جامعة قاصدي مرباح ورقلة – الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لإستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

الميدان:الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون العام الاقتصادي

العنوان:

تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية

في ضل المرسوم التنفيذي 199/18

اعداد الطالبين:

- بالراشد أمال
- فرشة حاج

تحت اشراف الأستاذ:

- بكرارشوش محمد

نوقشت وأجيزت بتاريخ:2019/06/20

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

أعضاء لجنة المناقشة	الدرجة العلمية	الصفة
بوطيب بن ناصر	أستاذ محاضر "أ"	رئيسا
بكرارشوش محمد	أستاذ محاضر "ب"	مشرفا و مقررا
خوخي خالد	أستاذ مساعد "أ"	مناقشا

السنة الجامعية:2019/2018

شكر وعرفان

الحمد لله الذي نعمته تتم الاعمال الصالحات، نحمده ونشكره ونساله من فضله المزيد، ونشكره شكرا مقرونا بالتهليل والتسبيح والتحميد على نعمه، وما أمدنا من صبر وقوة وتوفيق في اعداد هدا البحث.

اد يقتضي منا واجب الاعتراف بالفضل والجميل ان نتوجه بخالص الشكر والتقدير للأستاد المشرف الأستاد الدكتور "بكرارشوش محمد" الذي لم يبخل علينا بملاحظاته القيمة وتوجيهاته السديدة، فجزاه الله عنا كل خير.

والشكر موصول الى أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه لقبولهم مناقشة هدا العمل المتواضع،فلكم منا فائق الشكر والاحترام أساتدتنا.

كما نقدم شكرنا وتقديرنا الى كل طاقم كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة.

وفي الاخير لعل الشكر في حق كل هؤلاء قليل نسأل الله تعالى أن يجعل دلك في ميزان حسناتهم، ويدخلكم الفردوس بادنه، انه قريب مجيب الدعوات.

أمال و حاج

إهداء

اهدي هدا العمل المتواضع

الى ملاكي في الحياة رمز الصبر والمحبة والتضحية

بسمة الحياة وسر الوجود

ست الحبايب امي

الى من أتعب نفسه ليريحني، والى من كلله الله بالهيبة والوقار

أبي العزيز

"أطال الله في عمرهما وأمدهما بالصحة والعافية"

الى من لا تحلى الدنيا الا بوجودهم أختي وأخوتي

الى كل الزملاء والزميلات

الى كل من ساهم ولو بالقدر القليل في انجاز هذه المذكرة

اليهم جميعا اهدي ثمرة جهدي راجية من الله عز وجل التوفيق.

بالراشد أمال

إهداء

الى روح أبي "أحمد " رحمة الله و أسكنه فسيح جنانه

الى الوالدة الكريمة أطال الله في عمرها و أمدها بالصحة و العافية

الى افراد أسرتي سندي في الدنيا ولا أحصي لهم فضلا

الى زوجتي الغالية ورفيقتي في الحياة

الى ابنائي أشرف ، وائل و المدللة أريناس

الى جميع إخوتي

الى الى كل زملائي في العمل والاصدقاء.

الى كل من ساعدني في دراستي

إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي

فرشة حاج

قائمة أهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية جمهورية الجزائرية.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة.....الى الصفحة.....

ط : طبعة

د ت ن : دون تاريخ النشر.

ع: عدد

ثانيا: باللغة الفرنسية

P: page.

N: Numéro.

مقدمة

عرفت الجزائر تحولات سياسية و اقتصادية كبيرة في فترة التسعينيات، مما انعكست على مؤسسات الدولة و التسيير العمومي، منها التراجع الكبير لبعض للمرافق العامة في تأدية الوظائف التي أنشأت من أجلها، والذي يرجع سببه في قلة الكفاءات ونقص الموارد المالية والبشرية الضرورية .

ونتيجة للطلبات المتزايدة على تحسين الخدمة العمومية و تطويرها من قبل المواطنين، لجأت الدولة الجزائرية للبحث عن طرق وآليات جديدة لتسيير المرفق العام المحلي، تم تعديل قانون الولاية تحت رقم 90-09 المؤرخ في 07 افريل 1990، وقانون البلدية رقم 90-08 المؤرخ في 07 افريل 1990،أين يمكن من خلالهما تفويض مرفق عام محلي تابع لهما لأحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية على أن يقوم هذا الاخير بتسييره واستغلاله لمدة زمنية محددة، ثم تلتها تعليمة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة و الإصلاح الإداري تحت رقم 842/3.94، تضمنت شكلين من أشكال التفويض و هما الامتياز والإيجار و اجراءات ابرامهما.

فأول استعمال قانوني صريح لتفويض المرفق العام المحلي في القوانين الجديدة المتعلقة بالجماعات المحلية هو قانون الولاية رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير سنة 2012، من خلاله تم الإبقاء على عقد الامتياز، بالمقابل نجد أن قانون البلدية رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 فقد جمع بين الامتياز والتفويض، كماتم احالة تطبيق هذا النوع من العقود الى التشريع و التنضيم المعمول به أنذاك و هو المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

الى أن صدر المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، في بابه الثاني تحت عنوان الاحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام من المواد 207 الى غاية 212، والذي يعتبر أول تشريع منظم لعقود تفويض المرفق العام منذ الأستقلال، تضمن مجموعة من المبادئ سواء تلك المرتبطة بالمرفق العام أو تلك المتعلقة بإبرام إتفاقية تفويض المرفق العام بأشكالها الأربع بإعتبارها من العقود الإدارية، إلا أنه بقي معطلا بموجب المادة 207 في الفقرة الأخيرة منه و التي تحيل عملية تطبيق مضمونه وفق مرسوم تنفيذي يتم استصداره لاحقا، وبقي حبيسا أزيد من ثلاث سنوات الى أن صدر تحت رقم 18-199[1].

[1] المرسوم التنفيدي 18-199 مؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام،ج.ر.ج.ج.ع 48.

وباعتبار أن عقد تفويض المرفق العام أحد العقود الإدارية، فانه يتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد، نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة، كما لا تسري عليه قاعدة المساواة بين المتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص، بل تتمتع فيه الإدارة بمركز يتميز عن المتعاقد معها، فالإدارة تسعى إلى تسيير المرافق العام والحفاظ على المصلحة العامة وتحقيقها، بينما يسعى المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الخاصة.

ونظرا للدور المهم الذي يحتله المفوض له في عقد التفويض، منحت له مجموعة من الحقوق تتمثل أساسا في تحقيقه لمصلحته الخاصة، وبالمقابل تقع على عاتقه التزامات اتجاه الإدارة المفوضة يجب عليه تنفيذها، تحقيقا للمصلحة العامة والحفاظ على استمرارية المرفق العام، وتقديم الخدمة العمومية.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك العديد من الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار موضوع تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية محل الدراسة، من هذه الأسباب مايلي:

الأسباب الذاتية:

– ميولنا إلى الأبحاث المتخصصة في العقود الإدارية وذلك باعتبار اتفاقية تفويض المرفق العام عقدا اداريا .

– كون المرسوم التنفيذي 18–199 المتعلق بتفويض المرفق العام من المواضيع الجديدة والذي لم يحظى بدراسات سابقة، أردنا أن نكون من بين الأوائل الذين عالجوا هذا الموضوع و كذا لإختبار قدراتنا في معالجة النصوص القانونية.

الأسباب الموضوعية:

انطلاقا من كون موضوع تفويض المرفق العام لدى الجماعات الإقليمية كان في السابق يتم تنظيمه وفق تعليمات داخلية، وبصدور المرسوم التنفيذي 18–199 المتعلق بتفويضات المرفق العام أردنا إبراز أهم النقاط التي جاء بها من بينها:

– التطرق الى صور اتفاقية تفويض المرفق العام التي يمكن للجماعات الاقليمية اللجوء اليها في تسيير بعض المرافق العامة التابعة لها.

– كيفية اختيار المفوض له من طرف السلطة المفوضة، وذلك وفق اجراءات وخطوات حددها المرسوم التنفيدي 18–199 .

ابراز اثار تنفيد اتفاقية تفويض المرفق العام على الأطراف المتعاقدة .

أهمية الدراسة :

تتمحور أهمية الدراسة في النقاط التالية:

– يعتير تفويض المرفق العام احد الأساليب الحديثة في إدارة واستغلال المرافق العامة للجماعات الإقليمية، بما يتلاءم الوضعية الجديدة للدولة التي تبنت الانسحاب من الحقل الاقتصادي وفتح المجال للطرق الحديثة والخاصة في إدارة المشاريع العامة، ومن بينها ألية التفويض على المستوى المحلي.

– ترتكز أهمية البحث كذلك في ألية التفويض في حد ذاته، إذا ما قورن بأسلوب الإدارة المباشرة وذلك باتصافه بالمرونة والمعاصرة، زيادة على أن بناءه القانوني اكتمل بصدور المرسوم التنفيدي 18–199 ما يجعل دراسته مهمة من الناحية النظرية من خلال العرض و التفصيل له، كونه البديل الأنسب للأسلوب التقليدي القائم على التدخل الكامل في عملية تسيير المرفق العام .

أهداف الدراسة :

–إبراز الدور الفعال الذي يلعبه القطاع الخاص في خلق ديناميكية جديدة، و الدفع بهذه المرافق إلى خلق موارد جديدة، و إحداث قفزة نوعية تسمو بها، وتحسين الخدمة العمومية من خلال تقنية التفويض.

– الرغبة في المساهمة في إثراء البحث العلمي بالنسبة لموضوع تفويضات المرفق العام وإثراء المكتبة الجامعية من جهة، و فتح المجال لدراسات أخرى لاحقة ترتبط بالموضوع من جهة اخرى.

إشكالية الدراسة:

على غرار المرسوم الرئاسي 15-247 نظم تقنية تفويض المرفق العام، وباحالة منه الى تنظيمه وفق مرسوم تنفيدي لبيان الاليات القانونية لتنظيمه، تثار الاشكالية المحورية للدراسة:

ماهي الآليات القانونية لتفويضات المرفق العام وفق المرسوم التنفيذي 18-199 في الجزائر؟

وتتفرع عن هده الاشكالية جملة الاشكاليات الفرعية التالية:

- كيف عرف المشرع الجزائري اتفاقية المرفق العام؟ وماهي أهم المبادئ التي تحكمها؟
- فيما تتمثل صيغ واجراءات ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام؟
- ماهي الحقوق والالتزامات الناجمة عن تنفيد اتفاقية تفويض المرفق العام؟

المناهج المعتمدة في الدراسة:

بغية الاجابة على جملة التساؤلات التي تطرحها اشكالية الدراسة، اعتمدنا على عدة مناهج حتى نصل لدراسة علمية قانونية حول تفويضات المرفق العام للجماعات الاقليمية، وقد تم اعتماد المناهج التالية:

وضف المنهج الوصفي لمحاولة ضبط تعريف لاتفاقية تفويض المرفق العام ، وأطرافها وتحديد أشكالها التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

كما تم توظيف المنهج التحليلي من خلال تحليل أحكام المرسوم التنفيدي 88-199 الذي حاولت السلطة التنفيدية من خلاله تفسير وتطبيق قانون الصفقات العمومية، عن طريق تحديد اليات ابرام هدا النوع من العقود، واستخدم المنهج المقارن في التعاريف، سواءا كانت تشريعية او فقهية.

صعوبات الدراسة:

- قلة المراجع المتخصصة في موضوع البحث، وخاصة الكتب التي تطرقت لهذا الموضوع على اعتبار انه تجربة جديدة وفق الأشكال الواردة في المرسوم التنفيذي18-199.

قمنا بتنقلات ميدانية على مستوى مجموعة من البلديات والولايات بداية من ولاية ورقلة للحصول على نموذج من دفتر شروط أو اتفاقية تفويض المرفق العام، مبرمة وفق المرسوم التنفيذي18-199 فلم نجد له تطبيقات ميدانية .

فمن خلال بحثنا هذا سوف نركز في دراستنا بالتفصيل على أهم الأحكام التي جاء بها هذا المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر، انطلاقا من الأحكام العامة التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و ذلك في فصلين:

الفصل الأول خصصناه لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، متطرقين في **المبحث الأول** الى مفهوم اتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الاقليمية، بداية من مفاهيم عامة باعتبارها أحد أشكال العقود الإدارية، بما فيها المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام كما أكدتها المادة 03 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر و المبادئ المتعلقة بإبرام هذه الاتفاقية، والتي أرجعتها للمادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، **والمبحث الثاني** الى اجراءات ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الاقليمية بداية من إعداد دفتر الشروط مرورا بالإعلان و إفصاح السلطة المفوضة عن نية التعاقد، إلى غاية الإعلان عن المنح المؤقت للفائز و تسليم المرفق العام للمفوض له، وطرق إجراء تفويض المرفق العام من قبل السلطة المفوضة الممثلة في البلدية و الولاية وفق صيغتي الطلب على المنافسة كأصل و التراضي كإجراء استثنائي.

أما **الفصل الثاني** جاء تحت عنوان تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، متطرقين في **المبحث الأول** الى صلاحيات السلطة المفوضة في مجال تنفيد عقود التفويض، منها سلطة الرقابة بكل أنواعها سواء كانت إدارية، مالية و فنية، وسلطة التعديل الانفرادي لهذه الاتفاقية و القيود الواردة عنها، و سلطة توقيع الجزاءات عندما يتعلق الأمر بإخلال المفوض له بالتزاماته التعاقدية، وكدا سلطتها في انهاء العقد بارادتها المنفردة حفاضا على المصلحة العامة، أما **المبحث الثاني** خصصناه لحقوق و التزاماته المفوض له.

الفصل الأول

إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام

الفصل الأول:

يعد مصطلح تفويض المرفق العام مصطلحا جديدا في التشريع والإجتهاد، وكذلك في كتابات الفقه، إلا أنه قديما في تطبيقاته التي تمثلت أولا، في امتيازات الأشغال العامة ولاحقا في امتيازات المرافق العامة أو امتيازات الأشغال والمرافق العامة معا[1] .

فتنازل الدولة عن تسيير المرافق العامة لأشخاص القانون العام أو الخاص، يفرض عليها السهر على احترام المبدأ الأساسي الذي يحكم المرافق العمومية، وهو مبدأ المصلحة العامة بأبعاده المختلفة، لذا فإن نجاح سير المرفق العام بموجب عقد التفويض مرتبط بداية بقابلية المرفق العام للتفويض، ثم حسن اختيار المفوض له ، وبالتالي فان اتفاقية تفويض المرفق العام باعتبارها عقد اداري وأحد طرق ادارة وتسيير المرفق العام بين القطاع العام والقطاع الخاص، يستلزم بالضرورة وجود أطراف متعاقدة التي تخضع لبنود وأحكام هده الاتفاقية والتي تربطهم علاقة تعاقدية، وهما السلطة المفوضة والمفوض له.

ونظرا لأهمية عقود تفويضات المرفق العام، فان عملية ابرامها احاطها القانون بمجموعة من القيود والإجراءات، خلافا للعقود المدنية التي تكتفي بالشروط العامة المعهودة في تكوين العقود، من رضا ومحل وسبب، حيث تقوم السلطة المفوضة بمجموعة من الخطوات لاختيار المفوض له الذي يقوم باستغلال وتسيير المرفق العام محل التفويض.

وحتى تتمكن الجماعات المحلية من ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، لابد اولا من تحديد الصيغة والقالب الذي تفرغ فيه او تبرم من خلاله، والقاعدة تفرض ان يتم ابرام هده الاتفاقيات من خلال الطلب على المنافسة واستثناءا بناءا على التراضي.

[1] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص12.

المبحث الأول

مفهوم تفويض المرفق العام للجماعات المحلية

يعتبر تفويض المرفق العام أحد طرق إدارة وتسيير المرافق العامة بين القطاع العام والقطاع الخاص، في ميدان المرافق العامة، وتهدف السلطات العمومية من خلال تحفيز هذا النوع من الإدارة إلى دعم مجالات، تتطلب تعبئة رؤوس أموال مهمة، فيما تستطيع الشركات المفوض لها توظيف الكفاءات والطاقات الازمة لإنجاح المشاريع الاقتصادية، وجني الأرباح من ورائه، كما ترمي السلطات العمومية من ورائه كذلك، تشجيع وخلق نوع من المنافسة داخل الاقتصاد الوطني وجلب الاستثمار الأجنبي[1] .

وبالاطلاع على اغلب التعاريف المتعلقة بموضوع تفويض المرفق العام، يظهر جليا الغموض الدي يشوب مفهوم المرفق العام بحد داته وطبيعته المتغيرة التي ادت الى غياب تعريف دقيق وواضح لعقد التفويض، مما ادى بنا الى محاولة تعريفها، وتحديد اطرافها، واشكالها.

المطلب الأول:تعريف اتفاقية تفويض المرفق العام وأطرافها

بالرغم من كون فكرة التفويض ليست بالحديثة في التشريع الجزائري بل تعود في الأصل إلى عقد إمتياز المرافق العامة، إلا أن الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسيين ما زالا في طور بلورة هذا المفهوم، مما خلق صعوبة في إيجاد تعريف جامع مانع لتفويض المرفق العام وهذا راجع للتطور الحاصل في المرفق العام، وكذا لامتلاكه صورا عديدة، وتبعا لذلك يمكن إعطاء تعريف لتفويض المرفق العام، ثم نبين أطراف عقد التفويض.

الفرع الأول: تعريف تفويضات المرفق العام

يعتبر تفويض المرفق العام أسلوب جديد من أساليب تسيير المرافق العامة، وذلك باشتراك الخواص في تسييره، حيث وردت عدة تعاريف فقهية وتشريعية لهذا العقد، كما حدد المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، البيانات التي يجب أن تكون في هذه الاتفاقية.

أولا : التعريف الفقهي

حاول العديد من الفقهاء والباحثين إعطاء تعريف لتفويض المرافق العامة، من أبرزها التعاريف التي نعرضها فيما يلي:

- عرفه الأستاذ Ouby بأنه العقد الذي يؤدي إلى تحقيق الأهداف التالية :

[1] إيدير نصيرة، إعزوقن وهيبة، إستحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماسترفي الحقوق، تخصص قانون الهيئات الاقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص4.

- أن يعهد شخص لأخر يطلق عليه بتسمية صاحب التفويض، تنفيذ مهمة المرفق العام و القيام باستغلال ضروري للمرفق.
- أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام، وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدى إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة .
- أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة و التي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها[1].
- و عرفه الدكتور مروان محي الدين قطب كالتالي: "يعني بتفويض المرفق العام أن تعهد الدولة أو أي أحد الأشخاص القانون العام إدارة و إستغلال مرفق عام، الى شخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص[2] " .
- كما يعرفه البعض بأنه العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات و المهام الضرورية لتسيير المرفق العام و استغلاله لأشخاص من القانون الخاص[3].
- وعرفه الأستاذ دلفولفي **Delvolvè** بقوله: "منح لمؤسسة أو مشروع ما، مهمة تحقيق مرفق عام وفقا لصيغ من العائدات يتم التوافق عليها، وتكون مختلفة الثمن[4] ".

مما سبق يمكن ان نستنتج ان عقد التفويض هو عملية يعهد من خلالها شخص من اشخاص القانون العام، الى شخص من اشخاص القانون الخاص سواءا كان عام او خاص، ادارة واستغلال مرفق عام، مع تحمله مسؤولية تشغيل المرفق العام، وذلك في مدة محددة.

غير ان الفقه لم يأتي بتعريف جامع لعقد التفويض بما في ذلك عدم تحديده للطبيعة القانونية لعقد التفويض، وكدا اطرافه.

ثانيا: التعريف التشريعي

بالرغم من التعريفات التي قدمها الفقه، إلا أنها لم تصل إلى تحديد واضح المعالم لألية التفويض مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إعطاء تعريف لهذه الألية باعتباره السباق إليها، ثم مدلول التفويض في التشريع الجزائري.

1- التعريف التشريعي الفرنسي

أورد المشرع الفرنسي تعريفا محددا لتفويض المرفق العام، في المادة 38 من القانون 93-122 المتعلق بتجنب الفساد و تكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، والذي أطلق عليه" **Loi**

---

[1] Auby Jan Francois,la délégation de service public, guide pratique, Dalloz, paris,1997, p44.

[2] مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز،الشركات المختلطة، bot، تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009 ،ص435.

[3] Amel Aouij Mrad ,droit des services publics N S centre de recherche et l'étude administratives, Tunis, 1998, p129.

[4] P-delvolvé, le droit administratif, dalloz, collection connaissance du droit, 1994, p39.

والنص باللغة العربية جاء كالتالي:

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

Sapin[1] " المعدل بموجب المادة 03 من قانون 01-1168 الصادر في 11 ديسمبر 2001 المسمى بقانون "**Murcef**" و المتعلق بالإجراءات المستعملة للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي و المالي، والتي تنص على أن: " تفويض المرفق العام عبارة عن عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) سواء كان عام أو خاص تسيير مرفق عام و هو مسؤول عنه ، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق العام ، و المفوض له قد يكون مكلف ببناء منشات أو اكتساب أموال لازمة للمرفق[2] ".

2- التعريف التشريعي الجزائري:

المشرع الجزائري لم يضع قانونا خاصا لعقود التفويض سابقا، وإنما أشار إليها في نصوص متعددة، و استعمل لأول مرة مصطلح التفويض في قانون البلدية و الولاية سنة 1990، و ذلك من خلال المادة 138 من قانون البلدية 90-08[3] التي نصت على إمكانية تفويض بعض المرافق العامة العمومية المحلية كإجراء استثنائي ، بحيث يتم تسييرها بموجب التسيير المباشر أو عن طريق الامتياز و في حالة عدم نجاح الأسلوب يمكن أن تلجأ إلى عملية التفويض.

ثم نص عليه في المادة 101 من القانون رقم 05-12[4] المتعلق بالمياه في الفقرة الثانية منه بقوله: " *يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر الشروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم*"،ثم تناوله في قانون البلدية 11-10[5] لسنة 2011 في المادة 150 الفقرة الثانية منها التي استعملت لفظ التفويض وجاء مقابلا للامتياز دون أن يرد المقصود منهما، حيث نصت على انه " يمكن *تسيير المصالح العمومية للبلدية عن طريق الامتياز أو التفويض*"، و نفس الشيء بالنسبة لقانون الولاية 12-05[6] لسنة 2012 في المادة 149 التي نصت على إمكانية استغلال المصالح العمومية عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به، إلى أن صدر المرسوم الرئاسي 15-247[7] المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

[1] Loi N° 93-122,du 09 janvier 1993,relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique ,et des procédures publiques, modifié par la loi N°01-1168 du 11 décembre 2001,portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier, JORE ,N° 25 du 30 janvier 1993.
http// ;www.légifrance.gouv.fr.consulté le 30/03/2019.21:02.

[2]النص جاء باللغة الفرنسية كالأتي:

"La délégation de service public est « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service."

[3] القانون رقم 90-08 المؤرخ في 17 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية ج ر عدد 15ةمؤرخ في 11 أفريل 1990(ملغى).
[4]القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 60 معدل و متمم بموجب الأمر 09-02 المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر.ج.ج عدد 44 الصادر في 22 جويلية 2009.
[5]القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بقانون البلدية ، ج.ر.ج.ج ع 37 مؤرخ في 3 جويلية 2011.
[6]القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 يتعلق بقانون الولاية، ج.ر.ج.ج ع 12 مؤرخ في 29 فبراير 2012.
[7]المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.،ج.ر.ج.ج عدد 50 مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

الذي يعتبر أول نص عام في الجزائر يعرف أسلوب تفويض المرفق العام و يحدد أنواعه،حيث نصت المادة 207 منه على أنه "*يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.*

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية، وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام. تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي" .

و بصدور المرسم التنفيذي 18-199[1] المتعلق بتفويض المرفق العام، الذي يهدف إلى تحديد شروط وكيفيات تفويض المرفق العام للجماعات الاقليمية، أعطى تعريف لتفويض المرفق العام وذلك في المادة 2 منه التي نصت على أنه: *" يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هذا المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة إلى المفوض له."*

بمعنى ان تفويض المرفق العام يطبق على المرافق القابلة للتفويض، وهي المرافق التي يمكن ان تطبق اسلوب التفويض في ادارتها، فهي جميع المرافق الاقتصادية والمالية التي تقدم خدمات أو منافع عامة للأفراد، ولا يوجد نص قانوني يمنع تفويضها، أو عرف يجعل تفويضها غير ممكن، او المرافق التي يمكن ان تكون محلا للادارة من طرف اشخاص القطاع الخاص بطريقة التفويض، نجد منها:مرفق المياه، الموانئ والمطارات، مرفق النقل والسياحة...الخ، ودلك لمدة محددة في العقد.

كما جاءت المادة 6 من نفس المرسوم لتحديد الطبيعة القانونية لاتفاقية تفويض المرفق العام، حيث نصت صراحة بأن *اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري تبرم وفقا للتنظيم والتشريع المعمول بها وأحكام هدا المرسوم."*

من خلال التعاريف السابقة، يمكن ضبط تعريف لتفويض المرفق العام، بأنه عقد إداري، يبرم وفقا لشروط شكلية و موضوعية، بين شخص من أشخاص القانون العام، وشخص معنوي سواء كان عام أو خاص يسمى المفوض له، يعهد لهذا الأخير تفويض تسيير واستغلال المرفق العام القابل للتفويض، بكل مسؤولياته وبكل ما يحمله التسيير من أرباح و خسائر، لمدة محددة، بهدف تحقيق الصالح العام، على أن يتحصل المفوض له على أجرة انطلاقا من نتائج استغلاله للمرفق العام.

[1] المرسوم التنفيذي 18-199 مؤرخ في 02 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام،ج رج ج .ع 48 .

ثالثا: بيانات اتفاقية تفويض المرفق العام

تتكون اتفاقية تفويض المرفق العام من مجموعة البيانات مثلها مثل أي عقد، كما يجب أن تشير إلى التشريع و التنظيم المعمول بهما، وكذا المرسوم التنفيذي 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام وهذه البيانات أوردتها المادة 48 من المرسوم السابق الذكر:

- تعيين الأطراف المتعاقدة، وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الاتفاقية و صفتهم: و يقصد به الأمر بالصرف بالنسبة للسلطة المفوضة للجماعات الإقليمية كالوالي و رئيس البلدية،
- موضوع التفويض بدقة،
- صيغة الإبرام: أنه قد تم عن طريق الطلب على المنافسة أو التراضي بشكليه،
- شكل التفويض يأخذ أحد الأشكال الواردة في المادة 210 في المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر وهي عقد الامتياز،أو عقد إيجار ،أو عقد وكالة محفزة أو عقد التسيير،
- شكل المقابل المالي الذي يدفعه مستعملي المرفق العام، وكذا آليات تحيينه و مراجعته فهي تختلف حسب شكل اتفاقية التفويض ،
- شروط التمديد و بنك محل الوفاء عند الاقتضاء،
- مدة التفويض، ذلك أن لكل شكل من أشكال التفويض مدة محددة قانونا،
- الاختصاص الإقليمي للمرفق العام ،
- حقوق وواجبات السلطة المفوضة ،و المفوض له،
- جرد المنشآت المعدات المسخرة للخدمة، عند الاقتضاء،
- انجاز و اقتناء ممتلكات المرفق العام عند الاقتضاء،
- البنود المتعلقة باستغلال منشآت و ممتلكات المرفق العام،
- البنود المتعلقة بصيانة منشآت و ممتلكات المرفق العام عند الاقتضاء،
- الضمانات،
- حالات دفع التعويضات و آليات حسابها،
- التأمينات،
- الواجبات الواقعة على عاتق المفوض له تجاه مستعملي المرفق العام،
- التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار تكون قد مست بمنشآت و ممتلكات المرفق العام و التي تتم معاينتها بعد الجرد الذي يتم عند نهاية إتفاقية التفويض،
- تدابير الأمن و النضافة و السلامة الصحية و حماية البيئة،
- شروط المناولة عند الاقتضاء،

- البند المتعلق باستعمال اليد العاملة[1]،
- كيفيات مراقبة تنفيذ اتفاقية التفويض،
- كيفيات تنفيذ حالات القوة القاهرة،
- كيفيات حل النزاعات ،
- الجهة القضائية المختصة في حل النزاع،
- العقوبات المالية و كيفيات تطبيقها،
- الرقابة البعدية و إعداد حصائل و تقارير دورية،
- حالات الفسخ،
- إبراء ذمة لفائدة المفوض له بعد نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني:أطراف اتفاقية تفويض المرفق العام

اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري، يحدد فيها الأطراف المتعاقدين وهم: السلطة المفوضة والمفوض له بالإضافة إلى مستعملي المرفق العام و إن لم يكونوا طرفا في العقد، إلا أنهم يحتلون مركز قانوني هام في مجال التفويض لما لهم من علاقة مع المفوض له، واستعمالهم للمرفق العام المفوض.

أولا: السلطة المفوضة

تعرف السلطة المفوضة بأنها شخص معنوي خاضع للقانون العام، مختصة بإصدار قرار إبرام عقد التفويض و يدخل المرفق في اختصاصاتها، كما أنها هي التي تقدر المصلحة العامة في تفويض المرفق أم لا، و بعد استقرائنا لنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أن السلطة المفوضة يمكن أن تكون :

1/ الجماعات الإقليمية

تعتبر الجماعات الإقليمية شخص من أشخاص القانون العام، لها سلطة إصدار قرارا تفويض المرفق العام حيث أنها تفوض تسيير و استغلال المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص و ذلك تحقيقا للمصلحة العامة[2].

فيمكن أن تأخذ الجماعات الإقليمية شكل ولاية أو بلدية ، وهو مانصت عليه المادة 16 من الدستور في أخر تعديل له، على أن: " ***الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية***[3]." إذ انه إذا كنا بصدد عقود التفويض من طرف الولاية، فالشخص الذي يمثله هو الوالي بعد مصادقة المجلس الشعبي

[1] القانون رقم 90-11 المؤرخ في1990/04/21 المتعلق بعلاقات الشغل،ج. ر.ج.ج، ع17.
[2] حاشمي سامي، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2016 /2017، ص13.
[3] المادة 16 من القانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، ج. ر.ج.ج، ع 14المؤرخة في 7مارس2016.

الولائي (APW)، أما إذا كانت السلطة المفوضة بلدية فإنه يمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد مصادقة المجلس الشعبي البلدي[1] (APC).

حيث أعطى القانون الصلاحية للجماعات الإقليمية بتفويض المرافق العمومية حيث بإمكانها منح تسيير واستغلال المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص، إذ تبرم عقود تفويض المرفق العام إذا كانت تحقق المصلحة العامة.

2/ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للجماعات الإقليمية

نص عليها قانون 11-10 المؤرخ في 22 يوليو 2011 المتعلق بالبلدية، في الفصل الثالث تحت عنوان المؤسسة العمومية البلدية في كل من المادتين 153و154، حيث جاء في نص المادة 15:" *يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من اجل تسيير مصالحها"، ونصت المادة 154 على أنه: " تكون المؤسسات العمومية ذات طابع إداري أو ذات صناعي وتجاري ويجب على المؤسسة العمومية البلدية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن توازن بين ايراداتهاونفقاتها".*

كما نص عليها قانون 12- 07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية، وذلك في المواد 146 و147 تحت عنوان المؤسسات العمومية الولائية، حيث جاء في نص المادة 147 بأنه *: " تأخد المؤسسة العمومية الولائية شكل مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري حسب الهدف المرجو منها."*

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

- تزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة،
- النفايات المنزلية والفضلات الأخرى،
- صيانة الطرقات وإشارات المرور،
- الإنارة العمومية،
- الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية،
- الحظائر ومساحات التوقف،
- المحاشر،

[1] محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 104 – 105 .

- النقل الجماعي،
- المذابح البلدية،
- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء،
- الفضاءات الثقافية التابعة لأملاكها،
- فضاءات الرياضة والتسلية التابعة لأملاكها،
- المساحات الخضراء[1]

كذلك بالنسبة لقانون الولاية اين يمكن للولاية ان تنشأ مصالح عمومية ولائية، تتكفل على وجه الخصوص بما يلي:

- الطرق والشبكات المختلفة،
- مساعدة ورعاية الطفولة والأشخاص المسنين أو الذين يعانون من اعاقة او امراض مزمنة،
- النقل العمومي،
- النضافة والصحة العمومية، ومراقبة الجودة،
- المساحات الخضراء،
- الصناعات التقليدية والحرف[2] .

وباستقراء المادة 05 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، يتبين لنا أنه يمكن لعدة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وذلك في إطار تجمع

حيث يعين الأشخاص العموميون المتمثلين في الجماعات الإقليمية و المؤسسات ذات الطابع الإداري التابعة لها، ممثلا عنهم بموجب إتفاقية تجمع، و يحوز هذا العضو الممثل صفة السلطة المفوضة في تجسيد تفويض المرفق العام.

ثانيا : المفوض له

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

وبالرجوع إلى نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18 – 199 السابق الذكر، نجد أنه قد تم حصره في شخص معنوي قد يكون عام أو خاص، شريطة أن يكون خاضع للقانون الجزائري (بمعنى له

[1] المادة، 149، من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بقانون البلدية ، ج.ر.ج.ج ع 37 مؤرخ في 3 جويلية 2011.
[2] المادة 141 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 يتعلق بقانون الولاية، ج.ر.ج.ج ،ع 12 مؤرخ في 29 فبراير2012.

موطن وعنوان، له قانون أساسي وهدا بالنسبة للشركات التجارية، ويكون في شكل شركة أو مؤسسة او تجمع، سواءا كان اجنبي أو وطني).

1/ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

تعتبر المؤسسة العمومية الصناعية و التجارية، أكثر الأشكال شيوعا لتدخل الدولة في الميدان الاقتصادي وهو شكل ورثته الجزائر من النظام الاستعماري يقوم أساسا على جهازين أساسيين أحدهما للمداولة و الأخر للتنفيذ، مجلس الإدارة و المدير[1].

تخضع لنظام قانوني مختلط، يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها، حيث تخضع لقواعد القانون العام في علاقتها مع الدولة و نظامها الداخلي، و تخضع لقواعد القانون الخاص في علاقتها مع الغير، ويختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها في كل ما يتعلق بإنشائها و تنظيمها و إلغائها.

ومن أمثلتها المؤسسة الوطنية للكهرباء و الغاز، المؤسسة الجزائرية للمياه، الوكالة الوطنية للسياحة.

أ- الشركات التجارية

قد يأخد المفوض له شكل شركة تجارية، أي شخص من أشخاص القانون الخاص، غير أن التفويض يكثر بشكل ملحوظ في شكل شركات الاقتصاد المختلط .

ب- شركات الاقتصاد المختلط

هذه الشركات عبارة عن شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص، ذات تطبيقات خاصة يشترك في تكوين رأسمالها وإدارتها أحد أشخاص القانون العام، مع أحد أفراد أوالشركات الخاصة، بغية تحقيق مصلحة ذات نفع عام أو إدارة مرفق عام.

و عليه نجد في كثير من الأحيان أن شركات الاقتصاد المختلط أصبحت تستعمل كأسلوب الاستغلال المباشر و الامتياز[2] .

4. الجمعيات او التجمعات المهنية

يمكن للسلطة المفوضة أن تمنح استغلال المرفق العام لهده الجمعيات أو التجمعات المهنية ذات الصلة بالنشاط ونوعية التخصص الذي تمارسه هده الجمعيات المهنية، والتي يرتبط عملها بصورة قانونية بأعمال المؤسسة التي تقوم باستغلالها.

[1] بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011/2010، ص53.

[2] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص331.

تنشأ الجمعية باتفاق جماعة من الأشخاص الراشدين على تحقيق هدف غير مادي، قد يكون هدفا خيريا، أو ثقافيا، أو علميا، أو رياضيا، مواردها تتكون من اشتراكات أعضائها، العائدات المرتبطة بانشطتها، الهبات والوصايا، الاعانات المحتملة التي تقدمها الدولة او الولاية او البلدية[1] .

ثالثا: مستعملي المرفق العام

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

فيكون الحق الاساسي لمستعملي المرفق العام في مطالبة الادارة بإجبار المفوض له على تنفيد واحترام شروط عقد التفويض كتنفيد التعريفات، أو الرسوم المتفق عليها، وخاصة منها واجب المساواة بين المنتفعين عند تقديم الخدمات ، والذي يعتبر اهم المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام. [2]

كذلك يحق لهم إعلام السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له في حالة، إهماله أو تجاوزه أو عدم احترامه للشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المعني، أو سوء استغلاله له، وذلك في سجل خاص يوضع تحت تصرفهم، فمن واجب المفوض له تقديم خدمات المرفق على أحسن وجه للمنتفعين وبالرسوم التي تقررها الإدارة.[3]

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

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

المطلب الثاني: أشكال اتفاقية تفويض المرفق العام و المبادئ التي تحكمها

تتعدد أنواع أو صور اتفاقيات تفويض المرفق العام، حسب مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له، و مستوى رقابة السلطة المفوضة، و مدى تعقيد المرفق العام، و عليه فالتفويض لا يكون بدرجة واحدة بالنسبة لأنواع اتفاقيات تفويض المرفق العام.

و من أجل نجاح سير المرفق العام بموجب هده العقود، وجب إخضاع اتفاقية التفويض إلى مبادئ حتى تتحقق الغاية المرجوة منها، و هي تقديم الخدمة العامة للجمهور أو مستعملي المرفق العام.

[1] بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، مرجع سابق،ص41.
[2] حاشمي سامي، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص60.
[3] المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مؤرخ في 02 أوت 2018، ج.ر.ج.ج،ع، 48.

علما بأن المشرع الجزائري استعمل أسلوب مرن في صياغة نص **المادة 210** من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أين نجد المشرع قد ترك مجالا مفتوح لتعدد أشكال تفويض المرفق العام، لمسايرة التطورات المستقبلية و عدم حصرها في أشكالها الأربعة، حيث جاءت المادة بالقول:*"...كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبينة فيما يأتي..."*

الفرع الأول: أشكال اتفاقية المرفق العام

حدد المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ، الأشكال التي يمكن أن يأخذها تفويض المرفق العام، وذلك في نص المادة 52 التي تنص على أنه *"يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أربعة(4) أشكال : الامتياز الإيجار الوكالة المحفزة، التسيير"*.

أولا: عقد الامتياز

سوف نتطرق الى بعض التعاريف الفقهية التي جاء بها الفقهاء والأساتذة لتعريف عقد الامتياز وكذا التعريف التشريعي الذي أتى به المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مع ابراز خصائصه.

1/ تعريف عقد الامتياز

سنحاول في هدا الصدد التطرق الى كل من التعاريف الفقهية والتشريعية لعقد الامتياز.

أ – التعريف الفقهي:

يعد عقد امتياز المرفق العام من أشهر عقود التفويض، حيث يعرف الفقه عقد امتياز المرفق العام، بأنه عقد أو اتفاق، تكلف الإدارة المانحة سواء كانت دولة أو ولاية أو بلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو معنويا من القانون العام أو الخاص يسمى صاحب الامتياز، بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله و متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، مقابل هذه الخدمة، ويتقاضى مقابل مالي يحدد في العقد، يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق.[1]

وعرفه الأستاذ **سليمان الطماوي** بأنه :"عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه أو كل مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لتسيير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز[2] "

[1] بدير يحي،الجوانب القانونية لآلية تفويض المرفق العام على ضوء احكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد الثالث،2017، ص135.

[2] محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين الشمس ، 1991، ص 106.

كذلك عرفه الأستاذ **زوايمية راشيد** على انه "*عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، يسمى صاحب الامتياز، لتسيير مرفق عمومي في إطار إحترام دفتر الشروط، مع تحمل صاحب الامتياز مخاطر و أعباء تسيير المرفق*[1] ".

ب- التعريف التشريعي:

و عرفته المادة 53 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر " *الامتياز هو الشكل الذي تعهد به من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له، إما إنجاز منشآت، أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله، و إما تعهد له فقط استغلال المرفق العام.*

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه و على مسؤوليته تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، و يمول المفوض له بنفسه الانجاز و اقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام ..."

من خلال التعاريف التي تطرقنا إليها، نستنتج أن لعقد الامتياز عناصر و خصائص، والتي نوجزها فيما يلي:

2/ خصائص عقد الامتياز.

أ- **أطراف عقد الامتياز:** عقد الامتياز هو علاقة ثنائية تجمع بين طرفي الإدارة المانحة للامتياز(السلطة المفوضة) المتمثلة في السلطة الإدارية العمومية (دولة، الجماعات المحلية ،المؤسسات العمومية)، والملتزم أو صاحب الامتياز(المفوض له) الذي يكون في الغالب من أشخاص القانون الخاص، إلا أنه مع التطورات التي لحقت بالمرفق العام أصبح بإمكان تفويض المرفق العام إلى أشخاص القانون الخاص.

ب- موضوع العقد: إن موضوع عقد الامتياز هو تسيير مرفق عام و استغلاله، و بناء المنشات الضرورية للتسيير، وكذا التجهيزات اللازمة لاستغلاله، أو يعهد له استغلال المرفق العام فقط فصاحب الامتياز لا يقتصر دوره على التسيير فقط بل يتعداه الى إنشاء المرفق في حد ذاته ثم إدارته و استغلاله ، لتحصيل ما أنفقه في البناء، أي يتحمل صاحب الامتياز كل الاستثمارات المبدئية بالمرفق العام[2] .

ج- المقابل المالي و جهة التمويل: وهو المقابل الذي يتقاضاه المفوض له (صاحب الامتياز) جزاء تسييره واستغلاله للمرفق، والذي يتحصل عليه عن طريق الإتاوات التي يدفعها مستعملي المرفق مقابل الخدمة التي قدمت لهم، حيث يتحمل صاحب الامتياز الأعباء المالية المتعلقة بإنجاز المنشآت و

[1] ZOUAIMIA Rachid، délégation de service public (au profit des personnes prévues)، maison d'édition Belkeisse ،Alger، 2012, p.74

[2] ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ، 2007/ 2008، ص116.

اقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام، و هو ما نصت عليه المادة 53 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

هـ- مدة عقد الامتياز: يلتزم المفوض له في عقد الامتياز بمدة محددة، فهو ليس بعقد أبدي، و لا تنازل عن المرفق، و إنما هو مجرد طريقة تسيير، حيث أولى له المشرع مدة طويلة والمقدرة بـ ثلاثون 30 سنة، كما أجاز تمديده لمدة أربعة 4 سنوات كحد أقصى، وهذا بناءا على طلب يقدمه المفوض له إلى السلطة المفوضة، مرفقا بتقرير معلل عندما يتعلق الأمر بإضافة استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية و ذلك بموجب ملحق مرة واحدة، وهذا ما تضمنته الفقرتين 3 و 4 من المادة 53.

وفي النهاية يستلزم عودة العقارات والمنقولات المستعملة الى الجماعات المحلية بعد انقضاء مدة العقد[1].

ثانيا: عقد الإيجار

عقد ايجار المرفق العام من العقود التي تعد نمودجا لتفويض المرفق العام، حيث بقي ولمدة طويلة مرتبطا بالامتياز ويختلف عنه في خصائص، لذا سوف نتطرق الى تعريفه، وبيان خصائصه.

1/ تعريف عقد الإيجار

لتعريف عقد الإيجار سوف نتطرق الى تعريفه فقهيا، وتشريعيا.

أ- التعريف الفقهي:

الإيجار هو عقد يكلف بموجبه شخص عمومي المؤجر، شخصا أخر المستأجر، باستغلال مرفق عمومي لمدة زمنية معينة، مع تقديم المنشآت و الأجهزة، و يقوم المستأجر بتسيير و استغلال المرفق مستخدما عماله و أمواله، ويتقاضى أجرا ماليا يحدده العقد و يدفعه المنتفعون عن طريق إتاوات مقابل الخدمة التي يقدمها وقد يدفع المستأجر مقابلا ماليا للشخص المعنوي لاسترجاع مصاريف إنشاء المرفق العام [2] .

عرفه الأستاذ جيل ليبرتن "**GILLES Libertan**" كما يلي: "*عقد الإيجار هو عقد إداري يقوم بموجبه شخص من القانون العام بتفويض شخص من القانون الخاص بإدارة و تسيير مرفق عام، ويعطيه الحق في الحصول على أموال مقابل خدمات ويُلزمه بتسليم هذا الأجر له*[3] ".

---

[1] فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراء في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2019/2018،ص86.

[2] ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، المرجع السابق ، ص118.

[3] Gilles Lebreton, Droit administratif général,dalloz, 2015, p167.

والنص باللغة الفرنسية جاء كالأتي:

" Le contrat d'affermage est un contrat administratif par lequel une personne publique délégué à une personne le droit de se rémunération sur les usages, et l'oblige prévue dite fermier li gestion d'un service public, lui donne à lui rétrocéder de cette rémunération".

ب- التعريف التشريعي:

كما نجد المادة 54 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر عرفته كما يلي:

" الإيجار هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له، تسيير و صيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، و يتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر، و تحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة ".

انطلاقا من التعريف نلاحظ أن عقد الإيجار تمتاز خصائصه بجزئية من عقد الامتياز على اعتبار أن كلا العقدين موضوعهما هو تسيير مرفق عام، و يتحصل المفوض له في كلاهما من الإدارة المقابل مالي من أتاوى أو رسوم التي يتقاضاها من مستعملي المرفق العام نتيجة خدمات يقدمها لهم.

أما الفرق بينهما يتمثل في كون المستأجر(المفوض له) يقوم باستغلال المرفق و تسييره فقط وهو ولا يمكن له إنشاء الهياكل الأساسية و تجهيز المرفق، في حين نجد أن في عقد الامتياز يمكن صاحب الامتياز(المفوض له) إنشاء المرفق و تجهيزه و استغلاله،كما تدفع للمؤجر أتاوى سنوية من طرف المستأجر الذي، وهو ما لا يتمتع به الملتزم في عقد الامتياز.

2/ خصائص عقد الإيجار

أ- مصاريف المنشآت و أعمال الصيانة: في عقد الإيجار، مصاريف إنجاز و إقامة المنشآت لا تقع على المستأجر، وإنما تقع على المؤجر، أما تكاليف الصيانة فهي تقع على المستأجر بحيث يقوم بالصيانة اللازمة و ذلك لحسن سير المرفق العام و تسهيل استغلاله[1].

ب- مسؤولية المستأجر: يتصرف المفوض له(المستأجر) لحسابه، مع تحمله لكل مخاطر بما في ذلك المخاطر التجارية المتعلقة بإيرادات الاستغلال، وكذا المخاطر الصناعية المتعلقة بأعباء الاستغلال، و النفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام[2] .

ج- أجرة المستأجر: أجرة المستأجر عبارة عن إتاوات يدفعها مستعملي المرفق العام أو المستفيدين من خدمات المرفق العام و لا يتحفظ لنفسه بكافة الأتاوى و إنما يدفع للسلطة المفوضة مقابل مالي متمثل في إتاوة سنوية، وذلك حتى يمكن لها استهلاك قيمة التجهيزات والإنشاءات التي قامت بتنفيذها، وهو من أحد الخصائص المميزة لعقد الإيجار.

د- مدة الإيجار: حدد المشرع مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار بخمس عشرة (15) سنة كحد أقصى، و يمكن أن تمدد بموجب ملحق مرة واحدة لمدة ثلاثة (03) سنوات كحد أقصى

[1] بن بركا ن أسماء، حرفوش زهرة، تفويض المرافق العامة المحلية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، فرع القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012/2011، ص23.

[2] المادة 54 فقرة 1و2 من المرسوم التنفيذي 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام، مؤرخ في 02 أوت 2018، ج.ر.ج.ج،ع، 48.

بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، وهو مانصت عليه المادة 54 من المرسوم التنفيذي18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

ثالثا: عقد الوكالة المحفزة

عقد الوكالة المحفزة من بين عقود تفويضات المرفق العام، تبرمه الادارة المفوضة مع شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، سنتناول في هدا الصدد تعريف عقد الوكالة المحفزة، وخصائصها.

1/ تعريف عقد الوكالة المحفزة

حاول كل من الفقهاء والمشرعين تقديم تعريف لعقد الوكالة المحفزة، وذلك نظرا لحداثته وأهميته في ادارة المرافق العامة.

أ- التعريف الفقهي:

عقد الوكالة المحفزة أو كما كان يطلق عليه سابقا بعقد مشاطرة الاستغلال، و هو طريقة من طرق تسيير المرافق العامة، تبرمه إحدى السلطات العمومية مع شخص معنوي من القانون الخاص او العام.

حيث عرفه الفقهاء بأنه: طريقة من طرق إدارة المرافق العامة، حيث تعهد بموجبها الجماعة المحلية إلى شخص لإدارة مرفق عام، حيث أن هذا الشخص يضمن الاتصال مع المنتفعين من خدمات المرفق العام المعني، ويقوم بتنفيذ الأعمال و يتصرف لحساب الجماعات الإقليمية، لقاء أجر جزافي يدفعه له الشخص المعنوي العام القائم بتفويض المرفق، ويدرج مع رقم الأعمال المنجز[1].

كما يعرفه العض بأنه: "عقد بموجبه يعهد شخص عام الى شخص خاص، نظير مقابل يتقاضاه هدا الاخير من الجهة المتعاقدة وفقا لحسن سير الاستغلال،على تحمل الادارة المخاطر المالية للمشروع[2]".

أ- التعريف التشريعي:

وعرفتها المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199 يتعلق تفويض المرفق العام بأن *:"الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام،او تسييره*

[1]سليمان حاج عزام، تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة بين النظرية و التطبيق، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي الذي نظمته كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الموسوم بعنوان الصفقات العمومية و تفويض المرافق العامة في ضل المرسوم الرئاسي 15-2047 و التشريعات المقارنة يومي 18 و 19 أكتوبر 2016.

[2]بروري هدى، ساولي صوفية،الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي 15-274، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام،تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الاقليمية، قسم القانون العام،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2018/2017، ص34.

وصيانته، وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام..."

يفهم من ذلك أن عقد الوكالة المحفزة هو عقد يبرم بين شخص معنوي عام ومتعامل اقتصادي(المفوض له)،يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتسيير أو تسيير وصيانة مرفق عام، واستغلاله لحساب الشخص المعنوي العام، الذي يتكفل بإقامته ويحتفظ بإدارته، مقابل اجر يدفعه للمفوض له في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق، ومنحة الإنتاجية وحصة من الأرباح، على أن يلتزم المفوض له بتحصيل تعريفات الجمهور الذي يستعمل المرفق لحساب الشخص المعنوي العام المعني.[1]

2/ خصائص عقد الوكالة المحفزة

أ- تحمل الشخص الشخص العام نفقات إقامة المرفق العام: إذ يتولى مانح التفويض (السلطة المفوضة) إقامة منشآت المرفق العام، و هو ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 55 من المرسوم التنفيذي 118-199 يتعلق بتفويض المرفق العام السابق الذكر.

حيث أن السلطة العامة تتحمل نتائج استغلال المرفق العام، لأنه يدار في الواقع لحسابها، و على مسؤوليتها.[2]

ب- المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب التفويض: حيث يتكون المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب التفويض من جزء ثابت يحدد في العقد يكون في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يضاف إليها منحة الإنتاجية و حصة الأرباح، ولا يتحمل المفوض له أي مسؤولية مالية،لأنها تمول بنفسها المرفق العام.

ج- إدارة المرفق العام لحساب الشخص العام: حيث يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام، كما يتولى المفوض له تحصيل الأتاوى من المستفيدين من المرفق العام محل التفويض، و يقوم بتحويلها لصالح السلطة المفوضة المعنية.

هـ- مدة العقد: لا تتجاوز مدة العقد بعشرة (10) سنوات كحد أقصى، و يمكن تمديدها بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، و لا يمكن أن يتعدى التمديد سنتين(2) كحد أقصى.

[1] خلاف فاتح، محاضرات في قانون الصفقات العمومية،طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، موجهة إلى طلبة السنة الثالثة حقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،2015/ 2016 ،ص21.

[2] بروري هدى، ساولي صوفية،الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 37.

واعتبارا لذلك جاءت تسمية الوكالة المحفزة لتجمع بين عنصرين وهما:الوكالة بأن يتولى المفوض له تسيير المرفق العام لحساب السلطة المفوضة وباسمها دون تحمله لأي مخاطر مالية تنتج عن تسييره وكذا المحفزة ذلك من خلال تحفيز المفوض له وتشجيعه من أجل حصوله على أرباح نتيجة تسييره الأمثل للمرفق وهنا يظهر عنصر الاستغلال[1] ولو أن المنظم الجزائري لم يوفق في تسمية العقد بالوكالة المحفزة لأن الوكالة في العقد الإداري تتحقق عندما يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الشخص العام وهي تختلف عن تقنية التفويض كون أن موضوع الوكالة ليس محصورا باستغلال المرفق العام ويمكن أن يمتد إلى مهام أخرى كالأشغال العامة[2].

رابعا: عقد التسيير

يعتبرعقد التسيير من بين عقود التفويض، وللإحاطة بمفهوم عقد التسيير، يجب علينا التعريف به، وكذا ابراز خصائصه.

1/ تعريف عقد التسيير

لعقد التسير العديد من التعاريف، وعليه سوف نتطرق الى تعريفه فقهيا، وتعريفه حسب المرسوم التنفيدي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

أ- التعريف الفقهي:

عقد التسيير هو عقد مبرم بين 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] .

كما عرف أيضا بأنه:"طريقة من طرق إدارة المرفق العام من خلال منح المفوض له إدارة واستغلال أو صيانة المرفق العام مع احتكار الإدارة أو السلطة المفوضة للتمويل والإدارة، فالمسير في هذا العقد يعمل باسم ولحساب السلطة المفوضة وذلك يكون ضمن استقلالية ومسؤولية محدودة مقابل مبلغ مالي جزافي ليس له ارتباط وثيق وترجمة حقيقية لإستغلال المرفق العام المفوض، فلا يتحمل أرباح وخسائر التسيير[4] ".

[1]بدير يحي،الجوانب القانونية لالية تفويض المرفق العام على ضوء احكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق،ص137.

[2]فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق،ص102.

[3]لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخواص، مدكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة،2014/2013، ص32.

[4]لامية تاجر،عقود تفويضات المرفق العام وفق المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص منازعات عمومية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي،2018/2017، ص41.

كما ذهبت الأستاذة بواتوقلودي **BOITEAU Claoudie** إلى القول بأن عقد التسيير ليس تفويض للمرفق العام، بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير على أساس انه مبلغ جزافي ليس له ارتباط باستغلال المرفق، ولا يتحمل خسائر وأرباح التسيير[1] .

نفس الموقف اتخذه الأستاذ (**Braconnie (s** الذي لم يدرج عقد التسيير في عقود تفويض المرفق العام في كتابه Droit de services publics عندما تعرض لعقود تفويض المرفق العام، ورغم عدم اجماع الفقهاء حول انتماء عقد التسيير لطائفة عقود تفويض المرفق العام، الا انه يجد تطبيقا له في فرنسا، خاصة في مجال ادارة ساحات انتظار السيارات (مواقف السيارات) [2] .

ب- التعريف التشريعي:

وباستقراء المرسوم التنفيذي18-199 السابق الذكر، في المادة 56 منه ،يتبين بأنه هناك تشابه كبير بين عد الوكالة المحفزة وعقد التسيير، والاختلاف إلا في أمور دقيقة تتمثل في أن اجر المفوض له في عقد الوكالة المحفزة يدفع له بواسطة منحة محددة بنسبة مئوية من رقم الأعمال يضاف لها منحة الإنتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء إما في عقد التسيير فان اجر المفوض له يدفع له في شكل منحة محددة بواسطة نسبة مئوية من رقم الأعمال يضاف لها منحة الإنتاجية فقط وتحتفظ السلطة المفوضة بالإرباح.

أيضا فيما يخص تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام ،ففي الوكالة المحفزة تحدد باشتراك السلطة المفوضة مع المفوض له ، عكس عقد التسيير التي تنفرد بتحديدها السلطة المفوضة فقط ،التي تحددها مسبقا في دفتر الشروط.

كما أن حالة العجز قد أغفلت في اتفاق الوكالة المحفزة،عكس عقد التسيير التي تطرقت لها من خلال النص على تعويض المسير في حالة العجز باجر جزافي.

2/ خصائص عقد التسيير

أ- تحمل الشخص العام نفقات إقامة المرفق العام: حيث يتولى صانع التفويض إقامة منشآت المرفق العام إذ هي التي تموله وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية وهو ماتشترك فيه الوكالة المحفزة مع عقد التسيير.

ب- المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب التفويض: إن أجر المفوض له يدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مؤوية من أرقام الأعمال، ويضاف لها منحة إنتاجية،

[1]Claudie Boiteau les، conventions de délégation de service public، Imprimerie nationale، 1999، p96.
[2]فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص106.

فتقوم السلطة المفوضة بتحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح أما في حالة العجز، فإنه يتم تعويض المسير، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية[1] .

ج- موضوع عقد التسيير: ينص موضوع عقد التسيير على تسيير المرفق العام أو تسيير وصيانة المرفق العام وإستغلاله لحساب السلطة المفوضة التي تموله بنفسها وتحتفظ بإدارته.

هـ- مدة العقد: نصت المادة 56 من القانون 5 من مرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام السابق الذكر بأنه لا يمكن أن تتجاوز مدة العقد 5 سنوات وتمدد لمدة سنة بموجب ملحق وبطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير محلل وذلك لحاجات استمرارية المرفق العام[2] .

ما يمكن استخلاصه من أشكال التفويض أن الامتياز والإيجار المفوض له هو الذي يقوم بتسيير واستغلال المرفق باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة، ويتقاضى المقابل المالي من الإتاوات التي يدفعها مستخدمي المرفق العام، وبالتالي هو الذي يتحمل كافة أرباح ومخاطر الاستغلال.

أما الوكالة المحفزة والتسيير مادام الاستغلال والتسيير يكون باسم ولحساب السلطة المفوضة فهي التي تتحمل أرباح ومخاطر الاستغلال.

الفرع الثاني: مبادئ تفويضات المرفق العام

جاء نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199المتعلق بتفويض المرفق العام لتحديد المبادئ التي يخضع لها تفويض المرفق العمومي حيث نصت على ما يلي:

"دون الإخلال بأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية".

فهناك إذن مبادئ مرتبطة بالإجراءات أو متعلقة بالإبرام ومبادئ تحكم سير المرفق العام أي مبادئ مرتبطة بتنفيذ اتفاقيات التفويض.

أولا: مبادئ مرتبطة بالإجراءات

نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي:" *لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال, يجب أن تراعى*

[1] لامية تاجر، عقود تفويضات المرفق العام وفق المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص42.
[2] المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام،المؤرخ في 02 أوت 2018، ج.ر.ج.ج،ع، 48.

في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

وعليه نستخلص أن هناك ثلاث مبادئ تقوم عليها إجراءات إبرام اتفاقية التفويض وهي:

1/ مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

وهو ما يتماشى مع الحرية الاقتصادية التي تعد مبدأ دستوري تم النص عليه ضمن المادة 43 من الدستور في آخر تعديل له, حيث يعتبر هدا المبدأ من حق كل المتعاملين الاقتصاديين، أي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة لتقديم عروضهم للهيئات المؤهلة قانونا لإبرام عقود تفويضات المرفق العام دون تمييز بينهم وفق الشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط[1] .

كما تلتزم مع جميع المتعاملين على قدم المساواة ومنحهم فرصة للوصول للطلبات العمومية بكل حرية، وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول في العرض، أو تطبيق شروط غير متكافئة، مما يحرمهم من منافع المنافسة، عملا بأحكام المادة 6 من الأمر 03-03[2] المتعلق بالمنافسة وذلك من خلال الإشهار الواسع ، سهولة الوصول إلى الوثائق، آجال تحضير العروض يكون كافي للمترشحين .

ولا يتحقق مبدأ حرية الوصول الى الطلبات العمومية إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على افضل العروض، سواءا من حيث كيفيات الإبرام او من حيث اجراءات ابرامها.

2/ المساواة في معاملة المرشحين

يعد هذا المبدأ من المبادئ الدستورية منصوص عليه في المادة 43 من الدستور وهو يعني وجوب إخضاع جميع المرشحين لنفس معايير الاختيار ولنفس القواعد ولنفس الشروط وذلك بإتخاد اجراءات ومعايير تلتزم السلطة المفوضة بوضعها نذكر منها:

-الإعلان بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة.

-عناصر ومعايير اختيار المتعامل تكون موضوعية وغير موجهة، وان يتم منح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط.

[1] أسامة مهية، المنافسة والشفافية في قانون الصفقات العمومية، مدكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015/2014، ص20.

[2] الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19جويلية يتعلق بالمنافسة,ج .ر.ج.ج عدد43، صادر بتاريخ 20 جويلية 2003 معدل ومتمم بموجب كل من قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25جوان2008، ج.ر.ج.ج عدد36، صادر في 20جويلية2008، وقانون رقم10-05 مؤرخ في 15اوت2010، ج. ر.ج.ج عدد46، صادر في 18اوت2010.

–التطبيق الصارم والعادي لطريقة التنقيط التقني حسب دفتر الشروط[1]، أي لا تنطوي معايير اختيار المفوض له على معايير تمييزية، وبالتالي يعد ضمانة للمنافسة الحرة في مجال التفويض المرفق العام.

3- شفافية اجراءات التفويض

وهي من أهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام تفويض المرفق العام، إذ يتعين على المصلحة المتعاقدة الالتزام بهذا المبدأ في جميع مراحل إبرام التفويض ودلك من خلال تطبيق إجراءات واضحة ومفصلة لاختيار المفوض له، حيث نص المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويض المرفق العام على إجراءات إبرام اتفاقية التفويض، ويتم منح التفويض للمترشح الذي يقدم أفضل عرض باعتبار ان الطلب على المنافسة كأصل عام، وهدا لإضفاء الشفافية على إجراءات الإبرام، ذلك أن اسلوب الطلب على المنافسة يقتضي الاعلان وحرص المشرع على دكر بياناته بالتفصيل، وحرص المشرع على التزام الادارة باختيار معايير موضوعية للمنافسة، وأن تمنح المتعهدين اجلا معقولا لتحضير عروضهم [2].

بحيث لا وجود لمعايير تمييزية في الإجراءات، كما يفعل من خلال التأشير المسبق لدفتر الشروط والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء وممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد ابرام عقود التفويض، فتح الأظرفة في جلسة علنية أو مغلقة حسب الحالة، نشر معلومات للنتائج في إعلان المنح المؤقت، طلب توضيحات لكافة المترشحين .

ثانيا: مبادئ تحكم سير المرفق العام

وهذه المبادئ نصت عليها المادة الثالثة(3) السابقة الذكر والمتمثلة في مبدأ المساواة والاستمرارية ومبدأ قبلية المرفق العام للتكييف.باعتبارها مبادئ تقليدية لسير المرفق العام،وتم تدعيم هده المبادئ بمبادئ حديثة متمثلة في مبدأ الشفافية،والنوعية، ومبدأ الفعالية الاقتصادية والاجتماعية للمرفق العام.

1/ المبادئ التقليدية لسير المرفق العام: تتمثل في المبادئ الكلاسيكية التي يقوم عليها المرفق العام، والمتمثلة في مبدأ الاستمرارية والمساواة، ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف.

أ- مبدأ الاستمرارية

استمرارية الدولة تقتضي استمرارية مرافقها وهو من المبادئ العامة للقانون المتعلقة بعملية تنظيم وسير المرافق العامة، يقتضي هدا الأخير حتمية ديمومة وسيرورة المرفق بصورة جيدة ومنتظمة[3] ،لأن الحياة العامة للمجتمع تتوقف وترتكز على السير المنتظم والمضطرد للمرفق العام وأي توقف أو خلل أو

[1]سبع عبد الرحمان، تفويض المرفق العام في ضل قانون 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص ادارة ومالية، قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2217/2016، ص16.
[2]أسامة مهية ، المنافسة والشفافية في قانون الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص23.
[3]فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص230.

اضطراب يؤدي إلى شلل وتوقف الخدمة العامة،والاستمرارية تفرض عند تطبيقها التزامات على عاتق كل من السلطة المفوضة والمفوض له الملتزم بإدارة المرفق، والموظفين المكلفين بتشغيله فالبنسبة للادارة تلتزم بتشغيل المرفق العام، حيث يمنع عليها اتخاد أية قرارات أو لوائح من شأنها تعطيل المرفق العام عن أداء الخدمات التي كان يقدمها، أما بالنسبة للمفوض له المتعاقد مع الإدارة فهو ملتزم بإدارة واستغلال المرفق العام، والمحافظة على هدا المبدأ، ويعتبر التزاما أساسيا يقع على عاتقه، وتحرص الإدارة على أن تضمنه في دفتر الشروط، إلا أن عدم النص عليه لا يحول دون تطبيقه لارتباطه بالنظام العام الذي يحكم سير المرفق العام، أما بالنسبة للموظفين وحفاظا على مبدأ الاستمرارية فقد قيد حقهم في الإضراب، ونظم حقهم في الاستقالة[1].

ب- **مبدأ المساواة أمام المرفق العام**

يعتبر مبدأ المساواة أمام المرفق العام امتداد للمرفق العام المتمثل في المساواة أمام القانون الذي يعد حقا من الحقوق المكرسة دستوريا، ويقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق، بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوفر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو المركز الاجتماعي والاقتصادي ويستمد هّذا المبدأ أساسه من الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق التي تقتضي بمساواة الجميع أمام القانون ولا تمييز بين أحد منهم، ويترتب على هذا القول نتائج تتمثل في مبادئ فرعية وهي:

– المساواة أمام المنتفعين من خدمات المرفق العام: كتحديد رسم معين مقابل الخدمة، او تقديم بعض الوثائق.

– كذلك المساواة في تحمل الأعباء العامة و الالتزامات: وعليه فليس للسلطات العامة في الدولة والسلطات الإدارية على وجه الخصوص أن تفرق وتميز بين الأفراد في المعاملة فيما بينهم وإلا كانت قراراتها مشوبة بعدم المشروعية، وبدون حاجة لوجود نص قانوني يقرها[2].

ج- **مبدأ قابلية المرفق للتغيير والتعديل**

يتضمن مبدأ القابلية للتكيف أو ما يصطلح عليه أيضا بالقابلية للتطور والتعديل إمكانية مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية،التقنية والقانونية التي تدخل في الإطار العام للبيئة التي يعيش فيها المرفق العام تفرضها ضروريات المصلحة العامة، التي تتغير في الزمان والمكان وتطور حاجات المنتفعين[3].

[1] محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987 ص ص52-53.

[2] سيد عمر محمد لسعد، تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر،الوادي،2016/ 2017،ص38.

[3] وليد حيدر جابر، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص92.

إذ أن الهدف من إنشاء المرافق العامة هو تحقيق وإشباع الحاجات العامة وعليه جاز للسلطة الإدارية، حق تعديل طرق تسيير المرفق العام وإلا أصبح هذا الأخير غير قادر على تحقيق المنفعة العامة المرجوة منه، ومن هنا جاء مبدأ قابلية المرفق العام للتبديل والتغيير كمبدأ عام يحكم المرافق العامة جميعا ولا يقتصر على القواعد المنظمة للمرفق العام بل يمتد أيضا لأسلوب إدارته كأن يتغير من أسلوب الإدارة المباشرة إلى المؤسسة العامة, أو من طريقة الاستغلال المباشر لأسلوب المؤسسة أي على الإدارة تكييف المرفق العام عندما تتبدل الظروف ولا يحق للمستفيدين من المرفق العام الاعتراض على ذلك وبإمكان الإدارة إلغاء المرفق العام عندما ترى ضرورة ذلك[1] .

2/ المبادئ الحديثة لسيرالمرفق العام

تم تدعيم المبادئ التقليدية للمرافق العامة وتعزيزها بمبادئ جديدة، تتمثل في:

أ <u>مبدأ الشفافية</u>

يجد هذا المبدأ تطبيقه في مرحلة تنفيذ إتفاقية التفويض كما في مرحلة إبرامها والمتعلقة أساسا بشفافية الإجراءات في إختيار المفوض له من بين عدد من المتعهدين، أما في مرحلة التنفيذ فهو يرد كالتزام على المكلف بتسيير المرفق العام، ويعرفه الأستاذ **michel bazex** بأنه: "وسيلة لمراقبة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام، بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين أو المستهلكين قد روعيت فعلا من قبل المكلف بتسيير المرفق العام"، وبالتالي تشكل الشفافية مركز صراع بين المنتفعين والمفوض له، إذ من مصلحة المنتفع أن يعلم كيفية تأدية المرفق العام نشاطه خصوصا من ناحية النوعية والرسم المرتبط بها، ومدى الرقابة المفروضة عليه، أما بالنسبة للمفوض له فمن مصلحته عدم إعلام المنتفعين عن كيفية تحقيقه للنشاط المرفقي وإخفاؤه كذلك للوضع المالي والاقتصادي للمشروع [2].

أ- <u>مبدأ جودة الخدمة</u>

يستلزم أن تكون الخدمة المقدمة للمرفق العام ذات جودة، سواءا من حيث النوعية أو السعر.

ب-1/ مبدأ نوعية الخدمة المقدمة: يقصد بنوعية الخدمة المقدمة قدرتها على اشباع وتلبية حاجات الجمهور، والاستجابة للأهداف المسطرة في السياسة العامة للدولة، وهي رهان يلعب عليه المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين قصد جلب اكبر عدد من المستهلكين.

ب-2/ الخدمة الشمولية: تتجسد الخدمة الشمولية من خلال جعل ثمن خدمات المرفق العام في متناول الجميع، بهدف التحاق الكل بالمرفق بغض النظر عن الحالة الاجتماعية والمالية للفرد وعلية تعد وسيلة لحماية المصلحة العامة[3] .

[1] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط2،جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر،2007، ص102.
[2] زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في احكام المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر1، الجزء الاول، ع 32،2018، ص510.
[3] فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزايري، المرجع السابق، ص237.

ج- مبدأ الفعالية الاقتصادية والاجتماعية للمرفق العام

وترتبط الفعالية الاقتصادية بنجاح النشاط المرفقي وبالتالي إستمراريته، و يقصد بها القدرة المادية للشخص المكلف بالإدارة والإستغلال، وهي تدل على وجود صلة بين تقنية التفويض من جهة وفكرة المنافسة التي تهدف إلى تأمين الشخص الأكثر فعالية لتحقيق النشاط المرفقي من جهة، أما الفعالية الإجتماعية فهي الضمانة التي تمكن الجمهور من الإستفادة من الخدمات بنوع من المساواة وضمن الشروط التي تحكم سير المرفق العام، فهو مبدا يرد على الشخص المكلف بادارة واستغلال المرفق العام، تستهدف تامين الخدمة بأفضل الوسائل والشروط، وهي بذلك ترتبط بمبدأ قابلية المرافق العامة للتطويرو التبديل[1] .

[1] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص96.

المبحث الثاني:

إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية

قام المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي 18-199 بتوحيد الاجراءات المتعلقة بتسيير تفويض المرافق العامة، بعد ان كانت متناثرة ضمن نصوص متفرقة، وتحديد المراحل التي تمر بها مختلف أشكال تفويض المرفق العام،كالامتياز،و الايجار، والوكالة المحفزة، والتسيير، ليتم وضعها في قالب عام وموحد، وهو اتفاقيات تفويض المرفق العام .

وعلى الرغم من امتلاك الجماعات الإقليمية (البلدية و الولاية) خصائص السلطة العامة كباقي السلطات الإدارية الأخرى، إلا أن قوانينها الأساسية لم تعطي كامل الحرية في صياغة عقودها الإدارية مع الغير، فيتدخل القانون في تحديد طريقة هذه العقود و يعتبرها أفضل طريقة وفقا لشروط و مواصفات قانونية، وغالبا تستخدم مجموعة من الطرق أو الصيغ في عملية إبرام العقود الإدارية، كعقد تفويض المرفق العام الذي هو موضوع الدراسة[1] .

حيث تخضع عملية اختيار المتعاقد في اتفاقيات تفويضات المرفق العام الى القيام بمجموعة من الخطوات، إذ يتعين على السلطة المفوضة المانحة للتفويض ان تختار شكل التفويض المناسب، و بعد ذلك يتوجب عليها الشروع باتخاذ مجموعة من الإجراءات، وصولا إلى اختيار الشخص المفوض له الذي بعهد له تسيير استغلال المرفق العام المعني، بشرط عدم وجود حكم تشريعي يمنع ذلك، على اعتبار و جود مرافق سيادية غير قابلة للتفويض لا يمكن السماح بتفويضها للغير.

المطلب الأول: الطلب على المنافسة كإجراء أصيل

قبل المنح المؤقت لاتفاقية تفويض المرفق العام واعتمادها من قبل المصلحة

فرض المشرع الجزائري مجموعة من الضوابط سواء كانت شكلية أو إجرائية مع وضع قيود صارمة تحكم اتفاقية تفويض المرفق العام، لما لها من أهمية كبيرة التي تعكس صورة و هيبة الدولة تجاه مواطنيها، وكذلك الدور الذي تلعبه هذه المرافق الغير سيادية في تلبية حاجات الجمهور و كذا تحسين الخدمة العمومية.

فقبل اللجوء أو التفكير في طريقة إبرام هذه الاتفاقيات عن طريق الطلب على المنافسة ، يجب الوقوف على مرحلة هامة وهي مرحلة التخطيط و الدراسة تكون بناءا على مجموعة من المعطيات، قد يكون أحد أسبابها هو عجز الإدارة في تحقيق الأهداف المنشودة و ضمان ديمومة الخدمات و نوعيتها،

[1] بالرجوع إلى نص المادة 156 من قانون البلدية 10/11 في مسألة تفويض تسيير المصالح العمومية عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبيه في إشارة لها لقانون الصفقات العمومية أنذلك 02-250 الذي يتنافى تماما مع طبيعة العقد بما فيه القانون الحالي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية كان الأجدر مراجعة و تحيين هذه المادة و مطابقتها على النصوص القانونية الحالية لاسيما المواد 207 إلى غاية 212 من قانون الصفقات العمومية الحالي الذي يحلينا بدوره إلى المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية.

كما قد يكون دافع أخر متمثل في خلق إيرادات جديدة لميزانياتها و كذلك الاستفادة من بعض الخبرات و مهارات الجديدة في تسيير هذه المرافق من طرف الخواص.

عندها تقوم الإدارة بإعداد دفتر شروط يتماشى مع نوع و طبيعة العقد و كذا الصيغة المناسبة التي يجب إتباعها في اختيار المفوض له.

الفرع الأول: إعداد دفتر الشروط

ان الاعداد المسبق لدفتر الشروط يقيد الادارة، من خلال تبيان شروط المشاركة والانتقاء مما لا يسمح بالتلاعب والتحايل من قبل المصلحة المتعاقدة، ومن جهة اخرى يمكن المفوض له من الاطلاع مسبقا على الشروط والبنود التي بمقتضاها سيبرم العقد مع السلطة المفوضة [1].

أولا :التعريف بدفتر الشروط

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لدفتر الشروط المتعلق باتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، و الذي يعد من الإجراءات القبلية التي يتم التحضير لها قبل الشروع في إبرام هذه الاتفاقية التي تعد من العقود الإدارية التي تبناها المشرع الجزائري مطلع التسعينيات من القرن الماضي في ضل القوانين الأساسية للجماعات الإقليمية كل من الولاية و البلدية ، فالتعليمة رقم 842/94.3 بتاريخ 07 ديسمبر 1994، الصادرة عن وزير الداخلية جاءت لتفعيل المادة 138 من قانون البلدية 90-08 المؤرخ في 07 افريل 1990، وكذا المادة 130 من قانون الولاية 90-09 المؤرخ في 07 افريل 1990، على أنه بإمكانية الجماعات الإقليمية، أن تعهد بتسيير مرافقها العامة إلى المتعاملين الخواص سواء كانوا أفرادا أو شركات عن طريق الامتياز، كما تم تعريفه في الصفحة الخامسة من هذه التعليمة بأنه:" *يشكل المنبع الأساسي لشروط امتياز مرفق عام محدد بذاته، يتضمن دائما شروط تعاقدية و أخرى تنظيمية كما أسلفنا ذكره، و يخضع للتصديق المسبق دائما، و تقوم بإعداده الجهة الإدارية المانحة للامتياز قبل إجراء العملية، و يستوجب على الملتزم احترام الشروط الواردة في هذه الوثيقة*".

أما على المستوى الفقهي فنجد معظم تعاريفه متعلقة بدفتر الشروط الخاص بالصفقات العمومية، حيث تعرف دفاتر الشروط بأنها :

"وثيقة تتولى المصلحة المتعاقدة إعدادها قبل الشروع في إبرام الصفقة، وتتضمن ثلاثة محاور أساسية، المحور الأول يتضمن قائمة الأعمال المراد إنجازها، أو الأصناف المراد توريدها، و المحور الثاني الشروط العامة و الخاصة للعملية موضوع الصفقة، و المحور الثالث الحقوق و الالتزامات التي ترتبه الصفقة بعد إبرامه بما في ذلك المعايير التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة في إرساء الصفقة"[2]

[1] خالد خليفة، مبادى ابرام الصفقات العمومية في ضل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية، د ت ن، ص15.

[2] سليم جبلاحي، دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية، دراسة حالة دفتر الشروط لمديرية الاشغال العمومية لولاية لمسيلة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2014/ 2015، ص9.

و استنادا إلى المرسوم التنفيذي 18- 199، يمكن تعريف دفتر الشروط الخاص باتفاقية تفويض المرفق العام على انه " *وثيقة أو ملف تعده السلطة المفوضة يتضمن بنود إدارية عامة و أخرى تنظيمية تعاقدية بما فيها حقوق التزامات الأطراف ، وا الأهداف المراد بلوغها كما توضح فيه كيفية إبرام الاتفاقية و شروط تأهيل المترشحين و كيفية انتقائهم، على أساسه تبنى أو تأسس اتفاقية تفويض المرفق العام، وذلك بعد إتمام جميع الإجراءات القبلية الخاصة بتفويض هذا المرفق*".

ثانيا : مكونات دفتر الشروط

و انطلاقا من نص المادة 13 في فقرتها الثانية من المرسوم 18-199 السابق الذكر، تم تقسيم دفتر الشروط إلى جزئين :

أ- **الجزء الأول : و عنوانه " دفتر ملف الترشح"**

يتضمن البنود الإدارية المتعلقة بشروط تأهيل و الوثائق التي تتكون منها ملفات الترشح و كذا كيفيات تقديمها.

و يحدد هذا الجزء معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بمايلي :

القدرات المهنية: وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام[1] .

القدرات التقنية : ويقصد بها الوسائل البشرية و ما تتضمنه من قائمة العمال بالعدد الكافي ، و كذلك أصحاب الاختصاص و ذوي الشهادات الذين استفادوا من تكوين له علاقة بموضوع العمل المراد تنفيذه، كالمهندسين في مجال صيانة المرفق العام و البياطرة في المذابح.

أما فيما يخص بالوسائل المادية، فيقصد بها تقديم قائمة المعدات و الأدوات و الآلات المطلوبة والكافية لتغطية حجم العمل المراد تنفيذه، عادة ما يتم تثبيتها في محاضر معاينة معدة من طرف محضرين قضائيين عندما يصعب تبرير وجودها.

القدرات المالية: و يتم تبرير هذه الوسائل المالية بالحصائل المالية كرأس مال الشركة و ذلك عن طريق الدفاتر المحاسبية و الميزانيات الجبائية، والمراجع المصرفية كالودائع المصرفية و الكشوفات البنكية السنوية .

[1] نصت المادة 4 من المرسوم 18-199 السالف الذكر أن المفوض له يجب أن يكون شخص معنوي، فزيادة عن السجل التجاري الذي يظهر فيه تطابق النشاط التجاري مع العمل المطلوب و هو تسيير مرفق عمومي ، على اعتبار المرسوم التنفيذي 18-199 حصر المفوض له في الشخص المعنوي مما يحتم تقديم القانون الأساسي للشركة، كما يمكن تقديم شهادات مهنية أخرى لها علاقة بموضوع العملية كشهادات حسن التنفيذ في مجال تسيير المرفق العام، على غرار ما يقابله في مجال الصفقات العمومية، أن المرسوم التنفيذي 93-289 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993 المعدل و المتمم ، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية و الري أن تكون لها شهادة التخصص و التصنيف المهنيين و التي تسلم من طرف لجان خاصة وفق هذا المرسوم التنفيذي 93-289 السابق الذكر .

ب- الجزء الثاني: و عنوانه "دفتر العروض "

و يتضمن قسمين و هما:

البنود الإدارية و التقنية : تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له البنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، و كذلك البيانات الوصفية و المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض .

البنود المالية: هي بنود تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو السلطة المفوضة حسب الشكل الذي تم تحديده من طرف السلطة المفوضة، سواء كان منحة بنسبة مئوية أو إتاوات من مستعملي المرفق العام.

يمكن أن تكون هناك دفاتر شروط نموذجية حسب المادة 24 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر لبعض المرافق العمومية، و يكون ذلك بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية و الوزير المكلف بالجماعات الإقليمية. تظهر صيغة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام في دفتر الشروط الذي تم إعداده من قبل الإدارة المفوضة، بناءا على تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له، و كذلك اختيار شكل من أشكال التفويض كما أشارت إليه المادة 09 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر.

عندها يتم تحويل مشروع دفتر الشروط مباشرة إلى اللجنة تفويضات المرفق العام (حسب الاختصاص سواء كانت بعنوان الولاية أو البلدية)، وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 81 من المرسوم التنفيذي18-199 السابق الذكر، وهو الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام، و بها يتم البدء في إجراءات الإبرام وفق الصيغتين الواردتين في نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي 18- 199 .

الفرع الثاني: إجراءات الطلب على المنافسة

قبل المنح المؤقت لاتفاقية تفويض المرفق العام،واعتمادها من طرف السلطة المفوضة،يجب ان تمر عملية ابرام الاتفاقية وفق صيغة الطلب على المنافسة على اجراءات، بينها المرسوم التنفيدي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام .

أولا : تعريف الطلب على المنافسة

عرفت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18- 199 على أن " *الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في المنافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم و الموضوعية في معايير انتقائهم و شفافية العمليات و عدم التحيز في القرارات المتخذة.*

يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية و التقنية و المالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 13 أدناه".

فمن خلال إستقرائنا لمضمون الفقرة الأولى نجد أنه تم التركيز على المبادئ الأساسية المرتبطة بالمرفق العام التي تم ذكرها في المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي ومبادئ الصفقات العمومية الواردة في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، كما نبه السلطة المفوضة من الوقوع في أحد عيوب القرار الإداري في مضمون المادة 11 من نفس المرسوم بقوله "... *وعدم التحيز في القرارات المتخذة..*"

فيمكن تعريف الطلب على المنافسة على أنه *"إعلان تتقدم به الإدارة العامة المسؤولة عن مرفق عمومي التي تدعى بالسلطة المفوضة، لوضع مجموعة من المتعاملين إقتصاديين للمنافسة لتقديم أفضل عروضهم لتسيير مرفق عمومي، على أن تكون هذه الإجراءات تضمن المساواة و الشفافية و الموضوعية و عدم تحيز السلطة المفوضة في اختيار أفضل عرض بين المتعاملين".*

يتم الطلب على المنافسة حسب نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر، وفق مرحلتين أساسيتين و هما:

1. **المرحلة الأولى:** و هي المرحلة التي يتم فيها الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح، و يجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح و المحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط، و المعنون بـ" **دفتر ملف الترشح**" .
2. **المرحلة الثانية:** تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم أثناء المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشروط .

ثانيا : كيفية إجراء الطلب على المنافسة

يمر إجراء الطلب على المنافسة وفق عدة مراحل وخطوات، نبينها فيما يلي:

1/ الدعوة للمنافسة

ان وجود التنافس يقضي اعلام الادارة جملع المتنافسين وكدلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد وفتح المجال امامهم لتقديم عروضهم وتمكينهم من المعلومات الكافية، والمتعلقة بالصفقة وكدلك تمكينهم من حق الطعن، فدون الاعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع لبسلطة المفوضة[1] .

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط04، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، ص152.

أ- **تعريف الإعلان**

هو إجراء تقوم به السلطة المفوضة بإفصاح عن نيتها في التعاقد و إعلام الراغبين في ذلك يتضمن مجموعة من المعلومات الكافية حول المرفق المراد تفويضه، وشروط التعاقد والمواصفات المطلوبة و الزمان و المكان.

كما يقصد بمضمون الاشهار جملة المعلومات التي يجب ان تديعها الادارة لتصل الى علم المتعهدين، وهده المعلومات لا تشكل كل مايجب معرفته حول العقد المراد ابرامه، وانما تشكل الحد الادنى لتكوين فكرة عامة كالاشارة الى تسمية الادارة المتعاقدة، محل العقد...[1]

بالإضافة إلى انه يهدف إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري و يسمح للإدارة باختيار العروض و المترشحين.

فالهدف من الإعلان هو تكريس مبدأ المساواة بين المتنافسين و خلق فرص متكافئة بينهم[2].

كما أوجبت نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر نشر الطلب بشكل واسع ، في تأكيدها على ما جاء في نص المادة 10 من نفس المرسوم وهو أن يكون الإعلان **وطنيا**، و بكل وسيلة ممكنة القصد استعمال الوسائل الخاصة بذلك كوسائل الإعلام التلفاز و المذياع و كذلك الوسائل الحديثة كمواقع الالكترونية المخصصة لذلك كما ألزم السلطة المفوضة بالإشهار في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية و اللغة الأجنبية بنفس ما جاء به قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام 15-247 في المادة 61 منه التي تنص:" *يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي على الحالات الأتية:*

-طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، مسابقة، التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء ".

كما تم إعفاء بعض المرافق العمومية من إجبارية الإشهار في الجرائد، مراعاة لحجمها ونطاق نشاطها، شريطة ضمانها لإشهار واسع بكل وسيلة أخرى وذلك حسب ما جاء في نص المادة 26 من نفس المرسوم .

ب- **بيانات الإعلان**

نصت المادة 27 من نفس المرسوم أعلاه على أنه "يجب أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة البيانات الآتية:

[1] عميري أحمد، دور الاشهار في لضفاء الشفافية على اجراءات ابرام العقود الادارية في الجزائرطبقا للمرسوم الرئاسي 15/ 247،الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية،قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 201718، ص229.

[2] إلا أن هذه المبادئ تبقى نسبية في بعض الحالات عندما يتعلق الأمر بإعطاء أولوية لبعض الأشخاص مثل ما جاءت به المادة 23 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر إذ نصت " إذا كان بإمكان مؤسسات صغيرة و متوسطة أن تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام، فإنه يتعين على السلطة المفوضة أن توليها الأولوية في منح التفويض" أو عندما يتم اللجوء مباشرة الى إبرام هذه الاتفاقية مع شخص يحتل وضعية احتكارية عن طريق صيغة التراضي البسيط كما جاءت بها المادة 20 من نفس المرسوم السابق.

– تسمية السلطة المفوضة و عنوانها و رقم تعريفها الجبائي، إن وجد ،

– صيغة الطلب على المنافسة،

– موضوع وشكل تفويض المرفق العام – المدة القصوى للتفويض،

– شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،

– قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح،

– أخر أجل لتقديم ملف الترشح،

– مكان ايداع ملف الترشح،

– مكان سحب دفتر الشروط،

– دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة،

– تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق و مبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار و انتقاء العروض)،

يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة، إلى أخر ساعة لإيداع الملفات و ساعة فتح الأظرفة.

2/ مدة تحضير العروض وتاريخ إيداعها

يتم تحديد مدة تحضير العروض في الإعلان من طرف السلطة المفوضة، حسب حجم العمل المراد القيام به مع مراعاة ضمان مشاركة العدد الأكبر من المتنافسين، و تم إخضاع تمديد الآجال إلى قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من نفس المرسوم، كما يمكن تمديد العروض و أجل تقديمها وفق ما جاءت به المادة 28 من المرسوم التنفيذي 18–199 السابق و هي:

– **الحالة الأولى** : يتم التمديد فيها وجوبا إذا صادف يوم عطلة يتم تمديده الى يوم العمل الموالي،

– **الحالة الثانية** : فربطها بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب معلل من أحد المترشحين

يتم احتساب مدة تحضير العروض ابتداء من يوم صدور الإعلان في الجريدتين اليوميتين أما بالنسبة للمرافق العمومية التي تم إعفائها من إجبارية الإشهار في الجريدة نظرا لحجمها و نطاق نشاطها فيتم احتساب من يوم ظهور الإعلان حسب الوسيلة التي اتخذتها كالتعليق في لوحة الإعلانات[1] .

[1] المادة 26 من المرسوم التنفيذي 18-199 ، المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 أوت 2018، ج.ر.ج.ج، ع48.

3/ مرحلة تقديم دفتر ملف الترشح

بعد انتهاء المدة تحضير العروض، يقوم المترشحون بتقديم عروضهم في شكل ملف الترشح مدعمين ملفهم بالوثائق التالية

- تصريح بالنزاهة.
- القانون الأساسي للشركة.
- مستخرج السجل التجاري .
- رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري، أو المترشحين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر.
- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين مذكورة في دفتر الشروط[1].

و استنادا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18-199 وتفصيلا في المادة 31 من نفس المرسوم السابق الذكر فإن الطلب على المنافسة يتم وفق مرحلتين[2] :

المرحلة الأولى: الاختيار الأولي للمترشحين

تتمثل في الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنصوص عليه في المادة 75 من نفس المرسوم على ،حيث يتم في البداية و في جلسة علنية، بفتح الأضرفة و تسجيل جميع الوثائق المقدمة وفق الجزء الأول من دفتر الشروط تحت عنوان " **دفتر ملف الترشح**" ، أين يتم فحص ملفات الترشح المقدمة و القيام بترتيبها.

تباشر **لجنة اختيار و انتقاء العروض** في اليوم الموالي الذي تم فيه فتح الأظرفة و ترتيبها بدراسة ملفات الترشح و يتم ذلك في جلسة مغلقة.

على اثر هذه المرحلة، تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل، طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط و المعايير المحددة في الطلب على المنافسة.

عندها تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين و تقييمها، حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط، ثم بعد ذلك تقوم بإعداد قائمة العروض مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب "النقاط " المتحصل عليها.

[1] لمادة 30 من المرسوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 أوت ، ج.ر.ج.ج،ع،48 .
[2] تم تقسيم المرحلة الأولى المنصوص عليها في المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18-199 إلى مرحلتين في المادة 31 من نفس المرسوم، وهذا عيب في الصياغة يجب مراجعته.

المرحلة الثانية :استدعاء المترشحين المقبولين لتقديم دفتر العروض و التفاوض معهم

وهي مرحلة استدعاء المترشحين لتقديم عروضهم في الجزء الثاني من دفتر الشروط و الذي يسمى بـ"**دفتر العروض**"، تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين و المؤهلين كتابيا، بكل وسيلة ملائمة، إلى سحب دفتر الشروط و تقديم عروضهم ، وتشترط السلطة المفوضة على المترشحين المقبولين في المرحلة الأولى إلى تقديم عرض واحد فقط، عندها يتم تحديد أجل تقديم عروضهم، تبعا لحجم ونشاط المرفق العام[1].

تقوم لجنة بدعوة المترشحين المقبولين و المؤهلين كتابيا، كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية.

و تحرر اللجنة محضر مفاوضة و تقييم العروض خلال جلسة مفاوضة، يتضمن قائمة العروض المدروسة و المرتبة ترتيبا تفضيليا.

تقترح اللجنة على المسؤول السلطة المفوضة، المترشح الذي يتم انتقاؤه و قدم أحسن عرض، على اعتبار أن الاقتراح لا يعد ملزما للمسؤول الأول سواء كان رئيس المجلس الشعبي البلدي او الوالي بالنسبة للسلطة المفوضة، فيمكن إلغاء جميع الإجراءات إذا لم تبلغ الأهداف المسطرة سابقا أو تعارضها مع الصالح العام عن طريق الإعلان عن عدم الجدوى .

4- الإعلان عن النتائج

الإعلان عن نتائج الطلب على المنافسة يأتي تتويجا لكل الإجراءات التي سبقت، من بداية الإعلان عن الطلب عن المنافسة من طرف السلطة المفوضة مرورا بإجراءات إلى غاية الوصول إلى تعيين الفائز المؤقت.

نصت المادة 41 فقرة أولى من المرسوم التنفيذي 18-199 على أنه " *يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض وفقا لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 و المتعلق بالصفقات العمومية*[2]..."

في إشارة إلى أنه يمكن إلغاء هذا المنح و التراجع عليه أثناء مرحلة الإبرام، إذا تعلق الأمر بالصالح العام و لا يمكن التعويض عن هذا القرار للمترشحين أمام السلطة المفوضة .

[1] المادة 34 من المرسوم التنفيدي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 أوت 2018،ج.ر.ج.ج،ع،48.

[2] نصت المادة 73من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على انه "عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفق العمومية.ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الاجراء و / او المنح المؤقت للصفقة العمومية".

5- الطعون و أجالها

قد يحتج المترشح عن قرار المنح أو الإلغاء والصادرة وفق المادة 41 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر و ذلك عن طريق طعن يرفعه أمام لجنة تفويضات المرفق العام المنصوص عليها في 78 من نفس المرسوم، على أن يكون ذلك في أجل عشرين (20) يوما، إبتداء من تاريخ الإشهار.

تقوم هذه اللجنة بدراسة ملف الطعن والفصل فيه في أجل عشرين (20) يوما من تاريخ استلامها الطعن، عندها تقوم بالرد بموجب قرار يكون معللا يبلغ للسلطة المفوضة و صاحب الطعن.

6- اعتماد اتفاقية تفويض المرفق العام

بعد استكمال جميع مراحل و إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام إلى غاية الإعلان عن قرار المنح المؤقت وفق المادة 41 من المرسم 199/18 و استنفاذ مدة الطعون ،إلا أنه لاتعد المرحلة الأخيرة، إذ يجب مباشرة إجراءات المرحلة الأخيرة الأهم المتمثلة في تجسيد و تنفيذ هذه الاتفاقية على ارض الواقع، أين تقوم السلطة المفوضة بإعداد اتفاقية التفويض مكتوبة و موقعة من الطرفين تسلم نسخة منها للمفوض له الذي فاز بالاتفاقية مفروقا **بأمر مصلحي** يتم تبليغه وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (ما يقابله في الصفقات العمومية **الأمر ببدء الأشغال**) تسليم المرفق العام للمفوض له و البدء في تنفيذ بنود الاتفاقية متمثلة في إدارة و استغلال المرفق العام و القيام بجميع الأعمال الموكلة له ضمن الاتفاقية في إطار احترام المبادئ الأساسية للمرفق العام، مع ضمان معايير الجودة و النجاعة في الخدمة العمومية كما جاءت في المادة 3 من نفس المرسوم وكذا تحقيق الأهداف المرجوة منه، إلا أن تنفيذ ها يبقى خاضع للمراقبة و التدقيق سواء كان ذلك من طرف السلطة المفوضة كأصل أومن طرف جهات الرقابية الأخرى المخول لها قانونا في إطار ما يسمى الحفاظ على المال و الصالح العام .

ثالثا: المرافق المستثناة من صيغة الطلب على المنافسة

استثنى المشرع الجزائري بعض المرافق العامة من صيغة الطلب على المنافسة، و المرور مباشرة إلى اختيار المفوض له من ضمن القوائم التي أعدتها بإعدادها السلطة المفوضة، مع التأكد من قدراته المالية و المهنية و التقنية التي تسمح له بالقيام بالمهام الموكلة له،و يتم تحديد هذه المرافق بموجب قرارات مشتركة صادرة عن الوزارات المعنية، كما جاءت في نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي18-199 السابق الذكر في فقرتها الأخيرة حيث تقول " *عند تفويض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية و الوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.وفي هذه الحالة، يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية و المهنية و التقنية التي تسمح بتسيير المرفق العام المعني*".

المطلب الثاني: التراضي كاستثناء

جعل المشرع التراضي كأحد الصيغ الاستثنائية عن القاعدة العامة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، اين نجد التراضي يتخطى بعض اجراءات الطلب على المنافسة، إلا أن عامل الوقت والاستعجال و المصلحة العامة يدفع بالإدارة للجوء إلى هذا الأسلوب من خلال حالات معينة و محددة قانونا، فهي طريقة تسمح للسلطة المفوضة بالتعاقد مباشرة مع أحد المترشحين المؤهلين عن طريق التفاوض، لضرورة سير المرفق العام، حيث يأخذ شكلين و هما التراضي بعد الاستشارة و التراضي البسيط.

الفرع الأول : التراضي بعد الاستشارة

يعتبر التراضي بعد الاستشارة أحد صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وقد عرفته المادة 17 من المرسوم التنفيذي 18-199 على أنه *"التراضي بعد الاستشارة هو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة(3) مترشحين، مؤهلين على الأقل"* .

و يتم اللجوء الى التراضي بعد الاستشارة كحتمية عند الإعلان عن حالة عدم الجدوى للمرة الثانية من الطلب على المنافسة، دلك انه عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية، ووفق الأشكال نفسها، وفي حال إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، تلجأ السلطة المفوضة الى إجراء التراضي[1].

1/ حالات عدم الجدوى

بين المشرع حالات عدم الجدوى سواء في المرحلة الأولى و الثانية في المادة 15 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر وهي:

***إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الاولى:**

- عدم إستلام أي عرض.
- إستلام عرض واحد .
- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

*** إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية:**

-عدم استلام أي عرض.

-عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

[1] المادة 14 من المرسوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 أوت 2018،ج.ر.ج.ج،ع،48.

2/ إجراءات إبرام التراضي بعد الاستشارة

بعد الإعلان عن عدم الجدوى للمرة الثانية، تشرع السلطة المفوضة و الممثلة في لجنة الفتح و تقييم العروض في استدعاء و دعوة ثلاثة (3) مترشحين على الأقل، من قائمة المؤهلين عند إجراء الطلب على المنافسة، لتقديم عروضهم وفقا نفس دفتر الشروط عند إجراء الطلب على المنافسة و في حدود مايسمح به هذا الدفتر، و خاصة في ما يتعلق بالمدة والمبالغ و كذا التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملي هذا المرفق أو تلك التي تدفعها السلطة المفوضة كمنح وهذا حسب ما جاءت به المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر.

عندها يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة كما جاء في نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر.و ما يلاحظ في التراضي بعد الاستشارة أنه يتميز بمحدودية المنافسة، و لهذا يجب على السلطة المفوضة أن تبرر سبب اللجوء إلى هذه الصيغة و خاصة عندما يتعلق الأمر بمراقبتها أمام الجهات الوصية.

3/ الإعلان عن المنح المؤقت

أشارت الفقرة 2 من المادة 41 المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر، إلى أن مسألة الإعلان عن المنح المؤقت عن طريق صيغة التراضي بعد الاستشارة، يتم بإشهار القرار وفق جميع الوسائل المتاحة، و حسب حجم و نطاق نشاط المرفق العام.

الفرع الثاني: التراضي البسيط

التراضي البسيط هو قيام السلطة المفوضة بالتعاقد مع أحد المتعاملين الاقتصاديين بمجرد توافق الإرادتين، وعادة ما تلجأ إلى هذه الصيغة بصفة إجبارية كطريقة حتمية لضمان سير المرفق العام وأداء وضيفته بدافع ضرورة المصلحة العامة.

***1*- حالات اللجوء إلى صيغة التراضي البسيط**

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط وفق حاليتين حسب المادة 20 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر و التي جاءت على سبيل الحصر بقولها " *يتم اللجوء إلى التراضي البسيط:*

- *إما في حالة الخدمات التي لايمكن أن تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية،*

- *و إما في الحالات الإستعجالية.*

* فالحالة الأولى نجد أن السلطة المفوضة تلجأ إلى هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين الذين يحتلون وضعيات احتكارية في تسيير هذا النوع من المرافق لاعتبارات فنية أو ثقافية أو تلك المتعلقة ببعض النشاطات الحصرية.

*أما الحالة الثانية فهي حالة الإستعجال كما جاءت بالتفصيل في المادة 21 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر " *تعتبر حالات إستعجالية، الحالات الآتية:*

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

و يتعين على السلطة المفوضة، في جميع الحالات، اتخاذ جميع الاجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير الرفق العام المعني".

2/ كيفية الإبرام

على الرغم من أن المشرع ترك مسألة تكييف الصيغة المراد إتباعها في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام و اعتبارها من الحالات الإستعجالية أو الحكرية، إلا أن طريقة الإبرام تتم عن طريق لجنة إختيار و انتقاء العروض وهذا عن طريق دعوة المترشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه، كما جاء في المادة 39 من المرسوم التنفيذي 18-199السابق الذكر .

خلاصة الفصل الاول

بعد دراستنا لتعاريف عقد تفويض المرفق العام وتبيان أشكاله والمبادئ التي تحكمه، والتطرق لإجراءات إبرامه وفق الصيغ المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، نستنتج أن عقد تفويض المرفق العام من أهم العقود الإدارية، التي يكون موضوعها تسيير واستغلال المرفق العام، فهو بذلك عقد يبرم بين طرفين مختلفين أحدهما شخص عام وهي السلطة المفوضة والتي يمكن أن تكون (الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات طابع إداري التابعة لها) والطرف الأخر قد يكون شخص من القانون العام أو الخاص وهو المفوض له الذي يتولى إدارة وتسيير المرفق العام على مسؤوليته، بغية تحقيق خدمة للجمهور مقابل حصوله على مبلغ مالي في شكل إتاوات من طرف المستفيدين من هذا المرفق .

حيث يخضع عقد تفويض المرفق العام لإبرامه إلى مبادئ أساسية، والتي تكمن أساسا في المساواة أثناء معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات ،وكذلك مبادئ الإستمرارية والمساواة وقابلية المرفق العام للتكيف، في حين أن عقد التفويض يأخذ أشكالا عديدة كل حسب ما يتطلب إليه المرفق العام فهناك عقد الإمتياز وعقد الإيجار فمن خلالهما يلتزم المفوض به باستغلال وتسيير المرفق العام لحسابه وتحت مسؤوليته على،عكس الوكالة المحفزة وعقد التسيير، حيث أن المفوض له يستغل المرفق على حساب ومسؤولية السلطة المفوضة مانحة التفويض .

ونظرا لأهمية العقود الإدارية عموما، ومنها عقود تفويض المرفق العام، من مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية، فقد أحاط القانون عملية إبرامها وعقدها بالعديد من القيود والإجراءات، وذلك بغرض حماية المال العام، وضمان مبدأ المساواة، وتمكين الإدارة من اختيار أفضل المتقدمين للتعاقد معها، ذلك أن الإدارة المفوضة ملزمة بإبرام عقود تفويض المرفق العام وفق كيفيات وقوالب وطرق رسمها لها القانون مسبقا ،والمتمثلة في صيغة الطلب على المنافسة كأصل في عملية الابرام،اما الصيغة الثانية تتمثل في التراضي كاستثناء عن الأصل، بداية من الإعلان عن التفويض، إلى غاية المنح المؤقت واعتماد التفويض.

الفصل الثاني
تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق

الفصل الثاني:

بعد استكمال جميع مراحل و إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام إلى غاية الإعلان عن قرار المنح المؤقت، وفق المادة 41 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام واستفاد مدة الطعون المحددة ب 20 يوم المنصوص عليها في المادة 42 من نفس المرسوم، تأتي المرحلة الثانية والأهم المتمثلة في تجسيد وتنفيذ هده الاتفاقية على أرض الواقع، أين تقوم السلطة المفوضة بإعداد اتفاقية التفويض مكتوبة وموقعة من الطرفين، تسلم نسخة منها للمفوض له الذي فاز بالاتفاقية، مرفوقا بأمرمصلحي(ما يقابله في الصفقات العمومية الأمر ببدأ الأشغال)، لتسليم المرفق العام للمفوض له، والبدء في تنفيذ بنود الاتفاقية متمثلة في إدارة واستغلال المرفق العام والقيام بجميع الأعمال الموكلة له ضمن الاتفاقية الذي يعد الغرض من إبرام هذه الاتفاقية.

و ينجم عن هذا التنفيذ أثارا قانونية سواءا بالنسبة للسلطة المفوضة أو بالنسبة للمتعاقد معها والتي يجب عليهم احترامها والتقيد بها أثناء تنفيذ العقد، فالإدارة في سبيل سعيها ولتحقيق المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة واستمرارها في تقديم خدماتها للأفراد، تمنح لها مجموعة من الحقوق والسلطات الاستثنائية في مواجهة المفوض له، تستعملها لضمان حسن تنفيذ العقد، تتميز بمجموعة من الخصائص والسمات لعل من أهمها انها ترتبط بالنظام العام، وبذلك لا يجوز الاتفاق على تقييدها أو استبعادها، ويعد باطلا بطلانا مطلقا كل اتفاق على مخالفتها، وبمقابل ذلك فالمفوض له وبناء للدور الهام الذي له في عقد تفويض مرفق العام، فانه يتولى استغلال مرفق العام بنفسه وعلى مسؤوليته، الى جانب استفادته بمجموعة من الحقوق وكذا تحمله مجموعة في الالتزامات التي يجب عليه تنفيذها اتجاه الإدارة.

المبحث الأول

صلاحيات السلطة المفوضة

تتمتع السلطة المفوضة بامتيازات وسلطات تمثل خروجا على المألوف في دائرة العقود الخاصة باعتبارها المسؤولة عن المرفق العام وسعيها لتحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على السير الحسن للمرفق العام، اذ أن هذه السلطات حتى ولم تذكر في بنود العقد فهي مكرسة قانونا لأنها تدخل ضمن امتيازات السلطة العامة بل أن العمل يجري على أنه نادرا ما يتضمن العقد الاداري النص على هده الحقوق والالتزامات إيمانا بقيامها دون الحاجة إلى النص عليها في العقد.

وفي سبيل تحقيق تلك الغاية يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة للمتعاقد وإن كان ذلك لا يسوغ للمصلحة المتعاقدة التضحية بتلك المصلحة الفردية كليا .

فالإدارة لا تستطيع أن تتخلى عن مسؤوليتها إزاء المرافق حتى وإن اشتركت معها بعض أشخاص القانون الخاص في تنفيذها أو إدارتها لمشاريعها، وبالتالي فإن القانون منحها عدة حقوق وسلطات تتمكن بواسطتها من الاضطلاع بمهامها المتصلة بالمرافق العامة[1]، حيث اعترف كل من الفقه والقضاء للإدارة بعدد من السلطات والامتيازات تتمثل في سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة عن تنفيذ العقد وسلطتها في تعديل بعض نصوص العقد وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.

المطلب الاول: صلاحيات السلطة المفوضة في مجال تنفيد عقود التفويض

تتمتع الإدارة في مجال تنفيد عقود التفويض بوسائل تخولها العديد من السلطات في مواجهة المفوض له للحفاظ على حسن سير المرفق العام، وهي سلطات وقائية الغرض منها استمرار العقد وضمان حسن تنفيدها، ومن هده السلطات او الحقوق حقها في الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقودها،إذ تعمل الإدارة دائما على مراقبة المفوض له، والتحقق من مدى إلتزامه بتنفيذ شروط العقد فإذا كانت تعهد للمفوض له مهمة إدارة المرفق العام وإستغلاله، فهذا لا يعني تخليها أو تنازلها عن المرفق الدي تراقب تسييره المنتظم، لأنها المسؤولة الأصلية عن ضمان الخدمة العمومية.

كما تملك الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق تعديل بعض شروط العقد أثناء تنفيذه وتعديل إلتزامات المتعاقد معها بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد .

[1] محمد الصغير بعلي،العقود الادارية، ط1، دار العلوم للنشر والتوزيع،عنابة، 2005،ص73.

الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه على المرفق العام محل التفويض

يتميز تطبيق المبادئ العامة التي تخضع لها عملية تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام في الكثير من الأحيان بتشديد الرقابة على المفوض له من قبل السلطة المفوضة، وحق الرقابة والتوجيه مرتبط بالنظام العام الذي يستوجب عدم جواز الإتفاق على تقييده أو استبعاده أو الحد منه، دلك انها تشكل أهم مظهر وتطبيق للشرط الاستثنائي غير المألوف الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية، فيعد باطلا بطلانا مطلقا كل إتفاق من هذا القبيل ولو ورد النص عليه في العقد ,فهو حق ثابت بالنسبة للسلطة المفوضة، تمارسه ولو لم يتم النص عليه في دفتر الشروط فهي مقررة للإدارة، وهدا الحق مستمد من طبيعة المرفق العام وبالتالي يجوز لها توسيع هده الرقابة لأنها من النظام العام وهو ماجاءت به المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في فقرتها الأولى، فالإدارة لها حق الإشراف على المفوض له أثناء إستغلال المرفق العام كما يكون لها الحق في أن تجبره على تنفيذ كافة الشروط الواردة في دفتر الشروط .

أولا: تعريف الرقابة على المرفق العام محل التفويض

إن وضع تعريف جامع للرقابة يعد من الأمور الشائكة والبالغة الصعوبة وهذا لتعدد أنواعها وألياتها ومصادرها القانونية، وتعرف الرقابة بأنها وظيفة مؤسساتية يقرها القانون وتمارسها هيئة يتم إنشاؤها بموجب القانون أيضا، وتتمتع بالسلطة العمومية، بإعتبارها خدمة عمومية هدفها ضمان حسن سير وتسيير مؤسسات الدولة في إطار إحترام الدستور والقوانين، كما يتمتع موضفوها أي المراقبون بحماية قانونية قصد التصرف والعمل بكل حرية ولكن في حدود القانون[1] .

كما عرفت بأنها: متابعة العاملين بالمنظمة تنفيذ للخطط الموضوعة أو تقويم أعمالها أولا بأول وذلك ضمانا لتحقيق الأهداف المرسومة للمنظمة على أفضل وجه وفي أقصر وقت، وبأكبر قدر من الدقة وأقل قدر من الأخطاء[2]

ويحتمل حق الرقابة في متابعة تنفيذ العقد إحدى المدلولين :

أ/ الحق في الإشراف على المرفق العام محل التفويض

وهو المدلول الضيق للرقابة الذي يفيد بأن للإدارة حق الإشراف على المتعاقد معها طوال مراحل التنفيذ، بحيث تتم كل مراحل التنفيذ وخطواته تحت بصر الإدارة وسمعها، وتتم ممارسة هذه الرقابة عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة، كزيارة ورشات العمل, والتحقق من سلامة المواد

[1] محمد سعيد بو سعدية، مدخل إلى دراسة قانون الرقابة الجزائرية، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2014، ص22 .
[2] أحمد حافظ نجم، مبادئ علم الإدارة العامة، ط1، دار الفكر العربي، 1997، ص267 .

المستعملة وجودتها بواسطة الفحص والاختبار، أو استلام بعض الوثائق للإطلاع عليها وفحصها[1]، أو تلقي شكاوي من مستعملي المرفق العام والتأكد من صحتها، اذ يمكن لمستعمل المرفق العام أن يعلم السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له في حالة إهماله أو تجاوزه، أوفي حالة عدم احترامه للشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام، وحالة المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه وسوء استغلال المرفق العام وهو ما جاء في نص المادة 86 من نفس المرسوم، أين تقوم السلطة المفوضة بتحريات وتحقيق في الشكاوي المقدمة إليها، ودلك بوضع لجنة تحقيق فورا التي تقوم بإعداد تقرير أو تبليغه للسلطة المفوضة لاتخاذ التدابير الأزمة، لتدارك الوضع بحسب جسامة الخطأ و الضرر.

كما تتم هذه الرقابة بأعمال قانونية كإصدار أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها وهدا النوع من الرقابة هو، حق مقرر للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد.

فيكون للسلطة المفوضة حق الإشراف على المفوض له أثناء استغلال المرفق، وفي المقابل يستوجب على المفوض له أن يضع تحت تصرف الإدارة المفوضة كافة الوثائق التي تطلبها، وهو ما نصت عليه المادة 110 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، التي تنص على أنه *"يتعين على المفوض له أن يضع تحت صاحب الامتياز كل الوثائق التقنية والمالية والمحاسبية الضرورية لتقييم تفويض الخدمة العمومية*[2]*"*.

ب/ الحق في التوجيه على المرفق العام محل التفويض

وهو المدلول الواسع للرقابة الذي يعطي للإدارة الحق في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب السبل التي تؤدي إليه، ويتضمن هدا المعنى تدخل الإدارة بصورة أكبر وأكثر فاعلية من صورة الإشراف على تنفيذ العقد، حيث لا يقتصر حق الإدارة في الرقابة على التأكد من تنفيذ الشروط الواردة في العقد بل تتعداها إلى التدخل في توجيه أعمال التنفيذ، وذلك باختيار أفضل السبل وأصلحها لحسن إدارة المرفق العام والتأكد من سيره بانتظام وإظطراد، وقد يكون ذلك بالتدخل بأمور لم ينص عليها في العقد كمطالبة المتعاقد بالإسراع في تنفيذ العقد أو طريقة التنفيذ[3] .

غير أن الرقابة عن طريق التوجيه تتم بأعمال قانونية فقط ولا يمكن ممارستها بأعمال مادية ما قد ينص عليها في العقد ودفتر الشروط أو القوانين واللوائح .

[1] عطة صوفيان، عروج يونس،النظام القانوني للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مدرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2015 /2016، ص49 .

[2] المادة 110 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في04 اوت 2005،المتضمن قانون المياه. ج. ر.ج.ج، عدد 60 معدل و متمم بموجب الأمر 09-02 المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر.ج.ج عدد 44 الصادر في 22 جويلية 2009.

[3] وضاح محمد الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية,bo، ،حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، الاردن، ص74 .

وفي حالة إخلال المفوض له للشروط الواردة في وثيقة الإلزام وعدم الأخذ بأوامر السلطة المفوضة، تقع عليه جزاءات سواء من السلطة المفوضة بما لها من صفة التنفيذ المباشر، أو باستصدار حكم من القضاء .

لكن هذه الرقابة لها حدود تتمثل في عدم المساس باستقلالية التسيير التي يتمتع بها المفوض له أو تغيير شروط العقد وبنوده، ولا يمكن للسلطة المفوضة المشاركة المباشرة في التسيير في رقابتها تقتصر على التحقق من أن المرفق يسير وفق النصوص التشريعية والتنظيمية وما نص عليه العقد وعدم تجاوزها إلى فرض شروط جديدة أو تعديل شروط قائمة.

ويؤكد أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه هي الطبيعة الذاتية للعقد الإداري فهذه السلطة توجد بذاتها سواء ورد ذكر لها في العقد أم لا، ولو نص العقد عليها فإنه لا ينشئها بل يكشف وينظم كيفية استعمالها[1] .

ثانيا: أنواع الرقابة على المرفق العام محل التفويض

تؤخذ الرقابة التي تمارسها الإدارة في مواجهة المفوض له وجوها ثلاثة، فقد تكون رقابة فنية أو إدارية أو مالية:

أ- الرقابة الفنية

وتمارس هذه الرقابة بأعمال مادية تتمثل بالتأكد من أن الملتزم يستغل المرفق ويسيره وفق الشروط الفنية الواردة في دفتر الشروط، وفي سبيل تحقيق ذلك يحق لموظف الإدارة دخول جميع أقسام المرفق، والإطلاع على الوثائق الفنية والمخططات ومتابعة عملية التنفيذ، من جميع جوانبها الفنية ومدى مطابقتها للشروط التعاقدية[2] .

ب- الرقابة الإدارية

يقصد بها اشتراك الإدارة في مهام إدارة المرفق العام، حيث تنص على الناحية الإدارية للتأكد من كفاءة المرفق ومدى فعاليته في تقديم الخدمات التي يستهدفها، بحيث تجبر السلطة المفوضة المفوض له على تنفيذ كافة الشروط الواردة في العقد، مع تصحيح الأخطاء حيث يقوم المفوض له بإعداد تقارير دورية، ويرسلها إلى السلطة المفوضة وهو ما نصت عليه المادة 82 .

تعتبر هذه التقارير كوسيلة لتعزيز الشفافية لعقد تفويض المرفق العام، وكذا مدى احترام مبادئ المرفق العام والتأكد من جودة الخدمات المقدمة.

[1] الفياض إبراهيم، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1988، ص170.
[2] وضاح محمد الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(pot)، المرجع السابق، ص85 .

ج- الرقابة المالية

يقصد بالرقابة المالية أن للإدارة حقها في متابعة حسابات المفوض له والإطلاع عليها في أي وقت والتأكد من مطابقتها للقواعد المحاسبية المعمول بها، وتدقيقها متى رأت المصلحة العامة ذلك.

والهدف من هده الرقابة هو التحقق من أن المفوض له لا يتقاضى من المنتفعين رسوما تفوق تلك المتفق عليها، وذلك من أجل تجنب أي نتائج سلبية قد تهدد السير الحسن للمرفق العمومي كالاختلاس والإفلاس[1] .

كما تشمل النفقات والإيرادات التي حققها المفوض له خلال استغلاله للمرفق العام محل التفويض كالرقابة على سياسة التمويل والنظام المحاسبي.

والرقابة المالية قد تكون سابقة تقوم بها الإدارة قبل التعاقد مع المفوض له للتأكد من كفاءته المالية من خلال الحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية المقدمة من المفوض له (المترشحين) حسب ما ينص عليه دفتر الشروط، وقد تكون لاحقة للتعاقد بقصد متابعة المفوض له وتنبيهه لأي أعمال قد تخل بالمصلحة العامة، وبحسن سير المرفق العام .

والجدير بالذكر أن عقد الامتياز وعقد الإيجار لا يتمتعان بسلطة التوجيه لأن تسيير واستغلال المرفق العام يكون لحساب المفوض له، وبالتالي الإدارة المفوضة أما في عقود الوكالة المحفزة وعقود التسيير بها أن تسيير واستغلال المرفق العام يكون باسم ولحساب السلطة المفوض وبالتالي هي التي تقوم بإصدار تعليمات للمفوض له بإتباع طريقة معينة في التنفيذ فهما يتمتعان بسلطة التوجيه.

الفرع الثاني: سلطة التعديل الإنفرادي للعقد

على خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، يكون للإدارة حق تعديل بعض نصوص العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الطرف الأخر، إذا استدعت مقتضيات المرفق العام، ومرد دلك أن الإدارة تستمد حقها من مبدأ التحولية أو القابلية للتكيف .

أولا: تعريف سلطة التعديل الانفرادي للعقد

إن تغيير مقتضيات المصلحة العامة بحسب الظروف المحيطة، يعطى للسلطة المفوضة حق التعديل في البنود التنظيمية للعقد كلما إقتضت ذلك ظروف المشروع أو تنفيذه، كون الإدارة هي التي تقوم لوحدها بإعدادها وتستأثر بحق تعديلها كونها تتعلق بمصلحة المرفق وما تستهدفه من مصلحة عامة[2].

[1] ايدير نوال،بشرى الويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، مدكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،2016/2015 ص54 .

[2] ايت منصور كمال، عقد التسيير كألية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، رسالة لنيل شهادة دكتوراء في القانون، فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص62 .

ويمكن تعريف سلطة التعديل الانفرادي للعقد بكونها المكانة التي تسمح للإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أثناء التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، وتعد سلطة التعديل من أبرز ما يميز سلطات الإدارة في العقد الإداري بصفة عامة[1]، ذلك أن للإدارة التدخل في الوقت الذي تراه مناسبا دون أن يؤثر ذلك في القوة الملزمة للعقد كما لها الحق في تغيير شروط العقد كلما إقتضت حاجة المرفق ذلك، كما قد تعدل إلتزامات المتعاقد معها بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فقد تزيد من الأعباء الواقعة على المتعاقد معها أو تنقصها، أو إحداث إضافات جديدة للمتعاقد معها، ولا يجوز أن يحتج المتعاقد أو المفوض له بقاعدة العقد شرعية المتعاقدين، ذلك أن طبيعة العقد تقوم على فكرة إستمرار المرافق العامة، ومثال ذلك أن تطلب الجهة المفوضة مانحة التفويض صاحب التزام نقل داخلي أن يمد مزيدا من الخطوط لمناطق جديدة أو يزيد عدد الحافلات المستعملة أو يعدل أوقات تسييرها، طريقة تنفيد العمل ،الجداول الزمنية للتنفيد.

إن سلطة تعديل عقد التفويض المرفق العام تقتصر على البنود التنظيمية دون العقدية ذلك أن البنود التنظيمية تنفرد الإدارة المفوضة بوضعها وتتعلق بسير المرفق العام والبنود العقدية يتم وضعها بإتفاق الطرفين[2]، فلا يمكن تعديلها إلا بموافقة الطرفين، كما يجب على الإدارة المفوضة عند التعديل عدم المساس بالتوازن المالي للعقد وفي حالة الإخلال بهذا التوازن المفوض له الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء هدا التعديل .

فقد تختلف وتتنوع صور تعديل شروط العقد بحسب الظروف، فيمكن ان تشمل[3]:

- حجم أو نوعية الخدمات المتفق عليها لإقامة المرفق العام وإستغلاله .
- تعديل شروط تنفيذ العقد المتفق عليها .
- تعديل مدة تنفيذ العقد .
- قد يرد التعديل على المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له كأن تتدخل الإدارة لتعديل المقابل المالي بالزيادة أو النقصان دون تدخل المفوض له .

ثانيا: قيود سلطة الإدارة في تعديل العقد

يجب أن تكون سلطة التعديل في حد المعقول, بحيث لا يجب أن يكون التعديل جذريا بشكل يمس مضمون نفسه ولا يمس بالتوازن المالي للعقد، فممارسة السلطة العامة مقرون بشروط تتمثل فيما يلي:

[1] محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجيستر في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014/2013، ص6 .

[2] إيدير نوال، بشرى الويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص56.

[3] حاشمي سامي، النظام القانوني لإتفاقية تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص51.

أ/ أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد

لا شك أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعى موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه، فلا يمكن للإدارة فرض التزامات جديدة على المتعاقد معها لا صلة لها بالعقد المبرم بينهما، ولا يجوز لها أن تتخذ سلطة التعديل ذريعة لتغيير موضوع العقد وإرهاق الطرف المتعاقد معها .

ومنه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه وإلا كنا أمام عقد جديد، كما أنه ولو فرضت الإدارة على المتعاقد التزاما خارج نطاق العقد، ولا صلة له بموضوعه كان قرارها باطلا، وجاز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء لإلغاء القرار، كما يحق له الامتناع عن تنفيذه[1] .

ب/ أن يكون للتعديل أسباب موضوعية

تباشر الإدارة سلطتها في التعديل بسبب عوامل دفعتها لتعديل هدا العقد، ذلك أن تعاقد الإدارة في ظل ظروف معينة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد، أدت إلى الإخلال في حسن سير المرفق العام، فإذا ما تغيرت هذه الظروف وجب عن الإدارة التدخل وتعديل شروط العقد بما يحقق مصلحة المرفق العام في ظل الظروف المتخذة.

أما إدا لم تتغير الظروف فلا تستطيع الإدارة تعديل العقد، لأن ذلك يعد تهربا من الإدارة وتخليها منها عن التزاماتها العقدية.

ج/ أن يتم الإجراء في حدود القواعد العامة للمشروعية

وذلك بأن يصدر قرار الإدارة بالتعديل من السلطة المختصة قانونا بإصداره أو إجرائه تماشيا مع الإجراءات الشكلية المقررة وفق أحكام القانون، وإلا جاز للمتعاقد حق التمسك ببطلان التعديل المخالف لأحام القانون، أو كان له حق اللجوء إلى القضاء لإلغاء العقد .

بالإضافة إلى أنه يجب أن يصدر قرار التعديل من الجهة المختصة به، وفي الشكل والإجراءات المقررة قانونا وأن يهدف إلى تحقيق الصالح العام ليحقق هذا القرار المشروعية المطلوبة فإذا كانت بعض شروط العقد قد تقررت بموجب نصوص قانونية، فإن الإدارة لا تستطيع تعديل هده الشروط, وإلا خرجت عن مبدأ المشروعية وكان قرار باطلا[2] .

والإجراءات الشكلية تتمثل في أن يصدر قرار التعديل مكتوبا تبلغ للمتعاقد مع الإدارة متضمنة وصف العمل المنوي تعديله أو إضافته أو كمية العمل أو السعر أو مدة التنفيذ .

[1] وضاح محمد الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية،bot، حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، المرجع السابق، ص104.
[2] وضاح محمد الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية،bot، حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، المرجع نفسه، ص104 .

د/ أن لا يخل التعديل بالتوازن المالي للعقد

يجب أن لا يتعارض حق التعديل مع التزام الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد، وعدم المساس بالتوازن المالي للعقد، إذ أنه يجب أن يكون التعديل في حد معقول ولا يؤذي إلى عجز أو ضرر أو زيادة أعباء المفوض له بشكل يفوق قدرته، وإلا سيترتب على دلك أضرار المرفق العام ومساس بالصالح العام .

وتتميز سلطة التعديل الانفرادي عن التعديل الإتفاقي للعقد، والذي يتم من خلال آلية الملحق في أن هذا الأخير هو: عقد يتم إبرامه مع متعهد ثم التعاقد معه سابقا على تنفيذ أعمال توريد مواد أو تقديم خدمات, بعدها تبين للإدارة المتعاقدة بروز أعمال جديدة ليست في العقد الأصلي واعتبرت ضرورية لاستكمال المشروع [1].

ويكمن فصل التفرقة وجوهرها بين آلية الملحق وسلطة التعديل الانفرادي في أن الملحق تعاقدي والتعديل يكون بناءا على اتفاق الطرفين، في حين أن التعديل الانفرادي هو عمل إنفرادي صادر عن السلطة المتعاقدة، كما أن التعديل عن طريق الملحق لا يشكل أي امتياز للإدارة، بل ما يميز هذه الأخيرة عن المتعاقد معها هو قدرتها على فرض تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة، حتى ولو كان رغما عن إرادة المتعاقد معها.

المطلب الثاني: صلاحيات السلطة المفوضة في مجال توقيع الجزاء وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة

حتى يكون لحق الإشراف والرقابة فعالية وأثر لابد وأن يتقرر للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إذا ما ثبت لديها من خلال عملية الرقابة مخالفته لشروط العقد بما يخل بالصالح العام، وأنه لم يؤخذ بما وجهت الإدارة عليه من تعليمات وتوجيهات .

وضمانا لاستمرارية المرفق العام وتحقيقا للمصلحة العامة، تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات بنفسها على المفوض له في حالة إخلاله لالتزاماته المنصوص عليها في دفتر الشروط، كما يمكنها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة حفاظا على الصالح العام،حيث تستند الهيئة المفوضة في فرضها على امتيازات السلطة العامة دون الحاجة للجوء إلى القضاء، حتى ولو لم يتم النص عليها في دفتر الشروط.

[1] محفوظ عبد القادر، سلطة الادارة في التعديل الانفرادي للعقد الاداري، المرجع السابق،ص7.

الفرع الأول: صلاحية السلطة المفوضة في مجال توقيع الجزاء

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المفوض له إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء أمتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفد الالتزام على غير الوجه المطلوب، أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة .

أولا: تعريف الجزاءات الادارية

والمقصود بالجزاءات هنا، تلك التي يكون للإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، ومن المتفق عليه أن لا تكون هذه الجزاءات عقوبات جنائية إذ أنه لا يجوز لغير القضاء توقيع هذه العقوبات[1] .

كما تعرف بأنها : تلك الجزاءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها جهة إدارية بواسطة إجراءات إدارية محددة، وهي بصدد ممارسة سلطاتها العامة، بهدف الحد من الأفعال المخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات وردع مرتكبيها بغض النظر عن مركزهم القانوني، لتحقيق النفع العام .

ثانيا : صور الجزاءات الإدارية

تتنوع الجزاءات التي للإدارة حق توقيعها على المفوض له بحسب درجة وجسامة الخطأ الدي يرتكبه، فتتدخل الهيئة المفوضة لمواجهة هدا الإخلال الذي قد يمس استمرارية المرفق العام، عن طريق فرض جزاءات مالية أو جزاءات ضاغطة، أو جزاءات فاسخة.

1/ الجزاءات المالية

يقصد بالجزاءات المالية المبالغ التي يحق للهيئة المفوضة المطالبة بها إذا أحل المفوض له بالتزامات العقدية، سواء أمتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفدها على وجه غير مرضي بالكامل أو حل غيره محله دون موافقة الإدارة، وتشمل التعويضات والغرامات المالية التي يتم النص عليها في دفتر الشروط[2] .

أ- التعويضات

هي تلك المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط على النص عن جزاء مالي أخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال[3] .

[1] محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، د ت ن، ص93 ، www.pdffactory.com، تاريخ التصفح، 2019/04/12.

[2] وضاح محمد الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية،bot، حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، المرجع السابق،ص117 .

[3] محسن حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر،2014 ص119 .

حيث أن هذه التعويضات غير مقدرة أثناء إبرام العقد، ويأخذ التعويض هنا صفة الجزاء كون تقديره بصفة منفردة من طرف الإدارة، وكذا السماح للقاضي بمراقبته.

ب- الغرامات المالية

هي مبالغ إجمالية من المال محددة مسبقا في العقد كجزاء لإخلال المفوض له بشروط العقد ولو لم يتحقق ضرر[1]، إذ نصت عليها المادة 62 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بقولها: "*يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته وفق ما تنص عليه الاتفاقية*". غير أنه لا يمكن فرضها إلا بعد توجيه إعذارين للمفوض له لتدارك النقائص المسجلة في الآجال المحددة .

قيد المشرع الجزائري مجال ممارسة الجزاءات المالية في شكل غرامة في حالتين:

- **في حالة عدم تنفيد الالتزامات التعاقدية محل التعاقد في الاجل المتفق عليه**

ذلك ان عنصر الزمن له أهمية كبيرة لا يمكن إغفالها إذا تعلق الأمر بمرفق عام وتقديم خدمات عامة للمصلحة العامة، لكي تنتهي السلطة المفوضة من العملية التعاقدية والشروع في عملية أخرى جديدة.

- **في حالة التنفيذ غير المطابق**

وهنا يفترض أن المتعاقد مع الإدارة اخل بالشروط المتفق عليا، وكيفيات التنفيذ، وخروجه عن الالتزامات التي عهد بها، فالمقرر في هده الحالة أيضا خضوعه لجزاء مالي.

و إذا لم تحدد هده الغرامة مسبقا في العقد، فإن المشروع يحددها في الأنظمة التي تحكم العقود الإدارية، وذلك ضمانا لتنفيذ العقود في أجالها حماية للمصلحة العامة، ومن خصائص الغرامة التأخيرية أنها غرامة تأخيرية اتفاقية كونها تحدد مقدما في العقد، فإن لم تحدد فلا يجوز للإدارة فرضها على المتعاقد، إلا أنه في حالة النص عليها في قائمة الشروط الملحقة بالعقد فهنا تفرض عليه كون الشروط الملحقة جزءا من العقد ومكملة له .

كما أنها تلقائية لأنها توقع بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار إلا في حالة ورود نص خاص يلزم الإدارة بذلك، وهو كما أشرنا إليه سابق والمتمثل في وجوب توجيه إعذارين للمفوض له، وتعتبر تلقائية ذلك لأنها توقع بمجرد حصول التأخير دون إلزام جهة الإدارة بأن تثبت أن ضررا لحق بها من جراء ذلك .

[1] إيدير نوال، بشرى الويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص58 .

ضف إلى ذلك أن الغرامة المالية تطبق بمقتضى قرار إداري تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة وذلك دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم توقيعها[1]، وفي حالة تبين للقاضي عدم مشروعيته يحكم بإلغائه .

2/ ***الجزاءات الضاغطة***

يحق للهيئة المفوضة في حالة ما إدا قصر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية أن تلجأ إلى استعمال وسائل الضغط والإكراه حتى تكفل ضمان تنفيذ العقد على وجه يؤمن حسن سير المرفق العام، و يتخذ هذا الإجراء عدة صور :

أ- وضع المرفق العام محل التفويض تحت الحراسة

يقصد بذلك أن يتم إبعاد المفوض له عن إدارة وتسيير المرفق العام بصفة مؤقتة، على أن تقوم السلطة المفوضة تولي إدارته بنفسها أو التعهد بدلك لحارس مؤقت تختاره، وذلك على نفقة ومسؤولية المفوض له طالما أن وضع المرفق تحت الحراسة تقرر كجزاء على تقصيره[2]، فيضطر المفوض له إلى تعديل موقفه وإصلاح أخطائه، حتى يستطيع رفع الحراسة والعودة إلى إدارة المرفق .

تفرض طبيعة هذا الحق على الإدارة تطبيقه دون الحاجة إلى توجيه إعذار، ويترتب على هذا الحق أو الإجراء إبعاد الملتزم مؤقتا من إدارة المرفق ويكون العقد خلالها موقوفا وحاملا لأثاره القانونية ويكون من حق الإدارة الاستيلاء مؤقتا على المعدات والأدوات المملوكة للملتزم واللازمة لاستغلال المرفق على أن تعادله بحالة سليمة[3] .

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على الإدارة إعدار المتعاقد معها بإزالة المخالفات المنسوبة إليه قبل توقيع أي جزاء، فإن أزال المخالفة في المهلة الممنوحة إنتفى حق الإدارة في توقيع الجزاء، أما في حالة ضرورة يتعرض فيها الصالح العام لضرر فادح وجسيم، هنا يكون للإدارة أن توقع الجزاءات ودون إعدار، إذا كان من نتيجة ذلك إزالة الضرر أو منع وقوعه .

ب-حلول الإدارة محل المفوض له

إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته, أو تقاعس عن إتمامها، يترتب على ذلك مساس بالمرفق العام بما ينعكس على الصالح العام، الأمر الذي يدفع بالإدارة إلى التدخل بأن تحل هي نفسها محل المتعاقد معها أو تقوم بإحلال غيره محله لاستكمال التنفيذ، وذلك على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته .

[1] محسن حسن مرعي الجبوري، سلطة الادارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الادارية، المرجع السابق، ص128 .
[2] حاشمي سامي، النظام القانوني لإتفاقية تفويض المرفق العام، المرجع سابق، ص53 .
[3] إيدير نوال، بشرى الويزة،النظام القانوني لعقد تفويض المرفق العام، المرجع سابق، ص58 .

ولا يجوز للإدارة الالتجاء إلى هذا الجزاء إلا إذا قامت بإعدار المتعاقد معها يتضمن مهلة للتنفيذ أو إكمال التنفيذ، ولا يجوز لها الالتجاء إلى الحلول إلا إذا كان إخلال المتعاقد معها إخلالا جسيما، ودلك أنه بإمكان الإدارة أن تواجه الإخلال البسيط بالجزاءات الأخرى الأقل أخرا من الحلول أو الإحلال .

3/ ***الجزاءات الفاسخة***

بالإضافة إلى الجزاءات القهرية، نجد الجزاءات الفاسخة التي تهدف إلى فسخ العقد، أي إنهاء العقد بالإرادة المنفردة, حيث تملك الإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقدين معها قبل الأجل المحدد لإنهاء العقد، نتيجة لخطأ جسيم ارتكبه المفوض له عن تنفيذ التزاماته.

وغاية الإدارة من فرض الجزاءات الفاسخة تكمن في رغبتها في إنهاء الرابطة العقدية بعد أن تيقنت أنه لا جدوى من تقويم المتعاقد وإعادته إلى طريق الصواب، حيث تنقسم هذه الجزاءات إلى الفسخ في عقد الالتزام الذي أطلق عليه مجلس الدولة الفرنسي مصطلح الإسقاط، والفسخ بالنسبة لباقي العقود الإدارية بما في ذلك عقود تفويض المرفق العام باعتبارها عقود إدارية[1] .

أ- فسخ اتفاقية التفويض

هو عبارة عن جزاء توقعه السلطة المفوضة على المفوض له لارتكابه خطأ جسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية بينهما[2].

ويتميز جزاء الفسخ في أنه يضع نهاية للعقد، وهو جزاء خطير تلجأ الإدارة إليه إلا إذا كان الإخلال خطير، ولم تفلح الجزاءات السابقة في تقويمه، من توقيع غرامات أو استعمال وسائل الضغط وهو ما نصت عليه المادة 62 من الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199 "...*و بانقضاء هده الآجال تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام, وفي حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته, يمكن السلطة المفوضة اللجوء من جانب واحد إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام, دون تعويض المفوض له* ".

ذلك أنه بالرغم من أن السلطة المفوضة وقعت غرامات على المفوض له، وبقي مخل بالتزاماته فيمكن للسلطة المفوضة أن تلقي عليه جزاء أخطر من ذلك والمتمثل في فسخ اتفاقية التفويض .

كما تنص اتفاقية تفويض المرفق العام على حالات الفسخ وهو ما يدل على أن للإدارة حق في توقيع جزاء الفسخ على المفوض له الذي يقصر في التزاماته، وفي حالة عدم وجود هذا النص فإن امتياز

[1] محمد الشافعي أبوراس، العقود الادارية، المرجع السابق، ص97.
[2] وضاح محمد الحمود،عقود البناء والتشغيل ونقل الملكيةbot ، حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها ،المرجع السابق، ص130.

التنفيذ المباشر يخول للسلطة المفوضة فسخ العقد دون حاجة اللجوء للقضاء للحصول على حكم بفسخ العقد[1].

و أن النص في دفتر الشروط على بعض حالات الفسخ لا يعني عدم وجوبه لحالات الخطأ الأخرى، لأن حق الإدارة ثابت سواء نص في العقد أم لم ينص، لكونها إحدى الجهات المنفذة لسلطة الدولة وسيادتها وهنا في هده الحالة يسمى فسخا عقديا.[2]

ويختلف الفسخ عن الجزاءات الضاغطة الأخرى كونه نهاية للرابطة التعاقدية، فهو من أسباب انقضاء العقد الإداري بصفة عامة، يبرر وجوده حق الإدارة في العدول عن مشاركة متعاقد معها من شأن استمراره، الإضرار بدوام سير المرفق العام[3] .

تجدر الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في فسخ العقد كجزاء تختلف عن حق الإدارة في إنهاء العقد بناءا على سلطتها التقديرية، حيث أن الإدارة تملك هذا الحق إذا رأت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الأخر، إلا طلب التعويضات إن كان لها وجه،مثلا في حالة القوة القاهرة لا يكون للمتعاقد الحق في طلب التعويض سواء ارتكب المتعاقد معها أخطاء أم لم يرتكب، وسواءا تضمن العقد شروطا تمنح للإدارة حق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالات يحددها العقد أم لم يتضمن العقد مثل هده الشروط [4].

أما سلطة الإدارة في فسخ العقد كجزاء لا تلجأ إليه إلا إذا ثبت لها أن المتعاقد معها لا يستطيع الوفاء بالتزاماته وفاء كاملا فتضطر الإدارة إلى إنهاء العقد، ذلك أن الإدارة لا تستطيع أن تفسخ العقد الإداري إلا إذا ارتكب المتعاقد معها خطأ جسيما، وتمارس الإدارة حقها في فسخ العقد مع المتعاقد معها، وهذا الحق مسلم به ولو لم يكن منصوصا عليه في العقد، وقد تتولى كراسات الشروط تنظيم هذا الحق[5] .

غير أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء ليست مطلقة، حيث يشترط لمباشرة الإدارة حقها في فرض هذا الجزاء توفر شروط معينة فيه وهي :

- أن يكون قد ارتكب خطأ جسيما في تنفيذ التزاماته التعاقدية

والخطأ الجسيم هو إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني، وتملك الإدارة وحدها تقدير جسامة الإخلال بتلك الالتزامات، بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء وتحت رقابة القضاء، والإدارة هي التي تقدر

[1] فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص248.
[2] ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، المرجع السابق، ص132.
[3] وضاح محمد الحمود، عقود البناء والتشغيل وعقود الملكية،bot، المرجع السابق، ص130.
[4] رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتقاعد معها، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2010، ص98 .
[5] محمد الشافعي أبو راس، العقود الاداري، المرجع السابق، ص128 .

ابتداء خطورة المخالفة التي ارتكبها المتعاقد، ومن الأمثلة من الأخطاء الجسيمة إهمال المواعيد المقررة لتنفيذ العقد أو التنازل عن العقد دون موافقة السلطة المفوضة .

- إعذار المتعاقد بالفسخ

وهو من المبادئ المستقرة قضاءا أن يكون قرار الفسخ مسبوقا بإعذار المتعاقد، إلا إذا اشترط في العقد على أعضاء الإدارة منه، وإذا أثبت من ظروف الحال أن الإعذار لا فائدة منه، حيث تقوم السلطة المفوضة بإرسال إعذارين إلى المفوض له المخل لالتزاماته، وفي حالة أن استمر في الإخلال بالتزاماته يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ الاتفاقية من جانب واحد دون تعويض للمفوض له

- صدور قرار إداري بفسخ العقد

للإدارة أن تتخذ قرار الفسخ بإرادتها المنفردة، ودون أن تلجأ إلى القرار للحصول على حكم قضائي بالفسخ اعتمادا على سلطتها في التنفيذ المباشر، ويترتب عن فسخ من جانب الإدارة أثار خطيرة في حق المتعاقد، حيث يفقد جميع حقوقه المتعلقة بالعقد، بل قد تطالبه الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي تعرضت لها .

وقرار الفسخ يجب ان يكون صريحا مكتوبا صادرا من السلطة المفوضة المختصة.

ب- إسقاط الالتزام

استخدم مجلس الدولة الفرنسي اصطلاح الإسقاط بمناسبة فسخ عقد الالتزام، حيث يميز بين جزاء الفسخ في العقود الإدارية بوجه عام، والفسخ في عقد التزام المرافق العامة، حيث يشترط لإيقاع الإسقاط صدور خطأ جسيم من المتعاقد مع الإدارة، وأن تقوم بإعذاره قبل توقيع ذلك الجزاء، بالإضافة إلى صدور حكم قضائي بإسقاط الالتزام، فالإدارة لا تستطيع أن توقعه من تلقاء نفسها، وبإرادتها المنفردة، إلا في حالة وجود نص صريح في العقد يخولها ذلك[1] .

هو جزاء توقعه السلطة مانحة الامتياز على صاحب الامتياز جراء أخطاء جسيمة ارتكبها أثناء إدارته للمرفق العام، أو عجزه عن إدارة المرافق أو إخلاله بالتزاماته حيث يصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق وتسييره[2] .

ولا يستحق الملتزم أية تعويضات نتيجة لإسقاط التزامه، وبهذا يختلف الإسقاط عن الاسترداد التي تقرره السلطة مانحة الامتياز، في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدته، حتى ولو لم يصدر أي خطأ من

[1] رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتقاعد معها، المرجع السابق، ص89.
[2] إيدير نصيرة، إعزوقن وهيبة، إستحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العام في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص14 .

جانبه، مقابل تعويض يكون واجبا على الإدارة لقاء حرمان الملتزم من إدارة المرفق حتى نهاية مدة الالتزام[1] .

ويجب على الإدارة أن تعذر الملتزم بتصحيح الخطأ قبل إسقاط الالتزام، وإذا رفض فعليها تقرير محضر بعدم الامتثال، وفي هده الحالة يكون فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة، ويمكن الملتزم إذا رأى أن الإدارة قد تعسفت في استعمال هذه السلطة، فيه أن يرفع دعوى أمام القضاء المختص للمطالبة بالتعويض جزاء الضرر الذي قد يصيبه[2] .

ويتوجب على الإدارة عند إصدار قرار الإسقاط أن تحذر الملتزم، ولو لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك، إلا إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هدا الإجراء، أو أعلن الملتزم صراحة أنه لم يعد يستطيع إدارة المرفق، أو إذا كان الإسقاط بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم .

غير أنه توجد قيود عديدة على الجهة مانحة الالتزام، التي يتعين عليها مراعاتها قبل قرار الإسقاط' التي تعد بمثابة شروط لممارسة الإدارة هذه السلطة، ويمكن إجمالها بما يلي:

- أن يرتكب الملتزم أخطاء جسيمة

حيث يجب أن يأتي الملتزم بخطأ جسيم لإسقاط الالتزام وإنهاء العقد من طرف الإدارة، ومن الأخطاء الجسيمة التي تبرر إسقاط الالتزام: التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة، عدم احترام مدد التنفيذ المنصوص عليها في دفتر الشروط، الإخلال المستمر والمنتظم بالالتزامات العقدية، غير أن النص على حالات الخطأ الجسيم لا يحرم الإدارة من ممارسة هذا الجزاء، أما عن الحالات الغير منصوص عليها فإنها تخضع لرقابة الملائمة القضائية لتحقق من مدى ملائمة هذه العقوبة الخطيرة للأخطاء التي اقترفها الملتزم .

- إعذار الملتزم

تلتزم الإدارة قبل توقيع جزاء الفسخ بإعذار الملتزم، ويتشدد مجلس الدولة الفرعي في ضرورة إتخاذ الإدارة هذا الإجراء، قبل توقيع جزاء الإسقاط' ولا تحرر منه إلا بنص صريح، أو إذا تبين من ظروف الحال انعدام الفائدة من الإعذار، أو أن الملتزم نفسه أعلن عن عدم قدرته على إدارة المرفق كما أن الإدارة تحلل من التزامها في الإعذار في حالة: الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم[3].

[1] وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل وعقود الملكية، bot، حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها ،ص 131 .
[2] إيدير نوال، إعزوقن وهيبة، إستحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العام في التشريع الجزائري ،المرجع السابق، ص45 .
[3] رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتقاعد معها، المرجع السابق، ص102 .

- وجوب أن يصدر قرار الإسقاط من القضاء

قرار الالتزام الذي يحرم الإدارة من ممارسة حقها في إتخاد قرار الإسقاط، وبقرار إداري على خلاف العقود الأخرى، ولا يعيقها عن اللجوء إلى القضاء إلا إذا وجد نص في العقد أو في دفتر الشروط، يمنح هذا الحق للإدارة، مع ذلك يجوز للإدارة أن تتنازل عن هذا الحق، ومن ثم الالتجاء إلى القاضي لتقديره .

تجدر الإشارة إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ليست مطلقة، بل تخضع لبعض الضمانات والقيود أهمها:

– ادا حدد العقد الجزاءات الملائمة لكل مخالفة يرتكبها المفوض له، ففي هده الحالة لا تستطيع الادارة سوى تطبيق توقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد.

–كما تخضع سلطة الادارة في توقيع الجزاءات للرقابة القضائية، والتي تشمل رقابة المشروعية، وتمتد الى البواعث التي ادت بالادارة لتوقيع الجزاءات، كما تشمل رقابة الملائمة وما ادا كان الجزاء يتناسب مع الخطأ من عدمه[1].

الفرع الثاني: صلاحية السلطة المفوضة في انهاء العقد بارادتها المنفردة

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية، هو قدرتها على أن تضع حدا نهائيا للعقد بإرادتها المنفردة، وتفك الرابطة التعاقدية قبل إتمام هدا العقد نهائيا، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد، وذلك اعمالا لمبدأ التكيف الدي يسري على المرافق العامة [2].

وهو بذلك حق خطير، نكاد لا نجد له وجود في مجال علاقات القانون الخاص، الا في حالة ما إذا اتفق المتعاقدان على دلك، أو أباحه القانون بنص صريح.

وباستقراء نص المادة 64 من المرسوم 18–199 المتعلق بتفويض المرفق العام،نستنتج أن فسخ اتفاقية التفويض من جانب ارجع لسببين رئيسيين، أولا عندما يتعلق الأمر بضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام،وثانيا في حالة القوة القاهرة .

أولا: الفسخ لضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام

بالرغم من أن هناك من يرى في لجوء السلطة العامة الى فسخ العقد الإداري من الأساليب الخطيرة، لما يترتب عليه من نزاعات وعدم استقرار المرفق العام،الا انه قد تتحتم في بعض الحالات لجوء المصلحة المفوضة أو المتعاقدة إلى هدا الإجراء، بالرغم من عدم ارتكاب المفوض له لخطأ جسيم ضمانا لاستمرارية المرفق العام، وتكريسا لمبدأ استمرارية المرفق العام.

[1] ايدير نوال، اعزوقن وهيبة، النظام القانوني لعقد تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص58.
[2] محمد الصغير بعلي، العقود الادارية، المرجع السابق، ص79.

إذ أن العقد الإداري لم يتم إلا لتحقيق الصالح العام، وللإدارة الحق دائما في إنهاء العقد بارادتها دون موافقة الطرف الأخر متى قدرت إن الصالح العام وديمومة المرفق العام اقتضت دلك.

فقد يظهر بعد التعاقد أن عقد التفويض لم يعد بحاجة إليه، وعليه فمن مصلحة المجتمع إنهاء العقد الذي أصبح حائلا بين الإدارة وتحقيق أهدافها والمنفعة العامة، أو أصبح غير ذات فائدة للمرفق العام، وبالتالي لا تحقق المصلحة العامة التي انشئ من اجلها المرفق العام.

انقسمت الآراء حول تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة، ودون ارتكاب المتعاقد معها لخطأ جسيم، فيرى البعض أن حق الإدارة في هدا الخصوص يقوم على فكرة الصالح العام، فيما يعتبر البعض الأخر انه بقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام ومنهم من يرى أن الأساس القانوني مزدوج يجمع بين الأساسين السابقين[1].

ويرى الأستاذ الدكتور **نصري منصور نابلسي** أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد، تقوم على أساس المصلحة العامة وسير المرافق العام بانتظام، لانه حتى في حال الأخذ بفكرة امتياز السلطة العامة،فان العقد طبقا لهده الفكرة يجب تقييده أيضا بالمصلحة العامة وحاجات المرفق العام، فالأساس هو المصلحة العامة وحاجة المرفق العام، والوسيلة لإنهاء العقد من جانب الإدارة قبل حلول اجله ودون خطأ من المتعاقد السلطة العامة وامتيازات القانون العام التي تتمتع بها الإدارة.

ولكي يكون قرار الإنهاء مشروعا، فانه يتعين أن يصدر عن مختص بإصداره، والسلطة المختصة بإنهاء العقد،هي ذاتها المختصة بإبرامه، مالم يرد بهذا العقد تحديدا لسلطة أخرى تختص بإصدار قرار إنهائه[2].

وبما أن إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة فهو ليس بجزاء، فلا يشترط فيه الاعذار على النحو المعمول به بالنسبة للفسخ الجزائي.

ويمارس القضاء الإداري رقابته على قرار الإدارة بإنهاء العقد للمصلحة العامة، من حيث مدى مشروعيته، وتأسيسه على مقتضيات المصلحة المتعاقدة، فإذا تبين للقضاء أن قرار الإنهاء لم يقم على أسباب غير مشروعة، حكم المتعاقد بالتعويض المناسب، دون أن تمتد سلطة المحكمة للبحث في ملائمة القرار و إلغائه، بالإضافة إلى حق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أو انه، دون تقصير منه.

[1] نصري منصور نابلسي، العقود الادارية(دراسة مقارنة)،منشورات زين الحقوقية، لبنان،2010، ص369.
[2] عبد العزيز عبد المنعم، تنفيد العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، ط1،منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، 2009، ص140.

ثانيا: فسخ العقد بالقوة القاهرة

لا تؤدي القوة القاهرة إلى إنهاء عقد التفويض إلا في حالت كانت هذه الظروف التي تشكل القوة القاهرة نهائية، والمتمثلة في الحادث الخارجي المفاجئ غير المتوقع، لا يمكن مقاومته ولا التغلب عليه، الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد، وبذلك يزول الهدف من إبرامه وتنتهي أثاره بالنسبة للطرفين، سواء السلطة المفوضة أو المفوض له، دون أن يتحملا أي تعويض أو يعفي هذا الأخير من أي مسؤولية، أما في حال كانت القوة القاهرة مؤقتة، ويمكن للظروف القاهرة أن تزول، فتؤدي إلى تعليق تنفيذ العقد إلى حين زوالها .

كما أن الظروف الطارئة التي تؤدي إلى إخلال بالتوازن المالي للعقد، لا تؤدي إلى إنهائه وإنما تتحمل السلطة المانحة مع صاحب التفويض الخسائر، بحيث تعطي له تعويض يجنبه جزءا من خسائره .

المبحث الثاني

حقوق والتزامات المفوض له

عقد تفويض المرفق العام وليد توافق إرادتين على إنشاء رابطة قانونية ملزمة لطرفيه، تخول للمفوض له مجموعة من الحقوق مقابل السلطات الواسعة الممنوحة للإدارة، معترف بها دون الحاجة إلى النص عليها في العقد، وإنما هي مقررة له بغير نصوص متفق عليها، وهي كذلك حقوق غير معروفة في مجال عقود القانون الخاص .

إذ يجب على الإدارة المفوضة المحافظة على حقوق المتعاقد معها، لما له من أهمية في المحافظة على سير المرفق العام، وزيادة عدد المتعاقدين للمتعاقد معها.

وفي مقابل الحقوق التي يتمتع بها المفوض له نجد المشرع حمله إلتزامات منصوص عليها قانونا، وذلك عند توقيعه للعقد مباشرة مع السلطة المفوضة، حيث يلتزم بتسيير وإستغلال المرفق العام في ظل إحترام مبادئ سير المرفق العام، وكذا إلتزامه بدفع أتاوى للجهة المفوضة ،وكل هذا من شأنه ضمان حسن سير المرفق العام والمحافظة عليه.

المطلب الأول: حقوق المفوض له

يتمتع المفوض له بمجموعة من الحقوق تعوضه عما قد يتكبده من نفقات، وما يواجهه من صعوبات، والمتمثلة أساسا في حق إقتضاء المقابل المالي، ونظرا للسلطات التي يتمتع بها تحقيقا للمصلحة العامة، وما قد يطرأ من ظروف قد يتحمل المفوض له نفقات إضافية مما تؤدي إلى فقدان التوازن المالي للعقد، فللمفوض له الحق في طلب من السلطة المفوضة بإعادة التوازن المالي، وذلك لتمكينه من الإستمرار في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، كما له الحق في بعض المزايا العادية والقانونية الهامة لمساعدته على تشغيل المرفق العام محل التفويض .

الفرع الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي

قبض المقابل المالي أهم حقوق المفوض له وهو الغاية من التعاقد، يتمثل في العائد المادي مقابل تنفيذ العقد[1].

وتختلف صورة هذا المقابل حسب نوع العقد، فقد يأخذ شكل أتاوات يدفعها مستعملي المرفق أو شكل أجرة تدفعها الهيئة المفوضة كالأتي :

[1] إستعمل الشرع مصطلح تعريفة بالنسبة في عملية تحديده من قبل السلطة المفوضة، سواء إنفردت لوحدها بتحديده أو بإشتراك مع المفوض له' أما في حالة تقاضي المفوض له للمقابل المالي فإستعمل المشرع مصطلح إتاوات .

– إذا كان إستغلال المرفق وتسييره يتم تحت مسؤولية المفوض له، كما في حالة عقد الإمتياز، فإنه يحق له الحصول على المقابل المالي على شكل إتاوات من مستعملي المرفق العام، المنتفعين من خدماته .

– إذا كان إستغلال وتسيير المرفق العام محقق لصالح الهيئة المفوضة كعقود مشاطرة الإستغلال (الوكالة المحفزة)، وعقود التسيير، ففي هده الحالة يدفع للمفوض له اجر مباشرة في شكل منحة تحدد بنسبة مؤوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وعند الإقتضاء، حصة من الأرباح.

وبما أن المفوض له يقوم بإستغلال المرفق العام وتسييره، فمن الطبيعي أن يتقاضى أتاوى مقابل خدماته، سواء من مستعملي المرفق العام، أو من طرف السلطة المفوضة في شكل أجر سواء كان هدا الاجرمن تحصيل الأتاوى أو أجر مباشرة في شكل منحة، فالشروط الخاصة بالمقابل المالي لا تعتبر من الشروط التعاقدية، بحيث تنفرد السلطة بتحديد التعريفات المفروضة على مستعملي المرفق العام، وبالتالي فمن غير الممكن للمفوض له السلطة في التدخل فيها لأنها تعتبر من الأحكام التنظيمية[1] .

ذلك أن السلطة المفوضة تبقى المسؤولة عن التعريفة، فلا يمكن لها التخلي تماما عنها للمفوض له، غير أنه قد يتم الإعتماد في تحديدها على معيار مرن يعهد للمفوض له بنصيب من المبادرة في تحديدها'،وهذا ما جاء في المادة 55 من المرسوم 18–199 المتعلق بتفويض المرفق العام التي تنص على: *"...تحدد السلطة المفوضة بالإشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام..."*، إلا إذا كان هناك نص صريح في الإتفاق يقضي بخلاف ذلك، وذلك من أجل إضفاء نوع من الحرية للمفوض له لمنحه مجال للتنافس[2] .

إن المقابل المالي الذي يتحصل عليه، المفوض له مرتبط أساسا بنتائج الإستغلال، بحيث يجب أن يعكس تحمل المفوض له لمخاطر الإستغلال الناتجة عن إدارته للمرفق العام، وتشغيله على نفقته ومسؤوليته[3].

كما أنه لا يمكن إعتبار عقد تفويض المرفق العام عقدا إلا إذا كان المقابل المالي للمفوض له مرتبط جوهريا بنتائج الإستغلال، وهذا مايميز عقد تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية، بحيث أن الصفقة العمومية المقابل المالي الذي يتحصل عليه، المتعاقد مع الإدارة هو مبلغ ثابت يشكل ثمنا للخدمات واللوازم والأشغال المنجزة، ولا علاقة له بنتائج إستغلال المرفق العام، كما أن المقابل المالي يتم دفعه عن طريق سعر يحدد مسبقا في دفتر الشروط، من قبل الإدارة، ويكون محددا في العقد، فالإدارة هي

[1] لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخواص، المرجع السابق، ص81 .
[2] محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرافق العامة، المرجع السابق، ص154 .
[3] المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.،ج.ر.ج عدد 50 ، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

التي تقوم بدفعه للمتعاقد معها، وليس له علاقة بمردودية الإستغلال، أما إتفاقية المرفق العام، فإن المقابل المالي ليس ثابت، له علاقة مباشرة بنتائج الإستغلال وتسيير المرفق العام.

الفرع الثاني: الحق في التوازن المالي للعقد والحصول على المزايا المالية المتفق عليها

سنتطرق في هدا الفرع الى الحق في التوازن المالي للعقد، دلك انه قد تطرأ احداث ووقائع اثناء تنفيد العقد، ضد مصلحة المتعاقد، مما يستلزم بتدخل السلطة المفوضة بإعادة التوازن المالي للعقد، ومنح المفوض له كذلك حقه في الحصول على المزايا المالية المتفق عليها في العقد مقابل الجهود التي يبدلها.

أولا: الحق في التوازن المالي للعقد

فبالإضافة إلى حقوق المتعاقد المألوفة المتمثلة في تمكين المتعاقد من التنفيذ، وأداء حقوقه المالية في مواعيدها وغيرها من الحقوق التي يرتبها العقد وينص عليها، هناك حقوقه مع الإدارة لا يستمدها من نصوص العقد، وأهم هده الحقوق، حق المتعاقد في طلب إعادة التوازن المالي للعقد.

يقصد بالتوازن المالي للعقد، ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه.

إذ أن المفوض له حيث تعاقده مع السلطة المفوضة، يضع في حساباته ما سيتكلفه، وما سيعود عليه من ربح، فإذا ما تغيرت الظروف الاقتصادية أو واجه صعوبات جعلت من تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيرا ومكلف بصورة فاقت توقعاته كأن ترفع اسعار مواد البناء بصورة كبيرة لم تكن متوقعة فإنه قد يترتب عن ذلك، الإخلال بالتوازن المالي للعقد وتغيير أساس حساباته، ويتعرض لخسائر قد تكون فادحة، مما يؤدي إلى تغيير في تنفيذ العقد، لذلك أعطى للمفوض له هذا الحق بأن أن يطالب الإدارة بالتعويض حتى لا يتحمل وحده أعباء جديدة لتسيير المرفق العام، ويكون ذلك لتشجيع التعاقد مع الإدارة، وحماية المفوض له من التغييرات، حتى يمكنه طلب التعويض ومد يد العون له، حتى يستقر التوازن المالي للعقد من جديد على الرغم من أنه لم يرتكب أي خطأ، و يتمكن في الاستمرار في تنفيذ العقد[1] .

وتلتزم الإدارة بإعادة هذا التوازن، لا لتحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقد، وإنما تحقيقا لقواعد العدالة، التي تقرر أن (الغنم بالغرم)، ثم حفاظا على الصالح العام الذي سوف يصاب بضرر نتيجة لتوقف المتعاقد عن العمل أو انتظامه، أو لتأخير التنفيذ، أو غير ذلك[2] .

ويرجع اختلال التوازن المالي للعقد وزيادة أعباء المتعاقد المالية إلى أحد الأسباب المتعددة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد .

فقد ترجع زيادة الأعباء إلى فعل المتعاقد نفسه لقيامه بأداء خدمات غير متفق عليها في العقد، لكنها ضرورية أو مفيدة في تنفيذه، فالأمر هنا يتعلق بظروف لا دخل للإدارة فيها (السلطة المفوضة)

[1] محمد الصغير بعلي، العقود الادارية،المرجع السابق، ص88.
[2] محمد أبو راس،العقود الادارية، المرجع السابق، ص105

ولكنها تنعكس أيضا على التوازن المالي للعقد، هذه الوضعية قد تؤدي إلى عجز المتعاقد مع الإدارة على مواصلة الوفاء بالتزامه، وهنا يؤدي بدوره إلى انقطاع عمل المرفق العام[1] . ويقوم التعويض في هذه الحالة على أساس إثراء بلا سبب .

وقد يكون هناك خطأ عمدي للإدارة في عدم قيامها بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد عمدا أو إهمالا، وهذه الوضعية تكون الإدارة مصدرها، بما لها من سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة للحصول على موافقة المتعاقد معها (المفوض له) المسبقة' فإذا لم تقم الإدارة بتنفيذ التزاماتها تكون قد ارتكبت خطأ عمدي، وهنا يحق للمتعاقد طلب التعويض .

ويكون أداء الإدارة للتعويض في إطار وجوب توافر شروط نظرية فعل الأمير، أو شروط نظرية الظروف الطارئة، وأخيرا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

1/ التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير، العمل أو الإجراء الصادر عن الهيئة المفوضة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها أثناء تنفيذ العقد، والتي قد تؤدي إلى إرهاق وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة[2] .

وعبارة المخاطر الإدارية أو ما يطلق عليها بتسيمة أفعال الأمير، هي تصرفات أو إجراءات مشروعة تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة' أو أية جهة إدارية أخرى، أو عن السلطة التشريعية، أو أي سلطة من سلطات الدولة، ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد أكثر صعوبة، أو أكثر تكلفة، أو تؤدي إلى تضخم أعبائه وزيادة التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد، وقد تكون في شكل لائحة أو تشريع أو قرار أو عمل فردي أو عمل مادي، وقد يكون تأثيرها في تنفيذ العقد مباشرا كالتعديلات التي تفرضها في العقد، أو غير مباشرة زيادة الضرائب ورسوم الجمارك التي تكون لها تأثير على سعر السوق، ومن بين الأعمال التي تصدر عن السلطة العامة، والتي تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن المالي للعقد ما يلي :

– الإجراءات الصادرة عن السلطة المفوضة والتي تتناول شروط العقد بالتعديل .

– الإجراءات الصادرة عن السلطة المفوضة والتي لا تنصب مباشرة على العقد، ولكنها تؤدي بطريق غير مباشر إلى الاختلال بتوازنه المالي، كحالة رفع الرسم على بعض المواد الضرورية لتنفيذ العقد[3] .

صدور تشريع يفرض ضرائب على نشاط المتعاقد لم تكن مفروضة.

[1] لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخواص،المرجع السابق، ص83 .

[2] فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري،المرجع السابق، ص214 .

[3] سليماني السعيد، محاضرات في مقياس القانون الإداري(العقود الإدارية) للسنة الثانية LMD، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2012-2013، ص41 .

وعليه فإن هذه الإجراءات أيا كان شكلها تأتي بأعباء مالية على عاتق المفوض له، لهذا استقر الفقه والقضاء على أحقية المتعاقد في التفويض الكامل، كما رتبته هذه الإجراءات من أعباء إضافية حتى ولو كان العقد خلوا من النص على ذلك .

شروط التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

– ولا يستحق المتعاقد تعويضا عما ينزل به من أضرار، نتيجة ما تتخذه أي من السلطات العامة في الدولة من إجراءات إلا إذا تحققت شروط فحواها :

– أن لا تكون الإجراءات التي زادت من أعباء المتعاقد متوقعة وقت التعاقد وإنما يجب أن تكون إجراءات مفاجئة غير متوقعة .

– ولا يكفي أن تكون الإجراءات المتضرر منها مفاجئة وغير متوقعة، وإنما يجب أن يترتب عليها نتائج ضخمة، ينتج عنها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا واضحا وملموسا، ويعلن أن تنفيذ العقد أصبح مرفقا للمتعاقد، أما إذا كانت نتائج الإجراءات ضئيلة الأثر، لا ترهق ولا تخل بالتوازن فإن الإدارة لا تلتزم بأي تعويض لأنها لا يتأثر بها المتعاقدون عادة[1] .

– ولا يستحق المفوض له تعويضا، إلا عما تحقق وقوعه من أضرار نتيجة أفعال الأمير، أما الأضرار المحتمل حدوثها فلا تعويض عليها، وما ذلك إلا إعمالا للقاعدة العامة التي لا تعترف بالأضرار المحتملة، وإنما تعوض فقط من الأضرار التي تحقق وقوعها فعلا .

– صدور التصرف عن السلطة المفوضة أو من إحدى سلطات الدولة .

– أن يكون الإجراء المتخذ مشروعا .

نتائج نظرية فعل الأمير

تنتج عن نظرية فعل الأمير عدة أثار منها :

– تحرر وتحلل المفوض له مع الإدارة من الالتزام بالتنفيذ، إذا ما ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ، مثل حال صدور قانون يمنع استيراد سلعة متعلقة بالمرفق العام، ولا يمكن الحصول عليها من الخارج[2] .

– حق المفوض له المطالبة بعدم دفع غرامات مالية عليه في حالة التأخير، وذلك عندما يثبت أن إجراءات فعل الأمير هي التي جعلت عملية تنفيذ العقد عسيرة ومتأخرة .

–حق المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما زادت إجراءات فعل الأمير من أعبائه وتكاليفه المالية بدرجة كبيرة لا تحتملها إمكانياته وقدرته المالية .

[1] محمد أبو راس، العقود الادارية، المرجع السابق، ص108 .

[2] سعد لقليب، بن الشيخ النوي، حقوق وإلتزامات الطرف المتعاقد في الصفقات العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15 العدد السادس، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017، ص60 .

2/ التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

تعتبر الظروف الطارئة مستقلة عن أطراف العقد، بحيث قد يحصل أن تحدث خلال تنفيذ العقد ظروف اقتصادية غير متوقعة، تفرض على المفوض له أعباء باهظة، فتحدث اضطرابا في الشروط المالية المتعلقة بتنفيذ العقد، وتحدث بالمفوض له خسائر تتجاوز الحدود المألوفة في هدا المجال، حيث أن المفوض له لم يتوقع حدوث هدا الظرف أثناء إبرام العقد، ولم يكن بوسعه توقعه أو باستطاعته دفعه الأمر الذي يلزم السلطة المفوضة بتعويضه، إما بتحمل جزء من الخسارة، وإما بتعديل شروط العقد وذلك حتى يستقر التوازن المالي حالته الأولى[1] .

ومن أمثلة الظروف الطارئة، وقوع كوارث طبيعية مثل الزلازل والفيضانات، وقوع اضطرابات ومظاهرات داخلية، ارتفاع أسعار سلع معينة، مما يحتاج إليها المفوض له في تنفيذ العقد، إضراب عمالي جماعي، فرض حصار اقتصادي على الدولة، مما يكون له أثر على الظروف الاقتصادية بوجه عام، وعلى الأحوال المالية للمفوض له مع السلطة المفوضة بوجه خاص .

ولقد اهتم المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال نص المادة 107 من القانون المدني، لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، فليس من العدل في شيء أن يترك المتعاقد يتحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست في هذه الظروف الجديدة، وإذا كنا نسجل أن المادة 107 من القانون المدني جاءت واضحة وأبلغ، فلا مانع أن يهتدي بها القاضي الإداري .

تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، وتستند إلى فكرة العدالة وحسن سير المرفق العام بانتظام ودون توقف في تقديم خدماته[2] .

شروط التعويض على أساس الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق هذه النظرية ما يلي :

– أن تقع الظروف الطارئة فجأة، ودون علم مسبق بها، بمعنى أنه يجب أن لا يتوقع المتعاقدان أو أحدهما وقوع هذه الظروف أثناء إبرام العقد[3].

– أن تكون الظروف الطارئة حوادث عامة، ليست من فعل الإدارة ولا أي من السلطات العامة، ولا بإرادة أي منهما، ولا يفعل المتعاقد مع الإدارة ولا دخل لإرادته فيها، أنها حوادث تقع خارج دائرة العقد و المتعاقدين .

– يجب أن تكون نتائج الظروف الطارئة وأثاره جسيمة، بحيث يترتب عليها عجز المتعاقدين عن الاستمرار في التنفيذ، ويصبح المرفق مهددا بالتوقف .

---

[1] سعد لقليب، بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقات العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15 مرجع سابق، ص61.

[2] سعد لقليب، بن الشيخ النوي،حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقات العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15 مرجع نفسه، ص61.

[3] محمد الشافعي أبو راس،العقود الإدارية، المرجع السابق، ص112 .

3/ نظرية العقبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ثالث نظرية تؤمن المفوض له ضد المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها أثناء تنفيذ إلتزاماته .

فإذا ما صادف المفوض له خلال تنفيذ إلتزاماته التعاقدية صعوبات مادية تعرقل التنفيذ إستثنائية وغير مألوفة، ولا يمكن توقعها وقت إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فيحق للمفوض له مطالبة للإدارة صاحبة التفويض بتعويضه عن كل ما سببته هذه الصعوبات المادة من أضرار وخسائر[1] .

من أمثلة هذه العقبات، أن يجد المفوض له تحت أرض موقع الأشغال محل العقد، خرسانات مجاري، أساسات خرسانية .

من ذلك أيضا أن يبدأ المفوض له بحفر الأساسات، فيفاجأ بمياه جوفية غزيرة، بشكل غير عادي، إلى درجة ترهقه ماليا بما يتكلفه من نفقات رفع هذه المياه .

شروط التعويض على أساس نظرية العقبات المادية غير المتوقعة

ولتطبيق هده النظرية يجب أن تتوفر الشروط التالية:

– أن تكون هذه العقبات مادية إستثنائية(غير عادية) أثناء التنفيذ، وهذا شرط مركب أي يشترط شروط معينة من العقبات، ثم يشترط وقتا معينا لظهور هذه العقبات .

1– أما عن العقبات ذاتها فيشترط فيها أن تكون مادية، لأنها إن لم تكن مادية فإنها تكون تشريعية أو قرار، مما يجعلها في طائفة شروط نظرية فعل الأمير، وإما أن تكون ظروف إقتصادية مما يدخل في شروط نظرية المخاطر الإقتصادية[2] .

2– يشترط في هذه العقبات أن تكون غير عادية (إستثنائية) أي مما لا يجري العما ويتواتر على ظهورها، لم تكن في حسبان أي طرف من أطراف العقد، ليست بفعل السلطة المفوضة ولا المفوض له .

– أن لا تكون العقبات المادية غير العادية متوقعة وقت إبرام العقد، وعلة ذلك أنه لو كانت متوقعة تنتفي علة التعويض عنها .

– أن تحقق العقبات ضررا، ويستوي هنا أن يكون الضرر جسيما أو طفيفا، فالعبرة بمجرد تحقق الضرر، ولا غيره بمقدار هدا الضرر .

نتائج نظرية العقبات المادية غير المتوقعة

– إلتزام المفوض له بعدم التوقف عن التفيذ، ذلك أن إستحالة التنفيذ تكون بصدد نظرية الظروف الطارئة، وأما تكون مما يجعل التنفيذ ممكنا، ولكن بتكلفة أكبر، وبمشقة وجهد، وإن إمتنع المفوض له عن التنفيذ يكون قد إرتكب خطأ يحرمه من التعويض، وقد توقع عليه السلطة المفوضة عقوبات .

[1] حاشمي سامي، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص59 .
[2] محمد الشافعي أبو راس،العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص119 .

– أحقية المقاول في الحصول على تعويض كامل، عما أصابه وتحمله نتيجة ظهور عقبات مادية غير عادية غير متوقعة .

ثانيا: الحصول على المزايا المالية المتفق عليها

كما يحق للمفوض له أن يحصل على بعض المزايا التي تساعده في إستغلال المرفق العام، لأن طبيعة المرفق العام تقتضي منع المتعاقد مع الإدارة مجموعة من المزايا مقابل ما يقوم به من جهود، وما يبدله من عناية في سبيل تحقيق المصلحة العامة[1].

وتعد هده المزايا المالية من صميم الشروط التعاقدية التي لا يمكن أن تستأثر بها الجهة الإدارية بل يلزم لذلك موافقة المفوض له نجد منها:

– تعهد الإدارة المفوضة بعدم وجود المنافسة، أي ضمان إحتكار النشاط المرفقي، كأن تتعهد الإدارة المفوضة بعدم منح تراخيص لشغل الملك العام للشركات الخاصة، التي تمارس نفس النشاط، وهو الأمر الذي يضمن للمفوض له عدم المنافسة دون وجوب صدور قانون يمنح الإحتكار[2] .

– إمكانية إستعمال الملتزم للأملاك الموجهة لإستعمال المرفق العام، فله القيام بكل الأشغال اللازمة لإستعمال المرفق وله في سبيل ذلك إستعمال إمتيازات السلطة العامة، كأن تخصص لمشروع بعض الأموال العامة أو الخاصة المملوكة لها وتضعها تحت تصرفه، أو أن تمنحه إحتكارا قانونيا بأن تلتزم بعدم الترخيص لغيره بممارسة نفس النشاط[3] .

أما التسهيلات المالية فيمكن أن تتخد شكل إعانات مالية، أو إعفاءات جمركية، أو قروض بنكية أو تخصيص بعض الأموال العامة لمشروعه .

كما يحق للمفوض اقتضاء التعويض في حالة فسخ العقد بالارادة المنفردة من طرف السلطة المفوضة وذلك حفاظا على الصالح العام، وضمان استمرارية المرفق العام كما بيناه سابقا، ويحق له مطالبة الادارة بالتعويض عن ادائه بأعمال او خدمات اضافية دون تكليفه بدلك، وغير منصوص عليها في العقد تفعيلا لمبدأ حسن النية الذي يتعين ان يسود تنفيد كافة العقود الادارية، شريطة ان تكون هده الاعمال أو الخدمات الاضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام، وذلك على اساس قاعدة الاثراء بلا سبب[4].

المطلب الثاني: إلتزامات المفوض له

في مقابل الحقوق التي يتمتع بها الطرف المتعاقد في العقد، والكامنة أساسا في تنمية رصيده الإقتصدي، والمحافظة على توازنه المالي، حمله المشرع مسؤوليات و إلتزامات غير مألوفة في القانون

[1] فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص241 .
[2] فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص242 .
[3] لشلق رزيقة، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص82 .
[4] عبد العزيز عبد المنعم، تنفيد العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما،المرجع السابق،ص232.

الخص منصوص عليها قانونا بإعتباره الدعامة والركيزة الأساسية التي يقوم عليها العقد الإداري بصفة عامة، يكون ذلك بعد توقيعه للعقد مباشرة مع السلطة المفوضة، حرصا على سير ديمومة المرافق العامة وحفاضا على المال العام .

الفرع الاول: الإلتزام بتسيير وإستغلال المرفق العام

يعد المفوض له المسؤول عن التنفيذ الشخصي لعقد تفويض المرفق العام، فيجب عليه أن يضمن التسيير الفعال والجدي للمرفق العام، يقوم بإستغلاله بنفسه، فلا يجوز له التنازل عن هذا الإلتزام للغير إلا بعد حصوله على الموافقة الصريحة من السلطة المفوضة، وذلك إدا فرضت متطلبات التسييرهدا التنازل .

ولا يقصد بالتنفيذ الشخص للعقد موضوع التفويض أن يلزم المتعاقد وحده دون الإعتماد على الغير أو الإستعانة بهم لتنفيذ العقد، بل المقصود به أن المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته إلى تعهد بالوفاء بها إلى الغير، بما يؤدي إلى تحلله من بعض إلتزاماته، فهو المسؤول بعد توقيع العقد عن تنفيذ الكامل والتام والنهائي للعقد، حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل [1] .

ذلك أنه كقاعدة عامة، أوجب المشرع المفوض له بالتنفيذ الشخصي لإلتزامه وبالطريقة المتفق عليها ووفقا للشروط الواردة في العقد، أو في دفاتر الشروط، لكن كإستثناء يمكن للمفوض له الإستعانة بلأشخاص اخرين ومنح لهم تنفيذ جزء من الإتفاقية، ويكون ذلك بواسطة عقد مناولة التي بواسطتها يعهد المفوض له لشخص أخر طبيعي أو معنوي يدعي المناول تنفيذ جزء من الإتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له، حيث نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر بأنه:" *يمكن للمفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام أن يقوم بتفويضه إلى شخص أخر، غير انه إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير يمكن للمفوض له اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام للمفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة* ".

كما أن هذه المناولة لا يمكن أن تكون بصفة كلية للمرفق العام الذي خص به تفويض المرفق العام،حيث تعرف المناولة بأنها :" *الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص اخر طبيعي أو معنوي يدعى المناول تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة و المفوض له*[2] "

قد تكون هناك اسباب ودوافع يلجأ اليها المفوض له في مسألة تنفيد الاتفاقية، عند يتعلق الامر بالعامل الزمني، وعدم كفايته لتلبية جميع متطلبات وأهداف المرفق العام، نتيجة توسع نشاط وزيادة رغبات وحاجات مستعملي المرفق العام.

[1] عمار بوضياف،الصفقات العمومية في الجزائر،المرجع السابق، ص175.
[2] المادة 60 من المرسوم التنفيدي 199/18 يتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2اوت 2018،ج.ر.ج.ج،ع48.

غير أن هذه المناولة تم تقييدها بشروط و هي كالأتي:

1- موضوع مناولة المرفق العام المفوض يكون بصفة جزئية و غير كلية

2- يجب أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية موضوع المناولة إنجاز منشات أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو سيره، حيث حصر المشرع الجزائري مسألة المناولة في الانجاز والاقتناء فقط،على اعتبار أن مسألة التسيير متاحة لجميع المنافسين، بما فيهم المناولين بحيث لا يمكن الاستعانة بأشخاص في تسيير جزء من المهام الموكلة للمفوض له، والتي قد تعكس مدى القدرات والمعيير التي من خلالها قد تم اختيار المفوض له.

3- المناولة في جزء من الاتفاقية تكون في حدود 40% من اتفاقية تفويض المرفق العام، لكي لا يختل التوتزن بجوهر العقد أ الاتفاقية.

4-وجوب إخضاع اختيار المناول أو المناولين إلى الموافقة المسبقة للسلطة المفوضة ،كمراجعة المناول واجراء رقابة عليه ما ادا كان يشكل خطرا على المرفق العام.

5- لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية التفويض على ذلك.

إلا أنه و بالرغم من السماح للمفوض له بإبرامه لعقد المناولة بغرض تنفيذ الاتفاقية لا يمكنه أن يتنازل او يلقي بالمسؤولية على الغير (المناول)، بل يبقى المسؤول الوحيد عن تنفيذ الكامل و التام لاتفاقية تفويض المرفق العام اتجاه السلطة المفوضة.

اد يجب التمييز بين التنازل الكلي او الجزئي عن عقد التفويض، ففي حالة التنازل الكلي يترتب عنه خروج المتعاقد من العلاقة التعاقدية مقابل دخول المتنازل له، وتنتقل عندئد المسؤولية من المتعاقد الاصلي الى المتنازل له مباشرة مع بقاء مسؤولية المتعاقد عن ضمان سلامة الاشغال التي نفدها.

اما مسؤولية المفوض له في حالة التنازل الجزئي عن تنفيد العقد،وبموافقة من الهيئة تبقى مسؤولية اصلية لا تتأثر بتعاقده من الباطن،بل يبقى المفوض له المسؤول الوحيد اتجاه السلطة المانحة للتفويض.[1]

كما يلزم المتعاقد بتنفيد العقد حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها،فادا كانت جهة الادارة قد اعلنت على التفويض،ومكنت المتعامل من دفتر الشروط،واطلع عليه وتعهد بتنفيد الالتزام مع الادارة،فوجب ان يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بان ينفد العقد حسب ماتم التعاقد عليه.

كما يجب ان ينفد موضوع العقد في الاجل المتفق عليه،ولا يجوز كأصل عام للمتعاقد تجاوز هدا الاجل،بل ان تجاوزه يعطي للادارة حق الفسخ الجزائي،وتحمل المتعاقد وحده النتائج القانونية المترتبة على ذلك[2].

[1] فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص228.
[2] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص176.

الفرع الثاني: الالتزام بدفع اتاوة للجهة المفوضة، و احترام المبادئ الاساسية التي تحكم المرفق العام

من بين الالتزامات التي تقع على عاتق المفوض له، نجد التزامه بدفع اتاوة للجهة المفوضة وتكون هده الاتاوة واجبة الدفع في أشكال محددة ، وغير واجبة بالنسبة لباقي أشكال التفويض الاخرى كما يلتزم المفوض له باحترام المبادى الاساسية التي تحكم سير المرفق العام.

أولا: الالتزام بدفع اتاوة للجهة المفوضة

يلتزم المفوض له بدفع اتاوات لصالح الهيئة صاحبة المرفق العام محل التفويض، وتكون هده الاتاوات نتيجة لاستغلاله وتسييره للمرفق العام،ويتحقق دلك في وجه خاص في عقود الايجار، فالاتاوة توجد بالضرورة دائما في عقود الايجار، لكنها يمكن ان توجد احيانا في عقد الامتياز بدفع الاتاوات للسلطة المفوضة.[1]

فالمفوض له في عقد الايجار لا يقوم بانشاء المرفق ولا بتمويله،وانما يقوم بالاستغلال فقط وكذلك تحمله لتكاليف الصيانة،اما السلطة المفوضة هي التي تقع عليها مصاريف انشاء المرفق العام،مما يستوجب على المستأجر بأن يقوم بدفع اتاوة سنوية للسلطة المفوضة تعوضها ماانفقته في عملية انشاء المرفق محل التفويض.

كما يمكن في عقد الامتياز ان ينص العقد على قيام المفوض له بدفع اتاوة للسلطة المفوضة،الا ان وجه التمييز بين عقد الايجار وعقد الامتياز هو انه في عقد الايجار المستأجر لا يتحمل تكاليف الانشاءات الاولى،على عكس عقد الامتياز ،والتزام المستأجر بدفع الاتاوة ليس الا نتيجة لهدا العامل الاساسي المتمثل في عدم تحمله لهده التكاليف.

ثانيا: احترام المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرفق العام

تحكم عملية تفويض المرفق العام مجموعة من المبادئ والتي ترتبط أساسا بالمرافق العامة وعليه فان استغلال المرفق العام من قبل المفوض له يجب ان يقترن بالحفاظ على هده المبادئ سواءا كانت تقليدية او حديثة، حيث تتمثل هده المبادئ في مبدا الاستمرارية، والقابيلة للتكيف، ومبدأ المساواة، اما المبادئ الحديثة تتمثل في مبدأ الشفافية، ومبدأ النوعية وكدا مبدأ الفعالية الاقتصادية والاجتماعية للمرفق،وهو كما بينا وقبل في الفصل الاول، وهدا من اجل تقديم الخدمة العامة للجمهور و استمراريتها التي انشئ المرفق العام من اجلها.

[1] محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام،المرجع السابق، ص179.

خلاصة الفصل الثاني

ان اتفاقية تفويض المرفق العام كسائر العقود الادارية الاخرى يترتب عنها أثار تتمثل في حقوق والتزامات كل طرف، لكن مايميز هدا العقد عن غيره من العقود انه يرتب مجموعة من الحقوق للمنتفعين من المرفق العام.

و السلطة المفوضة إلى جانب الحقوق والالتزامات التي تتمتع بها فقد منح لها القانون مجموعة من السلطات التي تدخل ضمن امتيازات السلطة العامة،والمتمثلة في سلطة الرقابة، وسلطة التعديل الانفرادي لبنود العقد، وكدا سلطتها في توقيع الجزاء وانهاء العقد بارادتها المنفردة.

فوفقا للمفهوم القانوني لتفويض المرفق العام، تبقى السلطة المفوضة صاحبة السلطة السيادية في المرفق العام، وبالتالي يبقى المفوض له في حالة تبعية مباشرة لهده الاخيرة فيما تفرضه عليه من التزامات وما تمنحه من حقوق.

فالمفوض له ملزم بتنفيد بنود الاتفاقية، واحترام بنودها وشروطها لدى القيام باستغلال المرفق العام واعداد تقارير دورية ترسل بشكل منتظم للسلطة المفوضة، وفي نفس السياق، تلتزم السلطة المفوضة باعداد اجتماعات دورية، لتقييم مدى فعالية ونجاعة التسيير، والتأكد من جودة الخدمات المقدمة للمنتفعين بخدمات المرفق العام، ومدى احترام المفوض له لمبادئ المرفق العام.

خاتمة

إن من بين أسباب لجوء الدولة إلى تسيير بعض المرافق العامة الغير سيادية عن طريق التفويض كتقنية جديدة وتخليها عن بعض الأساليب التقليدية كالتسيير المباشر أو عن طر يق مؤسسة عمومية، هو نتيجة لعدم تحقق بعض الأهداف منها ديمومة واستمرارية المرفق العام وعدم تحقق الأهداف التي أنشأت من أجلها، وكذلك تكبدها لخسائر من دون مقابل، والتي كانت تمول معظمها من ميزانية الدولة عن طريق صناديق خاصة أو برامج قطاعية أو محلية، وعلى اعتبار المرافق العامة الوسيلة الأساسية التي من خلالها تستطيع الدولة إشباع الحاجات العامة للمواطنين، سعت الدولة الجزائرية إلى التفكير في أساليب جديدة ناجعة، التي يمكن من خلالها خلق موارد جديدة لدعم ميزانيتها ، وكذلك الاستفادة من الخبرات والكفاءات التي يتمتع بها القطاع الخاص، و مواكبة بعض التطورات الحديثة وعصرنة قطاع الخدمات وتطويره.

صدر المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في بابه الثاني من المواد المواد207 إلى غاية 212، تضمن مجموعة المبادئ سواء تلك المتعلقة بالمرفق العام بالأساس، والأشكال الأربع التي يمكن تأخذه اتفاقية تفويض المرفق العام مع أحد الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر، فقد تم الاستغناء عن الطرق الكلاسيكية في مسألة تفويض المرفق العام كعقد الامتياز بأساليبه القديمة التي كانت تنظم في السابق وفق تعليمات وزارية، واستبداله بطرق و آليات حديثة ظهرت في القانون المقارن، تم إخضاع هذه العقود أثناء الإبرام للمبادئ الواردة في المادة 5 من هذا المرسوم نفسه، وربط تفعيل هذه الأشكال الخاصة بالتفويض بمرسوم تنفيذي وهو ماجاءت به المادة 207 في فقرتها الأخيرة.

إلا أن المرسوم التنفيذي الذي تمت الإشارة إليه بقي معطلا أزيد من ثلاثة 03 سنوات، إلى غاية ظهوره تحت رقم 18-199 والمتعلق بتفويض المرفق العام كنظام قانوني موحد للجماعات الإقليمية للدولة الممثلة في الولاية و البلدية، تناول من جديد الأشكال الأربع لتفويض المرفق العام هي الإمتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة و التسيير، والمدد المحددة لها قانونا، وحالات التمديد عند الاقتضاء، والمرافق العامة المعنية بالتفويض في إشارة إلى المصالح العمومية التابعة لهذه الجماعات الإقليمية والواردة في المواد 149 من قانون البلدية 11-10 و المادة 41 من قانون الولاية 12-07 وذلك بموجب اتفاقية يتم إبرامها مع أحد الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص.

تم التطرق لجميع النقاط الأساسية و منها أطراف الاتفاقية وهي السلطة المفوضة و المفوض له، وكيفية إختيار المتنافسين أو المترشحين وذلك وفق مرحلتين، بناءا على دفتر شروط تقوم بإعداده السلطة المفوضة مقسم جزئين، الجزء الأول بعنوان **دفتر ملف الترشح** يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط التأهيل و الوثائق المطلوبة و كيفية التقديم، أما الجزء الثاني بعنوان **دفتر العروض**

يتضمن البنود الإدارية و التقنية والمالية، كذلك تم التطرق إلى صيغ الإبرام وهي **الطلب على المنافسة** كأساس و **التراضي** كاستثناء، و كيفية إدخال المناولين عند الاقتضاء و بشروط مسبقة.

كما تتمتع السلطة المفوضة بصلاحيات السلطة العامة، من سلطة الإشراف و الرقابة أثناء تسيير و استغلال المرفق العام بداية من سلطة تعديل العقد أو إلغاءه عندما يتعلق الأمر بالمصلحة العامة، والحقوق التي يتمتع بها المفوض له منها المقابل المالي الذي يتلقاه و التزامات التي تقع على عاتقه منها احترام المبادئ الأساسية للمرفق العام كالاستمرارية و ديمومة المرفق و الأعباء التي يمكن أن يتحملها كالصيانة و غيرها، بالأضافة الى كيفية معالجة و تسوية النزاعات بالطرق الودية وهذا قبل اللجوء إلى القضاء في حالة نشوب نزاع نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، بالإضافة إلى الدور الفعال الذي يلعبه مستعملي المرفق العام.

النتائج

من خلال دراستنا لموضوع تفويضات المرفق العام للجماعات الاقليمية ، نخلص الى النتائج التالية:

– تبنى المشرع الجزائري التقنيات الحديثة الواردة في القانون المقارن، خاصة منها تلك الواردة في التشريع الفرنسي la loi sapin 1993.

– تم تقسيم عقود تفويض المرفق العام الى أربعة أشكال، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر، منها عقد الامتيازوالايجار الواردة سابقا في التعليمة الصادرة عن وزارة الداخلية سنة 1994.

– تم اخضاع عقود تفويض المرفق العام وفق المرسوم التنفيدي الجديد رقم 18–199 المتعلق بتفويض المرفق العام ن الى نفس المبادئ المتعلقة بعقود الصفقات العمومية الواردة في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على اعتبار أنها عقود ادارية، زيادة الى المبادئ المتعلقة بالمرفق العام في حد داته.

–عدم مراجعة القوانين المتعلقة بالجماعات الاقليمية 12–07 للولاية، و11–10 الخاص بالبلدية لا سيما المواد التي تحيلنا الى التفويض.

– اشتراط الشخصية المعنوية بالنسبة للمفوض له

– اعتماد صيغتين في ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وهما الطلب على المنافسة والتي اعتبرها المشرع كأساس، والتراضي كاستثناء.

– وجوب البحث عن الطرق الودية لحل النزاعات أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات ،والتي يتم انشاؤها من طرف السلطة المفوضة قبل اللجوء الى القضاء.

التوصيات

– مراجعة و تعديل القوانين المتعلقة بالجماعات الإقليمية بما يتسق مع النصوص القانونية المتعلقة بتفويضات المرفق العام منها الجديد :

بالنسبة لقانون الولاية 12–07 نجد أن المادة 149 أشارت إلى إمكانية الترخيص باستغلال المصالح العمومية الواردة في المادة 141 عن طريق الامتياز فقط.

و نفس الشئ بالنسبة لقانون البلدية 11–10 المادة 155 بالنسبة للمصالح العمومية للبلدية الواردة في المادة 149 أين أشارت الى إمكانية تسييرها عن طريق **الامتياز** .

بالإضافة الى المادة 156 التي تليها من قانون البلدية، التي أرجعت مسألة صيغ إبرام هذه الاتفاقيات وفق قانون الصفقات العمومية في شكل **صفقة طلبات** أو **عقد برنامج**، و التي نرى فيها أنه إجرائيا لا يمكن إبرام هذه العقود وفق هذه الصيغ نظرا لطبيعتها ومضمونها .

– مراجعة المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18–199 نصت على أنه يتم الطلب على المنافسة وفق مرحلتين الأولى تتمثل في الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملف الترشح في جزءه الأول وهو **دفتر ملف الترشح** ، و المرحلة الثانية تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم في المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط للمرة الثانية هل يقصد به الجزء المتبقي وهو **دفتر العروض** من دفتر الشروط كما هو مقسم في المادة 13 التي تليها.

بالمقابل نجد أن المادة 31 من نفس المرسوم التي تكلمت على إجراءات الفتح و تقييم العروض من قبل لجنة اختيار و انتقاء العروض في مرحلته الأولى، تم تقسيمها إلى مرحلتين الأولى في جلسة علنية أين يتم من خلالها فتح الأظرفة و تسجيل الوثائق المقدمة من المترشحين، أما المرحلة الثانية تكون في اليوم الموالي و في جلسة مغلقة، تقوم بدراسة ملفات الترشح و إعداد قائمة المترشحين المقبولين طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط، أما الفقرة الأخيرة تتكلم عن دراسة العروض حسب دفتر الشروط، زيادة على كل هذا نجد أن المادة 32 تتكلم على دعوة المترشحين المقبولين لسحب دفتر ملف الترشح و تقديم عروضهم مما يطرح تساؤل ما المقصود بالعروض؟ بما أنه تم دراستها في الفقرة الأخيرة من المادة 31 و على أساسها تم التنقيط.

– إعادة صياغة و تبيين المصطلحات المتعلقة بالمقابل المالي في تعريف أشكال اتفاقية تفويض المرفق العام منها **الإتاوة** و**التعريفة** و الفرق بينهما وكذلك بالنسبة **للمنحة.**

و ما يمكن قوله في الأخير أن الدولة ومن خلال النصوص القانونية، تسعى إلى خلق موارد جديدة للحد من العجز الميزاني الذي تتكبده الجماعات الإقليمية، و تحسين الخدمة العمومية وتلبية حاجيات المواطنين بالدرجة الأولى.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

1/ النصوص القانونية

أ/ الدستور

1- الدستور الجزائري لسنة 1996، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 17 ديسمبر 1996، يتعلق باصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76،صادر في 08 ديسمبر 1996، متمم بالقانون 02-03 مؤرخ في 10 أفريل 2002، يتضمن التعديل الدستوري لسنة 2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25، صادر في 14 أفريل 2002، معدل بموجب قانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، يتضمن التعديل الدستوري لسنة 2008، معدل بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، ج ر ج ج، عدد14 صادر في 7 مارس 2016.

ب/ القوانين

1- القانون رقم 90-08 المؤرخ في 17 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية ج .ر.ج.ج، عدد 15مؤرخ في 11 أفريل 1990(ملغى).

2- الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19جويلية ، يتعلق بالمنافسة,ج .ر.ج.ج ،عدد43، صادر بتاريخ 20 جويلية 2003 معدل ومتمم بموجب كل من القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25جوان2008، ج.ر.ج.ج عدد36، صادر في 20جويلية2008، والقانون رقم10-05 مؤرخ في 15اوت2010، ج. ر.ج.ج عدد46، صادر في 18أوت 2010 .

3- القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 60 معدل و متمم بموجب الأمر 09-02 المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر، عدد 44 الصادر في 22 جويلية 2009.

4- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بقانون البلدية ، ج.ر.ج.ج ،عدد 37 مؤرخ في 3 جويلية 2011.

5- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 يتعلق بقانون الولاية، ج.ر.ج.ج ،عدد 12 مؤرخ في 29 فبراير 2012.

ج/ النصوص التنظيمية

1- المراسيم الرئاسية

2- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.،ج.رج.ج ،عدد 50 ، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

ب- المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي 18-199 مؤرخ في 02 أوت 2018 ،يتعلق بتفويض المرفق العام،ج رج .ج .عدد 48.

2/ الكتب

1- أحمد حافظ نجم، مبادئ علم الإدارة العامة، ط1، دار الفكر العربي، 1997.

2- أحمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين الشمس،1991.

3- الفياض إبراهيم، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1988.

4- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية 2009.

5- وضاح محمد الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية bot، ،حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، الاردن، ص74 .

6- خالد خليفة، مبادى ابرام الصفقات العمومية في ضل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية د ت ن.

7- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.

8- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.

9- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين الشمس 1991.

10- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن 1998.

11- محمد الصغير بعلي،العقود الادارية، ط1، دار العلوم للنشر والتوزيع،عنابة، 2005.

12- محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987.

13- مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز،الشركات المختلطة، bot تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009 .

14- محسن حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر،2014 .

15- محمد سعيد بو سعدية، مدخل إلى دراسة قانون الرقابة الجزائرية، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2014.

16- نصري منصور نابلسي، العقود الادارية(دراسة مقارنة)،منشورات زين الحقوقية،لبنان،2010.

17- عبد العزيز عبد المنعم، تنفيد العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، ط1،منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، 2009.

18- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط04، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر.

19- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط2،جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر،2007.

20- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتقاعد معها، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2010.

3/ الأطروحات والمذكرات الجامعية

الأطروحات

1- ايت منصور كمال، عقد التسيير كآلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، رسالة لنيل شهادة دكتوراء في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو2009.

2- فوناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراء في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2019/2018.

المذكرات

مذكرات الماجستير

1- إيدير نصيرة، إعزوقن وهيبة، إستحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماسترفي الحقوق، تخصص قانون الهيئات الاقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص4.

1- بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011/2010.

2- محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجيستر في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2014/2013.

3- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ، 2007/ 2008.

مذكرات الماستر

1- أسامة مهية، المنافسة والشفافية في قانون الصفقات العمومية، مذكرة لنبل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015/2014.

2-ايدير نوال، بشرى الويزة، النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص قانون عام للأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2016/2015.

3-إيدير نصيرة، إعزوقن وهيبة، إستحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماسترفي الحقوق، تخصص قانون الهيئات الاقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

4- بروري هدى، ساولي صوفية،الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم الرئاسي 15-274، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام،تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الاقليمية، قسم القانون العام،كلية الحقوق والعلوم السايياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2018/2017.

5- بن بركان أسماء، حرفوش زهرة، تفويض المرافق العامة المحلية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، فرع القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2012/2011.

6- حاشمي سامي، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2016 /2017.

7- لامية تاجر،عقود تفويضات المرفق العام وفق المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص منازعات عمومية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي،2018/2017.

8- لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخواص، مدكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2014/2013.

9- مزعاش مرزاقة ، طرق أبرام الصفقات العمومية في ضل 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016/2015.

10- سبع عبد الرحمان،تفويض المرفق العام في ظل قانون 15-247،مدكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص ادارة ومالية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2016.

11- سليم جبلاحي، دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية، دراسة حالة دفتر الشروط لمديرية الاشغال العمومية لولاية لمسيلة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2014/ 2015.

12- سيد عمر محمد لسعد, تفويض المرافق العامة في التشريع الجزائري،مدكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي،2017/2016.

13- عطة صوفيان، عروج يونس،النظام القانوني للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مدرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2015 /2016.

4/ <u>المقالات</u>

1- بدير يحي، الجوانب القانونية لآلية تفويض المرفق العام على ضوء احكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي، العدد الثالث، تيسمسيلت، الجزائر العدد الثالث ، 2017.

2- زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في أحكام المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر 1 ، الجزء الأول، عدد32 ،2018 .

3- سعد لقليب، بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقات العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، العدد السادس، 2017.

4- عميري أحمد، دور الاشهار في لضفاء الشفافية على اجراءات ابرام العقود الادارية في الجزائرطبقا للمرسوم الرئاسي 15/ 247،الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية،قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 201718، ص229.

5/ المداخلات

1-سليمان حاج عزام، تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة بين النظرية و التطبيق مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي الذي نظمته كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة محمد بوضياف المسيلة، الموسوم بعنوان الصفقات العمومية و تفويض المرافق العامة في ضل المرسوم الرئاسي 15-247 و التشريعات المقارنة يومي 18 و 19 أكتوبر 2016.

6/ محاضرات ودروس

1- خلاف فاتح، محاضرات في قانون الصفقات العمومية،طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، موجهة إلى طلبة السنة الثالثة حقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،2015/ 2016 .

2- سليماني السعيد، محاضرات في مقياس القانون الإداري(العقود الإدارية) للسنة الثانية LMD، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2012-2013.

7/ مواقع الانترنت

1- محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، د ت ن، www.pdffactory.com، تاريخ التصفح، 2019/04/12.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1/ Ouvrages

1- Auby Jan Francois,la délégation de service public, guide pratique, Dalloz, paris,1997.

2- Amel Aouij Mrad, droit des services publics N S centre de recherche et l'étude administratives, Tunis, 1998.

3- P-delvolvé, le droit administratif, dalloz, collection connaissance du droit, 1994.

4- Claudie Boiteau les، conventions de délégation de service public، Imprimerie nationale، 1999.

5- Gilles Lebreton, Droit administratif général,dalloz, 2015.

6- ZOUAIMIA Rachid، délégation de service public (au profit des personnes prévues) ، maison d'édition Belkeisse، Alger ، 2012.

2/ Texte Juridiques

Loi N° 93-122,du 09 janvier 1993,relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique ,et des procédures publiques, modifié par la loi N°01-1168 du 11 décembre 2001,portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier, JORE ,N° 25 du 30 janvier 1993.

http// ;www.légifrance.gouv.fr.consulté le 30/03/2019.21:02

الفهرس

مقدمة.....أ-هـ

الفصل الأول

إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام.....7

المبحث الأول: مفهوم تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية.....**8**

المطلب الأول: تعريف اتفاقية تفويض المرفق العام و أطرافها 8

الفرع الأول: تعريف تفويضات المرفق العام 8

الفرع الثاني: أطراف إتفاقية تفويض المرفق العام.....13

المطلب الثاني: أشكال إتفاقية تفويض المرفق العام والمبادئ التي تحكمها 17

الفرع الأول: أشكال إتفاقية تفويض المرفق العام.....18

الفرع الثاني: مبادئ تفويضات المرفق العام 26

المبحث الثاني: إجراءات إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية.....32

المطلب الأول: الطلب على المنافسة كإجراء أصيل 33

الفرع الأول: إعداد دفتر الشروط.....35

الفرع الثاني: إجراءات الطلب على المنافسة.....33

المطلب الثاني: التراضي كإستثناء.....42

الفرع الأول: التراضي بعد الإستشارة.....42

الفرع الثاني: التراضي البسيط 43

خلاصة الفصل الأول.....45

الفصل الثاني

تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام.....47

المبحث الأول: صلاحيات السلطة المفوضة.....48

المطلب الأول: صلاحيات السلطة المفوضة في مجال تنفيذ عقود التفويض.....**48**

الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه على المرفق العام محل التفويض.....48

الفرع الثاني: سلطة التعديل الإنفرادي للعقد.....52

المطلب الثاني: صلاحيات السلطة المفوضة في مجال توقيع الجزاء وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة.....55

الفرع الأول: صلاحيات السلطة المفوضة في مجال توقيع الجزاء.....56

الفرع الثاني: صلاحية السلطة المفوضة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة.....63

المبحث الثاني: حقوق وإلتزامات المفوض له.....66
المطلب الأول: حقوق المفوض له.....66
الفرع الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي.....66
الفرع الثاني: الحق في التوازن المالي للعقد والحصول على المزايا المالية المتفق عليها.....68
المطلب الثاني: إلتزامات المفوض له.....73
الفرع الأول: الإلتزام بتسيير وإستغلال المرفق العام.....74
الفرع الثاني: الإلتزام بدفع أتاوة للجهة المفوضة وإحترام المبادئ الاساسية التي تحكم سير المرفق العام.....76
خلاصة الفصل الثاني 77
الخاتمة 79
قائمة المراجع.....84
الفهرس.....92

الملخص

يعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أول تشريع ينظم تفويض المرفق العام منذ الاستقلال، حيث تضمن الأشكال الأربعة للتفويض وهي: الامتياز، الايجار، الوكالة المحفزة و التسيير.

كما نص على تفعيله وفق مرسوم تنفيدي والذي صدر تحت رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام للجماعات الاقليمية، البلدية والولاية كسلطة مفوضة والذي جاء محددا لاجراءات ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام، بداية من ابرام العقد الى غاية تنفيده.