزاماتهم خاصة المختصين منهم.

في النهاية يمكن القول بأن التنظيم التشريعي لمجال عقود تفويض المرافق العام وإن كان قد نجح في تقديم الإضافة المنشودة والتي لم تكن الدولة لتتجاوزها لو بقيت وفيه لتقاليدها التي هيمن عليها الطابع القطاعي الرتيب إلا أن الحكم على فعاليته في تقديم الخدمة العمومية على ما يرام له غير ممكن على الأقل ضمن المعطيات الحالية كونه حدثته من جهة والتي لم تتجاوز عمر جيل من الاحتياجات وأيضاً نتيجة غياب أرقام وإحصائيات دقيقة عن عدد المشاريع الخدمائية التي تنفذ عن طريق هذه التقنية ونوعها ونطاقها الجغرافي والزمني والنتائج التي بلغت من حيث الكفاية الفنية والنفاد، وطبيعة الجمهور المستهدف، كما أن إصلاحات عميقة تنتظر القائمين على هذا المشروع الخلاق خاصة من حيث بعث آليات تستطيع من خلالها الدولة مسايرة التحوّلات والحركية التكنولوجية والاقتصادية والرقمية الحالية خاصة بعد ظهور الخواص بمظهر المالك للتقنية والمهيمن على عمليات الإنتاج.

كما أن تجارب الجزائر وكثير من الدول العربية في هذا السياق لا تزال فتية، وهو ما يدفعنا إلى القول بضرورة إعطاء الفرصة لكل الفاعلين في هذا الحقل الحيوي، بما فيهم المتعاملين الاقتصاديين وتشجيعهم على الولوج إلى هذا المجال الاستثماري وحمائيتهم ورعايتهم في كل الأحوال بما فيها تغطية خسائر الجادين منهم في كل الظروف والأحوال خدمة للصالح الخاص والعام أيضاً.



قائمة المصادر والعراجع



قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: النصوص التشريعية والتنظيمية

1 - الدساتير

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1996 المعدل بالمرسوم الرئاسي 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج ر.ع 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

2 - القوانين

1. القانون رقم 166/64 المؤرخ في 8 جوان 1964، المتعلق بالمصالح الجوية، ج. ر. ع 6 الصادرة في 16 جوان 1964.

2. القانون 03/2000 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المؤرخ في 05 أوت 2000، ج. ر. ع 48، الصادرة في 06 أوت 2000.

3. القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المؤرخ في 05 فيفري 2002، ج. ر. ع 08 الصادرة في 06 فيفري 2002.

4. الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقض والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010.

5. القانون 12/05 المتعلق بالمياه المؤرخ في 04 أوت 2005، ج. ر. ع 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم.

6. قانون رقم 54-05 يتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5404 الصادرة في 16 مارس 2006.

7. القانون رقم 23 مؤرخ في أول أفريل 2008 يتعلق بنظام اللزمات التونسي.

8. قانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية، مؤرخ في 22 يونيو 2011، ج ر ع 37، الصادرة بتاريخ 03 يوليو 2011.

9. قانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية، مؤرخ في 21 فبراير 2012، ج ر ع 12، الصادرة في 29 فبراير 2012.

قائمة المصادر والمراجع

10. القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة، المؤرخ في 02 يوليو 2018، ج.ر.ع 46 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2018.

3 - المراسيم الرئاسية

1. المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 4 يوليو 1988 ينظم العلاقة بين الإدارة والمواطن، ج.ر.ع 27، سنة 1988.

2. المرسوم الرئاسي 147/15 المؤرخ 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ع 5، سنة 2015.

4 - المراسيم التنفيذية

1. المرسوم التنفيذي رقم 08-54 المؤرخ في 21 جانفي 2008 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به.

2. المرسوم التنفيذي 220/11 المؤرخ في 21 جوان 2011، ج.ر.ع 34، سنة 2011.

3. المرسوم التنفيذي 199/18 الصادر في 5 غشت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر.ع 48، سنة 2018.

5 - التعليمات

1. التعليمات رقم 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلقة بتفويض المرفق العام.

ثانياً: الكتب

1. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.

2. عبد العليم عبد المجيد مشرف: دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، دار النهضة العربية، 1998.

3. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2000.

قائمة المصادر والمراجع

4. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2000.
5. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
6. جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2002.
7. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
8. مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006.
9. وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
10. عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني - النشاط الإداري)، د. م. ج، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2008.
11. مروان محي الدين قطب - طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز - الشركة المختلطة، تفويض المرفق العام - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
12. وليد حيدر جابر - التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ب.ط، سنة 2009.
13. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، دار المجدد للنشر والتوزيع، 2010.
14. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 76 لسنة 2012 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
15. هيثم خالد غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2014.

قائمة المصادر والمراجع

16. أبو بكر أحمد عثمان- عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015.
17. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2015.
18. محمد علي ماهر محمد علي -وكالة المرفق العام، دراسة مقارنة- دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2015.
19. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم 247/15، جسور للنشر والتوزيع، د.س.ن، 2017.
20. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
21. خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر 2017.
22. خالد خليفة، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية، د.ت.ن، 2017.
23. مصطفى السيد دبوس، تثمين خدمات الدولة في إطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات، دراسة تحليلية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ب.ط، سنة 2017.
24. ستار جبار البدري -العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية، دراسة تحليلية مقارنة- مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، سنة 2018.
25. وفاء محمود أحمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2018.
26. علي حسن عبد الأمير العامري، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، سنة 2021.
27. بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة -قانون المرفق العمومي، دراسة في البناء التصوري والنظام القانوني للمرفق العام- دار الهدى، الجزائر، سنة 2023.
28. سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام المحلي، دار المتنبى للطباعة والنشر، ب.ط، سنة 2023.

ثالثاً: أطروحات الدكتوراه

1. مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001.
2. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2004.
3. نادية ظريفي، "المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز"، دكتوراه علوم، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2011-2012.
4. منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2016.
5. فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم، 2018.
6. بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر رسالة دكتوراه ل.م.د في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018-2019.
7. سمية سلامي، النظام القانوني لعقود التفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه طور ثالث (ل.م.د) في الحقوق، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، السنة 2021.
8. بو عنق سمير - تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيل 2021/2022.

رابعاً: مذكرات الماجستير

1. أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013.
2. خالد مسعودي - مرتفق المرفق العمومي في القانون الجزائري- مذكرة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.

خامساً: المقالات العلمية

1. راضية شيبوتي، "ضبط المرافق العمومية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، ع 35، جوان 2011.
2. صالح زمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، العدد 6، السنة 2014.
3. سوهيلة فوناس، "عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 10، ع 02، 2014.
4. أحمد عميري - دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم 247/15، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة ابن خلدون تيارت، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 18، جوان 2017.
5. الكاهنة إرزيل، "عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، العدد الثالث، جوان 2017.
6. أحمد حرير، "النظام القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ودوره في تمويل الاستثمار في مجال البنى التحتية"، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بغيليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، المجلد 7، ع 1، 2018.
7. محمد خليفي، "الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام وفقاً للمرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامية، ع 7، جانفي 2018.
8. إلهام فاضل، أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم 247/15، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية العدد 25، ديسمبر 2018.
9. سامية حساين، أمينة لميز، قراءة نقدية في تفويض المرفق العام، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 2، جوان 2019.
10. فوزيل شريط، مصطفى رباعي، "صلاحيات السلطة المفوضة في تفويض مرافق الجماعات المحلية وفقاً للمرسوم 199/18"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، المجلد 30، ع 3، ديسمبر 2019.

قائمة المصادر والمراجع

11. ياسين مقدم، عقد التسيير المفوض، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 04، ع 02، جانفي 2020.
12. محمد شرميطي، "حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 05، ع 01، 2020.
13. قرير نورة، نادية ضريفي، المقاربة بين مبدئي الاعتبار الشخصي ومبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، المجلد 7، العدد 2، ص 10، سنة 2022.
14. عقيب أسماء، نقاش حمزة، انقضاء عقد تفويض المرفق العام والمآل القانوني لأمواله، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، المركز الجامعي الشيخ أمود بن مختار، إليزي، المجلد 07، العدد 01، سنة 2024.

سادساً: المداخلات / تقارير

1. سهيلة بو خميس، محمد علي حسون، "اتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية (دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي رقم 199/18)"، أعمال الملتقى الوطني بعنوان: التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد النفقات، المنظم بكلية الحقوق، جامعة باتنة، يوم 22 نوفمبر 2018.
2. نادية ضريفي، "تفويض المرفق العام المحلي والتنمية"، بحث مقدم في إطار كتاب جماعي مقالات متنوعة على شرف الأستاذ الدكتور بوسماح محمد أمين بعنوان: في صلب إصلاح الدولة، ج2، د.م.ج، الجزائر، 2021.
3. تقرير صندوق النقد العربي، نافذة على طريق الإصلاح، اصلاحات لنظام الخدمة المدنية في الدول العربية، <https://www.amf.org.ae>.

سابعاً: المواقع الإلكترونية

1. <https://www.collectiviteslocales.gouv.fr/sites/default/files/migration> , consulté le 22, 2023/10/20 h20.
2. <https://collectivites-territoriales.gov.ma> ,consulté le.30: 22 ,2023/11/25
3. <https://legislation-securite.tn/ar/latest-laws> ,consulté le.42: 23 ,2023/11/25

4. Instance Générale de Partenariat Public Privé ,<https://igppp.tn> /consulté le .2024/10/27
5. collectivites-locales.fr ,consulté le.30: 23 ,2024/12/10

المراجع باللغة الفرنسية

1 – Les Ouvrages

1. Wallin,M ,trité de droit administratif6 ,ed.1963 ,
2. R. Chapus ,Le Droit administratif général ,1988 ,Tome 1, Paris, n 1377.1988 ,
3. Christian Bettinger ,La gestion déléguée des services publics dans le monde de la concession au BOT ,édition PUF.1990 ,
4. P. Devolve ,Le droit administratif ,Daloz, Paris.1994 ,
5. M.Kotban- le régime juridique des contrats du secteur public, étude de droit comparé Algérien et Français -OPU.1996 ,
6. A. JEAN ,La délégation du service, Guide pratique ,Daloz, Paris.1999 ,
7. Boiteau C ,Les conventions de delegation de service publique ,imprimerie nationale.1999 ,
8. Stéphane Braconnier ,droits des services publics ,P U F.2004 ,
9. Rachid Zouaimia , la délégation de service public au profil de personne privé , maison d'édition Belkais2012 ,

2 – Les Textes juridiques

1. Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République ,<https://www.legifrance.gouv.fr> , consulté le 04/11/2023 , 22:30.
2. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique <https://www.legifrance.gouv.fr> , consulté le 08/02/2023, 20 ;25.
3. Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ,<https://www.legifrance.gouv.fr> , consulté le 08/02/2023, 21;25.
4. Article L1411-1 du CGCT version en vigueur du 1 avril 2016 au 1 avril 2019 modifie par ordonnance n°2009-1530 du 10 décembre 2009 ,art.2 , <https://www.legifrance.gouv.fr>

5. Article 14 du décret n° 86 du 01 février 2016 ,voir aussi les articles 04,05 et 06 du même décret.

3 – Les Décisions juridictionnelles

1. C.C 29 .Déc 1983 .Rec.
2. CE 21 ,février 2014 ,société Dalkia France, Rec-Lab.

4 – Les Thèses universitaires

3. D.Charbonnel- ,une relecture des lois du service public ,thèse de doctorat- université de limoges.2019 ,

5 – Les Articles de revues

1. G. Marcou –"La Notion de Délégation de service public après la loi du 29 Janvier 1993–" RFDA.1994 ,
2. D.Truchet, nature juridique de l'exploitation des réseaux câbles, RFDA.1996 ,
3. NIL Symchawicz. (La notion de délégation de service public). Revue AJDA, EDITION DALLOZ. France N° du 20 Mars.1998
4. Fouaz LADJELAT, Hatem DEBIH, « Les nouvelles modalités de gestion du service public en Algérie : défis et perspectives », Revue repères pour les études juridiques et politiques, N°02, Centre universitaire Ali KAFI Tindouf , .2017
5. T. Dalfarra " la délégation de service public désigne tout procédé par lequel une collectivité publique confie la gestion du service public à un organisme qui est juridiquement distinct.



الفهرس



الصفحة	الموضوع
8-1	مقدمة
10	الباب الأول: عقد تفويض المرفق العام كأداة معاصرة لتسيير المرافق العامة وتطوير الخدمات العامة في التشريعات المقارنة
11	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة
12	المبحث الأول: الإطار النظري لعقود تفويض المرافق العامة
13	المطلب الأول: مفهوم تفويضات المرفق العام
14	الفرع الأول: تعريف تفويضات المرافق العامة
14	أولاً: التعريفات الفقهية
20	ثانياً: التعريف التشريعي لتقنية التفويض
29	الفرع الثاني: نشأة وتطور فكرة تفويضات المرفق العام
30	أولاً: مرحلة التكريس التشريعي لفكرة تفويضات المرفق العام
42	ثانياً: مرحلة التكريس القضائي لفكرة تفويضات المرافق العامة
45	المطلب الثاني: شروط إبرام عقود تفويض المرفق العام
46	الفرع الأول: ضرورة وجود مرفق عام يقبل التفويض
49	الفرع الثاني: غلبة السمة العقدية لعقد التفويض
51	الفرع الثالث: خضوع تسيير المرفق المفوض لمبادئ المرفق العام
52	الفرع الرابع: القدرة على استغلال المرفق العام المفوض وتحمل مخاطره
53	الفرع الخامس: ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق

55	الفرع السادس: تقييد عقود تفويض المرفق العام بفترة زمنية "معقولة الوسائل في مواجهة النتائج"
56	المبحث الثاني: أنواع عقود تفويض المرفق العام في ظل الأنظمة المقارنة
59	المطلب الأول: التنظيم القانوني لأساليب التفويض المرفقي ضمن نطاق الرقابة الكلية للسلطة المفوضة للمرفق العام
60	الفرع الأول: عقد الامتياز
65	الفرع الثاني: عقد الإيجار
69	المطلب الثاني: نطاق الرقابة الجزئية للسلطة المفوضة للمرفق العام وفق التنظيم القانوني لأساليب التفويض المرفقي
70	الفرع الأول: عقد الوكالة المحفزة
73	الفرع الثاني: عقد التسيير
77	الفصل الثاني: نطاق انفاذ عقد تفويض المرافق العامة لأجل خدمة عامة متطورة في التشريعات المقارنة
78	المبحث الأول: النطاق الموضوعي والشخصي لاتفاقية تفويض المرافق العامة
79	المطلب الأول: النطاق الموضوعي لإبرام تفويض المرافق العامة
81	الفرع الأول: المرافق العامة القابلة للتفويض
87	الفرع الثاني: المرافق غير القابلة للتفويض
90	أولاً: المرافق المصنفة سيادية
91	ثانياً: المرافق العامة المجانية
94	المطلب الثاني: النطاق الشخصي لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

94	الفرع الأول: السلطة المفوضة
97	أولاً: الدولة
97	ثانياً: الجماعات المحلية
98	ثالثاً: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
99	رابعاً: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للجماعات الإقليمية
100	الفرع الثاني: المفوض إليه
102	أولاً: المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
103	ثانياً: الشركات التجارية
103	ثالثاً: شركات الاقتصاد المختلط
103	رابعاً: الجمعيات أو التجمعات المهنية
104	الفرع الثالث: المرتفقون
107	المبحث الثاني: فكرة الاعتبار الشخصي بين الأصالة والتحديث التشريعي
108	المطلب الأول: الاعتبار الشخصي وأثره في إبرام عقود التفويض المرافق العامة
108	أولاً: مرحلة تبلور فكرة الاعتبار الشخصي وحرية اختيار المتعاقد في نطاق عقد التفويض
110	ثانياً: مرحلة تبلور المفهوم الجديد للاعتبار الشخصي في نطاق عقود التفويض الحديثة
111	المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لفكرة الاعتبار الشخصي في القوانين العربية
112	الفرع الأول: التنظيم التشريعي لفكرة الاعتبار الشخصي في التشريعات المقارنة العربية
113	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من أعمال مبدأ الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرافق العامة

117	الباب الثاني: آثار تنفيذ عقد تفويض المرفق العام ونهايته على الخدمة العامة في التشريعات المقارنة
119	الفصل الأول: إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام وأثرها في تطوير الخدمة العمومية في التشريعات المقارنة
120	المبحث الأول: طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام
121	المطلب الأول: الطلب على المنافسة
121	الفرع الأول: تعريف الطلب على المنافسة
126	الفرع الثاني: عدم جدوى الطلب على المنافسة
128	المطلب الثاني: التراضي في عقود التفويض
129	الفرع الأول: تعريف التراضي وأنواعه
129	أولاً: تعريف التراضي
130	ثانياً: أنواع التراضي
132	الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التراضي
132	أولاً: مبررات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة
135	ثانياً: حالات التراضي البسيط
139	المبحث الثاني: إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
140	المطلب الأول: المراحل التمهيدية لإبرام عقد تفويض المرفق العام
140	الفرع الأول: مرحلة اتخاذ قرار اعتماد تقنية تفويض المرفق العام
141	أولاً: إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام
141	ثانياً: تغطية تكاليف الاستغلال

142	ثالثا: نطاق رقابة الشخص العام
142	رابعا: نطاق مسؤولية الشخص المفوض إليه وتحمله المخاطر
142	خامسا: العنصر المالي
143	الفرع الثاني: الإعداد المسبق لدفتر الشروط
144	أولا: تعريف دفتر الشروط
146	ثانيا: عناصر ومضمون دفتر الشروط
149	المطلب الثاني: نشر وإعلان الانتقاء الأولي للمترشحين
150	الفرع الأول: نشر إعلان الطلب على المنافسة
151	أولا: إلزامية الإعلان
152	ثانيا: كيفية الإعلان ومضمونه
156	الفرع الثاني: إيداع وتقييم العروض
156	أولا: إيداع العروض
157	ثانيا: مكونات ملف العروض
158	ثالثا: فتح الأظرفة وإعداد قائمة للمترشحين المقبولين
160	الفرع الثالث: مرحلة دعوة المترشحين المقبولين لإتمام الإجراءات
160	أولا: نشر قائمة المقبولين
162	ثانيا: دعوة المقبولين لسحب دفتر الشروط وتقديم العروض
163	ثالثا: فتح العروض ودراستها
163	رابعا: مرحلة التفاوض ومنح التفويض
167	خامسا: المنح المؤقت للتفويض

168	سادسا: إعداد اتفاقية تفويض المرفق العام
173	الفصل الثاني: تنفيذ عقود تفويض المرفق العام ونهايتها وأثر ذلك على الخدمة العامّة
175	المبحث الأول: تسيير عقود تفويض المرفق العام
176	المطلب الأول: حقوق والتزامات السلطة المفوضة
177	الفرع الأول: حقوق السلطة المفوضة
178	أولا: سلطة الرقابة والتوجيه
186	ثانيا: سلطة تعديل عقد التفويض
189	ثالثا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات
193	الفرع الثاني: التزامات السلطة المفوضة
193	أولا: الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية
195	ثانيا: الالتزام بمنح التراخيص اللازمة للمفوض إليه
196	ثالثا: التزام السلطة المفوضة بشروط العقد
197	المطلب الثاني: حقوق والتزامات المفوض إليه
198	الفرع الأول: حقوق المفوض إليه
199	أولا: الحق في المقابل المالي
205	ثانيا: حق المفوض إليه في الحصول على الامتيازات العقدية
205	أ - الحماية من المنافسة التي توفرها السلطة المفوضة
206	ب - التسهيلات المالية التي يتمتع بها المفوض إليه
207	ثالثا: الحق في التوازن المالي
209	أ - نظرية فعل الأمير كأساس للتعويض

211	ب - نظرية الظروف الطارئة
213	ج - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
216	الفرع الثاني: التزامات المفوض إليه
216	أولاً: التزام المفوض إليه بتنفيذ العقد بصورة شخصية ودون مناولة للغير
221	ثانياً: التزام المفوض إليه بنقل التكنولوجيا الحديثة
221	ثالثاً: التزام المفوض إليه بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق خلال تنفيذ العقد
222	رابعاً: الالتزام بدفع إتاوة للجهة المفوضة
223	المبحث الثاني: نهاية عقد تفويض المرفق العام
224	المطلب الأول: حالات انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام
225	الفرع الأول: الانتهاء الطبيعي لعقد التفويض بين التمديد والتجديد
231	الفرع الثاني: النهاية غير العادية لاتفاقية التفويض المرفقي
232	أولاً: انقضاء العقد لأسباب خارجة عن إرادة اطرافه
234	ثانياً: استرداد المرفق العام بين سلطة التقدير وإمكانية التعسف في استعمال السلطة
237	ثالثاً: الفسخ
242	المطلب الثاني: تحول ممتلكات عقد التفويض المرفق العام
244	الفرع الأول: الإطار القانوني لتحويل ممتلكات المرفق المفوض
247	الفرع الثاني: حالات إمكانية استرجاع الأموال المملوكة للمرفق المفوض
247	أولاً: حالة استرجاع السلطة المفوضة للمرفق العام مجاناً ودون مقابل
250	ثانياً: حالة استرجاع السلطة المفوضة للمرفق العام بمقابل
254	ثالثاً: تعويض المفوض إليه

الفهرس

257	خاتمة
266	قائمة المصادر والمراجع
273	الفهرس

المخلص:

يشكّل عقد تفويض المرافق العامة أسلوبًا حديثًا لإدارة المرفق العام، برز مع تراجع دور الدولة من الاحتكار والتدخل المباشر إلى الاكتفاء بالضبط والتوجيه، مما أتاح مساحة أكبر لمبادرة الخواص والمتعاملين الاقتصاديين لتقديم خدمة عمومية أكثر جودة وفعالية. وقد انتشر هذا النموذج في العديد من الدول كفرنسا والمغرب وتونس والكويت والعراق والجزائر، رغم اختلاف المصطلحات المعتمدة بينها، إلا أنها تتفق في الهدف المتمثل في تطوير الخدمات المرفقية.

وتُعدّ التجربة الفرنسية رائدة في هذا المجال بفضل مساهمة التشريع والقضاء، وهو ما انعكس في قوانين مثل سابان ومارسيف. وفي الجزائر، لم يكن التشريع بعيدًا عن هذا التطور، حيث جاء المرسوم الرئاسي 147/15 والمرسوم التنفيذي 199/18 ليؤسسا إطارًا قانونيًا مفضلاً يهدف إلى معالجة نقائص المراحل السابقة وتحرير القطاع الإداري من الهيمنة، بما يضمن تقديم خدمة عامة أكثر جدوى ومرونة مواكبة لاحتياجات المجتمع.

Abstract:

The public service delegation contract represents a modern method of managing public services, emerging as the role of the State shifted from monopoly and direct intervention to a function limited to regulation and guidance. This shift has provided greater room for the initiative of private and economic operators to deliver higher-quality and more efficient public services. This model has spread across many countries such as France, Morocco, Tunisia, Kuwait, Iraq, and Algeria. Despite differences in terminology, these countries share the same goal: developing public service delivery.

The French experience is considered pioneering in this field due to the contribution of legislation and case law, reflected in laws such as Sapin and Murcef. In Algeria, legislation has also kept pace with this evolution through Presidential Decree 15/147 and Executive Decree 18/199, which established a detailed legal framework aimed at addressing previous shortcomings and freeing the administrative sector from dominance, thereby ensuring a more effective, useful, and flexible public service that meets the needs of society.

Résumé:

La délégation de service public constitue une méthode moderne de gestion du service public, apparue avec le recul du rôle de l'État, passé du monopole et de l'intervention directe à une fonction limitée à la régulation et à l'orientation. Cette évolution a offert un espace plus large à l'initiative des opérateurs privés et économiques pour fournir un service public de meilleure qualité et plus efficace. Ce modèle s'est répandu dans de nombreux pays, tels que la France, le Maroc, la Tunisie, le Koweït, l'Irak et l'Algérie. Malgré la diversité des

terminologies adoptées, ces pays convergent vers le même objectif : le développement des services publics.

L'expérience française demeure pionnière dans ce domaine grâce à l'apport du législateur et de la jurisprudence, ce qui s'est reflété dans des lois telles que Sapin et Murcef. En Algérie, la législation a également suivi cette évolution, avec le décret présidentiel 15/147 et le décret exécutif 18/199, qui ont établi un cadre juridique détaillé visant à corriger les insuffisances précédentes et à libérer le secteur administratif de l'hégémonie, garantissant ainsi un service public plus utile, efficace et flexible, en phase avec les besoins de la société.