وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عباس لغرور – خنشلة –

قسم الحقوق

نيابة العمادة للدراسات في التدرج

أساليب تفويض المرفق العام

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الإداري.

إعداد الطالب:

- **بلخير مشري**

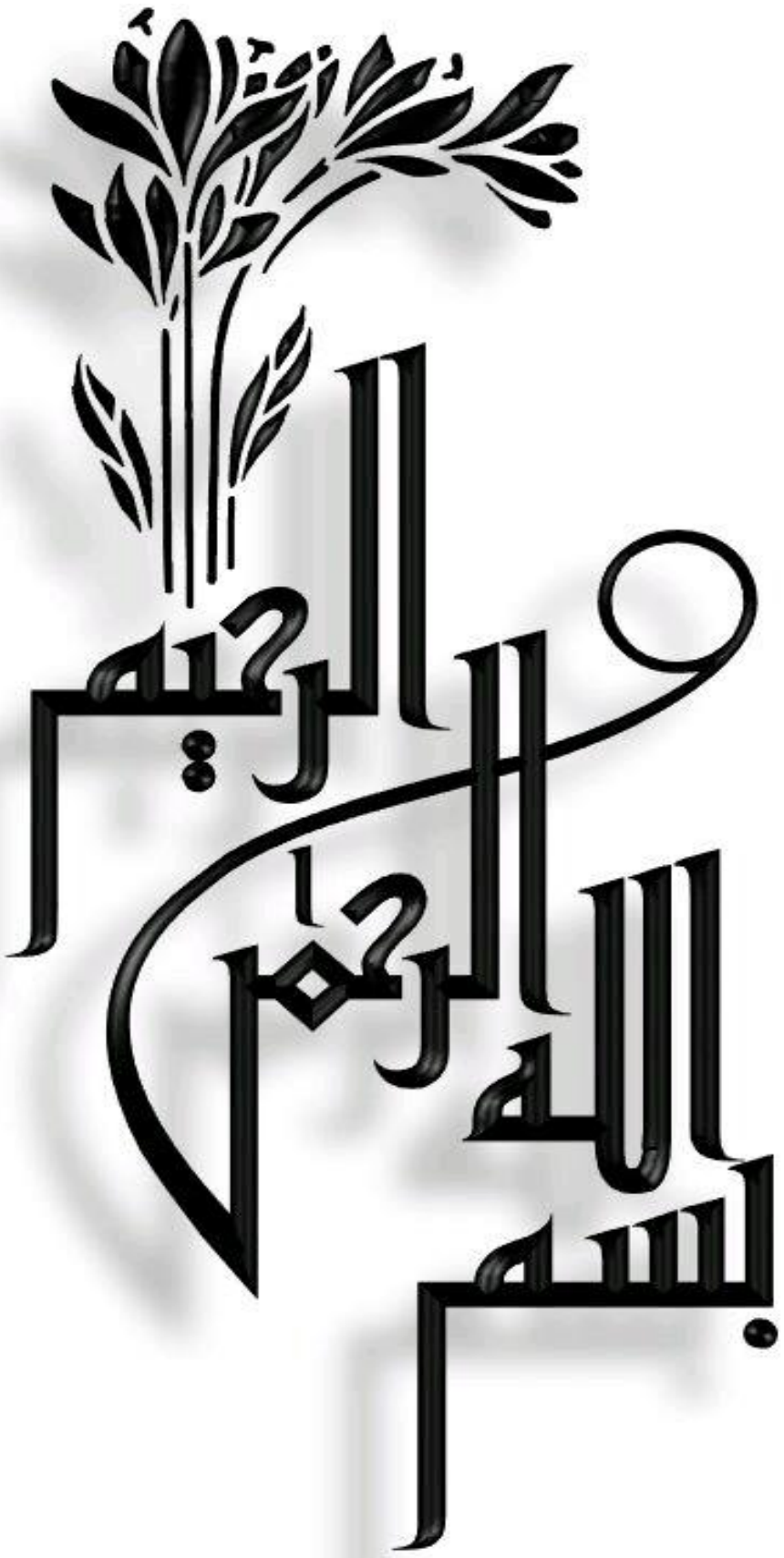
اشراف الدكتور:

د. مريـــم تومي

لجنـــة المناقشة:

اللقب والإسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
إسماعيل بوقرة	أستاذ محاضر –أ–	عباس لغرور –خنشلة–	رئيساً
مريـم تـومـي	أستاذ محاضر –أ–	عباس لغرور –خنشلة–	مشرفاً ومقرراً
بوزيـد غلابي	استاذ مساعـد–أ–	عباس لغرور –خنشلة–	عضو ممتحناً

السنة الجامعية: **2019/2018**


بسم الله الرحمن الرحيم

دعـــــاء

اللهم ألهمني علماً أعرف به
أوامرك وأجتنب به نواهيك
وارزقني بلاغة فهم النبيين
وفصاحة حفظ ا لمرسلين وسرعة
إلهام ا لملائكة ا لمقربين
وعلمني أسرار حكمتك يا حي
يا قيوم

إهـــــداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى:

ذكرى والدي رحمه الله اتمنى من الله ان يرزقه الفردوس الاعلى.

والدتي أتمنى أن يطيل الله في عمرها وأن يحفظها لي.

وكل اخواني واخواتي

إلى زوجتي العزيزة التي ساندتني ووقفت معي في الحلوة والمرة.

إلى أبنائي الأعزاء.

ولا يمكن ان أنسى مؤطرتي "مريـم تومي" فلولاها لما كان هذا العمل ممكنا.

كما أهدي هذا العمل إلى كل طالب علم.

كلمة شكر وعرفان

لابد لي وأنا اخطو هذه الخطوات في الحياة الجامعية أن أعود إلى سنوات قضيتها في رحاب الجامعة مع أساتذتي الكرام الذين قدموا لي الكثير. لهذا لا يسعني إلا أن أقدم لهم أسمى عبارات الشكر والتقدير عرفاناً لما قاموا به ولحملهم أقدس رسالة في الحياة..

"كن عالما...فإن لم تستطع فكن متعلماً...فأن لم تستطع فأحب العلماء..فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

إلى الذين مهدوا لي طريق العلم والمعرفة

إلى جميع أساتذتي الأفاضل واخص بالتقدير والشكر الدكتورة "**مريم تومي**" التي ساعدتني كثيراً في مشواري هذا في إتمام هذا البحث بنصائحها القيمة وإرشاداتها

أيضا إلى أعضاء اللجنة المحترمين السيد "**إسماعيل بوقرة**" و"**بوزيد غلابي**" لقبولهم مناقشة هذا البحث

كذلك أتقدم بالشكر للعميد وأساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية

وإلى كل شخص قدم لي يد المساعدة من بعيد أو من قريب

بلخير مشري

مقـــــدمـــة

مقدمة:

من صور نشاط الدولة وتدخلها في الحياة اليومية للأفراد صورة المرفق العام الذي هو مرتبط بها وقديمُ الوجود قِدَمها.

حيث أنه في زمن الدولة الحارسة، كان النَّشاط الإداري منحصراً في تسيير المرافق العامة السيادية كمرفق الدفاع والتعليم والقضاء، غير أنه ونتيجة التطورات الحديثة، من تغييرات في الإيدلوجيات الإقتصادية مثلاً. كان لزاماً على الدولة توسيع نشاطها الإداري، وتحوَّلت من دولة حارسةٍ إلى دولةٍ متدخلة في جميع الميادين والأنشطة سعياً منها تحقيق رغبات وإشباع حاجيات الأفراد. وكان ذلك طبعاً من خلال إنشاء مرافق عامة حديثة لم تكن معروفة من قبل، الغرض من إنشائها هو تلبية وإشباع الحاجيات، وأن تؤدي هذه المرافق العامة الحديثة دورها وذلك عبر مختلف طرق التسيير والإدارة، ومن هذا المنطلق ظهرت عدة تعاريف لهذه المرافق بحسب تنوعها وأساليب إدارتها. وبإختلاف وتنوُّع هذه المرافق العامة تختلف طرق إدارتها وتسييرها وهو الشيء الذي يؤدي حتماً إلى إبتكار طرق تسيير جديد تتماشى مع هذه المرافق ضف إلى أن الدولة لا تتخلى عن بعض المرافق نظراً لخصوصيتها وطبيعتها أي أنه في المقابل توجد مرافق عامة أخرى يمكن تفويضها للخواص لإدارتها وتسييرها على نحوٍ يحقق الغاية من إنشائها والمتمثل أساساً في تحقيق المصلحة العامة. وأن التفويض بمختلف أساليبه للمرافق العامة يؤدي إلى تحررها والخروج بها من دائرة الإحتكار ومن طرف الدولة والذي أصبح الحل الأمثل والأنجع في ظل الرهانات والظروف الجديدة التي تفتضي ذلك لمواكبة مختلف التطورات والتطلعات من اجل تقديم خدمات اكثر سهولة وفائدة وباهداف متعددة اهمها تحقيق المصلحة العامة وتحسين الخدمة. فالجزائر إستوحت هذه الفكرة وحاولت تطبيقها في تسيير مرافقها العامة. وكان عقد الإمتياز هو الأسلوب الغالب في تجسيد تفويض هذه المرافق العامة وأن الازمة الإقتصادية الاخيرة وعجز ميزانية الدولة وبإتباعها لسياسة التقشف كان لها البحث عن تأمين تسيير المرافق العامة، وتحقيق الغرض

منها، دفع بالدولة إلى إصدار المرسوم الرئاسي 247/15 والذي تضمن لأول مرةٍ منذ الإستقلال تنظيم تفويض المرفق العام، والذي تُوجَ مؤخراً بمرسوم تنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويضات المرفق العام، ضف إلى أساليب موازية تلجأ إليها الدولة للنهوض باقتصادها وتخفيف العبء المالي عليها كإبرام عقود البوت وإتباع أسلوب الأستغلال المختلط.

ومن أجل ذلك إخترت ان يكون هذا الموضوع مجال بحثي في هذه المذكرة الموسومة بـ:
"**أساليب تفويض المرفق العام**"

أهمية الدراسة:

إن الحديث على أساليب تفويض المرفق العام يقتضي مراعاة المال العام، والأملاك الوطنية. حيث أن عقود أو أساليب تفويض المرفق العام عبارة عن نصوص قانونية تصدر هكذا متفرقة ومتناثرة لقطاعات مختلفة مثلاً قطاع المياه، الكهرباء، إتصالات، المناجم والنقل البري. لكن بصدور المرسوم الرئاسي 247/15 والذي نظم أساليب (عقود) تفويض المرفق العام ضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة لأول مرة يعتبر خطوة إيجابية ننتظر منها المزيد والتي جاءت بصدور المرسوم التنفيذي رقم 199/18 في 02 أوت 2018 والذي من خلاله نص على تنظيم عقود تفويض المرافق العامة. ولهذا فإن دراسة هذا الموضوع ما هي إلا محاولة لتبيين وإظهار طبيعته القانونية اي طبيعة عقد تفويض المرفق العام والإحاطة به من ناحية المفهوم وطرق التفويض.

كما أن احد الأسباب التي دفعت بي لدارسة هذا الموضع هو كونه جديداً وبالغ الاهمية وربما لنقل قلة دراسته.

الإشكالية (إشكالية الموضوع):

تعتبر أساليب تفويض المرفق العام من العقود الإدارية وقد تناولها المشرع ونضمها وجعل منها الحلول التي يمكن للإدارة إشراك القطاع العام والخاص، لدفع عجلة التنمية وعليه فالإشكالية تدور حول التساؤل الآتي:

فيما تتمثل طرق تفويض المرفق العام وكيف عالجها المشرع الجزائري وما هي أهم التطبيقات التي جاء بها؟

حيث تتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الاسئلة الفرعية تكون كما يلي:

1)- ما المقصود تفويض المرفق العام؟

2)- ما هي أسس تفويض المرفق العام وطرقه؟

أسباب اختيار الموضوع:

والتي سنتطرق لها كمايلي:

أسباب موضوعية: أنَّ موضوع تفويض المرفق العام لم يحظ بالدراسة الكافية والدليل على ذلك حداثة صدور المرسوم 247/15 ضف إلى ذلك صدور المرسوم التنفيذي حديث العهد والذي كان بتاريخ 02 أوت 2018 تحت رقم 199/18 والذي فصل في عقود تفويض المرافق العامة ولم تتناوله بعد مذكرات التخرج.

أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة البحثية إلى تحقيق مجموعة من الأَهداف نحاول جمعها فيمايلي:

أ)- معرفة الجانب الفقهي والتشريعي والقضائي والتطبيقي لسير المرفق العام والإلمام به.

ب)- الوقوف على العلاقة المركبة لعملية التفويض بين السلطة المفوضة، المفوض له والمنتفعين.

ج) معرفة الإيجابيات والسلبيات.

د)- محاولة الوصول إلى نتائج من شانها العمل على تطوير سير المرفق العام.

المنهج:

اعتمدنا في هذه الدِّراسة المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والذي من خلالهما سنركز على وصْف ما تعلق بأساليب تفويض المرفق العام وذلك من خلال تبيان العلاقة بين أطراف عقد التفويض والخصائص المميزة لكل عقد مع التدعيم بالنصوص القانونية.

الدراسات السابقة:

لقد وجدنا بعض الدراسات التي تطرَّقت لهذا الموضوع، من ذلك:

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه من إعداد الطالبة سهيلة فوناس بعنوان تفويض المرفق العام في القانون الجزائري.

غير انه لا توجد دراسة سابقة لتفويضات المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 199/18 نظراً لحداثة صدوره.

الصعوبات:

لا يخلوا أي بحث من الصعوبات والعراقيل ومن الطبيعي ان تواجه اي طالب علم او باحث بعض العراقيل والصعوبات التي تعكر سير البحث ومن بعض الصعوبات التي واجهتها في إعداد هذه الدراسة أو الورقة البحثية ما يمكن تلخيصه فيما يلي:

- مع صدور المرسوم التنفيذي 199/18 الذي وهو بطبيعة الحال حديث العهد وجدت صعوبة في الوصول إلى بعض المصادر والمراجع التي تتناول هذا الموضوع المتعلق بتفويضات المرفق العام في ظل هذا المرسوم التنفيذي. وبالتالي اعتمدت فقط على

المرسوم وإستقراء المواد. وبالتالي فمن اهم المشاكل التي واجهتني هي ندرة وقلة المصادر.

- عامل الوقت: حيث أن ضيق الوقت صعب من سيرورة البحث وكذا صعوبة الوفيق بين العمل وإعداد المذكرة

وبالرغم من هذه الصعوبات تمكنت من جمع البيانات اللازمة لبناء هذا البحث وما اتمناه ان يكون هذا البحث موفقاً وان يكون في المستوى المطلوب.

الخطة:

وللإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا تقديم الخطة الآتية:

خصصنا الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد تفويض المرفق العام وذلك عبر مبحثين:

وقد تناولنا في المبحث الأول: مفهوم عقد تفويض المرفق العام

أمَّا المبحث الثاني فقد تناولنا فيه نظام تفويض المرافق العامة.

أمَّا الفصل الثَّاني بِعنوان: طرق تفويض المرافق العامة وذلك عبر مبحثين:

المبحث الأوَّل بعنوان: التفويض الإتفاقي للمرفق العام.

المبحث الثَّاني: عقد البوت وأسلوب الإقتصاد المختلط

الفصـــل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد تفويض المرفق العام

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد تفويض المرفق العام

"يشكل تفويض المرفق العام احد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العامة التي اعتمدتها الدولة الجزائرية التي تبنت فكرة الانسحاب من الحقل الاقتصادي وفتح المجال أمام الطرق الحديثة التي تسعى لإشراك القطاع الخاص في تسيير وإدارة المشاريع العامة".

ترتبط تقنية تفويض المرافق العامة إذن بفكرة تنظيم الدولة وإعادة هيكلة وضبط مرافقها العامة بشكل يحدث قفزة نوعية تسمو بالمرافق العامة والخدمات المقدمة، بما يضمن السرعة والفعالية في أدائها، كونها تقوم على خوصصة التسيير بما لا يتعارض وملكية الدولة لهذه المشاريع العامة. [1]

حيث يستجيب عقد تفويض المرافق العامة لمجموعة من القواعد التي يستمد خاصيته من طبيعة المرفق العام المستغل من طرف الأشخاص العامة أو الخاصة، فالتفويض لم يظهر إلا حديثا، والذي أصبح وسيلة فعالة في يد السلطات الإدارية لإشباع حاجات المواطنين المتزايدة والمتطورة بعدما كان في سيطرة الدولة والجماعات المحلية أصبحت هي من يستغل المصالح والمرافق العامة،

وللإلمام بمفهوم تفويض المرافق العامة يقتضي التطرق إلى عدة تعاريف لها علاقة به، وكذا خصائصه وتحديد أطرافه مع إبراز المبادئ التي يخضع لها (المبحث الأول)، وباعتبار أن عقد تفويض المرافق العامة آلية حديثة تقتضي التطرق إلى كيفية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وكذا الحديث عن الرقابة المفروضة على هذا الأسلوب ونهايته والعلاقة بين الأطراف في هذه الاتفاقية التعاقدية (المبحث الثاني).

---

[1] سهيلة فوناس: تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم: تخصص في القانون، إشراف الأستاذ الدكتور زوايميه رشيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص: 9.

المبحث الأول: مفهوم عقد تفويض المرفق العام

إن عدم قدرة الجماعات العمومية على تسيير كل المرافق العامة وكثرة العبء المالي عليها، وزيادة الأزمات الوطنية، دفع الدولة إلى محاولة التقليص من تدخلها المفرط في تسيير المرافق العامة: خاصة في المجال الصناعي والتجاري، وهو ما ألزمها التفكير في أطر أخرى وسيطة بين خوصصة المرافق العامة والتخلي عنها للقطاع الخاص، وبين التسيير المباشر من طرف القطاع العام من خلال تفويض المرفق العام لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص، أي تفويض التسيير، دون التنازل الكلي عن المرفق العام[1].

من خلال ما سبق من حديث حول تقنية تفويض المرافق العامة الأمر الذي يفرض الوقوف إلى التعاريف المتعددة ومدلول التفويض في التشريع الجزائري وكذا أسس تفويض المرافق العامة (المطلب الأول)، ضف إلى تبيان أطراف عقد تفويض المرفق العام وجل المبادئ المرتبطة به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد تفويض المرفق العام وخصائصه

إن تقنية التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة تتطلب التطرق إلى عدة تعاريف متزامنة (الفرع الأول) والوقوف على خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بعقد تفويض المرفق العام

إذ يعتبر عقد تفويض المرافق العمة آلية لإدارة وتسيير المرافق العامة من طرف أشخاص القانون العام أو الخاص حيث انه وردت في ذلك عدة تعاريف منها الفقهية والتشريعية كما يلي:

[1] ناديه ظريفي: تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص: 126، 127.

أولا: التعريف الفقهي:

-عرف الأستاذ « T. Dafferra » تقنية التفويض بالقول: " تفويض المرفق العام يمثل كل وسيلة من خلالها تعهد الجماعة العامة تحقيق المرفق العام أي شخص قانوني آخر. وهو يتم إما تعاقديا أو بصورة منفردة ".

أما الأستاذ « G. Drou » فيعرف التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام كالآتي: "تفويض المرفق العام هو عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص ويقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفقاً عاماً. وهو بالتالي يأخذ عدة أشكال هي من صنع الاجتهاد، الالتزام، الإدارة غير المباشرة، إدارة المرفق العام".[1]

-أما الفقه الجزائري، فقد عرف تفويض المرفق العام وفق مايلي:

إن الدراسة الفقهية لتقنية التفويض في الجزائر قليلة، ويعود السبب في ذلك إلى حداثة هذه الآلية في المنظومة التشريعية الجزائرية، إلاَّ أن ذلك لم يمنع بعض أساتذة القانون من محاولة تحديد مدلول التفويض، منهم الأستاذ "زوايمية رشيد" الذي يرى بان أسلوب التفويض له مدلولين:

أ-**المدلول الأول:** وفقا لهذا المدلول فان تفويض المرفق العام يعد بمثابة عمل قانوني يسمح أو يخول للهيئات العمومية بنقل مهمة تسيير المرفق العام إلى أشخاص القانون الخاص.

ب-المدلول الثاني: يعتبر أسلوب التفويض طريقة من طرق تسيير المرفق العام، يتولى من خلاله أشخاص القانون الخاص هذه المهمة التي كانت حكرا على الهيئات العمومية.

أما الأستاذة "ظريفي نادية" حاولت هي الأخرى إعطاء تعريف جامع ومانع لتقنية التفويض

---

[1] وليد حيدر جابر: التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص: 58، 59.

معتمدة على ما وصل إليه الفقه في فرنسا قائلةً: " تفويض المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يخول شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية الإدارية)، تسيير واستغلال مرفق عام بكل مسؤولية وما يتحمله من أرباح وخسائر يختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي: حيث يُحَصِّلُ المفوض له المقابل المالي للتسيير والاستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل أداء الخدمة أو عن طريق الإدارة لكن يجب أن يكون المقابل مرتبطاً باستغلال المرفق وناتجاً عن تشغيله، ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة قد يشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية والتجارية. ويتم اختيار المفوض له وفق إجراءات واضحة تضمن كل من الشفافية والمنافسة لاختيار الأفضل "أفضل عرض"، بهدف ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تُجاهْ المرتفقين وفق عقد يحدد حقوق المفوض له والتزاماته بكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية وضرورة التكييف مع المحيط الداخلي والخارجي.[1]

ثانيا: التعريف التشريعي:

نذكر في هذا الإطار التعريف التشريعي الفرنسي أولا باعتباره السَّبَاَقُ إلى تقنية التفويض ثم التعاريف التشريعية الجزائرية عبر قوانين قطاعية مختلفة نهائيةً إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المدعم بالمرسوم التنفيذي الأخير 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام.

أ)- تعريف تفويض المرفق العام وفق التشريع الفرنسي:

عرف التنظيم الفرنسي تطبيق أسلوب تفويض المرافق العامة منذ القرن الماضي عندما لجأت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص بإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، لكن لم يتم وضع نظام قانوني لضبط هذا الأسلوب إلا في سنة

[1] سهيلة فوناس: مرجع سابق ص: 14، 15.

1992، وذلك من خلال القانون 92-125، الذي أطلق عليه تسمية « Loi Joxe ». وفي عام 1993 أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 93-122 المتعلق بتجنب الفساد وتكريس الشفافية في الحياة والإجراءات العامة، والذي أطلق عليه تسمية « Loi Sapin »، وقد تضمن تنظيماً واضحاً لتفويض المرفق العام.

وقد عرف المشرع الفرنسي تفويض المرفق العام من خلال المادة 38 من القانون 93-122 المعدلة بموجب المادة 03 من قانون رقم 1168-2001 كما يلي: "تفويض المرفق العام هو عقد يخول بموجبه شخص من أشخاص القانون العام تسيير مرفق عام، يتولى مسؤوليته شخص عام أو خاص، بمقابل مالي مرتبط باستغلال المرفق".[1]

ب)- تعريف تفويض المرافق العامة من خلال النصوص القانونية القطاعية في القانون الجزائري:

لم تضع الدولة الجزائرية نظام قانوني خاص بتقنية التفويض إلا سنة 2015 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 [2]. لكن أشار إليها خاصةً عقد الامتياز في نصوص متناثرة.

في حين إِسْتُعْمِلَ مصطلح التفويض في مجال تسيير المرفق العام لأول مرة في قانون المياه لسنة 2005 تحت رقم 05-12[3]حيث نصت المادة 101 الفقرة الثانية على ما يلي: ".... يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعيـن للقانون العام

---

[1] نصيرة إدير، وهيبة إعزوقن: استحداث طرق جديدة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري(التركيز على عقد الامتياز)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون العام، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، تحت إشراف الأستاذة عتيقة موسى، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2012-2013، ص:05.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[3] القانون 12/05 مؤرخ في 04 أوت 2005 يتعلق بالمياه، صادر في 04 سبتمبر سنة 2005 معدل بموجب القانون 08-03، مؤرخ في 23 جانفي 2008، الجريدة الرسمية، عدد 44، صادر في 27 جانفي 2008 معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 02/09 مؤرخ في 22 جويلية، الجريدة الرسمية، عدد 44 صادرة في 26 جويلية 2009.

على أساس دفتر الشروط ونظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم كما يمكن تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب إتفاقية".

نستنتج أن المشرع الجزائري في قانون المياه إعتبر تقنية التفويض كأسلوب مستقل بحد ذاته لا يشمل الامتياز وإنما يختلف عنه.

كما تضيف المادة 104 من نفس القانون على أنه: "يمكن الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة أو صاحب الامتياز تفويض كل أو جزء من تسيير الخدمة العمومية للمياه..."

كما كرس المنظم الجزائري هذه التقنية بموجب المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر التي تنص على مايلي: "يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب إتفاقية".

ما يمكن استخلاصه من هاته المواد هو أن المنظم الجزائري كرس بالفعل التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام بغية منه خوض تجربة الشراكة مع القطاع الخاص من جهة والنهوض بالمرفق العام من خلال تحسين وتطوير الخدمة العمومية من جهة أخرى.[1] وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199[2] المتعلق بتفويض المرفق العام، نجده قد حدد الهيئة العمومية المخول لها بموجب القانون تفويض المرفق العام، حيث تنص المادة 04 منه

[1] سهيلة فوناس: مرجع سابق، ص:22، 23.

[2] المرسوم التنفيذي 199/18، المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام.

على ما يلي: "يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة" أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعي في صلب النص المفوض له "بموجب اتفاقية تفويض"[1]. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وفق إلى حد ما في إبراز آليات تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: خصائص عقد تفويض المرفق العام

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا بتوفر ثلاثة أسس، ويتعلق الأساس الأول بموضوع التفويض، إذ يجب أن ينصب التفويض على مرفق عام، أما الثاني فيجب أن يتم التفويض من خلال علاقة تعاقدية بين جهة عامة صاحبة التفويض وبين المفوض له، ويلزم الأساس الثالث أن تتضمن عملية التفويض إستغلال المرفق العام وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال.

أولا: وجود مرفق عام يكون قابلا للتفويض:

نعني بالمرافق العامة القابلة للتفويض، تلك التي تشكل ميداناً لتطبيق تفويض المرفق العام، والمرافق العامة تقسم وفقاً للعلم والاجتهاد إلى مرافق عامة إقتصادية ومرافق عامة إدارية، وهنا نتساءل هل جميع المرافق العامة، وبغض النظر عن طبيعتها هي قابلة للتفويض، أم أنها محصورة بنوع معين من المرافق العامة ؟

هذا النوع من الأسئلة لم يكن يطرح في ظل التنظيم القطاعي لعقود الإمتياز، فالمشرع كان يكرس قاعدة انه لا امتياز للمرفق العام إلاَّ إذا نص القانون على ذلك، أما حالياً فكل المرافق العمومية قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك وهذا تجسيداً للفكر الليبيرالي في

[1] المادة 04 ، من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

تسيير المرفق العام.[1]

ثانيا: وجود علاقة تعاقدية:

مفاد العلاقة التعاقدية لعقد تفويض المرفق العام، انه عقد بالمعنى الصحيح للكلمة، وذلك انه يحظى بموافقة ورضا المتعاقدين، فهو من العقود الإدارية الملزمة لجانبين، والتي تحمل في طياتها حقوق والتزامات متبادلة بين السلطة المفوضة والمفوض له، كما أن هذه العلاقة العقدية (التعاقدية)، تحدد كافة الشروط كالتنفيذ، المقابل المالي، الرقابة، ... الخ.[2]

لا يتحقق تفويض المرافق العمومية إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فان الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة والذي يُعْرَف بأسلوب التأهيل الانفرادي لا يدخل في مفهوم التفويض الذي نظمه المشرع. [3]

ثالثا: أن ينصب عقد التفويض على استغلال المرفق العام

يعتبر استغلال المرفق العام كعنصر مُعَرِّفْ لعقد تفويض المرفق العام ويكون الاستغلال باستعمال المفوض له سلطاته الكاملة في تسيير المرفق دون أن يمتلكه وفقاً للغاية من إنشائه تحت إشراف ورقابة السلطة المانحة للتفويض كما يقتضي على المفوض له أن يتحمل مخاطر التشغيل واستغلاله للمرفق العام[4]، وإذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق دون تحمل المخاطر، فلا نكون بصدد عقد تفويض، وبهذه الصفة فإن صاحب

---

[1] حسام الدين بركيبة: تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص: 559.

[2] سامي حاشمي: النظام القانوني لإتفاقية تفويض المرفق العام ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، إشراف الاستاذ فضيل براهمي، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2017/2016، ص: 17.

[3] حسام الدين بركبية: مرجع سابق، ص: 561.

[4] نوال إدير، لويزة بشري: النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، إشراف الأستاذة باهية مخلوف، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2016، ص: 13.

التفويض يستعمل سلطاته الكاملة في تسيير المرفق وهذه السلطات التي يملكها هي:

- يملك نوعاً من الاستقلالية بالرغم من احتفاظ الإدارة المفوضة لسلطة تنظيم المرفق.
- وجود علاقة مباشرة بين المرتفقين والمستغل للمرفق.
- المفوض له علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين.
- يضمن المستغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر والأرباح (مالية وتقنية).
- توفير الوسائل والمنشآت الضرورية لتسيير المرفق والقيام بكل الأعمال الضرورية لذلك.[1]

رابعا: المقابل المالي المتعلق بنتائج استغلال المرفق العام:

تُعتبر كيفية دفع المقابل المالي لتسيير واستغلال المرفق العام المعيار المحدد لوجود تفويض المرفق، ففي التفويض يتحصل صاحب التفويض إتاوات من قِبَلْ المرتفقين مقابل الخدمة المؤداة من طرفه، وقد عرف القضاء الاداري المقابل المالي وربطه بنتيجة الاستغلال، وعلى هذا الأساس أُسْتُبْعِدَ في كثير من الأحيان عقد التسيير من عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل مدفوع من طرف الإدارة ويكون جزافياً ليس له ارتباط باستغلال المرفق.

"يشكل المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمناً للخدمات المؤداة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام، أما بالنسبة لتفويض المرفق العام فإن المقابل المالي له علاقة بنتيجة الاستغلال وله علاقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق كما يقول الأستاذ « Claudie Boteau » ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه باستغلال المرفق لا غير".[2]

---

[1] حُسامْ الدِّين بركبية: مرجع سابق، ص: 562.

[2] ياسر حجاب، مبروكة محرز: الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، جوان 2016، ص: 138-139.

خامسا: ارتباط عقد التفويض بمدة زمنية:

إن مدة التفويض غير ثابتة فهي محددة وفق طبيعة عقد التفويض، فهي متغيرة حسب كل شكلٍ أو أسلوبٍ.

إن مدة التفويض ليست بالمدة الزمنية الأبدية ولا هي تعني التنازل عن المرفق، حيث ان مدة عقد التفويض المحددة في عقد الامتياز تكون أطول منها في عقد الإيجار حتى يتمكن المفوض له من استرجاع ما أنفقه من أموال والسماح له بتحقيق مقدار من الأرباح. إلا أن الوضع قد شهد تطورا في الآونة الأخيرة تمثل في تدخل المشرع في وضع ضوابط تحكم مسالة مدة عقد تفويض المرفق العام، ففي فرنسا نص قانون « Sapin » على تقييد عقود التفويض من حيث مدتها، إذ قضى بان يتضمن عقد التفويض تحديدا لمدة تنفيذه في ضوء الأداء المطلوب من المفوض إليه، وفقاً لطبيعة الاستثمارات المطلوب تنفيذها، على أن لا تزيد مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الإنشاءات إذا كانت على عاتق المفوض إليه.[1]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد حدد المدة الزمنية لعقد تفويض المرافق العامة، وذلك بالرجوع إلى نصوص المواد على التوالي: 53، 54، 55 و 56 من المرسوم التنفيذي 18-199 [2] المتعلق بتفويض المرفق العام.

المطلب الثاني: أطراف عقد تفويض المرفق العام والمبادئ المرتبطة به

إن اتفاقية تفويض المرفق العام التي تبرم بين شخص من القانون العام وأشخاص من القانون العام أو الخاص الأمر الذي يستوجب الوقوف على ماهية الأطراف (الفرع الأول)، وكـــذا التطرق إلى المبادئ المرتبطة بتسيير المرفق العام (الفرع الثاني).

---

[1] سامي حاشمي: مرجع سابق ص: 18.

[2] أنظر المواد 53، 54، 55 و 56 ، من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

الفرع الأول: أطراف عقد تفويض المرفق العام:

باعتبار أن اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري وهذا ما نصت عليه المادة 06 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.[1] فان هذا العقد الإداري يقتضي تواجد أطراف لتحقيقه طبقا لنص المادة الرابعة (04) من المرسوم السالف الذكر.

حيث نجد أن الطرف الأساس، والمتمثل في السلطة المفوضة (أولا) والطرف المقابل في هذه الاتفاقية وهو المفوض له (ثانيا)، ضف إلى ذلك الطرف الثالث المستفيد من خدمات هذا المرفق (ثالثا).

أولا: السلطة المفوضة:

إن خضوع المرفق العام لتقنية التفويض: يستوجب صدور قرار إبرام عقد التفويض: بحيث تكون السلطة المختصة بإصدار هذا القرار، هي تلك التي يدخل المرفق في اختصاصاتها وهي كذلك المسؤولة عن إدارته.

فالسلطة المفوضة هي مانحة التفويض، فهي بذلك شخص معنوي خاضع للقانون العام، يمكن ان تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تكون مسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق.[2]

وهذا ما ذهبت إليه المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247[3] بقولها "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسيير إلى مفوض له ..."

---

[1] المادة 06 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر تنص على" إتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يُبْرم طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم"

[2] سامي حاشمي: مرجع سابق، ص: 13.

[3] المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

ثانيا: المفوض له:

يسمى كذلك صاحب التفويض، لا يوجد شكل قانوني خاص به فيمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص، فالجمعيات تفوض عندما يخص التفويض المرافق والنشاطات الاجتماعية والثقافية.

يجب على المفوض له المساواة بين المرتفقين، وضرورة تكييف المرفق مع التحولات والتغيرات الحاصلة في الساحة العمومية، وضمان إستمراريته وديمومته باعتباره المنفذ الحقيقي للخدمة.

يقتضي أن يكون مانح التفويض شخصاً عاماً سواءاً كان الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية، وفي حال كان مانح التفويض شخصاً خاصاً فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام إلا أنه يُستثنى من ذلك العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لحساب وبإسم الشخص العام وتحت إشرافه وتوجيهه، فنكون بصدد عقد تفويض تسيير المرافق العامة بالرغم من إبرامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص.[1]

ثالثا: المرتفقون من المرفق العام:

هم مختلف الأشخاص الذين ينتفعون من المرفق العام أو يستعملون منشآته العامة غير أنهم ليسوا طرفاً في العقد لكن القانون منح لهؤلاء المستفيدين مركزاً هاماً خصوصاً في حالات تفويض المرفق العام من أجل حمايتهم وللوضوح في العلاقة بين السلطة والمفوض له.
حيث تتمثل حقوق المستفيدين في مجال تفويض المرفق العام فيما يلي:

[1] نوال فروج، صارة عمراني: تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، إشراف الأستاذ رشيد زوايمية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص: 18.

-الاطلاع على عقود تفويض المرفق العام، فإن الوثائق التي تبين كيفية تنفيذ تفويض المرفق العام أو ترتبط بهذا التنفيذ تعتبر بطبيعتها وبحسب موضوعها وثائق إدارية يسمح للمستفيدين بالإطلاع عليها.

-أن تحدد عقود تفويض المرفق العام التعريفة التي سوف يتحملها المستفيدون وأن تحدد أيضا المؤثرات التي تنعكس على هذه التعريفة أو المؤشرات التي تؤثر في تغييرها، كما يحق أيضا على المستفيدين المساهمة في الرقابة على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام.[1]

الفرع الثاني: المبادئ التي يخضع لها سير المرفق العام:

وفقا للمفهوم القانوني لتقنية تفويض المرفق العام تبقى السلطة المفوضة صاحبة السلطة السيادية في المرفق العام، وبالتالي يبقى المفوض له في حالة تبعية مباشرة لهذه الأخيرة، فيما تفرضه عليه إلتزامات وما تمنحه امتيازات السلطة العامة.

وبالتالي هناك صلة وثيقة بين تفويض المرفق العام والمبادئ العامة التي تسود نظرية المرفق العام، بل إن وجود تقنية التفويض مرتبط أساساً بتطبيق هذه المبادئ[2]، حيث نصت المادة 209 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247[3] على: "... يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكييف".

وبصدور المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، حيث تنص المادة 03 منه[4]، والتي جاءت تؤكد المبادئ السالفة الذكر واحترامها أثناء تفويض المرفق العام، وأن المشرع الجزائري أكد كذلك على ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية.

---

[1] سامي حاشمي: مرجع سابق، ص: 16.

[2] صالح زمال: مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في احكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 32- الجزء الأول، جامعة الجزائر، 2018، ص: 64.

[3] المادة 209، من المرسوم الرئاسي 15- 247، السالف الذكر.

[4] أنظر المادة 03، من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

أولا: مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد (مبدأ الاستمرارية)

للمرافق العامة أهمية بالغة في حياة الجماعة، فهي كما رأينا تنشأ لإشباع حاجات عامة ترى الدولة ان من واجبها إشباعها بانتظام ودون توقف ومهما كانت الصعوبات أو التكاليف، وينجم عن توقف المرفق العام عن أداء خدماته أو عدم سيره سيرا منتظماً، إختلالاً كبيراً في نظام المجتمع وفي حياة الناس، كما لو انقطع التيار الكهربائي أو انقطعت المياه أو توقف مرفق الأمن عن العمل وتقديم خدماته في الحفاظ على النظام العام ووقاية المجتمع من الفوضى والاضطراب، لذلك كله فقد أجمع الفقه والقضاء الإداريين ومنذ زمن بعيد على أن من أهم المبادئ التي تحكم المرافق العامة في الدولة هو ضرورة دوام سير هذه المرافق وانتظامها باستمرار دون انقطاع بحيث يجد المنتفع الخدمة التي يقدمها له المرفق متوفرة في كل الأوقات وتحت كل الظروف.[1]

ويقتضي مبدأ الاستمرارية توافر جملة من الضمانات تعمل جميعا على تجسيده على ارض الواقع، ومن هذه الضمانات ما وضعه المشرع ومنها ما رسخه القضاء الإداري، حيث تتجلى هذه الضمانات في تنظيم ممارسة حق الإضراب، وتنظيم ممارسة حق الاستقالة وسن قواعد خاصة لحماية أموال المرفق، وهي جميعا تمثل ضمانات تشريعية أي من وضع المشرع وهناك ضمانات أخرى كنظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة وهي من وضع القضاء[2].

نفصل هذه الضمانات كمايلي:

---

[1] محمد علي الخلايلة: القانون الإداري (النشاط الإداري، التنظيم الإداري، ماهية القانون الإداري)، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015،الكتاب الأول، ص: 257.

[2] عبد الكريم بن منصور: نظرة مفاهيمية للمرفق العام في الجزائر، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، العددين الأول والثاني، المركز الجامعي تندوف، جوان 2016، ص: 184.

أ-تقييد حق الإضراب:

يقصد بالإضراب توقف الموظفين عن القيام بأعمالهم دون رغبة في إنهاء الخدمة بصورة جماعية متفق عليها، بغية الضغط على الإدارة من خلال الإضطراب الذي يحدثه الإضراب، لتحقيق مصلحة خاصة للمضربين أو رفع ضرر يرونه واقعاً عليهم أو للإحتجاج على أمر من الأمور.

والحق في الإضراب في التشريع الجزائري حق دستوري، جاء النص عليه في المادة 70 من دستور 1996 المعدل كما يلي:

"الحق في الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون"

وبناءاً عليه صدر القانون رقم 90-11 المؤرخ في 06-02-1990 المعدل والمتمم والمتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، الذي وضع قيودا وشروطا لممارسة الإضراب من طرف موظفي المرافق العامة ضماناً لاستمرارية تقديم خدماتها للجمهور، وعلى رأسها الالتزام بتقديم ما يسمى بـ "القدر الأدنى من الخدمة" وفقا لما جاء في المادة 37 وما يليها من هذا القانون.[1]

ب-تنظيم الاستقالة:

وتعرف الاستقالة بأنها رغبة الموظف في ترك العمل بصفة نهائية وقد كرست هذا الحق في الإستقالة جُل القوانين في العالم وتبناها المشرع الجزائري لكن ضماناً لاستمرارية المرفق العام وجب تأطير هذه الاستقالة.[2]

---

[1] سعيد بوعلي، نسرين شريقي، مريم عمارة: القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الطبعة الثانية، دار بلقيس، دار البيضاء الجزائر، 2016، ص: 168.

[2] نادية ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الإمتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، إشراف الدكتور سعاد غوتي، كلية الحقوق جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة بن عكنون، 2012/2011، ص: 213.

وسعيا من المشرع الجزائري لضمان استمرارية المرافق العامة، فقد نص في قانون الوظيف العمومي على مجموعة من القيود والشروط تنظم الاستقالة، كشرط تقديم طلب الاستقالة في شكل كتابي إلى السلطة صاحبة التعيين.[1]

والاستقالة بهذا المعنى تختلف عن الإضراب والذي يتضمن –كما رأينا– امتناع العاملين عن أداء عملهم لفترة زمنية مؤقتة دون أن تكون لديهم النية للتخلي عنه كما في حالة الإستقالة، فكل من الإستقالة والإضراب يمكن أن يؤثر سلبا على سير المرافق العامة في الدولة وهذا هو العنصر المشترك بينهما.[2]

جـ- عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام:

يحتاج كل مرفق للقيام بنشاطه إلى أموال كالعقارات والمنقولات، ولو خضع المرفق في مجال الحجز للقواعد العامة لأدى ذلك إلى مباشرة إجراءات الحجز على ممتلكاته وهو ما يترتب عليه إلحاق الضرر بالمنتفعين من خدمات المرفق.

لذا وإعمالاً لمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد وجب أن تخضع أموال المرفق إلى نظام قانوني متميز يهدف إلى المحافظة عليها تحقيقا للمقصد العام وهو تمكين المرفق من أداء خدمة للجمهور، وإذا كان المرفق يسير عن طريق الإدارة مباشرة فليس هناك أي إشكال يطرح لأن نص المادة 689 من القانون المدني واضحة صريحة، فلم تجز التصرف في أموال الدولة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، فهي إذن محصنة من الناحية المدنية.[3]

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه الحماية لا تعني عدم إمكانية إستيفاء الديون المترتبة على المرافق العامة في الدولة، فهناك أكثر من وسيلة وأكثر من طريقة لحصول مثل هؤلاء

---

(1) سعيد بوعلي، نسرين شريقي، مريم عمارة: مرجع سابق، ص: 167، 168.

(2) محمد علي الخلايلة: مرجع سابق، ص: 262.

(3) عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 04، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص: 464، 465.

الدائنين على حقوقهم.[1]

د- الاعتداد بنظرية الموظف الفعلي

الموظف الفعلي هو الذي يقوم ببعض الأعمال دون أن يصدر قرار بتعيينه، أو صدر وكان مَعِيباً، وكان مُقْتضَى الأصل العام أن تُبطل أعمالهُ لصدورها عن شخص غير مختص أو مغتصب للسلطة، إلا أن القضاء الفرنسي وفي أعقابه القضاء المصري، يعتبر تصرفاته سليمة في بعض الأحيان ضمانا لاستقرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وحماية للجمهور الذي يتعامل مع الإدارة ولا تمكنه الظروف من معرفة حقيقة الموظف الذي يتعامل معه.[2]

وقد عرفت نظرية الموظف الفعلي التطبيق في ظل الظروف العادية والاستثنائية.

1-في ظل الظروف العادية:

يعتبر هذا الشخص من الموظفين الفعليين، تأسيساً لفكرة الأوضاع الظاهرة حيث يتوافر له فعلا مظهر التعيين في الوظيفة العامة ويبدوا في أعين الكافة كأنه يشتغل وظيفته على نحو قانوني على خلاف الحقيقة، وهكذا يتوفر لهذا الشخص مظهر الموظف الأصيل ظاهرياً، وان لم يكن في حقيقة الأمر هو موظفا من الناحية القانونية. [3]

2-في ظل الظروف الاستثنائية:

تقتضي نظرية الظروف الاستثنائية أنه إذا بادر شخص أو مجموعة أشخاص في حالات

---

[1] محمد علي الخلايلة: مرجع سابق، ص: 269.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط : القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص: 218.

[3] هاني علي الطهراوي: القانون الإداري(ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص: 280.

استثنائية كالحروب والكوارث بالقيام بأعمال تنتج أثارها القانونية رغم أنها صادرة عن شخص أو أشخاص لا يكتسبون صفة الموظف القانوني.[1]

هـ- نظرية الظروف الطارئة:

يقصد بنظرية الظروف الطارئة انه إذا استجدت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجية عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد، فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة، فان الإدارة تلتزم إما بتعويضه جزئيا وبصفة مؤقتة، وإما بتعديل شروط العقد للتلطيف من اثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق، ولا تقوم هذه النظرية على أساس العدالة في معاملة المتعاقد مع الإدارة بقدر قيامها على أساس ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.[2]

ثانيا: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة:

لما كان أساس ومبرر وجود المرافق العامة هو تلبية الاحتياجات العامة للجمهور، فإنه ينجم عليها، وهي تقدم خدماتها العامة، معاملة الجميع على المساواة، وبدون تمييز، تجسيدا لمبادئ المساواة أمام القانون الذي ما فتئت المواثيق والدساتير المختلفة تنص عليه، كما ورد بالمادة 32 من الدستور الجزائري،[3] التي جاء فيها مايلي:

" كل المواطنين سواسية أمام القانون

ولا يمكن أن يتذرع بأي تميز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو إجتماعي".

---

[1] عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 467.

[2] ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية مصر، 2000، ص: 599.

[3] القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري.

-ولعل أهم تطبيقات مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة إنما يتمثل في مايلي:
مساواة المنتفعين من خدمات المرفق العام، المساواة في الالتحاق بالوظائف العامة وحياد المرفق العام.[1]

أ- مساواة المنتفعين من خدمات المرفق العام:

يجب على المرافق العامة إن تقدم خدماتها لجميع أفراد المجتمع دون تمييز، حيث تنص المادة 34 من القانون المتضمن التعديل الدستوري كما يلي:

" تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتَحُولْ دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، الاقتصادية والاجتماعية والثقافية".

وبالمقابل، فإن ما تفرضه الإدارة العامة من واجبات والتزامات على الأفراد يجب أن يكون – أيضا- بصورة وكيفية متساوية ولا تمييز فيها، حيث نصت المادة 78 (فقرة أولى) من التعديل الدستوري المشار إليه أعلاه على:

"كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة"

ومع ذلك: فإن إعمال مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة ليس مطلقاً، إذ يشترط "تماثل المراكز" من حيث تشابه وتعادل أوضاعهم.

مثال: الالتحاق بالدراسة الجامعية ليس مفتوحاً لجميع المواطنين، وإنما يقتصر على الحاصلين منهم على البكالوريا.[2]

---

[1] محمد الصغير بعلي: القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الطبعة 01، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص: 221.

[2] محمد الصغير بعلي: المرجع نفسه، ص: 221، 222.

ب- المساواة في الالتحاق بالوظائف العامة:

يترتب على المبدأ العام وهو المساواة أمام القانون حق الأفراد بالالتحاق بالوظائف العامة، ولا يجوز من حيث الأصل فرض شروط تتعلق بالجنس أو اللون أو العقيدة للاستفادة من وظيفة معينة، فالالتحاق بالوظائف العامة بات اليوم يشكل حقاً دستورياً يتمتع به الأفراد غير أن التمتع بهذا الحق لا يمنع المشرع من أن يضبط الالتحاق بالوظائف بشروط محددة تتعلق بالحالة السياسية (الجنسية) والسن وحسن السيرة والسلوك وغيرها، كما يضبطه أيضا بإجراءات معينة كإجراء الدخول في المسابقة ولا يعد مساساً بهذا المبدأ أن يحرم المشرع بعض الطوائف

من تولي الوظائف العامة كحرمانه لأولئك الذين ثبت سلوكهم المشين تجاه الثورة.[1]

جـ- حياد المرفق العام (حياد الإدارة):

يقصد بحياد المرفق العام أن يراعي في أداء مهامه وتسييره مقتضيات تحقيق المصلحة العامة، حيث يجب على مسير المرفق العام أن لا يستعمله لدعم مصالح معينة على حساب مصالح أخرى، وبهذا الصدد، تنص المادة 23 من الدستور على أن:

"عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون"

-وعليه فانه يتحتم -طبقا لمبدأ الحياد- أن يمتنع القائمون على تسيير المرافق العامة (التعليم، الإعلام...) عن القيام بأي تصرف ينم عن موقف سياسي معين، الأمر الذي قد يصعب تحقيقه في ظل قواعد ومبادئ القانون الإداري التقليدية (السلطة الرئاسية)، خاصة في المجتمعات التي مازالت تعاني من مظاهر التخلف السياسي والإداري، وعدم ترسيخ دولة المؤسسات.[2]

---

[1] عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 453، 454.

[2] محمد الصغير بعلي: مرجع سابق، ص: 223، 224.

ثالثا: مبدأ التكييف (قابلية المرفق للملائمة والتغيير):

يقصد بمبدأ قابلية نظام المرافق العامة للتغيير أن للإدارة أن تتدخل في أي وقت لتعديل أو تغيير القواعد التي تحكم المرفق حتى تتفق وتحقيق المصلحة العامة على أفضل وجه، وذلك لإن الإدارة تعمل في تنظيمها للمرافق العامة على الوصول إلى تشغيلها بأكبر كفاءة ممكنة في ظل الظروف القائمة. فإذا تغيرت هذه الظروف أو ظهرت للإدارة طريقة أفضل لزيادة كفاءة المرفق كان لها –ابتغاء تحقيق المصلحة العامة– إجراء ما ترى من تعديل في تنظيمه دون أن يكون لأحد الاعتراض على ذلك سواء من المنتفعين بالمرفق أو من العاملين فيه. فليس للمنتفع بأي خدمة مرفقية أن يطالب ببقاء النظام الذي تعاقد على الخدمة في ظله. وليس للموظف أن يحتج على تغيير نظام الترقيات الذي عين أثناء سريانه رغم ما قد يكون له من مصلحة في استمراره، وهذا الحق ثابت للإدارة دون حاجة إلى النص عليه صراحة حتى إذا كان المرفق يدار بطريق الامتياز، رغم أن الإدارة فيه تكون للملتزم.[1]

رابعا: احترام المبادئ الجديدة للمرفق العام:

تم تدعيم المبادئ التقليدية للمرافق العامة وتعزيزها بمبادئ جديدة تتمثل في الخدمة العامة سواء من حيث النوعية ومن حيث النجاعة (الشفافية).

أ–مبدأ النوعية:

يتعلق مفهوم النوعية بحق المنتفع من خدمات المرفق العام في الحصول على أفضل الخدمات وأجودها نظير أفضل الأسعار، وبالتالي نجد هذا المبدأ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الشفافية، كما يرتبط كذلك بالمبدأ التقليدي المتمثل في القابلية لِلتَّكَيُّف والتطور، ذلك أن التكيف والتطور يكون أساساً من اجل تطوير الخدمات المقدمة من المرفق العام، ويجد هذا المبدأ تطبيقه وفقا لنصوص قانونية منها ما تضمنه المرسوم 04–09 البند 142 "يلتزم

[1] راغب ماجد الحلو: مرجع سابق، ص: 442.

صاحب الرخصة برصد كل الوسائل لتوفير خدمات بنوعيات تكون مستوياتها مطابقة للمقاييس الدولية، لاسيما منها مقاييس الاتحاد، ويلتزم أيضا بالاحترام الدقيق لمعايير النوعية الدنيا المحددة ..." أو حتى بنود تعاقدية إما عن تطبيقات مفهوم النوعية فهي تغلب على المرافق ذات الطابع الاقتصادي بالمقارنة بالمرافق العامة الإدارية.[1]

ب-مبدأ الشفافية:

يعد مبدأ الشفافية والمشاركة من المبادئ الأساسية التي أصبحت تحكم تدبير المرافق العامة المحلية، وقد تم الارتقاء بها لأول مرة إلى أسس دستورية مما يعني التدشين لمرحلة جديدة لتدبير الشأن العام المحلي والوطني بشكل عام.

فهي أحد ركائز التأهيل المؤسساتي، إذ تنشد وضع حد للسمة الانغلاقية التي ظلت تقبع على العمل الجماعي، والدعوة إلى مقومات التدبير المحلي التشاركي القائم على ميكانيزمات الانفتاح، والتواصل والإسهام الفعلي لمجموعة القوى الحية المحلية التي تتصدرهم الساكنة كشريك أساسي لا محيد عنه.[2]

---

[1] صالح زمال: مرجع سابق، ص: 511.

[2] خالد تلعيش : المرفق العام في الجزائر والتحولات الجديدة في دور الدولة، مقاربات مجلة العلوم والمعرفة، العدد 03، جامعة الجلفة، 2016، ص: 78.

المبحث الثاني: نظام تفويض المرافق العامة:

إن تقنية تفويض المرافق العامة ليست بالتقنية الحديثة على صعيد التشريع الوطني بل تعود جذورها إلى العديد من النصوص القانونية القطاعية.

وتعتبر مسألة تفويض إدارة المرفق العام من أهم المسائل التي أثارها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي عالجها من خلال الباب الثاني تحت عنوان الأحكام المطبقة على تفويض المرفق العام من خلال المواد 207 إلى 210، والذي توج بالمرسوم التنفيذي تحت رقم 18-199 المؤرخ في 02 غشت سنة 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام. الذي يشرح النصوص التطبيقية لهذه التقنية.

حيث سنتناول في هذه الورقة البحثية ومن خلال هذا المرسوم التنفيذي، إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام ونهايتها (المطلب الأول) ثم التطرق من خلال المرسوم نفسه إلى الرقابة على إتفاقية عقد التفويض وكيفية تمويه النزاعات الناتجة عنه (المطلب الثاني) ثم الوقوف على العلاقة القانونية بين المفوض له والمنتفعين عند المرفق وكيفية استخدام ممتلكات المرفق العام ومصيرها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام ونهايتها.

لا يتحقق تفويض المرافق العمومية إلاَّ من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة المفوضة والممنوح له التفويض، ويخضع الطرفان إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد بالإضافة الى النظام القانوني لتفويضات المرفق العام حيث أن المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام المؤرخ في 02 غشت 2018 يشرح كيفية إبرام الإتفاقية المتعلقة بتفويض المرفق العام(الفرع الأول) وتبيان هذه الإجراءات المتعلقة بنهاية العلاقة التعاقدية وفسخها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام.

لقد تناول المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام السالف الذكر جميع التطبيقات المتعلقة بعقد هذه الاتفاقية مع تبسيط وتبيان الإجراءات التنظيمية الخاصة به لذا سنتناول ذلك من خلال تحديد ما يلي:

أولا: صيغ إبرام عقد تفويض المرفق العام:

من خلال المرسوم التنفيذي يبرم عقد تفويض المرفق العام وفق طريقتي الطلب على المنافسة والتي هي القاعدة العامة في صيغ الإبرام ثم أن التراضي مثل الإستثناء في إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام.

وهذا ما أكدته المادة 08 من المرسوم السالف الذكر بقولها:" تبرم إتفاقية تفويض المرفق العام وفقاً لإحدى الصيغتين الآتيتين:

-الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة

-التراضي، الذي يمثل الإستثناء."[1]

أ-الطلب على المنافسة:

عرفه المرسوم التنفيذي السالف الذكر على أنه إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة. ويمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض الحاوي على أحسن الضمانات المهنيــة والتقنــية والمالية حسب سلــم التقييم المحدد في دفتــر الشروط المتضمـن للبنود

[1] أنظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف ذكره.

التنظيمية والبنــود التعاقديــة الموضحة لكيفيات الإبرام والتنفيذ.[1]

ويتم الطلب على المنافسة وفق مرحلتين وهذا ما ذهبت إليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر[2] حيث نجد أن: " يتم الطلب على المنافسة وفق مرحلتين:

1-المرحلة الأولى: تتمثل في الإختيار الاولي للمترشحين على أساس ملفات الترشيح. ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح والمحددة في الجزء الاول من دفتر الشروط، وعنوانه "دفتر ملف الترشح"، في لوح الإعلان عن العروض.

2-المرحلة الثانية: تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم إنتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشروط.

2-1- دفتر الشروط:

2-1-1- تعريف دفتر الشروط:

يقصد بدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها الإدارة المعنية بالصفقة أو المشروع بإرادتها المنفردة، وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفيات إختيار المتعاقد منعها.

فالإدارة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة وتجند كل إطاراتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة.[3]

---

[1] عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: تطور أسلوب الإمتياز في القانون الجزائري، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، العدد الخامس، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019، ص: 65.

[2] أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

[3] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة 05، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، القسم الاول، ص: 242.

2-1-2- بنود دفتر الشروط:

بالإستناد إلى المادة 13 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر نجد أن: " يتضمن دفتر الشروط المتعلقة بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها..."[1]

حيث أكدت المادة 13 أن يشمل دفتر الشروط جزئين، يتعلق الاول وبعنوان"دفتر ملف الترشح" والذي يتضمن البنود الإدارية المتعلقة بشروط التأهيل والوثائق التي يتكون منها الملف. كذا معايير اختيار المترشحين بما يلي:

* القدرات المهنية: والمقصود بها كل الشهادات والمؤهلات العلمية.
* القدرات التقنية: ويقصد بها كل الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية.
* القدرات المالية: وهي تلك المبررات المالية سواءً تعلقت بالوسائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية.

أما الجزء الثاني من دفتر الشروط بعنوان "دفتر العروض " حيث نجد أنه يتضمن:

*** البنود الإدارية والتقنية:**

وهي كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له أما البنود التقنية فهي تلك التي تتعلق بتسيير المرفق العام محل التفويض.

*** البنود المالية:**

وهي تلك البنود المتعلقة بالترتيبات المالية سواء للمفوض له أو السلطة المفوضة ومستعملو المرفق. وكما يجب ان تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفيات حسابه.

[1] أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

3-إعلان عدم الجدوى:

إستناداً إلى المادة 15 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر. أنه وعند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى، يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية ووفق الاشكال نفسها، وفي حال إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي.[1]

ب-التراضي:

يمكن أن يأخذ التراضي صيغتين: صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الإستشارة وهذا ما نصت عليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر[2]

أما التراضي بعد الإستشارة فإن السلطة المفوضة تقوم باختيار مفوض له من بين ثلاث مترشحين على الأقل وهو ما أكدته المادة 17 من نفس المرسوم في حين أنه إجراء يتم اللجوء إليه عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وكذا عند تفويض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء طلب العروض.[3]

أما التراضي البسيط وفق المادة 18 من المرسوم السالف الذكر فهو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية، ويتم اللجوء إليه في حالتين الأولى وتخص الخدمات التي تكون محل احتكار من طرف أحد المترشحين، والثانية المتعلقة بالحالات الاستعجالية المتمثلة في:

- عندما تكون اتفاقية مرفق عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ.
- إستحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.

---

(1) عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: مرجع سابق، ص: 66.

(2) أنظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر.

(3) عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: مرجع سابق، ص: 66.

- رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تحديد الآجال.[1]

ثانياً: إجراءات الإبرام:

للوصول إلى عقد تفويض المرفق العام كان لابد من المرور عبر ما يلي:

أ- العلنية(الإعلان):

من فحوى المادة 25 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر نصل إلى للإعلان على هذا العقد يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب إشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية[2]

ويجب أن يحتوي هذا الإعلان على مجوعة من البيانات حددتها 27 دائماً من نفس المرسوم على أن: " يجب أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة البيانات الآتية:

- تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورم تعريفها الجبائي، إن وجد،
- صيغة الطلب على المنافسة،
- موضوع وشكل تفويض المرفق العام،
- المدة القصوى للتفويض
- شروط التأهيل أو الانتقاء الاولى،
- قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح
- آخر أجل لتقديم ملف الترشح
- مكان إيداع ملف الترشح
- مكان سحب دفتر الشروط

---

(1) أنظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي، السالف الذكر.

(2) أنظر المادة 25، المرجع نفسه.

- دعوة المترشحين لحضور إجتماع فتح الأظرفة
- كيفيات تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة(لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض).

ملاحظة: يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة إلى تحديد آخر يوم وساعة إيداع الملفات من طرف المترشحين وأيضا إلى يوم وساعة فتح الأظرفة (العروض).

ضف أن المادة 28 تنص على ضرورة مراعاة جعل مدة تحضير العروض كافية لفتح المجال أمام أكبر عدد ممكن من المتنافسين وإمكانية تمديدها مرة واحدة بمبادرةٍ من السلطة المفوضة أو بطلب معلل من أحد المترشحين[1]

حيث أنه لا تؤخذ بعين الإعتبار كل الملفات التي يتم استلامها خارج الآجال المنصوص عليها في الإعلان وهذا ما ذهبت إليه المادة 29 على أن: "لا تؤخذ الملفات التي يتم استلامها بعد التاريخ أو الساعة القصوى المحددة في إعلان الطلب على المنافسة بعين الإعتبار." [2]

1)-ملف الترشح:

طبقاً لأحكام المادة 30 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر. أنه يجب أن يتضمن ملف الترشح على وثائق يقدمها المترشح حيث أنه مطالب بتقديم تصريح بالنزاهة. ونسخة من القانون الأساسي المنشئ للشركة ومستخرج لسجل التجاري الذي يثبت قيد هذه الشركة في السجل التجاري مع تقديم كذلك رقم التعريف الجبائي للمترشحين سواء الذين يخضعون للقانون الجزائري أو الاجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر.[3]

---

[1] عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: مرجع سابق، ص: 66.

[2] أنظر المادة 29 من المرسوم التنفيذي، السالف الذكر.

[3] أنظر المادة 30، المرجع نفسه.

ب-عمل لجنة الاختيار وانتقاء العروض:

تتكون هذه اللجنة من 06 موظفين مؤهلين من بينهم الرئيس يعينهم مسؤول السلطة المفوضة ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر وهذا وفق المادة 75 من نفس المرسوم التنفيذي السالف الذكر حيث انها تقوم بعملها على مرحلتين:

1)-المرحلة الاولى:

الرجوع إلى نص المادة 31 الفقرة الاولى (01) نجد أنه: اللجنة تقوم من خلال جلسة علنية بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوظائف المقدمة من طرف لمترشحين.

2)-المرحلة الثانية:

طبقاً للفقرة 02 من المادة 31 والمواد 35، 37، 39 [1] على أنه في هذه المرحلة وفي اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة وفي جلسة مغلقة تقوم بدراسة ملفات الترشح، ثم تعد قائمة عروض المترشحين مرتبة ترتيباً تفضيلياً حسب النقاط المحصل عليها.
تفاوض اللجنة المترشح او المترشحين المقبولين والمؤهلين، وتقترح على مسؤول السلطة المفوضة المترشح الذي يتم إنتقاؤه وقدم أحسن عرض.

أما فيما يخص التراضي، ففي حالة التراضي بعد الاستشارة فتقوم اللجنة بدعوة ثلاثة (03) مترشحين مؤهلين على الأقل من أجل تديم عروضهم وفقاً لدفتر الشروط وهذا ما ذهبت إليه المادة 37 من المرسوم السالف الذكر، أما عن المادة 39 من نفس المرسوم التنفيذي حيث نستشف منها أنه في حالة التراضي البسيط فاللجنة تقوم بدعوة المترشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه[2].

---

[1] أنظر المواد 31، 35، 37 و 39، المرسوم التنفيذي، السالف الذكر.

[2] أنظر المواد 37، 39، من المرسوم نفسه.

جـ- قرار المنح المؤقت والطعن فيه:

بالرجوع إلى نص المادة 41 من نفس المرسوم نجدها تنص على: "يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت وفقاً لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه ويتم إشهار هذا القرار وفق نفس الكيفيات المنصوص عليها في المادة 25 من هذا المرسوم..."[1]

حيث أنه ووفق الفقرة الأولى من نفس المادة يتم إشهار قرار المنح المؤقت في حالتي طلب على المنافسة والتراضي بعد الاستشارة بجميع الوسائل المتاحة، حسب حجم ونطاق نشاط المرفق.

عندها يمكن مترشح محتج عليه أن يرفع طعناً لدى الجهة المختصة قانوناً في أجل لا يتعدى عشرين يوماً إبتداءاً من تاريخ إشهار هذا القرار، لكي تتخذ قرارها المعلل بخصوصه في أجل عشرين يوماً وتبلغه إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن.[2]
وهذا حسب ما نصت عليه المادة 42 من نفس المرسوم.[3]

د-إبرام الملحق:

1)-تعريف الملحق:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته 136 حيث أنها تنص على:
"يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبـرم في جميع الحـالات إذا كان هدفه زيادة

(1) أنظر المادة 41، المرسوم التنفيذي 199/18،السالف الذكر.
(2) خلدون عيشة، عمرية فضة، قصري مسعودة: مرجع سابق، ص: 67.
(3) أنظر المادة 42 من المرسوم التنفيذي، السالف الذكر.

الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة..."[1]

2)-إبرام الملحق:

ومن خلال هذا المنطق فإنه يمكن للسلطة المفوضة ان تلجأ لإبرام الملحق في عقد تفويض المرفق العام أن لا يكون خارج الآجال التعاقدية وهذا ما ذهب إليه نص المادة 58 من نفس المرسوم. في حين وطبقاً لأحكام المادة 59 من نفس المرسوم نستشف ما يلي:

-ان لا يكون مضمونه اي الملحق تعديل مدة الاتفاقية او إنجاز استثمارات أو خدمات تكون على عاتق المفوض له صاحب الامتياز أو تعديل مدة الاتفاقية ماعدا ما نص عليه القانون.[2]

هـ-المناولة:

1)-تعريف المناولة:

عقد المناولة على انه رابطة عقدية بموجبها يلزم المتناول بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية بتكليف من المتعامل المتعاقد وطبقاً للشروط والكيفيات المحددة في التنظيم الجاري به العمل وتحت مسؤولية المتعامل المتعاقد.[3]

2)-إبرام عقد المناولة:

من خلال ما تقدم من تعريف نجد أنه يمكن لصاحب عقد التفويض أن يعهد لشخص آخر طبيعي أو معنوي يسمى المناول بتنفيذ جزء من إتفاقية التفويض، شريطة أن تنص الاتفاقية على ذلك وتصدر الموافقة امسبقة للسلطة امفوضة على اختيار هذا المناول وأن يتضمن هذا

---

[1] المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

[2] انظر المادة 59 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[3] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 60.

الجزء انجاز أربعون في المائة (40%) من منشآت أو اقتناء الممتلكات الضرورية لإقامة لمرفق العام أو سيره، مع تحمل المفوض له صاحب عقد التفويض مسؤولية تنفيذ هذا الجزء امام السلطة المفوضة وهذا ما ذهبت إليه المواد 60 و61 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر[1].

الفرع الثاني: انتهاء اتفاقية عقد التفويض وفسخها.

إن اتفاقية تفويض المرفق العام عقد تسيير المرافق العامة بمقتضاه يلتزم المفوض له بنود العقد من أجل تحقيق أهداف المرفق دون الاخلال بها، وتحقيق الصالح العام دون أن تكون له يد في الاخلال ببنود العقد، أو أن يكون هناك اتفاق بينه وبين السلطة المفوضة لوضع حدٍ لعقد التفويض وهو ما سنتناوله كما يلي:

أولا: إخلال المفوض له بالتزاماته:

عند تفحصنا للمادة 62 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر نجد أن:

يمكن السلطة المفوضة من توجيه إعذارين له لتدارك النقائص المسجلة عليه في الآجال المحددة التي بانقضائها تطبق عليه الغرامات المنصوص عليها في اتفاقية التفويض، وفي حال استمراره في الاخلال بالتزاماته تقوم السلطة بفسخ عقد التفويض من جانب واحدٍ دون أي تعويض للمفوض له صاحب عقد التفويض.[2]

ملاحظة:

حسب الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

---

[1] أنظر المواد 60، 61 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[2] عيشة خلدون، عمرية فضة، مسعودة قصري: مرجع سابق، ص: 67.

ثانيا: ضمان الحفاظ على الصالح العام:

تنص المادة 64 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر: "يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، عند الإقتضاء، من جانبٍ واحدٍ، قصد ضمان إستمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له طبقاً لبنود اتفاقية التفويض..."

من نص المادة يمكن أن القول، للحفاظ على الصالح العام واستمرارية المرفق العام يمكن للسلطة المفوضة كذلك فسخ اتفاقية التفويض من جانب واحد مع التحديد لمبلغ التعويض الذي ستمنحه السلطة المفوضة إلى المفوض له طبقاً لبنود العقد.

ثالثا: القوة القاهرة:

أ-تعريف القوة القاهرة:

ينتمي عقد تفويض المرفق العام بحكم القانون في حالة القوة القاهرة إذا توافرت شروطها، فالقوة القاهرة هو ذلك الحدث الخارجي غير المتوقع ولا يمكن رده ويحول دون تنفيذ العقد.[1]

بالرجوع إلى الفقرة الثانية (02) من المادة 64 نجد أن: "...كما يمكن السلطة المفوضة اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض، من جانب واحد، في حالة القوة القاهرة وبدون أي تعويض للمفوض له".[2]

مما سبق: يمكن القول، السلطة المفوضة في حالة القوة القاهرة والتي هي حدث خارج عن إرادة الطرفين، حيث لها المكَنَة من فسخ العقد من طرفها دون إشراك الطرف المتعاقد معها وبدون أي تعويض كذلك.

---

[1] سامي حاشمي: مرجع سابق، ص: 67.

[2] أنظر المادة 64 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

رابعا: الاتفاق الودي(الفسخ الاتفاقي):

1)-تعريف الفسخ:

الفسخ حق من الحقوق التي تركها التنظيم للأطراف المتعاقدة يتم اللجوء غليه في حالات خاصة، إذ يمثل قطعاً للعلاقة التعاقدية ويتم اللجوء إلى فسخ الصفقة إما باتفاق الطرفين، أو جانب واحد.[1]

2)-مفهوم الفسخ الاتفاقي أو التعاقدي:

وإلى جانب الفسخ الأحادي (من جانب واحد) اجازت المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15-247 اللجوء للفسخ التعاقدي للصفقة عندما يكون مبرراً بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد وحسب الشروط المتفق عليها في العقد او الصفقة. وهنا تقترب الصفقة من العقد المدني.[2]

وبالرجوع إلى نص المادة 65 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر نجدها تنص على: "يمكن ان يتم فيه اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام"[3]

وما يمكن استخلاصه هو أنه إتفاق بين المفوضة وصاحب التفويض حول فسخ عقد التفويض حسب الكيفيات المنصوص عليها في الإتفاقية والمحددة لكيفيات حساب التعويض لصالح المفوض.

---

[1] النوي خرشي: الصفقات العمومية(دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2018، ص: 378.

[2] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 35

[3] المادة 65 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

المطلب الثاني: الرقابة على تفويض المرفق العام وتسوية نزاعاته:

لما كان بتفويض المرفق العام بمختلف أساليبه وأنواعه صلة بالمرفق العام والمصلحة العامة، فإنه أضحى من الضروري إخضاعه لصور شتى والرقابات تلازم مختلف مراحله سواءً قبل إبرام العقد وأثناء التنفيذ والتي قد تثور نزاعات ناتجة عند الإبرام او التنفيذ، وهو الشيء الذي يقتضي التطرق إلى انواع الرقابات المفروضة على تفويض المرفق العام(افرع الأول، وكذا تسوية النزاعات التي قد تظهر بمناسبة ذلك(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة على تفويض المرفق العام:

ولقد جاءت المادة 74 من المرسوم التنفيذي 199/18[1] المتعلق بتفويض المرفق العام علنة أن الرقابة على تفويضات المرفق العام تشمل مراحل التفويض ي قبل إبرام عقد التفويض وأثناء تنفيذ عقد التفويض وقد صنف الفصل الرابع من المرسوم التنفيذي السالف الذكر أنواع الرقابات من رقابة قبلية (أولاً) وذا الرقابة البعدية (ثانيا) حيث سنتناول ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً:الرقابة القبلية:

وتكون عن طريق ما تنشئه السلطة المفوضة في إطار كل من الرقابة الداخلية من لجنة الاختيار وانتقاء العروض المكلفة بعدد من المهام من فتح العروض وفحصها وأثناء المفاوضات وكذا في إطار الرقابة الخارجية من لجنة تفويضات المرفق العام بعنوان كل من الولاية والبلدية المكلفة بالموافقة على مشاريع كل من دفاتر الشروط. واتفاقيات التفويض والملاحق وكذا منح التأشيرات للإتفاقيات المبرمة ودراسة الطعون التابعة لها.[2]

---

[1] أنظر المادة 74 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[2] عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: مرجع سابق، ص: 68.

أ-الرقابة الداخلية:

تنص المادة 75 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر على إنشاء لجنة مكلفة باختيار وانتقاء العروض حيث سنتناول تشكيلة هذه اللجنة ومهامها.

1)- تشكيلة اللجنة:

تحدث السلطة المفوضة في إطار الرقابة الداخلية لجنة تتكون من 06 موظفين مؤهلين من بينهم الرئيس ويمكن لهاته اللجنة وفي إطار التعامل من أجل الأداء الحسن لها فإنه يمكن لها الاستفادة بخبرات كل شخص حسب كفاءته وذلك لتنوير أشغالها وحسب ما ورد في نص المادة 75 الفقرة الاولى (01) والفقرة الثانية (02).[1]

- وذلك للتأكيد على مبدأ الجماعية في متابعة وتسيير المرافق العامة.

2)- مدة العضوية:

بالرجوع إلى نص المادة 76 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر نجدها قد اشترطت عنصر المؤهل والكفاءة في الاعضاء المكونين الذي يشملهم مقرر إنشاء لجنة اختيار وانتقاء العروض ومما لا شك فيه. أن لكل مرفق عمومي خبراء وفنيون مؤهلون تستعملهم وتستفيد منهم وقت الحاجة[2]، وقد حددت هذه العضوية بثلاث سنوات قابلة للتجديد.

3)- مهام اللجنة:

بالرجوع إلى نص المادة 77 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر قد حددت مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض وحصرها فيما يلي:

---

(1) أنظر المادة 75 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

(2) عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 73.

3)-1- عند فتح العروض:

- تتولى اللجنة تثبيت ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص فعملها يفرض عليها التوثيق والتسجيل لكل الملفات تبعاً لتاريخ ورودها. ضف أن لها كل الحرية في التأكد من ذلك.

- حيث وأنه طبقاً للمطة الثانية من المادة 77 السالفة الذكر فإن لجنة اختيار وانتقاء العروض هي من تتولى فتح الأظرفة إلاّ أن المشرع لم يشر إلى الحضور الوجوبي أو الجوازي للمترشحين أنفسهم وعن طريق موكليهم حيث اكتفى بذكر أعضاء اللجنة فقط، ربما الشيء الذي قد سيضفي على هذه المرحلة نوع من الوضوح والعلانية والشفافية أكثر.

- حيث ومن بين مهامها أيضاً إعداد وصف مفصل للوثائق التي تتكون منها كل عرض.[1]
- تحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة، ويقوم بتوقيع هذا المحضر جميع أعضاء اللجنة الحاضرين إلا أن المشرع الجزائري في هذا المرسوم لم يشر إلى التحفظات التي قد تثار أثناء انعقاد اللجنة من طرف أعضائها.

- تحرير محضر بعدم الجدوى عند الإقتضاء يوقعه جميع الأعضاء الحاضرون.[2]
- حيث أن هذه اللجنة تقوم بتسجيل أشغالها في هذه المرحلة في سجل خاص أعد لهذا الغرض ويكون هذا السجل مرقم ومؤشر عليه من طرف السلطة المفوضة.

3)-2- بعنوان فحص ملفات التعهد:

بالرجوع إلى نص المادة 77 السالفة الذكر نجدها قد فصلت في نقاط فحص ملفات التعهد وفق ما يلي:

---

[1] النوي خرشي: مرجع سابق، ص: 393.

[2] النوي خرشي: المرجع نفسه، ص: 393.

– حيث أن لجنة اختيار وانتقاء العروض تقوم بدراسة الضمانـات الماليـة والمهنيـة والتقنيـة المقدمة من طرف كل مترشـح وكذا فحص مـدى كفاءتهم وقدراتهم المطلوبـة أو المقدمة من أجل تسيير المرفق العام، وذلك طبعاً مقارنة لما هو موجود في دفتر الشروط.

– إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط[1].

–وهي بصدد إعداد قائمة المرشحين المقبولين فهي تتولى مهمة تحليل العروض المتبقية بعد عملية الإقصاء عل أساس المعايير المحددة والمنهجية المذكورة في دفتر الشروط، فاللجنة تحتوي على العنصر البشري المؤهل وبامكانها استبعاد ما تراه في هذه الحالة وتقييم الباقي بالاستناد دائماً للدليل والمرجع العام والمتمثل في دفتر الشروط[2].

–كذلك في هذه المرحلة فاللجنة ملزمة بتحرير محضر خاص باجتماع اللجنة يوقع من طرف جميع الأعضاء الحاضرين خلال جلسة فحص ملفات التعهد.

– كذلك نفس الشيء تقوم اللجنة بتحرير محضر عدم الجدوى.

– يوضع تحت تصرف اللجنة سجل مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة لتسجيل أشغالها يوقع من طرف جميع الأعضاء.

" فالسجلات في أي تنظيم إداري عبارة عن أحداث حفظ، وأداة إثبات، تستعمل عند ممارسة كل رقابة والرد على كل احتجاج او طعن وقد يستعملها القضاء الإداري عند الحاجة أو القضاء الجزائي."[3]

---

[1] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية،القسم الثاني، مرجع سابق، ص: 77.

[2] عمار بوضياف: المرجع نفسه، ص:77.

[3] عمار بوضياف: المرجع نفسه، ص:75.

3)-3- عند فحص العروض:

دائما وطبقاً لنص المادة 77 حيث أن لجنة اختيار وانتقاء العروض تواصل مهمتها بعد انتهائها من فحص ملفات التعهد وتخلص إلى المرحلة الاخيرة والتي هي فحص العروض وفق ما يلي:

- تتولى مهمة تحليل العروض المنتقاة أولياً ودراستها أي أن اللجنة تستبعد كل العروض أو الترشيحات غير المطابقة.

- اللجنة وهي مخولة قانوناً بفحص العروض وإن تبين لها أن العرض المقدم غير مطابق للمعايير المطلوبة أو الموضوعة في دفتر الشروط فلها القدرة على إقصاء هذه العروض.

- مرحلة فحص العروض واستخراج العرض الملائم فاللجنة ملزمة بإعداد قائمة لأسماء الفائزين تكون مرتبة ترتيباً تفضيلياً أي انطلاقًا من العرض الأحسن الفائز إلى العرض الأقل الفائز.

- كما تتولى اللجنة وبمناسبة فحصها للعرض إعداد محضر إجتماع يكون موقع من طرف جميع الأعضاء الحاضرين للجلسة حيث يمكن أن يكون لهذا المحضر قوة الثبوتية قد تلجأ إليه السلطة المفوضة في مواجهة الغير.

- اعداد محضر تسجل فيه عدم الجدوى

- تتولى اللجنة تسجيل جميع أشغالها المتعلقة بدراسة العروض في سجل مرقم ومؤشر من طرف السلطة المفوضة.

- توجيه دعوة كتابية للفائزين المرتبين ترتيبا تفضيلياً من أجل استكمال عروضهم وهذا في حالة اذا تبين أن الأوراق الناقصة غير مقصية وقابلة للاستكمال.[1]

[1] أنظر المادة 77 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

3)-4 -عند المفاوضات:

بعد الانتهاء من عملية فحص العروض وبالرجوع الى نص المادة 77 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر نجد أن في هذه المرحلة أنه عن طريق مسؤول السلطة المفوضة يمكن الوقوف على ما يلي:

- أن تقوم السلطة المفوضة باستدعاء المترشح أو المترشحين الذي تم انتقائهم والمعنيين بالمفاوضات.
- التفاوض يكون مع كل مترشح على حدى مع احترام والتقيد باتفاقية التفويض المشار اليها في المادة 48 من هذا المرسوم[1]
- اعداد محضر خاص بكل تفاوض.
- تحرير محضر يسجل فيه قائمة العروض المدروسة من طرف اللجنة وهذا بمناسبة التفاوض على أن تقوم بترتيبها ترتيباً تفضيلياً.
- وفي نهاية عملها تقوم اللجنة باقتراح المترشح الفائز بالعرض والذي قدم أحسن عرض لمنحه التفويض

ب-الرقابة الخارجية:

استنادا الى نص المادة 78 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر[2]، تمارس الرقابة الخارجية على تفويضات المرفق العام أجهزة إدارية متعددة ومختلفة فيوكل إليها مهمة الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام وملاحقها وكل من دفاتر الشروط ومنح التأشيرات حيث هي الأخرى يحدد نظامها الداخلي وتشكيلتها الموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة حيث سنفصل ذلك كما يلي:

---

(1) أنظر المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

(2) أنظر المادة 78، المرجع نفسه.

1)- تشكيل اللجنة:

استنادا الى نص المادة 79 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر حيث نجد أن اللجنة تتشكل من:

1)-1- بعنوان الولاية:

هذه اللجنة الولائية تتشكل من:

- ممثل عند الوالي المختص إقليميا، رئيساً.
- ممثلين (02) عن السلطة المفوضة.
- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي.
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية.
- ممثل عن المديرية الولائية للأملاك الوطنية.

1)-2- بعنوان البلدية:

هي الأخرى تتشكل من:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيساً.
- ممثلين (02) عن السلطة المفوضة.
- ممثل عن المجلس الشعبي البلدي.
- ممثل عن المصالح الممركزة للاملاك الوطنية.
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.[1]

[1] المادة 79 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

تتدرج اتفاقيات تفويض المرفق العام التي تبرمها مؤسسة عمومية ذات طابع اداري، ضمن اختصاص لجنة تفويض المرفق العام المنشاة على مستوى السلطات التي تمارس الوصاية عليها.[1]

1)-3- تعيين أعضاء اللجنة المكلفة بالرقابة الخارجية:

بالرجوع الى نص المادة 80 من نفس المرسوم التنفيذي[2] نجد:

قرار تعيين أعضاء اللجنة أن المسؤول المباشر للسلطة المفوضة منح له القانون تعيين الأعضاء الذين يتم اختيارهم وفق كفاءتهم وخبرتهم ويكون ذلك بناء على اقتراح السلطات التي ينتمون اليها ومدة العضوية محدودة (محددة) وقابلة للتجديد.

1)-4- مهام هذه اللجان المكلفة بالرقابة الخارجية:

بالرجوع الى نص المادة 81 من نفس المرسوم التنفيذي السالف الذكر نجد أن مهام هذه اللجنة يتلخص فيما يلي:

- تتولى الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط
- تتولى الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام ومراقبة الاجراءات المتبعة لانتقاء المفوض له.
- الموافقة على مشاريع الملاحق.
- منح التأشيرات.
- دراسة الطعون والفصل فيها.[3]

---

[1] أنظر المادة 79 من المرسوم التنفيذي 199/18، مرجع سابق.

[2] أنظر المادة 80، من المرسوم التنفيذي نفسه.

[3] أنظر المادة 81، من المرسوم التنفيذي نفسه.

ثانيا: الرقابة البعدية:

بالرجوع الى نصوص المواد 82، 83 من نفس المرسوم نجد أن:
تتجسد الرقابة البعدية انطلاقا من المراقبة الميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة وكذا التقارير السداسية المعدة من قبل المفوض له، التي تقوم بها السلطة المفوضة التي يجب عليها عقد اجتماع واحد على الأقل كل 03 أشهر مع المفوض له لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام، وإعداد تقرير شامل يرسل للسلطة المفوضة عند الاقتضاء.[1]

الفرع الثاني: التسوية الودية للنزاعات:

يتم عند حدوث نزاع بين السلطة المفوضة والمفوض له في تنفيذ الاتفاقية من خلال اللجوء الى لجنة التسوية الودية التي تنشأ لدى كل مسؤول عن السلطة المفوضة بعنوان البلدية والولاية، والمكونة من أعضاء أكفاء غير معنيين بإجراءات ابرام ومراقبة تنفيذ اتفاقيات التفويض، بحيث يرسل اليها الشاكي سواء كان السلطة المفوضة له تقريراً مفصلا عن شكواه مرفق بوثائق ثبوتية عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام.[2]
حيث أنه سنتطرق الى ذلك بشيء من التفصيل عبر ما يلي:

أولا: الآلية القانونية للتسوية الودية:

إن من أهم الأدوات والأحكام التي حملها المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر أنه نص بموجب المادة 70 من نفس المرسوم أنه "يجب على السلطة المفوضة والمفوض له، في حالة وجود خلاف بينهما في تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، البحث عن حلول ودية، من خلال اللجوء الى لجنة التسوية الودية للنزاعات

(1) عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: مرجع سابق، ص: 68.
(2) عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: المرجع نفسه، ص:68.

المنصوص عليها في المادة 71 أدناه."[1] من خلال نص المادة أوجب المشرع على أطراف الاتفاقية البحث عن تسوية نهائية وفي أسرع وقت وتكون بأقل تكلفة، لأنها تكون بين الأطراف دون اللجوء الى القضاء وما ستتبعه من إجراءات معقدة وطويلة ومكلفة.

ويكون ذلك أمام لجنة خاصة وبتشكيلة جديدة غير تلك المكلفة باختيار وانتقاء العروض وهو ما سنتطرق اليه كما يلي:

أ-تشكيلة اللجنة المكلفة بالتسوية الودية للنزاعات:

نصت المادة 71 من المرسوم 199/18 السالف الذكر عند إنشاء لجنة يؤول لها اختصاص دراسة وفض النزاعات التي تتولد بمناسبة تفويض المرفق العام حيث وأنها تتشكل بعنوان الولاية من:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيساً.
- ممثل عن السلطة المفوضة
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية
- ممثل عن المديرية الولائية للأملاك الوطنية.

وكذلك بعنوان البلدية فهي تتشكل من:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيساً.
- ممثل عن السلطة المفوضة
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأملاك الوطنية
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية [2]

---

[1] أنظر المادة 71 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[2] أنظر المادة 71، المرجع نفسه.

ملاحظة:

حيث أنه تتدرج النزاعات الناشئة عن اتفاقية التفويض المبرمة مع مؤسسة ذات طابع اداري ضمن اختصاصات اللجنة المكلفة بتسوية النزاعات ودياً.

ثانيا: مهامها واختيار أعضاءها

أ-مهام اللجنة:

بالرجوع الى نص المادة 71 من المرسوم التنفيذي الفقرة الأولى (01)[1] بقولها: " وتختص هذه اللجنة بدراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها". إن لجنة التسوية الودية للنزاعات يتعلق اختصاصها الحصري بالنزاعات.[2] والتي تحدث بين السلطة المفوضة والمفوض له فقط أثناء مرحلة التنفيذ.

ب-اختيار أعضاء اللجنة:

دائما وفي نفس المرسم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام نجد أن المادة 72[3]، منه تنص على كيفية اختيار وانتقاء الأعضاء المكونين لها مع الامكانية لها كذلك بالاستعانة على سبيل الاستشارة بخبراء وفنيين لهم الاختصاص المرتبط بالمرفق العام المفوض، من أجل تنوير اللجنة في انشغالها.

والجدير بالذكر أن رئيس اللجنة يعين بصفته مقرراً من ضمن أعضاء اللجنة

---

[1] أنظر نص المادة 71 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر

[2] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص: 148.

[3] أنظر المادة 72 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

ثالثا: الاجراءات المتبعة أمام اللجنة:

أجازت المادة 73[1] بصريح النص لكل من السلطة المفوضة او امفوض له عرض النزاع أمان لجنة التسوية، حيث يتولى كل من الطرف الشاكي إرسال تقريره المفصل الذي يحتوي على جميع الوثائق التي يدعم بها شكواه بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، حيث أن المشرع لم ينص على إمكانية إيداع التقرير المفصل مباشرة أمام لجنة التسوية فقد سكت عن ذلك.

يخضع سير اللجنة المكلفة بالتسوية الودية للنزاعات إلى نظام داخلي يعد مسبقاً من قبل مسؤول السلطة المفوضة والمخولة بذلك.

المطلب الثالث: علاقة المفوض له مع المستخدم وممتلكات المرفق:

إن العلاقة بين المنتفعين والمفوض له هي إلتزام يتمثل في تقديم الخدمة من المفوض له إلى المنتفعين مقابل دفع رسم محدد قانوناً حيث سنتطرق إلى هذه العلاقة(الفرع الأول)
أما عن إستخدام ممتلكات المرفق والآثار المترتبة عليها نستعرضها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العلاقة بين المفوض له ومستخدمي المرفق العام

إن أهم حق المنتفعين هو حق الإنتفاع بالخدمة بصفة متساوية بين كل المنتفعين فلهم الحق مطالبة الإدارة من أجل التدخل وذلك لإجبار المفوض له على تنفيذ إلتزاماته[2] وإذ ما أحل المفوض له بإلتزاماته جاز للمنتفعين طلب تدخل الإدارة لحماية مصالحهم فعقود التفويض تحتوي على شروط تنظيمية والخروج عن هذه الشروط يعني مخالفة لقاعدة تنظيمية.[3]وعليه فإنه تقع على عاتق المفوض مجموعة من الإلتزامات ناتجة عن العلاقة (أولاً) والإمكانات

---

[1] أنظر المادة 73، من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[2] سامي حاشمي: مرجع سابق، ص: 60.

[3] سهيلة فوناس: مرجع سابق، ص: 250.

الممنوحة من طرف السلطة لمستخدمي المرفق (ثانياً) والآثار الناتجة عن هذه العلاقة (ثالثاً).

أولاً: التزامات المفوض له:

بالرجوع إلى نص المادة 84 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر بقولها: "يلزم المفوض له، طول مدة إستغلال المرفق العام وحسب طبيعة هذا الإستغلال، بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية بخصوص إستخدام المرفق العام، لاسيما منها مبلغ الاتاوي أو التعريفات وساعات العمل والمستفيدين المعنيين من المرفق العام"[1] من نص المادة أعلاه يبدوا أن المشرع تشدد في التذكير بأهم الغلتزامات حتى يضمن علانية المعلومات وهذا لتكريس مبدأ الشفافية وكذا المبادئ الاخرى التي تحكم سير المرافق العامة.

ثانياً: الإمكانات الممنوحة لمستخدمي المرفق:

بالرجوع إلى نص المادة 85 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر في محتوى المادة أنه المفوض له ملزم بفتح سجل خاص مؤشر من السلطة المفوضة من أجل تدوين اقتراحاتهم وشكاويهم، وفي حال إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له وعدم احترامه لشروط استغلال المرفق المعنى والمساس بأحد مبادئ تسييره وسوء استغلاله[2]. وبهذا يكون مستخدمي المرفق آلة في يد السلطة المفوضة لمراقبة المفوض له ومدى استغلاله الحسن وفق الشروط المتفق عليها.

وهذا ما ذهبت إليه المطة الاولى(01) والثانية(02) والثالثة (03) والرابعة (04) من نص المادة 86 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

---

(1) المادة 84 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

(2) عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: مرجع سابق، ص: 68.

ثالثاً: الآثار الناتجة عن الإخلال بهذه الإلتزامات:

وأنه بالرجوع إلى نص المادة 86 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر نجد: "... وفي هذه الحالات، تضع السلطة المفوضة، فوراً، لجنة تحقيق تعد تقريراً في هذا الشأن، وتتخذ جميع التدابير اللازمة لتدارك الوضع".[1]

اي أنه في حال إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له وعدم إحترامه لشروط إستغلال المرفق المعني والمساس بإحدى مبادئ تسيير وسوء إستغلاله، وحينها تكلف السلطة المفوضة لجنة تحقيق بإعداد تقرير في هذا الشأن لتتخذ التدابير اللازمة لتدارك الوضع"[2].

الفرع الثاني: إستخدام ممتلكات المرفق العام:

عند نهاية عقد التفويض. تخضع ممتلكات المرفق العام سواءً تلك التي أنجزها أو اقتناها المفوض له في عقد التفويض، أو تلك التي أنجزتها أو إقتنتها السلطة المفوضة طيلة مدة تنفيذ الاتفاقية للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.[3]

حيث نصت المادة 67 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر بقولها:" تخضع جميع الممتلكات الضرورية لاستغلال المرفق العام، سواءً تلك التي أنجزها أو اقتناها المفوض له او تلك التي أنجزتها أو اقتنتها السلطة المفوضة، طيلة مدة تنفيذ إتفاقية تعويض المرفق العام، للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، لاسيما منها القانون رقم 30/90 المؤرخ في أول ديسمبر 1990، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه"[4]

بحيث لا يمكن لصاحب التفويض استعمالها في غير موضع نشاط المرفق المعنى بالتفويض

---

(1) المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

(2) عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: مرجع سابق، ص: 68.

(3) عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: المرجع نفسه، ص: 68.

(4) أنظر المادة 67 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.

وإلاّ يُطَالَب بتقديم تعويض لصالح السلطة المفوضة بحسب وفقاً لبنود اتفاقية التفويض وهذا ما ذهبت إليه المادتان 68، 69 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر.

أما فيما يخص تحويل ممتلكات المرفق العام إلى السلطة المفوضة عند نهاية اتفاقية التفويض فيتم بعد الجرد الذي يقوم به إما الطرفان وفقاً لبنود إتفاقية التفويض أو التمييز المتفق عليه، مع ضرورة مراعاة الإجراءات المحددة والواجب مراعاتها عند تضررها.[1]

[1] عيشة خلدون، فضة عمرية، مسعودة قصري: المرجع سابق، ص: 68.

خلاصة الفصل الأول:

تطرقنا في الدراسة النظرية لعقد تفويض المرافق العامة والذي هو أهم العقود الإدارية، من خلال عدة تعاريف فقهية وتشريعية أن موضوعه يدور حول تسيير وإستغلال المرفق العام، وذلك بانه عقد يبرم بين أشخاص القانون العام والتي قد تكون (الدولة أو الجماعات المحلية او المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري) مع أحد أشخاص القانون العام او الخاص.
وحيث وأنه يقوم على أسس مرتبطة به والعلاقة التعاقدية القائمة بين طرفي العقد، وإستغلال المرفق والمقابل المالي نظير ذلك وفي ظل مدة زمنية محددة.

حيث وأنه لا يتحقق ذلكظن إلا بتواجد الأطرف فالطرف الأساسي يتمثل في السلطة المفوضة، والمفوض له وجمهور المنتفعين وذلك وفق علاقة قانونية تنظم ذلك.

ضف أن المرفق العام يخضع في سيره لمبادئ أساسية، من مبدأ الاستمرارية، والتي تتضمن من تقييد حق الإضراب والإستقالة وعدم جواز الحجز على أموال هذا المرفق، مع مراعاة الحالة القانونية للموظفين القائمين على سير هذا المرفق سواء في الظروف العادية او الإستثنائية.

إلى مبدأ المساواة سواء في الانتفاع من خدمات المرفق او الالتحاق به، وحيادته، وقابليته للتغير والتكيف حسب المستجدات، وكذا المبادئ الجديدة من مبدأ النوعية إلى مبدأ الشفافية حيث ومن خلال تطرقنا إلى صغ الإبرام نجد أن هناك صيغتين على التوالي الطلب على المنافسة، التراضي كحالة إستثنائية، حيث تقوم على مبدأ العلانية (الإعلان) وتقديم ملف الترشح، وغن هناك لجنة الإختيار وإنتقاء العروض وبإصدارها لقرار المنح المؤقت والذي يمكن ان يكون فصل طعن أمامها. ضف إلى إجراءات إبرام الملحق وعقد المناولة.

وإن عقد التفويض كغيره من العقود المحددة المدة فلابد له من نهاية وفسحة، حيث يتوقف ذلك سواءاً على إخلال المفوض له بإلتزاماته، او أن الإدارة قدرت ذلك حفاظاً على الصالح العام، أو لسبب خارجٍ عن إرادة الطرفين (القوة القاهرة)، أو عن طريق فسخ إتفاقي.

وعقد التفويض خاضع للرقابة سواء القبلية أو البعدية حيث تتولى ذلك لجان مختصة حسب مستوى التفويض، كما يمكن أن تثور كذلك نزاعات يتم تسويتها ودياً من طرف لجنة يتم اختيار أعضائها وتتبع في عملها إجراءات محددة قانوناً.

الفصل الثاني

طرق تفويض المرافق العامة

الفصل الثاني:
طرق تفويض المرافق العامة

إن الحديث عن الطرق غير المباشرة في إدارة المرافق العامة، فذلك يعني ان اشخاص القانون الخاص او العام هي من تقوم بإدارة وتسيير هذه المرافق بدل الأشخاص الإدارية المنشئة لهذه المرافق العامة، ويكون ذلك بموجب إتفاقية تبرم بينهم وبين الادارة.

ويطلق على هذه الاتفاقية تفويض المرفق العام، والذي يعني الانتقال من طريقة الادارة المباشرة غلى طرق الادارة غير المباشرة لتسيير المرفق العام والسبب في ذلك هو تقليص العبء المالي وكذلك تقديم أفضل الخدمات.

وقد جاءت هذه النظرة المستحدثة لتسيير المرافق العامة نتيجة لاجتهادات قضائية وفقهية فرنسية ثم انتقلت إلى الجزائر وصدرت بموجبها عدة قوانين قطاعية مختلفة ومراسيم رئاسية تنظم ذلك. حيث نظم المشرع الجزائري تفويضات المرفق بموجب مرسوم تنفيذي 18-199 ضف إلى الإقتصاد المختلط وعقد البوت« **B.O.T** »، وكل من هذه الأساليب سوف نتطرق إليها من خلال هذا الفصل وفي مبحثين نتطرق فيهما إلى مفهوم كل أسلوب.

المبحث الأول: التفويض الإتفاقي للمرفق العام

لقد نصت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15[1] على تعريفاً لتفويض المرفق العام، والذي يشتمل على أسس محددة ما إن توفرت نكون أمام عقود تفويض مرفق عام أما المادة 210 من نفس المرسوم [2] حددت مجموعة من العقود تندرج تحت مفهوم تفويض المرفق العام ولكن ليس على سبيل الحصر بل المشرع اعطى الحرية المطلقة للسلطة المفوضة في

[1] أنظر المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

[2] أنظر المادة 210، من المرسوم الرئاسي نفسه.

إنشاء صور أخرى للتفويض وذلك وفق أسس. ويعد هذا اعتراف من المشرع الجزائري بآلية التفويض ومسايرة متطلبات المرافق العامة وذلك استنادا الى المادة 210 من المرسوم السالف الذكر.

المطلب الأول: من امتياز المرافق العامة الى ايجار المرافق االعامة.

الفرع الأول:عقد الامتياز.

أولا: مفهوم عقد الامتياز

عقد الامتياز باعتباره عقد اداري من العقود المسماة لارتباطه بتسيير المرافق العامة ذلك أنه في الأصل أن الادارة هي المكلفة بتسيير المرافق العمومية دون اللجوء الى الأشخاص الأخرى، ولتسليط الضوء على عقد الإمتياز وجب علينا التطرق إلى تعريفه فقهياً، تشريعياً وقضائياً وكذا الوقوف على الخصائص المميزة له.

أ- التعريف بعقد الإمتياز:

يقصد بأسلوب الامتياز أو عقد الالتزام إن تعهد الإدارة العامة مركزية كانت او لا مركزية إلى شخص طبيعي أو معنوي يدعى حامل الإمتياز أو الملتزم أمر غدارة وتسيير المرافق العامة لمدة محددة، حيث يتولى هذا على نفقته وبأمواله وعماله وأدواته وعلى مسؤوليته، مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المنتفعين وما يقدمه من خدمات لهم.

وعليه فإن استخدام هذا الأسلوب في ادارة المرافق العامة يتم بموجب عقد اداري يسعى "عقد الامتياز" او«عقد التزام المرافق العامة» والذي استقر الفقه والقضاء الاداريين على اعتباره عملا مركبا"[1]

[1] سعيد بوعلي، نسرين شريقي، مريم عمارة، مرجع سابق، ص: 173.

1)- التعريف الفقهي(التعريف الفقهي لعقد الامتياز):

أجمع أغلب الفقهاء أن عقد الامتياز أغلب العقود المسماة ولعله أشهرها على الاطلاق وسنحاول في هذا الصدد الوقوف على بعض التعاريف الهامة لإبراز الفقهاء.

1-1-عرف الدكتور محمود عاطف االبنة: "عقد امتياز المرفق العام عقد اداري يتم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص ((الفرد او الشركة) يتعهد بمقتضاه الملتزم (الفرد او الشركة)، بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقا للشروط الموضوعة لهن مقابل التصريح باستعمال المشروع لمدة محددة من الزمن واستلائه على الارباح، ويكون الاستغلال في صورة تصريح للملتزم بتحصيل رسم او اجر من المنتفعين"[1]

1-2-الاستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي يعرفه بأنه: "هو من طرق ادارة وتسيير المرافق العامة وعقد من العقود الادارية، يتمثل في اتفاق الادارة المتعاقدة او الملتزمة مع شخص خاص عادة يسمى الملتزم، بإدارة وتسيير وتشغيل أحد المرافق العامة لمدة معينة، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين والمستعملين للمرفق العام، مع تحمل مخاطر ذلك ربحا او خسارة ".[2]

2)- التعريف التشريعي:

من المتعارف عليه أن المشرع دائماً يفسح المجال للفقه والقضاء لإعطاء تعاريف لبعض المصطلحات القانونية غير أنه وبالرجوع لبعض القوانين والمراسيم نجده قد أدرج تعريفاً لعقد الإمتياز وذلك ما سنتطرق غليه من خلال ما يلي:

---

[1] محمود عاطف البنة: العقود الادارية، الطبعة الأولى، دار الفكر، مصر، 2007، ص: 15.

[2] محمد الصغير بعلي:العقود الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006،ص:15.

2-1-ولقد عرفه القانون 17/83 المؤرخ في 16 جوان 1983 والمتضمن قانون المياه المعدل بموجب الأمر 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 وتحديداً المادة 04 منه بقولها" عقد الإمتياز بأنه عقد من العقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصاً إعتبارياً عاماً قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية"[1]

2-2-وبالرجوع على المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام المادة 53 منه بقولها: " الإمتنياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة المفوض له إماّ إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وإمّا تعهد له فقط إستغلال المرفق العام".(الفقرة الاولى).[2]

من خلال هذه التعاريف نجد أن المشرع الجزائري إعتبر عقد الإمتياز من جهة وجهةاخرى الاشخاص العامة أو الخاصة كصاحب الإمتياز لتسيير وإستغلال مرفق عمومي مقابل إتاوات يتقاضاها من المنتفعين.

3)- التعريف القضائي:

من خلال القضية رقم 1950 فهرس رقم 11952 لسنة 2004 صدر عن مجلس الدولة الجزائري القرار الآتي "إن عقد الامتياز التابع للأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوه ولكنه مؤقت قابل للرجوع فيه".[3]

وهذا قضاء صائب وسليم من جانبه كما اعترف مجلس الدولة في ذات القرار للإدارة بحق استرداد المرفق إن رغبت في ذلك ولا يجوز لصاحب الامتياز التمسك بحق شخصي دائـم

---

[1] عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 357.

[2] المادة 53 الفقرة الاولى من المرسوم التنفيذي199/18، السالف الذكر.

[3] عمار بوضياف: عقد الإمتياز دوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، ص: 05.

اتجاه الإدارة.[1]

وكما نلاحظ أن القضاء الإداري في بعض الدول لم يَحِدْ عن هذا الرأي فالقضاء المصري مثلاً تبناه بصريح العبارة وذلك " إن الدولة وهي مكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة فإنها إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها لن تخرج الملتزم في إدارته إلى أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في امر هو اخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة اخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله وفي هذا السبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما إقتضت المصلحة العامة ذات التدخل... ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله...أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعاً وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام...[2]

ب- خصائص عقد الإمتياز:

من خلال ما سبق من تعاريف مختلفة نجد أن عقد الامتياز مثله مثل ما في العقود له مجموعة من الخصائص وهي:

1)- عقد الامتياز عقد إداري:

إذ يعتبر عقد الامتياز عقداً إدارياً يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية وعلى الأخص في الدول التي تأخذ بهذا الأسلوب لإدارة مرافقها المهمة.[3]

---

[1] عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 487.

[2] علي خطار شنطاوي: الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص: 272.

[3] عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 357.

حيث تنص المادة 04 من القانون 17/83 إن عقد الامتياز بأنه عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصاً إعتبارايا أو خاصاً قصد ضمان أداء ذات منفعة عمومية [1].

2)- موضوع عقد الإمتياز: (إدارة وتسيير واستغلال مرفق)

تستهدف الإدارة المانحة للامتياز من وراء التزاماتها تحقيق منفعة عامة من خلال تلبية حاجات مشتركة للجمهور، ما يفرض ان يتم الإتفاق في عقد الإمتياز على ادارة واستغلال مرفق عام تابع للدولة لتحقيق الغرض المرجو.[2]

فصاحب الامتياز لا يقتصر دوره على التسيير بل يتحمل كل الاستثمارات المبدئية المتعلقة بالمرفق العام، أما فما يخص المرافق العمومية القابلة لأن تكون محل الامتياز فالقوانين الجزائرية لم تحدد نوعها وبقيت عامة.[3]

3)- عقد الإمتياز عقد محدد المدة وطويلة نسبياً:

فهو ليس أبدي وليس تنازلاً عن المرفق العام، إنما مجرد طريقة تسيير.[4]حيث نص الامر رقم 08-04 الخاص بالأراضي التابعة للأملاك للدولة ثلاثين (30) سنة والموجهة لاستقبال مشاريع استثمارية محل منح الامتياز لمدة أدناها 33 سنة قابلة للتجديد وأقصاها تسعة وتسعون (99) سنة.[5]

---

[1] أنظر: المادة 04 من القانون 17/83، المؤرخ في 16 جويلية 1983، يتضمن قانون المياه.

[2] فريدة شبل، سميحة إفيس: التعديلات الجديدة التي أتى بها المرسوم 247/15، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص: 86.

[3] نادية ظريفي: تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص: 169.

[4] نعيمة اكلي: النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على الماجستير في القانون، فرع قانون العقود كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص: 54.

[5] الامر رقم 08 /04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المتضمن شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للاملاك الخاصة للدولة، والمهمة لانجاز مشاريع إستثمارية المعدل والمتمم.

4)- المقابل المالي الذي يتقاضاه الملتزم ليس أجراً أو ثمناً وإنما رَسَماً:

فهو ليس أجراً أو ثمناً، إنما رسماً يتقاضاه من المنتفعين بخدمات المرفق.[1] وتقوم الإدارة بتحديد نِسبتِها القصوى على ألاّ يتجاوزها الملتزم.وفي أغلب الأحيان فإنه إذا كان عقد الإمتياز محوره تقديم خدمات للجمهور مباشرة فإن المقابل الذي يتقاضاه المتعاقد في شكـل رسم فيكون من المنتفعين مباشرة.[2]

الفرع الثاني: عقد الإيجار:

يعد الإيجار من اهم العقود وأكثرها تعاملاً بين الناس بعد عقد البيع هذا في المعاملات المدنية وهو من العقود المسماة. أما كعقد إداري فهو احد أساليب تسيير المرفق العام، وهو كذلك من العقود التي عرفت انتشارا موسعاً في الجزائر وذلك لبساطته وبساطة اجراءاته فلهذا سنتناول في هذا الفرع مفهوم عقد الايجار.

أولاً: مفهوم عقد الايجار:

هو قيام السلطة المفوضة صاحبة المرفق العام بتفويض أحد الأشخاص سواءً أكانت عامة أو خاصة بأسلوب الإيجار مقابل أتاوى تقدم له. حيث سنتناول تعاريف لعقد الإيجار(أ) والخصائص المميزة له (ب).

أ- التعريف بعقد الإيجار:

1)- التعريف الفقهي:

1-1-تعرف الأستاذة «**C.Boiteau**» عقد إيجار المرافق العامة كما يلي: "هو عقد

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد: المعيار المميز في العقود الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007، ص: 40.

[2] مختارية حاجي: عقد الإمتياز في القانون الإداري الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص إدارة جماعات محلية، إشراف الدكتور مصطفى بوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسة جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2018، ص: 52.

بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاماً أو خاصاً استغلال مرفق عام، واستبعاد قيام المستأجر باستثمارات،ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون، وهي متعلقة مباشرةً باستغلال المرفق"[1]

1-2-تعريف الدكتور محمد الصغير بعلي، إن تأجير مرافق القطاع العام لمستثمرين من الخواص بموجب إمتياز تمنحه الجهة المختصة من العقود الشائعة والمعروفة، وتعتبر البلديات أكثر الجهات الادارية استخداما لعقود الايجار، حيث يمكن اعتبار المرافق العامة أحد النماذج الأساسية لخصخصة طرق تسيير المرافق المحلية وهو من العقـود التي تتوفـر فيها معايير تفويض المرافق بشكل مطلق وهو أحد الصيغ القانونية لعقد الامتياز.[2]

حيث يمكن القول أن عقد الإيجار هو عقد بموجبه شخص عام (المؤجر) شخصاً آخر (المستأجر) بتسيير واستغلال المرفق العام ولمدة معينة حيث أنه يتقاضى المقابل المالي المتفق عليه عن طريق الإتاوات التي تدفع مقابل الخدمة.

2)- التعريف التشريعي:

بالرجوع إلى نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المطة الثانية، نجدها تعرف عقد الإيجار كما يلي: " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له، حينئذٍ لحسابه وعلى مسؤوليته.

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام" .[3]

---

(1) سهيلة فوناس: مرجع سابق، ص: 94.

(2) محمد الصغير بعلي: العقود الادارية، ص: 81.

(3) أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

من خلال النص القانوني يتضح لنا أن عقد الإيجار هو عقد يكلف بموجبه شخص عمومي يسمى السلطة المفوضة شخص آخر يسمى المفوض له بتسيير وصيانة مرفق عام مقابل إتاوات محددة. حيث تتولى السلطة المفوضة إقامة المرفق العام.

ب- خصائص عقد الإيجار:

من التعاريف السابقة يمكن لنا استخلاص خصائص(أسس) عقد الايجار والتي نقدمها كما يلي:

1)- مدة عقد الإيجار:

بالرجوع إلى نص المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18-199 في فقرتها الثالثة والرابعة قد حددت المدة المتفق عليها في عقد إيجار المرافق العمومية وكذا إمكانية تمديد هذه المدة وذلك كما يلي: " تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الايجار بخمس عشر (15) سنة، كحد أقصى.

ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألّا تتعدى مدة التمديد ثلاث (03) سنوات كحد أقصى".[1]

2)-مصاريف المنشآت وأعمال الصيانة:

في عقد الايجار مصاريف إنجاز وإقامة المنشآت لا تقع على المستأجر وإنما تقع على المؤجر طبقاً للفقرة الثانية من المادة 54 من المرسوم 18-199 بقولها "تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويتقاضى المفوض له أجراً من تحصيل الأتاوى من

[1] أنظر المادة 54 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

مستعملي المرفق العام".[1]

أما تكاليف الصيانة فهي تقع على المستأجر، بحيث أنه سيقوم بها وذلك لغاية حسن يسر المرفق وذلك طبقاً لنص المدة 54 بقولها " الإيجار هو الشكل .... للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام...."[2]

3)- مسؤولية المستأجر:

دائماً في نفس المادة فالمستأجر هو من يتحمل كافة المخاطر التي يمكن أن تحدث بمناسبة استغلاله وتسيير المرفق.

إستناداً لنص المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18-199 كما يلي"... ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة " [3]

4)- أجرة المستأجر:

أجرة المستأجر عبارة عن اتاوات يدفعها المرتفقون مقابل ما يقدمه المرفق من خدمات بمناسبة استغلاله وتسييره من طرف المستأجر أي تُحَصَّلْ الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

الفرع الثاث: مميزات العقدين:

إنطلاقاً من ما تقدم من تعاريف وخصائص تمكن استخلاص أوجه الشبه والاختلاف بين العقدين.

---

[1] أنظر المادة 54، من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[2] أنظر المادة 54، من المرسوم التنفيذي نفسه.

[3] أنظر المادة 54، من المرسوم التنفيذي نفسه.

أولاً: من حيث مستوى التفويض:

يعتبر العقدين من اساليب تفويض المرافق العامة، تعهد بموجبهم السلطة المفوضة للمفوض له إدارة وتسيير استغلال المرفق العام.

-استغلال وتسيير المرافق العامة لمدة محددة، ويتحملان في ذلك أعباء متفاوتة حيث تكون أكبر في عقد الامتياز عنها في عقد الايجار الإداري، كما يخضعان لنفس اجراءات التعاقد والمبادئ المنصوص عليها في القانون.

ثانياً: من حيث الخطر الي يتحمله المفوض له:

عقد الامتياز يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق بنفسه ويدفع اموال قد تكون طائلة لإقامة مشروعه الاستثماري ويتحمل الاخطار التي قد تلحق به وفي المقابل يتقاضى اتاوى من مستخدمي المرفق العام.

-بينما في عقد الايجار فان تمويل المشروع يكون من قبل السلطة مانحة التفويض ويقتصر دوره في تسيير وصيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها المؤجر له ويتقاضى أجرة من تحصيل الاتاوى من مستعملي المرفق وبالتالي نسبة الاخطار تقل في عقد الايجار الإداري ، ويتصرف المفوض تحت مسؤوليته ولحسابه في تسيير المرفق.

ثالثاً: من حيث رقابة الادارة المانحة التفويض:

تشكل الرقابة الداخلية للإدارة المتعاقدة أهم الضمانات كونها تمارس من الادارة نفسها وبموظفيها ويعتبر نجاحها ونجاعتها مؤشراً هاماً في تكريس المبادئ العامة لتنظيم صرف المال العام.

وعليه فإن الاخلال بالالتزامات من قبل صاحب التفويض يعني تدخل الادارة بما تملكه من امتياز السلطة العامة لتقويم العمل لأن الهدف يتمثل في تحقيق النفع العام.[1]

المطلب الثاني: من نموذج الوكالة المحفزة إلى نموذج التسيير

ونتيجة التطورات الاقتصادي3ة اصبحت الحكومة الجزائرية مطالبة بالعديد من الاصلاحات على مستوى كل القطاعات والتي تهدف إل تحسين وأداء أفضل للمرافق العمومية ويكون ذلك باستحداث عقود جديدة نذكر منها عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير.

فأخذت الوكالة المحفزة كعقد مكاناً بارزاً لم يكن يعني بالاهتمام من قبل وبالرجوع إلى القانون المدني في بابه التاسع"وما تؤكده المادة 571 ق.م.ج التي تبرز جلياً، بأن موضوع عقد الوكالة هو قيام الوكيل بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه، ومن ثم يمكن القول بأن عقد الوكالة هو من العقود الواردة على العمل. مهما كانت طبيعة هذا العمل طالما أنه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة ويجيزه القانون[2]

كذلك تم استحداث عقد جديد هو عقد التسيير النابع من عالم المال والأعمال وبالرجوع إلى ق.م.ج الفصل الأول مكرر"عقد التسيير" قانون رقم 89-01 مؤرخ في 07 فبراير سنة 1989 المادة الاولى بقولها" عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيراً، إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير كل أملاكها أو بعضها، بإسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامة حسب مقاييسه ومعاييره، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع[3]. لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى عقد الوكالة المخفزة (الفرع الأول) وعقد التسيير (الفرع الثاني).

---

[1] عبد الرحمان سبع: تفويض المرفق العام في ظل القانون 247/15، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق، تخصص إدارة مالية، إشراف الأستاذ بن يحي أبو بكر الصديق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2017، ص: 53، 54.

[2] رمضان بوعبد الله: أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة 02، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص: 10.

[3] كمال آيت منصور: عقد التسيير، دار بلقيس،الجزائر، 2012، ص: 05.

الفرع الاول: عقد الوكالة المحفزة

الوكالة العادية هي تلك الوكالة المنصوص في القانون المدني والوكالة كعقد إداري والتي هي موضوعنا عندما يتعاقد أحد الأشخاص سواءً الخاص أو العام مع الشخص العام فهذه الوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية تضفي على العقد الطابع الإداري.الشيء الذي يجعلنا نطرق الى مفهوم الوكالة المحفزة (أولا).

أولا: مفهوم عقد الوكالة المحفزة.

حيث سنتطرق الى عدة تعاريف كما يلي:

أ- التعريف بعقد الوكالة المحفزة:

حيث سنتناول ما يلي:

1)-التعريف الفقهي:

تعددت التعاريف الفقهية حيث هناك من عرفها:"عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل (الملتزم) سواء كان فرداً، او شركة او عدة شركات بإدارة مرفق عام يُعهد فيها إليه باستغلاله فترة زمنية محددة، على أن يحصل على هامش الربح كناتج لاستغلال المرفق، يتم تحديده وفقاً لكراسة الشروط من قبل هذه الإدارة الموكلة ".[1]

لم يحض عقد الوكالة المحفزة باهتمام الفقه في الجزائر عكس الوضع في فرنسا اين تباينت الآراء الفقهية بشأنه في حين قام المنظم الجزائري سنة 2015 بتكريس هذا الأسلوب وباعتباره عقد من عقود تفويض المرفق العام تحت مسمى الوكالة المحفزة.[2]

---

[1] سلام مسيود، فؤاد بوبنيدر: إدارة المرافق العامة في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، اشراف الدكتورة سماح فارة، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2018، ص: 66.

[2] سهيلة فوناس: مرجع سابق، ص: 100.

2)-التعريف التشريعي:

لقد تناول المشرع الجزائري أسلوب مشاطرة الاستغلال في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر تحت مسمى "الوكالة المحفزة " دون أن يضع تعريفاً له، إنما اكتفى بوضع العناصر الكفيلة بتحديد نظامه القانوني كما هو مبين في نص المادة 210 الفقرة الثالثة التي تنص على ما يلي:"تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير او بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها اقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

ويدفع اجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة انتاجية وحصة من الأرباح، عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.[1]

إذا فهو يجسد شراكة الخواص في تسيير المرفق العام دون تحمل عبء البناء والتجهيز. فالمقابل المالي الذي يتحصل عليه نتيجة تسييره المرفق مرتبط برقم الأعمال والإنتاجية والفعالية.[2]

3)-التعريف القضائي:

عقد الوكالة المحفزة هو طريقه من طرق إدارة المرافق العامة وغالبا ما تكون هذه الطريقة في المرافق العامة التجارية والصناعية فقد كيفه الاجتهاد القضائي الفرنسي في قرار مجلس الدولة بتاريخ 30 جوان 1999 في قضية **SMITOM** أن عقد الوكالة المحفزة يعتبر عقد

[1] سهيلة فوناس: مرجع سابق، ص: 102.

[2] حسام الدين بركبية: مرجع سابق، ص: 565.

من عقـود تفويـض المرفق العـام نظـراً لكيفية تحصيله للمقابل المـالي وارتباطـه باستغلال المرفق.[1]

ب- خصائص الوكالة المحفزة:

من خلال ما تقدم من تعاريف لعقد الوكالة المحفزة نستخلص جملة من الخصائص تميز عقد الوكالة المحفزة عن باقي العقود فيما يخص كيفية الاستغلال والتمويل والمقابل المالي المتعلق بنتائج الاستغلال وكذا المدة الزمنية المحددة لذلك.

1)-الاستغلال يكون لحساب السلطة المفوضة:

استنادا الى نص المادة 210 فقرة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص أن "تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المعنية"[2] أي أن الإدارة العامة هي من تتولى إنشاء وتجهيز المرفق العام وتتحمل كذلك جميع المخاطر فقط المفوض له هو من يقوم بتسيير وإدارة المرفق ويقوم بتحصيل الاتاوات لحساب السلطة المفوضة. مقابل ما يقدمه من خدمات.

2)-السلطة المفوضة تمول المرفق العام وتحتفظ بإدارته:

وبالرجوع الى نص المادة 55 الفقرة الثانية (02) تنص على: "يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطـة المفوضة التي تمول بنفسها المرفـق العـام وتحتفظ بإدارتـه ورقـابتـه

[1] هدى برووري، صونية ساولي: الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة ماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الاقليمية، اشراف الدكتور الياس علام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2018، ص: 36.

[2] المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، السالف الذكر.

الكلية".[1]

أي أن تفويض السلطة العامة للمرفق العام لا يعني فقدان المفوض لسلطته بل يظل محتفظا بها كاملة وله حق استردادها في أي وقت، فالدولة هي التي تقدر اعتبار نشاط ما مرفقاً عاما أم لا وانشائه يكون بناء على قانون معين ذلك أنه من العناصر الأساسية التي تميز المرفق العام بدرجات معينة.[2]

3)-تعلق المقابل المالي بنتائج الاستغلال:

إن التحفيز المالي الذي تضمه السلطة المفوضة تعد عنصرا مشجعا في إدارة وتسيير المرفق العام عند طريق عقد الوكالة المحفزة، وأن المقابل المالي والذي هو عبارة عن إتاوات يحصلها المفوض له من المنتفعين من المرفق العام مقابل ما يقدم لهم من خدمات وبالرجوع الى نص المادة 210 الفقرة 09 نجدها تنص على"ويدفع اجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تعدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف اليها منحة انتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء"[3]

4)-ارتباط عقد الوكالة المحفزة بمدة زمنية:

مدة التفويض تختلف باختلاف عقود التفويض فهو لا يمكن أن يكون تنازلاً او أبدياً، حيث يمكن أن يكون محددا في العقد كما أن يكون قابلا للتمديد وفق القانون.

وبالرجوع الى المرسوم التنفيذي 18-199 في نص المادة 55 الفقرة (05) و(06) تنص على ما يلي:"تحدد عدة اتفاقية تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفزة، بعشر(10) سنوات كحد اقصى.

---

[1] المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر

[2] هدى بروري، صونية ساولي: مرجع سابق، ص: 37.

[3] المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، السالف الذكر.

ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملح مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لانجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية شريطة ألا تتعدى مدة التحديد سنتين(02) كحد أقصى.[1]

الفرع الثاني: عقد التسيير:

إن عقد التسيير حيث النشأة ظهر في الولايات الامريكية خلال السبعينات كنتيجة لسوء تسيير النشاطات الاقتصادية إذ توصلت الدولة الى اقتراح اسناد العديد من النشاطات الى شركات متخصصة لتقوم بعملية التسيير.[2] كما لم يحض باهتمام الفقهاء في فرنسا الذين ذهبوا في الكثير من الدراسات الى استبعاده من طائفة عقود التفويض واعتباره من قانون الصفقات العمومية وكما أنه لم يحض باهتمام قانوني في الجزائر حتى سنة 2015 بالرغم من تطبيقه في الواقع العملي من قبل السلطات العامة سنة 2006 خاصة في مجال تسيير الخدمة العمومية للمياه والتطهير.[3]

وهي الشيء الذي يقتضي منا التطرق الى مفهوم عقد التسيير

أولا: مفهوم عقد التسيير:

يأخذ تدخل القطاع الخاص في تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية والتي تعتبر محور القطاع العام الاقتصادي، الطابع التعاقدي، وفي ذلك يمكن أن يعد عقد التسيير (Contrat de Management) الوسيلة الفعالة والحديثة لتجسيد تحويل التسيير.

ويمكن تعريف عقد التسيير بأنه:" اتفاق بين مؤسسة ومسير يتمتع بشهرة معترف بها في النشاط الذي تعمل فيه المؤسسة، يلتزم المسير وبمقابل مالي بتسيير المؤسسة في كل أموالها

---

(1) أنظر المادة 55 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

(2) كمال آيت منصور: مرجع سابق، ص: 04.

(3) سهيلة فوناس: مرجع سابق، ص: 105.

او بعضها وإدخالها في شبكاته باستعمال معاييره ومقاييسه المختلفة التي تعبر عن معرفته الفنية"[1]، ولهذا سنتطرق الى التعاريف المختلفة (أ) والخصائص المميزة لعقد التسيير (ب).

أ-التعريف بعقد التسيير:

عقد التسيير في القانون الجزائري عقد مسمى مثله مثل باقي العقود الإدارية التي تقتضي التطرق لتعريفها الى عدة تعاريف فقهية وتشريعية وذلك كما يلي:

1)-لتعريف الفقهي:

1-1- تعريف الأستاذ «Jeantin»

لقد عرف الأستاذ الفرنسي عقد التسيير بأنه: "هو ذلك العقد الذي بموجبه تعهد شركة مالكة لمباني وتجهيزات المؤسسة التسيير إلى شركة متخصصة في النشاط الذي تعمل فيه المؤسسة والتي تحوز قدر من المعرفة الفنية" [2]

ولقد استقر الفقه في فرنسا على أن عقد تسيير المرفق العام هو عقد يبرم من هيئة عمومية وشخص من القانون الخاص، هدفه ضمان سير المرفق العام وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز ،بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام.[3]

1-2 -تعريف الأستاذ "رشيد زوايمية"

على أنه"إجراء جد قريب من الوكالة المحفزة فهو عقد يبرم بين أحد أشخاص القانون العام المعنوي المسؤول عن المرفق وشخص عام أو خاص الذي يستغل المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفـق العام، ويتحصــل المفوض له على أجـره من

---

[1] كمال آيت منصور: مرجع سابق، ص: 02.

[2] كمال آيت منصور: المرجع نفسه، ص: 11.

[3] سهيلة فوناس: مرجع سابق، ص: 105.

السلطة المفوضة مباشرة على شكل منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال مكملة بمنحة إنتاجية"[1] ومنه يفهم أن:

عقد التسيير هو العقد الذي يبرم بين هيئة عمومية مع شخص من القانون العام أو الخاص بتصرف لحساب الهيئة العمومية مقابل الحصول على مبلغ مالي يقدر جزئياً استناداً إلى اعباء استغلال المرفق.

2)-التعريف التشريعي:

نظم المشرع الجزائري الأول مرة عقد التسيير بموجب القانون رقم 89-01[2] ضمن الباب التاسع الذي يحمل عنوان العقود الواردة على العمل حيث جاءت المادة الأولى كما يلي" عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيراً إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية او شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامة حسب مقاييسه ومعاييره ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع". ولم يتم تقنين عقد التسيير في التشريعات المقارنة حتى في الدول التي ظهر فيها.

والجدير بالذكر أن العقد المشار إليه في هذه المادة يدخل ضمن عقود الأعمال التي تهتم بالنشاطات الاقتصادية كمجال تنظيم واستغلال الفنادق[3]، ولا يدخل ضمن عقود التفويض إلا انه وبموجب قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك حسب نص المادة 210 الفقرة (11) الحادية عشر بقولها "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة

---

(1) سامي حاشمي: مرجع سابق، ص: 36.

(2) القانون 89-01، مؤرخ 07 فيفري 1989، يتعلق بعقد التسيير.

(3) سهيلة فوناس: مرجع سابق، ص: 202.

منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الاعمال، تضاف إليها منحة انتاجية. تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح. وفي حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك المسير الذي يتقاضى أجراً جزافياً ويُحَصِّل المفوض له التعويضات لحساب السلطة المفوضة المعنية."[1]

نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة السالفة الذكر قد عالج مسالة المقابل المالي وكذا هدف التسيير والمخاطر التي قد تطرأ هكذا اثناء التسيير وهو الشيء الذي يدفعنا إلى الوقوف على خصائص (أسس) عقد التسيير.

ب-خصائص عقد التسيير:

بعد التطرق إلى التعريف التشريعي وما جاءت به نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام يمكننا استخلاص الخصائص المميزة لعقد التسيير.

1)-عقد التسيير يحقق التفويض دون تحمل المخاطر:

إستناداً إلى نص المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18-199[2] نجدها تنص على: "التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له".

وما يلاحظ من خلال نص المادة ان المسير يضمن السير العادي للمرفق العام لحساب السلطة المفوضة، وأن الهيئة العمومية من خلال هذا العقد تتحمل المخاطر التي قد تنجم

---

(1) أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، السالف الذكر.

(2) المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف اذكر.

عنه والمسير لا يتحمل خسائر التسيير.

2)-من حيث الرقابة وتمويل المرفق:

السلطة المفوضة صاحبة المرفق العام هي من تتولى إنشاءه وتجهيزه. وهي من تحتفظ بإدارته وبسط رقابتها الكلية اثناء عقدى التسيير. حيث ان الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على[1] " يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإرادته ورقابته الكلية".

3)-الجانب المالي وتعويض المسير:

المسير يقوم بتسيير اموال تابعة للغير ويتلقى أجراً متفق عليه مسبقاً في شكل منحة محددة تضاف إليها منحة انتاجية تحفيزية غير أنه في حالة عجز المسير فالسلطة المفوضة أن تعوض المسير الذي عجز عن القيام بالتزاماته بمسير آخر وتقدم له أجر جزافي. وهذا ما دلت عليه الفقرة (03) و(04) من نفس المادة السالفة الذكر ينصها على[2] "ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الانتاجية. ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقاً في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح.

وفي حالة العجز، تعوض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي. ويُحَصِّل المفوض له التعويضات لحساب السلطة المفوضة المعنية."

---

(1) أنظر المادة 56 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

(2) أنظر الفقرة الثالثة والرابعة من نص المادة 56، من المرسوم التنفيذي نفسه.

4)-من حيث مدة العقد وتمديدها:

قد التسيير كباقي قعود تفويض المرافق العامة يجب تحديد فترة التعاقد فيها وبنهاية المدة المتفق ليها ينهى عقد التسيير بقوة القانون، وعـن كيفية تمديدها لم ينص المشرع على ذلـك ونستشف ذلك من خلال قراءة الفقرة الأخيرة لنفس المادة (56) من المرسوم التنفيذي السالف الذكر بقولها: "لا يمكن أن تتجاوز مدة إتفاقية تفويض المرفق العام في شكل التسيـيـر، خمس، (05) سنوات."[1]

الفرع الثالث: مميزات العقدين

عقد التسيير وعقد الوكالة عقود منصوص عليها في القانون المدني والمرسوم الرئاسي 15-247 وكذا المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام الشيء الذي يفرض التطرق إلى مميزات العقدين من خلال القانون المدني ثم التطرق إلى المميزات من خلال المرسوم التنفيذي 18-199.

أولاً: من خلال القانون المدني:

بالنسبة لعقد الوكالة فإن من أوجه الشبه بينهما وبين عقد التسيير، أن المسير حسب المادة الأولى دائماً من القانون 89-01 المتعلق بعقد التسيير، ينفذ التزاماته (التزامه) باسم ولحساب الجهة الملتزم أمامها بالتسيير، كممثل لها لاسيما للقيام بالأعمال القانونية، ما يجعل عقد التسيير هنا يقترب من عقد الوكالة، حتى أنه يكاد يظهر في هذه الحالة كوكالة تجارية، إلا ان عقد التسيير، كل من الأعمال القانونية والمادية معاً، بينما يقتصر موضوع عقد الوكالة على القيام بالأعمال القانونية فقط دون غيرها.[2]

---

[1] أنظر المادة 56 الفقرة الاخيرة من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

[2] صونية نايل: التسيير الموفض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه تخصص نشاط إداري ومسؤولية إدارية، إشراف الدكتور جلول شيتور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، 2018، ص: 294.

ثانياً:من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام:

نجد أن كل من عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير عقد من عقود تفويض المرفق العام يشتركان في بعض الخصائص ويختلفان في البعض الآخر كما يلي:

أ- من حيث مستوى التفويض:

يعتبر كل من عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير من عقود التفويض من خلالهما تعهد الهيئة العمومية إلى اشخاص القانون الخاص او العام بتسيير وإدارة استغلال المرفق العام.

-المدة المحددة في عقد الوكالة المحفزة محددة وقابلة للتمديد وبينما في عقد التسيير محددة ولكنها أقل وغير قابلة للتمديد.

ب- من حيث المقابل المالي والخطر الذي يتحمله المفوض له:

نجد ان المقابل المالي في عقد الوكالة المحفزة مرتبط بنتائج الاستغلال ضف إلى المنحة التحفيزية عكس عقد التسيير حيث نجد أن المقابل المالي مستقل عن نتائج الاستغلال وهو عبارة عن اجر جزافي متفق عليه مسبقاً في العقد. في حين يتفقان أن المسير في كلا العقدين لا يتحمل نتائج المخاطر (الخطر).

جـ- من حيث الرقابة للهيئة العمومية المانحة للتفويض:

حيث نجد أن السلطة المفوضة في كلا العقدين تحتفظ بالإدارة والرقابة ولها كامل السلطة في ذلك حيث نجد ان في عقد التسيير إذ ما أخل المتعاقد (المفوض له) بالتزاماته أن تقوم بتعويضه بآخر حفاظاً على سير المرفق العام وهذا من أجل تحقيق الصالح العام.[1]

[1] أنظر نصوص المواد 55، 56 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

المبحث الثاني: عقد أليوت وأسلوب الاقتصاد المختلط:

تتنافس الدول فيما بينها في الآونة الاخيرة لترتقي بمشروعات البنية الاساسية بصفة امة والمرافق العامة بصفة خاصة، لتتمكن من تقديم المستوى الرفيع لمواطنيها من الخدمات المختلفة حتى تحقق لهم حياة أفضل، وعادة ما تلجأ الحكومات الاعتماد على موازنتها لتنفيذ هذه المشروعات الضخمة بَيْدَ أن الحكومات بدأت في الآونة الاخيرة في الانسحاب من هذه المشروعات المرهقة لموازنتها وإعطاء الفرصة كاملةً للقطاع الخاص للقيام بالجزء الاكبر من هذه المشروعات، بل والوقوف إلى جواره حتى يتمكن من القيام بهذه المشروعات فمنحته كثيراً من الحوافز وال... والتيسرات حتى يتمكن من القيام بهذا الدور الحيوي والرئيسي.

وقد وجدت الدولة أن عقد البوت (B.O.T) وأسلوب الإقتصاد المختلط خير ملاذ لتحقيق هذا الغرض وتحقيق الصالح العام لأنه بهذا الأسلوبين تستطيع الدولة تحقيق حاجات المواطنين وتخفيف العبء وتوفير مواردها التي قد تنفقها في جانب آخر، وأن هذه العقود ترمي إلى تشييد المشروعات ذات النفع العام والتي قد يتعذر على الدولة القيام بها لوحدها مما يستوجب على الدولة اشراك القطاع الخاص في تحقيق وسد حاجياتها ومن هذه العقود كما أسلفنا عقد البوتْ والذي خصصنا له (المطلب الأول) والاقتصاد المختلط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عقد البوت (الـB.O.T)

وتعد عقود (**B.O.T**) بأنواعها المختلفة من الأساليب الحديثة، التي يتم من خلالها تشجيع القطاع الخاص بإعطائه كثيراً من المزايا والحوافز والتسهيلات من خلال مشاركته بتمويل مشروعات البنية الأساسية والمرافق الخدمية التي تحتاج إلى استثمارات باهظة قد يصعب على الميزانية العامة للدولة تدبيرها. ولا سيما في مجال تحويل هذه المشروعات وإنشائها وتشغيلها وتحديثها وتأهيلها، ومن ثم يصبح هذا العقد بحكم طبيعته الذاتية قابلاً للتغيير

والتطوير في مختلف جوانبه التنظيمية والتشريعية والاقتصادية، من خلال تعدد صوره وتنوع أوجه نشاطه في ظل الأخذ بالنظام الاقتصادي الحر وبآليات المنافسة في دوائر الاسواق المفتوحة معلياً ودولياً.[1]

لذلك سنتطرق إلى مفهوم عقد البوت وموقف المشرع الجزائري (الفرع الأول).

الفرع الأول: مفهوم عقد البوت (B.O.T) وموقف المشرع الجزائري

إن القطاع الخاص بإنشائه وتشغيله لبعض المشاريع أو بعض المرافق والتي كانت فيما مضى حِكراً للدولة لمدة محددة قبل إعادتها للجهة المتعاقد معها أي الدولة والذي يطلق عليه عقد البوت الأمر الذي يستوجب علينا إعطاء تعريف لهذا العقد (أولاً) والأخذ بموقف المشرع الجزائري منه ((ثانياً).

أولاً: تعريف عقد البوت (الـB.O.T)

أ- المعنى اللغوي:

تشير الأحرف الثلاث للمصطلح إلى معنى مختصر لذلك النظام.

-الحرف الأول B. تشير الى كلمة Build، وتعني البناء أو التشييد.

-الحرف الثاني O. تشير الى كلمة Operate، وتعني التشغيل.

-الحرف الثالث T. تشير الى كلمة Transfer، وتعني تحويل أو تسليم وإعادة المشروع مرة أخرى في نهاية مدة الإمتياز غلى الحكومة المانحة.[2]

---

[1] شامل هادي نجم العزاوي: إلتزامات في عقود التشييد ونقل الملكية B.O.T (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، 2016، ص: 21.

[2]عبد الهادي السيد حسن: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (الصلح، الوساطة، التحكيم)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية مصر، 2017، ص: 24، 25.

ب- المعنى الإصطلاحي:

حيث تباينت التعاريف كما تستوضح كما يلي:

1)- تعريف فقهاء القانون العام:

عرف فقهاء القانون العام نظام الـ (B.O.T) بتعريفات متعددة منها ما ذهب إليه البعض بأنها "تلك المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع والحكومة بعقد إمتياز يُخَوِّلُهُ الحصول على عائدات المشروع طوال فترة الإمتياز على أن يقوم عند إنتهاء تلك المدة بتحويل المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة وبدون مقابل"[1]

2)- تعريف فقهاء القانون الخاص:

وهو "نظام بمقتضاه تعهد الدولة أو أحد مشروعاتها العامة إلى إتحاد مشروعات يُطلق عليها إسم كونسورتيوم بواسطة عقد يسمى عقد الامتياز بتنفيذ واستغلال مشروع محدد لفترة محددة على أن تنقل ملكية المشروع بدون مقابل غلى الدولة في نهاية مدة الامتياز التي تتناسب عكسياً مع حجم عائدات المشروع [2]

وما يميز هاذين التعريفين أنه يجعل ملكية الحكومة للمشروع تظل قائمة وأن امستثمر القائم بالمشروع خلال فترة الامتياز تظل ملكيته عارضةً لا ترقى إلى الملكية بمعناها الصحيح. ومن خلال التعريفين نجد أن أطراف عقد البوت تتمثل في:

---

[1] طه محيميد جاسم الحديدي: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص: 45.

[2] طه محيميد جاسم الحديدي: المرجع نفسه، ص: 48.

3)- أطراف عقد البوت: (الـB.O.T)

3)-1-الطرف الأول:

الدولة مانحة الالتزام وهي المالكة الحقيقية للمشروع فهي تملك الارض والمرفق وهي تقوم بمنح حق الالتزام لإقامة المشروع.

3)-2-الطرف الثاني:

(شركة المشروع) ويمثل الطرف الثاني في التعاقد بنظامB.O.T وعبارة عن مجموعة من الشركات التي تتحد فيما بينها لتكون إتحاد يسمى كونسورتيوم للحصول على التزام من الحكومة لإقامة المشروع.[1]

جـ- موقف المشرع الجزائري من عقود البوت B.O.T

إذا كانت الجزائر لم تعرف في قوانينها تسمية عقود الـ B.O.T لكن بالرجوع الى قانون المياه تحت رقم 12/05 [2] المتعلق بالمياه ومن خلال نص المادة 17 منه على أنه"تخضع كذلك الاملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكاً يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو تفويض الانجاز والاستغلال مبرم وشخص طبيعي أو معنوي خاضعاً للقانون العام أو القانون الخاص". وباستقرائنا لنص المادة نجدها تتضمن جميع العمليات والمراحل المنصوص عليها في عقد البوت، وأن الدولة قد عممت ذلك في مجال تحلية المياه للشركة الجزائرية للمياه (A.D.E)، كذلك القانون 01/02[3] المؤرخ في 05 فبراير 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات حيث نصت المادة 02

---

(1) طه محيميد جاسم الحديدي: مرجع سابق، ص: 52، 53.

(2) قانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه.

(3) قانون رقم 01/02، المؤرخ في 05 فبراير 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

منه أنه " الامتياز حق تمنحه الدولة للمتعامل بشغل بموجبه شبكة ويطورها فوق إقليم محدد ولمـدة محددة بهدف بيع الكهرباء والغاز موزع بواسطة القنوات".

كما نضيف المادة 07 من نفس القانون أنه" يتميز المنشآت اجديدة لإنتاج الكهرباء ويشغل كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص حائز رخصة الاستغلال". ومن خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد المراحل المتضمنة في عقود البوت والتي تبدأ بالانجاز والاستغلال ثم تسليم المشروع إلى الدولة مانحة الالتزام.

ثانياً: خصائص عقد البوت (الـB.O.T)

تتمتع عقود (B.O.T) بمجموعة من الخصائص نذكر أهمها:

1)- إرتباط عقود البوت بمشاريع البنية التحتية:

حيث أن مشاريع البنية التحتية تقوم على أساس تقديم الخدمات للمواطنين على أوسع نطاق، وتغطية الاحتياجات الأساسية لتحقيق التنمية ورفاهية الشعوب، لذا فإن الدولة لا تقوم بإسنادها إلى القطاع الخاص إلّا في نطاق عقود تضمن لها حسن الأداء، وعدالة التوزيع، وبأسعار مناسبة، فوجدت في عقود البوت ما يضمن السيطرة الاستراتيجية على هذه المشاريع وتقديم أفضل الخدمات، زمن أهم مشاريع البنية التحتية التي تشمل عقود البوت نجد إنجاز السدود والأنفاق والسكك الحديدية والموانئ والمطارات وغيرها[1]...، حيث نستخلص أن مثل هذه المشاريع الكبرى هي التي نما وازدهر فيها نظام الـB.O.T .

2)-إتساع مدة عقود البوت(الـB.O.T):

على اعتبار ان عقود البوت تتميز بطول مدة تنفيذها قد تقارب 99 سنة" غير أننا نرى وبرأينا المتواضع أنه ينبغي لى الحكومة أن تبرم عقود B.O.T لمدة لا تزيد عن 30 أو 40

[1] نصيرة إيدير، وهيبة إعزوقن: مرجع سابق، ص: 19، 20.

عاماً بأي حال من الأحوال بإعتبارها فترة معقولة بالنسبة لشركة المشروع حتى نستطيع أن نسترد ما قامت بإنفاقه من اموال مع تحقيق هامش الربح المعقول، كما أنها فترة معقولة بالنسبة للدولة المضيفة حتى تترك إدارة هذه المرافق الحيوية في يد القطاع الخاص الذي لا يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة إلا عَرَضاً مما قد يعرض مصالح الجمهور للخطر كما أنذلك يُمكِّن الدولة بعد انتهاء مدة الالتزام أن تقوم بمنح التزام جديد بشروط أفضل أو أن تقوم بمنح الالتزام لشركة وطنية أو حتى عربية او أن تقوم هي بإدارة هذه المشروعات بنفسها بطريقة الاستغلال المباشر إن رأت أن هذا يحقق مصالحها. أما اشتـراط مدة تصل أو تقارب القرن من الزمن فنجد أن فيه نــوع من المغالاة والمقامرة بمصالح أجيال عديدة قادمة"[1]

الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقد البوت:

يقصد بالتكييف القانوني لعقد ما رده الى نظام قانوني معين يحدد طبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، والقانون الذي يحكمه، والنظام القضائي الذي تخضع له المنازعات الناشئة عنه[2].

حيث أنه تعددت الآراء حول الطبيعة القانونية لعقود البوت فهناك من يرى أنهما عقد من العقود الادارية أي أنها تخضع للقانون العام وهناك من يرى أنها من قبيل عقود القانون الخاص وهناك أيضا اتجاه يرى أنها عقود من طبيعة خاصة الشيء الذي يدعو الى توضيح كل اتجاه:

---

[1] طه محيميد جاسم الحديدي: مرجع سابق، ص: 59.

[2] شامل هادي نجم العزاوي: مرجع سابق، ص: 62.

أولا: عقود البوت (B.O.T) من العقود الادارية.

يذهب غالبية كتاب القانون العام الى القول بأن عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية(b.o.t) تعد من قبيل عقود إدارية، بل منهم من ذهب الى القول بأن عقود الـ(b.o.t) تعد صـورة جديدة لعقود إلتـزام المرافق العامـة، وإذا كانت عقـود التزام المرافق العامة هي عقود إداريـة بطبيعتها حتى كانت الادارة طرفا في العقد، واتصل نشاطه بمرفق عام، ومتضمنا شروطا استثنائية غير مألوفة في نظام القانون الخاص، وأضاف هذا الرأي أن الملتزم وإن كان يقوم بأعمال الادارة في عقود التزام المرافق العام شكلها التقليدي فلا مانع من أن يقوم بالتشييد في عقود(B.O.T) [1] حيث يسترشد أنصار هذا الرأي بالأدلة التالية:

أ-عقود البوت ذات جذور قديمة فهي صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة.

ب-خضوع عقود البوت لمعايير شروط العقود الادارية وهي:

- أحد طرفي العقد من القانون العام
- تعلق العقد بالمرفق العام[2]
- احتواء العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ج- موضوع وأهداف عقود البوت تخضع بطبيعة الحال لأحكام القانون العام: فإنه لا يمكن تصور اخضاع هذه العقود لإحكام القانون الخاص على اعتبار أن ذلك يؤدي إلى المساواة، من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وبالتالي قد يؤدي الى امكانية توقف المشروع[3]

د- التوسع النسبي في الشروط التعاقدية: وهي تلك التي لا يجوز لأي من الطرفين تعديلها بالإرادة المنفردة على حساب الشروط للائحية التي تملك الجهة الادارية تعديلها بإرادتها

---

[1] شامل هادي نجم العزاوي، مرجع سابق، ص 64.

[2] مصطفى عبد الحسن الحبشي: الوجيزفي عقود البوت(b.o.t)، الطبعة 01، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص:29.

[3] شامل هادي نجم العزاوي: مرجع سابق، ص: 68.

المنفردة من دون الرجوع للطرف الآخر المتعاقد معها. لا يعني ذلك التغاضي كليا عن الشروط اللائحية، بل هو تشجيع الاستثمار من خلال تهيئة المناخ القانوني وطمأنة المستثمرين بشرط المحافظة على المصلحة العامة في الدولة مع حماية مصلحة المستثمر في الوقت نفسه[1]

ثانيا: عقد البوت (الـB.O.T) من عقود القانون الخاص

ذهب جانب من الفقه الى القول بأن عقد الـ B.O.T هو عقد من عقود القانون الخاص ويخضع لأحكام القانون المدني والتجاري وينعقد الاختصاص بشأنها الى القاضي العادي وليس القضاء الاداري[2].

ويستند في ذلك الى الحجج الآتية:

1-متطلبات التجارة الدولية نزول الدولة الى مستوى الأفراد وبالتالي اللجوء الى القانون التجاري او المدني في تعاقداتهم

2-معظم عقود البوت تقوم على مبادئ القانون المدني. كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتقوم هذه العقود على أساس التساوي في الحقوق والالتزامات وبالتالي فهي تخرج من دائرة العقود الادارية.

3-تعد عقود البوت عقود مدنية وذلك وفقا لنص الكثير من العقود على ذلك وانعقاد الاختصاص للمحاكم العادية.

4-إن قبول الدولة لكل من شرطي الثبات التشريعي والثبات العقدي وعدم تطبيق سلطان الادارة في التعديل يعد دليلا على عدم توافر خصائص العقد الاداري في عقود البوت.

---

(1) شامل هادي نجم العزاوي: مرجع سابق، ص: 68.

(2) طه محيميد جاسم الحديدي: مرجع سابق، ص: 85.

5-عناصر المرفق العام غير متوافرة في هذا الاطار وكذلك عدم توافر الشروط الاستثنائية في العقد وأنه يتخلف الارتباط بالمرفق العام وغياب الشروط غير المألوفة لا يعد هذا العقد اداريا.

6-الصفة الاقتصادية لعقود البوت: يعد نظام البوت صورة من صور تمويل المشروعات ويقوم فيها القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه ضف إلى الطريقة المتبعة في تحويله.

7-تتعارض ملكية المشروع والعقد الاداري حيث هنا تكون ملكية المشروع ملكية كافة للقطاع الخاص.[1]

ثالثا: عقود (B.O.T) ذات طبيعة قانونية خاصة.

يرى بعض الكتاب أن كلا من الرأيين السابقين قد جانبه الصواب، لأن عقود (B.O.T) يتم عقدها من خلال تظم قانونية مختلفة، ولكل عقد ظروفه الخاصة، بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة تقضي بأنه عقد مدني ام عقد إداري، ومن الأفضل تكييف كل عقد على حدى في ضوء شروطه وعناصره وأيضا ما قد يحيط به من ظروف وملابسات وعوامل أخرى، بحيث يكون التكييف منسجما مع جوهر وحقيقة العقد، وكاشفا في الوقت نفسه عن الخصوصية التي تميز كل عقد على حدى، ويترتب على هذا التكييف، قد يعد هذا العقد عقدا اداريا ام مدنياً، لذلك قد يختلف تكييف العقد من مشروع الى آخر، وتأسيسا على ما تقدم، فإن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر ليست ذات طبيعة واحدة، ولا تخضع لنظام قانوني واحد، فمرة تكون عقودا إدارية، ومرة أخرى من عقود القانون الخاص.[2]

---

[1] طه محيميد جاسم الحديدي: مرجع سابق، ص: 85.

[2] شامل هادي نجم العزاوي: مرجع سابق، ص: 87-88.

خاصة وإن هذه العقود يتم ابوامها بعد مفاوضات كثيرة وطويلة وشاقة بين الأطراف المتعددة كما أنها تقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة وقد أوجبت هذه العقود وفقا لهذا الرأي وضع قواعد قانونية جديدة تتعلق بـ:

- ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع
- مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج
- اجراءات تسوية المنازعات وديا.
- كيفية اعادة المشروع للدولة.
- الرسوم التي يحق للمتعاقد الحصول عليها من الأفراد
- التأمينات العينية
- مدى جواز الحجز على هذه الأموال[1]

الفرع الثالث: أنواع عقد البوت

تجدر الاشارة الى أن عقود البوت وإن كان يجمعها قاسم مشترك يتمثل في منح الدولة لأحد مستثمري القطاع الخاص امتياز إنشاء أحد مشروعات البنية الأساسية وتشغيله.واستغلاله خلال مدة معينة هي مدة الامتياز ثم تؤول ملكية المشروع مع نهاية هذه المدة الى الدولة، إلا أنها ليست شكلا واحدا، فضلا عن ذلك، فإن الواقع العملي أفرز صورا عدة تختلف فيما بينها في بعض او كل العناصر التي يتكون منها العقد.[2]

ومنها ما ينصب على مشاريع جديدة (أولا) وأخرى على مشاريع قائمة تحتاج الى تحديث او تحديد (ثانيا) حيث نبرز نوعين لكل منهما.

---

[1] طه محيميد جاسم الحديدي: مرجع سابق، ص: 95.

[2] شامل هادي نجم العزاوي: مرجع سابق، ص: 33.

أولا: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة:

الدولة وبمناسبة اقامة المشاريع الجديدة فإنها تلجأ في تعاقدها بنظام البوت(B.O.T) الى العديد من الأنواع منها:

1)عقود التصميم والبناء والتهويل والتشغيل(.D.B.F.O)

Design-build-finance-operate

وفي هذا الشكل أيضا كسابقه، تعتبر إحدى صور الخصخصة الكاملة للمرافق العامة، وفيه

يقوم المتعاقد بالاتفاق مع الحكومة على تصميم وإقامة أحد مشروعات البنية الأساسية وتتولى شركة المشروع التمويل وتشغيل المشروع وفقاً لضوابط تضعها الحكومة، ولا تنتقل لكية المشروع في هذا الشكل إلى الحكومة[1].

2)- نظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية(B.O.T)

Build.Operate.Transfer

وفي هذا النظام تختار السلطة المانحة للإلتزام مستثمر، فرداً كان أو شركة، ليقوم بتمويل المشروع وتشييد مرفق من مرافق البنية الأساسية لحساب الجهة الإدارية، على أن يكون لهذا المستثمر الحق في تشغيل المرفق وإستغلاله تجارياً لفترة معينة، ثم ينقل بعدها المشروع بكامل أصوله إلى الجهة المانحة. [2]

ويلاحظ أن هذا النظام يقوم على عناصر ثلاثة البناء والتشييد، ثم مرحلة تشغيل المشروع، ثم نقل الملكية في نهاية مدة الإلتزام وتأخذ في العمل التطبيقي، إحدى صورتين إما لمشاركة

---

[1] شامل هادي نجم العزاوي: مرجع سابق، ص: 34.

[2]حسين صابر ذويب: الإتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها الحديثة على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة اسيوط مصر، 2006 ص: 49.

في مشروعات ومرافق عامة قائمة بالفعل أو إقامة مشروعات لم تنشأ بعد من خلال منح الدولة إمتياز الإقامة لهذا المشروع. [1]

ثانياً: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة:

وقد تكون الحكومة بحاجة إلى تجديد أو استحداث مشروع قائم، لذا فهي تلجأ إلى الصيغ التعاقدية الثالثة:

1)-عقود التحديث والتملك والتشغيل ولتحويل(M.O.O.T)

Modernise-Own-Operate-Transfer

وهذا النوع ينصب على مشروعات قائمة بالفعل، لكنها متعثرة ولا تعمل بكفاءة لسبب أو لآخر وفي هذه الحالة يتم تحديث المشروع وتزويدي بأحدث التكنولوجيا ونظم الإدارة الحديثة، ثم تبدأ عملية التشغيل والحصول على العائد وفي نهاية المدة يتم تحويل المشروع إلى الحكومة، وهذا النوع يناسب المشاريع المتعثرة ويعتبر البديل الأفضل والمناسب لخصخصة المشروع أو بيعه بالكامل.[2]

2)- عقود البناء بالإيجار والتحويل(B.R.T) Build-Rent-Transfer

وفي هذا الشكل، تقوم شركة المشروع ببناء المشروع واستئجاره من الحكومة مدة الامتياز، ثم في النهاية يحول المشروع الحكومة، وهذا النوع له طبيعة خاصة حيث يعتمد على خصوصية المنفعة التي يقدمها للأفراد وأيضاً مدى قابلية المشروع للتأجيلن مثل إقامة الطرق الحرة والسريعة، هذا النوع أقرب إلى عقود الإدارة من عقود B.O.T، بالمعنى الضيق والشائع، كما أنه أيضاً يعتبر مزجاً بين عقد الإدارة ونظام الـB.O.T حيث تظـل ملكيـة

---

[1] شامل هادئ نجم العزاوي : مرجع سابق، ص: 32، 33.

[2] عبد الهادي السيد حسن: مرجع سابق، ص: 34.

المشروع للجهة الحكومية خالصة ولكن لها حق الإشراف عليه.[1]

الفرع الرابع: منافع وسلبيات عقد البوت

إن دراسة عقود البوت يقتضي الوقوف على لِما لها من مزايا وعيوب حيث سنتناول منافع عقد البوت(أولاً) والحديث عن عيوبه (ثانياً).

أولاً: منافع عقود البوت الـ(B.O.T)

ونعني بها المنافع المحلية للدولة المضيفة لمشروع الـB.O.T، وهي كالتالي:

أ-إستخدام أموال القطاع الخاص كمصدر أساسي في تمويل المشروع، مما يخفف من اللجوء إلى سياسة الاقتراض التي تعاني منها معظم البلدان النامية، أي بمعنى آخر الحد من التمويل المباشر للمشروع، فالدولة أو جماعاتها العامة والتي كانت من المساهمين في تحويل مشروع الـB.O.T.

وذلك لإعتبارات معينة، كرغبتها في تكثيف رقابتها على سير محدودة بالنظر لدور القطاع الخاص في هذا المجال.

ب-توفير القدرة على تسريع مشاريع التنمية، بدلاً من الانتظار لفترات طويلة لتامين الاعتمادات اللازمة.

ج- الإستعانة بخيرات وفعالية القطاع الخاص في غدارة واستثمار وصيانة المشروع والتي ستنتقل لاحقاً إلى الدولة أو جماعاتها العامة، بالإضافة إلى تحمل القطاع الخاص مبدئياً دون سواه لمخاطر وأعباء المشروع، والتي كان من الممكن أن يتحملها القطاع العام.

[1] ماهر محمد حامد: النظام القانوني لعقود الـB.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، فرع بنها، 2005، ص: 39.

خلافاً للخصخصة بمعناها الواسع.[1]

د- تبادل التكنولوجيا وتدريب العمال المحليين وتطوير أسواق المال المحلية. لكن طبعاً إن نظام الـB.O.T، ليس المنقذ والعصا السحرية للدولة المضيفة. لأن مشاريع الـB.O.T هي معقدة جداً من النواحي المالية والقانونية وتحتاج إلى وقت طويل من التفاوض وأيضاً إلى دعم الدولة المضيفة وأحياناً إلى مشاركتها. فنظام الـ B.O.T هو شديد الحساسية بالأوضاع السائدة في الدولة المضيفة لاسيما المناخ السياسي والأمني والقانوني وهو بغية نجاعه يحتاج إلى إستقرار في هذه المجالات.[2]

ثانياً: عيوب عقود البوت الـ(B.O.T)

أ-طول مدة العقد نسبياً مما يلقي عبء ويقيد اجيالاً عدة ويرتب أوضاعاً سياسية وإقتصادية قد يصعب التفاعل معها.

ب-تتضمن عقود البوت عادةً حد أدنى من الدخل للشركة حيث تقوم الجهة الإدارية بسداد الحد الادنى سواء قامت باستخدام الخدمة أو لا وهذا يحمل ميزانية الدولة أعباء مالية باضطرار الإدارة لشراء الخدمة، وتسديد المقابل.

ج-تحويل جزء من الدخل القومي إلى الخارج لأن الشركة المستثمرة تقوم بتحويل عائدات استثماراً إلى الخارج وعادةً ما تجبر الإدارة بموجب العقد إلى تحويل هذه العائدات إلى عملات أجنبية قبل إخراجها مما يؤدي إلى التقليل الإحتياطي من العملات الأجنبية أيضا.

د-عدم وجود نظام قانوني شامل يحكم إبرام العقود وتنفيذها الامر الذي قد يؤدي إلى مخالفات دستورية وقانونية نتيجة اللجوء إلى هذا الأسلوب.

---

[1] ونعني بالمعنى الواسع للخوصصة (للخصخصة) عمليات البيع الكلي أو الجزئي للمشروع العام بعد تشركته لي تحويل قيمته البيعية إلى اسهم تمتلكها شركة وطنية مساهمة، تمتلك الدولة أو جماعتها العامة جميع أسهمها، ومثال على ذلك في لبنان شركة Liban Télécom المعدة لإمتلاك قطاع الهاتف الثابت والخلوي ثم بيعه كأسهم في الاسواق.

[2] وليد حيدر جابر: مرجع سابق، ص: 482، 483.

هـ-إن التطبيق العملي لبعض عقود البوت تؤكد أهمية الصياغة العقدية لهذه العقود بتضمن العقود عنصر الإشراف بالطريقة التي تناسب المشروع موضوع العقد بما يحقق الإشراف على إنشاء المشروع وضمان وضع مواصفات موضوعية تحقق الجودة اللازمة وسلامة الإنشاءات كما تؤدي اهمية دراسات الجدوى التي تسبق العقد وضرورة النص في العقد على ما يلزم المستثمر الاجنبي بتوفير التمويل اللازم بالنقد الاجنبي من مصادر خارجية وليس من السوق المحلية.

و-كما أظهرت تلك المشكلات التي أسفر عنها تطبيق عقود البوت أهمية عنصر التفاوض اذي يسبق اتعاقد ذلك التفاوض اذي يتعين ان يؤدي إلى عدم تمكين المستثمر الخاص من الحصول على مكاسب إضافية لا تتناسب وشروط العقد.[1]

[1] أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود (B.O.T)، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص: 397.

المطلب الثاني: أسلوب عقد شركات الإقتصاد المختلط.

يقوم هذا الأسلوب في إدارة المرافق العامة اصناعية والتجارية على أساس اشتراك الدولة أواحد الاشخاص العامة مع الأفراد في إدارة مرفق عام، ويتخذ هذا الاشتراك صورة شركة إقتصادية مختلطة، وهذا من خلال تكاثف الرأسمال العام و الرأسمال الخاص في ادارة وتسيير المرفق، مع حيازة الإدارة عادةً لأغلبية رأس المال(أكثر من 50%) وهذا حتى تتمكن من ممارسة سلطتها في المراقبة والإشراف.

كما يعمل هذا الأسلوب على تخليص المرافق العامة من التعقيدات والإجراءات الإدارية التي تظهر لنا في أسلوب الإدارة المباشرة.[1] الشيء الذي يدعوا إلى التطرق إلى الوقوف على مفهوم أسلوب شركات الإقتصاد المختلط (الفرع الأول).

الفرع الأول: مفهوم شركات الإقتصاد المختلط:

تعني شركة الاقتصاد المختلط مشاركة أشخاص القانون العام مع أشخاص من القانون الخاص في رأسمال شركة بهدف إدارة مرفق عام يتسم في غالب الأحيان بالطابع الاقتصادي وتعد شركة الاقتصاد المختلط شركة تجارية مساهمة، تمتلك الدولة أو أحد أشخاص القانون العام أغلبية أسهمها، في حين تمتلك الباقي أشخاص القانون الخاص.[2] فما هو إذن تعريف شركات الإقتصاد المختلط (أولاً) وأسسها(ثانياً).

أولاً: التعريف بشركات الاقتصاد المختلط:

شركة الاقتصاد المختلط هي"شخص معنوي متميز من أشخاص القانون الخاص ذات تطبيقات خاصة، يشترك في تكوين رأسماله وإدارته أحد أشخاص القانون العام مع أحد

---

(1) سعيد بوعلي، نسرين شريقي، مريم عمارة: مرجع سابق، ص: 174، 175

(2) حسام بركبية: مرجع سابق، ص: 573.

الأفراد والشركات الخاصة بغية تحقيق مهمة ذات نفع عام أو إدارة مرفق عام."[1] يقصد بأسلوب الاستغلال المختلط هو إدارة المرفق العام بواسطة شركة تجارية، حيث تقوم دولة بالاشتراك مع الأفراد أو الجهات الأخرى في إدارة المرفق العام في صورة "شركة مساهمة" وتخضع لأحكام القانون الخاص وهذا ما أكدته المادة 03 من القانون رقم 82-13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها.[2] إذ يغير أسلوب الاستغلال المختلط حديثاً نسبياً، ولقد عهدت إلى أتباعه كثيراً من الدول النامية في الفترة الاخيرة خاصة بعد ظهور عيوب أسلوب الاستغلال المباشر والمتمثلة أساساً في بطء وتعقيد إجراءاته وعدم ملاءمتها لقواعد السوق وأحكام المنافسة.[3]

ثانياً: خصائص شركة الاقتصاد المختلط.

إن شركة الاقتصاد المختلط من أشخاص القانون الخاص، إلاّ أنها تظل متميزة عن الشركات التجارية نظراً للموضوع والدور الذي تصطلح به، وعليه فهي تختص بالمميزات التالية:

1)-هيمنة الشخص المعنوي العام:

تخفي الشركة المختلطة في الواقع السيطرة وتفوق الشخص المعنوي العام في داخلها، وهذا ما يستحوذ على غالبية الأسهم. وحل كانت مساهمته البسيطة. فهو بفضل إمتيازات السلطة العامة التي يتمتع بها تبقى له السيطرة سواء في الرقابة أو في الإدارة.

2)-مخالفة القواعد العامة:

هذه الميزة هي الدليل على وجود شركة إقتصاد مختلط فعمل ووظيفة هذه الاخيرة تتجاوز ما هو متبع لدى الشركات التجارية. فالسلطـــة العامة لا ينبغي أن تكون في وضعية مساويـــة

---

(1) وليد حيدر جابر: مرجع سابق، ص: 445، 446.

(2) القانون 13/82، المؤرخ في 28 غشت 1982، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد.

(3) عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 487.

لباقي المساهمين.

3)- صفة التاجر:

إن شركات الاقتصاد المختلط، هي من اشخاص القانون الخاص وان اشتراك الدولة في رأسمالها وإرادتها لا يغير من طبيعتها، ولا يمنع خضوعها لأحكام قانون التجارة خاصة متى كان موضوعها القيام بنشاط تجاري أو صناعي فإذا هي تاجر.

4)-الطابع التشريعي:

إن مبادرة الدولة بإنشاء شركات الاقتصاد المختلط ومساهمتها فيها تحتاج إلى قانون، لأن الامر يستلزم توفير الاعتمادات اللازمة، كما أن هذه الشركات بالإضافة الى تكليفها بإدارة المرفق قد ساهم بدورها أو تكلف بإنشاء مرفق عام وعليه لا يوجد نظام قانوني موحد للشركات المختلطة أسوة بالمؤسسات العامة، فكل شركة مختلطة تخضع للقانون الذي أنشأها.[1]

5)-المنفعة العامة والتخصص:

إن موضوع وهدف نشاط شركات الاقتصاد المختلط يرتبط بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالمصلحة العامة، وهذا ما يبرر تدخل أشخاص القانون. إن مفهوم المنفعة العامة واسع غير ان تحقيق النفع العام لا يعني عدم إمكانية تحقيق الربح، فشركة الاقتصاد المختلط ما هي إلا أداة توفيقية بين المصالح الشخصية والمصالح العامة. وإنتفاء الربح يعني زوال صفة الاقتصاد المختلط.

[1] وليد حيدر جابر: مرجع سابق، ص: 451، 452.

6)-مظاهر الامتيازات:

يرتبط نشاط الشركة المختلطة بتحقيق النفع العام بصورة مباشرة أو غير مباشرة وهذا ما يتتبع في بعض الأحيان تمتعها بمظاهر امتيازات السلطة العامة، مع الاسارة الى تحقيق النفع العام لا يتطلب بالضرورة استخدام امتيازات السلطة العامة، أما التمتع بامتيازات السلطة العامة يعني حتماً اننا أمام مهمة ذات منفعة عامة.[1]

ثالثاً: طرق إنشاء شركات الاستغلال المختلط

حيث انها بدأت في الظهور في القرن التاسع عشر وبالتحديد في المانيا. إلاّ أن تطبيقها الأول كان في فرنسا وكانت أول شركة هي شركة بترولية، وكان الهدف فيها هو تأمين الأنشطة الضرورية للبلاد وإشباع الحاجات الأساسية التي يعجز الأفراد عن القيام بها وطرق نشأتها عديدة نذكر منها:

1)-تأسيس شركة جديدة.

تنشئ الدولة شركة تملك فيه اغلبية رأس المال وأغلبية الأصوات في مجلس الإدارة وتسمح للخواص بالاكتساب في الجزء المتبقي.

2)-تأميم شركة خاصة:

يعني تحويل ملكية شركة خاصة إلى الدولة أ, إلى أحد أشخاص القانون العام إلاّ أن الدولة تلجأ عند التأميم إلى ترك جزء من رأس مال الشركة المؤمم للخواص.

[1] وليد حيدر جابر: مرجع سابق، ص: 452.

3)-الخصخصة (الخوصصة) الجزئية:

هنا تلجا الدولة إلى بيع بعض الأسهم أو رأس مال المملوك إلى الخواص وتشير هنا إلى أن عملية الخصخصة تحتاج إلى إجازة من قبل البرلمان.

4)-التنازل المجاني للدولة عن أسهم إحدى الشركات.

5)-شراء الدولة للأسهم في إحدى الشركات.[1]

الفرع الثاني: الرقابة على شركات الاقتصاد المختلط

تخضع شركات الاقتصاد المختلط لرقابة الدولة على اعتبار أن أغلبية رأسمال الشركات المختلطة مملوكة من قِبَلها، وبالتالي فإنها تخضع لرقابة ديوان المحاسبة، والوزارات المختصة بواسطة مفوض الحكومة والمراقب المالي.

أولاً: رقابة مفوضي الرقابة

تعني الجمعية التأسيسية ثم الجمعيات العادية مفوضاً أو عدة مفوضين للمراقبة لمدة سنة وتحدد تعويضاتهم ويمكن تجديد تعيينهم. يقوم المفوض بمراقبة دائمةٍ لسير أعمال الشركة ويحق لهم الاطلاع على جميع السجلات والبيانات والصكوك والوثائق والأوراق الحسابية. وعلى أعضاء مجلس الإدارة أن يقدموا لهم جميع المعلومات المطلوبة وأن يضعوا تحت تصرفهم لائحة الجرد والميزانية العمومية وحساب الارباح والخسائر ويتوجب على مفوضي الرقابة أن يعلموا فوراً رئيس مجلس إدارة الشركة المختلطة عن المخلفات التي تثبت لهم ويطالبوا بتصحيح الأوضاع، كما يتوجب عليهم أن يدعوا الجمعية العمومية في كل مرة

[1] إيمان زعيم: الطرق المستحدثة للإدارة وتسيير المرافق العامة-عقد البوت نموذجاً-، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، إشراف الدكتور فيصل نسيغة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، 2014، ص: 40، 41.

يتخلف مجلس الإدارة عن دعوتها وفقاً لنظام الشركة الأساسي.[1]

ثانياً: رقابة مفوض الحكومة

عندما تتولى الشركة المختلطة غدارة مرفق عام اقتصادي، فإن هذا المرفق يرتبط بالدولة من خلال إحدى الوزارات التي تمارس الرقابة على الشركة بواسطة مفوض الحكومة، ويعين مفوض الحكومة لدى الشركة المختلطة بمرسوم يُتَّخذ في مجلس الوزراء بناءاً على اقتراح الوزير المختص ويحضر مفوض الحكومة اجتماعات مجلس الإدارة واجتماعات الجمعيات العمومية ويشترك في مداولتها دون ان تكون له حق التصويت على اختبار ان للدولة ممثلين في مجلس الإدارة يتناسب عددهم مع مساهمة الدولة في رأس المال ولهم حق التصويت وحرمان مفوض الحكومة من التصويت يقتضيه الدور الرقابي، لأنه لا يجوز أن يتولى مهمة رقابية وفي الوقت نفسه يساهم في وضع القرار. ويتولى مفوض الحكومة السهر على صيانة مصالح الدولة، وعلى سلامة القرارات والتصرفات الصادرة عن أجهزة الشركة.[2]

ثالثاً: رقابة المراقب المالي

تخضع شركات الاقتصاد المختلط للرقابة المالية والاقتصادية التي تمارسها وزارة المالية بواسطة المراقب المالي وتنقسم هذه الرقابة إلى قسمين:

أ- القسم الأول:

يتعلق بإعطاء المراقب المالي تأشيرته على عدد من المعاملات ومنها:

1)-الإجراءات العامة المتعلقة بالعاملين

---

[1] معن عبد الرحيم عبد العزيز جويجيان: النظام القانوني لتخفيض رأسمال شركات الاموال الخاصة، الطبعة01، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص: 104.

[2] رزيقة لشلق: تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق، تخصص قانون إداري إشراف الأستاذة صوفيا شراد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، 2014، ص: 126، 127، 128.

2)-القرارات الفردية بالتعيين والترقية والتوقيع والصرف.

3)-قرارات الاقتراض، إجازة السلفات وإعطاء المساهمات إلى الغير.

4)-صفقات اللوازم والخدمات التي تتجاوز قيمتها حداً معينا.

ب- القسم الثاني:

يتعلق بتلقي المراقب المالي معلومات عن الشركة بصورة دورية ومن هذه المعلومات مايلي:

1)-وضعية العاملين وكلفتهم.

2)-وضعية حسابات الشركة وتنفيذ الموازنة.

3)-وضعية الصفقات التي لا تخضع لتأشيرة المراقب المالي.[1]

[1] مروان محي الدين قطب: طرق خصخصة المرافق العامة (الإمتياز، الشركات المختلطة، عقد البوت تفويض المرفق العام)، دراسة مقارنة، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص: 253.

خلاصة الفصل الثاني:

التفويض الإتفاقي الذي من خلاله يتم عرض تفويض المرفق العام على المنافسة، من أجل تلقي أحسن العروض من المترشحين.

حيث يعد كل من عقد الإمتياز، عقد الإيجار، عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير والتي نص عليها المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 02 غشت 2018 المتعلق بتفويض المرفق من أساليب تفويض المرفق العام.

حيث ان المرسوم التنفيذي نظم كل من هذه العقود من حيث تقديم تعاريف لها. وكذا الخصائص المتعلقة بكل عقدٍ سواءً من حيث الطبيعة القانونية والموضوع وكذا المدة ولمقابل المالي وتمديد المسؤولية لكل طرف من اطراف العقود.

أما الأسلوب الثاني المتمثل في عقود البوت(B.O.T) فهو ذلك العقد المتضمن تعويض أشخاص القانون الخاص بإقامة مرافق او مشاريع عامة وتشيفيها وتسييرها لمدة محددة وعند نهايتها تصبح هذه المشاريع أو المرافق ملك للدولة، وان المفوض له وحده من يتولى العبء المالي في إنشاء هذه المشاريع والمرافق وتسييرها.

أما الأسلوب الثالث المتمثل في شركات الإقتصاد المختلط والتي تهدف إلى تسيير وإستغلال مرفق عام إقتصادي (صناعي، تجاري) فهي تهدف إلى تحقيق الارباح والت هي الهدف الأساسي من إبرام هذا العقد، فهي تنشأ وفق طرق مختلفة سواء من خلال تأسيس شركات جديدة أو تأسيسها أو خوصصتها أو بالتنازل أو شراء الأسهم لبعض الشركات، فهي الأخرى تخضع للرقابة سواء من طرف مفوضي الإدارة أو الحكومة أو المراقب المالي في تسييرها وإستغلالها للمرافق العامة.

خـــاتـــمة

خاتمة

يُعد تفويض المرفق العام أحد الأساليب القديمة المتجددة التي يمكن للدولة وخاصة بجماعاتها الإقليمية اللجوء إليه، بغية الرفع من جودة وأداء الخدمات العمومية ضمانا لاستمراريتها مع مواكبتها للمستجدات والتطورات الحاصلة في المجتمع في ظل سيادة المساواة في الانتفاع والوصول إليها من قبل جميع فئات المجتمع بدون أي تمييز.

وعليه كرس المشرع الجزائري عقود تفويض المرفق العام أي التفويض الاتفاقي الذي يأخذ شكل العقد، في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام الذي عمد الى تعريف عقود التفويض وتحديد أشكاله التي تأخذ كأساليب لتفويض المرفق العام والمتمثلة في عقد الامتياز وعقد الاتجار وعقد الوكالة المحفز وعقد التسيير وإن الادارة مانحة التفويض وهي بصدد تفويض ادارة وتسير مرافقها لابد لها من اتباع إجراءات معينة منصوص عليها في ظل هذا المرسوم.

وباعتبار أن عقد التفويض عقد اداري فإن المفوض له يلتزم بتسيير واستغلال هذه المرافق على مسؤوليته في مدة زمنية، مقابل حصوله على مقابل مالي سواء عن طريق المنتفعين من خدمات المرفق أو الادارة مانحة التفويض نفسها، فتقنية تفويض المرفق العام تعد إحدى الاستراتيجيات التي تنتهجها معظم الدول منها الجزائر فهي تعتبر بالنسبة لها الحل لمواجهة الأزمات والضغوطات والالتزامات الكبيرة لتخفيف العبء عليها.

ومع زيادة تلك الأعباء وعدم قدرة الدولة على القيام بكل تلك المشاريع، وتمويلها خاصة مشاريع البنية التحتية الأساسية وتشغيلها بشكل يوفر الخدمات على أكمل وجه، فإن الدولة تلجأ الى ابرام عقود البوت، أي نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في إدارة وتسيير تلك المرافق العامة حيث أنه يقع عبء إنشائها وتشغيلها على عاتق المفوض له (القطاع

الخاص) ولمدة زمنية متفق عليها على أن يعاد المشروع إلى الدولة في حالة جيدة وقابلة للتسيير.

وإن أسلوب الشركات المختلطة يهدف هو الآخر إلى إدارة وتسيير مرفق عام اقتصادي ذو طابع صناعي وتجاري والحافز الأكبر فيه هو تحقيق الربح الشيء الذي يدعو لمشاركة أفراد القانون الخاص في رأسمال الشركة المختلطة الشيء الذي يخفف من الأعباء الواقعة على الدولة ويضمن لها بسط الرقابة على هذا الأسلوب باعتبارها الطرف الممتاز فيه وانطلاقاً من ذلك توصلت من خلال هذه الورقة البحثية لجملة من النتائج والاقتراحات.

النتائج:

1)- إن تفويض المرفق العام هو تقنية تضمن نجاعة وكفاءة أكثر للمرفق العام وذلك من خلال السماح لمؤسسات مختصة في خدمة معينة بتسيير المرفق المعني مما يخفف العبء على الدولة ويسمح لها بالانصراف إلى وظائف أخرى.

2)- إن محور تفويض المرفق العام في الجزائر تجسد في الغالب على شكل عقد الامتياز مقارنة بالأشكال الأخرى.

إقتراحات:

1)-لابد من تجسيد الأشكال الأخرى للتفويض غير عقد الامتياز في الواقع، بالإضافة إلى ضرورة وضع عقد نموذج لكل شكل من الأشكال، فمثلاً عقود الايجار والوكالة المحفزة وعقد التسيير هي عقود غير معروفة في الحياة الاقتصادية الجزائرية.

كما ان عقود البوت لم تحض بحقها من طرف المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 199/18، بالرغم من أهميتها في عملية جلب الاستثمارات الاجنبية وكذا شركات الاقتصاد المختلط.

2)- ضرورة تكوين الموظفين والأعوان العموميين والمنتخبين المكلفين بالإجراءات الخاصة بإبرام وتنفيذ ومراقبة عقود تفويض المرفق العام فهي عبارة حبر على ورق.

3)- حتى يضمن تفويض المرفق العام رفع نجاعة المرفق العام وترقية الخدمة العامة لابد من تعجيل دور الرقابة ومكافحة الفساد وحماية المال العام على أرض الواقع وعدم تركها كذلك حبر على ورق.

قائمة المصادر والمراجع

I- النصوص القانونية:

أ- القوانين:

1- القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

2- القانون 13/82، المؤرخ في 28 غشت 1982، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 35 سنة 1982.

3- القانون 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989، يتعلق بعقد التسيير، الجريدة الرسمية عدد 06 المؤرخة في 08 فبراير 1989.

4- قانون رقم 01/02، المؤرخ في 05 فبراير 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية عدد 08 المؤرخة في 06 فيفري 2002.

5- القانون 12/05 مؤرخ في 04 أوت 2005 يتعلق بالمياه، صادر في 04 سبتمبر سنة 2005 معدل بموجب القانون 08-03، مؤرخ في 23 جانفي 2008، الجريدة الرسمية عدد 44، صادر في 27 جانفي 2008 معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 02/09 مؤرخ في 22 جويلية، الجريدة الرسمية عدد 44 صادرة في 26 جويلية 2009.

ب- الأوامر:

1-الامر رقم 08 /04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المتضمن شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للاملاك الخاصة للدولة، والمهمة لانجاز مشاريع إستثمارية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 03 سبتمبر 2008.

جـ- المراسيم الرئاسية:

1-المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الرجيدة الرسمية عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

د- المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق لـ 2 غشت سنة 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 48، المؤرخة في 5 غشت سنة 2018.

II- الكتب :

1- أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود (B.O.T)، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، 2003.

2- آيت منصور كمال: عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2012.

3- بعلي محمد الصغير: القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الطبعة 01، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004.

4- بعلي محمد الصغير:العقود الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

5- بوضياف عمار: الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 04، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

6- بوضياف عمار: شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة 05، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

7- بوعبد الله رمضان: أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة 02، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

8- بوعلي سعيد، شريقي نسرين، عمارة مريم: القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الطبعة الثانية، دار بلقيس، دار البيضاء الجزائر، 2016.

9- خرشي النوي: الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2018.

10- الخلايلة محمد علي: القانون الإداري (النشاط الإداري، التنظيم الإداري، ماهية القانون الإداري)، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الكتاب الأول، 2015.

11- شامل هادي نجم العزاوي: إلتزامات في عقود التشييد ونقل الملكية B.O.T (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، 2016.

12- طه محيميد جاسم الحديدي: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

13- ظريفي ناديه: تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.

14- عبد الهادي السيد حسن: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (الصلح، الوساطة، التحكيم)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية مصر، 2017.

15- علي خطار شنطاوي: الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

16- ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية مصر، 2000.

17- محمد فؤاد عبد الباسط: القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

18- محمود عاطف البنة: العقود الادارية، الطبعة 01، دار الفكر، مصر، 2007

19- مروان محي الدين قطب: طرق خصخصة المرافق العامة (الإمتياز، الشركات المختلطة، عقد البوت تفويض المرفق العام)، دراسة مقارنة، الطبعة01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

20- مصطفى عبد الحسن الحبشي، الوجيزفي عقود البوت(b.o.t)، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

21- معن عبد الرحيم عبد العزيز جويجيان: النظام القانوني لتخفيض رأسمال شركات الاموال الخاصة، الطبعة 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

22- مفتاح خليفة عبد الحميد: المعيار المميز في العقود الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

23- هاني علي الطهراوي: القانون الإداري(ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

24- وليد حيدر جابر: التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

III- الأطروحات والمذكرات

أ-الأطرواحات:

1-حسين صابر ذويب: الإتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها الحديثة على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة أسيوط مصر، 2006.

2-ظريفي نادية ، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الإمتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، إشراف الدكتور سعاد غوتي، كلية الحقوق جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة بن عكنون، 2012/2011.

3-فوناس سهيلة: تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم: تخصص في القانون، إشراف الأستاذ الدكتور زوايميه رشيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.

4-ماهر محمد حامد: النظام القانوني لعقود الـB.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، فرع بنها، مصر، 2005.

5-نايل صونية: التسيير الموفض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه تخصص نشاط إداري ومسؤولية إدارية، إشراف الدكتور جلول شيتور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، 2018

ب-المذكرات:

1- إدير نصيرة، إعزوقن وهيبة: استحداث طرق جديدة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري(التركيز على عقد الامتياز)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون العام، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، تحت إشراف الأستاذة عتيقة موسى، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2012-2013.

2- إدير نوال، بشري لويزة: النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، إشراف الأستاذة باهية مخلوف ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2016.

3- أكلي نعيمة: النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على الماجستير في القانون، فرع قانون العقود كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

4- بروري هدى، ساولي صونية: الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة ماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الاقليمية، اشراف الدكتور الياس علام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

5- حاجي مختارية: عقد الإمتياز في القانون الإداري الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص إدارة جماعات محلية، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2018.

6- حاشمي سامي: النظام القانوني لإتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، إشراف الاستاذة فضيل براهمي، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2017/2016.

7- زعيم إيمان: الطرق المستحدثة للإدارة وتسيير المرافق العامة-عقد البوت نموذجاً-، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، 2014.

8- سبع عبد الرحمان: تفويض المرفق العام في ظل القانون 247/15، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق، تخصص إدارة مالية، إشراف الأستاذ بن يحي أبو بكر الصديق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2017.

9- شبل فريدة، إفيس سميحة: التعديلات الجديدة التي أتى بها المرسوم 247/15، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2016.

10- فروج نوال، عمراني صارة: تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، إشراف الأستاذ رشيد زوايمية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

11- لشلق رزيقة: تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014.

12- مسيود سلام، بوبنيدر فؤاد: إدارة المرافق العامة في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2018.

IV- المجلات

1-بركيبة حسام الدين: تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر بسكرة.....

2-بن منصور عبد الكريم: نظرة مفاهيمية للمرفق العام في الجزائر، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، العددين الأول والثاني، المركز الجامعي تندوف، جوان 2016

3-بوضياف عمار: عقد الإمتياز دوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك.

4-حجاب ياسر، محرز مبروكة: الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، جوان 2016.

5-خالد تلعيش: المرفق العام في الجزائر والتحولات الجديدة في دور الدولة، مقاربات مجلة العلوم والعرفة، العدد 03، جامعة الجلفة، 2016، ص: 78.

6-خلدون عيشة، عمرية فضة، قصري مسعودة: تطور أسلوب الإمتياز في القانون الجزائري، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، العدد الخامس، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2019.

7-زمال صالح: مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في احكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 32- الجزء الأول، جامعة الجزائر، 2018.

فهرس

فهـــــرس الموضوعات

دعاء
إهداء
كلمة شكر وعرفان

مقدمــة:

مقدمة: 1

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد تفويض المرفق العام:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد تفويض المرفق العام..... 7
المبحث الأول: مفهوم عقد تفويض المرفق العام..... 8
المطلب الأول: تعريف عقد تفويض المرفق العام وخصائصه 8
الفرع الأول: التعريف بعقد تفويض المرفق العام 8
أولا: التعريف الفقهي: 9
أ-المدلول الأول: 9
ب-المدلول الثاني:..... 9
ثانيا: التعريف التشريعي:.....10
أ)- تعريف تفويض المرفق العام وفق التشريع الفرنسي: 10
ب)- تعريف تفويض المرافق العامة من خلال النصوص القانونية القطاعية في القانون الجزائري:.....11
الفرع الثاني: خصائص عقد تفويض المرفق العام.....13
أولا: وجود مرفق عام يكون قابلا للتفويض: 13
ثانيا: وجود علاقة تعاقدية:.....14
ثالثا: أن ينصب عقد التفويض على استغلال المرفق العام 14
رابعا: المقابل المالي المتعلق بنتائج استغلال المرفق العام: 15
خامسا: ارتباط عقد التفويض بمدة زمنية: 16
المطلب الثاني: أطراف عقد تفويض المرفق العام والمبادئ المرتبطة به 16
الفرع الأول: أطراف عقد تفويض المرفق العام 17
أولا: السلطة المفوضة:.....17

ثانيا: المفوض له: 18
ثالثا: المرتفقون من المرفق العام: 18
الفرع الثاني: المبادئ التي يخضع لها سير المرفق العام: 19
أولا: مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد (مبدأ الاستمرارية) 20
أ-تقييد حق الإضراب: 21
ب-تنظيم الاستقالة: 21
جـ- عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام: 22
د- الاعتداد بنظرية الموظف الفعلي 23
1-في ظل الظروف العادية: 23
2- في ظل للظروف الإستثنائية: 23
هـ- نظرية الظروف الطارئة: 24
ثانيا: مبدأ المساواة أمام العامة: 24
أ- مساواة المنتفعين من خدمات المرفق العام: 25
ب- المساواة في الالتحاق بالوظائف العامة: 26
جـ- حياد المرفق العام (حياد الإدارة): 26
ثالثا: مبدأ التكييف (قابلية المرفق للملائمة والتغيير): 27
رابعا: احترام المبادئ الجديدة للمرفق العام: 27
أ-مبدأ النوعية: 27
ب-مبدأ الشفافية: 28
المبحث الثاني: نظام تفويض المرافق العامة: 29
المطلب الأول: إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام ونهايتها. 29
الفرع الأول: طرق إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام. 30
أولا: صيغ إبرام عقد تفويض المرفق العام: 30
أ-الطلب على المنافسة: 30
1-المرحلة الأولى: 31
2-المرحلة الثانية: 31
2-1- دفتر الشروط: 31

2-1-1- تعريف دفتر الشروط: 31
2-1-2- بنود دفتر الشروط: 32
3-إعلان عدم الجدوى:..... 33
ب-التراضي:.....**33**
ثانياً: إجراءات الإبرام: **34**
أ- العلنية(الإعلان): **34**
1)-ملف الترشح:.....35
ب-عمل لجنة الاختيار وانتقاء العروض:.....**36**
1)-المرحلة الاولى:.....36
2)-المرحلة الثانية:..... 36
جـ- قرار المنح المؤقت والطعن فيه:.....**37**
د-إبرام الملحق:.....**37**
1)-تعريف الملحق:.....37
2)-إبرام الملحق:.....38
هـ-المناولة: **38**
1)-تعريف المناولة:..... 38
2)-إبرام عقد المناولة:.....38
الفرع الثاني: انتهاء اتفاقية عقد التفويض وفسخها......**39**
أولا: إخلال المفوض له بالتزاماته:.....**39**
ثانيا: ضمان الحفاظ على الصالح العام: **40**
ثالثا: القوة القاهرة:.....**40**
أ-تعريف القوة القاهرة:.....**40**
رابعا: الاتفاق الودي(الفسخ الاتفاقي):.....**41**
1)-تعريف الفسخ: **41**
2)-مفهوم الفسخ الاتفاقي أو التعاقدي: **41**
المطلب الثاني: الرقابة على تفويض المرفق العام وتسوية نزاعاته.....**42**
الفرع الأول: الرقابة على تفويض المرفق العام.....**42**

أولاً:الرقابة القبلية: 42
أ-الرقابة الداخلية: 43
1)- تشكيلة اللجنة:.....43
2)- مدة العضوية:.....43
3)- مهام اللجنة:.....43
3)-1- عند فتح العروض: 44
3)-2- بعنوان فحص ملفات التعهد:.....44
3)-3- عند فحص العروض:.....46
3)-4 -عند المفاوضات: 47
ب-الرقابة الخارجية:.....47
1)- تشكيل اللجنة:.....48
1)-1- بعنوان الولاية:.....48
1)-2- بعنوان البلدية: 48
1)-3- تعيين أعضاء اللجنة المكلفة بالرقابة الخارجية:.....49
1)-4- مهام هذه اللجان المكلفة بالرقابة الخارجية:.....49
ثانيا: الرقابة البعدية:.....50
الفرع الثاني: التسوية الودية للنزاعات: 50
أولا: الآلية القانونية للتسوية الودية: 50
أ-تشكيلة اللجنة المكلفة بالتسوية الودية للنزاعات:.....51
ثانيا: مهامها واختيار أعضاءها 52
أ-مهام اللجنة: 52
ب-اختيار أعضاء اللجنة: 52
ثالثا: الاجراءات المتبعة أمام اللجنة: 53
المطلب الثالث: علاقة المفوض له مع المستخدم وممتلكات المرفق: 53
الفرع الأول: العلاقة بين المفوض له ومستخدمي المرفق العام.....53
أولاً: التزامات المفوض له: 54
ثانياً: الإمكانات الممنوحة لمستخدمي المرفق: 54

ثالثاً: الآثار الناتجة عن الإخلال بهذه الإلتزامات:.....55
الفرع الثاني: إستخدام ممتلكات المرفق العام:.....55
خلاصة الفصل الأول:.....57

الفصل الثاني: طرق تفويض المرافق العامة:

الفصل الثاني: طرق تفويض المرافق العامة 60
المبحث الأول: التفويض الإتفاقي للمرفق العام 60
المطلب الأول: من امتياز المرافق العامة الى ايجار المرافق االعامة. 60
الفرع الأول:عقد الامتياز. 60
أولا: مفهوم عقد الامتياز 61
أ- التعريف بعقد الإمتياز:.....61
1)- التعريف الفقهي(التعريف الفقهي لعقد الامتياز) 62
2)- التعريف التشريعي:..... 62
3)- التعريف القضائي:.....63
ب- خصائص عقد الإمتياز: 64
1)- عقد الامتياز عقد إداري:.....64
2)- موضوع عقد الإمتياز:..... 65
3)- عقد الإمتياز عقد محدد المدة وطويلة نسبياً: 65
4)- المقابل المالي الذي يتقاضاه الملتزم ليس أجراً أو ثمناً وإنما رَسَماً: 66
الفرع الثاني: عقد الإيجار: 66
أولاً: مفهوم عقد الايجار:.....66
أ- التعريف بعقد الإيجار: 66
1)- التعريف الفقهي:.....66
2)- التعريف التشريعي:..... ..67
ب- خصائص عقد الإيجار:.....68
1)- مدة عقد الإيجار:.....68
2)-مصاريف المنشآت وأعمال الصيانة:.....68

3)- مسؤولية المستأجر:.....69
4)- أجرة المستأجر:.....69
الفرع الثاث: مميزات العقدين: 69
أولاً: من حيث مستوى التفويض: 70
ثانياً: من حيث الخطر الي يتحمله المفوض له: 70
ثالثاً: من حيث رقابة الادارة المانحة التفويض: 70
المطلب الثاني: من نموذج الوكالة المحفزة إلى نموذج التسيير 71
الفرع الاول: عقد الوكالة المحفزة 72
أولا: مفهوم عقد الوكالـة المحفزة.....72
أ-التعريف بعقد الوكالة المحفـزة:..... 72
1)-التعريف الفقهي:..... 72
2)-التعريف التشريعي:.....73
3)-التعريف القضائي:..... 73
ب- خصائص الوكالة المحفزة:.....74
1)-الاستغلال يكون لحساب السلطة المفوضة: 74
2)-السلطة المفوضة تمول المرفق العام وتحتفظ بإدارته 74
3)-تعلق المقابل المالي بنتائج الاستغلال: 75
4)-ارتباط عقد الوكالة المحفزة بمدة زمنية:.....75
الفرع الثاني: عقد التسيير: 76
أولا: مفهوم عقد التسيير: 76
أ-التعريف بعقد التسيير:.....77
1)-لتعريف الفقهي..... .. 77
2)-التعريف التشريعي:..... 78
ب-خصائص عقد التسيير: 79
1)-عقد التسيير يحقق التفويض دون تحمل المخاطر: 79
2)-من حيث الرقابة وتمويل المرفق: 80
3)-الجانب المالي وتعويض المسير: 80

4)-من حيث مدة العقد وتمديدها: 81
الفرع الثالث: مميزات العقدين 81
أولاً: من خلال القانون المدني: 81
ثانياً:من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام: 82
أ- من حيث مستوى التفويض: 82
ب- من حيث المقابل المالي والخطر الذي يتحمله المفوض له: 82
جـ- من حيث الرقابة للهيئة العمومية المانحة للتفويض: 82
المبحث الثاني: عقد أليوت وأسلوب الاقتصاد المختلط: 83
المطلب الأول: عقد البوت (الـB.O.T) 83
الفرع الاول: مفهوم عقد البوت (B.O.T) 84
أولاً: تعريف عقد البوت (الـB.O.T) 84
أ-المعنى اللغوي:. 84
ب- المعنى الإصطلاحي: 85
1)- تعريف فقهاء القانون العام: 85
2)- تعريف فقهاء القانون الخاص: 85
3)- أطراف عقد البوت: (الـB.O.T) 86
3)-1-الطرف الأول: 86
3)-2-الطرف الثاني: 86
جـ- موقف المشرع الجزائري من عقود البوت B.O.T 86
ثانياً: خصائص عقد البوت (الـB.O.T) 87
1)- إرتباط عقود البوت بمشاريع البنية التحتية: 87
2)-إتساع مدة عقود البوت(الـB.O.T): 87
الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقد البوت: 88
أولا: عقود البوت (B.O.T) من العقود الادارية 89
ثانيا: عقد البوت (الـB.O.T) من عقود القانون الخاص 90
ثالثا: عقود (B.O.T) ذات طبيعة قانونية خاصة. 91
الفرع الثالث: أنواع عقد البوت 92

أولا: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة:.....93
ثانياً: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة:.....94
الفرع الرابع: منافع وسلبيات عقد البوت 95
أولاً: منافع عقود البوت الـ(B.O.T) 95
ثانياً: عيوب عقود البوت الـ(B.O.T) 96
المطلب الثاني: أسلوب عقد شركات الإقتصاد المختلط. 98
الفرع الأول: مفهوم شركات الإقتصاد المختلط:.....98
أولاً: التعريف بشركات الاقتصاد المختلط: 98
ثانياً: خصائص شركة الاقتصاد المختلط. 99
1)-هيمنة الشخص المعنوي العام: 99
2)-مخالفة القواعد العامة: 99
3)- صفة التاجر: 100
4)-الطابع التشريعي:.....100
5)-المنفعة العامة والتخصص: 100
6)-مظاهر الامتيازات: 101
ثالثاً: طرق إنشاء شركات الاستغلال المختلط 101
1)-تأسيس شركة جديدة:.....101
2)-تأميم شركة خاصة:..... 101
3)-الخصخصة (الخوصصة) الجزئية: 102
4)-التنازل المجاني للدولة عن أسهم إحدى الشركات. 102
5)-شراء الدولة للأسهم في إحدى الشركات 102
الفرع الثاني: الرقابة على شركات الاقتصاد المختلط.....102
أولاً: رقابة مفوضي الرقابة.....102
ثانياً: رقابة مفوض الحكومة.....103
ثالثاً: رقابة المراقب المالي.....103
أ- القسم الأول: 103
ب- القسم الثاني: 104

خلاصة الفصل الثاني: 105

خاتمة:

خاتمة.....107

قائمة المصادر والراجع:

قائمة المصادر والمراجع.....

ملخـــــص:

أن المرافق العمومية متعددة ومختلفة من حيث طبيعتها ولهذا فإنه من البديهي أن تتنوع طرق إدارتها وكذا تسييرها، فالإدارة المانحة للتفويض تختار الطريقة الملائمة حسب طبيعة كل مرفق، ولها كذلك أن نختار الأشخاص سواءً العامة أو الخاصة لإدارة وتسيير المرافق العامة. حيث أتى المرسوم التنفيذي 199/18 بأربعة أشكال لتفويض المرافق العامة منها الإمتياز والإيجار والوكالة المحفزة والتسيير، ضف إليها طريقة الاستغلال المختلط للشركات العامة وكذا عقود البوت المستحدثة. التي تأخذ بها الدولة لإشراك الأشخاص العامة أو الخاصة لإدارة وتسيير المرافق العامة، مما يخفف العبء المالي عند الدولة وكذلك تقديم أحسن الخدمات مع تقليل المخاطر المالية وربح الوقت لاتخاذ القرارات في المشاريع الأخرى.