الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة غرداية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

العنــوان

الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العامة في الجزائر (التفويض)

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

مسار: الحقوق، تخصص: قانون إداري

إعداد الطالب: معشت زهير

إشراف الأستاذ: د/كيحول بوزيد

نوقشت أمام اللجنة

الاسم واللقب	الدرجة	الجامعة	الصفة
رابح نهايلي	أستاذ مساعد / أ	جامعة غرداية	رئيسا
كيحول بوزيد	أستاذ محاضر / أ	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
عبد الله زرباني	أستاذ مساعد / أ	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي: 2015/2014

بسم الله الرحمن الرحیم

كلمة شكر و عرفان

الحمد و الشكر لله على ما من به علي من توفيق و تيسير لإتمام هذه المذكرة ،"فإن كان خيرا فتوفيق من الله ، و إن كان غير ذلك فمني و من الشيطان"

أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الدكتور المشرف كيحول بوزيد على كل ما قدمه لي من مساعدات و توجيهات من أجل إتمام هذه المذكرة.

كما أتقدم إلى كل من الأستاذ آيت عودية بلخير و أحمد بن مسعود على كرم المساعدة و الدعم و المرافقة و النصح و التوجيه أثناء القيام بهذا العمل، و إلى الذين لم يبخلوا علي بنصحهم و دعمهم لي من أجل إنجاز هذا العمل.

جميع أساتذتي الأفاضل و زملائي طلبة السنة الثانية ماستر

" اللهم علمنا ما ينفعنا، و أنفعنا بما علمتنا وزدنا علما ".

الإهداء

أهدي ثمار جهدي المتواضع إلى كل أفراد عائلتي الكبيرة بداية من الوالدين الكريمين وإخوتي و أخواتي و إلى من ساندني و تحمل مشقتي في درب الدراسة زوجتي و كل أفراد عائلتها الكريمة و إلى كل من تجمعني بهم صلة الرحم و القرابة و جميع أصدقائي .

ملخص

يرتبط مفهوم المرفق العام بإشباع الحاجات العامة للأفراد قصد تحقيق الصالح العام ، فالغاية من وراء إنشاء المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة ، و تختلف طرق تسيير المرافق العامة باختلاف أنواعها و تعددها من مرافق عامة إدارية و أخرى اقتصادية ، و تحتفظ الدولة بحقها في اختيار الوسيلة الأنجع في إدارة مرافقها ، و يشكل التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة الاقتصادية إحدى الاستراتيجيات التي تتبناها الدول في تسيير مرافقها العامة و تحديثها بصورة تنسجم مع تطور السوق و الخدمة الواجب تأديتها ، و من جهة أخرى فإن هذه التقنية تسمح للدولة بالانصراف إلى وظائفها السيادية ، (التقليدية) كالدفاع و الأمن و القضاء ...

و لا تعني تقنية التفويض تخلي الشخص العام عن المرفق بصفة مطلقة ، بل يبقى مسئولا عن حسن أدائه و ضمان استمراريته و تسليط مختلف أنواع الرقابة عليه ، و تتعدد صور تفويض المرفق العام من أسلوب الامتياز و عقد إجارة المرفق العام و الإدارة بالشراكة ، ولا حصر لصور تفويض المرفق العام ،فيمكن أن تشمل معظم العقود المعنية بإدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية .

ومازالت تقنية تفويض المرفق العام في طور البناء ، فهو نظام حديث و مرن و قابل للتطور.

RESUME

Le concept du service public consiste en la satisfaction des besoins des individus dans le cadre de la réalisation de l'intérêt général.

Les méthodes de gestion diffèrent selon la catégorie du service public qu'il soit administratif ou économique. L'état choisie le moyen qu'il juge utile pour la gestion de ses structures selon les stratégies qu'il voit adéquates avec l'évolution du marché et de la qualité du service à fournir ; pour lui permettre de s'occuper des secteurs relevant de sa souveraineté.

La délégation dans le service public régie la concession, l'affermage, la gestion en partenariat et d'autres formes de contrats en conformité avec la législation régissant les biens publics économiques et administratifs .

La délégation du service public ne libère pas l'administration de l'état de ses obligations en matière de qualité et de continuité du service.

قائمة المختصرات :

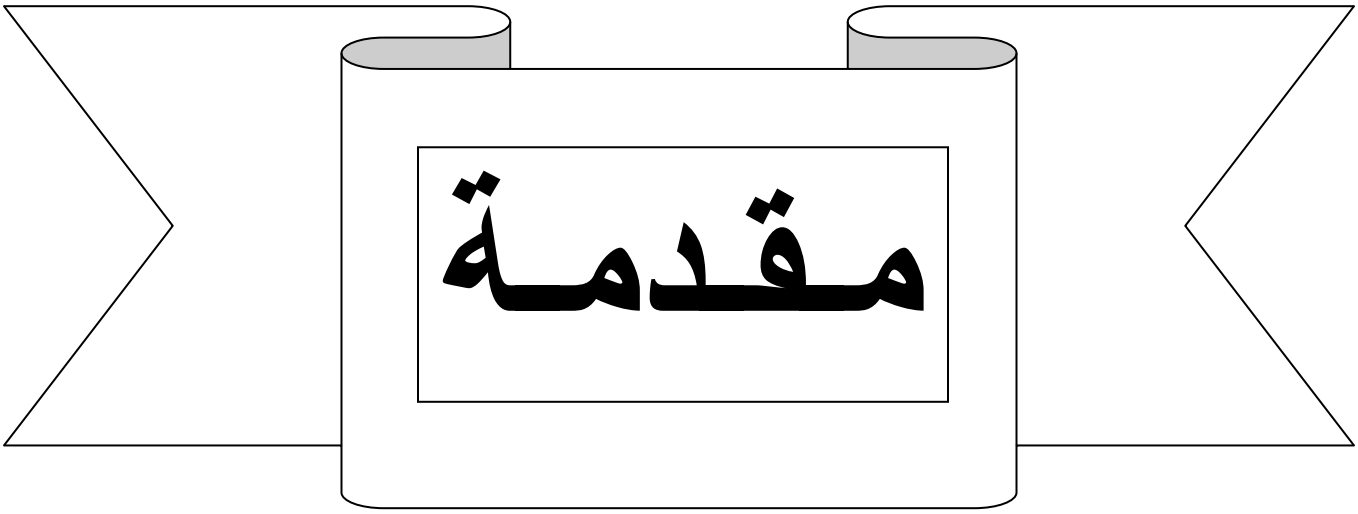
*ج.ر : جريدة رسمية.

*ط : الطبعة.

*ص : صفحة.

*ص.ص : من الصفحة إلى الصفحة

*عقود البوت : عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية.


مـقـدمـة

مقدمة :

تختلف طرق تسيير المرافق العامة حسب تنوعها و تعددها من مرافق إدارية و صناعية و تجارية ، فطرق إدارة المرافق المتعلقة بسيادة الدولة و أمنها مثل مرفق الدفاع ، و الأمن و القضاء تقتضي تسييرها من قبل الدولة مباشرة ، و لا يعقل إن يعهد تسيير هذه المرافق الحساسة إلى القطاع الخاص لما يترتب عنها من مخاطر تنعكس على سلامة و كيان الدولة فلا يمكن أن تكون فكرة قبول حلول القطاع الخاص مكان القطاع العام بالنسبة لجميع المرافق العامة التي تحتاج إلى ضوابط موضوعية ينبغي التقيد بها ،و ذلك خلافا للمرافق ذات الطابع الصناعي و التجاري التي يتطلب تدفق رؤوس الأموال و خبرات و كفاءات القطاع الخاص ، فقد أظهرت الوقائع الميدانية و أثبتت عجز تكفل أشخاص القانون العام لوحدها في إدارة المرافق العامة الاقتصادية و استغلالها ، و ذلك بسبب طبيعة الأشخاص العامة و منظومتها الإدارية ، حيث أنها لا تتلاءم مع طبيعة سير هذا المرفق و ذلك بفعل القيود الإدارية التي تعرقل نشاطها و التي لا تسمح بمزاولة الأنشطة الاقتصادية تماشيا مع قواعد و متطلبات السوق .

و قد عرفت الجزائر مع نهاية القرن العشرين بعض التطورات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية بسبب التحولات الدولية ، فانعكست على الدولة و مؤسساتها و علاقتها بالمواطن ، و قد أدت هذه التطورات إلى تطبيق واسع لتقنية التفويض و ذلك بسبب الضغوطات الدولية أو انطلاقا من رؤية تخطيطية تنسجم مع واقع القطاع العام في الدولة و مع تطور الحاجات العامة للمواطن من جهة و تزايد متطلبات الدولة للموارد المالية لسد هذه الحاجات من جهة أخرى و توفير الأموال اللازمة لتمويل المشروعات الاقتصادية ، أصبح لزاما على الدولة البحث عن عقود استثمارية جديدة ، و لا يمكن تحقيق ذلك إلا عن طريق فتح مجال للشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص ، فظهر القطاع الخاص كمساعد للقطاع العام في تحقيق بعض المهام المرفقية بهدف تحقيق المنفعة العامة ، و تمثل تقنية التفويض في تسيير المرافق العامة أداة تحريرية للقطاع العام ، و كسياسة تحديث له تهدف إلى تطوير فعالية الدولة ، و بما إن هذه الطريقة تخفف العبئ على الدولة من الناحية الإدارية و المالية ، فإنها قد عرفت التوسع في التطبيق العملي و ذلك في المجالات التي تتطلب الأخذ بها .

أولا : أهمية الدراسة

لقد أدت التطورات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي شهدها العالم عموما و الجزائر بصفة خاصة ، إلى ظهور أنواع جديدة من المرافق العامة ، كالمرافق العامة الصناعية و التجارية ، و قد أدى هذا التطور إلى تعدد و تنوع أساليب إدارتها ، فاخذت معظم الدول بهذا التنوع سعيا منها وراء إشباع الحاجات العامة و المتزايدة للإفراد ، و قد

أدى تدخل الدولة في الميدان الصناعي و التجاري إلى توسيع نطاق الخدمة ، و تطلب الأمر التفكير في آليات و طرق جديدة لتسيير مرافقها العامة ، خاصة في ظل افتقارها لكفاءات و خبرات و أموال القطاع الخاص ، و نتيجة لذلك لجأت الدولة إلى التعاون مع هذا القطاع من اجل النهوض بهذه المرافق وذلك من خلال اعتمادها لتقنية التفويض كأسلوب من أساليب تسيير المرافق العامة.

و تتجلى أهمية موضوع هذه الدراسة في تبيان موقف الجزائر إزاء تقنية التفويض كوسيلة لتطوير مرافقها العامة و تحديثها ، و مدى تأثرها بالتجربة الفرنسية التي تشكل المبتكر الأول لهذه التقنية الرائدة في تسيير المرافق العامة فهي الدولة السباقة في وضع الإطار التشريعي الذي يحكم هذا المجال .

ثانيا : دوافع اختيار الموضوع

لقد تم اختيار موضوع هذا البحث بناءا على اقتراح من الأستاذ ، و نظرا للأهمية البالغة التي ينطوي عليها تفويض المرفق العام ، باعتبار التحولات الجديدة التي شهدها العالم مع نهاية القرن الماضي حيث فرضت هذه التحولات على الدول خاصة النامية منها في الدخول في عدة صيغ للتعاون مع القطاع الخاص على أساس تبادل المصالح و المنافع بين جميع الإطراف .

ثالثا : أهداف الدراسة

لقد أدى تسيير الشخص العام للمرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري إلى تزايد في العجز المالي و تراكم للديون ، علاوة على ضعف الجودة في الإنتاج ، و ذلك بسبب تزايد حجم القطاع العام المتعلق بالنشاط الاقتصادي، و كذا سوء تسيير أشخاص القانون العام لهذا النوع من المرفق الذي يحتاج إلى مرونة في إدارته ، لذلك فقد لجأت الكثير من الدول إلى تفويض إدارة المرفق العام إلى أشخاص القانون الخاص بهدف منع المديونية من التفاقم و الحد من تراجع جودة الخدمات التي تقدمها المرافق العامة الاقتصادية ، و منه فان أهم أهداف هذه الدراسة تتمثل في إبراز دور تفويض المرفق العام للقطاع الخاص في تطوير المرافق العامة ، و تحسين أداء الخدمات ، و محاولة تسليط الضوء على أهم صور تفويض المرافق العامة باختلافها بحيث يسمح هذا التنوع باختيار الشخص العام للصورة التي تتلاءم مع طبيعة النشاط المراد تفويضه .

رابعا : صعوبات الدراسة

لقد اختلفت الصعوبات التي واجهتنا في مختلف المراحل العملية و العلمية التي لازمتنا في بحثنا ، و يشكل عنصر الزمن

متمثلا في ضيق الوقت من ابرز العوائق المستعصية لانجاز و إعداد بحث جاد و معمق يرقى إلى مستوى درجة الماستر، و قد انعكس هذا العامل بشكل سلبي على محاولات القيام بعمليات ترجمة الكتب الفرنسية التي تتناول تفويض المرفق العام باعتبار أن فرنسا كانت السباقة في وضع إطار تشريعي يحكم هذا المجال ، و رغم أن تقنية التفويض هي إحدى أدوات تطبيق سياسة تحديث المرافق العامة إلا إن الفقه الجزائري لم يوليه أي اهتمام بالدراسة .

أما ما جاء في المادة 156 من قانون البلدية 11_10 فلم ينل القسط الوافي من التحليل بل اكتفى بتبيان المصالح العمومية القابلة للتفويض في المادة 149 ، مما تطلب الأمر التوجه إلى الإدارة المعينة في البلدية لتقديم يد المساعدة ، إلا أن الطلب قوبل بالرفض بحجة واجب التحفظ و سرية الوثائق .

خامسا : إشكالية الدراسة

يشكل تفويض المرفق العام أداة لتحديث المرافق العامة و تطويرها ، و عليه فإن دراستنا لهذه البحث مبنية على الإشكالية التالية :

ما هو مفهوم نظام التفويض و موقعه في المؤسسات العمومية الجزائرية لتسيير المرافق العامة ؟

و تنبثق عن هذه الإشكالية العامة مجموعة من التساؤلات المهمة نوجزها فيما يلي :

1–ما لمقصود بتفويض المرفق العام ؟

2–ما هي أسس و إجراءات اختيار صاحب التفويض ؟

3–كيف نميز تفويض المرفق العام عن طرق التسيير الأخرى ؟ و كيف تتم عملية الرقابة عليه ؟

4–ما هي أهم تطبيقات عقود تفويض المرفق العام في الجزائر ؟

سادسا : المنهج المتبع

تتطلب هذه الدراسة إتباع منهج قانوني يجمع بين الوصف و التحليل لمختلف النصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود ، و استعراض المفاهيم القانونية و الإدارية المتعلقة بالموضوع ، علاوة على الدراسة التطبيقية لبعض الاتفاقيات التي تضمنت هذا الأسلوب التعاقدي في الواقع الجزائري .

سابعا : منهج الدراسة

لقد قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين أساسين ، يتعلق الفصل الأول بماهية التفويض في تسيير المرافق العامة ، وقد تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم تفويض المرفق العام وإجراءاته، والى تمييز تفويض المرفق العام عن طرق التسيير الأخرى و الرقابة عليه بالنسبة للمبحث الثاني، أما في الفصل الثاني فقد تعرضنا فيه إلى أهم تطبيقات أسلوب عقد التفويض في الجزائر، فتناولنا في المبحث الأول التسيير بواسطة عقد الامتياز و عقد الإيجار، أما في المبحث الثاني فقد خصصناه للتسيير بواسطة الاستغلال المختلط و عقود البناء و التشغيل و تحويل الملكية، و لكن قبل التطرق إلى هذين الفصلين ارتأينا انه من المناسب إدراج فصل تمهيدي يتعلق بالمفاهيم المرتبطة بالمرفق العام كمحل لأسلوب التفويض، حيث تناولنا في المبحث الأول مفهوم فكرة المرافق العامة و أنواعها، و إلى الأركان و المبادئ القانونية التي تحكم عملية تنظيم سير المرافق العامة بالنسبة للمبحث الثاني.

الفصل التمهيدي

مفاهيم أولية حول المرافق العامة

الفصل التمهيدي : مفاهيم أولية حول المرافق العامة

تتمثل الصورة الايجابية للنشاط الإداري في منافسة الإدارة العامة للنشاط الخاص ،وذلك من خلال إنشائها و تسييرها لمختلف المرافق و المؤسسات العامة كالتربية و النقل و الصحة ، و تعرف هذه الصورة الإيجابية من النشاط الإداري بالمرفق العام ، حيث تسعى الدولة من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد تحقيقا للمصلحة العامة .[1]

و سنحاول في هذه الدراسة استعراض أهم المفاهيم المتعلقة بالمرافق العامة، و ذلك من خلال التطرق إلى مبحثين أساسين هما:

المبحث الأول : مفهوم فكرة المرفق العام و أنواعه

المبحث الثاني: الأركان و المبادئ القانونية التي تحكم عملية تنظيم سير المرافق العامة

المبحث الأول : مفهوم فكرة المرفق العام و أنواعه

يسمى القانون الإداري بقانون المرافق العامة ، فقد أوجد المرفق العام الأساس القانوني لنظريات كثيرة في القانون الإداري والتي تختلف عن عقود القانون المدني ، كالعقود الإدارية و قواعد المسؤولية الإدارية ، و يرتبط مفهوم المرفق العام بتحقيق المصلحة العامة من خلال تلبية الحاجات العامة للأفراد و إشباعها، و لا تأخذ المرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها تبعا للزاوية التي ينظر منها و إليها .

و سنتناول في هذا المبحث مطلبين اثنين :

المطلب الأول : تعريف المرافق العامة

المطلب الثاني : أنواع المرافق العامة

[1] حمدي قبيلات، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري ،النشاط الإداري)، الجزء الأول، ط ، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص297

المطلب الأول : تعريف المرافق العامة

يرتبط مفهوم المرفق العام بتلبية و إشباع الحاجات العامة، فالغاية من وراء إنشاء المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة،[1]وقد اختلفت الآراء و المذاهب الرامية إلى تعريف المرفق العام، والصعوبة في تعريفه هي أن الفكرة أساسا لم تكن ذات منشأ فقهي بل ترد إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي ،و رغم تعدد وتنوع التعاريف فان الفقه و القضاء عادة ما يلجأن إلى استخدام معيارين أساسين لتحديد مفهوم المرفق العام، هما المعيار العضوي (الشكلي) و المعيار الموضوعي (المادي) وهو ما سنتطرق إليهما في فرعين:

الفرع الأول : المرفق العام كتنظيم (مؤسسة)

يعرف المرفق العام حسب المعيار العضوي (الشكلي) في البحث في الجهة التي تقوم على تقديم الخدمة، فهو الهيئة أو الجهاز أو التنظيم الذي يرتبط بالإدارة ارتباطا عضويا،[2] و الذي يتكون من مجموعة من الأشخاص والأموال (الأشياء) ، و الذي ينشأ و يؤسس لانجاز مهمة عامة مثل : الجامعة، المستشفى[3] و غيرهما .....

الفرع الثاني : المرفق العام كنشاط (وظيفة)

يقصد بالمرفق العام حسب المعيار الموضوعي الوظيفي كل نشاط أو خدمة تقوم به الدولة و الجماعات المحلية بمختلف أجهزتها العمومية، يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة و إشباع حاجات المجتمع عن طريق إشراف و تنظيم ورقابة الدولة ،و يستثنى من هذا المفهوم الشركات و المؤسسات الخاصة التي تسعى إلى تحقيق الربح، و تنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 03 – 232 على ما يلي "يجب أن تساهم أهداف المرفق العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية ديمومة تقديم الخدمة العمومية."[4]

و قد جاء في القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء والغاز و المؤرخ في 5 فبراير 2002 و الذي نص في مادته الأولى "يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة على النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء و نقل الغاز و توزيعه و تسويقه بواسطة القنوات، ويقوم بهذه النشاطات طبقا للقواعد التجارية أشخاص طبيعيون أو معنويون

[1] محمد جمال مطلق ذنيبات ، الوجيز في القانون الإداري ، الإصدار الأول، ط1، ،الأردن ، 2003

[2]سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، مطبعة جامعه عين شمس، القاهرة 1989، ص348

[3]محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري – النشاط الإداري) ،دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة، 2013، ص 235

[4]المرسوم التنفيذي ، رقم 03-232 ، المؤرخ في24 يونيو 2003 ، الذي يحدد المرافق لصالح الجميع ،ص 33

خاضعون للقانون العام أو الخاص، و يمارسونها في إطار المرفق العمومي ،كما جاء في المادة الثانية من الفقرة الأولى من نفس القانون "يعد توزيع الكهرباء و الغاز نشاطا للمرافق العامة ."[1]

ويبدو جليا مما سبق أن المعيار الذي يستند إليه في هذا المجال هو المعيار الوظيفي أو المادي، المتمثل في طبيعة النشاط مهما كان الشخص الذي يقوم بهذا النشاط ، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، و سواء كان هذا الأخير يخضع للقانون العام أو الخاص.

ومن خلال ما سبق يمكن تعريف المرفق العام في الجزائر انه "النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة، أو تعهد به للآخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة ، ولكن تحت إشرافها و مراقبتها و توجيهها ، وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام."[2]

كما يمكن تعريفها أنها "إدارة أو مؤسسة إدارية محددة ، فمرفق العدالة هو القضاء ، و مرفق التعليم العالي هو الجامعة أو الكلية حيث يسجل الطالب ، و حيث توجد مؤسسة إدارية يوجد مرفق عام "[3].

المطلب الثاني : أنواع المرافق العامة

تختلف تقسيمات المرافق العامة وفقا للزاوية التي ينظر منها إليها، فيمكن تقسيم المرافق العامة بالنظر إلى موضوع نشاطها إلى مرافق عامة إدارية مثل:مرفق العدالة و الصحة و التعليم ،و مرافق عامة اقتصادية مثل : مرفق النقل بأنواعه البري و البحري و الجوي و بواسطة السكة الحديدية ، و مرافق عامة تتعلق بالمهن الحرة و هي المرافق العامة المهنية أو النقابية مثل : نقابة المحامين و نقابة الأطباء ، أما بالنسبة للمرافق العامة الاجتماعية فنذكر على سبيل المثال مرفق الضمان الاجتماعي و مرفق التأمينات ،كما يمكن تقسيم المرافق العامة بناءا على مدى و اتساع نطاق نشاطها الإقليمي إلى مرافق عامة وطنية مثل : مرفق الشرطة و الجمارك و القضاء ... ،

و مرافق عامة محلية مثل المرافق الولائية و البلدية ،كما يمكن تقسيم المرافق العامة من حيث مدى إلزام الإدارة العامة بإنشائها إلى مرافق عامة إجبارية مثل مرفق الدفاع ،و مرافق عامة اختيارية ،كما هو الشأن لمعظم المرافق و الأنشطة

[1] القانون رقم 02 -01 المؤرخ في 05 فبراير 2002 ،المتعلق بالكهرباء و التوزيع بواسطة القنوات ،ج ر ، عدد 08 ، 2002، ص 04

[2] علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري (النظام الإداري) ،الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010،ص09

[3] حسين فريجة ، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009 ، ص 74

المحلية وفقا للقانون البلدية و الولاية،[1]إلا أن أهم تقسيم للمرافق العامة في الجزائر هو تقسيم بالنظر إلى موضوع نشاطها و هو ما سنتناوله في فرعين:

الفرع الأول : المرافق العامة الإدارية

المرافق العامة الإدارية هي تلك المرافق التي تتناول نشاطا لا يزاوله الأفراد عادة إما بسبب حجم النشاط أو عجزهم عن ذلك ،[2] كمرفق الضرائب و الدفاع و العدالة ،فهذه الأنشطة تختلف عن أنشطة الأفراد و غالبا ما يعجزون عن القيام بها ،و تخضع عموما لقواعد القانون العام،و يختص بمنازعتها القانون الإداري .

الفرع الثاني : المرافق العامة الاقتصادية

لقد ظهر هذا النوع من المرافق العامة بسبب الأزمات الاقتصادية ،و بفعل تطور وظيفة الدولة و تدخلها في الميادين الصناعية حيث أن ظروف عملها مماثلة لظروف عمل المشروعات الخاصة ، وهي مرافق جديدة مقارنة بالمرافق العامة الإدارية و التي كانت الأسبق ،حيث ظهرت مع نشأة الدولة و ارتبطت بوظائفها الأساسية .[3]

ومن أمثلة المرافق العامة الصناعية و التجارية : البريد و المواصلات، المرافق المتعلقة بالنقل الجوي أو بواسطة السكة الحديدية ،و مرافق توريد الماء و الكهرباء و الغاز .....الخ .

المبحث الثاني : الأركان و المبادئ القانونية التي تحكم عملية تنظيم سير المرافق العامة

يقوم المرفق العام على عدة أركان أساسية لابد من توفرها لقيامه، فلا يمكن اعتبار نشاط معين مرفقا عاما إلا إذا توافرت فيه هذه الأركان ،و سنحاول أن نعالج في هذا المبحث مطلبين ،الأول يتعلق باركان المرافق العامة و الثاني نخصصه للمبادئ التي تحكم سير هذه المرافق.

[1] عمار عوابدي ، (القانون الإداري – النشاط الإداري)، الجزء الثاني، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 ، ص،ص 62-66

[2] سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 361

[3] علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 14

المطلب الأول : أركان المرافق العامة

من خلال التعاريف السابقة يمكن استخلاص العناصر و الأركان التي يقوم عليها المرفق العام، وسنتطرق إليها من خلال أربعة فروع :

الفرع الأول : المرفق العام مشروع أو تنظيم عام

المرفق العام هو مشروع عام، و المشروع هو عبارة عن نشاط منظم و منسق ، تمارسه مجموعة بشرية قيادية وتوجيهية و إدارية و تنفيذية ، بوسائل مادية و فنية و قانونية لتحقيق غرض محدد.[1]

ويتطلب لوجود مرفق عام تنظيم و تنسيق بين مكوناته المختلفة سواء كانت هذه المكونات بشرية أو مادية، و ذلك من خلال إحداث أجهزة دائمة به كالمدير و مجلس الإدارة و اللجان و ذلك تحقيقا للمنفعة العامة , مثل أن تقوم الجامعة على تنظيم ،أو هيكل يتمثل في وجود مدير الجامعة ،كليات، مجالس تأديب، أجهزة إدارية ومالية ...الخ.[2]

الفرع الثاني : المرفق العام يهدف إلى تلبية الحاجات العامة

إن الإدارة العامة من خلال قيامها بإنشاء المرافق العامة التي تتطلبها ظروف حياة الأفراد إنما هو السعي لتحقيق المصلحة العامة،و في هذا الصدد يقول "روني شابيس" (Roni chapus) إذا كانت الوظيفة تمارس أساسا لصالح الغير فإنها تمثل مرفقا عاما , وإذا كانت تمارس أساسا للصالح الذاتي للمصلحة التي تتبعها فإنها تمثل وظيفة للصالح النفع الخاص .

أما المقابل المادي الذي يتحصل عليه صاحب المرفق العام من الأفراد نتيجة تقديم الخدمات فليس هو الغاية المقصودة من خلال القيام بالنشاط و ما يدل على ذلك إن ما يقدمه المرتقين من مقابل رمزي لا يساوي مع التكلفة المالية الحقيقية للخدمة فالطالب في الجامعة مثلا يستفيد من خدمات مرفق التعليم العالي بدفع رسوم رمزية كل سنة لا تغطي أبدا الخدمات التي ينتفع بها.[3]

ويترتب عن ذلك أن مبرر و أساس وجود أي مرفق عام هو تلبية الحاجات العامة للجمهور.

[1] عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 59

[2] محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 237

[3] عمار بوضياف ،الوجيز في القانون الاداري ، ط 2 ، جسور للنشر و التوزيع ،الجزائر ، 2007 ، ص 311

الفرع الثالث : المرفق العام مشروع مرتبط بالدولة و الإدارة العامة

إن كثيرا من الأنشطة و المشروعات الخاصة للإفراد تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ،غير إن ذلك لا يعطيها صفة المرفق العام و ذلك نتيجة لعدم ارتباط ذلك النشاط أو المشروع بالدولة و الإدارة العامة، فالمرافق العامة خاضعة في إدارتها للسلطة الحاكمة و نعني بذلك أن تكون الكلمة النهائية في إدارة المشروع و توجيهه و تنظيمه للسلطات العامة،[1] أما بالنسبة لمشاركة الأفراد لتسير بعض المرافق العامة و المساهمة فيها فلا يكون إلا بمراقبة الإدارة العامة و تحت إشرافها ومثال ذلك عقود الامتياز في المرافق العامة .

الفرع الرابع : خضوع المرفق العام لنظام قانوني استثنائي

و يستند المرفق العام على مجموعة من القواعد و الأحكام و المبادئ القانونية التي تختلف عن قواعد القانون الخاص و عن قواعد النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة ،كما تختلف القواعد القانونية التي تحكم سيره باختلاف نوع المرفق، فلا تدار بالطريقة نفسها، فليست كلها على نمط واحد، فالمرافق الإدارية تختلف من حيث التسيير عن المرافق الاقتصادية مثلا إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود بعض القواعد القانونية التي تنطبق عليها جميعا مهما اختلف شكلها أو طريقة إدارتها، و هذا كله يتجسد في المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة، و هذا ما يقودنا إلى البحث عن المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني[2].

المطلب الثاني : المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة

إن الهدف من إنشاء المرافق العامة هو تحقيق المصلحة العامة عن طريق إشباع الحاجات العامة لأفراد المجتمع، و الخدمات التي تقدمها هذه المرافق تختلف أهميتها حسب طبيعة المرفق فهناك مرافق لا يمكن للأفراد الاستغناء عنهافهي تمسهم في صميم حياتهم ومن تم كان من الضروري أن تخضع في إدارتها لقد رمن القواعد يضمن أن تحقق الغرض المرجو منها مع أكمل وجه، هذا ما أدى إلى إخضاع المرافق العامة لعدد من القواعد الأساسية تمليها

[1] علي خطار شطناوي ، القانون الإداري الأردني ،(مبادئ القانون الإداري ، تنظيم الإداري نشاط الإدارة العامة)،ط1، دار وائل للنشر ، الأردن ، 2009 ، ص ، 230

2 طاهري حسين، القانون الإداري و المؤسسات الإدارية،(التنظيم الإداري،النشاط الإداري)، دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007

الاعتبارات العملية و العدالة الاجتماعية ،و تعرف هذه القواعد بقانون المرافق العامة ،[1]و هذه المبادئ تتمثل أساسا في ثلاث فروع هي :

الفرع الأول : مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة

من المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة هو التزام الجهات القائمة على تسير هذه المرافق بتأدية الخدمات التي يطلبها الأفراد الذين تتوفر فيهم شروط الاستفادة منها ، دون أي تمييز مهما كان نوعه كاللغة أو اللون أو الدين أو المركز الاجتماعي أو غيره .....

هذا المبدأ تمارسه الدساتير و المواثيق و إعلانات حقوق الإنسان التي تقتضي عدم التمييز ومساواة الجميع أمام القانون ، هذا ما أكده الدستور الجزائري على وجوب توفير الخدمات وتقديمها على قدم المساواة بين كل المواطنين خاصة في المادة التاسعة ، و المادة الواحدة و الثلاثين منه،إلا إن المساواة أمام المرافق العامة تتطلب شروط تتوفر لمن أراد الانتفاع بخدمات المرفق، و أن يتواجد الأفراد في المركز الذي يتطلبه القانون و القواعد الخاصة بتنظيم خدمات المرفق،ومن تم يكون لهم الحق بالمعاملة المتساوية دون تمييز سواء كان ذلك في الانتفاع بالخدمات أو في تحمل أعبائها ، متى توافرت لدى هؤلاء شروط الانتفاع التي اقرها القانون و يجب على الإدارة احترام مبدأ المساواة بينهم ، أما إذا توافرت شروط الانتفاع في طائفة من الأفراد دون غيرهم فان للمرفق أن يقدم الخدمات للطائفة الأولى دون الأخرى، كما أن هناك مزايا تقدمها الإدارة لبعض الأفراد لامتيازات خاصة كاستغلال مرافق النقل مجانا لطوائف معينة كالعجزة و المعاقين أو بدفع رسوم رمزية، و على المنتفعين من المرافق العامة أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق باحترام القانون في حالة إخلال الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم، أما في حالة امتناع الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فان على هؤلاء اللجوء إلى القضاء لإلغاء القرار الذي اخل بمبدأ سير المرفق، كما يخول لهم القانون الحق في طلب التعويض المناسب إذا كان الضرر من جراء هذا القرار .[2]

[1] حمدي قبيلات ، المرجع السابق، ص 297

[2] علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص ،ص28، 29

الفرع الثاني : مبدأ استمرارية المرافق العامة

كما سبق و أن اشرنا من قبل إن الهدف من إنشاء المرافق العامة هو تلبية و إشباع الحاجات الأساسية لأفراد المجتمع،و هذا يبرز أهمية دوام سير المرافق العامة، فأي اختلال في سير هذه المرافق يقابله اختلال مماثل في حياة الأفراد و نظام معيشتهم، لكن لا يمكن أن نتصور حجم الفوضى و الارتباك الذي ينجم في حال تعطل مرافق النقل و الكهرباء و المياه [1] ، و من اجل ذلك لم ينتهي دور الدولة بإنشاء المرافق العمومية بل تعدى ذلك إلى ضمان حسن سيرها، و قد حرص القضاء على تأكيد هذا المبدأ أو اعتبره من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري، و يترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج هي :

أولا : تقييد حق الإضراب :

الإضراب هو توقف بعض الموظفين أو جلهم عن أداء عملهم في مرفق معين و لمدة زمنية معينة ،لحمل الإدارة على تلبية طلباتهم دون أن تنصرف نيتهم في ترك العمل نهائيا .

لقد أصبح ممارسة الإضراب في ظل دستور 1989 و دستور 1996 حقا مشروعا مبدئيا ، غير أن الدولة لا تسمح بممارسة هذا الحق، إلا ضمن اطر و قواعد محددة و تمنعه في بعض القطاعات الحساسة الأخرى و المتعلقة بالسيادة الوطنية مثل مرفق الدفاع، و الأمن ،و القضاء ،لما يترتب عنه من مخاطر على الدولة .

ثانيا : تنظيم الاستقالة :

الاستقالة هي طلب مكتوب يقدمه الموظف العام إلى السلطة الرئاسية، و يعبر فيه عن رغبته في ترك الخدمة و الوظيفة بصفة نهائية ، فهي تختلف عن الإضراب الذي لا يتضمن إرادة الموظف بإنهاء خدمته نهائيا بل بصفة مؤقتة و رغم أن الموظف العام له الحق في الاستقالة و ترك وظيفته بإرادته، إلا أن هذا الحق يجب أن يكون منظما ومقيدا حتى لا يعيق سير المرفق العام و لا يهدد انتظامه و دوامه[2].

[1] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 297

[2] محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005 ، ص،ص 309،310

ثالثا : الموظف الفعلي

يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي تدخل في ممارسة اختصاصات و وظيفية عامة خلافا للقانون متخذا مظهر الموظف المختص[1] ، و القاعدة العامة أن تصرفاتهم تكون باطلة إلا انه استثناءا و حرصا على استمرار المرفق العام في حالة الحروب و الثورات يضطر هؤلاء إلى إدارة المرفق دون إذن من السلطة .

رابعا : نظرية الظروف الطارئة

يمكن أن تطرأ حوادث استثنائية عامة غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد بحيث تكون معها مواصلة انجاز موضوع الصفقة و إتمامها مرهقا كثيرا بالنسبة للمتعامل المتعاقد مع الإدارة، كان ترتفع أسعار مواد البناء بصورة كبيرة و غير متوقعة ترهق المتعاقد فتتحمل الإدارة بعض الأعباء الإضافية للمحافظة على استمرارية المرفق ودوامه، و مثال على ذلك المقاول الذي يجد صعوبات مالية تهدد التوازن المالي للصفقة نتيجة الارتفاع المفاجئ للأسعار (اسمنت.حديد...) فالوضع في هذه الحالة يتطلب الدعم المالي من الإدارة المتعاقدة[2].

خامسا : عدم جواز الحجز على أموال المرافق العامة

رغم أن القاعدة العامة هي الجواز في الحجز على أموال المدين الذي يمتنع عن الوفاء بديونه، غير أن ذلك لا يمكن تطبيقه على أموال المرافق العمومية لما يترتب على ذلك من تعطيل للخدمات التي تؤديها هذه المرافق ، كما أن ذلك يتناقض مع مبدأ استمرار سير المرفق العمومي[3].

و تنطبق هذه القاعدة على أموال المرافق العمومية التي تدار مباشرة من قبل الدولة (الاستغلال المباشر) أو حتى المرافق التي تسيير من قبل الغير بأموال خاصة كعقد الامتياز مثلا، فقد خلص القضاء الإداري إلى بسط ذات القاعدة (عدم جواز الحجز على الأموال) وذلك تأسيسا لمبدأ دوام استمرار المرافق العامة، فمهما اختلف أسلوب أو طريقة إدارتها فهي تخضع لقواعد موحدة. [4]

[1] لحسين بن شيخ اث ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية ، دار هومة للنشر ، ط2 ، 2006 ، الجزائر ، ص94

[2] محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 262

[3] ناصر لباد ، الأساسي في القانون الإداري ،ط1 ، دار المجدد للنشر و التوزيع ، سطيف ، 2011 ، ص 158

[4] علاء الدين عشي ، المرجع السابق، ص 26

الفرع الثالث : مبدأ تكيف المرفق العام (القابلية للتغير و التطوير)

سبق و أن ذكرنا أن المرفق العام يهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد و تأمينها Les exigences de l' intérêt général

و أن هذه الحاجات في تطور مستمر، و على المرفق العمومي مواكبة هذه التطورات سعيا منه لتلبية المتطلبات و الحاجيات الجديدة ، ويجب على الإدارة أن تكيف نشاطها مع جميع التغيرات الواردة سواء كانت من طبيعة قانونية أو اقتصادية أو تقنية أو تكنولوجيا ،وهذا ما عبر عنه بمبدأ التكيف أو التغير المستمر[1]، Le principe d'adaptation ou de changement constant ou principe de mutabilité

[1] محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق، ص 264

الفصل الأول

ماهية التفويض في تسيير المرافق العامة

الفصل الأول : ماهية التفويض في تسير المرافق العامة

لقد أدت الأزمات الاقتصادية و المالية و متطلبات الحياة إلى تدخل الدولة في المجال الاقتصادي ،آخذة على عاتقها مهمة النهوض بالمرافق العامة ، غير أن هذه الأزمات كانت في حد ذاتها السبب في تخلي الدولة عن سياسة احتكارها الأحادي لقطاعها العام و توجهها إلى التعاون مع القطاع الخاص في تسيير و استثمار المرافق العامة ،

و إذا كان تسيير المرافق العامة قد انحصر سابقا على يد الدولة فان ذلك يعود إلى قلتها و قلت الحاجات العامة المرتبطة بنمط الحياة الإنسانية ، أما في وقتنا هذا فان تنوع وتعدد المرافق العامة أصبح يتقل كاهل الحكومات خاصة في فرنسا التي وصلت إلى اعتبار المرفق العام على انه عبئ عام [1] ، هذا ما جعل الدولة تتخلى عن تسيير بعض المرافق العمومية خاصة المرافق التي تكتسي طابعا تجاريا و صناعيا حتى تفتح المجال أمام المنافسة و تتجنب بذلك نقائص التسيير العمومي، و يكون تسيير هذه المرافق في إطار قانوني يسمى "تفويض المرفق العام " و هو أسلوب من الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العامة خاصة المحلية منها [2]، و منه سنعالج في هذا الفصل مبحثين أساسيين هما :

المبحث الأول : مفهوم تفويض المرفق العام و إجراءاته

المبحث الثاني : تمييز تفويض المرفق العام عن طرق التسيير الأخرى و الرقابة عليه

المبحث الأول : مفهوم تفويض المرفق العام وإجراءاته

إن الحديث عن مفهوم فكرة التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة يقودنا إلى البحث عن التطبيقات الفرنسية في هذا المجال ،ذلك أن فرنسا تشكل المبتكر الأول لهذه التقنية نظرا لعدة تطورات شملت المرفق العمومي في هذا البلد قبل أن تنتشر إلى مجموع الدول الأخرى ، و تعود هذه التقنية إلى بداية القرن الماضي عندما اتجهت فرنسا إلى تفويض أشخاص القانون الخاص لإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري، و قد اقر مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجه في العديد من أحكامه ، و قد ظهر تعبير تفويض المرفق العام للمرة الأولى سنة 1980 على يد الأستاذ Auby ضمن دراسة تتعلق بالمرافق المحلية ، كما وردت عبارة التفويض في إدارة المرافق العامة في النصوص التنظيمية و ذلك في التعميم الصادر عن وزير الداخلية الفرنسي سنة 1987 حيث استخدم تعبير التفويض في المرفق العام Délégation de service public المتعلق بجواز الجماعات العامة المحلية تفويض مرافقها

[1] وليد حيدر جابر، التفويض في ادارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009 ، ص،ص5،6

[2] نادية ضريفي ، تسيير المرافق العمومية و التحولات الجديدة ، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، ص 130

العامة ، و قد صدر هذا التعميم عقب رأي مجلس الدولة بتاريخ 07_10_1986 بشان المطاعم المدرسية cantines scolaires التي اعتبرها القضاء من المرافق العامة الإدارية التي يجوز تفويض إدارتها و استثمارها من قبل أشخاص القانون الخاص ،و لقد كان للسياسة التشريعية للمجموعة الاروبية التأثير المباشر على التشريع الفرنسي و باقي دول الأعضاء ،فقد صدرت عدة قوانين مع عدة مراحل ساهمت تدريجيا في توضيح معالم تقنية التفويض .

أما في الجزائر فان أسلوب التفويض قد جاء في قانون البلدية لسنة 2011 في المادة 56 1 ما يلي "يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبيه طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها "[1]و سنتناول في هذا المبحث ثلاث مطالب هي :

المطلب الأول : مفهوم تفويض المرفق العام

المطلب الثاني : أسس تفويض المرفق العام

المطلب الثالث : إجراءات اختيار صاحب تفويض المرفق العام

المطلب الأول : مفهوم تفويض المرفق العام

إن عبارة التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة قد حلت تدريجيا في قاموس القانون الإداري مكان عبارة إدارة المرافق العامة بصورة غير مباشرة la gestion indirecte و ذلك كتعبير يجمع عدة وسائل لإدارة و استثمار المرافق العامة ، و تبعا لذلك سنحاول الإحاطة بمجمل تعار يف التفويض قي الفرع الأول، ثم نبين أهم خصائصه في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف تفويض المرفق العام :

يقصد بالتفويض لغويا أن ينقل أو أن يعهد شخص معين إلى شخص آخر القيام بعمل معين .

و مفهوم التفويض واسع يحتوي على عدة معاني و يقوم على عدة مستويات فالمعنى الأول يرتبط مبدئيا بفكرة السيادة التي تجد أساسها في تفويض الشعب كصاحب السيادة إلى الحاكم بممارسة وظائف و مظاهر السيادة ، و لعلى المادة

[1] عمار بوضياف ، شرح قانون البلدية ، دار الجسور للنشر و التوزيع ، ط1 ، الجزائر، 2011 ، ص245

الثالثة من إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر سنة 1789 يشكل المصدر الدستوري الأول لتقنية التفويض في إطار السيادة [1] ، و المعنى الثاني للتفويض يكمن في العمل و العلاقة بين المؤسسات الدستورية و التعاون القائم بينهما لا سيما بين السلطة التشريعية و التنفيذية ، و ذلك في التفويض الذي تمنحه السلطة التشريعية للحكومة في مواضيع تدخل اصلا في اختصاص المشرع .[2]

اما التفويض في السلطة الإدارية ، يقصد بها نقل الرئيس الإداري لجانب من اختصاصه إلى بعض مرؤوسيه ، بحيث يمارسونها دون الرجوع إليه مع بقاء المسؤولية عن هذه الاختصاصات أمام الرئاسات العليا ، و ذلك لتخفيف العبئ عن الرئيس صاحب الاختصاص الأصلي و تحقيق السرعة و المرونة في أداء العمل[3].

و التفويض لا يقتصر على هذه المعاني فحسب بل يمتد ليشمل بمعناه أيضا الأداة لتنفيذ المرافق العامة عبر إدارتها و استثمارها من قبل شخص أخر غير الجماعة العامة المكلفة أصلا بمهمة تنفيذها، وهو ما تنصب عليه دراستنا .

إن لتفويض المرفق العام صورا متعددة و منه من الصعب إيجاد تعريف جامع و مانع له ، فقد عرفه الفقيه "اوبي"(Auby) بأنه العقد الذي يهدف إلى تحقيق ما يلي :

-تنفيذ مهمة مرفق عام و القيام بالاستغلال الضروري للمرفق ، و يمكن لهذا العقد أن يتضمن منشات عامة .

-تحمل صاحب التفويض لجميع المسؤوليات المتعلقة بضمان تشغيل المرفق و الحرص على إقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدى إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة .

-احترام المدة القانونية المحددة في العقد من قبل صاحب التفويض، هذه المدة التي تعكس الاستثمارات التي تهدف التي إلى تغطيتها[4].

أما الأستاذ "دالفارا" (T.Dalfara) فقد عرف تفويض المرفق العام "بأنه يمثل كل وسيلة من خلالها تعهد الجماعة العامة تحقيق المرفق العام إلى شخص قانوني آخر , وهو يتم إما تعاقديا أو بصورة منفردة .

---

[1] مليكة لحرش ،تفويض المرفق ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اداري، جامعة الجلفة،.2013 ص19

[2] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص،ص 25،26

[3] عبد الله عبد الغني ، بسيوني، التفويض في السلطة الإدارية ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1986 ، ص 46

[4] مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة ، الامتيازات الشركات المختلطة ، – البوت – تفويض المرفق العام ، دراسة المقارنة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص،ص 446 ، 441

« La délégation de service public désigne tout procédé par lequel une collectivité publique confie la gestion du service public ā un organisme contractuelle ou qui ‘ en est juridiquement distinct .Elle peut être unilatérale.» [1]

كما عرفت الأستاذة أمال عويج تفويض المرفق العام بأنه "العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات و المهام الضرورية لتسير مرفق عام و استغلاله لأشخاص من القانون الخاص "[2]

و من خلال التعاريف السابقة يمكن ضبط تعريف تفويض المرفق العام بأنه "كل عمل قانوني تعهد بموجبه جماعة عامة ضمن اختصاصاتها و مسؤوليتها لشخص آخر إدارة و استثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع أو بدون بناء منشات عامة و لمدة محددة وتحت رقابتها، وذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقا للنتائج المالية للاستثمار و للقواعد التي ترعى التفويض ."[3]

وبناءا على ما تقدم يمكن استنتاج خصائص تقنية التفويض على النحو التالي :

الفرع الثاني : خصائص تفويض المرفق العام

-وجود شخص معنوي عام و هو مانح التفويض و بدونه لا يمكن منح عملية التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة .

-التفويض قي المرفق العام هو عمل قانوني تخضع عقوده لنظام قانوني شانه في ذلك شان عقد امتياز المرفق العام التقليدي الذي يخضع لأحكام العقد الإداري و المبادئ العامة للقانون الإداري .

-مبدأ قابلية المرافق العامة موضوع التفويض للتطوير و التعديل ضمانا لمبدأ استمرارية المرافق العامة وهو ما يعبر عنه بالمرونة ، كما أن عقود التفويض في المرافق العامة محدودة المدة .

[1] وليد حيدر جابر، المرجع السابق ،ص59

[2] امال عويج ، قانون المرافق العامة ، مركز البحث و الدراسات الادارية ، تونس 1998 ، ص129

[3] مليكة لحرش، المرجع السابق ، ص22

-الطابع المالي و الاقتصادي لتقنية التفويض فهي وسيلة تسوية بين تأدية خدمات مفروضة أصلا على الجماعة العامة و رغبات القطاع الخاص في تحقيق منافع مادية .

-الطابع السيادي للتفويض لان التفويض يستهدف تنظيم المرفق العام،و هذا يشكل احد امتيازات السلطة العامة و منه فان تقنية التفويض تشكل مظهر من مظاهر امتيازات السلطة العامة.[1]

المطلب الثاني : أسس تفويض المرفق العام

لكي نكون أمام مرفق عام يجب أن يشكل نشاط موضوع العقد مرفقا عاما و قابلا للتفويض فهناك مجموعة من المرافق لا يمكن تفويضها لطابعها السيادي كمرفق الدفاع و القضاء و غيرها ...كما يقضي أن تقوم بين صاحب التفويض و السلطة المانحة علاقة تعاقدية بحيث يخضع المتعاقد مع الإدارة إلى النظام القانوني المحدد من قبل المشرع إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد (الأسس الشكلية) ، و من ناحية ثانية يجب أن يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام هو استغلال المرفق العام،و أن يرتبط المقابل المالي للخدمات المؤداة إلى المستفدين بنتائج الاستغلال (الأسس الموضوعية).

و سنتناول في هذا المطلب فرعين :

الفرع الأول : الأسس الشكلية لتفويض المرفق العام

أولا: وجود مرفق عام :

يعتبر التفويض أسلوب من أساليب إدارة و استثمار المرافق العامة و بالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض :

فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام في حالة لم يشكل نشاط موضوع العقد مرفقا عاما، و قد لحق مفهوم المرفق العام الكثير من التطور فلم يعد قاصرا على المجالات التقليدية، بل شمل العديد من النشاطات التي كانت لا تدخل تقليديا في مفهوم المرفق العام ،و قد ساهم هذا التطور في اعتماد تقنية التفويض في مجالات متعددة وبصورة واسعة .[2]

[1] نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 102

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص، 442

1 مفهوم المرفق العام :

"عرف المرفق العمومي بأنه مشروع يعمل باطراد و انتظام تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور ، مع خضوعه لنظام قانوني معين "[1]

2 المرافق العامة القابلة للتفويض:

إن المرافق العامة القابلة للتفويض هي المرافق التي تشكل ميدانا لتطبيق تقنية التفويض في إدارة و استثمار المرفق العام ، و المرافق العامة تنقسم بدورها إلى مرافق عامة صناعية و تجارية (اقتصادية) و مرافق عامة [2]، وتتمثل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري الجزء الأكبر من المرافق العامة موضوع التفويض، على اعتبار أن الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفدين من خدماته ، و عموما فإن أغلب المرافق هي قابلة للتفويض سواء كانت إدارية أو صناعية أو تجارية ، و لا توجد لائحة محددة و شاملة بالأنشطة التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد تفويض المرفق العام ، إلا أن الفقه و الاجتهاد قد حددا مجموعة من الضوابط للمرافق العامة القابلة للتفويض و هي :

ا- لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة التي ترتبط بسيادة الدولة و أمنها كمرفق الدفاع و العدل و الشرطة .....الخ

ب-يجوز تفويض بعض الأنشطة الملحقة بالمرفق العام مثل إدارة المطاعم في مرفق التعليم .

ج-لا يجوز تفويض بعض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط ،فلا يجوز تفويض المهام الأساسية التي يقتضي على الدولة و الأشخاص العامة القيام بها كالانتخابات و الأحوال الشخصية .

د-لا يجوز ان يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها طابع ضريبي.[3]

[1] علاء الدين عشي ، المرجع السابق، ص9

[2] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص221

[3] جورج فوديل ، بيار دلفوفيه،القانون الاداري ، ترجمة منصوص القاضي، الجزء الثاني، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ،2001 ص 483

ثانيا : وجود علاقة تعاقدية:

1) أطراف عقد التفويض:

عادة ما يبرم عقد التفويض بين شخص عام يسمى مانح التفويض كالدولة أو احد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية و لا نكون أمام عقد تفويض مرفق عام في حالة ما إذا كان مانح التفويض شخصا خاصا ، إلا انه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لحساب و باسم الشخص العام و تحت إشرافه وتوجيهه ، أما الطرف الثاني في إبرام العقد هو صاحب التفويض حيث يطلب من تسيير و استغلال المرفق العام موضوع العقد، و يمكن لهذا الأخير أن يكون على شكل شركة تجارية أو شركة مختلطة ....

2) طبيعة العلاقة :

تكون العلاقة بين السلطة مانحة التفويض و صاحب التفويض علاقة تعاقدية يخضع فيها المتعاقدان إلى بنود الأحكام المدرجة في العقد (العقد شريعة المتعاقدين) فيمكن أن يشكل عقد تفويض المرفق العام عقدا إداريا ، لان احد أطرافه شخص عام هو مانح التفويض و موضوعه تنفيذ مرفق عام و يتضمن امتيازات السلطة العامة كحق الدولة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة بدافع تحقيق المصلحة العامة [1].

الفرع الثاني : الأسس الموضوعية لتفويض المرفق العام

أولا : استغلال مرفق عام

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض هو استغلال لمرفق عام و تكون آلية تسيير هذا المرفق و تشغيله حسب نوع المرفق و وفقا لغاية إنشائه ، و للسلطة مانحة التفويض الحق في تسليط الرقابة و الإشراف ، و على صاحب التفويض أن يتحمل جميع مخاطر التشغيل ،و في حالة زوال هذه المسؤولية (تحمل مخاطر التشغيل) فلا نكون بصدد عقد تفويض المرفق العام .

و يقوم صاحب التفويض باستغلال المرفق العام على نفقته و يمول عمليات التشغيل و يمكن له أن يتحمل أعباء إقامة المرفق العام في بعض العقود و مقابل هذه الأعباء يتحصل صاحب التفويض على التعريفات مقابل الاستفادة من

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص446

خدمات المرفق أو على اجر محدد من قبل السلطة مانحة التفويض يتم من خلالها تحقيق الأرباح [1]، و يترتب على ضرورة قيام صاحب التفويض بإدارة و استغلال المرفق العام مجموعة من النتائج أهمها :

1 يجب إعطاء صاحب التفويض _عند إبرامه لهذه الاتفاقية _ حق المشاركة في تحديد القواعد و الأنظمة الداخلية التي يخضع لها المرفق العام .

2 يحق لصاحب التفويض استخدام الأجر و العاملين من اجل تامين الأعمال المتعلقة بالتشغيل و دوام حسن سير المرفق ، و تكون العلاقة بينه و بين العمال علاقة تعاقدية تخضع لأحكام قانون العمل .

3 تنشا علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض و المستفدين من خدمات المرفق العام و تخضع هذه العلاقة لأحكام القانون الخاص .

4 يقتضي أن يمنح صاحب التفويض بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضها حسن تنفيذ المرفق العام

5 يجب على صاحب التفويض تامين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام. [2]

ثانيا : ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

إن عقد تفويض المرفق العام يتضمن ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الاستثمار ، هذا ما يترجم المخاطر التي تحيط بصاحب التفويض من جراء تسييره للمرفق و تشغيله على نفقته ومسؤوليته ، ،هذا الارتباط يشكل معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام و الصفقات العامة ، فنكون بصدد صفقة عامة –و ليس عقد تفويض مرفق عام–عندما يشكل المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمنا للخدمات المؤداة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر ، هذا ما أكد عليه القضاء الإداري الفرنسي الذي اعتبر في احد أحكامه أن المقابل المالي الذي يدفعه الشخص العام المحلي الذي عهد إلى جمعية استغلال مركز للترفيه بحيث يقوم بإعطاء الجمعية مقابلا ماليا للخدمات المؤداة دون أن يتحمل أية مخاطر مالية ، يشكل ثمنا للخدمات المؤداة ، و يعني ذلك أن العقد لا يمكن اعتباره تفويض مرفق و إنما هو صفقة عامة [3] .

[1] مليكة لحرش، المرجع السابق، ص26

[2] مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص،ص، 448 ، 449

[3] المرجع نفسه، ص 451

المطلب الثالث : إجراءات اختيار صاحب تفويض المرفق العام

لم يكن الشخص العام في ظل النظام التقليدي لامتياز المرفق العام خاضع لقيود تحدد الإجراءات الواجبة إتباعها عند اختياره لصاحب التفويض، و ذلك على خلاف تقنية تفويض المرفق العام ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 38 من قانون "سابان" على خضوع تفويض المرفق العام لإجراءات الإعلان المسبق التي تسمح بتقديم أكثر من عرض منافس ، و منه فقد فرض المشرع قيدين على مبدأ حرية اختيار الشخص العام لصاحب التفويض ، يتعلق الأول بضرورة الإعلان المسبق عن اختيار المتعاقد (صاحب التفويض) ، و الثاني من خلال استدراج العروض أو القيام بمناقصة عامة حتى يتحقق مبدأ المنافسة في اختيار صاحب التفويض ، و لا يمكن لمانح الامتياز التحلل من هذين القيدين (الإعلان المسبق و إجراء المنافسة) إلا إذا ظهر سبب طارئ بضرورة تشغيل المرفق العام بانتظام و اضطراد ،[1] و سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى أهم الإجراءات التي يعتمد عليها الشخص العام في اختيار صاحب التفويض فنتناول في الفرع الأول اتخاذ قرار اعتماد تقنية التفويض ، و في الفرع الثاني إجراءات الإعلان المسبق و مبدأ المنافسة ،و في الفرع الثالث اختيار صاحب التفويض و توقيع العقد .

الفرع الأول : اتخاذ قرار اعتماد تقنية التفويض

تكون عملية اتخاذ القرار باعتماد تقنية تفويض المرفق العام من السلطة المختصة في الدولة أو الأشخاص العامة المحلية و يتم ذلك عبر إجراء دراسة شاملة لمجموعة من العناصر قبل اتخاذ قرار التفويض ، فضلا عن اختياره لإحدى الصور المناسبة لتفويض المرفق العام بحيث تتلائم مع طبيعة المرفق موضوع التشغيل

أولا : السلطة الصالحة لاتخاذ قرار التفويض

إن نجاح سير المرفق العام يرتبط بحسن اختيار صاحب التفويض ، فالتسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني و الأحسن و رغم أهمية هذه المرحلة و خطورتها في عقد تفويض المرفق العام ، إلا أن المشرع الجزائري لم ينظمها ، فليس هناك أي نص خاص ينظم كيفية منح عقد تفويض المرفق العام ، و للإدارة سلطة تقديرية في اختيار الملتزم شرط أن تلتزم بقيدين المتمثلين في الإعلان المسبق و إجراء المنافسة ، و على مانح التفويض أن يستند في اختياره للمتعاقد معها إلى الشخص الذي يقدم أفضل خدمة من خلال مؤهلاته التقنية و إمكانياته المالية [2]، و لا يمكن منح

[1] وليد حيدر جابر ، المرجع السابق، ص66

[2] نادية ضريفي، المرجع السابق، ص105

تفويض مرفق عام أو استغلال الموارد الطبيعية للبلاد أو مصلحة ذات صفة عامة إلا بموجب قانون و لمدة محددة ، هذا ما جاء في نص الفقرة الثالثة من التعليمة الوزارية رقم 3.94 _842 تحت عنوان "إجراءات منح امتياز المرافق العامة " ،المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية و تأجيرها ،[1] حيث استلزمت صدور قرار يقضي بمنح امتياز المرافق العامة المحلية من قبل المجلس الشعبي البلدي أو المندوبية التنفيذية البلدية بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية ، إما المرافق التابعة للولاية فان قرار المنح يصدر من المجلس الشعبي الولائي أو المندوبية الولائية .

ثانيا : دراسة العناصر المكونة للمرافق العامة

قبل أن يعمد الشخص العام إلى اتخاذ قرار تفويض المرفق العام الذي يرتبط به بجب عليه إجراء دراسة لمجموعة من العناصر للتحقق من الجدوى من عملية التفويض و التأكد من قدرة و إمكانية الشخص المفوض من تامين سير و استمرارية تشغيل المرفق العام موضوع التفويض و تتمثل هذه العناصر فيما يلي :

ا_ العنصر المالي :

إن العنصر المالي مهم في دراسة العناصر المكونة للمرفق العام، و يقتضي ذلك دراسة إمكانية تحقيق المرفق العام لإيرادات ذاتية تكفي لتغطية الاستثمارات التي يتكبدها صاحب التفويض عند إدارته للمرفق العام ، و إجراء مقارنة بين الإيرادات التي يمكن أن تتحقق في حال إدارة الشخص العام للمرفق بنفسه ، و تلك التي يمكن أن تتحقق من قبل شخص آخر، كما يقتضي من ناحية ثانية دراسة كلفة إدارة الشخص العام للمرفق و كلفة إدارته من قبل شخص آخر، و في حالة تبين أن إدارة المرفق من قبل شخص آخر تحقق وفرا للشخص العام أو تجنبه عجزا ، فان ذلك يشكل سببا و مبررا للجوء إلى تقنية تفويض المرفق العام.

ب_ عنصر الجودة :

يجب على الشخص العام إجراء دراسة مقارنة بين جودة الخدمات المقدمة من قبل الشخص العام عند إدارته للمرفق المعني ، و جودتها عند إدارة المرفق من قبل شخص خاص ، لان الوقائع الميدانية أثبتت في الكثير من الأحيان إدارة

[1] التعليمة الوزارية رقم 94-03-842، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز و تاجير المرافق العامة المحلية، ص08

أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية ذات الطابع الصناعي و التجاري أفضل من إدارة أشخاص القانون العام [1].

ج _ العنصر التقني :

إن تفويض المرفق العام إلى احد الأشخاص القانونية الخاصة هو أكثر فعالية و جدوى لان القطاع الخاص يضم شركات تمتلك مؤهلات عالية في مجال التقنيات الحديثة ، و تمتلك قدرة على إدارة المرفق بفعالية اكبر و بكلفة اقل مما يؤدي إلى ارتفاع جودة الخدمات المقدمة من قبل المرفق ، و إلى تخفيف الأعباء عن الأشخاص العامة التي يمكن أن تعترضها مصاعب على المستوى الفني و التقني بسبب طبيعة نتيجة التعقيدات المالية و الإدارية المعتمدة في القطاع العام أو بسبب تطوير المرفق و اكتساب تقنيات حديثة تكبد الإدارة العامة نفقات باهظة لا تقدر عليها ، و من تم كان لزاما تفويض المرفق العام إلى احد أشخاص القانون الخاص .[2]

د_عنصر المستفدين من خدمات المرفق العام :

إن للرأي العام تأثيرا كبيرا على نجاح إدارة المرفق العام وفقا لطريقة التفويض ، و يقتضي دراسة تأثير الإدارة بالتفويض على المستفدين من خدمات المرفق العام ، لان عنصر الزبائن له أهميته الكبرى على العناصر الأخرى لاسيما العنصر المالي ، مع الإشارة إلى أن دراسة هذا العنصر تواجهها صعوبات كثيرة ، و يمكن اللجوء إلى إجراء دراسات ميدانية و القيام بالتحقيقات الضرورية .

ثالثا : اختيار احد صور تفويض المرفق العام

تختلف صور تفويض المرفق العام من عقد امتياز المرافق العامة و إجارة المرفق العام و الإدارة بالشراكة و غيرها ...

و يستند الشخص العام عند قيامه باختيار الصورة المناسبة لتسيير المرفق العامة إلى عدة اعتبارات منها :

1_بناء المنشات العامة :

يلجا الشخص العام إلى عقد الأشغال العامة أو عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية إذا احتاج لبناء المنشات المكونة

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق ، ص 481

[2] وليد حيدر جابر، المرجع السابق ، ص 11

للمرفق العام ، و إذا كان المرفق المراد تشغيله قائما و لا حاجة لبناء منشاته فان الشخص العام يلجا إلى اعتماد إبرام عقد إجارة المرفق العام .[1]

2_ تغطية الاستثمارات :

يلجا الشخص العام إلى استعمال طريقة الامتياز إذا كان المرفق المراد تفويضه ينتج إيرادات كافية لتغطية الأعباء التي يتكبدها صاحب التفويض أما إذا كانت إيرادات المرفق غير كافية لتغطية أعباء التشغيل ، فيختار الشخص العام طريقة عقود الإدارة مثلا حيث يحصل صاحب التفويض مقابل تشغيله للمرفق على اجر مقطوع يغطي نفقات تشغيله للمرفق و يحقق له الأرباح ، بالإضافة إلى علاوة تعطى له ترتبط بنتائج الاستغلال تحفزه على إتقان العمل و تحسين جودة الخدمات .

أما إذا كانت إيرادات المرافق العامة ضخمة جدا ، تكفي لتغطية أعباء التشغيل و تزيد عنها ،و كانت الدولة قد تكبدت أعباء إقامة المرفق العام ، فيتجه الشخص العام إلى اعتماد إجارة المرفق العام حيث يلزم صاحب التفويض بدفع بدلات إلى الشخص العام مقابل استعماله للمرفق .[2]

3 _ المسؤولية :

يلجا الشخص العام إلى استعمال أسلوب إجارة المرفق العام عندما يريد أن يتحمل صاحب التفويض كامل المسؤولية عن إدارة المرفق العام ،أما إذا أراد أن يتحمل جزءا منها فقط فيلجا إلى اختيار أسلوب الشراكة في إدارة المرفق العام

4 _ الرقابة :

إذا أراد الشخص العام ممارسة رقابة شاملة و يومية يلجا إلى اعتماد أسلوب الامتياز في تسيير المرفق العام ، أما إذا أراد أن يمارس رقابة محدودة على المرفق العام فيختار طريقة عقود الإدارة بالشراكة مثلا .

[1] وضاح محمود الحمود ، عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، حقوق الإدارة المتعاقدة و التزاماتها ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010، ص98

[2] وليد حيدر جابر ، المرجع السابق ،ص 413

الفرع الثاني : إجراءات الإعلان المسبق و مبدأ المنافسة

إن القيود المفروضة على اختيار صاحب التفويض ، لا تعني إلغاء حرية الشخص العام في اختيار صاحب التفويض ، لان الشخص العام يبقى متمتعا بهذه الحرية ، و إنما يلزم تقيدها بالضوابط المحددة و في نهاية المطاف يختار الشخص العام صاحب التفويض بحرية طالما انه تقيد بالإعلان المسبق و إجراء المنافسة بين العارضين [1].

و لم ينص المشرع الجزائري على إجراءات محددة لاختيار صاحب التفويض ، إلا أن معظم القوانين المعاصرة التي أجازت تفويض إدارة المرفق العام نصت على اختيار صاحب التفويض بموجب طرق تقرر مبدأ المنافسة كاستدراج العروض أو المناقصة أو المزايدة العامة [2].

أولا : الإعلان عن اختيار صاحب التفويض

إن تفويض المرفق العام على حسب قانون "سابان" الفرنسي خاضع لإجراءات العلانية التي تسمح بالتقدم بأكثر من عرض منافس و هذا يعني أن الهدف من الإعلان المسبق هو دعوة العارضين المؤهلين و تحقيق المنافسة بين أكثر من مرشح ، و دراسة و مقارنة عروضهم بصورة فعالة .

و نص القانون نفسه على أن النشر يجري في إحدى الوسائل المؤهلة لنشر الإعلانات القانونية ، و في إحدى و سائل الإعلان المتخصصة و المتعلقة بالقطاع الاقتصادي المعني .

و يجب أن يتضمن الإعلان كيفية تقديم العروض و تحديد الخصائص الأساسية للعقد المراد إبرامه لاسيما موضعه و طبيعته ، كما يقتضي تحديد مهلة تقديم العروض .[3]

ثانيا : إعداد قائمة المرشحين المقبولين

يتولى في فرنسا القيام بإجراءات اختيار صاحب التفويض هيئة خاصة يطلق عليها اسم هيئة تفويض المرفق العام La commission délégation de service public و هي تقوم بإعداد قائمة بالمرشحين

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 483

[2] نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 115

[3] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 254

المقبولين للمشاركة في تقديم العروض ، و ذلك بعد التحقق من تقديم الضمانات المهنية و المالية و قدرتهم على تامين استمرارية تشغيل المرفق العام و تحقيق المساواة بين المستفدين من خدماته .

و تلزم هذه الهيئة بقبول جميع المرشحين الذين تتوفر فيهم الشروط التي يتطلبها القانون و الأنظمة النافدة .

وتخضع أعمالها لجهة قبول المرشحين المقبولين إلى رقابة المشروعية التي يقوم بها القاضي الإداري ، و بالتالي يمكن الطعن بقرار عدم القبول احد المرشحين في القائمة المقبولين لتجاوز حد السلطة ،و ينظر القاضي الإداري بدوره في مدى توفر الشروط و الضمانات المالية و المهنية و المعايير المطلوبة لدى المرشح صاحب الطعن[1].

و بعد إصدار قائمة المرشحين المقبولين يطلب من المرشحين ، تقديم عروضهم التي يقتضي أن تتضمن خصائص الكمية و النوعية للخدمات التي سيتم تقديمها ، و عند الاقتضاء بيان طريقة تحديد التعريفات ، و الهدف من تقديم هذه العروض ، بهدف قيام الهيئة المختصة دراستها و إجراء المقارنة فيما بينهما .

ثالثا : فتح العروض و دراستها و إجراء المقارنة فيما بينها

تقوم الهيئة المختصة بفتح العروض المقدمة ضمن المهلة المحددة في القوانين و الأنظمة النافدة ، و يقتضي أن تكون هذه المهلة كافية لإعداد المرشحين لعروضهم ،كما يمكن للهيئة أن تقوم بتعديل مهلة تقديم العروض شرط إعلام جميع المرشحين المؤهلين لتقديم عروضهم .[2]

و تقوم الهيئة بعد التحقق من توفر المستندات و المعلومات المطلوبة في العروض المقدمة بإجراء تحليل لهذه العروض و مقارنتها فيما بينها ، وذلك بالاستناد إلى معايير محددة مسبقا ، و يتم إعداد تقرير يتضمن الإجراءات التي اتخذت، و بيان بالمقارنات المنجزة ، و يرسل هذا التقرير إلى السلطة صاحبة الاختصاص في اتخاذ قرار إبرام عقد تفويض المرفق العام .

و يجب أن يتضمن تقرير الهيئة رأيا معللا في جميع العروض المقدمة بصورة تسمح للسلطة المختصة من اختيار المرشحين الذين ستجري معهم مفاوضات مباشرة .

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 484

[2] محمد امين بوسماح ، المرفق العام في الجزائر ، ترجمة رحال بن اعمر، رحال مولاي ادريس ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1995، ص 52

و لا يحق للهيئة أن تقوم بتعداد العروض المقدمة دون إبداء رأي واضح و معلل ، و ذلك تحت طائلة بطلان الإجراءات ، و يمكن لها أن تطلب من المرشحين بعض الإيضاحات أو تستمع إليهم ، شرط مراعاة مبدأ المساواة بين جميع العارضين ، و تجدر الإشارة إلى أن رأي الهيئة لا يلزم السلطة المختصة باتخاذ قرار إبرام عقد التفويض [1].

رابعا : المفاوضات

لقد أجاز قانون "سابان" الفرنسي للسلطة المختصة باتخاذ قرار التفويض إجراء المفاوضات مع العارضين الذين تتوفر فيهم الشروط الفنية و المالية و المهنية ، بحيث يملك الشخص العام الحرية في اختيار من تتفاوض معه و عدد المرشحين الذين يخضعون لهذا الإجراء .

و أكد القضاء الإداري الفرنسي على أن المفاوضات المتعلقة بإبرام عقد تفويض المرفق العام بمكن أن تتناول مختلف أوجه العقد ، الكمية و النوعية و المالية ، و بالنتيجة فإن خفض التعريفة الواردة في العرض أثناء المفاوضات لا يتعارض مع مبدأ المساواة بين العارضين.

و تهدف المفاوضة مع العارضين المؤهلين إلى الحصول على إيضاحات حول عروضهم ، و الوصول إلى العرض الذي يحقق التوازن المالي للمرفق العام وفقا لشروط توفر إدارة سليمة للمرفق العام .

و يمكن أثناء المفاوضات إجراء تعديلات محددة للعروض المقدمة و التي يقضيها موضوع عقد التفويض و تستلزمها مصلحة المرفق ، شرط إلا تشكل خروجا على مبدأ المساواة بين العارضين[2] .

الفرع الثالث : اختيار صاحب التفويض و توقيع العقد

يملك الشخص العام اختيار العارض الذي يجده مناسبا من بين العارضين المؤهلين و الذين تم التفاوض معهم ، و يدرج أسباب اختياره لأحد العارضين في القرار الصادر عنه .

فاختيار لصاحب التفويض يخضع لمبدأ حرية الشخص العام في اختياره مع تقييد هذا المبدأ بإجرائي الإعلان المسبق و المنافسة .

[1] سعيد يوسف البستاني ، قانون الأعمال و الشركات، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004 ، ص 180

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق ،ص 485

و لقد جاء في الفقرة الخامسة من المادة 37 من قانون "سابان" الفرنسي على أن العروض المقدمة يتم التفاوض عليها بحرية من قبل السلطة المختصة لدى الشخص العام مانح التفويض ، ويتم اختيار صاحب التفويض بالاستناد إلى هذا التفاوض .

و قد أعطى المشرع الفرنسي الشخص العام حرية اختيار صاحب التفويض دون أن يقيده باختيار العارض الأفضل وفقا لمعيار مفاضلة محدد ، فيحق التعاقد مع أي عارض مقبول بعد التحقق من توفر الشروط المالية و الفنية و المهنية لديه ، و بعد التفاوض معه بحرية .

إن عدم تقييد حرية الشخص العام في اختيار صاحب التفويض باختيار العارض الأفضل بالاستناد إلى معيار مفاضلة محددة ، هو إهدار لمبدأ المنافسة ، لأن المنافسة يجب أن تخضع لمعايير موضوعية تفاضل بين العروض المقدمة و تحدد أي عرض منها الأفضل و ذلك بهدف تحقيق الشفافية في اختيار صاحب التفويض .

و الملاحظ أن المشرع الفرنسي أراد ألا يتخطى بالمطلق مبدأ حرية الشخص العام في اختيار صاحب التفويض إنما و قيده ببعض الإجراءات و القيود التي تضمن تقديم عدة عروض منافسة يجري تحليلها و مقارنتها دون إلزام الشخص العام باختيار أحدهم بالاستناد إلى معيار مفاضلة محدد[1] .

و يتم التوقيع أو لمصادقة على عقد التفويض بعد أن مر بمراحل متتابعة ، و إن كانت هذه المراحل متطورة في إبرام العقد إلا أنها غير حاسمة للأمر ، بحيث يتطلب عقد التفويض علاوة عما سبق إجراء آخر تتوقف عليه عملية إبرامه ، و تتمثل في التوقيع أو المصادقة عليه من قبل السلطات المكلفة بذلك حسب كل قطاع .

فقد نصت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 96 _308 بمنح امتياز الطرق السريعة انه : " يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة ، بناءا على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة ، بناءا على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي: بالداخلية و المالية و الطرق السريعة [2]".

[1] ضريفي نادية، المرجع السابق، ص 76

[2] المرسوم التنفيذي رقم 96 _308 ، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 ، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج .ر عدد 55 ، الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 1996

أما بالنسبة لمنح امتياز المرافق العامة المحلية فيكون بموجب مداولة مصادق عليها من قبل المجلس الشعبي البلدي وذلك حسب ما جاء في نص المادة 138 من القانون رقم 90_08 المتعلق بالبلدية .

المبحث الثاني : تميز تفويض المرفق العام عن طرق التسيير الأخرى و الرقابة عليه

لقد سبق و أن اشرنا أن تفويض المرفق العام هو أن يعهد احد أشخاص القانون العام إدارة مرفق عام واستغلاله إلى شخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص ، فهو عقد يقوم من خلاله شخص تابع للقانون العام يسمى المفوض، لشخص آخر يسمى المفوض له القيام بمهمة تشغيل مرفق عام و تسييره متحملا بذلك كل المسؤوليات من أرباح و خسائر ،و ذلك بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق .[1]

و سنحاول في هذا المبحث معالجة أهم مميزات تفويض المرفق العام عن طرق التسيير الأخرى نظرا للتشابه أو الخلط الذي يمكن أن يقع بينها ، فنبرز أوجه الشبه و أهم نقاط الاختلاف بينهما ،كما سنتطرق إلى عملية تسليط الرقابة على تفويض المرفق العام ونهايته ،وذلك وفقا لما يلي:

المطلب الأول : تميز تفويض المرفق العام عن الإدارة المباشرة و المؤسسة العامة

المطلب الثاني : تمييز تفويض المرفق العام عن بعض المفاهيم المتعلقة بالقانون الإداري

المطلب الثالث: الرقابة على تنفيذ تفويض المرفق العام ونهايته

المطلب الأول : تميز تفويض المرفق العام عن الإدارة المباشرة و المؤسسة العامة

تقوم الدولة عن طريق الاستغلال المباشر بتسيير مرافقها العامة ، فتتولى وزارة الداخلية إدارة مرفق الشرطة و وزارة الدفاع مرفق الجيش ، و وزارة العدل لمرفق القضاء ، و هي أقدم طرق في إدارة المرافق العامة الإدارية الوطنية بصفة أساسية نظرا لأهمية هذه المرافق و اتصالها بسيادة الدولة [2] .

[1] ناية ضريفي، المرجع السابق، ص160

[2] علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 30

و بموجب المادة 151 من قانون البلدية الجديد فقد أجاز المشرع الجزائري للبلدية استغلال مصالح عمومية استغلالا مباشرا و تسجل النفقات و الإيرادات المرتبطة بهذا الاستغلال ضمن ميزانية البلدية ، بحيث يقوم بتنفيذها أمين خزينة البلدية طبقا لقواعد المحاسبة العمومية ، كما أفصحت في ذلك المادة 122 و ما بعدها من قانون الولاية استغلال احد المصالح العمومية بصفة مباشرة و تقيد إراداته و نفقاته في ميزانية الولاية .

وللإشارة فان الاستغلال المباشر لا يكتسب الشخصية المعنوية ،و لا يتعاقد و ليس لديه الحق في التقاضي ، فهو عبارة عن تنظيم داخلي ، يخضع في نظامه القانوني لما يخضع له لشخص القانوني العام (الدولة ، الولاية ، البلدية)

و من ناحية أخرى يمكن للدولة أن تلجا إلى إنشاء شخص عام مستقل عنها يتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي ،و تعتبر قراراته قرارات إدارية و عماله موظفون و ليسوا أجراء و أمواله عامة ، و هذا الأسلوب هو الأكثر شيوعا و انتشارا [1]

و في هذا المطلب سنقوم بإجراء مقارنة بين التفويض و الإدارة المباشرة من جهة (الفرع الأول) و التفويض مع أسلوب المؤسسة العامة من جهة ثانية(الفرع الثاني):

الفرع الأول : تمييز تفويض المرفق العام عن الإدارة المباشرة

يقصد بالإدارة المباشرة أن تقوم الإدارة نفسها بتشغيل المرفق بأساليب القانون العام مستخدمة بذلك عمالها و أموالها سواء كانت الإدارة مركزية أو أسندت إلى هيئات محلية [2]

تتفق تقنية التفويض و تشترك مع الإدارة المباشرة في كون في إدارة و استغلال مرفق عام ، لكنهما يختلفان في نقاط عدة أبرزها :

أولا: يتولى صاحب التفويض في ظل تقنية التفويض إدارة المرافق باستقلال عن الشخص العام من الناحية المالية والادارية ، أما في ظل الإدارة المباشرة فان الشخص العام يتولى إدارة المرافق العامة المرتبطة به وفقا لقواعد القانون العام مع إمكانية إعطاء الوحدة التي تتولى إدارة المرفق العام لاستقلال المالي مع بقاء ارتباطها الإداري بالشخص العام .

[1] عمار بوضياف ، شرح قانون البلدية ، المرجع السابق ، ص،ص 227 ، 228

[2] محمد جمال مطلق دنيبات، المرجع السابق، ص 159

ثانيا: في ظل الإدارة المباشرة يتولى الشخص العام إدارة المرفق العام الذي يرتبط به، أما في ظل تقنية التفويض فيتولى إدارة المرفق العام شخص آخر غير الشخص العام المرتبط به المرفق ، و قد يكون شخصا خاصا كشركة أو شخصا عاما كالمؤسسة العامة.

ثالثا: يمكن للشخص العام في ظل الإدارة المرافق العامة التي ترتبط به دون قيود تتعلق بنوعية المرفق، فلا توجد مرافق عامة غير قابلة للإدارة مباشرة من قبل الشخص العام شرط التقيد بقواعد الاختصاص و الصلاحية التي حددها الدستور و القوانين و الأنظمة النافذة أما في ظل تقنية التفويض فيوجد مجموعة من المرافق ذات الطابع الدستوري التي لا يجوز تفويض إدارتها إلى شخص آخر غير الشخص العام [1].

الفرع الثاني :تمييز تفويض المرفق العام عن المؤسسة العامة

يمكن تعريف المؤسسة أنها " مرفق عام يقوم على إدارته هيئة أو منظمة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية التي تكفل تحقيق استقلالها النسبي عن الدولة "[2]

كما يمكن تعريف المؤسسة العامة بأنها " شخص عام متخصص من أشخاص القانون العام يتولى إدارة مرفق عام ويتمتع بالاستقلال المالي و الإداري و يرتبط بأحد أشخاص القانون العام الذي يمارس عليه الوصايا الإدارية [3].

ويعرفها الأستاذ احمد محيو على أنها " شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي الهدف من إحداثها تامين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو الولاية أو البلدية أو الشخص عام آخر "[4]

و يترتب على استقلالية المؤسسة عن الدولة ما يلي :

-أن تكون لها ذمة مالية مستقلة .

-أن يكون لها حق قبول الهبات و الوصايا .

-أن يكون لها حق التقاعد دون الحصول على الرخصة .

---

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص، 473

[2] محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 325

[3] عبد الله طلبه و آخرون، المدخل إلى القانون الإداري، ط1، منشورات جامعة دمشق ، 2004 ، ص 102

[4] احمد محيو، محاضرات في المؤسسات (ترجمة محمد عرب صاصيلا) ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 185

-أن يكون لها حق التقاضي .

-أن تتحمل نتائج أعماله و تسال عن الأفعال الضارة التي تلحق بالغير .

وقد نصت المادة 146 من قانون الولاية لسنة 2012 بأنه يمكن للولاية أن تنشئ مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي من اجل تسيير المصالح العمومية ، و حسب المادة 147 من نفس القانون فان شكل هذه المؤسسة يأخذ شكل مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري و ذلك حسب الهدف المرجو منها و يتم إنشاء هذه المؤسسة من خلال مداولات المجلس الشعبي الولائي طبقا للنص المادة 148، [1] و يتجلى وجه التشابه بين تفويض تسيير المرفق العام و المؤسسة العامة أن الدولة في كلا الحالتين يقوم بإسناد مهمة إدارة و تسيير المرفق العام إلى جهة مستقلة سواء كانت شخصية قانونية عامة أو خاصة .

إلا أن هناك عدة اختلافات و تباين بين المؤسسة العامة و تقنية التفويض تتمثل في ما يلي :

1 أن العلاقة التي تربط المؤسسة العامة بالشخص العام هي علاقة نظامية تخضع للقوانين و الأنظمة ، في حين أن العلاقة التي تربط صاحب التفويض هي علاقة تعاقدية .

2 يجب أن يرتبط المقابل المالي للخدمات المؤداة إلى المستفدين في تقنية التفويض بنتائج الاستغلال بصورة جوهرية، على خلاف طريقة المؤسسة العامة حيث يستفيد فيها المرفق العام من الدعم المالي للدولة و يمول من مساهماتها.

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

و مهما بلغت درجة رقابة الشخص العام على صاحب التفويض فإنها لا تبلغ درجة الوصاية على أعماله ، إلا أن صاحب التفويض يدير المرفق العام باستقلال عن الشخص العام و على نفقته و مسؤوليته .

[1] عمار بوضياف، شرح قانون الولاية الجزائري ، (القانون 12 _ 07 المؤرخ في 21 فبراير 2012)، جسور للنشر و التوزيع ، ط1، الجزائر ، 2012 ، ص 266

4 يخضع المتعاقد مع الإدارة مانحة التفويض إلى نظام قانوني محدد من قبل المشرع و إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد ،إما المؤسسة العامة فإنها تخضع لنظام قانوني مختلف يحدده المشرع .[1]

المطلب الثاني :تمييز تفويض المرفق العام عن بعض المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري

إن التفويض في القانون العام هو عمل منفرد من جانب الجماعات العامة الذي يشكل إطارا قانونيا للعقود التي تتولى إدارة المرافق العامة الاقتصادية من قبل أشخاص القانون الخاص ،و لا يوجد نظام قانوني موحد تخضع له جميع صور تفويض المرفق العام ، مما يعكس الرقابة التي تخضع لها عقود التفويض فهي تختلف من حيث شدتها على حسب صورة التفويض المعتمدة ،وقد يختلط مفهوم تفويض المرفق العام بعض المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري كالتفويض في السلطة الإدارية و الوكالة في العقود الإدارية والصفقات العامة وغيرها... ، وسنتطرق في هذا المطلب إلى إجراء مقارنة بين تفويض المرفق العام مع بعض المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري التي يمكن أن يختلط مفهومها بتقنية التفويض[2] ، وسنميز في الفرع الأول بين تفويض المرفق العام والتفويض في السلطة الإدارية ،وفي الفرع الثاني نميز بين تفويض المرفق العام والصفقة العامة، أما في الفرع الثالث فنميز بين تفويض المرفق العام والوكالة :

الفرع الأول : تمييز تفويض المرفق العام والتفويض في السلطة الإدارية

يقصد بالتفويض في السلطة الإدارية نقل الرئيس الاختصاصي لجانب من اختصاصه إلى بعض مرؤوسيه يمارسوها دون الرجوع إليه ومع بقاء المسؤولية عن هذه الاختصاصات أمام الرئاسات العليا[3].

أولا : أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والسلطة الإدارية

يشترك تفويض المرفق العام مع التفويض في السلطة الإدارية في نقل الاختصاص من جهة إلى أخرى.

ثانيا : أوجه الإختلاف بين تفويض المرفق العام والسلطة الإدارية

1\ لا يشمل التفويض في السلطة كل اختصاصات المفوض لان التفويض في السلطة لا يكون إلا بشكل جزئي فلا يكون صحيحا إلا إذا انصب على جانب من هذه الاختصاصات فقط، أما تفويض المرفق العام يشمل جميع المهام والأعمال التي تقتضيها الإدارة و استغلال المرفق العام فهو ليس محصورا بمهمة أو عمل دون غيره .

2\ لا يمكن للسلطة الإدارية أن تقوم بتفويض المسؤولية ، لأن التفويض يقتصر على السلطة فقط دون المسؤولية أي أن الرئيس الإداري يقوم بتفويض جزء من سلطاته بصفة مؤقتة مع بقاء مسؤوليته الكاملة عن هذه السلطات أما في

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق ، ص 474

[2] نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 161

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص466

ظل تفويض المرفق العام فإن صاحب التفويض يتولى استغلال المرفق على نفقته ومسؤوليته وليس على مسؤولية مانح التفويض، إلا أنه يبقى للشخص العام الحق في الإشراف والرقابة على كيفية إدارة وتشغيل المرفق العام.[1]

3\ لا يجوز في تفويض السلطة تفويض السلطات المفوضة ، فلا يجوز للمرؤوس المفوض إليه أن يقوم بتفويض السلطات التي انتقلت إليه من رئيسه إلى من هم أدنى منه في السلم الوظيفي أما في تفويض المرفق العام فإن التنازل الكلي أو الجزئي عن العقد إلى شخص ثالث جائز شرط الموافقة المسبقة من قبل مانح التفويض وضمن الشروط والضوابط المحددة في الأنظمة والقوانين النافذة وبنود العقد.

4\ يجوز في تفويض السلطة الإدارية تعديل السلطات المفوضة أو استردادها فيحق للرئيس الذي فوض الصلاحيات أن يقوم بتعديل نطاق التفويض كما يحق له الإلغاء.

أما في تفويض المرفق العام فإن تعديل عقد التفويض ممكن أيضا إلا أنه يقتضي أن يكون بهدف تحقيق المصلحة العامة ودون أن يؤدي إلى تغيير جوهري في موضوع العقد أو طبيعته ودون أن يحدث اختلال كبير في اقتصاديات العقد ، كما أن إلغاء تفويض المرفق العام من قبل السلطة المانحة لا يكون إلا بناءا على خطأ جسيم من قبل صاحب التفويض أو بناءا على دافع تحقيق المصلحة العام.[2]

الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام و الصفقة العامة

إن هذه التفرقة ضرورية جدا لمعرفة النظام القانوني المطبق على كل نوع من العقود و إذا كان للصفقات العمومية قانون خاص بها، إلا أن تفويض المرفق لا يوجد قانون واحد يحكمه بل هي قوانين متناثرة.

أولا:تعريف الصفقة العامة

لقد تطرقت اغلب التشريعات إلى تعريف الصفقة العمومية، منها التشريع الجزائري حيث جاء في نص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 أن"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء اللوازم والخدمات و الدراسات لحسب المصلحة المتعاقدة."[3]

و قد عرف الدكتور وليد حيد جابر الصفقة العامة بأنها " وسيلة تستهدف حماية المصالح المالية للجماعة العامة من خلالها تتعاقد الأخيرة من المرشح الذي يقدم عروضا تتضمن أفضل الشروط والأسعار وهذه الوسيلة تفترض نظام من المنافسة المرتكز على مبدأ العلانية المسبقة."[4]

---

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 674

[2] عبد الله ،عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 48

[3] ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 271

[4] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص510

إن الصفقة العامة تبرم غالبا مع أحد أشخاص القانون الخاص بهدف تأمين اللوازم والمواد وتقديم الخدمات و إعداد الدراسات والقيام بالأشغال التي تحتاج إليها الدولة مقابل ثمن محدد في دفتر الشروط يؤدي إلى التقاعد مع الإدارة من قبل الشخص العام،أما التفويض فإنه يتضمن استغلال مرفق عام من قبل شخص أخر مقابل حصوله على مقابل مالي يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال.[1]

ثانيا : أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والصفقة العامة

تتفق الصفقات العامة مع تفويض المرفق العام في الطبيعة التعاقدية ، و قد يؤدي إلى التعاقد مع الإدارة من قبل الشخص الخاص.

ثالثا : أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والصفقة العامة

1-إن موضوع عقد التفويض هو استغلال مرفق عام ، ولا يوجد عقد تفويض إن لم يكن موضوعه نشاطا يشكل مرفقا عاما ، أما الصفقات العامة فإن موضوع الصفقة هو تأمين اللوازم والخدمات والأشغال التي تحتاجها الدولة ، والمبادئ العامة للصفقات العامة تسمح للمتعاقد مع الإدارة بأن يتولى تنفيذ جزء من مرفق عام ، أي القيام بمهام أو خدمات للمرفق دون أن تبلغ حد إدارة و استغلال المرفق برمته.[2]

2-يرتبط المقابل المالي في عقد التفويض بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق العام ، أما في الصفقات العامة فإن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يشكل ثمنا للخدمات أو اللوازم أو الأشغال المنجزة ،ولا علاقة له بنتائج استغلال المرفق العام الذي يرتبط به الخدمات أو اللوازم أو الأشغال المنجزة.[3]

الفرع الثالث :تمييز تفويض المرفق العام والوكالة

لقد تم تعريف الوكالة في القانون المدني الجزائري في المادة 571 كالآتي "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل باسمه".[4]

كما عرف الدكتور وليد حيدر جابر الوكالة بأنها " عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو بعدة قضايا أو باهتمام عمل أو فعل أو جملة من أعمال أو أفعال ويشترط قبول الوكيل ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنيا وأن يستفاد من قبل الوكيل بها ." [5]

---

[1] مليكة لحرش، المرجع السابق، ص37

[2] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص، 469

[3] مليكة لحرش، المرجع السابق، ص37

[4] الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم، يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975

[5] وليد حيدر جابر ، المرجع السابق، ص374

أولا : أوجه التشابه بين تفويض المرفق العام والوكالة

تتفق تفويض المرفق العام والوكالة في العقد الإداري عندما يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الشخص العام ، فهذه الوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية تضفي على العقد الطابع الإداري وإن أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص.

ثانيا : أوجه الاختلاف بين تفويض المرفق العام والوكالة

تختلف فكرة الوكالة في القانون الإداري عن فكرة التفويض وأهم هذه الاختلافات هي:

1-يمكن أن يمتد موضوع الوكالة إلى مهام أخرى كالأشغال العامة فموضوع الوكالة ليس محصورا بإدارة واستغلال المرافق العامة، في حين يحصر عقد تفويض المرفق العام بإدارة و استغلال المرافق العامة . كما أن التفويض محصور في مجموعة من المرافق العامة والتي تعد مرافق عامة قابلة للتفويض ، أما الوكالة فيجوز أن تتعلق بموضوع يتصل بمرافق سيادية غير قابلة للتفويض كمرفق الشرطة أو التعليم أو الصحة[1].

2- يتحمل الشخص العام المسؤولية الكاملة عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل ، كما يتحمل جميع النفقات اللازمة لقيامه بالمهام المطلوبة منه،أما تقنية التفويض فإن صاحب التفويض يتحمل مسؤولية تشغيل المرفق العام و استغلاله على نفقته ومسؤوليته.[2]

3-في تفويض المرفق العام لا يحق لمانح التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا تحقيقا للمصلحة العامة أو عند ارتكاب صاحب التفويض لخطأ جسيم أوفي حالة حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصورة نهائية، أما في عقد الوكالة بإمكان الشخص العام إنهاء عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسبا وفقا لأحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني.[3]

4- في ظل تقنية تفويض المرفق العام يجب أن يرتبط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفدين من خدمات المرفق العام، أما في الوكالة فان الوكيل يتقاضى المقابل المالي في صورة ثمن محدد يدفعه إليه الشخص العام الذي وكله.[4]

---

[1] مليكة لحرش، المرجع السابق ،ص 35

[2] نادية ضريفي ، المرجع السابق، ص 148

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص469

[4] وليد حيدر جابر ، المرجع السابق، ص 279

المطلب الثالث : الرقابة على تنفيذ تفويض المرفق العام ونهايته

لا يمكن اعتبار تقنية التفويض طريقة من طرق إدارة المرافق العامة فحسب ، وإنما تشكل أيضا إطارا قانونيا للعقود التي تتولى إدارة المرافق العامة الاقتصادية لاسيما من قبل أشخاص القانون الخاص ، كما أن الرقابة التي تخضع لها عقود التفويض مازالت محدودة و غير شاملة وتحتاج إلى تنظيم قانوني من أجل تفعيلها وتهدف إلى حسن تطبيق العقد وتأمين استمرارية تشغيل المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، أما بالنسبة لنهاية عقد تفويض المرفق العام، فهو ينتهي بصورة طبيعية عند انتهاء مدته، علاوة على حالات أخرى سيتم تناولها، وبناءا على ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين، نعالج في الفرع الأول الرقابة على تنفيذ تفويض المرفق العام، ونخصص الفرع الثاني للقواعد التي تحكم نهاية عقد تفويض المرفق العام.

الفر ع الأول : الرقابة على تفويض المرفق العام

لقد اخضع المشرع تنفيذ عقود تفويض المرفق العام لرقابة متنوعة تشمل الجوانب المالية والإدارية، وغالبا ما تكون الرقابة على عقود تفويض المرفق العام لدى السلطة التشريعية التي تعطي الإجازة للسلطة التنفيذية لإبرام عقود التفويض المتعلقة بالمرافق المرتبطة بالدولة ،و من جهة ثانية فان سلطات الوصاية تمارس رقابتها على عقود التفويض المتعلقة بالمرافق العامة المحلية ، و تضع هذه الرقابة القيود و الضوابط التي يقتضي على طرفي العقد التقيد بها .[1]

أولا : الرقابة الإدارية

تمارس الرقابة الإدارية عن طريق عقود التفويض والهيئات التي تنشأ لتنظيم القطاعات الاقتصادية المختلفة في إطار عمليات الرقابة ، بحيث تقوم السلطة مانحة التفويض برفع العقد إلى ممثلي الدولة أو المحافظ بالنسبة للأشخاص العامة بحيث يتولون التدقيق في العقد ويمكنهم إحالته إلى القاضي الإداري في حال وجود أية مخالفة قانونية.[2]

1 – التقرير السنوي :

يقوم صاحب التفويض بإعداد تقرير بصفة دورية مرة في السنة الواحدة، و التقرير السنوي الذي أعده صاحب التفويض يشكل وسيلة لتحسين الشفافية في تفويض المرفق العام ولم يحدد أي نص تنظيمي والمعلومات التي يقتضي تضمينها التقرير السنوي الذي يخص طبيعة نشاط المرفق العام محل تفويض أو المعلومات التي تعد ضرورية[3]، لكن السلطة المانحة تقف على جودة الخدمات المقدمة من قبل المرفق الذي يقتضي أن يتضمنها التقرير السنوي المعلومات

[1] مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق، ص508

[2] سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص89

[3] وليد حيدر جابر ، المرجع السابق، ص 465

الأساسية الآتية :

ا-التعريفات المفروضة مقابل أداء الخدمات إلى المستفيدين ، ومدى تناسبها مع الخدمات المؤداة.

ب- تلبية المرفق العام للحاجيات التي يطلبها المستفيدين من خدماته لاسيما فيما له علاقة بمواعيد تأدية الخدمات ، ونشر المعلومات المتعلقة بالمرفق إلى المستفيدين وشرط استقبال الجمهور.

ج- ا لوسائل الفنية المستخدمة في تشغيل المرفق العام.

د- برنامج تحديث الوسائل الفنية.

و- درجة إشباع حاجات المستفيدين ويتم ذلك بالاستناد إلى إحصاءات وتحقيقها تجري مع المستفيدين.

هـ- وضعية العاملين في المرفق العام لاسيما من الناحية القانونية ومؤهلاتهم وتدريبهم المستمر.

ي- مدى تقيد صاحب التفويض في تنفيذه للعقد بالشروط البيئية خصوصا فيما له علاقة بالحد من التلوث.[1]

2 – رقابة ممثلي الدولة والمحافظ:

إن عملية دراسة العقود و التحقق من صحتها وانطباقها على الأنظمة والقوانين النافذة يتم بواسطة المحافظ أو ممثلي الدولة و ذلك خلال مهلة زمنية محددة ، وفي حالة تبين له وجود أية مخالفة يجب عليه إحالة العقد لأن المحافظ يقوم بإحالة القرارات الإدارية المتعلقة بعقد تفويض المرفق العام كما يمكن أن يحيل العقد نفسه ، ويعد ذلك خروجا على المبادئ العامة للقضاء الإداري الذي يحصر الطعن لتجاوز حد السلطة بالقرارات الإدارية دون العقود[2].

ثانيا : الرقابة المالية

يقوم ديوان المحاسبة بعملية تسليط الرقابة على عقود تفويض المرفق العام، وذلك بالنسبة للمرافق العامة التابعة للدولة ، ويتولى ديوان المحاسبة الدراسة المالية لعقد التفويض والتحقق من انطباق بنود العقد على القوانين والأنظمة المالية التي جاءت في النصوص القانونية التنظيمية في مجال الرقابة المالية ، و تهدف هذه الرقابة التي يمارسها ديوان المحاسبة بكافة أشكالها و مراحلها إلى التأكد من صيانة و سلامة المال العام و المحافظة عليه ، ورفع كفاءة وحسن استخدام هذا المال و التثبت من أن الموارد الاقتصادية تستخدم وتستثمر في المجالات المخصصة لها دون هدر للمال العام و تحقيق أعلى كفاية إنتاجية بأقل التكاليف الممكنة و في أعلى مستوى من الجودة ، و يجري ذلك كله بفحص الأداء المالي وتحليل الانحرافات و منعها ، و إعلام الإدارات المسؤولة بهذه الانحرافات من اجل تصويبها في الأوقات المناسبة.[3]

[1] مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق، ص510

[2] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص131

[3] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص164

ثالثا : الرقابة القضائية

يقوم القضاء الإداري بممارسة الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام وذلك من خلال قضاء الاستعجال في حالة الإخلال بالإعلان أو توفير المنافسة عند اختيار صاحب التفويض أو عن طريق الطعن في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد لتجاوز حد السلطة ، كما يمكن اللجوء إلى قاضي العقد عند إخلال أحد طرفيه في الالتزامات المترتبة عليه أو عند حدوث ظروف طارئة من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

1 –قضاة الاستعجال :

إن قضاء الاستعجال تفرضها ضرورة الحفاظ على حقوق ومصالح أحد الأفراد أو حماية المصلحة العامة ولها طابع وقائي أو احتياطي مؤقت تكون قابلة التطبيق واقعيا ولذلك لا يجوز أن تتعرض لأصل الحق أو أساس الدعوى أو المراجعة ، فقضاء الاستعجال يختلف عن طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بمناسبة دعوى إبطال القرار الإداري، ولإعمال الرقابة القضائية ينبغي توفر الشروط التالية:

ا- مخالفة المبادئ التي تقوم عليها المناقصة أو استدراج العروض كالإعلان المسبق أو المنافسة بين العارضين.

ب- اللجوء إلى قضاء الاستعجال من قبل صاحب مصلحة ، أي المتضرر من الإخلال بالمبادئ السابقة كالعارضين المشاركين في المنافسة.

ج- يقتضي ألا يكون العقد قد تم توقيعه ، بحيث تصبح صلاحية القضاء الإداري في إطار تنازع الإبطال لتجاوز السلطة أو في تنازع القضاء الشامل .[1]

2– الطعن لتجاوز السلطة :

يوجد عدد من القرارات التي تتخذ قبل إبرام العقد وهذه القرارات تعد منفصلة عن عقد التفويض نفسه ، ومنها القرار بإبرام العقد إذا كان هذا العقد صادرا عن سلطة إدارية ، والقرار بالتصديق على اختيار صاحب التفويض وهذه القرارات تجعل إبرام العقد ممكنا، ويمكن الطعن لتجاوز السلطة بالبنود التنظيمية لعقد تفويض المرفق العام ، والبنود التنظيمية لعقد تفويض المرفق العام والبنود التنظيمية هي البنود المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام ، ويمكن للمستفيدين من خدمات المرفق العام والغير أن يطعنوا بالإجراءات المتخذة في إطار تنفيذ العقد الذي يشكل خرقا للبنود التنظيمية العائدة لتنظيم وتشغيل المرفق العام.[2]

3 – طلب التعويض:

يمكن لأحد طرفي العقد اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء إخلال الطرف الآخر بالالتزامات التعاقدية،كما يمكن للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عند حدوث ظروف طارئة، فتلتزم الإدارة إما بتعويضه جزئيا وبصفة مؤقتة ، و إما بتعديل شروط العقد للتخفيف من الظروف التي تسمح للمتعاقد بالاستمرار

[1] مروان محي الدين قطب ، المرجع السابق، ص 513

[2] وليد حيدر جابر ، المرجع السابق،ص 514

في تنفيذ العقد لضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام و اطراد ،فتضطر الإدارة إلى إعادة هذا التوازن ، لأنه ليس من العدل أو المصلحة أن يتحمل المتعاقد تلك الأعباء لوحده .[1]

الفرع الثاني : نهاية تفويض المرفق العام

إن عقد تفويض المرفق العام من العقود الإدارية المحددة المدة ، حيث يقوم صاحب التفويض بتشغيل وتسيير المرفق العام طيلة المدة المحددة في العقد، ويتوقف عن استغلال المرفق عند انقضاء هذه المدة المتفق عليها ، و على خلاف القواعد التقليدية التي تطبق على العقود الإدارية التي قد تحتوي على بند يعطي حق الأولوية للمتعاقد مع الإدارة لاختياره مجددا لتسير المرفق العام بعد انقضاء مدة العقد ، فان صاحب التفويض عند نهاية مدة التعاقد يخضع إلى نفس القواعد و الأحكام المطبقة على العروض الجديدة حيث يتساوي مع المترشحين الجدد المؤهلين من الناحية الفنية و المالية مثل الإعلان المسبق و إجراء المنافسة [2] .

و ينتهي عقد التفويض عند انتهاء مدته كصورة طبيعيه ، كما يمكن أن ينتهي بطريقة غير اعتيادية و هو ما سنتناوله فيما يلي :

أولا: إنهاء العقد بسبب الإخلال بالتزامات (خطا صاحب التفويض)

يحق للإدارة مانحة التفويض اللجوء إلى إنهاء العقد المبرم مع صاحب التفويض كنهاية استثنائية قبل انقضائه بسبب إخلال للشروط التعاقدية ، و للمتضرر الحق أن يطعن أمام القضاء إذا تبين له أن هناك تعسف في استعمال السلطة من قبل الإدارة،[3] و هذه العقوبة تسلط عليه نتيجة الخطأ الذي ارتكبه ، و لصاحب التفويض الحق في الحصول على تفويض عن الاستمارات التي أنجزها التي تكون مفيدة للسلطة المانحة شرط عدم مخالفته لشروط العقد، و يجب أن يكون الخطأ الذي يتسبب في إنهاء العقد على درجة من الجسامة يؤدي إلى فسخ العقد، و للقاضي الإداري تقدير درجة الخطأ مع عقوبة إنهاء العقد، و يكون ذلك على نفقة و مسؤولية صاحب التفويض الذي اخل بشروط العقد ، و هناك إجراءات شكلية يجب توفرها من اجل إنهاء العقد من قبل الإدارة مانحة التفويض كتقديمه إنذار مسبق أو منحه مهلة كافية من اجل إصلاح الخطأ و تداركه و يجب على الإدارة الإسراع في القيام بإجراءات اختيار صاحب تفويض جديد وفقا للمبادئ التي حددها المشرع من اجل ضمان استمرار سير المرفق العام ،

[1] مليكة صاروخ ، المرجع السابق،ص 4870

[2] ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط4 ،دار المجد للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2010، ص 656

[3] محمد صغير بعلي، القانون الاداري ، المرجع السابق ،ص 284

و يتحمل صاحب التفويض الجديد أعباء إضافية في حالة تكبد السلطة مانحة التفويض لخسائر جراء اختيار صاحب التفويض الجديد [1]

ثانيا : إنهاء العقد بدافع المصلحة العامة

نظرا لأهمية مثل هذا النوع من العقود و خطورتها لتعلقها باستغلال ثروات و مقدرات الدولة الطبيعية ، أو لمساسها بمصلحة هامة للمواطنين، و احتكار تشغيل هذا المرفق من قبل المتعاقد مع الإدارة فان للسلطة مانحة التفويض كل الحق في إنهاء عقد تفويض المرفق العام من اجل المصلحة العامة وان حقها هذا يندمج في إطار صلاحياتها العامة التي تخولها فسخ العقود الإدارية بإرادتها المنفردة و ذلك مقابل تعويض عن الضرر الذي يلحق بصاحب التفويض ، و للقضاء الإداري التحقق من وجود المصلحة العامة التي تبرر انتهاء العقد .و يتم إنهاء التفويض عندما يتبين للسلطة الإدارية مانحة التفويض لسبب أو لآخر أن هذا العقد لم يعد يتفق مع المصلحة العامة التي أنشئ من اجلها ،أو عند فرض نظام جديد على عقد التفويض مما جعل صاحب التفويض فاقدا للشروط و المؤهلات المهنية أو الفنية أو المالية التي يتطلبها النظام القانوني الجديد .

كما يمكن أن تحقق المصلحة العامة التي تبرر إنهاء عقد التفويض عند إعادة تنظيم المرفق العام أو تطوير الوسائل الفنية المعتمدة .[2]

و يستحق صاحب التفويض مقابل إنهاء العقد بدافع المصلحة العامة تعويضا عادلا عما يلحقه من أضرار ، و ليس لصاحب التفويض أن يحتج على الإدارة بفكرة الحق المكتسب ولا بقاعدة القوة الملزمة للعقد و تنحصر حقوقه في المطالبة بالتفويضات التي لحقت به بسبب إنهاء الإدارة للعقد و الأرباح التي فاتته ولا يشترط أن يكون صاحب التفويض _في مثل هذه الحالة _ قد اخل بأي التزام من التزاماته.[3]

ثالثا : إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة يكون

إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة عندما تكون الظروف التي تشكل القوة القاهرة نهائية ولا يمكن استبعادها بحيث

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص، 284

[2] البرت سرحان و آخرون، القانون الإداري الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ،2010، ص 106

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 516

تؤدي إلى استحالة التنفيذ بشكل نهائي، و بمقابل لذلك يمكن تعليق تنفيذ العقد مؤقتا و إلى حين في حالة ما إذا كانت القوة القاهرة مؤقتة مع إمكانية زوال الظروف القاهرة .

و لا تؤدي الظروف الطارئة التي تتسبب في إخلال بالتوازن المالي للعقد إلى إنهائه و إنما تشرك السلطة مانحة التفويض مع صاحب التفويض في تحمل الخسائر و الأضرار الناجمة بسبب القوة القاهرة ، بحيث تعطي الدولة المانحة للمتعاقد معها تعويضا يجنبه جزءا من خسائره .

أما إذا شكلت الظروف الطارئة في اختلال التوازن المالي للعقد نهائيا ، فتأخذ هذه الظروف حكم القوة القاهرة ، فلا يمكن لطرفي العقد إلا المطالبة بإنهائه لاستحالة تنفيذه.[1]

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 518

الـفصـل الثانـي

تطبيقات أسلوب عـقد التفويض في الجزائـر

الفصل الثاني : تطبيقات أسلوب عقد تفويض المرفق العام في الجزائر

إن عدم استقرار مفهوم المرافق العامة ،لا سيما بعد ظهورها ما يسمى بالمرافق العامة الصناعية و التجارية إلى جانب المرافق العامة الإدارية ،أدى إلى بروز دور القطاع الخاص في إدارة هذه المرافق مع تطبيق واسع للقانون الخاص كمظهر من مظاهر تعدد و تنوع وسائل إدارة المرافق العامة و قد أصبح واضحا في كل الدول بعد انتهاج سياسات اقتصادية كثيرة و متنوعة ، إن النهوض بأعباء التنمية الشاملة في أية دولة لا يمكن أن يضطلع بها القطاع العام لوحده مهما كانت وسائله البشرية و المادية ، بل ينبغي لضمان اطر ناجحة إفساح المجال للقطاع الخاص ليساهم في بناء الحركة التنموية و يدفع بها إلى الأمام ،[1] ولعل التحولات السياسية و الاقتصادية التي تعيشها الجزائر منذ سنة 1989 و التي انعكست على الدولة و مؤسساتها و علاقتها بالمواطن ، في ظل تزايد الحاجات العامة و ضرورة تلبيتها فعالية و نوعية ، أضحى من أهم نتائج التحولات السعي وراء الحد من العجز الذي تعرفه المرافق العمومية بالموازاة مع ضمان المستوى المطلوب من الخدمة العمومية ، و الذي يتحقق م خلال تخفيف سيطرة الدولة على الحقل الاقتصادي،و تحرير النشاطات العمومية و إزالة الاحتكارات ، و ظهور التعاون ما بين القطاع العام و الخاص ، و محاولة تفعيل دور الخواص من خلال اللجوء إلى تسيير المرافق العامة بواسطة تقنية تفويض المرفق العام ، و بالتالي الانتقال من القرارات التنظيمية ذات العلاقة المزدوجة " الإدارة المواطن " إلى طريقة أكثر تعقيدا ، و هي طريقة ثلاثية الأبعاد ،"إدارة ،خواص ،مواطن "[2]، و بعد عقد تفويض المرفق العام من الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العمومية ، و هو ذلك العقد الذي يفوض بموجبه شخص تابع لقانون العام (المفوض) لشخص أخر (المفوض له) مهمة تسيير مرفق عام بكل مسؤولياته و بكل ما يحمله التسيير من أرباح و خسائر .

و يتحمل بذلك عبئ كل المنشات و التجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد ة السير العادي للمرفق ، و يتلقى مقابله المالي المرتبط أساسا بنتائج الاستغلال .[3]

و يترتب من هذا المصطلح مفهوم عام يجمع كافة العقود التي تتضمن تفويض التسيير ، فيضم كل أساليب إدارة

[1] مليكة لحرش، المرجع السابق، ص39

[2] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص11

[3] نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 160

المرافق العامة على أساس تعاقدي مثل عقد الامتياز ،عقد الإيجار ، عقد مشاطرة الاستغلال و عقود البوت،

و على هذا الأساس سنتناول في هذا الفصل مبحثين أساسين :

المبحث الأول : التسيير بواسطة عقد الامتياز و عقد الإيجار

المبحث الثاني : التسيير بواسطة الاستغلال المختلط و عقود البوت(B.O.T)

المبحث الأول : التسيير بواسطة عقد الامتياز و عقد الإيجار

إذا كان المرفق العام يعتبر وفق المدلول المادي حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخل الدولة لإشباعها بوسائل القانون _بصرف النظر عن إمكانية القطاع الخاص بإشباع تلك الحاجة أم لا _، فيتعين ، اختيار الطريقة المناسبة لإدارة هذا النشاط و بذلك يتمثل واجب الدولة الأساسي في اختيار الطريقة المناسبة لإدارة المرفق المكلف بإدارة النشاط و إشباع الحاجة الجماعية ، و ذلك لان كفاءة المرفق العام و فعاليته في تقديم الخدمة العامة المنوط به ، تتوقف إلى حد كبير مع اختيار الطريقة المناسبة و المثلى لإدارة المرفق العام. [1]

و يعد عقد الامتياز إلى جانب عقد الإيجار احد الأساليب التي تلجا إليها الدولة لتسيير المرافق العامة ،إذ تعهد بمقتضاهما إلى احد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام على نفقته و حسابه مقابل تقاضي نقدي من المنتفعين من خدماته .

و سنتناول في هذا المبحث دراسة مطلبين رئيسيين :

المطلب الأول : أسلوب عقد الامتياز

المطلب الثاني : أسلوب عقد الإيجار

[1] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 282

المطلب الأول: أسلوب عقد الامتياز

إن امتياز المرفق العام هو عقد إداري يبرم بين احد أشخاص القانون العام من جهة و احد الأشخاص الطبيعية و المعنوية من جهة ثانية ، و هو أسلوب من أساليب التي تمكن أفراد القانون الخاص من المساهمة في تنمية الاقتصاد الوطني و تطويره بواسطة تقديم خدمات تحقق المنفعة العامة ، و تكمل أهمية عقد الامتياز الإداري لارتباطه وجودا وعدما بالمرافق العامة التي تشهد تطويرا سريعا و مستمرا ، و عرف انتشارا و استعمالا واسعا خاصة في المرافق الصناعية و التجارية ،كتوزيع الماء و الكهرباء ،و تامين خدمات النقل و غيرها ..... [1]

و يمكن هذا الأسلوب صاحب الامتياز من تقديم خدمات ذات جودة عالية خاصة أن لديه من الخبرة و المعرفة ما يؤهله لتنفيذ نشاط موضوع الامتياز عن طريق استعمال وسائل و أساليب يعجز أشخاص القانون العام عن اعتمادها بسبب التعقيدات الإدارية .

و سنحاول في دراستنا هذه الإحاطة بمجمل التعاريف الفقهية و القضائية لاستخلاص أهم السمات التي تطبع هذا النوع من الأساليب في تسيير المرفق العام ، و نظرا لعدم تدخل المشرع لتنظيمه بنص خاص سنحاول تقديم تعريف له من خلال مختلف القوانين القطاعية التي نظمته ، و سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسته من خلال فرعين :

الفرع الأول : تعريف عقد الامتياز و خصائصه

يتخذ تعريف عقد امتياز المرافق العامة la concession de service public احد التعريفات الثلاث و ذلك حسب الجهة التي تقوم بتعريفه و ذلك على النحو التالي :

أولا: التعريف التقني

نظرا لأهمية عقد الامتياز و دوره الفعال في تحقيق المنفعة العامة من خلال تقديم الخدمات للجمهور ، فقد أعطاه الفقه اهتماما لتحديد مفهومه .

فعرفه بعض الباحثين في الجزائر مثل الدكتور "طاهري حسين "،انه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام .

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 78

و هو ما يسمى صاحب الامتياز لتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عمالة و أمواله و متحملا المسؤولية الناتجة عن ذلك ، و لقاء ذلك يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد ، يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق العام .[1]

ويعرفه محمد رفعت عبد الوهاب على انه "عقد إداري تبرمه سلطة إدارية عامة مع إحدى الشركات الخاصة ، و موضوعه أن تتعهد هذه الشركة بالقيام بإدارة احد المرافق العامة الاقتصادية على نفقتها و بموالها و بعمالها الذين تستخدمهم ، و على مسؤولياتها ، لقاء حقها في تحصيل رسوم مالية من المنتفعين بخدمات المرفق و هو يمثل أساسا المقابل المالي الذي تحصل عليه الشركة الملتزمة. [2]

و يعرفه ماجد راغب الحلو انه "عقد إداري يتولى بمقتضاه احد أشخاص القانون الخاص تشغيل احد المرافق العامة الاقتصادية لمدة محدودة ، على مسؤوليته و بواسطة عماله و أمواله مقابل رسوم يدفعها المنتفعون بالمرفق .[3]

كما يعرفه الأستاذ سليمان محمد الطماوي على انه "عقد إداري يتولى الملتزم فردا أو شركة بمقتضاه و على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه لقواعد أساسية الضابطة لتسيير المرافق العامة ، فضلا عن الشروط التي يتضمنها إدارة عقد الامتياز [4]، فرغم تعدد هذه التعاريف و تنوعها من حيث الصياغة إلا أنها تصب في فكرة واحدة مفادها أن عقدا الامتياز المرفق العام هو اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو معنويا ، إدارة المرافق العامة و تامين تشغيلها مع تحمل الملتزم لنتائج الاستغلال .

ثانيا : التعريف القضائي

فإذا كانت هذه التعاريف مستوحاة من الفقه فللقضاء دوره في تجسيد تعريف لهذا العقد فقد جاء قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 09 مارس 2004 ، قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي:

[1] طاهري حسين ، المرجع السابق، ص 86

[2] محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ و أحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 334

[3] ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، ط1 دار الجامعة للنشر و التوزيع مصر ، 2008، ص.ص457 ، 458

[4] سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ،ط5 ،المطبعة الجامعية عين الشمس ، مصر، 1999، ص108

" إن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل ، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع لأملاك الوطنية بشكل استثنائي و بهدف محدد و متواصل مقابل دفع أتاوى لكنه مؤقت و قابل للرجوع فيه [1] .

و عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر يوم 25 مارس 1956 كما يلي " ...إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد احد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته و تحت مسؤولية المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية و طبقا للشروط له ، بأداء خدمة عامة للجمهور ،و ذلك مقابل تصريح له باستغلال مشروع لمدة محددة من الزمن و استيلائه على الأرباح .

فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة و موضوعه إدارة مرفق عام، و لا يكون إلا لمدة محددة و يتحمل الملتزم نفقات المشروع و أخطاره المالية و يتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين .....[2]

ثالثا : التعريف التشريعي

لقد تطرق المشرع الجزائري لتعريف عقد الامتياز في كثير من القوانين ونظرا لكثرتها سنخص بالذكر بعضا منها ، فعرفته قانون المياه رقم 38 _17 المؤرخ في 16 جويلية 1983 و المتضمن قانون المياه المعدل بموجب الأمر رقم 96 _13 المؤرخ في 15 جوان 1996 في المادة 04 بأنه عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء ذات منفعة عمومية [3]، ومن خلال هذا التعريف نستنتج أن عقد الامتياز يمكن أن يمنح للأشخاص الاعتبارية العامة و الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص.

فقد جاء في قانون 05 _12 المتضمن قانون المياه ، الذي يعرف امتياز استعمال الموارد المائية في المادة 76 منه مايلي "....يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة لأملاك العمومية الطبيعية للمياه ، الذي يعتبر عقد من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص و يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون و الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم "[4]

[1] عمار بوضياف، دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الادارة المحلية و القطاع الخاص ، مجلة الفكر البرلماني ،العدد 25 ، تبسة ، 2010، ص 08

[2] مليكة لحرش ، المرجع السابق ، ص، ص 42 ،43

[3] عمار بوضباف ، شرح قانون البلدية ، المرجع السابق، ص235

[4] القانون رقم 05 _12، المؤرخ في 04 اوت 2005 المتعلق بالمياه، ج ر ، العدد 60 ، الصادرة في 04 سبتمبر 2005، ص 12

و قد تم تناول تعريف عقد الامتياز في قوانين قطاعية أخرى إلى جانب القوانين المتعلقة بالمياه و منها :

ما جاء في المادتين الأولى و الثانية المرسوم التنفيذي رقم 96_ 308 ، المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة ، حيث يخضع انجاز الطرق السريعة و ملحقاتها و تسييرها و صيانتها و أشغال تهيئتها أو توسعها لمنح الامتياز ، و يمكن منح امتياز الطرق السريعة لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص ، الذي يقدم طلبا بذلك وفق تعليمات دفتر الشروط النموذجي ، و يكون منح هذا الامتياز موضوع اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة و الملتزم. [1]

كما جاء تعريف الامتياز في المرسوم التنفيذي رقم 02 _40 المؤرخ في 14 جانفي 2002 المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال الخدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران الخليفة نجد المادة الأولى من هذا المرسوم قد ورد فيها صراحة عبارة "تمنح الدولة بموجب هذه الاتفاقية شركة الخليفة للطيران التي تقبل امتياز استغلال خدمات جوية للنقل العمومي. "

و ذكرت المادة أن مدة الامتياز حددت ب10 سنوات من المصادقة على اتفاقية و يمكن تجديدها ، إما المادة 4 فحملت صاحب الامتياز مسؤولية إدارة الاستغلال وهذا طبقا للمرسوم التنفيذي 2000 _43 المؤرخ في 26 فبراير 2000 ، و حملت المادة 08 صاحب الامتياز كذلك مسؤولية تجاوز الأسعار المصادق عليها من قبل السلطة المكلفة بالطيران المدني [2]

أما فيما يخص امتياز المرافق العمومية المحلية ، فقد أعطت التعليمة الوزارية رقم 94 _3 _842 المؤرخة في 07 ديسمبر 1994 ،الصادرة عن وزير الداخلية تعريف عقد الامتياز انه " عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فرد أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام و استغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال فأموال يقدمها صاحب حق الامتياز على مسؤولية ،مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته ، و ذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له المرفق. [3]

[1] المرسوم التنفيذي رقم 96 _308 ، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، المرجع السابق

[2] المرسوم التنفيذي رقم 02_40 ، المؤرخ في 14 جانفي 2002 ، و يتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال الخدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران " و كذا دفتر الشروط المرفق بها ، ج. ر ،عدد 04 ،الصادر بتاريخ 16 جانفي 2002

[3] التعليمة رقم 94. 03- 842 ، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994 ، المتعلقة بامتياز و تأجير المرافق المحلية ، صادرة عن وزير الداخلية ص4

و نصت المادة 149 من قانون الولاية لسنة 2012 على انه في حالة عدم إمكانية استغلال المصالح العمومية بشكل مباشر أو عن طريق المؤسسة فانه يمكن للمجلس الشعبي الولائي ترخيص استعمالها عن طريق الامتياز .

و يقوم الوالي بالمصادقة على العقود المبرمة في هذا الصدد وفقا لدفتر الشروط ، و تكون مداولات المجلس الشعبي الولائي نافذة بقوة القانون بعد مرور 21 يوما من إيداعها لدى الولاية و ذلك طبقا للمادة 54 ، و يمكن للوالي أن يرفع بدعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في اجل 21 يوما تلي اتخاذ المداولة لإقرار بطلانها و ذلك في حالة ما تبين له أن المداولة غير مطابقة للقوانين و التنظيمات[1] .

و للإشارة فان قانون الولاية لسنة 2012 لم يذكر بالتفصيل مجال و ميدان الامتياز بل اكتفى بالسماح للمجلس الشعبي الولائي الترخيص في استغلال المرفق بواسطته و هذا خلافا لما جاء في قانون البلدية الذي حصر هذه الخدمات أو النشاطات أو المصالح في المادة 149 فيما يلي:

-التزويد بالمياه الصالحة للشرب

-صرف المياه المستعملة

-النفايات المنزلية و الفضلات الأخرى

-صيانة الطر وقات

- إشارات المرور

- إنارة العمومية

-الأسواق المغطاة و الأسواق و الموازين العمومية

-الحظائر و مساحات التوقف

-المحاشر

-النقل الجماعي

[1] عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، جسور للنشر و التوزيع ، ط1 ، الجزائر، 2012، ص 282

-المذابح البلدية

-الخدمات الجنائزية

الفضاءات الثقافية التابعة للأملاك البلدية

- فضاءات الرياضة و التسلية التابعة للأملاك البلدية .

- المساحات الخضراء [1]

بعد التطرق لمختلف التعاريف الفقهية و القضائية و التشريعية لعقد الامتياز فانه يمكن استخلاص أهم الخصائص و السمات العامة لامتياز المرفق العام فهو عقد إداري يربط بين سلطة إدارية و بين احد الأفراد أو الشركات ، و ليس هنالك ما يمنع أن يربط بين شخص إداري و شركة من القطاع العام ، كما تنتج عنه التزامات متبادلة بالنسبة للشخص العام مانح الامتياز من ناحية و بالنسبة لصاحب الامتياز من ناحية أخرى .

و تتمتع فيه السلطة مانحة الامتياز بسلطات استثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام كحق التعديل البنود التنظيمية و هذا بغرض حماية فئة المنتفعين [2].

يلتزم المتعاقد مع الإدارة أن يتولى تسيير مرفق عام يحدده العقد و يكون هذا المتعاقد شخص طبيعي او معنوي و هذا يعني أن موضوع عقد الامتياز نشاط مرفق عام ، و قد كان في السابق امتياز المرفق العام قاصرا على المرافق الصناعية و التجارية ، إلا أن تطور المرافق العامة الإدارية التي تدار من قبل الأفراد اظهر إمكانية وجود امتياز مرفق عام إداري ، فقد صدر في فرنسا سنة 1970 قانون يتعلق بإدارة المرافق العامة الاستشفائية وفقا لعقود الامتياز على اعتبار انه مرفق ذو طابع إداري .

و يتولى صاحب الامتياز تسير المرفق على نفقته ،فيتولى تمويل النفقات الناتجة عن تسيير المشروع و يضمن له سيرا منتظما ، و يتحمل مخاطر هذا الاستثمار ماليا و يمكن للإدارة أن تتدخل في حال اختلال التوازن لصاحب التفويض بان تعيد له هذا التوازن حرصا لها على استمرار سير المرفق العام .

[1] عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، المرجع نفسه، 283

[2] مليكة لحرش، المرجع السابق،ص43

و يدفع المنتفعون من خدمات هذا المرفق مقابل مالي على شكل رسوم من اجل تغطية أعباء تشغيل المرفق و حصوله على مقدار من الربح [1].

وعقد الامتياز هو عقد محدد المدة و طويلة نسبيا ، فهو ليس بعقد ابدي و يراعى في تحديد هذه المدة أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع ومن تم فان المدة الزمنية المحددة تختلف حسب نوع المشروع و وزنه ، و قيمة غلافه المالي ، وللإشارة فان قانون الولاية و البلدية لم يحدد مدة عقد الامتياز ، إلا أن هناك من القوانين الخاصة بالمرافق القطاعية من حددتها أو حصرتها .

فقد جاء في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 08-54 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب و نظام الخدمة المتعلق به ، أن المدة القصوى لامتياز تسيير مرفق التزويد بمياه الشرب يحدد ب30 سنة ، يبدأ سريانها من تاريخ نشر قرار منح الامتياز في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .[2]

كما جاء في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 02-40 المؤرخ في 14 جانفي 2002 المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة طيران الخليفة أن مدة الامتياز حددت ب10 سنوات من المصادقة على اتفاقية مع إمكانية تجديدها. [3]

الفرع الثاني : آثار عقد الامتياز و نهايته

بمجرد إبرام عقد الامتياز فانه يترتب عليه جملة من الآثار القانونية بمواجهة صاحب الامتياز ، و آثار قانونية أخرى بمواجهة الإدارة المتعاقدة مانحة الامتياز ، فلكل من طرفي اتفاقية عقد الامتياز التزامات يرتبط بها و حقوق يتمتع بها ، كما تمتد آثار امتياز المرافق العامة إلى المنتفعين من خدمات المرفق و المستعملين له ، و منه تمتد آثار عقد

[1] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 274

[2] المرسوم التنفيذي رقم 08 -4 ، المؤرخ في 09 فيفري 2008 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النوذجي لتسيير بالامتياز الخدمة العمومية لمياه الشرب و نظام الخدمة المتعلقة به، ج ر، عدد 08 الصادر بتاريخ 13 فيفري 2008

[3] المرسوم التنفيذي رقم 02-40، المؤرخ في 14 جانفي 2002 ، المرجع السابق

الامتياز بين ثلاث أطراف ، بالنسبة للجهة مانحة الامتياز و الملتزم الذي هو صاحب الامتياز و المنتفعين من خدمات المرفق العام الذي يتم إدارته عن طريق أسلوب الامتياز. [1]

أولا : الإدارة مانحة الامتياز

للإدارة مانحة الامتياز مجموعة من الحقوق و السلطات تستعملها من اجل ضمان حسن تنفيذ الامتياز و هذه الامتيازات لا وجود لها في القانون الخاص فهي حقوق مستمدة من طبيعة المرفق العام نفسه ، وهي عقود مسيرة أو موجهة فهي منظمة وفقا للشروط العامة المعدة أساسا من قبل السلطة العامة ، تبرز هذه السلطات من خلال عقد الامتياز في المرفق العام فبقدر ما تعهد السلطة العامة مهمة إدارة المرفق العام و تشغيله لصاحب الامتياز فهي تقوم في نفس الوقت بمراقبة سيره و تنظيمه. [2]

1 سلطة الإشراف و المتابعة :

يخضع صاحب الامتياز للرقابة الوصائية باعتبار أن الامتياز هو شكل من أشكال اللامركزية المصلحية و للسلطة مانحة الامتياز حق مواجهة الملتزم و واجب عليها لحماية المنتفعين في خدمة المرفق العام ،و لا يمكن للملتزم الاحتجاج على السلطة مانحة أللامتياز أثناء ممارستها للرقابة بعدم النص عليها في العقد ، لان الرقابة حق تابت للجهة الإدارية المختصة حتى لو لم ينص عليها العقد [3]، و منه يجب على الملتزم أن يمكن الجهة الإدارية و يسهل عملية القيام بمهمة المراقبة للمرفق العام و تنقسم إلى رقابة تقنية و رقابة مالية :

ا)الرقابة التقنية :

تقوم الإدارة مانحة الامتياز بمراقبة الملتزم من حيث مدى التزامه ببنود الاتفاق الموقع في العقد و كذا احترامه لقواعد سير المرفق المحددة في الشروط ، و ينبغي أن يقدم صاحب الامتياز تقرير سنوي للإدارة مانحة الامتياز و تحدد كيفية ممارسة هذه الرقابة عن طريق دفتر الشروط ، و تتعلق الرقابة ، التقنية بأشغال و إنشاء و إعداد المرفق .

[1] محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، المرجع السابق ،ص، ص 279 ، 280

[2] محمد امين بوسماح ، ترجمة رحال بن اعمر، رحال مولاي ادريس، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995، ص 125

[3] راضية مبارك ، التعليق على تعليمة رقم 94 _3 -842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، فرع إدارة مالية، جامعة الجزائر، 2001 -2002، ص 65

و قد جاء في نص المادة 18 من دفتر الأعباء النموذجي للامتياز الطرق السريعة على ما يلي : " يتم ضمان المراقبة في مرحلة الاستغلال بما فيها المراقبة التقنية للمنشات الكبرى من طرف السلطات و المصالح الوثائق و التقارير المحددة بتعليمة من مانح الامتياز [1].

أما بالنسبة لحدود هذه الرقابة فإنها ليست مطلقة بل تحدها اعتبارات تتمثل فيما يلي :

-وجود توفير ضمانات للمتعاقد معها في حالة تعسفها أو انحرافها في استعمال السلطة بغية المساس بحقوق المتعاقد بأي حال من الأحوال .

-لا يجوز أن تؤدي سلطة الإدارة في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية المتعلقة بسير المرفق و التي لا تتعارض مع بنود العقد المبرم بين مانح الامتياز و الملتزم [2]، لان الرقابة المفرطة قد تحول إدارة المرفق العام عن طريق أسلوب الامتياز إلى طريقة الإدارة المباشرة [3]

ب)الرقابة المالية :

تقوم الإدارة مانحة الامتياز بالاطلاع على الوثائق الضرورية لتحديد التقديرات الخاصة بإيرادات قسم التسيير بشكل دوري ، علاوة على التفاصيل النفقات و تطوريها و مقارنتها مع السنة الماضية ، و تتضمن هذه الرقابة أمرين :

_معرفة المعلومات الضرورية عن تسيير المرفق و حالة و نشاطه ما يستدعي أن يقوم الملتزم بتسهيل مهمة الموظفين أو المندوبين المكلفين بتقصي المعلومات .

_توجيه التعليمات إلى صاحب الامتياز و تنبيه في حالة لضرورة .[4]

[1] المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، المرجع السابق ، ص 14

[2] محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، مكتبة دار الثقافة و التوزيع ، عمان ، 1998، ص 113

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص،ص 113 ،114

[4] لحرش مليكة، المرجع السابق ص 56

2سلطة التعديل:

يمكن للإدارة مانحة الامتياز أن تلجا إلى تعديل بعض قواعد الالتزام ، و لو كان ذلك بإرادتها المنفردة ، و ذلك من اجل تحقيق المصلحة العامة التي وجد المرفق لتلبيتها و تحقيقها ، و هنا يظهر الاختلاف بين العقود الإدارية و العقود المدنية بما تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في عقودها الإدارية بسلطة تعديل الشروط المتعلقة بتنظيم و سير المرفق العام بما يتلائم مع الظروف و المستجدات الطارئة بعقد الامتياز وفقا للمصلحة العامة .

و هذا الحق إنما هو تطبيق للمبادئ الأساسية في تسيير المرافق العامة و بالذات لمبدأ قابلية القواعد المنظمة للمرافق العامة للتغير و التعديل في كل وقت و طبقا لحاجات المجتمع ،كما في حالة اتساع النسيج العمراني في المدن فذلك يؤدي بالضرورة إلى زيادة حاجات المجتمع ،كما في تغطية هذا التوسع بالمرافق اللازمة كالنقل و المياه إلى المناطق الجديدة التي امتد إليها العمران ، و بالتالي كان لزاما على الإدارة ا تعدل من البنود العقد وذلك يتسنى لصاحب الامتياز معرفة نطاق امتداد امتيازه إلى تلك المناطق و لا يجوز للمتعاقد أن يحتج على الإدارة بسبب ممارستها الحق [1] و لقد استقر القضاء الإداري في كل من فرنسا و مصر و الجزائر على حق الإدارة في تعديل العقد لكن هذا التعديل محكوم بشروط فإذا قامت الإدارة مانحة الامتياز بتعديل العقد فان هذا التعديل ينصب على الشروط اللائحية دون التعاقدية ، و هذه الشروط اللائحية تشمل قواعد تنظيم المرفق و ضبط نشاطه كما تشمل القواعد المتعلقة بتحديد الرسوم التي يجب على المنتفعين بخدمات المرفق أداؤها لصاحب الامتياز، إما الشروط التعاقدية لا يتم تعديلها إلا بقانون و ليس بقرار إداري و التعديل يكون من قبل المشرع و لا يكون حقا للإدارة .

و لا يكون حق الإدارة مانحة الامتياز تعديل الشروط اللائحية لعقد الامتياز بصفة مطلقة و إنما ترد عليه بعض القيود هي :

ا)عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد :

و المقصود بالإخلال ليس إنزال الخسارة الفادحة بالملتزم و إنما مجرد إنقاص الأرباح العادية فان هذا المساس يعد إخلالا بالتوازن المالي للعقد و الذي يجب تعويض المتعاقد عنه .

[1] عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، المرجع السابق ، ص 240

ب)يجب أن يبلغ التعديل من الجسامة إلى حد إنشاء مرفق جديد لأنه مهما بلغت التعديلات من اجل تحسين المرفق و الخدمات المقدمة فهذا لا يمنع من إدارته من نفس الملتزم حفاظا على حقه الاحتكاري المعترف به قانونا .[1]

إن عقد الامتياز هو عقد من العقود التي يجوز فيها للإدارة توقيع الجزاءات ، فإذا ما اخل المتعاقد مع الإدارة في التزاماته العقدية كما يتنازل عن عقده للغير أو يعمل أو يقتصر في التنفيذ أو لم يحترم المواعيد المحددة في العقد و أدى ذلك التصرف إلى إلحاق الضرر من الناحية الاقتصادية و الاجتماعي خاصة و أن المرفق محل التعاقد مرتبط بتقديم خدمات عامة حينئذ ينشئ الحق للجهة الإدارية في توقيع الجزاء .

و قد جاء في المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ما يلي "يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير مطابق ، فرض عقوبات مالية ،دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به .

يحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات و كيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لنشر الشروط أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية "[2] و تتجه الإدارة مانحة الامتياز إلى فرض جزاءات مالية في حالة الإخلال بالتزامات أو حتى اللجوء إلى فسخ جزائي .

ا)الجزاءات المالية:

الجزاءات المالية هي عبارة عن مبالغ مالية تطلبها الإدارة مانحة الامتياز من صاحب الامتياز نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية و هي جزاءات تفرض لتغطية الضرر الذي مس الإدارة نتيجة خطا المتعاقد ،و تشمل الجزاءات المالية كل من التعويضات و الغرامات [3] .

-التعويضات:

هي عبارة عن مبالغ مالية يقوم صاحب الامتياز بدفعها للإدارة بسبب إخلاله بالتزاماته و يقدر مبلغ التعويض حسب جسامة الضرر الذي لحق بها .

[1] مصطفى أبو زيد فهمي ، القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، مصر ، سنة 1993 ،ص 349

[2] المرسوم الرئاسي 02 – 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

[3] محمد خلف الجبوري، العقود الادارية، المرجع سابق، ص 133

– الغرامات التاخيرية :

و تلجا الإدارة إلى هذا النوع من الغرامات كوسيلة للتأثير على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته و هو تعويض جزائي من حق الإدارة توقيعه على صاحب الامتياز دون أن تلزم باتباث أن الضرر قد لحقها .

و للإدارة الحق في توقيعها دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بتطبيقها.[1]

ب)الفسخ الجزائي :

يمكن للإدارة صاحبة الامتياز أن تلجا إلى فسخ الجزائي ،حيث تنص المادة 99 من المرسوم رقم 250-02 المتعلق بالصفقات العمومية على ما يلي : "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد ".

و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه ، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد .

لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان ، و الملاحقات الرامية إلى الإصلاح ، الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها .

يحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار البيانات الواجب إدراجها في الأعذار ، و كذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني ."[2]

ثانيا :حقوق الملتزم

يتمتع صاحب الامتياز مقابل الالتزامات الملقاة على عاتقه بعدد معين من الحقوق تعترف بها الإدارة المتعاقدة نظير تسيير و تشغيل المرفق العام على نفقته الخاصة و مادام أن الهدف الأساسي من إقدام المتعاقد على إبرام عقد الامتياز مع الإدارة هو تحقيق الأرباح فلا بد من وجود ما يحميه مقابل هذه الالتزامات .

[1] عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه و القضاء و التشريع، منشاة المعارف، القاهرة، 2003 ص 39

[2] المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 19

1 قبض المقابل المالي المتفق عليه من المنتفعين

من حق صاحب الامتياز والحصول على عائدات مالية مباشرة من المنتفع لقاء ما قدمه من خدمة فهو الذي تكفل بالتغطية المالية للمشروع و بما انه تعاقد مع الإدارة مانحة الامتياز بهدف الحصول على ربح يتقاضاه من المنتفعين فمن الطبيعي أن يتقاضى رسوما من قبل المنتفعين بخدمات المرفق العام الذي يسيره بموجب عقد الامتياز ، و لا يعد مقابل الخدمة ثمنا تسري عليه القواعد المدنية ، و إنما هو رسم يخضع لأحكام الخاصة بذلك في كل دولة. [1]

2 الحق في الحصول على المزايا و المساعدات المالية المتفق عليها

يمكن أن يتضمن عقد الامتياز التزام الإدارة بمنح المتعاقد معها بعض المزايا المادية و القانونية الهامة لمساعدته على تشغيل المرفق العام محل الامتياز ،فإذا كان المرفق يعتمد في نشاطه على الخشب أو الاسمنت و فقدت هذه المادة في السوق فيجب على الإدارة مانحة الامتياز تقديم المساعدة بما لها من السلطة بهدف مساعدته على توفير الخدمة للجمهور .

و قد اعترف القضاء الإداري للملتزم بالاستفادة من بعض قواعد القانون العام كقاعدة عدم جواز الحجز على الأموال الملتزم ذات العلاقة بالنشاط موضوع التعاقد ، و أكثر من ذلك حيث اعترف له بالاستفادة بنزع الملكية للمنفعة العامة على يد الإدارة [2]، و يمكن للإدارة مانحة الامتياز التعهد بامتيازات أخرى مثل تعهدها بعدم السماح لشخص آخر بممارسة نفس النشاط في نفس المنطقة التي ينشط فيها الملتزم ،كما تمكنه في سبل سير المرفق من استعمال بعض امتيازات السلطة العامة كان تخصص للمشروع بعض الأموال العامة لها و تضعها تحت تصرفه

3 الحفاظ على التوازن المالي للمشروع

عندما يقوم صاحب الامتياز بإدارة المرفق العام تكون لديه فكرة عامة عن حقوقه و واجباته و يكون المساس بالتوازن المالي للعقد إما بتعديلات تدخلها الإدارة على الشروط اللائحية كان تنقص الرسوم المقررة أو تزيد من أعبائه أو تتخذ إجراءات عامة إدارية أو تشريعية تصدرها الدولة و قد لايعنى بها الملتزم بالذات و إنما تعنى بها الكافة، و لكن يترتب عنها زيادة في أعباء الملتزم مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد أو قلب اقتصاديات العقد من خلال حرمان المتعاقد مع الإدارة من الأرباح العادية المتوقعة ، ففي هذه الحالة يكون الحق للمتضرر الذي هو صاحب الامتياز في

[1] هاني الطهراوي، المرجع السابق، ص 288

[2] عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، المرجع السابق ،ص239

أن يعوض هذه الخسارة تعويضا كاملا لا يشمل فقط ما يكون لحقه من خسارة و لكن أيضا ما فاته من كسب،[1] ففي نظرية فعل الأمير يعاد التوازن المالي للمشروع و في نظرية الظروف الطارئة كذلك ، و ذلك مقتضى تنظيم المرفق محل الامتياز ، أو باتخاذ إجراء عام يمس احد عناصر العقد ، يلحق الضرر بصاحب الامتياز خصوصا، أما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة فتعتبر مستقلة عن إدارة أطراف العقد، فقد يحصل أن يستنجد خلال مرحلة تنفيذ العقد ظروف اقتصادية غير متوقعة أو نتيجة قرار عام ذو صبغة اقتصادية أو ضريبة تنفذها السلطة مانحة الامتياز أو سلطة عامة أخرى. [2]

ثالثا : حقوق المرتفقين

إن المنتفعين من المرفق العام في حالة عقود الامتياز يستمدون حقوقهم مباشرة ، فيما رسوم في مواجهة الملتزم من جهة و في مواجهة الإدارة للمطالبة بالتدخل لحماية مصالحهم من جهة أخرى ، فكثيرا ما يتلقى المنتفعون الخدمة عن طريق عقد خاص بينهم و بين الملتزم و أن هذا العقد وثيق الصلة بعقد الامتياز ،ذلك أن الشروط التي ترد به يجب أن تكون في نطاق البنود التي يحتويها عقد الامتياز [3]

ا)حقوق المرتفقين في مواجهة الملتزم

و تستند هذه الحقوق إما إلى عقد مبرم بين الملتزم و بين المنتفع حيث تتحدد حقوق كل طرف وفقا لهذا العقد و إما أن لا يوجد عقد و من تم يحق لكل من استوفى شروط الانتفاع بخدمات المرفق أن يطلب من الملتزم تمكينه من الانتفاع و إلا اجبر على ذلك عن طريق الإدارة أو القضاء [4] ، و تتمثل حقوق المرتفقين في ما يلي :

1)–حقه في الاستفادة بخدمات المرفق :

يحق لكل شخص تنطبق عليه شروط الانتفاع بخدمات المرفق أن ينتفع بهذه الخدمات سواء كان هذا الانتفاع بموجب عقود خاصة بين صاحب الامتياز و بين هؤلاء المنتفعين مثل مرافق توريد المياه و الكهرباء ، حيث يلتزم صاحب الامتياز بتقديم خدمة وفقا لهذه العقود و التي غالبا ما تكون عقود إذعان ، و يمكن لن لا يرتبط المنتفع مع صاحب

[1] مصطفى ابو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 356

[2] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 465

[3] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 110

[4] سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص 233

الامتياز بعقد خاص و مع ذلك من حقه الانتفاع بخدمات المرفق العام إذا استوفى شروط الانتفاع ،و ذلك استنادا إلى النصوص التنظيمية في عقد الامتياز ذاته.[1]

2)-حقه في مطالبة الإدارة بالتدخل :

يحق للأفراد مطالبة الإدارة بالتدخل و ذلك لإجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته إذا ما اضر في كيفية أداء الخدمة أو عدم تقديمها وفقا لشروط العقد،و هذا الحق ثابت للمنتفع في جميع العقود الإدارية، إلا انه أكثر وضوحا في عقد الامتياز ، فمن واجب الملتزم تقديم خدمات للمرفق مع أحسن وجه للمنتفعين و بالرسوم التي تقررها الإدارة ، فإذا ما اخل الملتزم بواجباته جاز للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجباره على الوفاء بالتزاماته ، و إذا ما رفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمانا ،كان للمنتفعين اللجوء إلى القضاء للحكم عليها بالتدخل.

ب)حقوق المرتفقين في مواجهة الإدارة

و تتمثل حقوقهم _كما سبقت الإشارة إليها _ في مطالبة الإدارة بإجبار الملتزم عل تنفيذ أو احترام شروط عقد الامتياز ،كتنفيذ التعريفات أو الرسوم المتفق عليها و مجال و مكان و مواعيد و شروط أداء الخدمات ، و كذلك الحق في إجبار الملتزم على تقديم الخدمة لمن يطلبها ممن استوفت فهم شروط الانتفاع بخدمات المرافق و مراعاة المساواة بينهم .[2]

أما في ما يخص نهاية الالتزام فان امتياز المرافق العامة تنتهي بطريقة اعتيادية أو بطريقة غير اعتيادية .

أولا: الطريقة الاعتيادية لنهاية الالتزام (النهاية الطبيعية)

إن النهاية الطبيعية لعقود الامتياز تحل بانقضاء المدة الزمنية المحددة لتنفيذه و بما أن عقد الامتياز هو تسيير مرفق عام فان هذا التسيير لا يعني استمراره إلى الأبد بل تحدد المدة بمقتضى العقد الذي تم إبرامه بين الإدارة مانحة

[1] محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص،ص 218 ،219

[2] سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص 234

الامتياز و الملتزم ، حيث تسمح له بتغطية مصاريف ما أنفقته في تجهيز المرفق و ما يمكن أن يحققه من نسب معقولة من الأرباح [1] كالامتياز في إدارة مرفق النقل العمومي البلدي لمدة 03 سنوات مثلا فينتهي و يزول هذا العقد المبرم انقضاء تلك المدة .[2]

و يبدأ سريان المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد و بانقضاء المدة من التاريخ ينقضي العقد بقوة القانون ،

و لكن تحديد المدة لا يحول دون تجديد عقد الامتياز عند نهاية مدته ، و هنا يمكن التميز بين حالة التجديد بعقد جديد و حالة تمديد مدة العقد القديم ، فبالنسبة للحالة الأولى إذا انقضى عقد الامتياز فانه يجوز للملتزم أن يقدم للتعاقد مرة أخرى و لمدة جديدة و بمقتضى عقد جديد ، و الحالة الثانية هي تمديد العقد و المدة المتفق عليها في العقد الأصلي و لكن شرط أن تكون المدة المتفق عليها في العقد الأصلي لا تتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا.[3]

ثانيا: الطريقة غير الاعتيادية لنهاية الالتزام (النهاية غير الطبيعية)

يمكن لعقد الامتياز أن ينتهي شانه في ذلك شان سائر العقود الإدارية الأخرى وذلك قبل المدة الزمنية المحددة لنفاذه، و يمكن رد أسباب نهاية عقد الامتياز قبل نهاية مدته إلى ثلاثة أسباب و هي : الإسقاط و الاستمرار و الفسخ لأسباب أخرى :

1-إسقاط الامتياز

و هو فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة أخطاه و ذلك قبل الأوان و قبل انقضاء مدة العقد ، فهو جزاء توقعه السلطة مانحة الامتياز على صاحب الامتياز جراء أخطاء جسيمة ارتكبها في إدارته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق و تسييره ، و بعد الإسقاط من العقوبات التي يملكها السلطة المانحة في مواجهة صاحب الامتياز، و يمكن أن توقعها حتى ولو لم ينص عليها عقد الامتياز [4]، و حتى يتم إسقاط الامتياز يجب أن تتوفر الشروط التالية :

[1] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص284

[2] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص284

[3] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 789

[4] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 311

-أن يرتكب صاحب الامتياز خطاء جسيم في إدارته للمرفق و ذلك دون أن يكون هنالك إسهام في الإدارة في ارتكاب الخطأ فيكون في حالة إهمال فادح كعجزه عن تسيير المرفق أو ادائه للخدمات المطلوبة أو عدم وفائه بالتزاماته المالية تجاه الإدارة مانحة الامتياز .

- يجب إعذار الملتزم عند ارتكابه للمخالفات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لكيفية استغلال المرافق العامة موضوع عقد الامتياز ، و يجب توجيه هذا الإعذار وفقا للقانون و قبل توقيع جزاء الفسخ و غالبا ما تنص عقود الامتياز على ذلك.[1]

2- الاسترداد :

و يقصد بالاسترداد أن تسترد الإدارة مانحة الامتياز المرفق محل الامتياز و ذلك عن طريق شرائه و تعويض الملتزم عما يصيبه من ضرر تعويضا عادلا ، حتى و لو لم يخل المتعاقد بأي التزام من التزاماته لان المصلحة العامة تقتضي ذلك [2]، و يعتبر الاسترداد من النظام العام ، و تتمتع السلطة المانحة بحق الاسترداد سواء كان منصوص عليه في العقد أم لا.

3- الفسخ لأسباب أخرى :

يأخذ الفسخ في امتياز المرفق العام أنواع فقد يكون في صورة استجابة لرغبة طرفية مثل الفسخ الاتفاقي و هو الذي يتم باتفاق الإدارة و بين الملتزم قبل نهاية مدة الامتياز ، و يعتبر هذا الفسخ نهاية رضائية لعقد الامتياز ، و قد جاء في المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 97_483 المتعلق بالامتياز الفلاحي ما يلي:

[1] سماعين نادية، عقد الامتياز في المرافق العمومية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008،ص 33

[2] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 390

"...يمكن فسخ الامتياز في كل وقت و باتفاق الطرفين..."[1]، و حيث بمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذي يستحقه الملتزم دون اللجوء إلى القضاء .

و يمكن أن يكون الفسخ احتراما للقانون حيث يتم فسخ عقد الامتياز بقوة القانون و يحصل ذلك في حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تعطيل المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز بشكل نهائي كان تحل عليه كارثة طبيعية ، كما يمكن أن يكون الفسخ تطبيقا للحكم قضائي و ذلك عن طريق دعوى خاصة من قبل الملتزم بحيث يلجا إلى القضاء الإداري المختص و يطلب منه فسخ العقد بسبب إخلال الإدارة مانحة الامتياز بالتزاماتها عند تنفيذ الامتياز ، و ذلك طبقا لسريع الساري المفعول خاصة حيال الصفقات العمومية .[2]

المطلب الثاني : أسلوب عقد الإيجار

إن تأجير المرافق القطاع العام للمستثمرين من الخواص بموجب امتياز يمنحه الجهة المسؤولة عن المرفق العام من العقود الشائعة المعروفة ، و تعتبر البلديات من أكثر مرافق الدولة استخداما لعقد تأجير ، حيث تقوم بتلزيم مستثمر من القطاع الخاص القيام بتشغيل مرفق عام و تقديم خدماته للجمهور و ذلك مقابل جعل معين يدفع للبلدية ، و يلتزم هذا المستثمر بتقديم خدمات المرفق لجمهور المستهلكين وفق ضوابط عقدية متفق عليها بين الدولة و المستأجر أهمها تحديد الدولة لسعر الخدمة التي سيقوم المستثمر بتقاضيها من جمهور المستهلكين ،بالإضافة إلى التزامه بصيانة المرفق طوال فترة العقد و يهدف المستثمر من هذا العقد إلى تحقيق مصلحة ذاتية من خلال تحقيق هامش من الربح.[3] وسنتعرض في هذا المطلب إلى تعريف إجارة المرفق العام في الفرع الأول و التطرق إلى أهم خصائص و مميزات إجارة المرفق العام في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف إجارة المرفق العام عقد

إيجار المرفق العمومي هو عقد يكلف بموجبه شخص عمومي شخص آخر يسمى المستأجر ،استغلال مرفق عمومي

[1] حميد بن علية، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 03، الجزائر، 2009 ، ص 132

[2] محمد الصغير بعلي ،المرجع السابق، ص 285

[3] حمزة منصوري، الأشكال القانونية لعقد الامتياز في جذب التمويل للخدمات و المرافق البلدية ، موقع ستار تايمز ،تاريخ تصفح الموقع يوم 05-04-2015 الساعة 20:30

لمدة معينة مع تقديم إليه المنشات و الأجهزة ، و يقدم المستأجر لتسير و استغلال المرفق مستخدما عماله و أمواله و في مقابل تسيير المرفق العمومي يتقاضى المستأجر مقابل مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين من المرفق في شكل إتاوة على أن يدفع المستأجر مساهمة مالية للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف المنشات و الأجهزة العمومية.[1]

و يعرفه الأستاذ G.Boiteau "هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية شخص آخر قد يكون عاما أو خاصا باستغلال مرفق عام مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات ،و يتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون ،المتعلقة مباشرة باستغلال المرفق".[2]

و يتشابه عقد الإيجار مع عقد الامتياز في جانبين الأول أن العقدين يعهدان إلى المستأجر و إلى صاحب الامتياز

تسيير و استغلال المرفق العام و الثاني أن صاحب الامتياز و المستأجر كلاهما يقوم بتحصيل المقابل المالي من المنتفعين أي عن طريق الإتاوة .

و يقوم المستأجر بدفع مقابل للإدارة من حصيلة ما يتقاضاه من المنتفعين أي من الإتاوات حتى تتمكن الإدارة من استرجاع مصاريف المنشات و التجهيزات الأصلية و هذا الأسلوب في الجزائر في كراء أسواق البلدية و كراء حقوق الوقوف و المسالخ.

الفرع الثاني:مميزات عقد إجارة المرفق العام

يتولى المستأجر استغلال المرفق العام على نفقته و مسؤوليته مقابل حصوله على المقابل المالي من المستفدين من خدمات المرفق ، و لا يتحمل المستأجر في عقد إجارة المرفق العام نفقات إقامة المنشات الأساسية للمرفق فيتولى مهمة التشغيل و التسيير لذلك تكون مدة عقد إجارة المرفق العام قصيرة نسبيا فقد حصرتها التعليمة الوزارية رقم 94-3_842 ،المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها و مدة 12 سنة كحد أقصى على خلاف عقد الامتياز التي تكون طويلة نسبيا لتمكين الملتزم من استرجاع ما أنفقه من أموال في سبيل إقامة المشروع و حصوله على قسط من الربح الذي هو هدفه و دافعه للتعاقد و تتراوح مدة العقد فيه ما بين 30 و 50 سنة على حسب كل قطاع .[3]

[1] نادية ضريفي، المرجع السابق، ص155

[2] طاهري حسين، المرجع السابق ،ص 31

[3] التعليمة الوزارية رقم 94 -03 _842، المرجع السابق ، ص 10

و بالتالي فان عقد إجارة المرفق العام يتميز بما يلي :

أولا : تحمل الشخص العام نفقات إقامة المنشات الأساسية

تقوم السلطة مانحة التفويض (المؤجر) بتحمل نفقات إقامة المرفق العام ، أو إقامة المنشات الأساسية العائدة له ، بحيث يسلم الشخص العام المرفق إلى صاحب التفويض (المستأجر) جاهزا للتشغيل بحيث يتولى تسييره و استغلاله ، و يكون على عاتق المستأجر مهمة إجراء عملية الصيانة الضرورية للمنشات لحساب المؤجر مانح التفويض، أما نفقات توسيع المنشات الأساسية للمرفق العام و تطويره تعود إلى شخص العام، إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك وان توزع هذه النفقات بين طرفي العقد وفق آليات يحددها دفتر شروط العقد.[1]

ثانيا: مدة العقد في إجارة المرفق العام

تتمثل الاستثمارات التي يباشرها المستأجر العامل الأساسي في تحديد مدة العقد فهو يحتاج إلى مدة كافية لتغطية أعباء الاستثمارات و تحقيق الأرباح ، فتمتد و تتقلص مدة العقد حسب نوع الاستثمار فكلما كبرت هذه الاستثمارات كلما كانت مدة العقد أطول و كلما تواضعت تكون مدة العقد اقصر، و على العموم فان الاستمارات في عقد إجارة المرفق العام غالبا ما تكون متواضعة و مقتصرة على نفقات التشغيل و صيانة المنشات العامة و تجديدها ، دون أن يتحمل المستأجر نفقات إقامة المرفق و من تم فان مدة عقد إجارة المرفق العام غالبا ما تكون قصيرة المدى مقارنة بعقد الامتياز الذي يتحمل فيه الملتزم أعباء اكبر، و كما اشرنا سابقا فان مدة عقد الإيجار لا تتجاوز الإثني عشر عاما و بعض الحالات تكون اقل و ذلك حسب ما جاء في التعليمة الوزارية رقم 94 -03- 842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية و تأجيرها.[2]

ثالثا : تأدية جزء من المقابل المالي إلى الشخص العام إن المستأجر ملزم بتأدية مبلغ معين إلى الشخص العام مانح الامتياز (المؤجر) و ذلك مقابل استغلاله للمنشات المتعلقة بالمرفق العام و التي كبدت الشخص العام أموالا لانجازها و منه فان المبالغ المؤداة إلى الشخص العام الامتياز تساعد على تغطية نفقات إقامة المنشات الأساسية ، كما يمكن أن تخصص هذه المبالغ لقيام الشخص العام بتوسيع المرفق العام و تطوير بنيته التحتية، و تتميز عقود إجارة المرفق العام عن غيرها من العقود بخاصية تأدية المستأجر لمبلغ مقطوع

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 455

[2] التعليمة الوزارية رقم 94 .03 -842، المرجع السابق، ص10

إلى السلطة المانحة، إلا أن ذلك لا يشكل معيارا لتصنيف العقد على انه إجارة مرفق عام، فلا يوجد ما يمنع من إدراجه في العقود الأخرى كعقد امتياز المرفق العام مقابل استفادة صاحب الامتياز من بعض المنشات أو الآلات التي يوفرها مانح الامتياز لتشغيل المرفق العام .

كما يمكن أن يتضمن عقد إيجار المرفق العام بندا يقضي بتأدية المستأجر مبلغا محددا إلى السلطة المانحة مقابل استعمال الملك العام أو أجزاء منه و التي تخصص للمرفق العام موضوع التشغيل، أما بالنسبة للمنازعات الناشئة عن دفع مستحق الإيجار فهي من اختصاص القضاء الإداري.[1]

المبحث الثاني : التسيير بواسطة الاستغلال المختلط و عقود البوت (B.O.T)

إن إنشاء و تسيير المرافق العامة أصبح يشكل عبئا ثقيلا على عاتق الدولة و من البديهي أن هذه المرافق ترتبط بعجلة التنمية و منه كان لزاما على الدولة اللجوء إلى طرق جديدة تتمحور حول تحقيق الكفاءة الفعالية من اجل الوصول إلى الهدف المنشود و هو تنفيذ المصلحة العامة ، إلا أن هذا التنفيذ أصبح يواجه تحديات داخلية و خارجية في ظل تطور القطاع الخاص المبني على المنافسة و حرية المبادرة و الاستثمارات العابرة للحدود في إطار مفهوم العولمة ، و قد فرضت هذه العوامل على الدول التأقلم مع تلك التغيرات. و
قد بدى واضحا تراجع التدخل المباشر للدولة في المجال الاقتصادي لمصلحة مقاربة تشاركية قائمة على تطور مفهوم عقود الامتياز و تجريب صيغ جديدة للعقود الإدارية قائمة على تفويض المرافق العامة في شكل مشاطرة الاستغلال من جهة و عقود البوت من جهة أخرى ، و لم تكن الجزائر شأنها في ذلك شأن الكثير من الدول ،في معزل عن هذه التحولات الدولية ، حيث باشرت عملية تحرير اقتصادها و اعتمادها لأساليب حديثة لتسيير مرافقها العامة ،[2] و في هذا المبحث سنحاول التطرق لمعالجة مطلبين مهمين:

المطلب الأول : التسيير بواسطة الاستغلال المختلط

المطلب الثاني : التسيير بواسطة عقود البناء و التشغيل و التحويل (B.O.T)

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص،ص 456،457

[2] صهيب صبوع ، النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجيستر في القانون العام قسنطينة2013 ص231

المطلب الأول : التسيير بواسطة الاستغلال المختلط

تختلف طرق تسيير المرافق العامة حسب تنوعها من مرافق عامة إدارية و أخرى استثمارية و اجتماعية، و تتمتع السلطة العامة بسلطة استثنائية في اختيار الطريقة التي تراها ملائمة لتحقيق المرفق العام ، و تشكل طريقة الاستغلال المختلط أحد أساليب التي تعتمدها الدولة في تسيير مرافقها و تتمثل هذه الطريقة في المشاركة بين رأس المال العام و الخاص ،فقد نشأت العديد من الشركات التي يساهم فيها الأفراد العاديون و الأشخاص المعنوية العامة معا و في آن واحد ، و يمتلك الأفراد في هذه الشركات جزءا من اسمها و تمتلك الأشخاص المعنوية العامة الجزء الباقي، و بذلك تتحقق فكرة المشاركة بين رأس المال العام و الخاص و يتعاونان معا لتحقيق الغايات المرجوة [1].

و تعتمد كثيرا من الدول النامية هذا الأسلوب بسبب بعض العيوب التي ظهرت نتيجة استعمال أسلوب الاستغلال المباشر المتمثلة أساسا في بطء و تعقيد إجراءاته و عدم ملائمته لأحكام المنافسة ، كما أن أسلوب الامتياز لم يخلو هو الآخر من بعض العيوب التي تمثلت أساسا في اهتمام الملتزم فقط بالربح دون التقييد بجميع الشروط التي تحددها الإدارة ، لذلك فقد أصبح من الواجب أن لا تتخلى الدولة عن إدارة المرفق العام بصفة نهائية و تعهد بها إلى أشخاص القانون الخاص ، و أن تنفرد بإدارتها من جهة أخرى بل لا بد من حل وسط يتمثل في أسلوب الشركات المختلطة.

و سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى فرعين نحدد في الفرع الأول مفهوم الاستغلال المختلط ، و في الفرع الثاني كيفية تسيير الشركات المختلطة و عملية الرقابة عليها .[2]

الفرع الأول : مفهوم الاستغلال المختلط

الاستغلال المختلط في إدارة المرافق العامة هو اشتراك الدولة أو الأشخاص العامة مع الأفراد أو الأشخاص الخاصة في تكوين شركة مساهمة لإدارة احد المرافق العامة، و يتم ذلك عن طريق الاكتتاب من جانب الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى التي يكون لها جزء من أسهم أو سندات هذه الشركات، و يقوم الأفراد أو الأشخاص الخاصة بالاكتتاب في بقية هذه الأسهم و السندات ، و تخضع هذه الشركة المساهمة في تكوينها و إدارتها لأحكام الشركات

[1] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 314

[2] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص33

المساهمة التي ينظمها القانون التجاري كقاعدة عامة باستثناء القواعد المتعلقة بتحقيق المصلحة العامة ،حيث تحتفظ السلطة العامة بالحق في تعيين بعض أعضاء مجلس الإدارة ، و أن يكون لها الرأي النهائي في مجلس الإدارة ، و لا يكون ذلك إلا عن طريق الرقابة الفعالة التي تمارسها الدولة أو الشخص العام المشارك في هذه الشركة على أعمالها و حساباتها،[1] و تتم إدارة المرفق إدارة مختلطة من ممثلي الإدارة بحيث توفر هذه الطريقة نوع من التعاون بين الأفراد و السلطة العامة في سبيل الوصول إلى إدارة ناضجة و ربح معقول، و تقوم هذه الطريقة في تسيير المرافق العامة الصناعية و التجارية على تضافر و تكاثف الرأس مال العام و الرأس المال الخاص في إدارة المرفق من خلال إحداث جهاز مختلط مثل شركة اقتصاد مختلط حيث تستحوذ الإدارة العامة أغلبية رأس المال (أكثر من 50 بالمائة) لتمكن من مراقبة و الإشراف عليها ، و تلجا الإدارة العامة إلى إتباع هذه الطريقة في عدة حالات منها :

ا–عند إتباع سياسة اقتصادية و اجتماعية معينة تستلزم توجيه نشاط اقتصادي معين يتولاه القطاع الخاص – عندما لا ترى جدوى لتأميمه – و ذلك من خلال تدخلها بموجب حصولها و امتلاكها لجزء من رأس مال الشركات الخاصة بموجب شرائها لأسهم فيها أو بقرار إداري يبني على امتيازات السلطة العامة التي تميلها مقتضيات المصلحة العامة يمكنها من مراقبة النشاط من الداخل أو توجيه عندما تكون مالكة لأغلبية الأسهم.

ب–إنشاء الإدارة العامة لهذا النوع من الشركات المختلفة منذ البداية وبواسطة هذا الأسلوب تمكن القطاع الخاص سواء كان وطنيا أو أجنبيا بالمساهمة في رأسمالها، اعتقادا منها أن القطاع الاقتصادي الخاص (الصناعي أو التجاري) يتطلب إعمال آليات القانون الخاص (القانون التجاري و الشركات التجارية) .

ج–في حالة عجز الملتزم (صاحب الامتياز) و عدم قدرته على تسيير المرفق العام لوحده فتتدخل الإدارة مانحة الامتياز و تتفق معه على التحول من طريقة لامتياز إلى طريقة الاستغلال المختلط لتتمكن من دعمه من الناحية المالية من جهة و قيامها بعملية الإشراف و التوجيه من جهة أخرى.[2]

و يصعب إعطاء تعريف جامع و مانع للشركات المختلطة نظرا لتنوع هذه الشركات و تعدد حجم مشاركة أشخاص القانون العام فيها، فيمكن تعريف الشركات المختلطة أنها أشخاص معنوية وهي من أشخاص القانون الخاص بحيث يشترك أفراد القانون العام مع أفراد القانون الخاص في رأسمالها، بهدف إدارة نشاط له علاقة بالمصلحة العامة . كما يجمع تعريف الشركات المختلطة على انه "شخص معنوي متميز من أشخاص القانون الخاص ذات تطبيقات خاصة ، يشترك في تكوين رأسماله و إدارته أحد أشخاص القانون العام مع أحد الأفراد و الشركات الخاصة بغية تحقيق مهمة

[1] علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 33

[2] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق،ص، ص 257 ،258

ذات نفع عام أو إدارة مرفق عام."[1] و يعرفه الدكتور "حمدي قبيلات" على أنها الطريقة التي يدار وقعها المرفق العام و ذلك بواسطة شركة تجارية يساهم فيها كل من السلطة العامة و الأفراد ، و تتخذ هذه الشركة صورة شركة مساهمة تخضع لأحكام القانون التجاري ، و يتم إنشاؤها بقانون أو بناء على قانون ، و تخضع لجميع المبادئ التي تحكم المرافق العامة.[2] إن الشركة المختلطة من أشخاص القانون الخاص، إلا أنها تظل متميزة عن الشركات التجارية نظرا للموضوع و الدور الذي تضطلع به، و عليه فهي تتميز بما يلي :

أولا: هيمنة الشخص المعنوي العام تخفي الشركة المختلطة في الواقع السيطرة و تفوق الشخص المعنوي العام في داخلها و هذا ما يبرر استحواذها على غالبية الأسهم ، و حتى في حال كانت مساهمتها بسيطة فهي بفضل امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها ، تبقى لها السيطرة سواء في الوقاية أو في التوجيه.[3]

ثانيا : مخالفة القواعد العامة هذه الميزة هي الدليل على وجود استغلال مختلط ، فعمل وظيفة هذه الأخيرة تتجاوز ما هو متبع لدى الشركات التجارية ، فالسلطة العامة لا ينبغي أن تكون في وضعية مساوية لباقي المساهمين.[4]

ثالثا : صفة التاجر

إن شركات الاقتصاد المختلط هي من أشخاص القانون الخاص و إن اشتراك الدولة في رأسمالها و إدارتها لا يغير من طبيعتها ، و لا يمنع خضوعا لأحكام قانون التجارة من كان موضوعها القيام بنشاط تجاري أو الصناعي، فدور شركة الاقتصاد المختلط مكلف بإدارة و استغلال مرفق عام ومن تم خضوعها للمبادئ التي ترعى هذه المرافق و منها استمرارية المرفق العام ، و وضعية شركة الاقتصاد المختلط يمكن أن تكون مماثلة لحالة الشخص الخاص الذي يدير

[1] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 04
[2] حمدي قبيلات، المرجع السابق، ص 330
[3] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 109
[4] مليكة لحرش، المرجع السابق، ص 109

و يستثمر مرفقا عاما عن طريق الامتياز، فصاحب الامتياز لا يمكن شهر إفلاسه محافظة على استمرارية المرفق العام، و في حالة اعتبار صاحب الامتياز فللمتضرر أن يرجع بصورة استثنائية على السلطة المانحة .[1]

رابعا : الطابع التشريعي

تستند الدولة في إنشائها للشركات الاقتصاد المختلط إلى القانون لأن الأمر يستلزم توفير الإعتمادات اللازمة فتقديم الدولة قدرا من الأموال للمساهمة في رأس مال الشركة هذا الأمر يستدعي تمرير المشروع على البرلمان للموافقة عليه، و من جهة ثانية فان هذه الشركة تدير مرفقا عاما مما يستوجب أن يعطي نظامها للدولة صلاحيات في الإدارة و الرقابة أكثر مما يسمح به القانون التجاري للشركات المساهمة و الذي لا يميز مساهما على آخر و لو كانت الدولة ذاتها و من تم لا بد من قانون لإنشاء شركة الاقتصاد المختلط يضمن للدولة تمتعها بامتيازات استثنائية في ما يسمح به القانون التجاري.[2]

خامسا : المنفعة العامة و التخصص إن

موضوع و هدف نشاط شركات الاقتصاد المختلط يرتبط بصورة مباشرة بالمصلحة العامة و هذا ما يبرر تدخل أشخاص القانون العام ، غير أن تحقيق النفع العام لا يعني عدم إمكانية تحقيق الربح ، فشركة الاقتصاد المختلط ما هي إلا أداة توفيقية بين المصالح الشخصية و المصالح العامة و انتفاء الربح يعني زوال صفة الاقتصاد المختلط. [3]

سادسا : مظاهر الامتيازات

يرتبط نشاط الشركة المختلطة بتحقيق النفع العام بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، و هذا ما يجعلها تتمتع في بعض الأحيان بمظاهر امتيازات السلطة العامة ، أما التمتع بامتيازات السلطة العامة يعني حتما أننا أمام مهمة ذات منفعة عامة ،[4] و لقد نجح أسلوب الشركات المختلطة في النهوض في بعض المشاريع الحيوية .

و أمثلة هذا النوع من الاستغلال كثيرة و متنوعة و لا يمكن التطرق إليها جميعا :

و من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 96 -118 المؤرخ في 06 افريل 1996 المعدل و المتمم للمرسوم 87 -159 و المتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في مجال التنقيب حيث جاء فيها أن شكل

[1] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص.ص 316،319

[2] محمد رفعت عبد الوهاب ،المرجع السابق، ص 348

[3] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 469

[4] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 204

الشراكة بين المؤسسة الوطنية و الشريك أو الشركاء الأجانب يتخذ صورة شركة مساهمة و تخضع للقانون الجزائري.[1]
كما يظهر أسلوب شركة الاقتصاد المختلط حديثا من خلال إنشاء شركة مختلطة أطلق عليها اسم "رونو الجزائر " لتصنيع و إنتاج سيارات نفعية باسم رونو سامبول Symbol بمشاركة كل من الشركة الوطنية للسيارات الصناعية و الصندوق الوطني للاستثمار و الصانع الفرنسي رونو Renault ، و خلال جمعية تأسيسية لهذه الشركة المختلطة قام الشركاء الثلاثة بتنصيب هيئات الإدارة و المصادقة على خارطة الطريق الواجب إتباعها لتحقيق هذا المشروع، على أن تتوزع حصص هذه الشراكة بين الشركة الوطنية للسيارات الصناعية بنسبة 34 بالمائة، و الصندوق الوطني للاستثمار ب 17 بالمائة ، بينما تبلغ حصة الصانع الفرنسي فيها 49 بالمائة .[2]
و كذلك من أمثلة هذا النوع من الشراكة المختلطة الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و بلجيكا لإنشاء شركة مختلطة تختص في مجال تطهير الموانئ من الرمال و المواد الملوثة و تملك المؤسسة الجزائرية الممثلة في هذا العقد من قبل شركة تسيير مساهمات الدولة للأشغال العمومية " سنترا" نسبة 51 بالمائة من رأسمال هذه الشركة المختلطة ، بينما تملك الشركة البلجيكية "ديمي"نسبة 49 بالمائة من رأسمال هذه الشركة المختلطة وفقا لإجراءات القانون حول الاستثمار الأجنبي.[3]

الفرع الثاني : إدارة الشركات المختلطة و الرقابة عليها

يقوم بإدارة الشركات المختلطة أجهزة متعددة أهمها الجمعية العمومية التي تضم جميع المساهمين، و تتمثل مهمتها في اتخاذ القرارات الجوهرية المتعلقة بالشركة المختلطة .

أولا : الجمعية العامة هي

هيئة تمثل فيها جميع المساهمين و يكون للدولة التمثيل الذي يتناسب مع حجم مساهمته في رأس المال و تتمثل الدولة بواسطة ممثل أو أكثر و لكل مساهم مهما كان عدد الأسهم التي يملكها الحق في الاشتراك في الجمعية العمومية و يكون له الحق التصويت بحيث يكون لكل مساهم عدد من الأصوات يساوي عدد الأسهم التي يملكها ، و قد يعطي القانون المنظم لشركات الاقتصاد المختلط للدولة عدد من الأصوات في الجمعية العمومية للشركة اكبر مما تسمح به قيمة الأسهم التي تملكها .[4]

[1] عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 246
[2] موقع جريدة البلاد الالكترونية ....تاريخ تصفح الموقع 20 مارس 2015 على الساعة 00 : 21
[3] موقع جريدة البلاد الالكترونية، تاريخ تصفح الموقع يوم 20 مارس 2015 على الساعة 15 : 23
[4] محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق ، ص 348

ثانيا : مجلس الإدارة تعهد

الجمعية العمومية سلطة اتخاذ القرار في شؤون الشركة المختلطة إلى مجلس الإدارة ، و ذلك سبب عدم إمكانيتها متابعة نشاط الشركة اليومي ، و يتكون مجلس الإدارة من عدد محدد من الأشخاص يمارسون الصلاحيات التي يحددها نظام الشركة و تلك التي تفوض إليه .

ثالثا : رئيس مجلس الإدارة

يتم تعيين رئيس مجلس الإدارة (المدير العام) من قبل مجلس الإدارة و يجب أن يكون من ذوي الكفاءات و الخبرة و الاختصاص و يكون تفويضه بالإدارة العامة لها بالتعاون مع المصلحة و للمجلس الحق في عزل المدير و إنهاء خدماته إذا اقتضيت مصلحة الشركة ذلك ، و في حالة ما إذا كان رئيس مجلس الإدارة في وضعية يتعذر معها القيام بوظائفه مؤقتا فيمكن أن ينتدب احد أعضاء مجلس الإدارة ، على أن يكون هذا الانتداب لمدة محددة.[1]

يرأس رئيس مجلس الإدارة اجتماعات مجلس الإدارة ، كما يرأس الجمعيات العمومية للمساهمين و يتولى تمثيل الشركة ، و تسيير الأعمال العادية و تنفيذ قرارات مجلس الإدارة .

و يدخل ضمن الأعمال العادية على سبيل ما يلي :

1-تمثيل الشركة لدى الغير و لدى الجهات القضائية .

2-التوقيع عن الشراكة .

3-دفع المبالغ المستحقة على الشركة ، و قبض المبالغ المستحقة لها .

4-إيداع و سحب و تحويل الأموال .

5-إعداد مشاريع الأنظمة الداخلية و عرضها على مجلس الإدارة لإقرارها .

6-تقديم إلى مجلس الإدارة في نهاية كل شهر ميزان مقارنة بين المصاريف الفعلية و كلك التي لحطت في الميزانية التقديرية .

7-الإشراف على جهاز العاملين بالشركة و توزيع الصلاحيات عليهم في نطاق النظام الذي تقره مجلس الإدارة .

[1] علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص319

8-تعيين المستخدمين و الخبراء و المستشارين أو التعاقد معهم و تحديد رواتبهم و مخصصاتهم و ذلك ضمن حدود الميزانية التقديرية .[1]

أما من حيث الرقابة فتخضع شركات الاقتصاد المختلط لرقابة الدولة على أساس أن أغلبية رأسمال الشركات المختلطة مملوكة من قبلها و بالتالي فإنها تخضع لرقابة ديوان المحاسبة و الوزارات المختصة بواسطة مفوض الحكومة و المراقب المالي .

أولا : رقابة مفوض المراقبة

تقوم الجمعية العمومية بتعيين مفوضا أو عدة مفوضين للمراقبة لمدة سنة قابلة للتجديد مهمة مراقبة لسير أعمال الشركة و يحق لهم الاطلاع على جميع السجلات و البيانات و الصكوك و الوثائق و الأوراق الحسابية ، و على أعضاء مجلس الإدارة أن يقدموا لهم جميع المعلومات المطلوبة و أن يصفوا تحت تصرفهم لائحة الجرد و الميزانية العمومية و حساب الأرباح و الخسائر و يتوجب على مفوضي الرقابة إعلام مجلس إدارة الشركة المختلطة عن المخالفات التي تثبت لهم و يطالبوا بتصحيح الأوضاع .[2]

ثانيا : رقابة مفوض الحكومة

يرتبط المرفق العام الاقتصادي الذي تتولاه الشركة المختلطة بالدولة من خلال إحدى الوزارات التي تمارس الرقابة عليها بواسطة مفوض الحكومة ، و يتعين مفوض الحكومة لدى الشركة المختلطة بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناءا على اقتراح الوزير المختص ،و يحضر مفوض الحكومة اجتماعات مجلس الإدارة و اجتماعات الجمعية العمومية و يشترك في مداولاتها دون أن تكون له الحق التصويت على اعتبار أن للدولة ممثلين في مجلس الإدارة يتناسب عددهم مع مساهمة الدولة في رأس المال ، و لهم حق التصويت ، و حرمان مفوض الحكومة من التصويت يقتضيه دوره الرقابي ، لأنه لا يجوز أن يتولى مهمة رقابية و في الوقت عينه يساهم في صنع القرار ، و يتولى مفوض الحكومة السهر على صيانة مصالح الدولة ، و على سلامة القرارات و التصرفات الصادرة عن أجهزة الشركة.[3]

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص249

[2] زعيم ايمان، الطرق المستحدثة لإدارة و تسيير المرافق العامة –عقد البوت نموذجا – مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2013 2014 ص 46

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 251

ثالثا : رقابة المراقب المالي

تقوم الوزارة المالية عن طريق مراقب مالي بإخضاع شركات الاقتصاد المختلط للرقابة المالية و الاقتصادية و تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : يتعلق بإعطاء المراقب المالي تأشيرة على عدد من المعاملات منها :

ا-الإجراءات العامة المتعلقة بالعاملين .

ب-القرارات الفردية بالتعيين والترقية و الصرف من الخدمة .

ج- قرارات الاقتراض.

د-صفقات اللوازم و الخدمات التي تتجاوز قيمتها حدا معينا .

القسم الثاني : يتعلق بتلقي المراقب المالي معلومات عن الشركة بصورة دورية و من هذه المعلومات

ا-وضعية العاملين و كلفتهم .

ب- وضعية حسابات الشركة و تنفيذ الموازنة .

ج-وضعية الصفقات التي لا تخضع لتأشير المراقب المالي .[1]

المطلب الثاني : التسيير بواسطة عقود البناء و التشغيل و التحويل (B.O.T)

تسعى الدولة لإشباع الحاجات العامة للأفراد من خلال التنمية ، فتقوم بإنشاء مختلف المرافق العامة كالموانئ و المطارات و محطات الكهرباء و محطات تحلية مياه البحر و غيرها ....، و لتحقيق هذا النوع من المرافق يتطلب أموال و استثمارات ضخمة تشكل عبئا ثقيلا على ميزانية الدولة خاصة الدول السائرة في طريق النمو ، التي فرض عليها الانفتاح الاقتصادي و آليات اقتصاد السوق الدخول في عدة صيغ للتعاون مع القطاع الخاص من اجل الاستفادة في المجال التكنولوجي و التمويلي و الاستفادة من الطرق الحديثة في تسيير المرافق العامة و لا يكون ذلك إلا عن طريق التعاون بين القطاع العام و القطاع الخاص بتبادل المصالح و المنافع بينهما ، فمن جهة تسعى الدولة من

[1] مروان محي الدين القطب، نفس المرجع، ص 253

وراء تعاقدها إلى تحقيق المصلحة العامة و إشباع الحاجات الضرورية للأفراد ، و من جهة ثانية يسعى القطاع الخاص من وراء ما يقدمه من استثمار إلى تحقيق الربح .

و تتمثل عقود البوت وسيلة ناجعة و فعالة لتحقيق التوازن بين أهداف و طموحات كل من القطاع العام و القطاع الخاص في إطار التعاون المبني على تبادل المصالح الخاصة ما تعلق منها بمرافق البنية التحتية ، و التي تعتبر الهيكل الأساسي الذي تنبني عليه كل عملية تنموية،[1] و لهذا فقد لجأت الجزائر – شانها في ذلك شان الكثير من الدول – إلى هذا الأسلوب التعاقدي سعيا منها إلى بناء شبكة صلبة لمرافق البنية التحتية .

و تهدف هذه العقود إلى إنشاء المشروعات ذات النفع العام و التي يتعذر على الدولة إقامتها بغير مساعدة القطاع الخاص على أن تنقل له ملكيتها مؤقتا لفترة معينة شرط أن يقوم هذا الأخير بإعادة نقل الملكية مرة أخرى إلى الدولة بانتهاء المدة المحددة في العقد ، و منه سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم عقود البوت و خصائصه في الفرع الأول ، و إلى واقع عقود البوت في الجزائر و نهايتها .

الفرع الأول : مفهوم عقود البوت و خصائصها .

و هي من العقود الحديثة نسبيا في المعاملات الاقتصادية الجديدة ، تعتبر عقود البوت من المفاهيم التي كانت محل اهتمام و اجتهاد الكثير من الفقهاء و رجال القانون و قد قدم الفقهاء العديد من التعريفات لهذه العقود ، و قد امتد الاهتمام لهذه العقود إلى المنظمات الدولية و التي لعبت دورا بارزا في إثراء نظامها القانوني ، و حروف البوت هي عبارة عن اختصار لكلمات انجليزية ثلاث هي : Operate، Build ،و ، Transfer و المترجمة إلى اللغة العربية على النحو التالي : البناء و التشغيل و التحويل (أي نقل الملكية)[2]، فحرف "B" يقصد به (Build) أي بناء و تشييد المشروع و ذلك بغرض إقامته ، أما حرف "O" فهو اختصار لكلمة (Operate) و تعني التشغيل أي تشغيل المشروع و إدارته أما حرف "T" فهو الحرف الأول من كلمة (Transfer) و الذي يقصد به التحويل و الانتقال و الغرض منه نقل ملكية المشروع ممن قام بإنشائه إلى الدولة أو من يمثلها من أشخاص القانون العام كطرف ثاني في العقد،[3] و يقابلها باللغة الفرنسية مصطلح (CET) و هي اختصار لثلاث كلمات فرنسية :

[1] وضاح محمود المحمود ، عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، حقوق الإدارة المتعاقدة و التزاماتها، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010 ، ص 29

[2] مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، مصر ، 2008 ، ص 9

[3] وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 31

Construire, Exploiter, et transférer أي بناء و الاستغلال (الاستثمار) و التحويل (أي تحويل الملكية) و لقد تناول الفقه هذه العقود بالعديد من المحاولات لصياغة تعريف جامع و شامل لها ، و تميزت هذه المحاولات بالتنوع تبعا لوجهة النظر التي ينظر منها كل فريق من الفقهاء إلى هذا النظام التعاقدي و بمكن تلخيص ابرز المحاولات الفقهية لتعريفها فيما يلي :

إن مشروعات البوت هي تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها قائمة ، و يقوم القطاع الخاص بتصميم و بناء و إدارة المشروع خلال فترة محددة ، يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد التزام يخوله الحصول على عائد المشروع طوال فترة الالتزام على أن يقوم برد ذلك المشروع عند انتهاء تلك المدة في حالة جيدة و بدون مقابل [1].

و هنالك تعريف يرى بان مشروعات البناء و التشغيل و نقل الملكية هي تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات ، وطنية كانت أو أجنبية ، و سواء كانت من شركات القطاع العام أو الخاص ، و تسمى شركة المشروع لإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل الملكية إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة .[2]

كما يعرفه الدكتور وائل محمد السيد إسماعيل بأنه "ذلك العقد الذي تبرمه الحكومة أو إحدى الجهات التابعة لها ، و يسمى بالمتعاقد ، مع إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية تسمى شركة المشروع ، لإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها مدة من الزمن على أن يتم نقل ملكية بعد انتهاء مدة لامتياز إلى الدولة[3] .

و من ابرز تعاريف عقد البوت التي صدرت عن المنظمات الدولية ، التعريف الذي صدر عن لجنة الأمم المتحدثة للقانون التجاري سنة 1996 حيث عرفت هذا الأسلوب على انه "شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بمقتضاه حكومة ما ، مجموعة من المستثمرين امتياز لصياغة مشروع بعينه و تشغيله و إدارته و استغلاله تجاريا لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل و استغلاله تجاريا ، أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن العقد ، و في نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أية تكلفة،

[1] عبد الفتاح بيومي الحجازي ، عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، مصر، المحلة الكبرى، 2008، ص 44

[2] جابر جاد نصار، عقود البوت و التطوير الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ،ص38

[3] وائل محمد السيد إسماعيل، عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، المشكلات القانونية التي تسييرها عقود البوت و يماثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 21

أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع ".[1]

و يتميز عقد البناء و التشغيل و التحويل بمجموعة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي :

أولا: تبرم هذه العقود بين طرفين أولهما الدولة أو احد الأشخاص الإدارية و ثانيهما قد يكون شخصا طبيعيا أوشركة أو مجموعة شركات وطنية أو أجنبية ، و قد ظهرت هذه العقود في الأساس كوسيلة لتمويل المشروعات العامة ،و هي بذلك تعد وسيلة عامة تساعد في انتعاش الاقتصاد و تعزيز التنمية متى انطوت على الشروط و الضمانات التي تحافظ على المصلحة العامة للدولة المضيفة، و لقد عرف القطاع الخاص كذلك التعاقد وفق هذا الأسلوب ، إلا أن هذا لن ينال من المستقر عليه في العمل الدولي لهذه العقود باعتبار وجود السلطة العامة كطرف رئيسي في العقد.

ثانيا : إن الهدف من إقدام الدولة أو احد الأشخاص الإدارية على التعاقد وفق أسلوب البوت هو إنشاء مرافق عامة اقتصادية ، و ذلك لتقديم خدمات ذات نفع عام لجمهور المنتفعين كمرافق الطرق و تحلية مياه البحر و الكهرباء و المطارات و الموانئ و غيرها [2].....

و قد أصبحت الكثير من الدول تلجا إلى هذا التنوع من التعاقد كصورة من صور مشاركة القطاع الخاص في تشييد و استغلال المرافق العامة ، و ذلك نظرا للعبئ الذي يشكله إنشاء هذه المرافق خاصة ما تعلق منها بمرافق البنية التحتية كالمطارات و الجسور و الموانئ ، وما يترتب من ضغوطات مالية على الميزانية العامة ، مع إحاطة هذه المشاركة بمجموعة من الشروط والضمانات القانونية التي تضمن للدولة مراقبة تنفيذ المشروعات ، في جميع مراجعها. [3]

ثالثا : إشراف الدولة على المرفق طوال مرحلتي التشييد و الاستغلال حيث تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بمهمة الإشراف و الرقابة على شركة المشروع أثناء قيامها بمهمة بناء و تشييد المرفق محل العقد ، و ذلك للتأكد من التزامها بالمواصفات الفنية و الهندسية المتفق عليها في العقد ، كما ينشا الحق للجهة الإدارية المتعاقدة في الإشراف و الرقابة على شركة المشروع طوال مرحلة تشغيل المرفق و ذلك للتأكد من قيام شركة المشروع ببيع خدمات المرفق للجمهور بالأسعار و الجودة المتفق عليها و ذلك في الحالة التي تتولى خلالها شركة المشروع تقديم الخدمة مباشرة لجمهور المنتفعين ، ذلك أن الشركة المنفذة للمشروع في هذه الحالة تنوب عن الجهة الإدارية في تقديم خدمة المرفق العام

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 12

[2] بعرب محمد الشرع ، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية – دراسة مقارنة دار الفكر ، دمشق ، 2010 ، ص 208

[3] عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 30

للجمهور ، و بالتالي فان هذا الحق ينشا للجهة الإدارية المتعاقدة من اجل حماية مصالح المواطنين من جهة، والحفاظ على مصلحة الدولة من جهة أخرى.[1]

رابعا : تتخلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في هذا النوع من العقود ، عن إدارة و استثمار المشروع فقط ، على اعتبار أن ذلك يعد من صلاحيات و حقوق شركة المشروع ، غير أن ذلك لا يمنع من كون المرفق العام المنجز وفق هذه العقود يتصف بالعمومية ، و هو ما يخول للإدارة طيلة مدة الامتياز الاحتفاظ بحقي الملكية و التنظيم فضلا عن حق الرقابة على التنفيذ والاستغلال تطبيقا لمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام و اطراد ومساواة المنتفعين من خدماته.[2]

خامسا : يعتبر عقد البوت آلية لتمويل إنشاء المرافق العامة ، حيث يتولى المستثمر ممثلا في الشركة المشروع ،بموجب الاتفاق المبرم وفقا لهذه العقود تمويل و إنشاء و تشغيل المشروع محل العقد سواء كان هذا المشروع من المشاريع البنية التحتية أو المرافق العامة ، و يمثل تمويل المشروع حجر الأساس الذي يقوم عليه هذا النظام التعاقدي ، و يستند هذا النوع من التمويل على ثبوت الجدارة الائتمانية لشركة المشروع ، أي قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية اتجاه المقرضين و كذلك قدرتها على استقطاب التمويل حتى قبل بدء البناء أو جني أي إيرادات ، و يكون الاقتراض على أساس ذلك الائتمان .[3]

سادسا : يتم تنفيذ عقد البوت في شكل امتياز يمنح لمدة محددة تسمى مدة الامتياز ، و عادة ما تكون هذه المدة طويلة نسبيا ، و ذلك تمكينا لشركة المشروع من تغطية نفقات إنشاء المشروع أو المرفق ، أو الصيانة ، أو تجديده ، إضافة إلى الحصول على إيرادات مالية و أرباح كنتيجة لاستغلال المرفق ، و يتم ذلك في شكل رسوم تتقاضاه شركة المشروع من المنتفعين من المرفق بدل الخدمات المؤداة لهم ، بما يتيح لها تحقيق هامش معقول من الربح .[4]

سابعا : يلتزم المستثمر في نهاية مدة الالتزام بإعادة المشروع إلى الجهة الإدارية قبل نهاية مدة الالتزام شرط قيام هذه الأخيرة بدفع تعويضات عادته لشركة المشروع ، كما يمكن أن تجدد الجهة الإدارية الامتياز لمدة جديدة سواء لمصلحة الشركة المنفذة أو لطرف آخر أو بيع المشروع في إطار عملية الخوصصة .[5]

---

[1] مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص،ص 22،23

[2] يعرب محمد الشرع، المرجع السابق، ص 219

[3] مي محمد غزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام البوت، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2010 ، ص 23

[4] يعرب محمد الشرع، المرجع السابق، ص 218

[5] محمد احمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 51

الفرع الثاني : التمييز بين عقد البوت و العقود الشبيهة

نظرا لتداخل الحاصل بين عقود البوت و بعض أنواع العقود التي تعكس مشاركة القطاع الخاص فقد تظهر بعض الصعوبات في إجراء التفرقة بينها ، فكان من الضروري تبيان أهم نقاط التشابه و الاختلاف بينهما .

أولا : التمييز بين عقود البوت و عقود امتياز المرافق العامة

يعرف عقد الامتياز انه " الطريقة التي تعهد من خلاله الإدارة إلى احد أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام على حسابه و مسؤولية وذلك لمدة محددة ، و يتقاضى لقاء قيامه بهذه المهمة رسوما معينة من المنتفعين ."[1]

تتشابه عقود البوت مع عقود الامتياز في إسناد مسالة إدارة المرفق و تشغيله إلى القطاع الخاص و يتحملان بذلك عبئ و مخاطر التشغيل طول مدة العقد المحددة، و تقوم الإدارة في عقود البوت بمنح الملتزم بعض حقوق و امتيازات السلطة العامة فيما يقتضيه قيام المرفق العام و استغلاله، و هو ما يتفق تماما مع عقد الامتياز ، فلصاحب الامتياز الحق في الحصول على مقابل نقدي من الأفراد على شكل رسوم رغم أن المقابل النقدي الذي تتحصل عليه شركة المشروع تكون اكبر بسبب ضخامة تكلفة المشروع[2]، و رغم هذا التشابه إلا أن هناك اختلاف و تمايز يمكن حصره فيما يلي :

1 – إن العناصر الثلاث المكونة لنظام البوت (بناء ، تشغيل ، تحويل) قد لا تتوفر بالضرورة في امتياز المرفق العام ، فتقوم الجبهة صاحبة المشروع بوضع التصميمات اللازمة ثم تباشر عملية التشييد و البناء ، ثم تقوم بعد ذلك بإدارة المشروع و استغلاله لفترة زمنية محددة في العقد من اجل تعويض ما تكبده من النفقات و تحقيق قبل أن تعيده بكامل معداته إلى الإدارة ، أما في عقد الامتياز فهناك شرطا يقضي بالتزام صاحب الامتياز بالقيام بإنشاءات مهمة و هو ما يقربه من عقود البوت. [3]

2 – كما أن نظام البوت و خلافا لامتياز المرفق العام ، يجعل من المستثمر دون سواه المسئول عن أعباء و مخاطر المشروع ، فهذا النظام لا يؤمن للمستثمر أي دعم أو ضمان مالي .[4]

---

[1] البرت سرحان و آخرين، المرجع السابق، ص 98

[2] سميرة حصايم ، المرجع السابق، ص 44

[3] مليكة لحرش، المرجع السابق، ص 52

[4] وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، المرجع السابق ، ص 197

3- تكون النفقات التي يتقاضاها الملتزم من الجمهور المنتفعين رمزية مقارنة بتلك التي تتقاضاها شركة المشروع في عقود البوت بحيث تسمح لها بتغطية نفقات البناء و التشييد و أعباء التشغيل بالإضافة إلى الأرباح المعتبرة التي تتحصل عليها .[1]

4 كما أن أهم ما يميز عقود البوت عن عقود امتياز المرافق العامة هو حق صاحب الامتياز في تملك كافة أصول المشروع طوال فترة العقد.[2]

ثانيا : التمييز بين عقود البوت و عقود الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة هو عبارة عن اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد أو الشركات قصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام قصد تحقيق مصلحة عامة ، نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد .[3]

و تتفق عقود البوت مع عقود الأشغال العامة أن موضوع كلا العقدين يتمثل في تحقيق أعمال إنشائية فيهدفان إلى تنفيذ أعمال تنصب على عقارات في سبيل تحقيق المنفعة العامة ، و يمكن إجمال أهم نقاط الاختلاف بين العقدين فيما يلي :

-يتم تمويل تنفيذ الإنشاءات و الانجازات في عقود البوت من قبل المتعاقد نفسه وفقا لآليات التمويل الذاتي في حين أن تمويل عقد الأشغال يتم من الموازنة العامة مباشرة فيتقاضى المتعاقد من قيامه بالإنشاءات مباشرة من موازنة الإدارة المتعاقدة .

-إن تسيير و تشغيل المنشات في عقد الأشغال العامة لا يتم من قبل المتعاقد ذاته و إنما من الجانب الاداري و ذلك بعد الانتهاء من التنفيذ و تسليم المشروع وفقا للأصول المتبعة لذلك .[4]

[1] سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 46

[2] وضاح محمود الحمود ، المرجع السابق ، ص 58

[3] احمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 58

[4] مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 37

ثالثا : التمييز بين العقود البوت و خصخصة

يتم إبرام عقد الخصخصة بين الدولة و القطاع الخاص و يتمثل موضوعه في بيع مشروع تملكه الدولة فتنقل ملكيته كليا أو جزئيا إلى حد أشخاص القطاع الخاص ، فتنقطع علاقة الدولة كليا بالمشروع ، و يتفق عقد الخصخصة مع عقد البوت من حيث الموضوع فهما يتناولان أموال عامة تملكها و نقل ملكيتها إلى القطاع الخاص ، إلا أنهما يختلفان في بعض النقاط :

ففي عقود البوت تحتفظ الدولة بحق السيطرة من خلال وضع شروط و قواعد تتعلق بإنشائه و تشغيله فضلا عن حق الإشراف و الرقابة على المشروع حتى إعادة ملكيته إلى الدولة عند نهاية المدة المتفق عليها ، أما في عقد الخصخصة فتتم عملية نقل الملكية بشكل نهائي إلى القطاع الخاص ، فتمتنع الدولة عن التدخل في إدارته أو رقابته أو الإشراف عليه و منه تنقطع علاقة الدولة به نهائيا .[1]

إن الوقائع القانونية تشير أن المشرع الجزائري لم يسن قوانين و تشريعات خاصة لتنظيم التعاقد و حتى عقود البوت ، غير أن ذلك لا يعني انه اغفل هذه العقود بشكل مطلق حيث تمت الإشارة إلى عقود البوت في بعض المجالات و الموضوعات فلم يكن النص صريحا بل جاء ضمنيا من خلال الإشارة إلى مختلف المراحل التي ينطوي عليها هذا النوع من العقود ، فظفر مفهوم عقد البوت متداخل و متشابك مع مفهوم عقد الامتياز، و يظهر هذا الأسلوب بشكل واضح في مشاريع تحلية مياه البحر ، و التي يبلغ مجموع المشاريع المتعلقة بها 12 مشروعا على امتداد الساحل الجزائري ، و قد جاء في المادة 17 من القانون المياه ما يلي " تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشات و الهياكل التي تعتبر ملكا يرجع إلى الدولة بدون مقابل بعد نفاذ الامتياز أو تفويض للانجاز و الاستغلال ، المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص ."[2]

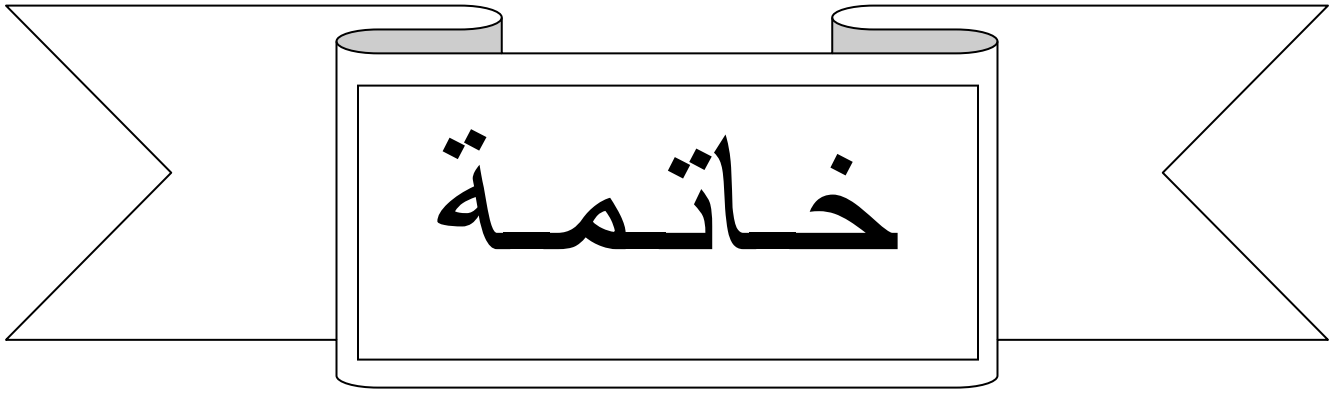
و من خلال استقراء المادة السالفة الذكر يبدو لنا جليا احتوائها كافة مراحل عقد البوت من بناء التي تميز عنها المشرع بالانجاز ، ثم الاستغلال الذي يقابله مصطلح التشغيل في عقود البوت ، و أخيرا نقل الملكية و التي عبر عنها المشرع ب "...يرجع إلى الدولة بدون مقابل ...." كما أوضح المشرع أن ملكية المشروع تدخل ضمن الأملاك العمومية للدولة ، و لم تقتصر النصوص القانونية الإشارة إلى هذه العقود في قانون المياه فحسب بل تعداه إلى مجالات أخرى

[1] وضاح محمود الحمود، المرجع السابق ،ص 59

[2] القانون رقم 05- 12 المؤرخ في 04 اوت 2005 المتعلق بالمياه، ج ر، العدد 60 لسنة 2006 ، ص 3

مثل القانون المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات و غيرها ....فقد أشار إليها المشرع الجزائر كصيغة من صيغ عقود البوت و لو بصفة ضمنية و ذلك تحت مسمى الامتياز .[1]

[1] حصايم سميرة ، المرجع السابق ، ص 12


خـاتـمـة

خاتمة

يحتاج القطاع العام إلى أساليب جديدة و مرنة و قادرة على المنافسة ، و لا تتوفر هذه المعطيات إلا في القطاع الخاص، و قد أدى ظهور المرافق العامة الصناعية و التجارية إلى تنوع طرق تسيير هذه المرافق و تعددها ، لان الطبيعة الاقتصادية للمرافق العامة لا تتلاءم مع طبيعة العمل في الإدارة العامة ، فموضوع نشاط هذه المرافق يحتاج إلى إدارة مرنة و متحررة من القيود ، هذا ما جعل العديد من الدول تتبنى تقنية تفويض المرفق العام ،كأسلوب حديث لتسيير المرافق العامة ، و يبدو واضحا أن هذه التقنية تعد وسيلة هامة و فعالة في رفع العبئ الاقتصادي عن الدول فهي وسيلة تعفي الشخص العام من أعباء تشغيل هذه المرافق و مخاطرها المالية ، و يمكن إن تشكل الإطار القانوني للعقود التي تتولى إدارة و استثمار المرافق العامة الاقتصادية خاصة من قبل أشخاص القانون الخاص ، و هو ما ينعكس إيجابا على قيام المرفق العام بالوظيفة المنوط به على أكمل وجه ، و إشباع الحاجات العامة للمواطنين و تحقيق المصلحة العامة كمظهر من مظاهر التنمية.

و قد حلت عبارة التفويض في تسيير المرافق العامة الاقتصادية تدريجيا في قاموس القانون الإداري مكان عبارة إدارة المرافق العامة بصورة غير مباشرة ، و ذلك كتعبير يجمع بين عدة وسائل الإدارة و استثمار المرافق العامة .

و لا يشتمل القانون الجزائري على تشريع خاص لتنظيم التعاقد وفق هذا الأسلوب كما هو الشأن في فرنسا مثلا ، فتجد إن القواعد المنظمة لهذه العقود مبعثرة و غير موحدة و ذلك في مجالات مختلفة تتعلق أساسا بنوع التفويض و صورته ، مما أنعكس سلبا على تقديم تعريف جامع و مانع لتقنية تفويض المرفق العام ، و هو ما يحيلنا إلى النظر في التجربة الفرنسية من خلال المادة 38 من قانون سابان حيث عرفه بأنه " العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام ، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطا بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق ،كما يمكن إن يعهد غالى صاحب التفويض إقامة منشآت و اكتساب أموال ضرورية للمرفق. "

و رغم عدم وجود تنظيم واضح ياطر هذه التقنية في الجزائر إلا أن هناك العديد من التطبيقات تتمثل في مختلف صور تفويض المرفق العام من أسلوب الامتياز بصيغته الحديثة ، و عقد إجارة المرفق العام ، و أسلوب الشراكة ، و عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية .

ويظهر جليا موقع القطاع العام الجزائري إزاء تقنية تفويض المرافق العامة الاقتصادية في تحليل مختلف العقود المبرمة في هذا الإطار، حيث اعتمدت الدولة الجزائرية في كثير من الأحيان على القواعد المستمدة من قوانين الاستثمار والتقليص من امتيازات السلطة العامة، بهدف تشجيع تدفق رؤوس الأموال الأجنبية و استثمارها في مختلف

القطاعات، فضلا عن الاستفادة من خبرات و تكنولوجيا الشركات الأجنبية في اختصاصات متعددة ،خاصة في مجال الإدارة و التسيير .

لكن إذا قبلنا الوضع التشريعي في الجزائر بما هو عليه الحال في فرنسا ، نرى إن نظامنا القانوني في حقل إدارة و استثمار المرافق العامة يفتقر إلى القواعد التي ترسم و تحدد الإطار العام لتقنية التفويض ، فرغم اعتماد هذه التقنية في سياسة الحكومة إلا انه لم يتم حتى الآن التوصل إلى اعتماد سياسة شاملة و منظمة لهذه التقنية في إطار تشريعي و تنظيمي متكامل ، باستثناء ما تم الإشارة إليه في المادة 156 من قانون البلدية سنة 2011 ، حيث أجاز للبلدية تفويض تسيير المصالح العمومية التي نصت عليها المادة 149 من نفس القانون بواسطة عقد برنامج أو صفقة طلبيه طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

فقد خصص المشرع الجزائري لكل مرفق عام إطار تشريعي خاص به ، فهو ينظم عملية إدارة و استمرار المرافق العامة الاقتصادية بصورة منفصلة و متجزئة.

و من خلال ما سبق ارتأينا تقديم بعض الاقتراحات التي تساعد على تطوير و تحديث المرافق العامة فيما يلي :

-يجب الاستفادة من التجربة الفرنسية يوضع نظام قانوني واضح و شامل ينظم تقنية تفويض المرافق العامة.

– يجب إخضاع المرافق العامة خاصة اقتصادية منها لرقابة فعالة و شاملة سواء كانت هذه الرقابة سابقة أو متزامنة أو لاحقة ، تتناول كل الجوانب سواء كانت مالية أو إدارية أو تقنية ، فقد أدى غياب تسليط الرقابة على بعض عقود تفويض المرفق العام في الجزائر إلى كوارث حقيقية أدت إلى استنزاف أموال خزينة الدولة ، و لعل مشروع طريق السيار شرق غرب و ما تم الإنفاق فيه من أموال ضخمة من العملة الصعبة لخير مثال على ذلك ، فبعد أن رصد لهذا المشروع لانجازه 06 مليارات دولار سرعان ما ارتفعت تكلفة انجازه إلى أكثر من 11 مليار دولار و هذا علاوة على سوء انجاز المشروع الذي اظهر سلسلة من التصدعات المتباينة على طول المسافة المراد انجازها.

– يتعين وضع قانون عام يحكم تفويض المرافق العامة و ذلك عن طريق تحديد مفهومها بشكل واضح و دقيق وإجراءات منحه بشكل يضمن الشفافية و المنافسة النزيهة من اجل الحصول على أحسن الخدمات بأفضل الوسائل لحماية المال العام.

– تنظيم هذه العقود وتشجيع المستثمر الأجنبي في دخول السوق الجزائرية من خلال استقرار القوانين و تامين عملية الاستثمارات الأجنبية مما يشجع على تدفق رؤوس الأموال.

–سد الثغرات التي جاءت في مجال تفويض المرفق العام و باقي المبادئ التي تحكم هذه المرافق و ذلك من اجل وضع ضمانات لحماية حقوق الافراد وعدم تعسف الادارة.

– إ جراء دراسة معمقة حول اختيار الصور المناسبة لتفويض المرفق و موضوع العقد على أنها الطريقة الملائمة لإدارة.

وسير و استغلال هذا المرفق ، فضلا عن الاقتداء لتجارب الدول التي سبقتنا في هذا المجال و الاستفادة من خيراتها.

– ضبط التعريفات و تحديدها خاصة التعريفات المتعلقة بالخدمات الأساسية.

–لا يجب أن تكون مدة العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة طويلة جدا، فذلك يتعارض مع المنطق الاستثماري للمرافق الاقتصادية و يهددها بالوقوع في اختلال التوازن المالي و ذلك ما يجعل أشخاص القانون العام تتحمل أعباء مالية إضافية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا:الكتب بالغة العربية:

1-ألبرت سرحان و آخرون ،القانون الإداري الخاص، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ،2010 .

2-أمال عويج ، قانون المرافق العامة ، مركز البحث و الدراسات الإدارية ، تونس، 1998.

3-احمد محيو ، محاضرات في المؤسسات (ترجمة محمد عرب صاصيلا) ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

4-جابر جاد نصار ، عقود البوت و التطوير الحديث لعقد الالتزام ، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2002.

5-جورج فوديل ، بيار دلفوفيه ، القانون الإداري ، ترجمة منصوص القاض ، الجزء الثاني، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع لبنان ،2010 .

6-حسين فريجة ، شرح القانون الإداري ،(دراسة المقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2009 .

7-حمدي قبيلات القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، النشاط الإداري)، الجزء الأول، ط1، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2008 .

8-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط5، المطبعة الجامعية عين الشمس، مصر.

9-سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة الجامعة عين شمس، القاهرة، 1989 .

10-طاهري حسين ، القانون الإداري و المؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري ،النشاط الإداري) دراسة مقارنة ، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007 .

11-علاء الدين عشي ، مدخل القانون الإداري ،(النظام الإداري) الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2010 .

12 –عبد الفتاح بيومي الحجازي ، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية ، مصر، المحلة الكبرى، 2008.

13عمار عوابدي القانون الإداري – النشاط الإداري، الجزء الثاني، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000 .

14–عمار بوضياف شرح قانون البلدية ، ط1 ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012 .
15– عمار بوضياف، شرح قانون الولاية الجزائرية (القانون 12 _ 07 المؤرخ في 21 فبراير 2012)، جسور للنشر و التوزيع ط1، الجزائر 2012.

16–علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، (مبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، نشاط الإدارة العامة) ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2009.

17–عبد الله عبد الغني بسيوني، التفويض في السلطة الإدارية، الدار الجامعية، بيروت، 1988.

18–عبد الحميد الشواربي ،العقود الإدارية في ضوء الفقه و القضاء و التشريع ،منشاة المعارف، القاهرة 2003.

19–لحسين بن شيخ اث ملويا دروس في المنازعات الإدارية دار هومة للنشر، ط2، الجزائر 2006.

20–محمد جمال مطلق دنيبات ، الوجيز في القانون الإداري ، ط 1 الإصدار الأول، الأردن، 2003.

21–محمد الصغير بعلي القانون الإداري (التنظيم الإداري _ النشاط الإداري) دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ،2013.

22–محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ أحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005 .

23–مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتيازات، الشركات المختلطة– البوت– تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 .

24–ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري، ط1 دار الجامعة للنشر و التوزيع مصر، 2008 .

25-محمد أمين بوسماح ، ترجمة رحال بن أعمر ، رحال مولاي إدريس ، المرفق العام في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية .الجزائر 1995 .

26-مصطفى أبو زيد فهمي ، القانون الإداري ، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1993 .

27-مصطفى عبد المحسن الحبشي ، الوجيز في عقود البوت ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008 .

28-محمد احمد غانم ، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2009 .

29-مي محمد غزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام البوت، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2010 .

30-ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، ط1 ،دار المجدد للنشر و التوزيع، سطيف، 2011 .

31-وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2009.

32-وائل محمد السيد إسماعيل ، عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، المشكلات القانونية التي تسييرها عقود البوت وما يماثلها ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2011.

33-يعرب محمد الشرع ، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية – دراسة مقارنة دار الفكر ، دمشق، 2010 .

34- عبد الله طلبه و آخرون ، المدخل إلى القانون الإداري ، ط1 منشورات جامعة دمشق ،2004.

35-نادية ضريفي، تسيير المرافق العمومية و التحولات الجديدة ، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2010.

ثانيا : الرسائل الجامعية

1-راضية مبارك ، التعليق على تعليمة رقم 94 -3 -842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر ، فرع الإدارة المالية ،جامعة الجزائر، 2001 –2002.

2- مليكة لحرش ,تفويض المرفق العام في الجزائر , مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر تخصص قانون إداري , جامعة الجلفة،2012- 2013.

3سميرة حصايم، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،كلية الحقوق جامعة مولود معمري ، تيزي وزو،2011-2012.

4 سماعين نادية، عقد الامتياز في المرافق العمومية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009-2008

ثالثا : المجلات

1عمار بوضياف، دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية و القطاع الخاص ، مجلة الفكر البرلماني العدد 25 ، تبسة ، 2010.

رابعا:النصوص القانونية

ا-النصوص التنظيمية :

1- المرسوم التنفيذي رقم 96 _308 ، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 ، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة ، ج .ر عدد 55 ، الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 1996.

2-المرسوم التنفيذي رقم 02_40 ، المؤرخ في 14 جانفي 2002 ، و يتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال الخدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران " و كذا دفتر الشروط المرفق بها ، ج. ر ، عدد 04 الصادر بتاريخ 16 جانفي 2002.

3-المرسوم التنفيذي 08 -54 ، المؤرخ في 09 فيفري 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي لتسيير بالامتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب و نظام الخدمة المتعلقة به، ج. ر، عدد 08 الصادر بتاريخ 13 فيفري 2008 .

4- المرسوم التنفيذي رقم 03-232 المؤرخ في يونيو 2003 الذي يحدد المرفق لصالح الجميع.

ب–النصوص التشريعية :

1- القانون رقم 20-01 المؤرخ في 05 فبراير 2002 المتعلق بالكهرباء و التوزيع بواسطة القنوات ،ج .ر، عدد 08، 2002.

2-القانون رقم 05 _12، المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، ج. ر ، العدد 60 ، الصادرة في 04 سبتمبر 2005 .

3-القانون رقم 05- 12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه ، ج.ر، العدد 60 لسنة 2006.

4-الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

التعليمات :

1-التعليمة رقم 94 _03 _ 842 ، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994 ، المتعلقة بامتياز و تأجير المرافق المحلية ، صادرة عن وزير الداخلية ص4،ديسمبر1994.

المواقع الالكترونية

1حمزة منصوري، الأشكال القانونية لعقد الامتياز في جذب التمويل للخدمات و المرافق البلدية، موقع ستار تايمز، تاريخ تصفح الموقع يوم 05-04-2015 الساعة 20:30.

2موقع جريدة البلاد الالكترونية ....تاريخ تصفح الموقع 20 مارس 2015 على الساعة 00 : 21 .

فهرس
المحتويات

الموضوع	الصفحة
الملخص	
المقدمة	ا–ث
الفصل التمهيدي : مفاهيم أولية حول المرافق العامة	6
المبحث الأول : مفهوم فكرة المرافق العامة و أنواعها	6
المطلب الأول : تعريف المرافق العامة	7
الفرع الأول : المرفق العام كتنظيم (مؤسسة)	7
الفرع الثاني : المرفق العام كنشاط (وظيفة)	7
المطلب الثاني : أنواع المرافق العامة	8
الفرع الأول : المرافق العامة الإدارية	9
الفرع الثاني : المرافق العامة الاقتصادية (صناعية و التجارية)	9
المبحث الثاني : الأركان و المبادئ القانونية التي تحكم عملية تنظيم سير المرافق العامة	9
المطلب الأول : أركان المرافق العامة	10
الفرع الأول : المرفق العام مشروع أو تنظيم عام	10
الفرع الثاني : المرفق العام يهدف إلى تلبية الحاجات العامة	10
الفرع الثالث : المرفق العام مشروع مرتبط بالدولة و الإدارة العامة	11
الفرع الربع : خضوع المرفق العام للنظام قانوني استثنائي	11
المطلب الثاني : المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة	11
الفرع الأول : مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة	12
الفرع الثاني : مبدأ استمرارية المرافق العامة	13
الفرع الثالث : مبدأ تكييف المرفق العام (القابلية للتغير و تطوير)	15
الفصل الأول: ماهية التفويض في تسيير المرافق العامة	17
المبحث الأول : مفهوم تفويض المرفق العام و إجراءاته	17
المطلب الأول : مفهوم تفويض المرفق العام	18
الفرع الأول : تعريف تفويض المرفق العام	18
الفرع الثاني : خصائص تفويض المرفق العام	20
المطلب الثاني : أسس تفويض المرفق العام	21
الفرع الأول : الأسس الشكلية لتفويض المرفق العام	21

الفرع الثاني : الأسس الموضوعية لتفويض المرفق العام	23
المطلب الثالث : إجراءات اختيار صاحب تفويض المرفق العام	25
الفرع الأول : اتخاذ قرار اعتماد تقنية التفويض	25
الفرع الثاني : إجراءات الإعلان المسبق و مبدأ المنافسة	29
الفرع الثالث : اختيار صاحب التفويض و توقيع العقد	31
المبحث الثاني : تمييز تفويض المرفق العام عن طرق التسيير الأخرى و الرقابة عليه	33
المطلب الأول : تمييز تفويض المرفق العام عن الإدارة المباشرة و المؤسسة العامة	33
الفرع الأول : تمييز تفويض المرفق العام عن الإدارة المباشرة	34
الفرع الثاني :تمييز تفويض المرفق العام عن المؤسسة العامة	35
المطلب الثاني : تمييز تفويض المرفق العام عن بعض المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري	37
الفرع الأول : تميز تفويض المرفق العام و التفويض في السلطة الإدارية	37
الفرع الثاني : تمييز تفويض المرفق العام و الصفقة العامة	38
الفرع الثالث : تمييز تفويض المرفق العام و الوكالة	39
المطلب الثالث : الرقابة على تنفيذ تفويض المرفق العام و نهايته	41
الفرع الأول : الرقابة على تفويض المرفق العام	41
الفرع الثاني : نهاية تفويض المرفق العام	44
الفصل الثاني : تطبيقات أسلوب عقد تفويض المرفق العام في الجزائر	48
المبحث الأول : التسيير بواسطة عقد الامتياز و عقد الإيجار	49
المطلب الأول : أسلوب عقد الامتياز	50
الفرع الأول : تعريف عقد الامتياز و خصائصه	50
الفرع الثاني : آثار عقد الامتياز و نهايته	56
المطلب الثاني : أسلوب عقد الإيجار	67
الفرع الأول : تعريف إجارة المرفق العام	67
الفرع الثاني : مميزات عقد إجارة المرفق العام	68
المبحث الثاني : التسيير بواسطة الاستغلال المختلط و عقود البوت BOT	70
المطلب الأول : التسيير بواسطة الاستغلال المختلط	71
الفرع الأول : مفهوم الاستغلال المختلط	71
الفرع الثاني : إدارة الشركات المختلطة و الرقابة عليها	75

المطلب الثاني : التسيير بواسطة عقود البناء و التشغيل و التحويل	78
الفرع الأول : مفهوم عقود البوت و خصائصها	79
الفرع الثاني : التمييز بين عقد البوت و العقود الشبيهة	83
الخاتمة	88
قائمة المراجع	92
فهرس المحتويات	98