جامعة الدكتور الطاهر مولاي

سعيدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

تفويضات المرفق العام في التشريع المقارن

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص

القانون الإداري

من إعداد الطالب:

❖ شيخ أمحمد

تحت إشراف الأستاذ

* أ. نور الدين بودواية

لجنة المناقشة

– الأستاذ فليح كمال.....رئيساً

– الأستاذ نور الدين بودواية .....مشرفاً و مقرراً

– الدكتور بوادي مصطفى.....مناقشاً

السنة الجامعية : 2019/2018

شكر و تقدير

أشكر المولى عزَّ وجلَّ الذي يسر لي السبيل ووفقني للانجاز هذا العمل المتواضع، و أحمده على نعمه حمداً كثيراً طيباً مباركا فيه.

إن البحث عمل شاق و شيق في نفس الوقت، و ليس هناك من باحث يمكن له أن يدعي أنه أنجز عملاً دون تضافر جهود أخرى سواء بالنصيحة أو التوجيه، أو المراجع أو حتى التشجيع.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل "**نور الدين بودواية**" لسعة صدره، الذي تفضل بالإشراف على بحثي هذا و شجعني في السير قدماً لاستكمال فصول هذه المذكرة.

كما أسدي الشكر و التقدير لأساتذتي الكرام بقسم الحقوق بجامعة سعيدة.

قائمة المختصرات:

- **د.م.ج: ديوان مطبوعات الجامعية.**

- **ج.ر: الجريدة الرسمية.**

- **ج: جزء.**

- **ص: صفحة .**

- **ط: طبعة.**

- **ع: عدد.**

- **د.س.ط: دون سنة الطبع.**

المقدمة

المقدمــة:

لقد كان المرفق العام و لا يزال يعبر عن تطور المجتمع ومدى درجة رقيه أو تأخره و تحديث المرفق بطبيعة الحال هو كذلك تحديث المجتمع نفسه، كما يعد إحدى الدعائم الأساسية التي تسهم في تحديث الدولة فالعلاقة وثيقة بين المرفق العام و الدولة و المجتمع ولقد قيل:"أنَّ الدولة هي عبارة عن مجموعة من المرافق العامة، و ما قيل أيضاً:"أنَّ الدولة جسم خلاياه المرافق العامة."

إن الدولة و الأجهزة التابعة لها في الوقت الذي يقع على عاتقا الكثير من المهام الأساسية بغية تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و توزيع الخدمات العامة بقصد إشباع الحاجات الضرورية للأفراد و ازدهار المجتمع فهي في الوقت ذاته تسعى أيضاً إلى تأمين أفضل مستوى معيشي لأفرادها، هذه المهام و الإلتزامات لا تتحقق إلا عن طريق إقامة مرافقها العامة الاقتصادية و الإدارية، ولقد أصبح القطاع العام أمراً لابد منه كمحرك أساسي لتحقيق التنمية الاقتصادية و خلق فرص عمل لتواكب تزايد القوى العامة و التخفيف من التبعية للنظام الاقتصادي العالمي.

مع مرور الزمن بدأت الأصوات تتعالى و تنتقد الإتساع الكبير في حجم المرافق العامة خصوصاً الاقتصادية منها والتي أصبحت تدار بكاملها من قبل الدولة[1].

تماشياً مع التطورات و تدارك النقائص وما استنتج من سيطرة الدولة لهاته المرافق(ولهذه الأسباب) و كذا تزايد النمو السكاني الذي أدى هو الأخير إلى زيادة في متطلبات تقديم الخدمات العامة للمواطنين، ومما شكل عيباً إضافياً، الأمر الذي قلص من قدرة الدولة على تسير هاته المرافق العامة لاسيما مواكبة التكنولوجيا المتطورة لهذه الأسباب و غيرها بدأت بعض الدول بتحرير اقتصادها بالتخلي عن دورها في إدارة بعض المرافق العامة الاقتصادية و التخلي عنها إلى قطاع الخاص.[2]

[1]- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، ص 126.

[2]- ضريفي نادية، مرجع نفسه، ص 27.

حيث تجلت هذه البدائل من خلال الشراكة بين القطاعين العام و الخاص كما أن تعهد الدولة للقطاع بإقامة أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة، و إدارة و استثمار تلك المرافق التي تحتفظ الدولة بملكيتها و تتحكم بتنظيمها و تبقى المرافق العامة تخضع لرقابة و إشراف الدولة، لأجل ذلك فإن الدولة سوف تحتاج إلى جملة من الآليات و الأساليب الإدارية و القانونية لتلك المهام.

إن بعض الدول قد استهدفت من وراء الاستعانة بالقطاع الخاص معالجة أوجه الخلل و القصور في بعض جهات القطاع العام و ذلك بغية رفع الكفاءة الإنتاجية و الإدارية لمرافقها العامة عن طريق الإدارة الخاصة للمرافق العامة الاقتصادية التي تؤدي إلى زيادة درجة المنافسة بين الوحدات الإنتاجية، الأمر الذي يؤدي إلى التخلص من العناصر البشرية العاملة في المرافق العامة الذين لا يتمتعون بالكفاءة المطلوبة و ظهور كوادر إدارية أكثر كفاءة.

المرفق العام هو آلية تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير المرفق العام حسب العقود المتداولة من قبل (الامتياز، الإنجاز، التسيير..إلخ).

لقد شكلت الأزمات الإقتصادية و الحاجات الإجتماعية سببا لتدخل الدولة في المجالات الإقتصادية و احتكارها لمهمة النهوض بالمرافق العامة، إلا أن هذه الأزمات نفسها أدت إلى تخلي الدولة عن سياستها الإحتكارية، و توجهها نحو الشراكة مع القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، و ذلك عن طريق تقنية تفويض المرفق العام . .إن فكرة تفويض المرفق العام، ليست بالحديثة في التشريع الجزائري، إنما تعود في الأصل إلى عقد امتياز المرافق العامة و الذي استعمل منذ الإستقلال، و الذي لا يزال النموذج الأكثر تعبيرا عن تقنية تفويض المرافق العامة في الجزائر. و بالرغم من أن عقد الإمتياز يعد إحدى الصور الأساسية لتفويض المرفق العام . في الجزائر، إلا أنه لم يتم التوصل إلى اعتماد سياسة شاملة و منظمة لهذه العقود في إطار قانوني متكامل إلا من وقت قريب .فإزاء االإنتقادات التي رافقت تجربة التنظيم القطاعي في تنفيذ المرافق العامة من خلال عقود االإمتياز، و كذا التجربة التي اكتسبتها الجزائر في مجال منح عقود الإمتياز، أدت إلى التفكير في وضع إطار قانوني لتفويض المرفق العام . في الجزائر على غرار الدول الأخرى كفرنسا و تونس و المغرب.

في هذا الصدد، تدخل المشرع الجزائري و قام بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015[1] و الذي تضمن تنظيم عقود تفويض المرفق العام أول مرة منذ الإستقلال، و أتبعه أكثر تفصيلا في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام[2].

إن مسألة التطرق لبعض مفاهيم نظام الشراكة بين القطاعين العام و الخاص و ما ينطوي تحتها من .تقنية تفويض إدارة المرافق العامة سواءا في فرنسا و الجزائر في ظل التطورات التشريعية و القضائية الحديثة، إذ تعد فرنسا مهد هذه التقنية و مصدرها لاسيما من خلال قانون سابان الفرنسي الشهير رقم122 لعام 1993 الذي وضع قواعد تنظيم و أسس العمل وفقا لتقنية تفويض المرافق.[3]

يثير موضوع الدراسة إشكالية رئيسية تتمثل في البحث في مدى نجاعة لجوء الدولة إلى نظام تفويضات المرفق العام في تسيير المرافق و هل إتجه في الهدف الرئيسي له ألا و هو التخفيف من العبئ المالي على الميزانيات سواءا العامة أو المحلية.؟

و تندرج تحت هذه الإشكالية الأسئلة الفرعية التالية :

1. ما معنى تقنية تقويضات المرفق العام؟
2. ما هي أساليب تفويضات المرفق العام؟
3. ماهي كيفيات إبرام و تنفيذ تقنية تفويضات المرفق العام ؟
4. فيما تتمثل غاية تفويضات المرفق العام؟

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمر سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 50.

[2]-- المرسوم التنفيدي رقم 18-199 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 02 أوت سنة 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 48.

[3]- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر و التوزيع، سنة 2010 ،ص 222

بغية الإلمام بالمسائل المتصلة بالموضوع، سيتم الاعتماد على المنهج المقارن بالوقوف حول مضمون القواعد و الأحكام التي أفردها المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة ولما كانت هذه الأحكام وتلك القواعد محل الدراسة والتحليل و قد تم وضعها وسنها ضمن التشريعات المقارنة، فإن نطاق الدراسة بالنسبة لهذا الموضوع لا يقتصر على التشريع والتنظيم الجزائريين، بل يتعداه إلى التشريعات المقارنة التي عنى فيها المشرع لقواعد و أسس تقنية تفويضات المرفق العام لاسيما أساليب هاته التقنية على غرار التشريع الفرنسي وغيره من التشريعات المقارنة .وبصدد معالجة هذا الموضوع، اعترضت ذلك مجموعة من الصعوبات المتعلقة أساسا في نقص المراجع المتخصصة الجزائرية الحديثة المتصلة به، و كذا المراجع الأجنبية، ومن أجل الإلمام بالموضوع والإجابة عن الإشكالية الرئيسية وما يرتبط بها من إشكاليات فرعية، سيتم تقسيمه إلى فصلين، فالفصل الأول خصص للتعريف بتفويضات المرفق العام و ذلك بتوضيح الإطار المفاهيمي لتقنية تفويض المرفق العام(المبحث الأول) و الطبيعة القانونية و كذا صور هاته التقنية (المبحث الثاني)، أما في الفصل الثاني فسنتطرق إلى كيفية إبرام عقود تفويض المرفق العام من خلال مبحثين متمثلين في مباديء و مضمون تفويضات المرفق العام (المبحث الأول)، و إلى تنفيذ لتقنية تفويضات المرفق العام(المبحث الثاني).

الفصل الأول

الفصل الأول: ماهية تفويض المرفق العام

إن للمرافق العامة أنواع ، لهذا كان من الطبيعي أن تتباين طرق إدارتها بما هو أنسب و أصلح للمرفق كما أن المرافق تختلف من حيث إرتباطها بالجانب السيادي للدولة فطبيعة مرافق الأمن و كذلك الدفاع و القضاء و الضرائب تفرض أن تسير من قبل الدولة مباشرة، فلا تتصور أن تعهد به إلى أشخاص القانون الخاص لإدارته لما في ذلك من خطورة كبيرة قد تهز و تمس بكيان الدولة و هذا خلافا لمرافق أخرى فلا مضرة من أن تعهد الدولة لإدارتها لأفراد أو شركات مثل شركات إستغلال آبار البترول، إستغلال الكهرباء و الغاز، أو إستغلال الموانيء و غيرها، شريطة أن يتم ذلك بالكيفية و الحدود التي يبنها القانون، لذلك على الدولة أن تتخلى في هذا الإطار المحدد عن تسيير بعض المرافق العمومية خاصة التي تكتسي طابعا تجاريا و صناعيا و التي يمكن أن تكون محلا للمنافسة لتجنب كل ما يحمله التسيير العمومي من نقائص و يكون التخلي عن تسيير هذه المرافق في إطار قانوني بما يعرف بتفويضات المرفق العام إذ يعتبر من الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العمومية، و تبعا لما تقدم نتناول في هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم تفويضات المرفق العام

و المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لتفويضات المرفق العام و صوره.

المبحث الأول: مفهوم تفويض المرفق العام

يقصد بتفويض المرفق العام بأن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إدارة و إستثمار مرفق عام إلى أحد أشخاص القانون الخاص إما شخص طبيعي أو اعتباري و التفويض كتقنية لا تعتبر بحديثة لأنها تعود بجذورها إلى عقد التزام المرافق العام الذي يعد الأسلوب الأكثر شيوعاً لمفهوم التفويض [1].

من أهم أسباب ظهور أسلوب تفويض المرفق العام هو تحسين أداء المرافق العمومية وهذا في ظل تزايد الوعي المدني و عجز الدولة على حسن التسيير و الوفاء بكل المطالب العمومية، هذا الوضع الذي أدى إلى خلق نوع جديد من تفويضات المرفق العام يتلاءم مع تطور التسيير الاقتصادي الحديث للمرافق العمومية و كذلك الأوضاع الاقتصادية للدولة وهو ما أصبح يطلق عليه بتفويضات المرفق العام، أي تنازل الدولة عن تسيير المرافق العامة للأشخاص القانون الخاص كما أشرنا إليه سابقاً حيث فرض تبني الدولة لهذا النوع من التسيير وجوب السهر على احترام كل الجوانب الأساسية التي تحكم إدارة المرفق العام[2].

لكن قد يكون من المفيد الإشارة إلى أن فرنسا هي أول من أوجد و طبق أسلوب تفويض المرفق العام ثم جاءت بعدها التجارب البريطانية و الأمريكية لتؤكد أهمية الشراكة العامة و الخاصة التي اعتبرت الوسيلة الأفضل للحد من الأعباء المالية و لتجنب مخاطر الديون و الإفلاس.

[1]– وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و إستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2009،، ص7

[2]–أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد إعراب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ج.ط، الجزائر، 1996، ص435

كما ذكرنا فإن تعبير تفويض المرفق العام قد ظهر بداية في فرنسا على يد الأستاذ(Auby) من خلال إعداده لدراسة تتعلق بالمرافق العامة في عام 1980.[1]

تتطلب دراسة تفويضات المرفق العام كوسيلة قانونية في إطار المرفق العام التطرق إلى تعريفات تفويضات المرفق العام في التشريعات المختلفة لاسيما الفرنسي كونه أول بلد تطرق لهاته التقنية و الجزائري كونه البلد السائر تقريبا على منهج التشريعات الفرنسية.

المطلب الأول: تعريف المرفق العام وفق التشريع و الفقه الفرنسي

فقد عرف المشرع الفرنسي التفويض من خلال ما أتى على ذكرها قانون(سابان) وذلك في المادة الثالثة من القانون رقم 1168 الصادر بتاريخ 2001/12/11 و المتعلق بالإجراءات المستعجلة للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي و المالي حيث عرف تفويض المرفق العام بأنه عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير(المفوض إليه) سواء كان عاماً أو خاصاً لتحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، و المفوض إليه قد يكون مكلفاً ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق:[2]

وبذلك سوف نتناول تعريف المرفق العام وفق التشريع و الفقه الفرنسي.

الفرع الأول: تعريف المرفق العام وفق الفقه الفرنسي

قد أجمع الفقه على أن أسلوب تفويض المرفق العام قد ظهر بداية في الواقع العملي للإدارة إلاَّ أنَّ مصطلح التفويض ظهر لأول مرة سنة 1982 على يد الأستاذ JF Auby، ضمن دراسة تتعلق بالمرافق العامة المحلية، بعدها لقي هذا المصطلح اهتمام الكثير من الدراسات الفقهية في فرنسا خاصة بعد تكريسه من قبل المشرع الفرنسي حيث عرفه الأستاذ Braconnier بأنه" عقد يفوض بموجبه شخص

[1] – مروان محي الدين القطب، ،طرق خصخصة المرافق العامة، (الإمتياز الشركات المختلطة، تفويض المرفق العام)،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2008،ط1، ص436 .

[2]- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص64.

معنوي خاضع لقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة تسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون يسمى المفوض إليه".[1]

كما عرفه DROBENKO "تفويض المرفق العام بأنه العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق العام بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق له مرتبطاً بنتائج استغلال المرفق"

نلاحظ من خلال التعريف إبراز أهمية دفع الإتاوات كعنصر أساسي لتفويض المرفق العام وهذا ما أكدته الأستاذة BOITEAU حيث عرفت عقد التفويض كما يلي" عقد من خلاله تسيير و استغلال مرفق عام لمقابل مالي يتحصل عليه المفوض و بدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة و يتعلق مباشرة باستغلال لمرفق"[2].

إذ يلاحظ أن الفقه الفرنسي أجمع على أن تفويض المرفق العام يعد طريقة من طرق التسيير التي بواسطتها تعهد جماعة عمومية إدارة أحد المرافق العمومية إلى أحد أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون لخاص.

الفرع الثاني: تعريف المرفق العام وفق التشريع الفرنسي

تدخل المشرع الفرنسي في مجال تفويض المرفق العام من خلال القوانين الصادرة بشأنه كرست و بشكل واضح أسلوب التفويض في مجال تسيير المرافق العامة وبعد القانون 93-122 المتعلق بالرقابة من الفساد و تكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية و الإجراءات العامة المعروف بقانون "Sapin" من أهم هذه القوانين كما ذكرنا سالفاً حيث عرفته المادة 38 منه المعدلة بموجب المادة 03 من القانون 1168 الصادر بتاريخ 2001/12/11[3].

[1]- فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، 2017-2018، ص 13-14.

[2]- فوناس سهيلة، المرجع السابق، ص 13.

[3]- مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص62.

إذ كان القانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية و الجمهورية الجماعات الذي أطلق عليه تسمية "Loi joix" لا يتعلق سوى بالعقود التي تبرمها الجماعات المحلية، فإن قانون "Sapin" قطع شوطاً كبيراً في تطور فكرة تفويض المرفق العام حيث وسع في نطاق هذه الآلية لتشمل كل العقود التي يبرمها كل شخص عام بما في ذلك الدولة و المؤسسات العمومية،[1] كما ساهم هذا القانون في وضع النظام العام لاتفاقية تفويض المرفق العام و إجراءات إبرامها فأصبح بذلك قانون Sapin مع التعديلات التي خضع لها لاحقاً يشك الإطار القانوني لتقنية تفويض المرفق العام.

دعم المشرع الفرنسي أسلوب تفويض المرفق العام بمجموعة من القوانين منها القانون الصادر في 02 فيفري 1998 المتعلق بتقوية حماية البيئة و القانون الصادر في 04 فيفري1995 الخاص بتوجيه و إعداد و تنمية التراب ثم القانون الصادر في 08 فيفري 1995 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.[2]

تبعاً لما تقدم نجد أنَّ المشرع الفرنسي و لاسيما أنه أكد على الأسس الواجب توافرها في آلية تفويض المرفق العام و التي أتى على ذكرها أيضاً الفقه الفرنسي و أضاف إليه بشكل أكثر وضوح ضرورة ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه نتائج استغلال المرفق العام[3].

بالرغم من الانتقادات الموجهة لمصطلح تفويض المرفق العام إلا أنه خطي بتكريس المشرع الفرنسي له و أصبح هو المصطلح السائد في كل التشريعات المقارنة.

المطلب الثاني: تعريف تفويض المرفق العام وفق التشريع و الفقه الجزائري

إن فكرة تفويض المرفق العام ليست حديثة العهد و إنما تعود إلى بداية الفرن الماضي عندما انتهجت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري كما ذكرنا سابقاً بل أن جذورها تعود إلى عقد الامتياز المرفق العام الذي يشكل إلى جانب

[1]- ظريفي ناذية، المرجع السابق، ص127،

[2]- فوناس سوهيلة، المرجع السابق، ص13.

[3]- ضريفي نادية، المرجع السابق، ص.138.

المؤسسة العمومية أهم الأساليب التقليدية التي اعتمدتها الدولة الجزائرية في إدارة و استغلال المرافق العامة المحلية.[1]

أمام عدم قدرة الجماعات العمومية على تسيير كل المرافق و كثرة العبء المالي عليها و زيادة الأزمات الوطنية، لجأت الدولة إلى محاولة التقليص من تخلها الغالب في تسيير المرافق العامة خاصة في المجال الصناعي و التجاري و هو ما ألزمها التفكير في أطر أخرى وسيطة بين خوصصة المرافق العامة و التخلي عنها للقطاع الخاص و التسيير المباشر من طرف القطاع العام من خلال إشرافها على المرافق العامة مع التخلي عن تسييرها لشخص آخر و لا يمكن أن يتم ذلك إلاَّ من خلال تفويض المرفق العام لآخر أشخاص القانون العام أو الخاص أي تفويض التسيير دون التنازل الكلي عن المرفق العام.

حيث أن الجزائر لم تعتمد هذه الأساليب صراحة في تسيير المرافق العمومية حيث اعتبر عقد الامتياز كطريقة استثنائية للتسيير و كان ذلك إلا من خلال إشارة قانون البلدية لسنة 1967 و قانون الولاية لسنة 1969 إشارة محتشمة لأسلوب التسيير عن طريق منح الامتياز، من خلال نص المادة 222 "إلى أنه يجوز لها أيضا إنشاء مؤسسة عمومية ذات شخصية معنوية، فإن تعذر ذلك حاز لها منح النشاط في شكل عقد امتياز" [2]

بعد ذلك عرف هذا الأسلوب من التسيير نوع من التراجع بسبب ظهور المؤسسات الاشتراكية التي تولت التسيير، لكن هذا لم يستمر طويلاً حيث صدر سنة 1983 القانون رقم83-17 المتضمن قانون المياه".

مع بداية التسعينيات و التحولات التي شهدتها الجزائر خاصة بعد التعديل الدستوري في 1989 بالإضافة إلى فتح المجال السياسي للمنافسة ضمن المجالس المنتخبة، فتح المجال الاقتصادي للمنافسة ضمن قواعد اقتصاد السوق و السماح للقطاع الخاص بالمساهمة إلى جانب الدولة في التنمية عن طريق

[1]- عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر و التوزيع، ط3، الجزائر، 2015، ص414.

[2]- أنظر المادة 222 من الأمر 67-24 المؤرخ في 18 يناير1967، المتضمن القانون البلدي،ج ر، ع 08 .

عدة آليات منها الخوصصة لمختلف طرقها فقد كان تأثير ذلك واضح على البلدية و الولاية باعتبارها إحدى مؤسسات الدولة التي تقوم بمختلف المهام الاختصاصية.[1]

الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام وفق الفقه الجزائري

إن الدراسة الفقهية لأسلوب تفويض المرفق العام في الجزائر قليلة و يعود السبب في ذلك إلى حداثة هذه الآلية في المنظومة التشريعية الجزائرية إلاَّ أن ذلك لم يمنع بعض أساتذة القانون في محاولة تحديد مدلول التفويض منهم الأستاذ زوايميه رشيد الذي يرى بأن الأسلوب التفويض هو عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يتولوا هذه المهمة التي كانت حكراً على الهيئات العمومية.[2]

كما بين هذا الأسلوب أي التفويض بأنه يعد بمثابة عمل قانوني يسمح أو يخول للهيئات العمومية بنقل مهمة التسيير المرفق العام إلى أشخاص القانون الخاص. أما الأستاذة ضريفي نادية حاولت هي الأخرى أعضاء تعريف جامع و مانع لأسلوب التفويض معتمدة على ما وصل إليه الفقه في فرنسا قائلة:" تفويض المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يخول شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية،المؤسسات العمومية الإدارية" تسير و استغلال مرفق عام بكل مسؤولية و ما يتحمله من أرباح و خسائر بمختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال من آتاوات المرتفقين مقابل أداء الخدمة أو عن طريق الإدارة لكن يجب أن يكون المقابل مرتبطاً باستغلال المرفق و ناتجاً عن تشغيله ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة.

كما عرفته الأستادة . Amel Aouih Mrad تفويض المرفق العام بأنه العملية التي تسمح بتخلي اشخاص القانون العام عن الصلاحيات و المهام الضرورية لتسيير مرفق عام و إستغلاله لاشخاص من القانون الخاص[3]

[1]- أنظر المادة 4 من الامر 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995، المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية ج ر ع.48.

[2]-- فوناس سوهيلة، المرجع السابق، ص14.

[3]- ظريفي ناذية، المرجع السابق، ص129.

قد يشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية و التجارية أو يتم اختيار المفوض له وفق إجراءات واضحة تضمن كل الشفافية و المنافسة لاختيار الأفضل "أفضل عرض" بهدف تضمن خدمة عمومية أجود و أحسن تجاه المرتفقين وفق عقد يحدد حقوق المفوض له و التزاماته بكل قيود المرفق من مساواة و استمرارية و ضرورة التكليف مع المحيط الداخلي و الخارجي.

ما يكمن قوله هو أن الأستاذ زوايمية عرف أسلوب التفويض انطلاقاً من التجربة و التحولات التي شهدتها الجزائر حسب ما تمخض عن ما جاء نتيجة العيوب المسجلة في ظل التسيير العمومي للمرافق العامة و أمام فشل هذا الأسلوب و الحاجات المتزايدة للمواطن كان لابد من اعتماد التفويض كأسلوب جديد للتسيير ليضع حد للاحتكار القطاع العام لمهمة تسيير المرفق العام من جهة و تفتح المجال للقطاع الخاص من جهة أخرى.[1]

إذ أنَّ الأستاذة ظريفي نادية اعتمدت في تعريفها على المعايير و الأسس التي كرسها القانون الفرنسي من خلال "Sapin" لتحديد عقود المرفق العام.

الفرع الثاني: تعريف تفويض المرفق العام وفق التشريع الجزائري

لم تضع الدولة الجزائرية نظام قانوني خاص لأسلوب تفويض المرفق العام إلا سنة 2015 بموجب المرسوم الرئاسي رقم15-217 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لكن أشار إليها خاصة عقد الامتياز في نصوص قانونية متناثرة، في حين استعمل مصطلح التفويض في مجال تسيير المرفق العام لأول مرة في قانون المياه سنة 2005 حيث نص في المادة 101 الفقرة الثانية على مايلي:"..يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام على أساس دفتر الشروط و نظام خدمة ويصادق عليها عن طريق التنظيم كما يمكن تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص التفويض معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب اتفاقية."[2]

[1]- ظريف نادية، مرجع سابق، ص141.

[2]- سعيد السيد علي، اسس و قواعد القانون الإداري، دار الكتاب الحديث، 2009، ص212

نستنتج أن المشرع الجزائري في قانون المياه اعتبر أسلوب التفويض مستقل بحد ذاته لا يشمل الامتياز و إنما يختلف عنه.

إضافة للمادة 104 من نفس القانون على أنه:"يمكن للإدارة المكلفة بالموارد المائية التي نتصرف باسم الدولة أو صاحب الامتياز تفويض كل جزء من تسيير الخدمة العمومية للمياه..."[1]

كما كرس المشرع الجزائري بموجب المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر التي تنص على مايلي :"يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم نكفل بأجراء المفوض له أساساً من استغلال المرفق العام.

تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية". ما يمكن استغلاله من مضمون هاته المواد هو أن المشرع الجزائري كرس بالفعل التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام بغية منه خوض تجربة الشراكة مع القطاع الخاص من جهة و النهوض بالمرفق العام من خلال تحسين و تطوير الخدمة العمومية من جهة أخرى.

نظراً للعيوب و النقائص التي شابت هذا المرسوم، عزز المشرع الجزائري المنظومة التشريعية فيما يخص تفويضات المرفق العام بمرسوم تنفيذي صدر مؤخرا تحت رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام. حيث نص من خلال المادة رقم 02" يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة، إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه، بهدف الصالح العام" حيث قصد بالمفوض له الشخص المعنوي سواءا عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري ، و قصد بالسلطة المفوضة .لجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها و المسؤولة عن المرفق العام.

[1]- صالح فؤاد ، مبادئ القانون الجزائري، دار الكتاب اللبناني، ط 1، لبنان، 1983، ص34

على ضوء هذا المرسوم و من خلال مداخلة للأستادة سهيلة بوخميس، و الأستاد حسون مُحَّد علي تحت عنوان إتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية، دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي المشار إليه سلفا بجامعة 08 ماي 1945 بباتنة، عرف تفويض المرفق العام على أنه عبارة عن عقد إداري يقوم بمقتضاه شخص معنوي خاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام بتفويض تسييره إلى المفوض له ما لم ينص القانون المعمول به على خلاف ذلك، وفي المقابل يحصل المفوض له على أجر مصدره إستغلال المرفق العام ، وذلك بموجب اتفاقية، يخضع تطبيقها إلى مجموعة من المبادئ.[1]

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام وصور

إن تقنية تفويض المرفق العام من الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة، ومن أساليب هذه الأعمال، إصدار قرار إداري أي العمل من جانب واحد و يطلق عليه، الترخيص، الإذن الموافقة...إلخ، وتكون في هذه الحالة بصدد تفويض إدارة مرفق لا بتضمن أي عنصر تعاقدي و يدعى بالأسلوب القانوني أو اللائحي غير أن هذا الوضع لا يشكل قاعدة في إسناد و إدارة المرفق للقطاع الخاص بل انشاء من الأسلوب التعاقدي الذي يتفق و ينسجم أكثر مع تفويض إدارة المرفق العام إلى القطاع الخاص،وهناك حالات كثيرة في القانون الفرنسي تعالج هذه الأنواع من العقود بوساطة أسلوب الترخيص، و مثال ذلك: أن يعهد تقنيين المباني و الإسكان مهمة مرفق عام إلى الشركات الخاصة، تقديم الخدمات الخاصة بدفن الموتى وهي من المرافق العامة سواء بواسطة المقاطعات أم من تفوضهم أم بواسطة أي مشروع أم جمعية...إلخ.[2]

والسؤال الذي يطرح ذاته عند ما نكون بصدد عقد إداري ما الذي يغلب على أسلوب تفويض المرفق العام، هل هو الطابع التعاقدي الكامل أم أن لطابع التنظيمي هو الغالب، بحيث يصبح أسلوب تفويض المرفق العام عبارة عن عقد ذي أثر تنظيمية.

[1] – سهيلة بوخميس و أخرون، اتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي 19-188، جامعة 1 ماي 1945 ص 7.

[2] –مُحَّد مُحَّد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص22—23.

لتوضيح ذلك لابد من الوقوف عند النظريات الفقهية المختلفة في محاولة لشرح الطبعة القانونية للتفويض و محاولة تفريق أسلوب التفويض عن غيره في مطلبين المطلب الأول خصصناه للتكييف القانوني لتفويض المرفق العام و المطلب الثاني تطرق فيه لصور تفويضات المرفق العام.

المطلب الأول: التكييف القانوني لتفويض المرفق العام

طرح الفقه نظريات عدة حاول من خلالها تكييف أسلوب تفويض المرفق العام من الوجهة القانونية سنناولها فيما يلي:

الفرع الأول: نظرية القرار الإداري

وضَّحت هذه النظرية الطبيعة القانونية لأسلوب تفويض المرفق العام و اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية عد لالتزام المرافق العامة فالبعض التزم المرافق العامة تصرفاً لإرادة منفردة يصدر عن السلطة الإدارية المانحة للالتزام بما تتمتع به من امتيازات منحها إياها القانون العام و يخضع الملتزم لهذا التصرف بملء إرادته و ذلك من خلال قبوله بشروط الالتزام[1] كما عد أنصار هذه النظرية أن الالتزام وهو إحدى صور أسلوب تفويض المرفق العام، و إنما يكيف بوصفه قراراً إدارياً مرفوقاً على قبول المخاطب له، و ينحصر دور الملتزم بمجرد قبول الالتزامات الموجودة في وثيقة الالتزامات، إلا أن هذه النظرية اشتملت على عيب تمثل في إغفال إرادة الملتزم، خاصة أن هذه الإرادة دوراً هاماً في تكوين عقد الالتزام وهذا ما جعل هذه النظرية مفتقرة للتأييد في فرنسا.[2]

كذلك الحال فقد تبنى المشرع الجزائري أسلوب التفويض على أساس الترخيص الإداري من خلال ما أخذت به بعض القوانين بشأن التراخيص المؤقتة في إدارة بعض المرافق إذ تعذر منح الالتزام أو لمواجهة ظروف طارئة فقرار الترخيص عد ضمن هذا السياق استثناء في حالة تعذر منح الالتزام عن

[1] --أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، د ارسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.ص207.

[2] -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة غلى العمل، الوكالة و المقاولة و الحراسة و الوديعة، الجزء 7،المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص293.

طريق التعاقد، فالترخيص الإداري في هذا المجال يعني أن عملية استغلال المرفق العام يعهد بها إلى القطاع الخاص بقرار إداري.[1]

الفرع الثاني: النظرية التعاقدية

على الرغم من احتواء عقد الالتزام المرفق العام على بنود غير مألوفة في القانون الخاص فقد كانت النظريات الفقهية، وحتى بداية القرن العشرين تعد عقد الالتزام بوضوحه صورة من صور تفويض المرفق العام أنه يحمل الطابع التعاقدي الحصري.

حيث عدت الإدارة مانحه الالتزام المشترط، وصاحب الالتزام يمثل الفريق الذي يلزم بتنفيذ الشرط لمصلحة الغير(المنتفعين من لمرفق العام) و تتبنى هذه النظرية العلامة (LeLafferri) حيث عد تفويض المرفق العام هو عمل من أعمال السلطة يحمل الطابع التعاقدي، كذلك الأمر فقد رأى العلامة(Houriou) أن العملية بكاملها تعاقدية وهي تتألف من عقدين مثلاً صفتين وهما: عمل الالتزام الذي هو عقد من الغدارة و المتعاقد معها، و الاتفاقية المالية الموقعة بين أطراف عمل الالتزام المرفقي[2].

إلا أن تلك النظرية لاقت الكثير من الانتقادات على اعتبار أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تقتضي تحديد الشخص المستفيد من الاشتراط القانون في حين أن العقد الذي تفوض بموجبة الإدارة شخصاً من أشخاص القانون الخاص بإدارة و استثمار مرفق عام، لا يتضمن تمديد المستفيد أو المستنفع من هذا العقد بصفة شخصية، كما أن هذه النظرية عاجزة عن تفسير حق المنتفعين في مراجعة القضاء الإداري و طلب إبطال قرارات الإدارة ذات الصلة ، لعلة تجاوز حدود السلطة بالتدبير المتخذة خلافاً للعقد و أحكام دفتر الشروط.[3]

[1] – مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بعين الشمس، القاهرة، 2001، ط1، 2005، ص205.

[2] – صالح فؤاد، مبادي القانون الجزائري، مرجع سابق،ص34.

[3] – محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 334.

فضلاً عن ذلك فإن اعتماد الطابع التعاقدي لتفويض بمرفق العام من شأنه أن يجعل العقد خاضعاً لإرادة الفريقين، و إطلاق هذا المبدأ يتنافى مع سلطة الإدارة في استخدام إمتيازاتها لفرض شروط غير تقليدية أو مألوفه في حقل القانون الخاص.

الفرع الثالث: نظرية العمل المختلط

مفاد هذه النظرية أن عقد التزام المرفق العام هو عمل قانوني مختلط يضم من ثناياه بنوداً تنظيمية و أخرى تعاقدية، فعقد الالتزام تختلف طبيعته القانونية باختلاف الجهة التي تنسحب أثاره عليهما، فهو يأخذ الطابع التنظيمي في العلاقة بين الإدارة مانحة الالتزام و المتعاقد صاحب الالتزام.[1]

تبعاً لهذا الاتجاه، فإن البنود التنظيمية تعد بمثابة قواعد عامة مجردة تتشابه مادياً مع القانون، و تطبق ليس فقط على أطراف العقد بل تطال الغير أيضاً، فكل من يستنفع من المرفق العام، أوله علاقة به تطبق عليه البنود التنظيمية فهي تعد ضمانة للمنتفعين، أما البنود التعاقدية، فهي التي تعني بتحديد مدة العقد، فضلاً عن الحقوق و الالتزامات المتبادلة بما يؤمن الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

الفرع الرابع: نظرية العمل المزدوج

ظهرت هذه النظرية كبديل عن النظرية التعاقدية التي لم تصمد أمام الانتقادات التي وجهت إليها، فقد أعلن الاجتهاد القضائي في فرنسا في قضية(Croix de Seguey-Tivoli) أن عقد امتياز المرفق العام له طابعاً نتنظيمي و تعاقدي، وقد كرس هذا المفهوم أيضاً مفوض الحكومة(Le Toumeur) في مطالعته بقضية (Société ou Journal) كذلك فقد أيد(Dufou) هذه النظرية، إذ رأى أن المرفق العام بالنسبة للمنتفعين من خدماته، ليس إلا مؤسسة قانونية تنظيمية، سواء تمت إدارته عن طريق الامتياز أو لا.[2]

[1]- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص131.

[2]- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص130.

إلا أن هذه النظرية لم تسلم من توجيه الانتقادات إليها أيضاً إذ كيف يمكن لعمل قانوني واحد أن يعمل طبيعتين، تعاقدية و تنظيمية في آن واحد، خاصة مع وجود تعارض قانوني كبير بين المفاهيم التنظيمية و التعاقدية، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى عدم قبول اجتماع تلك الطبيعتين في عمل قانوني واحد[1].

المطلب الثاني: صور تفويض المرفق العام

بعد استعراض النظريات التي تناولت تحديد الطبيعة القانونية لأسلوب تفويض المرفق العام و جملة الآراء الفقهية ولكن بغية فهم و تحديد الطبيعة لذلك الأسلوب بصورة واضحة كان لابد من عرض لصور أسلوب تفويض بمرفق العام و مقارنتها مع مثيلاتها.

قبل ذلك لابد من الإشارة و التذكير لأسس أسلوب تفويض المرفق العام وهي: وجود مرفق عام، علاقة بين السلطة مانحة التفويض وصاحب التفويض، استغلال المرفق العام موضوع التفويض،ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بنتائج استغلال هذا المرفق.

إزاء هذه الأسس هل يعد عقد الالتزام وما سنراوده من أشكال أخرى من عقود تفويض العام.

الفرع الأول :عقد إلتزام المرفق العام

يعد عقد التزام المرفق العام أحد أنواع العقود الإدارية و طريقة من طرق إدارة المرفق العام في آن واحد، لأن موضوع هذا العقد هو إسناد إدارة أحد المرافق العامة إلى المتعاقد مع الإدارة الذي هو عادة شركة خاصة ذات قدرات و إمكانيات متميزة[2]، وكما سبق أن ذكرنا عقد الالتزام المرفق العام قد ظهر حديثاً باسم جديد هو عقد ال"Bot" عندما يتضمن المشرع أشغالاً عامة بناء و تجهيز للمنشآت محل المرفق و يطلق عليه في هذه الحالة أيضاً عقد التزام أشغال عامة و هناك فروق بين عقدي التزام الأشغال العامة و الأشغال العامة.

[1]- وليد حيدر جابر، مرجع نفسه، ص131.

[2]-محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص334

في هذا السياق نجد من الضرورة توضيح المفاهيم التزام المرفق العام ففي مجال الفقه فقد عرف عقد التزام المرفق العام بأنه:"العقد الذي تبرمه جهة الإدارة مع إحدى الشركات أو الأفراد لإدارة مرفق عام و استغلاله بشروط معينة تذكر في عقد الالتزام وهي طريق من طرق إدارة المرفق العام، وجهة الإدارة تعتبر في حكم رب العمل، ويعتبر الملتزم في حكم المقاول و لكن هذه المقاولة تخضع للقانون الإداري.

أما العقد بين ملتزم المرفق العام و المنتفع فإنه عقد يبرم بين ملتزم المرفق العام كشركة سكك حديثة وبين أحد المستهلكين بهذا المرفق كمسافر بقطار السكة الحديدية وبين المستهلكين بهذا المرفق كمسافر بقطار السكة الحديدية فيكون هذا المستهلك عميلاً للشركة و العقد هنا أيضاً عقد مقاولة و لكنه على خلاف عقد التزام المرفق العام من مقاولات القانون المدني و لا من مقاولات القانون الإداري.

يرى البعض بأنه نصرف قانوني تعهد الإدارة بمقتضاه بتنفيذ مرفق عام بشكل اتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص تختاره بحريتها و تسمى الإدارة في هذه الحالة بالسلطة المانحة، أما المتعاقد فيسمى الملتزم و تتجلى الالتزامات الملتزم في أن يؤمّن على نفقته ومسؤوليته سير المرفق وفقاً لدفاتر الشروط، و أن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق،مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية رسوم من المنتفعين بالمرفق محل الالتزام خلال بمدة المحددة في العقد، و التي يلتزم المتعهد بعد انقضائها بنقل المرفق مع انشاءاته إلى الإدارة بحالة جيدة.[1]

يرى فريق أخر ايضا بأنه " عقد تتعهد بمقتضاه شركة المشروع و خلال مدة معينة بإدارة المشروع المعاد مقابل تتعهد بمقتضاه شركة المشروع و خلال مدة معينة بإدارة المشروع المعاد مقابل المرسوم تحصل عليها من المنتفعين بخدمات المرفق العام و عليه فإن شركة المشروع التي تدير المشرع تتحمل مخاطر الصيانة و التشغيل و غيرها من المخاطر المالية، ويكون المشروع تحت مسؤوليتها، وتخضع علاقتها

[1] – محمد الحسين، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، 2003، ص83.

مع العاملين لأحكام قانون العمل، و أن المركز القانوني للمنتفعين و كل ما يتصل بعلاقتهم مع الهيئة القائمة على إدارة المرفق يحدده القانون الخاص[1].

في مجال التشريع و القانون فقد عرفه القانون المدني المصري في المادة 668 منه عقد الالتزام المرفق العام بأنه: عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية و يكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن.

الواضح بأن عقد الالتزام لابد توافر عناصر معينة ليكون كذلك وهي كما يلي:

عقد يتصل بمرفق عام اقتصادي و يجب أن يكون المرفق ذو صفة اقتصادية فيكون من المرافق الاقتصادية الصناعية أو التجارية لا من المرافق الإدارية البحتة أو أكثر ما يمنح الالتزام في مرافق الكهرباء و الماء و الغاز أما المرافق الإدارية البحتة كدفاع و الأمن و العدالة و الصحة و التعليم وهذه لإنذار بطريق الالتزام و إنما تدار إدارة مباشرة و إذا أفسح المجال للنشاط الفردي الحر في بعض هذه المرافق، كما في التعليم للمدارس الحرة و كما في الصحة للمستشفيات الخاصة، فليس هذا معناه أن المرفق للتعليم و الصحة يدار بطريق الالتزام، فإن الدولة هي التي نديره في الأصل، وتدع الأفراد أن يسدوا ما قد تتركه من فراغ لاعن طريق الالتزام بل عن طريق النشاط الفردي و قد تنظم الدولة هذا النشاط الفردي تنظيماً محكماً تصل به إلى أدق التفاصيل حتى يصبح الفرد أقرب إلى الملتزم كما هو الحال في تنظيم التعليم الحر حيث أصبح القائمون به أقرب إلى الملتزمون من ناحية التنظيم و التفتيش و الإعانات ونحو ذلك.[2]

عقد تعهد الإدارة مانحة الالتزام بموجبه إلى شخص طبيعي (فرد) أو معنوي خاص(شركة) أو شخص معنوي عام(أي جهة عامة مخولة) بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق بآلات و المعدات اللازمة أو الاقتصار على تجهيزه دون بنائه كإعداد وسائط النقل و تجهيزها لنقل الركاب داخل المدينة و إدارة و استغلال هذا المرفق.

[1] --أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 17.

[2] -عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 281.

عقد يهدف إلى إدارة هذا المرفق على مسؤولية صاحب الالتزام و نفقته، وهذا ما يميز الالتزام المرفق العام عن طريقة الإدارة المباشرة، حيث يتولى الشخص العام في الأخير إدارة المرفق مباشرة على نفقته و مسؤوليته.

عقد محدد لمدة معينة، بحيث يتمكن المستمر خلالها من استغلال المرفق بما تكبده من نفقات و هامش ربح معقول.ينتج من هذا العقد التزامات و حقوق متبادلة بالنسبة للشخص العام مانح الالتزام من جهة و بالنسبة لصاحب الالتزام"المستثمر" من جهة أخرى، لأن الأخير ملتزم بتشغيل المرفق العام طوال مدة الالتزام وهذا ما يعد حقاً بالنسبة لمانح الالتزام و السلطة المانحة ملزمة بتمكين صاحب الالتزام من تشغيل هذا المرفق، و الحصول على المقابل المالي من المنتفعين وهذا ما يعد حقاً للملتزم.

بناءاً على ذلك يمكن تكييف عقد الالتزام على أنه أسلوب لتفويض المرفق العام لاحتوائه على عنصر المرفق العام و العلاقة التعاقدية بين الإدارة و المستثمر، و إدارة و استغلال ذلك المرفق من قبل الأخير و عدم تخلي الإدارة عن عنصري الملكية و التنظيم للمرفق موضوع التفويض وحصول المستثمر على المقابل المالي من المنتفعين وفقاً لنتائج الاستغلال تلك هي عناصر و أسس تفويض المرفق العام التي تجعل عقد الالتزام إحدى صورة.[1]

الفرع الثاني: عقد امتياز المرفق العام يعد الامتياز كسابقة عقداً إدارياً و أسلوب من أساليب إدارة المرفق العام و قد عرَّفه بعض الفقه بأنه""عقد تكلف الإدارة بموجبه شخصاً عاماً أو خاصاً باستغلال مرفق يسلم إليه بإنشاءاته المعدة، مسبقاً من جانب الإدارة، مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة، فيكون، مقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين من ينفعه للإدارة وما يحصل من عليه استغلال المرفق عن طريق جباية الرسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق.[2]

كما عرَّفه آخر على أنه عقد إداري يعهد بموجبه أحد أشخاص القانون العام، يسمى مانح الامتياز، إلى شخص طبيعي و معنوي يسمى صاحب الامتياز، إدارة مرفق عام نفقته و مسؤوليته، تحت

[1]- عمار عوابدي ، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 219.

[2]- مهند مختار نوح، عقد البناء و التشغيل و التحويل، (B.O.T)، هيئة الموسوعة العربية،ط1، 2007، ص40.

رقابة و إشراف السلطة المانحة و مقابل تقاضي صاحب الامتياز بدلات من المستفيدين من خدمات المرفق العام.[1]

لقد أجمع الفقه الفرنسي على أن عقد الامتياز هو أشهر عقود التفويض حيث عرفه الأستاذ Braconnier كما يلي:"هو عقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصاً عمومياً أو خاصاً باستغلال مرفق عام بكل أعبائه و مخاطره و أرباحه و يتحصل على مقابل مالي أتاوات المرتفعين مباشرة، في حين عرَّفته الأستاذة CHENAUD على أنه اتفاقية يفوض بموجبها شخص عمومي استغلال مرفق عام لشخص آخر و أجره مرتبط بالنتائج المالية للاستغلال.[2]

بالرجوع إلى ما هو معمول به في التشريع الفرنسي خاصة المادة 38 من قانون (Sapin) التي حددت معايير تفويض المرفق العام كما يلي:" تفويض المرفق العام هو عقد يخول بموجبه شخص من أشخاص القانون العام تسيير مرفق عام بتولي مسؤوليته شخص عام أو خاص بمقابل مالي مرتبط باشتغلال المرفق".

نلاحظ أن نفس هذه المعايير تتطابق بشكل مطلق في عقد الامتياز، الذي يشكل إحدى الصور الأساسية لتفويض المرفق العام في فرنسا فمنذ إصدار المشرع الفرنسي للنظام القانوني للتفويض سنة 1993 خضع الامتياز للقيود و الضوابط الواردة في هذا القانون مما أدى إلى وجود فرق من امتياز المرفق العام في صورته التقليدية و امتياز المرفق العام باعتباره جوهر تفويض المرفق العام، من بين هذه الفروقات.

خضوع عقود تفويض المرفق العام لنظام قانوني وضع المشرع أما امتياز المرفق العام التقليدي فإنه يخضع لإحكام العقد و المبادئ العامة للقانون الإداري.

[1]– مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص79.

[2]– فوناس سوهيلة، الإطار القانوني لعقد إمتياز المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة 2015/06/24، ص9 و 10.

يخضع صاحب الامتياز في امتياز المرفق العام في صورته التقليدية إلى مبدأ الاختيار الشخصي لصاحب الامتياز في حين يفوض النظام القانوني للتفويض خضوع اختيار صاحب الامتياز للإعلان بمسبق و إجراءات المنافسة.

أما الفقه الجزائري من خلال تعريف الأستاذ لباد ناصر لعقد الامتياز بأنه عقد اتفاق تكلف الإدارة المانحة للتفويض سواءاً كما كانت الدولة، الولاية، البلدية بموجبه شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً من القانون العام أن القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز بتسيير و استغلال مرفق عام لمدة محددة و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدماً عماله و أمواله و متحملاً المسؤولية الناجمة عن ذلك، في مقابل القيام بتسيير المرفق العام، و يتقاضى صاحب الامتياز مقابلاً مالياً يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق.[1]

كما حاول المشرع الجزائري تكريس أسلوب تفويض المرفق العام بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالفى الذكر[2]، إعطاء تعريف قانوني للامتياز من خلال النصوص القانونية نذكر منها:

الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 16 جوان 1996 المعدل و المتمم للقانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 جويلية 1983 و المتضمن قانون المياه أنَّ عقد الامتياز المرفق العام بأنه عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصاً عاماً أو خاصاً قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية، وفي هذا الصدد يمكن أن تمنح لصالح الهيئات العمومية و المؤسسات العمومية و الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص الذين تتوفر فيهم المؤهلات الضرورية ويكون الامتياز في جميع الحالات مرفقاً بدفتر الشروط.[3]

[1]- لباد ناصر مرجع سابق، ص2012

[2]- المرسوم التنفيدي رقم 18-199 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 02 أوت سنة 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 48.

[3]- أمر رقم 96-13 المؤرخ في 06جويلية 1996 المعدل و المتمم للقانون 83-17 المؤرخ في 16 جويلية 1983 المتضمن قانون المياه، ج ر 37، ص 3.

ما يمكن استنتاجه من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد انتقل نقلة نوعية في مجال المرفق العام، إذ عبر صراحة عن نيته في اشتراك القطاع الخاص في تسيير المرفق العام تماشياً مع التحولات الجديدة التي تبذلها الدولة الجزائرية و تغير نظرتها الإيديولوجية بشأن تنظيمها الاقتصادي بعدما كانت هذه لوظيفة حكراً على القطاع العام ليحذو المشرع الفرنسي الذي أراد أن يكون عقد الامتياز من أبرز عقود تفويض المرفق العام و رغم فتح المجال للقطاع الخاص إلا أن الواقع أثبت أن هذا الأسلوب بقي حكراً على القطاع العام.

القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر 1998 حيث عرف الامتياز في مادته الثانية كما يلي:" طبقاً للقوانين و التنظيمات المعمول بها، بقصد بالامتياز العقد الذي من خلاله تكلف الدولة أو البلدية المسماة في طلب النص صاحبه الامتياز بتسيير خدمة عمومية لتوفير و نقل و نوزيع ماء الشرب و استغلالها و المحافظة عليها تحت مسؤوليتها لمدة محددة مقابل أجر بدفعه المستعملون."[1]

أما من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-274 السالف الذكر فإنه لم يرد في هذا النص القانوني أي تعريف للامتياز بل اكتفى المشرع بتحديد عناصره في مضمون المادة 210 الفقرة الأولى كما يلي:" تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله و إما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.[2]

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة و يتقاضي على ذلك أتاوي من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الإنجاز و اقتناء الممتلكات و إستغلال المرفق العام بنفسه.

---

[1]- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر1998، الذي يحدد دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز الخدمات العمومية لتزويد بماء الشرب ج ر ع 21 سنة 1999، ص 15

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمر سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ح.ر، عدد 50. ص12.

أما من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر وفي مادته 53 عرف الامتياز" بأنه هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله، و إما تعهد له فقط استغلال المرفق العام .[1]

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت رقابة جزائية من طرف السلطة المفوضة ويمول المفوض له بنفسه الانجاز و اقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام أو بتقاضي عن ذلك أتاوي من مستعملي المرفق العام.

لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين(30) سنة و يمكن تمديد هذه المدة بموجب ما لحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة على أسا تقرير معلل لانجاز استمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية بشريطة أن لا تتعدى مدة التمديد أربع(4) سنوات كحد أقصى."

من جانبنا نرى أن المشرع صيغة العقد و إستبدلها بشكل من أشكال تفويض المرفق العام غير أنه يبرم بين طرفين إحداهما الإدارة و الآخر قد يكون شخصاً عاماً أو خاصاً ومحله مرفق عام أو يقوم المستثمر بتشغيله و إدارته و تحصيل الرسوم المنتفعين وفقاً لنتائج الاستغلال.

الفرع الثالث: عقد مشاطرة الاستغلال يعد عقد مشاطرة الاستغلال إحدى طرق المرفق العام و صورة من صور تفويض المرفق العام ويعود الفضل في ذلك إلى الفقيه الفرنسي فالين Walien في مقاله المنشور بمجلة القانوني العام سنة 1948 تحت عنوان فكرة مشاطرة لاستغلال و قال عنها: ذاتها الطريقة الوسط بين الإدارة المباشرة و الالتزام."[2]

[1]- المرسوم التنفيدي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت سنة 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 48 ، ص10.

[2]- سعاد الشرفاوي، القانون الإداري و تحرير الإقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص223

بمكن تعريف عقد المشاطرة بأنه:" عقد تعهد بمقتضاه السلطة العامة لفرد أو شركة بإدارة المرفق الاقتصادي في مقابل عوض يتقاضاه منها ومن ذلك قيام إحدى الشركات بإدارة مرفق المياه أو الكهرباء لحساب الدولة لا لحساب الشركة و تعد طريقة في مركز وسط من الإدارة و الالتزام".[1]

كما عرفه الفقيه Barconnier على أنه" هو العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي من لقانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، و لا يتحصل على المقابل المالي من أتاوات المرتفعين، بل بأحد محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية و جزء من الأرباح." [2]

يرى فريق آخر من الفقه أنه" عقد تعهد بموجبه الإدارة لشخص عام أو خاص إدارة تسيير مرفق عام معين مقابل مكافأة مالية تحدد مسبقاً عن طريق النتائج المالية للاستغلال و بذلك تكون تلك الطريقة حلاً وسطاً بين الإدارة المباشرة للمرفق العام و إدارته عن طريق الالتزام، فهي تمتاز عن الإدارة المباشرة بأن السلعة الحكومية لا تتولى بنفسها إدارة المرفق العام، بل يقوم بذلك فرد أو شركة خاصة و لكنها تقترب من طريق الإدارة المباشرة للمرفق من جانب الدولة، في أن السلطة العامة هي التي تتحمل مخاطر المشروع.

حيث لا يحظى عقد مشاطرة الاستغلال باهتمام الفقه في الفقه في الجزائر ماهو عليه في فرنسا أين تباينت الآراء الفقهية بشأنه في حين قام المشرع سنة 2015 تكريس هذا الأسلوب و اعتباره أسلوب من أساليب تفويضه المرفق العام تحت مسمى الوكالة المحفزة، وذلك من خلال المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر حيث عرفه بأنه:"الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له التسيير المرفق العام أو تسييره و صيانه وحسب يمكن أن يتعرض المفوض له مخاطر تجارية و صناعية تتعلق سواءاً بإرادات الاستغلال أو أعباء الاستغلال و النفقات، إن أنه يكون الاستغلال لحساب السلطة المفوضة، حيث يكون لهذه الأخيرة بتمويل المرفق العام و للاحتفاظ بإدارته

[1]-عزت فوزي حنا، مرجع سابق، ص213.

[2]- فوناس سهيلة مرجع سابق، ص 260.

و كذا رقابته، و تدفع للمفوض له أجرة مباشرة عبارة عن منحة بحسب نسبة مئوية من مجموع رقم الأعمال تضاف إليها منح إحدى نتائجه عن المردود و الأرباح.[1]

حيث تحدد هذه مدة اتفاقية تفويض المرفق العام بعشر (10)سنوات كحد أقصى و يمكن أن تمدد سنتين(02) كحد أقصى بموجب ملحق مرة واحدة نطلب من السلطة المفوضة.

أما المشرع الفرنسي لم تنص في تشريعات نصوص خاصة بأسلوب مشاطرة الاستغلال كما هو الحال بالنسبة لعقد الامتياز، إلا انه إذا بحثنا في النصوص القانونية الفرنسية نجد أن قانون البلديات رقم6-2324 عرفه كمايلي:"إن المشاريع التي تستغل المرافق العامة بأسلوب الإدارة الغير المباشرة تخضع في كل ما يتعلق بالاستغلال و بالأشغال المنفذة لحساب لكل التدابير و الرقابة و الالتزامات المفروضة عليهم."[2]

أما التعريف الثاني فقد ورد في التعليمة الصادرة سنة 1975 وقد جاء فيها تمثل أسلوب الإدارة، الغير مباشرة بقيام الجماعة العامة في تموين منشآت المرفق العام التي تعهد مهمة استغلال و صيانة إلى شخص إلى شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص بحسابها مقابل عائدات محققة من قبل المنتفعين، تتمثل في علاوة تتحدد بنسبة مئوية من حجم الأعمال يضاف إليها علاوة تحدد وفقاً للإنتاجية و بصورة احتمالية سنداً لجزء من الأرباح.[3]

لقد تناول المشرع الجزائري أسلوب المشاطرة الاستغلال في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، دون أن يضع تعريفاً له إنما اكتفى بوضع العناصر المحدد لشكله و نظامه كما هو مسن في نص المادة 210 الفقرة الثالثة التي تنص على :" تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام و يقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام و لتحتفظ بإدارته...إلخ."

[1]- المرسوم التنفيدي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت سنة 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر، عدد 48، ص10.

[2]- مروان محمد الدين القطب، مرجع سابق، ص 459-460.

[3]- محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص84.

نفس ما جاء به في نص المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 15-199 السالف الذكر.

نلاحظ بأن المقابل المالي يكون على شكل عائدات يتقاضاها صاحب التفويض بصورة ثابتة من المفوض زائد علاوات إضافية مرتبطة بالإدارة و التسيير الحسن للمرفق العام.

إن هذه الطريقة لم تستعمل في الجزائر إلا ناذراً على العكس من فرنسا على أساس أن هذا الأسلوب يجسد بالفعل خوصصة تسيير المرفق العام دون تحمل المسير لعبئي البناء و التجهيز و حصوله على مقابل مالي نتيجة تسييره يكون مرتبط مباشرة برقم الأعمال المحقق زائد الإنتاجية و المردودية.[1]

لقد اعتبر الفقيه"Auby" أنَّ تفويض في إدارة و تسيير المرفق العام لا تصل بالضرورة بعنصر المخاطر لكونه لا يشكل عنصراً أساسياً في تفويض المرفق العام.

فيما يتعلق بمدى علامة المقابل المالي بفكرة المخاطر فهي من خصائص عقد مشاطرة الاستغلال و عقد التسيير يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة في غالب مرتبطة بنتائج الاستغلال دون أن بتحمل أي مسؤولية مالية باعتبار أنَّ السلطة المفوضة تبقى هي المسؤولة لوحدها عن تحصين المرفق العام.[2]

وعليه نستنتج أنَّ تفويض المرفق العام طريق مشاطرة الاستغلال هو شكل من أشكال أو طريق من طرق تفويض المرفق العام.

الفرع الرابع: عقد إيجار المرفق العام

تكون أمام عقد الإيجار العام حسب الأستاذBraconnier عندما تكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد حيث يتولى المستأجر فقط بعض أعمال الصيانة إلى جانب التجهيزات و يبقى كل

[1]- مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 456

[2]- عبد اللطيف محمّد، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 81

من المستأجر و هيئة العمومية المؤجرة مسؤولات عن التجهيزات بنسب متفاوتة محددة في عقد الإيجار فالهيئة العمومية المؤجرة مسؤولية عن توسع عن طريق إبرام الصفقات العمومية.[1]

كما عرفته الأستاذة Boiteau أنه هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاماً أو خاصاً استغلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون وهي متعلقة مباشرة باستغلال المرفق."[2]

إنَّ استغلال المرافق العامة ورد كثيراً في القوانين الجزائرية و لا يعلم إن كان المقصود به هو مصطلح المستعار من التشريع الفرنسي تحت اسم Affermage وعلى سبيل المثال القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1989/12/15 المتعلق بدفتر الشروط الخاص بامتياز الدولة للبلديات و المؤسسات العامة المكلفة بالنشاط السياحي وحق استغلال الشواطئ من الأملاك العمومية الذي يم يعتبر بامتياز في حين أنه إذا كان المقصود به Affermage فإن الجزائر تضعه تحت تسمية إيجار المرافق العامة في نصوص أخرى مثل التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية المؤرخة في 1994/09/07 النسخة باللغة الفرنسية Objet concession et affermage في حين أن تعريفه في الفقه الفرنسي ينطوي تحت اعتباره اتفاق تكليف بموجبه الإدارة شخصاً آخراً باستغلال مرفق سلم إليه بإنشاءاته المعدة سابقاً من جانبها و ذلك مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة يكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة و ما يحصل عليه من استغلال المرفق ، محل الاتفاق، ويعتبر الأستاذ فالين أول من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للتفرقة بين الامتياز و الاستغلال.[3]

إيجار المرفق العام في ظل المرسوم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 و المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في02 أوت 2018 السالفى الذكر، إذ يعني تعهد السلطة المفوضة للمفوض له لا بتسيير مرفق عام وصيانته مقابل أتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته، تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوي من مستعملي المرفق، من خلال هاته التعاريف نستنتج أن للإيجار خصائص تميزه عن غيره من تفويضات لمرفق العام من حيث:

[1]- ظريفي نادية، مرجع سابق، ص 157.

[2]-فوناس سوهيلة، مرجع سابق، ص 255.

[3]- ناصر لباد، المرجع السابق، ص 225-226.

أ-تحمل الشخص العام نفقات إقامة المنشآت الأساسية، إذ كانت الإدارة المحلية تتولى مهام إحدى المرفق و إنشاء المالي المخصصة له و تزويده بالوحدات و الآلات اللازمة للاستغلال و التسيير، ويتولى المستأجر مهام استغلال ة تقديم الخدمة، و تأمين بعض المنشآت الثانوية و الضرورية لتشغيل المرفق العام، أما نفقات توسع المرفق و تطويره تعود على المؤجر، إلا أنه يمكن أن ينص العقد على أن توزع النفقات من ظرفي العقد وفقاً لآليات يحددها دفتر الشروط.[1]

ب- مدة عقد إيجار المرفق العام: لما كانت الاستثمارات المكرسة من طرف المستأجر متواضعة و مقتصرة على نفقات التشغيل و الصيانة دون تحمل نفقات إقامة المرفق، كانت مدة العقد قصيرة حددتها التعليمة السالفة الذكر 12 سنة كأقصى حد.[2]

يعتبر تأجير استغلال المرافق العامة أسلوباً من أساليب التسيير، أين يكلف أحد الأفراد أو المؤسسات الخاصة تسيير المشروع المقام من طرف الجماعات المحلية أو ملتزم سابق لمدة محددة، و يشكل وسيلة لاستغلال مرفق عام و ليس إداري، ومن خلال دراستنا للعقدين تستخلص الميزات التالية:

أ- من حيث مستوى التفويض: تعتبران من أساليب تسيير المرافق العامة تعهد بموجبها السلطة المفوضة للمفوض.

- استغلال و تسيير المرافق العامة لمدة محدد، ويتحملان في ذلك أعباء متفاوتة حيث تكون أكبر في عقد الامتياز الإداري عنها في عقد الإيجار الإداري، كما أنهما يخضعان لنفس إجراءات تعاقد و المبادئ المنصوص عليها في القانون

ب- من حيث الخطر الذي يتحمله المفوض له: في عقد الامتياز يمول المفوض له الانجاز و اقتناء الممتلكات استغلال المرافق بنفسه ويدفع أموال قد تكون طائلة لإقامة مشروعه الاستثماري و بتحمل الأخطار التي قد تلحق به وفي المقابل يتقاضى أتاوي من مستخدمي المرفق العام.[3]

- بينما في عقد الإيجار فإن تمويل المشروع يكون من قبل السلطة مانحة التفويض ويقتصر دورة في التسيير و صيانة المرفق العام مقابل أتاوة سنوية يدفعها المؤجر له ويتقاضى أجره من تحصيل الأتاوي

[1]- مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 270.

[2]- عبد اللطيف محمد محمد، مرجع سابق، ص 78.

[3]- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق ، ص 74.

من مستعملي المرفق و بالتالي نسبة الأخطار تقل في عقد الإيجار الإداري، وبتصرف المفوض تحت مسؤوليته و لحسابه في تسيير المرفق العام.

1. من حيث رقابة الإدارة مانحة التفويض تشكل الرقابة الداخلية للإدارة المتعاقدة أهم الضمانات كونها تمارس من الإدارة نفسها و بموظفيها و يعتبر نجاحها و نجاعتها مؤشراً هاماً في تكريس المبادئ العامة لتنظيم صرف المال العام، وعليه فإن الاختلال بالتزامات من قبل صاحب التفويض يعني تدخل الغدارة بما تملكه من امتياز السلطة العامة لتقويم العمل لأن الهدف يتمثل في تحقيق النفع العام.[1]

عقد الإيجار كأحد طرق تفويض المرفق العام لا يعرف تطبيقات في الواقع العملي الجزائري، ماعدا البلديات التي تلجأ لهذا الأسلوب لتأجير سواء السوق الأسبوعي أو مواقف السيارات على عكس نظيره الفرنسي حيث قامت السلطات العامة الفرنسية بإنشاء عدة مرافق ثقافية و اجتماعية لتسيير أغلب هذه المرافق العامة عن طريق تفويض الإيجار الذي أصبح يجلب اهتمام المؤسسات الخاصة التي تهدف إلى تحقيق الربح لأن المستأجر لا يدفع أموالاً ضخمة في البناء و يكتفي فقط بالتسيير و الاستغلال، وهذا مالا يكلفه الكثير بالمقارنة مع الامتياز، لذلك نجد أنَّ مدة الإيجار في أغلب الأحيان تكون متوسطة أو قصيرة المدى. [2]

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

[2] –محمد السليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص341-342.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: إبرام عقود تفويضات المرفق العام

تستند تفويضات المرفق العام على فكرة أساسية وهي حرية اختيار المتعاقد مع الإدارة، لذلك فإن هذه العقود لم تكن خاضعة لأي قيود في إبرامها ولهذا السبب انحصرت الرقابة القضائية على القرارات السابقة على إبرام العقد، وتطبيقاً للقواعد العامة لم تكن لأحكام الإلغاء أية قيمة مباشرة على العقد ذاته، لكن مع التطور، أصبح اختيار المتعاقد، خاضعاً لبعض القيود الإجرائية، كمنافسة و العلانية و ترتقب على ذلك اتساع الرقابة القضائية على هذه الإتقاقيات.[1]

كما أن إتفاقية تفويض المرفق العام يوقع عليها كل من الإدارة العامة مانحة التفويض و المستثمر الذي رسا اختياره لإدارة هذا المرفق و تخضع هذه الاتفاقية للتشريع النافذ المنظم لعقود التفويض، فضلاً عن الأحكام الخاصة الواردة فيها، ويشمل عقد التفويض بشكل أساسي مدة التفويض التي يحق للمتعاقد مع الإدارة خلالها، إدارة و استثمار المرفق العام إلى جانب تحديد الرسوم الواجب أداؤها من قبل المستنفعين من النشاط المرفقي.

في ضوء ذلك فإننا سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناولها على شكل التالي:

المبحث الأول: مبادئ و مضمون تفويضات المرفق العام

و المبحث الثاني: تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام.

[1] - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 115.

المبحث الأول: مبادئ و مضمون تفويضات المرفق العام

تفويض المرفق العام يخضع لنظام قانوني خاص، فضلاً عن الأحكام القانونية الخاصة الواردة فيه و التي يتفق عليها طرفا العقد، إلا عن أن الفقه و القضاء كرسا لهذا النوع من التفويضات عددا من المبادئ يقوم عليها ويكون من شأنها أن تؤمن تحقيق الغاية و المصلحة العامة التي أبرم التفويض من أجلها بالشكل الأمثل، تبعاً لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مبادئ تفويضات المرفق العام ومن تم إلى مضمون عقد تفويض بمرفق العام.

المطلب الأول: مبادئ تفويضات المرفق العام

إن تنازل الإدارة عن إستغلال المرافق العامة لأشخاص القانون العام أو الخاص يفرض عليها السهر على احترام المبدأ الأساسي الذي يحكم المرافق العامة وهو مبدأ المصلحة العامة بأبعاده المختلفة، لذا فإن نجاح سير المرفق العام بموجب إبرام التفويض مرتبط بحسن اختيار المفوض له فالتسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني والأحسن، وكذا مبدأ الإعلان المسبق و إجراءات المنافسة و الشفافية، حيث يلعب مبدأ حرية المنافسة المبني على حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات الأساسية لحسن اختيار المفوض له المتمكن من الاستجابة لمتطلبات مبادئ سير المرفق العام المرتبطة بالاستمرارية.

الفرع الأول: مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد

تعتبر الإدارة صاحبة الإلتجاء للطريقة المناسبة في إختيار المتعاقد سواءا من خلال إبرام الإتفاقيات أو الممارسة بنوعيها العامة و المحدودة ، أو الإتفاق المباشر ، حيث لابد لنا من رؤية كيفية إختيار المتعاقد مثلا في جمهورية مصر ، يخضع لقاعدة الإعتبار الشخصي، لقول الدكتور توفيق شحاته في ذلك " ينبغي على الإدارة التأكد مليا من أن الملتزم سوف يتولى في جميع الأحوال تنفيذ إلتزاماته لصالح المرفق العام على أفضل نحو ممكن ، وفقا للقواعد التي تحددها الإدارة في دفتر الشروط سواء كان إختيار الملتزم قد تم عن طريق الممارسة، أو المناقصة العامة أو المزايدة فالإختيار القائم على الإعتبار الشخصي يعد عنصرا أساسيا في منح تفويض المرفق العام.

و يعد أسلوب التعاقد من الاساليب المميزة في إختيار المتعاقد لأنه يعتمد على المنافشات و المداولات مابين المسؤولين عن التعاقد و مابين مقدمي العروض ، حيث تسمى بالمفاوضات، كما

تسعى الإدارة للوصول إلى افضل العطاءات في المرحلة التمهيدية التي تجريها كخطوة أساسية سابقة على إختيار المتعاقد بغية تحقيق المصلحة العامة و التقريب بين وجهات النظر.[1] أما في فرنسا في البداية كانت تتمتع الإدارة بحرية واسعة في اختيار الشخص الذي ستكلفه بإدارة و استثمار المرفق العام، وهذه الحرية ترتبط بمسؤوليتها في تنظيم مرافقتها ، والتي لم يكن يحدها سوى الحالات التي تضع فيها الإدارة العامة قواعد تقيد فيها نفسها، ولكن في مرحلة لاحقة شهدت هذه الحرية تطوراً في مداها وليس في مضمونها، بنصوص تشريعية تضمنت بعض الضوابط وقد هدف المشرع من وراء هذه النصوص إلى تحقيق الشفافية عبر إجراء المنافسة مما جعل حرية الإدارة في اختيار المستثمر مبدأ نسبياً قابلاً للتطور والتغير .[2]

لذلك فقد استقر الفقه الاجتهاد القضائي على تكريس حرية الإدارة في اختيار المستثمر، وذلك من خلال التأكيد على الفصل بين الصفة العامة من جهة و نظام الالتزامات الذي شكل فيما بعد النموذج التطبيقي لتقنية التفويض في تلك المرحلة من جهة أخرى.[3]

تشكل هذه المادة قيدا على مبدأ حرية الإدارة في اختيار صاحب التفويض كما سبق وأوضحنا إذ يرى الفقيه المذكور أن مبدأ حرية الاختيار يبقى القاعدة في تقنية التفويض ، ففي العقود التي تستهدف تفويض إدارة واستثمار المرافق العامة ، نجد حرية الاختيار مصدرها في حرية كاملة للإدارة في التفاوض لا يقيدها إلا احترام بعض قواعد الشفافية ، فضلا عن أن الاجتهاد الفرنسي قد كرس على مراحل ، مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها لإدارة واستثمار المرافق العامة .

وعليه فقد تم تكريس مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها لإدارة المرافق العامة خاصة مع غياب نص تشريعي أو تنظيمي يقيد هذه الحرية ن بإلزامها إتباع أسلوب المناقصات لإبرام عقود تفويض المرافق العامة.

[1]- جهاد زوهير ديب، الآثار المترتبة على عقد الإمتياز دراسة نظرية مقارنة، دار الفكر للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة الطبع 2015، ص88.

[2]-وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 261.

[3]- د وليد حيدر جابر ، مرجع نفسه، ص261.

لذلك يتضح أن عملية اختيار الإدارة للمتعاقد معها يستند إلى ركيزتين أساسيتين تتمثل الأولى في غياب قاعدة توجب تطبيق قواعد المنافسة واستدراج العروض وتتمثل الثانية في الاعتبار الشخصي الذي يقوم على الثقة المطلوبة في المتعاقد علما أن الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي يكمن في تكريس طابع المرفق العام عند إبرام عقود التفويض ، حيث أن منح إدارة مرفق عام لشخص خاص إنما يعد من قبيل تنظيم هذا المرفق ، وإن السلطة التي تملكها الإدارة في اختيار شريكها في عقود التفويض بحرية كاملة ، إنما تبرر في ضوء الالتزام الذي يقع على عاتقها والذي يمثل في إشباع حاجات المصلحة العامة والذي يمثل في تأمين أفضل إدارة للمرفق العام[1].

فضلا عما تقدم ومع غياب نصوص تشريعية توجب إجراء المنافسة من خلال استدراج عروض ، فإن الإدارة حرة لها من سيادة في اختيار شخص المتعاقد بما يمثله هذا المتعاقد من ثقة لديها ، ، وبما أن مضمون هذه الإتفاقية متوافق مع المبادئ التي تسود تقنية التفويض على ثقة الإدارة تأمينا لحسن تنفيذ المصلحة العامة ، فلابد أن توافق الإدارة على شخصية المتنازل له كي يتمتع بصفة صاحب التفويض[2].

ما تجدر الإشارة إليه ، هو أن الإدارة تراعي في منحها التفويض عددا من الاعتبارات فعلى سبيل المثال إذا رغبت الإدارة في أن يتحمل صاحب التفويض كامل المسؤولية عن إدارة المرفق العام ، تختار أسلوب عقود الالتزام أو إجازة المرفق العام (امتياز) و بالمقابل فإن الإدارة تلجا إلى أسلوب عقود الإدارة والإدارة بالشراكة ، إن رغبت في ممارسة رقابة شديدة على المرفق العام ، في حين تكون الرقابة محدودة في عقود الالتزام والإيجار، هذا من جهة أخرى فإذا كانت حاجة الإدارة تكمن في إعداد الإنشاءات الأولية (بناء تجهيز أو تجهيز الآلات مهما كانت دون البناء) للمرفق العام ، فإنها تلجأ لأسلوب الالتزام وفي حال كان المرفق قائما ولا حاجة لإعداد الإنشاءات الأولية فإن أسلوب إيجار المرفق العام (امتياز) أو عقد الإدارة ، أو مشاطرة الاستغلال هو الأسلوب الذي سيتبع من قبل الإدارة [3] إجراءات يجب

[1]- أبو بكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 62.

[2]- مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص481-482.

[3]-.مُحَمَّد عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص 115-116.

إتباعها لاختيار صاحب التفويض و مسوغ ذلك أن عقود تفويض العامة هي عقود إدارية بطبيعتها تهدف من حيث النتيجة إلى تحقيق المنفعة العامة.

بالتالي فإن قاعدة الاعتبار الشخصي تمثل حقيقة ثابتة في العقد الإداري ، إلا إن المشرع المصري قد اشترط في بعض القوانين على وجوب أن يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة في إطار من المنافسة والعلانية وهذه القوانين هي ذاتها القوانين الخاصة الأربعة سالفة الذكر وهي القانون رقم 100 لعام 1996 المتعلق بتعديل بعض أحكام القانون رقم 12 لعام 1976 بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم 229 لعام 1996 المتعلق بتعديل بعض أحكام القانون رقم 84 لعام 1968 بشأن الطرق العامة والقانون رقم 3 لعام 1997 في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء المطارات وأراضي النزول والقانون رقم 22 لعام 1998 المتعلق بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم 1 لعام 1996 في شأن الموانئ التخصصية والقانون رقم 8 لعام 1997 المتعلق بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار[1]

الفرع الثاني: مبدأ الإعلان المسبق وإجراء المنافسة والشفافية

إن إعتماد مبدأ المنافسة و الإعلان، يضمن الشفافية و النزاهة من خلال حضر الممارسات المقيدة للمنافسة كحضر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق، حضر عمليات الإحتكار و كذا عرض أسعار مخفضة بشكل تعسفي الامر الذي من شأنه عرقلة حرية المنافسة .

كما يمنع منح تفويض المرافق العامة لأصحاب الممارسات المنافية للمنافسة، التسيير الموض للمرفق العام يهدف إلى إقامة شراكة فعالة بالمفهوم القانوني و الإقتصادي للمصطلح و لأن التفويض يفوض لأحد المتعاملين مهمة تسير مرفق عام ، فإن نظام إنتقاء المفوض له يكتسي رهانا أساسيا، كما سيكون من المهم التركيز على إشكالية مرحلة منح التفويض و التي تحدد الإقتصاد العام لعقد التفويض و التسيير المستقبلي له، إن اي نص تطبيقي لأحكام مرسوم 2015 يجب أن يوفق بين أمرين

[1] -loi Sapin , art 38/2 : « Les délégation de service public des personnes morale de droit public sont soumises par l'autorité délégante a une procédure permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes , dans prévues par un décret en conseil d'Etat »

متميزين منح الشخص العام نوعا من الحرية في تسيير المرافق العامة و إحترام المقتضيات المتعلقة بمجال المنافسة في نظام إبرام عقود تفويضات المرفق العام .

و من خلال الإعلان المسبق مما يتيح حرية الوصول إلى الطلبات إذ هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام و الخاص على السواء و المختصين بنوع واحد من النشاط الذي ترمي السلطة المفوضة تفويض تسييره ، أن يتقدمو قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز و حصر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو أو تطبيق شروط غير متكافئة مما يحرمهم من منافع المنافسة وفقا للشروط و لا يتحقق مبدأ الحرية و صول المتعهدين إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواءا من حيث كيفيات إبرام العقود التفويض أو من حيث إجراءات إبرامه[1]

يشكل الإعلان المسبق وإجراء المنافسة لاختيار صاحب التفويض (المستثمر) قيدين على مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد ، ويعود الأساس القانوني لهذين القيدين إلى قانون (سابان) لعام 1993 الصادر في فرنسا ، وبخاصة المادة/38/الفقرة الثانية منه بنفة الذكر ، حيث نصت على خضوع تفويض المرفق العام لإجراءات الإعلان المسبق التي تسمح بتقديم أكثر من عرض منافس ضمن شروط معلن عنها مسبقا بمرسوم صادر من مجلس الدولة[2].

في الوقت الذي أكد فيه القانون المذكور على حرية اختيار المتعاقد من قبل الإدارة ، فقد فرض إجراءات خاصة بالعلانية التي تتيح المنافسة بين المتعاقدين مع الإدارة المحتملين ، حيث ألزم قانون (سابان) في تتمة الفقرة الثانية من المادة 38 منه أن "يتم النشر في إحدى الوسائل المؤهلة لنشر الإعلانات القانونية ، وفي إحدى وسائل الإعلان المتخصصة والمتعلقة بالقطاع الاقتصادي المعني" [3] كما

1- زمال صالح، باحث دكتورا، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مُحَّد خيضر بسكرة، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، ص501.

2 -La sapin ;art 38/2… « L'autrorite responsable de la personne publique délégante doit satisfaire a l'exigence de publicité de par une publication habiliteé a recevoir des annonces légales et dans une publication spécialite correspandant au secteur économique concerné »

3- مفتاح خليفة عبد الحميد ، العقود الإدارية،المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2008 ، ص 87.

يجب أن يتضمن الإعلان كيفية تقديم العروض وتحديد الخصائص الأساسية للعقد المراد إبرامه من حيث الطبيعة القانونية والموضوع ، فضلا عن تحديد مهلة زمنية لتقديم العروض[1].

و سنتناول من خلال الفقرات التالية شرح المراحل التي يتم من خلالها تطبيق هذا المبدأ:

1- تشكيل قائمة المترشحين

بعد انتهاء المحدد بالإعلان لتلقي العروض تتولى هيئة تفويض المرفق العام في فرنسا بإعداد لائحة بالمرشحين المقبولين في الدخول بالمنافسة على إسناد عقد التفويض على أساس ضماناتهم المهنية والمالية ومقدرتهم على تأمين السير الجيد للمرفق العام، مع العلم بإن هذه الهيئة تكون ملزمة بقبول المرشحين جميعهم الذين تتوفر فيها الشروط التي حددها القانون والأنظمة. وبعد ذلك ترسل الإدارة إلى كل واحد من المرشحين المقبولين وثائق تبين فيها الخصائص النوعية والكمية للأداءات فضلاً عن شروط تعرفة الخدمة التي سيقدمها المرفق إذا كان هناك ما يوجب ذلك.

وتخضع أعمال هيئة تفويض المرفق العام لرقابة القاضي الإداري، ومن ثم بإمكان أي شخص تم رفض عرضه الطعن بهذا القرار عن طريق دعوى الإلغاء للمطالبة بإلغاء قرار الهيئة المذكور إذا ما تضمن مخالفة للقوانين أو الأنظمة المتعلقة بعملية اختيار المرشحين.

وفي تونس وعلى وفق المادة (5) من الأمر رقم 1753 لسنة 2010 الخاص بشروط وإجراءات منح اللزمات تتحقق عملية طلب العروض إما من خلال دعوة عامة مفتوحة طبقاً لنظام الانتقاء الأولي في صورة طلب العروض المسبق أو طبقاً لملف التعبير عن الرغبة. فتح العروض ودراستها

نصت المادة (38) الفقرة الرابعة من قانون سابان على: "أن الإدارة العامة ترسل إلى المرشحين وثائق تبين الخصائص الكمية والنوعية للخدمات المراد تأديتها من قبل صاحب التفويض ، وعند الاقتضاء شروط المقابل المالي"[2].

[1]- حمد محمّد عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص 117.

[2] -Loi sapine , art 38/4 : « La collectivité adresse a chacun des condidats un document définissant les caractéristiques quantitave des prestation ainsi que , s'il ya lieu , les conditions de tarification du service rendu a l'usage »

لتتولى الهيئة الخاصة فتح العروض المقدمة ضمن المهلة المحددة في القوانين ، حيث تتحقق الهيئة المذكورة من توفر المستندات والمعلومات المطلوبة في العروض المقدمة ، من خلال تحليل تلك العروض ومقارنتها بعضها ببعض ، ومن ثم يتم إعداد تقرير يتضمن شرحا للإجراءات التي تم اتخاذها من قبل الهيئة ، مع بيان المقارنات المنجزة ، ويرسل التقرير المذكور إلى السلطة صاحبة الاختصاص في اتخاذ قرار إبرام عقد تفويض المرفق العام[1].

ما تجدر الإشارة إليه هو وجوب أن يتضمن التقرير رأيا معللا للهيئة في العروض المقدمة الأمر الذي من شانه أن يسمح للسلطة صاحبة القرار بإبرام العقد ، في اختيار المرشحين الذين ستجري معهم مفاوضات مباشرة ، ولا يحق للهيئة استبعاد العروض المقدمة دون إبداء رأي واضح ، تحت طائلة بطلان الإجراءات ، ويمكن لها أن تطلب من المرشحين بعض الإيضاحات أو أن تستمع إليهم شرط مراعاة مبدأ المساواة بين جميع المترشحين ، إضافة إلى الهيئة ليس له صفة الإلزام بالنسبة للسلطة المختصة باتخاذ قرار ابرام عقد التفويض[2].

2-المفاوضات

أن الإدارة حرة في اختيار المتعاقد معها لإدارة واستثمار المرفق العام ، وقد بينا أن الأحكام الواردة في قانون (سابان) لعام 1993 وضعت قيودا على حرية الإدارة تمثلت بإلزامها بالإعلان المسبق تحقيقا لمبدأ المنافسة ، إذ كان التفويض يقوم على مبدأ الاختيار الشخصي غير المقيد لصاحب التفويض ، فاللادارة اختيار المتعاقد دون إجراء منافسة أو إعلان مسبق أما في ظل قانون (سابان) فقد تم تقييد هذا المبدأ بضرورة الإعلان المسبق لاختيار صاحب التفويض ، حيث يجب الإعلان المسبق المنافسة بين أصحاب العروض المقدمة ، بحيث تتم مناقشة تلك العروض من قبل لجنة تفويض المرفق العام.

[1] مروان محي الدين قطب، المرجع السابق ، ص 485-486.

[2] -Loi sapin ; art 38/5 : « Les offres présentées sont librement négociées par léautorité responsable de la personne publique délégante qui , au terme de ces négociations , choisit le délégataire »

في تلك المرحلة تتولى السلطة المختصة المسؤولة عن المرفق العام بإجراء مفاوضات حرة مع المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط الفنية والمهنية والمالية، وتملك الإدارة الحرية في اختيار من يتفاوض معها من بين المرشحين ، لاختيار المفوض إليه[1].

لذلك فان المشرع الفرنسي أعطى الحرية للإدارة بالتفاوض مع المرشح ، ومن تم اختيار صاحب التفويض ، دون أن يتقيد باختيار المترشح الأفضل وفقا لمعايير المفاضلة المحددة من قبل لجنة التفويض المرفق العام ، بالرغم من أن عدم تقييد الإدارة باختيار المتعاقد وفقا للمعايير المشار إليها ، قد تكون من شانه إهدار مبدأ المنافسة ، لكن المشرع الفرنسي بالمقابل ذهب إلى تقييد حرية الإدارة باختيار صاحب التفويض ، من خلال بعض الإجراءات والقيود التي تتضمن تقديم عدة عروض منافسة ، دون أن يؤدي ذلك إلى تجاوز مبدأ حرية الإدارة في اختيار، انطلاقا من الاعتبار الشخصي ، المستند إلى الثقة المتبادلة بين الإدارة والشخص المكلف بالتفويض[2].

إنتقاء المفوض إليه

على وفق الاتجاه التقليدي فإن الجهة المختصة باختيار المفوض اليه هي الجهة الإدارية المكلفة أصلاً بمسؤولية هذا المرفق، إلا أن التجارب الحديثة أظهرت أن الأسلوب الأفضل هو وجود هيئة تنظيمية مستقلة تتولى صلاحية تطبيق فكرة التفويض بالنسبة لمرفق معين واختيار النوع الملائم من عقود تفويض المرفق العام فضلاً عن تخويلها للإشراف على الإجراءات التي تتطلبها عملية اختيار المتعاقد المناسب وإنجاز الموافقات جميعها التي تكون لازمة لتنفيذ العقد.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الأسلوب في مجال عقود تفويض المرفق العام من خلال انشاء هيئة تفويض المرفق العام، في حين لم يتوصل المشرع سواء في المغرب أم في تونس لأسلوب وجود هيئة مركزية موحدة لتفويض المرفق العام. أما في الجزائر فنص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق

[1]- مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 488.

[2] - Loi sapin ; art 38/5 : « Les offres présentées sont librement négociées par léautorité responsable de la personne publique délégante qui , au terme de ces négociations , choisit le délégataire »

العام لسنة 2015 على إنشاء هيئة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية ولكن لم يخولها صلاحية اختيار المفوض اليه بل جعل اختصاصها الأصيل هو القيام بواجب الرقابة.

ويلحظ بالنسبة لسلطة هيئة تفويض المرفق العام في فرنسا لاختيار المفوض اليه فإن الرجوع إلى المادة (38) من قانون (Sapin) يظهر أن الإدارة غير ملزمة بمعايير محددة لاختيار المفوض اليه وإنما تحتفظ الإدارة بالحرية الكاملة في اختيار المفوض اليه من دون وجود قيود محدد عليها بهذا الصدد، وهذه الحرية الكاملة بحسب البعض يمكن أن تشكل إهداراً لمبدأ المنافسة في التعاقدات العامة.

وقد رفض القضاء الإداري الفرنسي بسط رقابته على سلطة الإدارة في اختيار المفوض اليه اللهم إلا فيما يتعلق بمراعاة الإدارة لمبدأ المساواة بين المرشحين فحكمت بهذا الصدد محكمة باريس الإدارية بإلغاء قرار الوزير الأول المتضمن إسناد الملعب الكبير الذي أقيمت عليه مباريات كأس العالم سنة 1998 بسبب مخالفته وتجاهله للشروط المالية المعلنة ضمن وثائق العقد.

حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة 38 من القانون سابان الفرنسي على أن العروض المقدمة يتم التفاوض عليها بحرية من قبل السلطة المختصة لدى الشخص العام مانح التفويض ، ويتم اختيار صاحب التفويض بالاستناد إلى هذا التفاوض[1].

و يستفاد من نص هذه المادة ما يلي:

- إن المشرع الفرنسي قد منح الجهة العامة الحرية في اختيار صاحب التفويض بشرط أن يتم اختياره استنادا إلى معايير مالية وفنية ومهنية ، وعدم اقتصار ذلك على نوع محدد من المعايير ، كأن يتم اختيار العرض الأقل سعرا فقط وفقا لأسلوب المناقصة المعتمد ، مما يتنافى مع طبيعة هذا النوع من العقود مما أخذ بالمشرع الفرنسي إلى اعتماد معايير أخرى تتناسب وطبيعة هذه العقود وعندئذ يجوز للإدارة التعاقد مع المترشح الذي تتوافر فيه تلك المعايير بعد عملية التفاوض معه بحرية، وبذلك فإن المشرع الفرنسي إنما قصد من ذلك ألا يتجاوز بالمطلق مبدأ الحرية السلطة الإدارية في اختيار صاحب التفويض وفي الوقت ذاته قد قيده ببعض الإجراءات والقيود التي تتضمن تقديم عدة عروض منافسة يتم دراستها وتحليلها ودون إلزام السلطة الإدارية بإختيار أحد المستثمرين، و بعد إرساء العقد على

[1]- مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 488.

صاحب التفويض يجري التوقيع على عقد التفويض بين ممثل الجهة العامة (وهو الوزير المختص أو المدير المؤسسة العامة المختص ...) وبين صاحب التفويض الذي تم اختياره من جهة أخرى.

من جانبنا نرى: أنه وفقا لما تنص عليه التشريعات والأنظمة المتعلقة بالعقود ولأهمية عقود تفويض المرافق العامة ، وأثرها على الاقتصاد الوطني من جهة ، ولما تحظى به من اهتمام من قبل الحكومات في وقتنا الحالي ، فانه من الضرورة أن تلقى هذه الإتفاقيات عناية خاصة من قبل الجهات العامة العليا ، من خلال إسناد مهمة الإشراف والرقابة والتدقيق لهيئات حكومية مختصة ذات خبرة عالية ونزاهة وحياد في إنشاء قيامها بمهامها بغية اختيار المستثمرين وذلك في جو من المنافسة والعلانية ، و مرور تلك العقود بمرحلة التصديق النهائي عليها من قبل الجهات العامة العليا والمخولة قانونا بذلك كإجراء رقابي على هذه العقود.

المطلب الثاني: مضمون عقود تفويض المرافق العامة

يخضع عقد تفويض المرفق العام إلى أحكام القوانين السارية المفعول ذات الصلة ، فضلا عن الأحكام الخاصة الواردة في العقد المبرم ، حيث تحدد أحكام عقد التفويض مدة هذا العقد والرسوم والإتاوات الواجب أداءها إما من المتعاقد مع الإدارة (صاحب التفويض) أو من قبل المنتفعين من الخدمة المرفقية العامة.

وسنتناول هذه النقاط من خلال الفقرات التالية:

الفرع الأول: مدة و أتاوى إستغلال تفويض لمرفق العام

من الملاحظ أن جميع عقود تفويض المرافق العامة ، يتم إبرامها لفترة طويلة لاسيما أن مدة عقد التفويض المرفق العام يراعي في تحديدها تحقيق الهدف الأساسي للعقد المتمثل بتحقيق المرفق العام واستثماره بما يضمن المصلحة العامة ، من جهة ، ويحقق مقدار من الأرباح لصاحب التفويض من جهة ثانية [1].

[1] - محمد عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص 135.

تجدر الإشارة أن الانطلاقة الأولى التي حددت الإطار التنظيمي لعقود تفويض المرفق العام ، كانت من خلال قانون (سابان) لعام 1993 ، الذي اوجد مفهوما لمدة عقد التفويض ،يرتكز على طبيعة الخدمة العامة المراد تحقيقها . فقد نصت المادة 40 من القانون المذكور على أنه ينبغي أن تكون اتفاقات تفويض المرفق العام محددة بمدة من جانب الإدارة أو الجهة العامة بالنظر للمهام أو الخدمات المطلوبة من المفوض إليه ، أما تحديد هذه المدة فيتم بالنظر لطبيعة وحجم الاستثمار ، دون أن تتجاوز المدة العادية لإهتلاك المنشآت المستخدمة "[1]

في ضوء رأي المجلس الدستوري الفرنسي آنف الذكر ، وفي ضوء الأحكام الواردة في قانون (سابان) ، نجد أن الحرية التعاقدية في تحديد مدة عقد تفويض المرفق العام لا تخضع بشكل مطلق إلى إرادة طرفي العقد (الإدارة- المتعاقد) إنما لابد لتحديد المدة من الالتزام بالأحكام الواردة في المادة/40/ من قانون سابان آنف الذكر ، والتي وضعت معايير ملزمة لطرفي العقد ، تعلقت بطبيعة الخدمة العامة المراد تحقيقها ، فضلا عن الأخذ بالحسبان فترة اهتلاك المنشأة وبالتالي فإن أي تجاوز لتلك الأحكام من شأنه أن يعطي للقضاء الإداري ، ومن خلال صلاحيته في رقابة الأعمال الإدارية الصلاحية بإعلان بطلان وعدم صحة البند الوارد في عقد التفويض الذي حدد مدة العقد خلافا للمعايير المذكورة الواردة في قانون (سابان)[2].

للإشارة للمشرع المصري بخصوص تحديد حد أعلى لمدة عقد التفويض ، على خلاف ما تبناه المشرع الفرنسي في قانون سابان لعام 1993 والذي لم يقيد العقد بمدة محددة وإنما ترك ذلك مرهونا بطبيعة و حجم الاستثمار ، شريطة ألا تتجاوز المدة العادية لإهتلاك المنشآت المستخدمة وأكدها الاجتهاد كما أوضحنا.

[1]- المرجع نفسه ، ص 138.

[2] -- Loi sapin ; art 38/10 : « Les offres présentées sont librement négociées par léautorité responsable de la personne publique délégante qui , au terme de ces négociations , choisit le délégataire »

بالعودة إلى القاعدة العامة المتأصلة بالتشريع الفرنسي ، يتضح أن مدة العقد يتحدد بالاستناد إلى الاستثمارات المطلوب من صاحب التفويض إنجازها بهدف تشغيل المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة ، فبعض عقود التفويض تتضمن التزاما على عاتق المتعاقد بإنشاء المرفق العام وإدارته واستثماره مثل عقد التزام المرفق العام وغيره ، وتكون مدته أطول نسبيا من عقد امتياز أو إيجار المرفق العام وغيرهما من العقود التي ينطبق عليها أسس تفويض المرفق العام التي يقتصر فيها دور الالتزام الرئيسي للمتعاقد على إدارة واستثمار المرفق العام دون إنشائه ، إذ تنحصر التزامات المتعاقد بنفقات التشغيل وإجراء الصيانة الدورية ، وهذه الأعباء لا تحتاج وقتا طويلا لتحقيقها [1] و الجدير ذكره ، هو أن الاجتهاد الفرنسي أكد على التقيد بمبدأ عقد التفويض المرفق العام ، وحدد بناء على ذلك حالتين فقط يمكن بموجبها تمديد عقد التفويض وتمحورت تلك الحالتين حول تحقيق المصلحة العامة أو وجود استثمارات غير ملحوظة في العقد من جهة أخرى [2] نتناولها فيما يلي:

1-تمديد مدة تفويض المرفق العام بسبب المصلحة العامة:

أجاز قانون سابان لعام 1993 تمديد مدة عقد تفويض المرفق العام لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ، شريطة ألا يتجاوز هذا التمديد السنة الواحدة.

كما أتاح الاجتهاد الفرنسي تمديد عقد التفويض المرفق العام استنادا إلى مبدأ استمرارية المرفق العام في تحقيق المصلحة العامة [3] ومفهوم المصلحة العامة واسع ويمكن أن يشمل صعوبة اختيار الإدارة لصاحب تفويض جديد ، أو عدم إمكانية الإدارة استعادة المرفق العام لإدارته بصورة مباشرة[4].

الجدير بالذكر أنه يجري تمديد العقد إما بناء على قوانين صادرة عن الدولة أو بنود العقد علما أن هناك قوانين قد تسمح بالتمديد التلقائي في حال لم يعبر أي طرف من الأطراف عن رغبته في عدم التمديد.

2-تمديد مدة عقد التفويض بسبب تنفيذ بعض الاستثمارات غير الواردة في العقد الأساسي:

[1]-مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 490-491.

[2]- محمد عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص 142.

[3]- دمروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 491.

[4]- المرجع نفسه ، 391.

لم يحدد المشرع الفرنسي حدا لهذا النوع من التمديد ، كالحالة السابقة إنما ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن التمديد يجب ألا يتجاوز ثلث المدة الأساسية المنصوص عليها في العقد [1] ، ويشترط لتحقيق هذه الحالة توافر عدد من الشروط يمكن تلخيصها بالآتي:[2]

- أن تكون الاستثمارات الإضافية ضرورية ، وإن تكون الإدارة قد طلبت تنفيذها.
- أن تكون هذه الاستثمارات الضرورية لحسن تنفيذ المرفق ، أو لتوسيع نطاقه الجغرافي.
- ألا تكون هذه الاستثمارات الضرورية قد تم الاتفاق عليها في العقد الأساسي.
- ألا يكون من شأن هذه الاستثمارات تعديل الموازنة العامة للتفويض ، و يكفي أن تؤدي إلى مجرد التعديل وليس إلى قلب التوازن المالي للعقد.
- ألا تكون الفترة المتبقية من الإنفاق كافية لتنفيذ ، أي إن مدة العقد الأساسية غير كافية لتحقيق الاستثمارات الإضافية غير المنظورة.

قد يكون من المفيد التنبيه إلى أنه إذا كان التفويض قد تم إقراره من شخص غير الدولة ، فإن التمديد المشار إليه سابقا لا يمكن تطبيقه إلا بعد تصويت المجلس الدستوري ، فضلا عن أن تمديد عقد تفويض المرفق العام يتم من خلال التوقيع على ملحق للعقد ، دون الخضوع لإجراءات الإعلان المسبق ، على أن لا يؤدي ذلك إلى الإخلال بالجانب الاقتصادي لعقد التفويض ن إذ يجب في تلك الحالة التمسك بمبدأ المنافسة حرصا على تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: بدلات استثمار المرفق العام والرسوم التي يدفعها المنتفعون من خدمة المرفق العام

لقد نصت المادة 40 من قانون سابان في الفقرة السادسة منها ، على أن تحديد الأتاوات التي يدفعها صاحب التفويض يجب أن تحدد في اتفاقية التفويض وتدفع هذه الآتاوات بصورة دورية شهرية أو فصلية[1].

[1]- مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 501.

[2]- مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 515.

إن بدل الاستثمار هو المبلغ النقدي الذي يدفعه المفوض إليه (المتعاقد مع الإدارة) إلى السلطة المانحة ، مقابل تمتعه بحقوق معينة ، كحقه بأشغال أجزاء من الأملاك العامة التي تعطي له من قبل السلطة المانحة للتفويض ، أو مقابل نفقات تتكبدها السلطة مانحة التفويض ، ومن قبل هذه الآتاوات ، الرسوم التي يدفعها صاحب التفويض إلى السلطة المانحة في إطار عقد أجارة المرفق العام ، فهي تدفع إلى الإدارة العامة مقابل الأعباء التي تكبدتها في إعدادات الإنشاءات الأولية لتشغيل المرفق ، ويعد الرسم ، لقاء استهلاك هذه المنشآت التي يستعملها صاحب التفويض دون أن يتكبد أية نفقات في إقامتها[2].

1- حقوق الاشتراك بعقد تفويض المرفق العام

لقد ظهر مفهوم حقوق الاشتراك بالعقد في ظل النظام الملكي الفرنسي القديم بحيث كانت السلطات الملكية تمنح إلى شخص آخر حقوق امتياز إشغال جزء من الأملاك العامة أو تشغيل أحد المرافق العامة ، ويتم بيع هذا الحق لأن أصله تجاري مقابل مبلغ محدد أطلق عليه تسمية حقوق الاشتراك بالعقد[3].

في مرحلة لاحقة ، وحيث أن المرافق العامة لا تشكل أصولا تجارية يتم التنازل عنها للغير ، إنما يتم تفويض إدارتها واستثمارها إلى شخص من أشخاص القانون الخاص ، مقابل أن يتولى الشخص الخاص دفع مبلغ مقطوع إلى السلطة مانحة التفويض لدى إبرام العقد معها ، وهذا ما بات يعرف اليوم بحقوق الدخول [4] قد يكون من المفيد الإشارة ، إلى أن المتعاقد صاحب التفويض يسترد المبلغ المدفوع محل حقوق الاشتراك من الرسوم التي يحصل عليها من المنتفعين بالخدمة المرفقية ، يحسبان

---

[1] - Art 40/6, loi sapin « les montant et les modes de calcul des droits d'netrée et des redvance versées par le délégataire a la colletivité doivent etre justifies dans ces convention »

[2]- مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص496 .

[3]- مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 496-497.

[4]- عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت، في القانون المقارن، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2008،، ص162.

أن الرسوم التي يحصل عليها صاحب التفويض –المستثمر– من المنتفعين لابد أن تغطي سائر ما يتحمله المتعاقد من أعباء فضلا عن تحقيق هامش من الربح[1].

قد كان قانون (سابان) 122 لعام 1993 في المادة /40/ منه على ضرورة أن يتضمن عقد التفويض كيفية احتساب حقوق الدخول عند وجودها ، فقد نصت إحدى فقرات هذه المادة على : "إن اتفاقية التفويض لا يمكن أن تتضمن بنودا تلقي على عاتق صاحب التفويض تنفيذ خدمات أو أداء مدفوعات غريبة عن الموضوع عقد التفويض" كما ألزمت تلك المادة أن "تحدد البدلات التي يدفعها صاحب التفويض في اتفاقية التفويض ويتم أداء هذه البدلات بصورة دورية ، شهرية أو فصلية"[2].

ما تجدر الإشارة إليه ، هو أن المشرع الفرنسي ، ومن خلال أحكام القانون رقم 95-101 الصادر في شهر شباط من عام 1995 ، المعدل لبعض مواد قانون سابان ، حيث حظر دفع مقابل التعاقد إذا كان التفويض يتعلق بمياه الشرب والتطهير والنفايات المنزلية وغيرها من النفايات.

2- الرسوم التي يدفعها المنتفعون من خدمة المرفق العام

لابد من التأكيد على أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة كما ذكرنا أحد أهم عناصر تقنية التفويض ، علما أن تلك العناصر تمثل ترجمة عملية للطابع الاقتصادي والمالي لتقنية التفويض ، خاصة أن المتعاقد مع الإدارة (المفوض إليه) يسعى للحصول على ثمار استثمار المرفق العام ، ويمكن في ضوء ذلك التمييز بين نوعية من العائدات:

[1]– د. مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص496 .

[2]– عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق، ص163.

1- الثمن

هو المبلغ الذي تدفعه الإدارة للشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام ، كمقابل للخدمات التي يؤديها المتعاقد ، والذي يحسب بالنسبة للنفقات اللازمة لتأديتها ، أي مبدئيا هو المبلغ الذي لا يمت بصلة إلى عامل الاستثمار[1].

2- الرسم

هو المبلغ الذي يتقاضاه المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام من المنتفعين بخدمات المرفق ، وبعبارة أخرى هو رسم يدفعه المنتفع مقابل الخدمة التي سيحصل عليها ، فالاجتهاد التقليدي ، ربط وجود التزام المرفق العام (كنموذج شائع لتفويض المرافق العامة) بتعرفة أو رسم يتقاضاه الملتزم من المنتفعين ، وقد تم تكريس هذه الصلة في فرنسا ، من خلال مطالعة مفوض الحكومة (Chadent) في قضية (Gaz Bordeaux) عندما عرف التزام المرفق العام بأنه:"العقد الذي من خلاله يكلف فردا أو شركة بتنفيذ شغل عام أو تحقيق مرفق عام ، مع تقاضي لعائدات لقاء استثمار المنشأة العامة أو تنفيذ المرفق العام ، مع حق فرض رسوم على المنتفعين من المرفق أو المستفيدين من خدماته[2].

إن تحصيل الرسم من قبل المنتفعين هو المعيار الذي أخذ به الاجتهاد ، والذي يميز التزام المرفق العام من غيره من العقود الإدارية الأخرى ، حيث عد الاجتهاد القضائي في فرنسا أن تقاضي المتعاقد مع الإدارة الثمن مقابل الخدمات التي يؤديها هو مؤشر على وجود عقد أشغال عامة وليس عقد التزام مرفق عام ، وإن كان موضوع العقد يتعلق باستثمار لنشاط مرفقي[3].

لذلك فقد أورث الاجتهاد القضائي رؤية جديدة مضمونها عدم وجود مسوغ للحديث عن استقلال مفهوم العائدات عن استثمار وإدارة المرفق العام ، بحسبان أن العائدات ما هي إلا نتيجة للاستثمار ، وقد تأكد ذلك عندما عد الاجتهاد أن الثمن المدفوع من الإدارة ، هو جزء

[1]- د.وليد حيدرجابر ، مرجع سابق ، ص 99.

[2]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 169

[3]- عبد القادر مُحَّد عبد القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية، و الإقتصادية و الإجتماعية، لمشروعات البوت، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 322.

من العائدات الإضافية المتمثلة بالرسوم المدفوعة من جانب المنتفعين ، دون أن يحدد ما إذا كان الثمن يرتبط بنتائج الاستثمار ، وفيما إذا كان يجب أن يفوق الرسوم المدفوعة أم لا.

تبعا لذلك وأمام هذا المفهوم الواسع للاستثمار ، فإن عائدات الشخص المفوض إليه بإدارة واستثمار المرفق العام ، لا تقتصر على رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، أو على ثمن تدفعه الإدارة ، بل يمكن أن تشمل أشكالا أخرى من أشكال العائدات ، كالعائدات التي يحصل عليها المفوض إليه من الإعلانات التي تقدمها المنشأة التابعة للإدارة ، وعليه فليس من السليم تحديد مفهوم صارم للعائدات ، بل الأجدى الاعتماد على مفهوم مرن لها ، قابل للتطور مع مرور الزمن ، تماشيا مع التطور الحاصل والذي قد يحصل في تطبيق تقنية تفويض المرافق العامة.

الجدير بالذكر ، هو أن المادة /40/ من قانون (سابان) لعام 1993 نصت إحدى فقراته على وجوب أن يتضمن عقد التفويض المرافق أحكاما تعنى بالرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين من الخدمات التي يؤديها المرفق العام ، فضلا عن تحديد معايير و مؤشرات تطورها [1] وهذا ما أكده بدوره الاجتهاد الإداري في فرنسا[2].

تبعا لأحكام المادة /40/ من قانون (سابان) المذكور آنفا ، ولما استقر عليه الاجتهاد ، نجد أن المشرع الفرنسي أكد وجوب تدخل الإدارة بتحديد الرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين من خدمات المرفق العام ، بحيث ليس لصاحب التفويض الحرية في تحديد تلك الرسوم ، بحسبان أن الرسوم هي من المسائل المرتبطة ارتباطا وثيقا بتنظيم وتشغيل المرفق العام ، تحقيقا للمصلحة العامة لذلك تحتفظ الإدارة بحقها في تحديد الرسوم ، دون أن يكون للمتعاقد الحق في فرضها أو تعديلها.

يضاف إلى ما تقدم ، فإن الرسوم أنما تعكس بشكل غير مباشر كلفة تشغيل المرفق العام ، علما أنه يمكن للإدارة مانحة التفويض أن تتدخل بدفع بعض المساهمات للمتعاقد ، في الحالة التي لا تغطي

[1]- عبد القادر محمّد عبد القادر عطية، نفس المرجع، ص 350

[2]- عمر أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود الإلتزام المرافق العامة، طبقا لنظام (B.O.T)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص215.

فيها الرسوم كلفة تشغيل المرفق العام ، كذلك تدخل كلفة صيانة المنشآت والتجهيزات واستهلاك الأصول في احتساب الرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين[1].

الجدير بالذكر أن المبالغة في تحديد الرسم الذي يفرض على المنتفعين ، تؤدي إلى المساس بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، الذي يعد أحد الأسس الكبرى التي تحكم سير المرفق العام ، لذلك فقد كان هناك اختلاف قضائي وفقهي حول تكييف شرط المقابل المالي في عقد الالتزام ، وفيما إذا كان من قبيل الشروط التعاقدية ، للإدارة ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استقر على أن الرسم الذي يجب تقاضيه من المنتفعين من خدمات المرفق العام ، إنما يعد عنصرا من عناصر تنظيم المرفق العام محل الالتزام ، تحتفظ جهة الإدارة بالسيادة عليه ، وهو لا يكون محلا لإطار عقدي ما بين الإدارة المانحة والملتزم ، لذلك يجب أن يحدد بالطريق الانفرادي المتجسد بالقرارات الإدارية[2].

من جانبنا نرى أنه وفقا لأحكام قانون (سابان) وبخاصة المادة /40/منه أنفة الذكر ، فإن عقد تفويض المرفق العام يجب أن يتضمن المعايير و المؤشرات التي ينبغي اعتمادها في تطوير الرسوم ، ويعود السبب في ذلك لاحتمال وقوع ظرف طارئ في أثناء تنفيذ العقد تجعل من الرسوم المحددة بموجب العقد مخلة بالتوازن الاقتصادي والمالي للعقد ، ففي تلك الحالة يمكن الاستناد إلى تلك المعايير لإعادة النظر بتحديد الرسوم بما يحقق الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد في مواجهة الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: تنفيذ عقود تفويض المرافق العامة

وفقا للمفهوم القانوني لتقنية تفويض المرفق العام تبقى السلطة المفوضة صاحبة السلطة السيادية في المرفق العام و بالتالي يبقى المفوض له في حالة تبعية مباشرة هذه الأخيرة فيما تفرضه عليه من إلتزامات و ما تمنحه من إمتيازات السلطة العامة.

[1]– مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص495 .

[2]–د. مهند مختار نوح ، مرجع سابق ، ص 53.

و بالتالي هناك صلة وثيقة بين تفويض المرفق العام و المبادئ العامة التي تسود نظرية المرفق العام ، بل أن وجود تقنية تفويض المرفق العام مرتبط أساسا بتطبيق هذه المبادئ المذكورة سلفا.

يتولى المفوض إليه في تقنية تفويض المرفق العام استغلال المرفق العام بذاته ، وعلى مسؤوليته ، لذلك فإنه يتمتع بمجموعة من الحقوق ، لا يشاركه فيها غيره من المتعاقدين مع الإدارة ، ومن هذه الحقوق تقاضي مقابل من المستفدين من المرفق ، والحق في بعض امتيازات السلطة العامة ، وتخضع عملية تنفيذ عقود تفويض المرفق العام المبادئ العامة في العقود الإدارية ، ومع ذلك فإن تطبيق هذه المبادئ على تلك العقود ، يتميز في أحيان كثيرة سواء لتشديد الرقابة على المفوض إليه ، أم في تحديد الشروط التي يجوز للسلطة الإدارية أن تعدلها بإدارتها المنفردة ، أو لتقرير ضمانات للمفوض إليه في حال توقيع جزاءات عليه[1].

وعلى أية حال ، فإنه بالرغم من تعدد صور تفويض المرافق العامة واختلاف بعض أحكام كل منها ، إلا أنها تشترك في قواعد عامة تتعلق بحقوق والتزامات كل من الإدارة من جهة ، والمتعاقد صاحب التفويض من جهة أخرى.

إلى جانب ذلك فإن هذا النوع من المشروعات لن يكتب لها النجاح ، إذا لم يتوافر المناخ القانوني المناسب ، و يترسخ ذلك من خلال أحكام قانونية حديثة في الدولة المستقبلة، تتلائم وطبيعة هذه المشروعات ، من شأنها تيسير المعاملات اللازمة لتنفيذ هذه المشروعات ، مما يساعد على تخفيض درجة المخاطرة القانونية المتوقعة بشأن الاستثمار في البلد المستقبل[2] لذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناولها على الشكل التالي:

المطلب الأول: حقوق والتزامات الإدارة المانحة لتفويض المرافق العامة.

المطلب الثاني: حقوق والتزامات المفوض إليه .

[1] – محمد محمد عبد اللطيف ،مرجع سابق ، ص 149.

[2]_[2] – عمر أحمد حسبو، مرجع سابق، ص 222.

المطلب الأول: حقوق والتزامات الإدارة المانحة لتفويض المرافق العامة

تتمتع الادراة بوصفها الطرف مانح التفويض في عقود تفويض المرافق العامة بعدد من الحقوق المالية إلى جانب حقها في توقيع جزاءات على المتعاقد ، فضلا عن حقها في الرقابة الذي يجد هدفه في أن حسن سير المرفق العام يهدف من حيث النتيجة إلى تحقيق مصلحة عامة ، بالمقابل يقع على كاهل الإدارة بإعتبارها طرفا في عقد تفويض المرفق العام عددا من الالتزامات تتصل باحترام الشروط التعاقدية ، إلى جانب الوفاء بالحقوق المالية للمفوض إليه.

لذلك سنتطرق إلى : حقوق السلطة الإدارية مانحة التفويض ومن ثم إلى التزاماتها ، وفقا للآتي:

الفرع الأول: حقوق السلطة الإدارية مانحة التفويض المرفق العام

تتمتع الإدارة مانحة التفويض بإمتيازات و سلطات لا مقابل لها بإعتبارها المسؤولة الأولى عن المرفق العام بحيث تتمثل أساسا هذه الحقوق في حق الرقابة و الإشراف ، حق التعديل، حق توقيع الجزاءات .

1-حق الرقابة و الإشراف، هذا الحق مستمد من طبيعة المرفق العام لأن الإدارة ما تزال مسؤولة عن المرفق بالرغم من تفويض إدارته [1] فسلطة الوقاية و الإشراف تبقى في يدها لكون الإتفاقية تحت مسؤوليتها و ضمان الخدمة العامة من بين أهدافها الأساسية و الأصيلة فسلطة الرقابة و الإشراف حتى إذا لم يتم النص عليها في دفتر الشروط فهي مقررة للإدارة و بالتالي يجوز لها توسيع هذه الرقابة لأنها من النظام العام .

إن الرقابة هنا تكون على تنفيذ مجمل شروط العقد،[2] قد تكون رقابة إدارية و فنية و مالية فهذه الأخيرة تتولاها السلطة مانحة التفويض حيث تقوم بالتفتيش في حسابات المتعاقد الخاصة بإستغلال المرفق العام، فالمتعاقد في نطاق عقود تفويض المرفق العام يلزم بمسك دفاتر منتظمة وفقا لقواعد المحاسبتية المتعارف عليها و المعمول بها[3] و يحق ايضا للإدارة أن تقوم بإصدار أوامر ملزمة للمتعاقد معها لتنفيذ إلتزاماته على نحو معين أو على أخر ففي عقد الإمتياز

1- مُحَمَّد مُحَمَّد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص182

2- إيدير نصيرة، مرجع سابق ، ص 41

3- أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 200

مثلا يخضع صاحب الإمتياز لإشراف و رقابة توجيه دائم من طرف السلطة المانحة للإمتياز، و يجب عليه تنفيذ الأوامر التي تصدرها له و إلا وقعت عليه الجزاءات التي تمتلكها.[1]

2-حق تعديل نصوص الإتفاقية الواردة في العقد دون الوقوف على إرادة المفوض له: من إمتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة اثناء تنفيذ العقد الإداري حقها في تعديل النصوص الإتفاقية في العقد مما يزيد أو ينقص من إلتزامات المتعاقد الأخر و هو المفوض له و دون الحاجة إلى موافقته حيث يكمن اساس حق الإدارة المانحة للتفويض في التعديل بماهو من متطلبات و إحتياجات المرفق العام[2] ، حيث يعتبر الاستاذ محيو أنه يجب على التعديلات التي قد تطرأ على شروط العقد ، أن لا تؤدي إلى تغيير جدري في العقد بشكل يمس مضمون العقد نفسه، و يجب كذلك على التعديلات أن لا تمس بالإمتيازات المالية التي ينص عليها العقد لصالح المتعاقد و أخيرا فإنه يجب على الإدارة أن تدفع أحيانا تعويضات.[3] فقد تختلف و تتنوع صور تعديل شروط العقد حسب الظروف و هي يمكن أن تتمثل فب مايلي

-حجم أو نوعية الخدمات المتفق عليها لإقامة المرفق العام و إستغلاله،

- تعديل شروط تنفيذ العقد المتفق عليه،[4]

- تعديل تنفيذ مدة العقد.[5]

كما قد يرد التعديل على المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له كأن تتدخل الإدارة لتعديل المقابل المالي بالزيادة أو بالنقصان دون تدخل المفوض له

1- محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، جامعة الغسكندرية2002، ص 838

2- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادىء أحكام اتلقفانون الإداري، منشورات الحلب الحقوقية، جامعة بيروت العربية، 2002، ص 531.

3- لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الجزائر، 2004، ص440

4- آكلي نعيمة، ملرجع سابق، ص 102

5- مرجع نفسه، ص102

أ- حق الإدارة في الحصول على المقابل المالي

تأخذ هذه الحقوق شكل مبالغ مالية يتم الاتفاق على تحديدها كمقابل للرخصة الممنوحة للمستثمر ، في إدارة واستثمار المرفق العام يتم احتسابها إما بصورة مقطوعة ، أو وفقا لعناصر ومعايير معينة هي : [1]

- مبالغ مالية يدفعها المستثمر لقاء إشغاله ملكا عاما أو استخدامه لمنشآت عامة.
- أرباح تتقاضاها الإدارة تضاف إلى المبالغ المالية المذكورة وترتبط بنتائج الاستثمار.

يتحقق ذلك أيضا ويوجه خاص في عقد إيجار المرفق العام (الامتياز) عندما يلتزم المفوض إليه بدفع إتاوة مبلغ مالي محدد للسلطة المفوضة ، غير أن دفع الإتاوة لا يستبعد تماما في عقود التزام المرافق العامة ، فقد ينص العقد على قيام الملتزم بدفع مبلغ محدد للسلطة مانحة الالتزام.

3- حق الإدارة في فرض الجزاءات على صاحب التفويض

يمكن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في هذا الحق على المتعاقدين معها في النصوص التعاقدية أو التنظيمية المدرجة في قوائم الشروط العامة ؛ لأن الإدارة مسؤولة عن حسن سير المرفق العام أمام المتعاقدين معها بعقد إداري ، ولضمان ذلك فإن لها الحق في توقيع الجزاء المناسب في حالة الإخلال في تنفيذ إحدى الالتزامات المترتبة [2].

كما يجد هذا الحق مصدره في امتيازات السلطة العامة ، التي تخول الإدارة مانحة التفويض توقيع جزاءات على المتعاقد معها لامتناعه أو إهماله في أداء التزاماته فللإدارة الحق بتوقيع الجزاءات بنفسها ، دون حاجة إلى مراجعة القضاء ، باستثناء حقها في فرض جزاء الإسقاط كما يحق للإدارة أن توقع الجزاء الذي تراه مناسبا حتى لو لم يكن منصوصا عليه في أحكام عقد التفويض.

[1]- وليد حيدر جابر ، مرجع سابق ، ص 326 ، 327.

[2]- هارون عبد العزيز الجمل ، الجزاءات في عقود الأشغال العامة ، مكتبة سعيد رأفت ، جامعة عين الشمس ،ط1 ، القاهرة ، 1979 ، ص 73.

تتنوع تلك الجزاءات من فرض الغرامات إلى وضع المرفق تحت الحراسة إلى الإسقاط أو الفسخ وفقا لما يلي:

أ- **الغرامات:** وهي تعويض جزافي يتم الاتفاق عليه لمواجهة إخلال المتعاقد بأي من التزاماته ، خصوصا الإخلال بالشروط الخاصة بمدة التنفيذ [1] وبالتالي فمن حق الإدارة مثلا فرض الغرامات على الملتزم النقل في حال وجود مخالفات مثل عدم تسيير جميع السيارات المتفق على استخدامها من قبل المتعاقد [2]،و يخضع فرض الغرامات من جانب الإدارة المتعاقدة للقواعد التالية: [3]

- تخضع الغرامات للقواعد الخاصة للجزاءات ، من أهمها ضرورة الإنذار ، إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.

- إن مصدر الغرامات هو نصوص العقد ذاته ، ويترتب على ذلك ، أنه لا يجوز للإدارة أن تطالب بأكثر من المبلغ المحدد للغرامة ، ولا تملك الجمع بينهما و بين التعويض ، ولا يجوز للمتعاقد أن ينازع في استحقاقها استنادا إلى عدم حدوث ضرر ، ولا أن يتنازع في مقدارها استنادا إلى أي ضالة الضرر الناشئ عن مخالفة الالتزام.

- إن فرض الغرامة منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة ، ويترتب على ذلك أنه يحق للإدارة عدم فرض الغرامة سواء دون قيد أم شرط ، أم لقاء تخلي المتعاقد عن الحق في أية شكوى ، كما يجوز للإدارة إعفاء المتعاقد من الغرامة بعد فرضها.

- أن يكون خطأ صاحبا الالتزام جسيما: أي أن يرتكب الملتزم خطا جسيما وعلى درجة كبيرة من الخطورة ، دون أن يصبح بالإمكان معالجته.

- وجوب إنذار صاحب الالتزام وهو شرط ضروري ، إلا في حال قد تم الاتفاق في العقد على عدم التزام الادارة بهذا الشرط ، أو إذا صرح المتعاقد تلقائيا أنه غير قادر على متابعة إدارة المرفق.

---

[1]- د.مُحَمَّد مُحَمَّد عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص 198-199.

[2]- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 301.

[3]- عمر أحمد حسبو، مرجع سابق، ص 230.

– وجوب صدور حكم قضائي بالإسقاط: وهذا الشرط ينفرد به عقد الالتزام دون سائر العقود الأخرى ، والتي تتمتع فيها الإدارة بصورة منفردة في ممارسة جزاء الإسقاط من قبلها مباشرة دون الحاجة إلى إصدار حكم قضائي في هذا الشأن والجدير بالذكر في هذا الخصوص وجود جزاء آخر إلى جانب الإسقاط ، وهو الفسخ ، ويمكن تعريف هذا الأخير على أنه ، جزاء بمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها [1] ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد ميز في هذا المجال بين الإسقاط والفسخ ، فالإسقاط يقتصر فقط على عقود التزام المرفق العام ، أما الفسخ فهو يرد على باقي العقود الإدارية ما عدا الالتزام ، لما للإسقاط من أحكام تختلف عن الفسخ الذي توقعه الادارة بنفسها في باقي العقود الإدارية [2]

3– حق الإدارة في الرقابة

بينما كان موضوع عقد الالتزام ينصب على مرفق عام ، فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يرى وجوب إخضاع الملتزم لأكبر قدر ممكن من الإشراف فالدولة هي المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة فإذا عهدت إلى غيرها أمر القيام بها لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون نائبا عنها في أمر هو من أخص خصائصها.

هذا النوع من الإنابة ، لا يعد تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسؤولة تجاه أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا الدخل ، فتفرض على الملتزم عبئا جديدا يزيد على ما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه وهي في ذلك كله لا تستند إلى عقد الالتزام بل سلطتها العامة متمتعة في ذلك بامتياز وسيادة ينتفي معها كل طابع تعاقدي ، الأمر الذي يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون الخاص المتعلق بالالتزامات.

لذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تحويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق و استغلاله، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل

[1]– جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 226.

[2]–.مهند مختار نوح ، مرجع سابق ، ص 256.

بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها،أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعاً له فالدولة بصفتها السلطة العامة على رعاية الصالح العام من واجبها ضمان حسن سير المرافق العامة و استغلالها و إدارتها و كفالة ذلك كله محققة بما لها من حقوق الإشراف و التدخل و التعديل حسبما تمليه المصلحة العامة، وهي حقوق لا تملك السلطة العامة مانحة الالتزام عنها، كما أنَّها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحاج بأنها تمس الحق الأعلى و تخل بشروط عام[1].

وعلى ذلك فإن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الالتزام هي من السلطات الثابتة التي لا يمكن التنازل عنها، و كما يقول البعض، هي سلطة تحمل طابع إلزامي بمعنى أنه يتعين على الإدارة في بعض الأحيان أن تتدخل و أن تستعمل سلطتها في سبيل تحقيق المصلحة العامة.

فالإدارة ينبغي عليها إذن أن تراقب إدارة المرفق عن قرب و أن تتخذ الإجراءات اللازمة لضمان وفاء الملتزم بتعهداته المتعلقة باستغلال و تسيير المرفق و المنصوص عليها في دفتر الشروط، و إهمال الإدارة في هذا الصدد يفتح الباب أمام المنتفعين لمطالبتها بالتعويض[2].

كما تتمتع الإدارة بالحق في مراقبة تنفيذ العقد المبرم، و لها بمقتضى هذه السلطة الحق في توجيه المتعاقد بضرورة الالتزام بالتنفيذ وفقاً لما نص عليه في العقد، وهذه السلطة مقررة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها ضمن الشروط[3].

إن الرقابة التي تتولاها الدولة من خلال مؤسساتها التشريعية و الإدارية و القضائية، تشكل ضمانة حقيقية في النجاح بتحقيق هده التفويض المتمثل بدوام سير المرفق العام بالشكل الأمثل، بما يمكن من تقديم الخدمة العامة للمنتفعين منه، تحقيقاً للمصلحة العامة.

وسنتناول فيما يأتي ، البحث بمختلف أنواع الرقابة على تنفيذ عقود تفويض المرافق العامة وهي التشريعية و الفنية و المالية و القضائية:

[1] – جابر جاد نصار ، المرجع نفسه،ص 227-228.

[2] –المرجع نفسه، ص228.

[3] – صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 236.

الرقابة التشريعية

الرقابة على عقود المرافق العامة تكمن في الرقابة التشريعية، ومن خلال نصوص القانون تتيح للإدارة استخدام تقنية التفويض، وترسم حدودها، و تمارس تلك الرقابة، السلطة التشريعية، وفقاً للنظام الدستوري لكل دولة، من خلال وسائل متعددة تختلف من نظام قانوني إلى آخر.

في مصر فقد أوجب الدستور في المادة 123 منه على أن يحدد القانون القواعد و الإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية و المرافق العامة..وفي سوريا فقد نص الدستور المادة 71 منه على أن يتولى مجلس الشعب إقرار الاتفاقات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية و كذلك المعاهدات و الاتفاقات التي تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها أو التي تخالف أحكام القوانين النافذة و التي يتطلب نفاذها إصدار تشريع جديد."

من جانباً نرى أن الالتزامات أو تفويض المرافق العامة من الموضوعات ذات الأهمية ويجب أن يراعى فيها مبادئ المصلحة العامة لذلك فقد جعلت غالبية الدساتير اختصاص ذلك في عهدة السلطة التشريعية لتمارس رقابتها على هذه الالتزامات من خلال عرض هذه الالتزامات على السلطة التشريعية لمناقشتها بشكل موسع لإقرارها ويعد وبعد ذلك إصدارها.

أ. الرقابة الإدارية

هي الرقابة التي تمارسها الإدارة مانحة التفويض على المتعاقد معها(صاحب التفويض) إذ يعد الأخير خاضعاً لرقابة الإدارة طيلة فترة التفويض، بحسبان أنّ الإدارة مسؤولة في النهاية عن سير مرافقها العامة تحقيقاً للمصلحة العامة.

كما أنَّ المشرع الفرنسي وفقاً لما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 40 من قانون (سابان) لعام 1993 ، المعدل في 1995/02/08، ألزم المتعاقد بتقديم تقرير سنوي إلى الإدارة قبل الأول من حزيران من كل سنة، يتضمن حسابات للعمليات المرتبطة بتنفيذ عقد التفويض، فضلاً عن تحليل يبين فيه خطط و تطلعات صاحب التفويض لتطوير المرفق العام، الأمر الذي يمكن الإدارة من الوقوف على مدى احترام

المتعاقد لدفتر الشروط و للأحكام الواردة في عقد التفويض[1]، وبالتالي يجب يتضمن التقرير المذكور البيانات التالية:

- الوسائل الفنية المستخدمة في تشغيل المرفق العام، وبرامج تحديثها.
- وضع العاملين في المرفق العام لجهة مؤهلاتهم و تدريبهم المستمر.
- مدى تلبية المرفق العام للحاجات التي يطلبها المنتفعون من خدماته.
- الرسوم المفروضة ومدى تناسبها مع الخدمة المؤداة.
- مدى تقييد صاحب التفويض بالشروط البيئية في تنفيذه للعقد.

كذلك فقد فرض المشرّع الفرنسي على السلطة المانحة إرسال العقد إلى ممثلي الدولة مع الأوراق الأساسية خلال مدى 15 يوماً من توقيعه، بالمقابل فقد فرض على الأشخاص العامة المحلية الخاضعة لوصاية المحافظ إرسال العقد للمحافظ خلال 15 يوماً من تاريخ توقيع العقد، بحيث يمكن للمحافظ أو لممثل الدولة دراسة العقد و التحقق من صحته ومدى انطباقه على الأنظمة و القوانين النافذة خلال مهلة شهرين، وفي حال وجود أية مخالفة وجب عليه العقد للقضاء الإداري للنظر فيه[2].

ب.الرقابة المالية

يقصد بالرقابة المالية،"حق الجهة مانحة الالتزام في التفتيش على حسابات المتعاقد المتعلقة باستغلال المرفق العام محل العقد".و يتعرف القضاء الفرنسي للجهة مانحة الالتزام بحق ممارسة الرقابة المالية، بمعناها المتقدم، في مواجهة الملتزم سواء انصبت هذه الرقابة على الميزانيات التي يقدمها أم على العقود التي يبرمها مع الغير أم على الحسابات الخاصة باستغلال المرفق بوجه عام، ومن حق

[1] Art 40-1,Loi Sapin(L.n 95-127 du 8 fer.1995) :Le délégataire produit chaque anné avant le 1ex juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opération afférents a l'exécution de la délégation de service public et nue analyse de la qualité de service .Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

[2] -.مروان محي الدين القطب، مرجع سابق،ص511.

الإدارة، بموجب هذه الرقابة، الإطلاع على كافة المستندات و الوثائق المحاسبية و توجيه نظر الملتزم إلى الأعمال التي من شأنها الإضرار بالمصالح المالية للدولة، أما عن مصر حيث بينت المادة السابعة. من القانون رقم 129 لعام 1947، حق الإدارة في رقابة الملتزم من الناحية المالية و ذلك بوساطة مندوبيها الذين يتم تعيينهم في الفروع و الإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام، أن يتعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية، وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة كل ما قد يطلبونه من معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت[1].

- **المطالبة بالتعويض:**

هو عبارة عن مبلغ نقدي يفرض في حق صاحب الالتزام الذي أخل بالتزاماته التعاقدية أوالقانونية و أدى ذلك إلى وقوع ضرر على الإدارة. وهنا يحق للإدارة الحصول على تعويض على جميع الأضرار التي لحقت بها، إذ يجوز فرض هذا الجزاء إلا إذا وقع الملتزم في خطأ أدى إلى حصول أضرار، وهذا الأمر يستوجب على الإدارة أولاً إثبات وقوع الخطأ وحجم الأضرار حتى يحق لها فرض مثل هذا الجزاء، وفي أغلب الأحيان يتم تقدير ذلك بحكم قضائي[2].

الجدير بالذكر، أنَّ هذا التعويض يلزم صاحب الالتزام في أدائه، دون أن يحق له أن ينازع في مدى استحقاق الإدارة له، أو الادعاء به بأنه لا يتناسب و الأضرار الكبيرة التي لحقت بالإدارة جراء الإخلال، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر أنَّ تجاوز قيمة الغرامات لأسعار النقل لا يبرر تقليصها[3].

الفرع الثاني: إلتزامات السلطة الإدارية مانحة التفويض

تتمثل واجبات السلطة الإدارية في تنفيذ الحقوق العائدة للمستثمر، بغية إنجاح تقنية التفويض في إدارة و استثمار المرفق العام، لأن هذه السلطة تبقى مسؤولة عن حسن سير المرفق العام، وهذا ما أكده

[1] -المرجع نفسه ، ص231-232.

[2] - مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق،ص251.

[3] - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق،ص121.

جميع التشريعات حين رأت أن السلطة مانحة الامتياز تبقى مسؤولة تجاه الغير عن الأضرار التي تصيبهم من جراء عدم حسن سير المصلحة العامة، وتقصير صاحب الالتزام في إدارة المرفق العام، ولها أن تعود بما حكم عليها به.

لذلك، فإننا سنتناول الحديث عن الالتزامات التي تقع على عاتق السلطة الإدارية؛ وفقاً للآتي:

1. التزام الإدارة بخلق مناخ استثماري ملائم تمهيداً للدخول في تقنية التفويض:

إن لجوء السلطة الإدارية إلى تقنية التفويض يفرض عليها وضع خطوط عريضة للمرفق موضوع التفويض؛ لأن هذه السلطة تهدف في تفويضها للمرفق العام الحصول على أفضل خدمة و بتكلفة معقولة، تنسجم ومفهوم المصلحة العامة.

هدف المصلحة العامة لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال خلق بيئة استثمارية أبرز سماتها الخصائص التالية[1]:

– توافر إطار قانوني و تنظيمي ثابت، ينبثق من البنية السياسية و الاقتصادية في الدولة، ويتحدد بقواعد شفافة وواضحة تكون مشتركة مع رقابة قضائية مستقلة، لأن الثقة كعنصر هام في توفير البيئة الاستثمارية لا يمكن تحقيقها إلا بفعل هذا الإطار الذي يبقى متصلاً بالاستقرار السياسي و الاقتصادي.

– المنافسة، لأنها أحد أهم الواجبات الملقاة على عاتق الجماعة العامة التي توفر المساواة و الشفافية، وقد عبرت عنها النصوص القانونية المتعلقة بتفويض إدارة واستثمار المرفق العام.

2– التزام الإدارة بتنفيذ بنود عقد التفويض:

تلتزم الإدارة باحترام الأحكام الواردة في دفتر الشروط و تنفيذها، بحسن نية تنفيذاً كاملاً، ويحظر عليها القيام بكل ما من شأنه أن يناقض تلك الالتزامات، إلا إذا كانت هناك حاجة ملحة تقتضيها المصلحة العامة، وقد يؤدي بمسؤولية الدولة بالتعويض على صاحب التفويض إذا أتت عملاً يستدل منه إغفالها لأحكام دفتر الشروط، وتكون المسؤولية مشتركة بينها وبين صاحب التفويض إذا تبين أن هذا الأخير هو مخلٌ أيضا بشروط العقد.

[1]– وليد حيدر جابر،مرجع سابق،ص 315.

كما يمكن اعتبار الإدارة مخلّة بالتزاماتها في حال عدم احترامها للامتيازات الممنوحة للمتعاقد صاحب التفويض، أو عند قيامها مثلاً بتعديل الرسوم المترتبة على المنتفعين خلافاً للأحكام الواردة في القانون، أو للأحكام التي نص عليها عقد التفويض[1].

كذلك الأمر، في بعض التشريعات ، إذا أوقفت الإدارة قسماً من الأشغال موضوع الالتزام يتجاوز السدس، جاز للمتعهد طلب إلغاء العقد و المطالبة بالتعويض عن هذا الإلغاء[2].

يتضح مما سبق أن ليس لصاحب الالتزام (المفوض إليه) التوقف عن إدارة و استثمار المرفق العام، في حال أخلت الإدارة بالتزاماتها، ولا يستطيع المتعاقد في هذه الحالة أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة، فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل التقاضي بل إن المتعاقد في هذا المجال لا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص بحسبان أن الدفع بعدم التنفيذ غير جائز في العقود الإدارية، فليس للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزامات، إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ بطبيعة الحال، وهنا يمكننا أن نلتمس طابع المرفق العام فيما يتعلق بأحكام العقود الإدارية، ذلك أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام و اطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب، مادام في وسعه أداء تلك الخدمة[3].

المطلب الثاني : حقوق و التزامات المفوّض إليه في تفويض المرافق العامة.

إن لصاحب التفويض (المتعاقد مع الإدارة) حقوقاً و يترتب عليه التزامات كسائر المتعاقدين مع الإدارة، غير أن هذه الحقوق و تلك الالتزامات تتميز إلى حد كبير في عقود التفويض عنها في العقود الأخرى، و ذلك بالنظر إلى مضمون هذه العقود المتمثل بإجارة و استثمار المرفق العام.

وسنتناول مطلبنا هذا في من خلال إبراز حقوق و التزامات أطراف هذه التقنية؛ وفقاً للآتي:

الفرع الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة

الحقوق التي يمنحها مبدا التكيف للمنتفعين، تشكل في وجهها الآخر نوعا من الغلتزامات المفروضة على عاتق الشخص المكلف و المنتفع له الحق في السير الطبيعي للمرفق العام و حقه هذا يدخل في إطار موجب

[1] – محمود أبو السعود، مرجع سابق ، ص235-238.

[2] – مروان محي الدين القطب، ص 245

[3]- سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص548.

الوسيلة و ليس موجب النتيجة الذي يقع على عاتق الشخص المكلف بتحقيق المرفق لأن ضرورات المصلحة العامة قد تؤدي إلى تطبيق مبدأ التكييف بصورة تضر المنتفعون و المنتفع له الحق في المطالبة بتحقيق المرفق بإعادة ترتيب سيره بما يتلائم مع التبدل في الظروف القانونية و الواقعية و عدم الإستجابة ، لذلك من شأنه أن يعرض المكلف إلى جزاءات تتراوح بين الإبطال و التعويض ، و نشير في الأخير إلى أن القضاء الإداري لايملك سلطة الرقابة على تقدير مبدأ التكيف إلا في حالة واحدة و ذلك عند وجود خطأ جسيم في التقدير، لكن الإجتهاد يجيز لا حقا أن يعود للقاضي فرض رقابته بصورة عادية، عندا يكون هناك نص يقيد السلطة المفوضة في تطبيق مبدأ وفقا للشروط معينة.[1]

من الحقوق التي يتمتع بها المفوض إليه، نوعين الأول في المقابل المالي الذي يحصل عليه من المنتفعين من الخدمات التي يؤديها المرفق العام، و يتمثل الثاني بتمتع صاحب التفويض بامتيازات خاصة نظراً لاضطلاعه بتشغيل المرفق العام؛ كما يلي:

1.حق صاحب التفويض في الحصول على المقابل المالي:

تمثل الرسوم التي يتقاضاها المتعاقد(صاحب التفويض) من المنتفعين المقابل المالي الذي يحصل عليه، كنتيجة مباشرة لاستثمار المرفق العام، وسبق أنْ أوضحنا كيف ألزم المشرع الفرنسي من خلال قانون (سابان) لعام 1993، و كذلك الاجتهاد القضائي، بأن يتضمن عقد التفويض تحديداً لتلك الرسوم، مع تحديد عوامل الإهتلاكات و الصيانة، كما أوضحنا أن الهدف من تدخل الإدارة في تحديد الرسوم هو تكريس مبدأ المساواة بين المنتفعين من المرفق العام.

إلا أنَّ مبدأ المساواة آنف الذكر لا يحول دون وجود تمييز في المعاملة بين المنتفعين على سبيل الاستثناء، و ذلك في حالتين اثنتين، تتمثل الأولى باعتبارات المصلحة العامة، أما الثانية فتتمثل باختلاف مراكز المنتفعين[2].

تبعاً لذلك، فإن منح أو تحديد رسوم خاصة لبعض المنتفعين، انطلاقاً من اختلاف المكان أو حجم الاستهلاك، لا يعد خرقاً لمبدأ المساواة بين المنتفعين، و يلتزم المفوض إليه بالمقابل بتقاضي الرسوم المحددة من قبل الإدارة وفقاً لتلك الاعتبارات.

[1]-

[2] – مُحَمَّد مُحَمَّد عبد اللطيف، مرجع سابق ،ص156.

قد يكون من المفيد الإشارة إلى أن تحصيل الرسوم من قبل المنتفعين يمكن أن يتم بطريقة مباشرة، إذ يمكن أن يتم تحصيل الرسوم بوساطة العاملين التابعين للشخص المفوض إليه. كما يحق للمفوض إليه أيضاً أن يعهد لشخص آخر القيام بتحصيل الرسوم من المنتفعين، و بالتالي فإن المفوض إليه يتبع في تحصيله للرسوم أساليب القانون الخاص، و لا يتمتع بأي امتياز بهذا الخصوص، ويجب عليه في حال امتناع أحد المنتفعين من أداء الرسوم المتوجب عليه اللجوء إلى القضاء لإلزامه بالدفع[1].

2. حق صاحب التفويض في الحصول على الامتيازات التعاقدية

تُمنح بعض الامتيازات للمفوض إليه بهدف تمكينه من موضوع عقد التفويض، المتمثل بإدارة و إستثمار المرفق العام، ومن هذه الامتيازات؛ نزع ملكية العقارات، و الأشغال العامة، وإصدار قرارات إدارية لتنظيم المرفق. وبالتالي فإنه يحق للمفوِّض إليه طلب نزع الملكية، دون أن يمثل ذلك اعتداء من قبله على الأملاك الخاصة، بحسبان أن المفوض إليه لا يملك سلطة نزع الملكية، إنما فقط يملك الحق بطلب نزع الملكية.

يضاف إلى ذلك، أن الأشغال التي تقوم بها الأشخاص الخاصة المفوضة، ستزول بنهاية العقد إلى جهة مانحة التفويض، فإن المتعاقد المفوِّض يقوم بإنجازها لحساب الإدارة، وهذا من شأنه أن يخضع تلك الأشغال لمبدأ حصانة المنشآت العامة، المتمثلة بعدم هدمها حتى لو تم تشييدها بشكل يخالف أحد القوانين الخاصة المتعلقة بمخالفات البناء.

حق صاحب التفويض بتمكينه من تنفيذ التزامه:

بمجرد إبرام عقد تفويض المرفق العام مع الإدارة فإن من واجب هذه الأخيرة اتخاذ الإجراءات اللازمة التي تسهل أداء المتعاقد لالتزاماته، فليس لها مثلاً تعديل العقد بما يخالف ما تم الاتفاق عليه، وليس لها أيضاً الحق في القيام بأي عمل من شأنه عرقلة تنفيذ المتعاقد، لإلتزاماته، وإلا جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء المختص لإلغاء الإجراءات غير المشروعة التي قامت بها الإدارة، مع المطالبة بالتعويض عمَّا أصابه من أضرار جراء هذه الإجراءات، إضافة لحقه في فسخ العقد[2].

[1] - المرجع نفسه، ص 158-159.

[2] - .مصطفى كامل محمّد علي، مرجع سابق، ص164.

كما أنَّ الإدارة ملتزمة بتمكين المتعاقد صاحب التفويض بإدارة و استثمار المرفق العام، وعليه فعندما لا تضع الإدارة الوسائل و الإمكانات المتاحة لتحقيق المرفق العام، بمتناول المتعاقد معها، جاز للأخير طلب فسخ العقد لجهة الأعمال التي لم تنفذ بعد، فضلاً عن مطالبة الإدارة بالربح الفائت عن الأشغال التي حرم من تنفيذها[1].

الفرع الثاني: الالتزامات المتعاقد مع الإدارة

بالنسبة للمفوض له تتمثل الإلتزامات التي يفرضها مبدأ التكيف مع تلك التي تفرضها مبدأ الإستمرارية ، فهو ملزم بإتخاذ كافة التدابير الضرورية و الملزمة بغية تكييف المرفق مع موضوع التعويض في إطار المنفعة العامة، دون أن يكون ملزما بإتخاذ تذابير تهدف إلى خدمة مصالحه الشخصية دون الجمهور كما تبقى مهمته خاضعة لصلاحية السلطة المفوضة في ممارسة أي تعديل أو إلغاء من جانبها أو حتى سلطتي الإشراف و الرقابة مع إمكانية الجزاءات الناتجة عن مخالفة المبدأ حسب ضرورة تطبيق مبدا التكيف.

أما بالنسبة للمنتفعين فليس له الحق في البقاء على المرفق العام أو على نظامه القانوني، إذ تبقى السلطة المفوضة صاحبة السيادة في تعذيل أو إلغاء نظام المرفق و جميع المسائل المتعلق به، كأوقات الدوام و الرسوم و شروط الإستفادة بالغتفاق مع المكلف بتسيير المرفق العام بموجب دفتر شروط عقد التفويض .

إن تقنية التفويض تتمثل، وكما وجدنا، بأن تعهد الدولة لأحد أشخاص القانون الخاص مهمة إدارة و استغلال مرفق عام لمدة محددة بموجب عقد التفويض، فالالتزام الأساسي للمتعاقد في عقود تفويض المرفق العام هو إدارة و استغلال المرفق بالشكل الأمثل الذي يؤمن حسن سير المرفق العام في تأديته للخدمة العامة، أي تنفيذ المرفق نفسه. غير أنَّه إلى جانب هذا الالتزام الأساسي قد يلتزم المفوض إليه بتحمل تكاليف الإنشاءات الأساسية و دفع الإتاوة للجهة مانحة التفويض[2].

[1] – محمود أبو السعود، مرجع سابق ، ص325.

[2] – مُحَمَّد مُحَمَّد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص166.

لذلك، نجد أنه يقع على عاتق صاحب التفويض التزامان رئيسيان، الأول:استغلال المرفق العام بالشكل الأمثل بما يكفل تحقيق المصلحة العامة، و الالتزام الثاني: عدم التنازل عن حقوقه الناجمة عن عقد التفويض للغير.

1. التزام صاحب التفويض بإدارة المرفق العام بالشكل الأمثل

إن التزام صاحب التفويض بإدارة المرفق العام بالشكل الأمثل، يقتضي احترامه لمبدأ المساواة بين المنتفعين، و كذلك لمبدأ الاستمرارية، فقد رأى الاجتهاد القضائي في فرنسا أنه يجب على المستثمر تأمين سير المرفق العام مادام أنه ليس هناك عقبات تجعل من محل التزامه أمراً مستحيلاً، حتى و إن أدى تنفيذ المرفق العام إلى الإفلاس، وبالتالي، فليس للمتعاقد الاحتجاج بتقصير أو امتناع الإدارة في تنفيذ التزامها، و إن كانت ستتحمل المسؤولية عن ذلك لاحقاً، حيث أنَّ صاحب التفويض ملزم بمتابعة سير المرفق العام و لا يمكنه التوقف بحجة أن السلطة المانحة قد قصرت تجاهه بواجباتها[1].

لذا نجد أنَّ المتعاقد صاحب التفويض ملزم باستغلال المرفق العام على نفقته و مسؤوليته، وبالتالي فإذا ما أسفر استغلال المرفق العام عن عجز مالي، فيجب على هذا المتعاقد أن يتحمل هذا العجز، وهذا ما يعبر عن التزام المتعاقد بتحمل مخاطر الاستغلال.

وهنا يثور التساؤل عن مسؤولية الإدارة مانحة التفويض في حال إفلاس المتعاقد صاحب التفويض؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من التطرق إلى الجانب التاريخي المتمحور حول الدور الذي يمكن أن تقوم به الإدارة لدعم استثمار المرافق العامة من قبل أشخاص القانون الخاص:

المشروعات التي يتولى القطاع الخاص تنفيذها، واجهت قبل وبعد الحرب العالمية الثانية صعوبات كثيرة، في الحصول على الأموال اللازمة لتنفيذ عقود الالتزام، وهذا من شأنه تعريض التوازن الاقتصادي و المالي للعقد إلى مخاطر كبيرة، الأمر الذي دفع بحقها في رقابة استخدام الأموال، فضلاً عن حصولها على جزء من الأرباح في بعض الأحيان، إنَّ هذا الواقع، دفع بظهور أشكال للتعاون و الشراكة بين العام

[1] – زوايمية رشيد، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الاشخاص الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، السنة الجامعية، 2013-2013، ص45.

و الخاص، فظهرت الشركات المختلطة، التي تسهم الدولة فيها بجزء من رأس المال، الأمر الذي أدى من حيث النتيجة إلى إعادة الحيوية و النشاط لشركات الالتزام القائمة، إذ تم تحويلها إلى شركات اقتصاد مختلط، فحققت بذلك موارد مائية ضخمة، استطاعت من خلالها تجاوز العقبات المالية التي صاحبت تنفيذ عقود التزام المرافق العامة في حينها[1].

لكن تدخل الدولة لدعم القطاع الخاص في تلك المرحلة، لم يتبلور فقط من خلال شركات الاقتصاد المختلط، بل كانت الدولة تتدخل من خلال تقديم مساعدات مالية: لتمكين الملتزم من القيام بالأشغال التي تتطلبها عملية إنشاء المرفق[2].

فهذا التدخل من قبل الإدارة لدعم القطاع الخاص في تنفيذه لعقود الالتزام بشكل خاص، أو عقود التفويض بشكل عام، يكمن في حرص الإدارة على حسن سير المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة التي أدت بالإدارة إلى تحمل مخاطر الاستثمار.

تكون مسؤولية الإدارة مانحة التفويض في حال إفلاس المتعاقد صاحب التفويض: إذ يقع على عاتق الإدارة مسؤولية احتياطية، تنعقد في حال وجود خطر يهدد دوام سير المرفق العام، كما هو الحال في إفلاس المتعاقد، ويُعَدُّ ذلك بطبيعة الحال استثناء من القاعدة العامة في عقود التفويض و التي مفادها أن يتحمل المتعاقد النتائج المترتبة على استثمار المرفق العام، إلا أن هذا الاستثناء انعقد لحماية صاحب التفويض الذي يتعرض لخطر الإفلاس من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الإدارة و بالرغم من تفويضها لإدارة و استثمار المرفق العام للمتعاقد، تبقى مسؤولة عن حسن تنظيمه.

2. التزام صاحب التفويض الشخصي بتنفيذ التزاماته

في نطاق العقود الإدارية، نجد أن الاعتبار الشخصي يؤدي دوراً بالغ الأهمية، فمن المتصور دائماً أن تكون شخصية المتعاقد وحدها، محلاً للاهتمام في مجال إبرام و تنفيذ العقود الإدارية، ففي عقد التزام المرافق العامة، تكون شخصية الملتزم، أو صفاته، عنصراً جوهرياً في هذا العقد؛ لأنه في عقود الالتزام نجد الإدارة حريصة على أن يقوم الملتزم بتقديم الخدمة بوساطة عماله و بأمواله العقارية أو المنقولة، وهذا يعني

[1] – محمد محمد عبد اللطيف ، مرجع سابق، ص166.

[2] – المرجع نفسه، ص169.

أن المتعاقد مع الإدارة عليه التزام بأن ينفذ العقد شخصياً، لذا كان عليه أن يكون موجوداً بشخصه، أو من ينوب عنه في موقع العمل، و ذلك كي لا يتعطل التنفيذ بسبب غيابه[1].

هنا لا بد من التمييز بين نوعين من التنازل، الأول: هو التنازل الكلي عن العقد، و الثاني هو التنازل الجزئي عنه، ويخضع التنازل عن عقود تفويض المرافق العامة إلى ضوابط و قيود تجد مصدرها في النظام القانوني للتفويض، فضلاً عن الأحكام الخاصة التي يتضمنها العقد.

– التنازل الكلي عن العقد

يتمثل هذا التنازل بأن يحل شخص آخر محل المتعاقد(صاحب التفويض) في التمتع بالحقوق و تحمل الالتزامات محل عقد تفويض المرفق العام، و ذلك بالنسبة لتنفيذ العقد بكامله و ليس بجزء منه[2].

إنَّ التنازل الكلي ليس من شأنه أن يؤدي إلى تعديل جوهري في عقد التفويض، و خاصة لجهة الأحكام المتعلقة بمدة العقد أو الرسوم أو طبيعة الخدمات المؤداة، لأن أي تعديل في المسائل الجوهرية للعقد، لا يُعدّ تنازلاً بمثابة إبرام لعقد جديد، وقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على التنازل الذي يؤدي إلى تعديلات جوهرية في العقد لا يُعدّ تنازلاً كلياً عن العقد، إنَّما يبرر فسخ العقد الأساسي المبرم مع الإدارة العامة، فضلاً عن التعديلات الجوهرية تقضي بإتباع إجراءات جديدة لاختيار صاحب التفويض.

–التنازل الجزئي عن العقد

يقصد بالتنازل الجزئي: أن يعهد صاحب التفويض إلى شخص آخر تنفيذ جزء من الخدمات المتعلقة بالعقد، و كمثال على ذلك عقد التزام استثمار الشواطئ، بحيث يقوم صاحب الالتزام بالتخلي عن جزء من مهامه إلى شخص آخر، ويتم ذلك من خلال إبرام عقد بين صاحب التفويض المتنازل و الشخص المتنازل له، دون أن يؤدي ذلك لحلول المتنازل له محل صاحب التفويض في حقوقه و التزاماته محل عقد التفويض، وبالتالي فإن التنازل الجزئي لا يورث علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة

[1] – نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بعين الشمس، القاهرة، 2001،، ص89.

[2] –. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص504.

مانحة التفويض، وبين الشخص المتنازل له، الذي لا يُعدّ مسؤولاً أمام الإدارة عن الالتزامات الواردة في عقد التفويض، و تبقى العلاقة محصورة بين صاحب التفويض المتنازل من ناحية، و المتنازل له من ناحية أخرى، فضلاً على أن عقد التنازل الجاري بين المتعاقد صاحب التفويض و الشخص المتنازل له لا يُعدّ عقد تفويض مرفق عام، ولا يخضع بالتالي للنظام القانوني المتعلق بعقود التفويض إلا إذا كان صاحب التفويض شخصاً عاماً، وتضمن العقد الأسس التي يقوم عليها التفويض[1].

وفي كل الأحوال فإن التنازل لا يصح إلا بموافقة الإدارة الصريحة، بحيث لا يحل المتنازل له محل صاحب التفويض، و لا يتمتع بالحقوق، ويتحمل الالتزامات الواردة في عقد التفويض، إلا بموافقة الإدارة الصريحة على التنازل الجاري، إلا أنه يمكن أن تكون إجازة الإدارة للمتنازل ضمنية، عندما لا تدع مجالاً للشك في دلالتها على الموافقة على التنازل، كأن يجري تقديم طلب إجازة التنازل للإدارة، دون أن تجيب الأخيرة على الطلب، إلا أنها تتعامل مع المتنازل له مباشرة و تطلب إليه تنفيذ أعمال إضافية أو توافق على طلب المتنازل له تعديل الرسوم، وعلى السلطة المانحة في هذه الأحوال التحقق من تأمين المتنازل له الشروط الفنية و المالية و المهينة التي تمكنه من حسن تنفيذ عقد تفويض المرفق العام و التأكد من قدرة المتنازل له على تأمين استمرارية تشغيل المرفق العام موضوع عقد التفويض[2].

وفي ظل التنازل الكلي عن العقد لا يتطلب إخضاعه لإجراءات المنافسة المحددة من قبل المشرع و القيام بإجراء الإعلان المسبق على اعتبار أن التنازل الكلي يؤدي إلى إحلال المتنازل له محل صاحب التفويض في جميع حقوقه و التزاماته و بالتالي لا يوجد عقد تفويض جديد ويبقى العقد قائماً و الذي يتغير هو الشخص الذي سينفذ العقد. أما في ظل التنازل الجزئي فإن العقد بين المتنازل له وصاحب التفويض هو عقد جديد يتضمن بنوداً و أحكاماً تختلف بصورة جوهرية عن عقد المرفق العام الأساسي لذلك يجب أن يخضع لإجراءات المنافسة و الإعلان المسبق التي فرضها قانون سابان، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في عدة أحكام له فيما يخص التنازل الجزئي عن استثمار

[1] -. وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص325.

[2] - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق ، ص505-506.

الشواطئ بين الوحدات الإقليمية و مشغلي الشواطئ على خضوع هذا التنازل لإجراءات الإعلان المسبق و المنافسة.[1]

[1] - المرجع نفسه ، ص507-508.

خاتمة

الخاتمة:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع و من خلال إستعراضنا للجوانب المختلفة للشراكة بين القطاعين الخاص و العام و ما يندرج تحتها من تقنيات و أشكال لتفويضات المرفق العام و مقارنتها بين التشريعات المقارنة لاسيما فرنسا و الجزائر نخلص إلى أن لهاته الآلية المنتهجة لتسيير المرافق العامة مكانة هامة سواءا في القانون الإداري أو في الدولة، كونها تؤدي دورا هاما و فعالا في إشباع الحاجات العامة للمجتمع.

من خلالها تتمكن الدولة أو السلطة من تحقيق الصالح العام، ومن تحسين و الرقي بأداءات الخدمة الموجهة للجمهور بالتالي إعطاء صورة لوجود الدولة المثالية المحترمة. حيث تجنب الدولة مخاطر الدخول بصورة مباشرة في مشروعات لا تمتلك الدولة الخبرات الكافية لتشغيلها و إدارتها، مما يفسح المجال لها بالتركيز و الإهتمام بالوظائف الأخرى خاصة السيادية، مثل الوظائف ذات الطابع الإداري و الإجتماعي و الأمني و الدولي.

إن إهتمام الدولة لأسلوب تفويضات المرفق العام و إنتهاجه راجع لعدة أسباب أبرزها:

- زيادة أعباء الدولة،
- عدم قدرتها على النهوض بكافة الخدمات المطلوبة منها على الوجه الأحسن، بما يواكب التطورات التكنولوجية و الإنفتاح على جميع المجالات، كونها تقدم خدمات للجمهور.
- الإختلال في التوازنات المالية.

غير أننا نرى لنظام تفويضات المرفق العام إنتقادات عدة ، متمثلة في أن إشراك القطاع الخاص في تقديم الخدمات العمومية يمكن أن ينتج عنه تهديد لبعض المجالات التي تعتبر إستراتيجية للدولة، أو أن تتخذ كذريعة لإنسحاب الدولة و تخليها التام عن الخدمات العمومية، مما قد يؤذي بتخلي الدولة عن تطوير هياكلها و إداراتها، كما أنه قد تعطى الأولوية للقطاع الخاص الدولي خاصة القطاعات الحساسة ، و بالتالي إهمال القطاع الخاص المحلي مما ينجر عنه المساس بإستقرار و إستقلال الدولة .

لتقنية تفويضات المرفق العام يمكن أن تساهم في تحقيق الأهداف المنشودة إذا توافرت لذلك الأطر القانونية المناسبة، و رقابة فعلية من قبل السلطة الإدارية على المرفق محل التفويض .

حيث بينت هذه التقنية بأن أليات الشراكة بين القطاعين العام و الخاص تعد نموذجا للإستفادة من طاقات القطاع الخاص من خلال إشراكه في العملية التنموية الشاملة و المستدامة و أن هذه التقنية تساهم بشكل مباشر أو غير مباشر بخلق روح المنافسة بين القطاعات المختلفة، و من المتوقع أن يكون لهذه المنافشة أثر إيجابي و محرك لنشاط القطاع العام.

لنظام تفويضات المرفق العام فوائد عديدة منها معالجة قصو التمويل الحكومي لبعض المشروعات و المرافق العامة و توفير العملة الأجنبية.

إضافة إلى ما سبق إرتأينا إلى تقديم بعض الإقتراحات و التي من خلالها ستؤدي إلى التطبيق الفعلي لتفويضات المرفق العام و هي كالأتي:

– وضع نظام قانوني شامل لتفويض المرفق العام و إعادة النظر في القوانين التي تنص على تفويض المرفق العام لإعطائه طابع أكثر إلزامية و سد الثغرات التي جاءت في هذا المجال و كذلك بالنسبة لباقي المبادئ التي تحكم المرافق العامة و ذلك من أجل وضع ضمانات لحماية حقوق الأفراد و عدم تعسف الإدارة.

–إ عتماد الطرق الحديثة في إدارة المرافق العامة بإدخال أسلوب الإدارة الإلكترونية و الإعتماد عليها، و التحديث بما يواكب التطورات المتسارعة .

– القيام بدراسات معمقة حول الأسلوب المناسب لتسيير و إستغلال المرفق العام. و دراسة و تقييم مدى خلفها للثروة المستدامة في البيئة التي ستطبق بها.

- يجب التشديد على فعالية سن القوانين و نجاعة تطبيقها الصارم بما يضمن الحفاظ على حق الدولة في التحكم في القطاعات الحساسة و غير الحساسة تفاديا لإحتكار القطاع الخاص لها و ما يمكن أن ينجر عن ذلك من مخاطر.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المراجع:

أولا–المصادر

- **القرآن الكريم.**

ثانيا– النصوص والقانونية:

1- أمر رقم 67-24 مؤرخ في 7 شوال 1386 الموافق ل 18 جانفي1967 ، المتضمن ميثاق و قانون البلدية، ج.ر العدد06، مؤرخ في 18يناير1967.

2– أمر رقم 95-22 مؤرخ في 29 ربيع الأول 1416 الموافق لـ 26 غشت 1995، المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، ج.ر العدد 48، مؤرخ في 03 سبتمبر 1995.

4- أمر رقم 96-13 مؤرخ في 28 محرم 1417 الموافق لـ 15يونيو 1996، المعدل للقانون 83-17 المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1403 الموافق ل 16 يوليو 1983، المتضمن قانون المياه،ج.ر العدد 37 مؤرخ في 16 جويلية1996.

5- القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 28 رجب عام 1419 الموافق ل 18 نوفمبر 1998، الذي يحدد دفتر الشروط النموذجي لمنح إمتيازات الخدمات العمومية لتزويد بماء الشرب، ج.ر العدد21. مؤرخ في سنة 1999.

6- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر العدد 50 مؤرخ في 20 سبتمبر2015.

7- مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 20 ذي القعدة 1439 الموافق لـ 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام. ج.ر العدد 48 مؤرخ في 05 أوت 2018.

ثالثا– المراجع:

المراجع العامة:

1- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة مُحَّد إعراب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ج.ط، الجزائر، 1996.

2- جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

3- حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بعين الشمس، القاهرة، 2001.

4- سعيد السيد علي، اسس و قواعد القانون الإداري، دار الكتاب الحديث، 2009.

5- سعاد الشرفاوي، القانون الإداري و تحرير الإقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

6- صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

7- صالح فؤاد ، مبادئ القانون الجزائري، دار الكتاب اللبناني، ط 1، لبنان، 1983.

8- مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بعين الشمس، القاهرة، 2001، ط1، 2005.

9- مُحَّد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

10-عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000سين، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، 2003.

11- مُحَّد السليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992.

12-مفتاح خليفة عبد الحميد ، العقود الإدارية،المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2008.

13- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر و التوزيع، سنة 2010.

14-هارون عبد العزيز الجمل ، الجزاءات في عقود الأشغال العامة ، مكتبة سعيد رأفت ، جامعة عين الشمس ،ط1 ، القاهرة ، 1979.

المراجع الخاصة:

1- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، د ارسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة غلى العمل، الوكالة و المقاولة و الحراسة و الوديعة، الجزء 7،المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

3- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر،2010.

4- عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت، في القانون المقارن، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2008.

5- عبد القادر مُحَمَّد عبد القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية، و الإقتصادية و الإجتماعية، لمشروعات البوت، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005.

6- عمر أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود الإلتزام المرافق العامة، طبقا لنظام (B.O.T)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

7- مروان محي الدين القطب، ،طرق خصخصة المرافق العامة، (الإمتياز، الشركات المختلطة، تفويض المرفق العام)،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ط1، 2008.

8- مُحَمَّد مُحَمَّد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

9- مهند مختار نوح، عقد البناء و التشغيل و التحويل، (B.O.T)، هيئة الموسوعة العربية،ط1، 2007.

10- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و إستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2009.

رابعا– المراجع باللغة الفرنسية:

1–AUBY JEAN FRANCOIE : la délégation de service public, édition, paris, 1995.

2–BARCONNIER STEEPHANE : droit de délégation de service public.op.cit.

3–L.DUGUIT.DE la situation des particuliers a l'egard des services publique R.D.P 1907.

4– Loi Sapin (Loi n° 93–122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques).

خامسا– الأطروحات و المذكرات:

1– حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بعين الشمس، القاهرة، 2001.

2– فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو.

3– فوناس سوهيلة، الإطار القانوني لعقد إمتياز المرفق العام، مدكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة 2015/06/24.

4– مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق بعين الشمس ، القاهرة، 2001، 2017-2018

5– زوايمية رشيد، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الاشخاص الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، السنة الجامعية، 2013-2013.

سادسا– المواقع الإلكترونية:

1– د. خروف منير، مداخلة عقد الإمتياز كأبرز صور لتفويض المرفق العام و دوره في تطوير العلاقة بين القطاع العام و الخاص – مع الإشارة إلى الحالة الجزائرية–

https://www.researchgate.net/publication/332651811_thdyth_almrfq_alam_fy_aljzayr_al dwaf_walasbab، أخر زيارة يوم 2019/06/19، بتوقيت 21:00.

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques), JO n°25 Année 1993. https://www.legifrance.gouv.fr/initRechJO.do, Dernière visite Le 27/06/2019 a 14 :00.

2– د.سوهيلة بوحميس، حسون مُحَّد علي، إتفاقيات المرفق العام، للجماعات المحلية، دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي 18-199، جامعة 08 ماي 1945، قالمةتاريخ أخر زيارة، يوم 2019/06/20، بتوقيت 21:30.

https://www.researchgate.net/publication/332574690_atfaqyat_tfwyd_almrfq_alam_lljma at_almhlyt_-_drast_thlylyt_llmrswm_altnfydy_18-199

3– فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، تاريخ أخر زيارة 2019/05/30، بتوقيت 20:00.

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/56160

سابعا/المجلات:

1. اتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي 18-188، د.سهيلة بوخميس /أستاذ محاضر أ د.حسون مُحَّد علي /أستاذ محاضر أ جامعة 1 ماي 1945.
2. فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر.
3. سليمان سهام، تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة المدية

الفهـرس

الشكر و التقدير .....

إهداء .....

المختصرات.....

مقدمة..... **1**

الفصل الأول : ماهية تفويض المرفق العام **6**

المبحث الأول: مفهوم تفويض المرفق العام..... 7

المطلب الأول: تعريف تفويض المرفق العام وفق التشريع و الفقه الفرنسي 8

الفرع الأول:تعريف المرفق العام وفق الفقه الفرنسي: 8

الفرع الثاني: تعريف المرفق العام وفق التشريع الفرنسي: 9

المطلب الثاني :اتعريف تفويض المرفق العام وفق التشريع و الفقه الجزائري 10

الفرع الأولي : تعريف تفويص المرفق العام وفق الفقه الجزائري 12

الفرع الثاني: تعريف تفويض المرفق العام وفق التشريع الجزائري..... 13

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام و صورها:..... 15

المطلب الأول:التكييف القانوني لتفويض المرفق العام 16

الفرع الأول: نظرية القرار الإداري: 16

الفرع الثاني :النظرية التعاقدية 17

الفرع الثالث :نظرية العمل المختلط..... 18

الفرع الرابع :نظرية العمل المزدوج 18

المطلب الثاني:صور تفويض المرفق العام 19

الفرع الأول :عقد إلتزام المرفق العام..... 19

الفرع الثاني :عقد إمتياز المرفق العام..... 22

الفرع الثالث : عقد مشاطرة الإستغلال..... 26

الفرع الرابع :عقد إيجار المرفق العام 29

الفصل الثاني إبرام عقود تفويض المرفق العام..... 34

المبحث الأول : مبادئ و مضمون تفويضات المرفق العام..... 35

المطلب الأول:مبادئ تفويضات المرفق العام..... 35

الفرع الأول: مبدأ حرية الإدارة في إختيار المتعاقد..... 35

الفرع الثاني: مبدأ الإعلان المسبق و إجراء المنافسة و الشفافية..... 38

المطلب الثاني:مضمون عقود تفويضات المرفق العام 44

الفرع الأول: مدة و أتاوى إستغلال تفويض المرفق العام..... 44

الفرع الثاني :بدلات إستثمار و الرسوم التي يدفعها المنتفعون من خدمة المرفق العام..... 47

المبحث الثاني: تنفيذ عقود تفويضات المرفق العام 52

المطلب الأول:حقوق و إلتزامات الإدارة المانحة لتفويض المرفق العام: 54

الفرع الأول: حقوق السلطة الإدارية مانحة تفويض المرفق العام 54

الفرع الثاني: إلتزامات السلطة الإدارية مانحة تفويض المرفق العام..... 63

المطلب الثاني: حقوق و إلتزامات المفوض إليه..... 65

الفرع الأول: حقوق المفوض صاحب التفويض 65

الفرع الثاني: إلتزامات صاحب التفويض..... 67

خاتمة.