وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

سعيدة- -جامعة الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق و العلوم السياسية.

قسم الحقوق

كيفية إبرام عقود تفويضات المرافق العمومية المحلية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 199/18

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اداري

إعـداد الطالب

بوعبد الله عبد المجيد

تحـت إشـراف

ا. .رقراقي زكرياء

لجنة المناقشة:

الدكتور: فليح كمال عبد المجيد	أستاذ محاضر	رئيساً
الدكتور : رقراقي زكرياء	أستاذ محاضر	مشرفا ومقرراً
الدكتور: بن فاطيمة بوبكر	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2020/ 2021 م

شكر وعرفان

يسرني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام للأستاذ المشرف الدكتور رقراقي زكرياء على كل ما قدمه لي من توجيهاته ونصائحه طيلة اجراء هذه المذكرة

كما أتوجه بجزيل الشكر الى أعضاء لجنة المناقشة الموقرين بقبولهم مناقشة هذه المذكرة و بذل الوقت والجهد في تدقيقها وإثرائها شكلا ومضمونا

و الشكر موصول أيضا الى أساتذتي الأفاضل بكلية الحقوق وإلى كل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد و ساعدني على انجاز هذه المذكرة بتعاونهم وتشجيعهم لي ، لكم مني فائق التقدير و الاحترام وشكرا

اهداء

إلى من علموني أن ارتقي سلم الحياة بحكمة وصبر برا واحسانا ووفاءاً لهما أطال الله عمرهما والدي العزيزين

إلى من وهبني الله نعمة وجودهم في حياتي اخوتي أخواتي

إلى اساتذتي والذين غمروني بالتقدير والنصيحة والتوجيه والارشاد وإلى كل من علمني حرفا

إلى كل هؤلاء اهديهم هذا العمل المتواضع سائلة لله العلي القدير ان ينفعنا به ويمدنا بتوفيقه.

شكر وعرفان	
اهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	1
الفصل الأول: الاطار المفاهيمي لتفويض المرفق العام	
مقدمة الفصل	5
المبحث الأول: مفهوم تفويض المرفق العام	5
المطلب الأول: مفهوم التفويض العام ومعاييره	6
الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام	6
الفرع الثاني: معايير تفويض المرفق العام	9
المطلب الثاني: مبادئ وأسس تسيير المرفق العام	10
الفرع الأول: مبادئ المرفق العام	10
الفرع الثاني: أسس المرفق العام	10
المطلب الثالث: خصائص وأسلوب تفويض المرفق العام	14
المبحث الثاني : الرقابة على تفويض المرفق العام ونهايته	19
المطلب الأول : سلطان الإدارة	19
المطلب الثاني : الاليات الرقابية	22
الفرع الأول : رقابة المصلحة المتعاقدة(الرقابة الداخلية:)	22
الفرع الثاني الرقابة الوصائية	23
الفرع الثالث : الرقابة المالية	26
الفرع الرابع الرقابة القضائية	29
الفصل الثاني: التنظيم القانوني لعقد تفويض المرفق العام	
مقدمة الفصل	34
المبحث الأول: كيفيات واجراءات ابرام عقد التفويض	35
المطلب الأول: أطراف عقود التفويض وكيفية الإبرام	35

الفرع الأول: أطراف عقود التفويض	36
الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام	38
المطلب الثاني: الجهة المختصة لمنح تفويض المرفق العام	43
المبحث الثاني: صيغ وشروط ابرام عقد التفويض	44
المطلب الأول: صيغ الإبرام	44
الفرع الأول: الطلب على المنافسة	44
الفرع الثاني: التراضي	46
المطلب الثاني: شروط الإبرام عقد التفويض	48
الفرع الأول: احترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأمثل	48
الفرع الثاني : شروط ابرام عقد التفويض	49 ع
المبحث الثالث: نهاية عقد تفويض المرفق العام	53
المطلب الأول: النهاية غير العادية	53
الفرع الأول: بقوة القانون	53
الفرع الثاني: استرداد المرفق العام	54
الفرع الثالث: الفسخ	55
المطلب الثاني: تصفية عقد تفويض المرفق العام	57
الفرع الأول: مصير الأموال المستعملة في تسيير المرفق العام	57
الفرع الثاني: تصفية الحسابات بين السلطة المفوضة والمفوض له	58
الخاتمة	61
قائمة المصادر والمراجع	64

قائمة المختصرات

ج: .....الجزء.

د.ط: .....دون طبعة

د.م.ج:.....ديوان المطبوعات الجامعية

ص: .....الصفحة.

ع:..... عدد

ط: .....الطبعة.

ق.ج.: .....القانون جزائي

مقدمة

مقدمة

إن تاريخ المرافق العامة قديم بقدم وجود الدولة و هي تقدم خدمات عمومية ولكل منها خصوصياتها لارتباطها بالحياة الجماعية للأفراد وبالتالي أخذت مضامين متعددة تهدف إلى تلبية المتطلبات المتزايدة للمواطنين ،وهذا التطور المتسارع الحاصل انعكس على المرفق العام ، إلى أن تبلورا مفهومها وأصبحت معيارا لتطبيق القانون الإداري ، مما أدى إلى ابتكار طرق تسيير جديدة تتماشى مع نوعية هذا النمو المتسارع ، فتنوع المرافق العامة يواكب حتما طرق تسيير جديدة تتناسب معها . فإذا كان من البديهي عدم تخلي الدولة عن بعض المرافق لخصوصيتها وطبيعتها ، ففي المقابل توجد أخرى يمكن تفويضها للخواص رؤية لتسيير أكثر فعالية وتحقيقا لأهداف المرافق العامة ، والمتمثل أساسا في تحقيق المصلحة العامة وعطفا عن ما سبق فإن البحث عن ديناميكية جديدة لتحر ير الأشخاص العامة من القيود الإدارية والمالية المكبل بها ، أصبح الحل الأنجع في ظل الرهانات و الظروف التي تمر بها الدولة وأسلوب مرن لارتباطه بعلاقة جديدة مبنية على ثلاثة أطراف ، إدارة- خواص- مواطن ، و بأهداف متعددة أهمها تحقيق المصلحة العامة وتحسين الخدمة.

أهمية الدراسة :

إن موضوع تفويض المرافق العامة يتعلق بعنصر ين هامين هما- المال العام - والأملاك الوطنية ، كانت عقود التفويض عبارة عن نصوص قانونية متناثرة لقطاعات مختلفة . المياه -الكهرباء- الاتصالات المناجم- والنقل البري

ثم بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي نضم عقود التفويض ضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة لأول مرة ، يعتبر خطوة إيجابية فانتظار المز يد، ولأن البحث عن تقنيات وأساليب جديدة بغية تقليص الإنفاق الحكومي وترشيده وإدخال الخواص كطرف فعال في التنمية والاستثمار ، لا يكون إلا من خلال تفويض المرفق العام. و بصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

الذي يحدد كيفيات تفويض المرفق العام و هو نمط يشرك الخواص بتسيير الهياكل والبنى التحتية بغرض تشجيع المسيرين على المستوى المحلي على القيام باختيار نمط التسيير الانسب و التفاوض مع الشريك لتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام في احسن الظروف و باقل تكلفة .

-أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحقيق مجموعة أهداف نحاول الإحاطة بها كما يلي:

-معرفة الجانب التشريعي والتطبيقي لتسيير المرفق العام والإلمام بها ومناقشة المرسوم التنفيذي رقم 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام.

-معرفة الإيجابيات والسلبيات في إطار العلاقة المركبة لعملية التفويض. دولة- خواص- مواطن.

تهدف إلى المساهمة في الوصول إلى نتائج من شأنها العمل على تطوير تسيير المرافق العمومية في إطار قانوني منظم.

أسباب الدارسة :

تعود أسباب الدراسة إلى ثلاثة نقاط رئيسية.

الأول -أسباب ذاتية : رغبة واعجاب باختصاص تفويض المرافق العامة و ما يكتسيه موضوع تفويض المرفق العام في مجال الصفقات العمومية اهمية بالغة في تحريك عجلة المشاريع لتطوير الاقتصاد الوطني

. **الثاني :الأسباب الموضوعية** :موضوع تفويض المرفق العام لم يحظى بالدراسة الكافية والدليل أن المشرع الجزائري نضمه لأول مرة ضمن قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام وهو ذو فائدة علمية كان فيما سبق عبارة عن قوانين قطاعية متناثرة وقد مكنت هذه الدراسة من الاطلاع على الكثير من القوانين والتنظيمات المتعلقة بالتفويض المرفق العام.

أشكالية الدراسة :

تعتبر عقود التفويض المرافق العامة من العقود الإدارية المسماة ، وقد نظمها المشرع لاعتبارها الحل الأنجع في ظل الأزمة الاقتصادية وعليه فإن إشكاليتنا تدور حول التساؤل الأتي : كيف عالج المشرع الجزائري موضوع التفويض

وما هي أهم تطبيقاته ؟

و يتفرع حول هذا التساؤل مجموعة فرعية من الأسئلة نوجزها في ما يلي:

-ما تفويض المرفق العام ؟

-ما هي الآلية الرقابية على تنفيذ تفويض المرفق العام ونهايته ؟

-ما هي أهم نماذج عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ؟

الصعوبات التي واجهتنا في هذه الدراسة :

نلخص أهمها في النقاط الآتية ذكرها:

-نقص المراجع وبالأخص في المكتبات العمومية

-صعوبة الوصول إلى المعلومة

-عامل الوقت وصعوبة التوفيق بين الامتحانات وإعداد المذكرة والارتباطات الأخرى

لم يحظى موضوع تفويض المرفق العام بالاهتمام الكبير تنظيما و تشريعا.

المنهج الدراسية :

المنهج المعتمد في هذه الدراسة هو المنهج الوصفي التحليلي ير تكز على دراسة المرافق المتعلقة بتفويض المرفق العام من خلال تحديد العلاقة بين أطراف التفويض والخصائص المميزة لكل عنصر من هذه العناصر بالإضافة إلى تحليل الوقائع ودعمها بالحجج والبراهين والأحكام القانونية وعليه قمنا برسم خطة مقسمة على فصلين ، بدءا مفهوم الاطار العام للمرفق العام (الفصل الاول) وصولا الى موضوع كيفية اجراء وابرام العقود التفويض العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 (الفصل الثاني)

الفصل الأول:

الاطار المفاهيمي لتفويض المرفق العام

مقدمة الفصل:

تعد فكرة المرفق العام من الأفكار الأساسية في القانون الإداري بل إن جوهر نشاط الحكومة في أية دولة من الدول يتجسد في تشغيل المرافق العامة ، و لعل ما يؤكد أهمية المرفق العام انه يعتبر احد النظريات التي كرست خصوصية القانون الإداري، و قد تم بناء مفردات هذا القانون عمى حسابيا ، فقد يعني المحور التي تدور عليه نظريات القانون الإداري

حيث يعد التفويض للمرافق العامة الآلية الوحيدة التي تطبق الشراكة بين القطاع العام و الخاص أو ذلك من خلال عقود تسمح للدولة أو أحد أشخاص القانون العام بالتخمي عن إدارة و استغلال المرفق العام إلى شخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص

المبحث الأول: مفهوم التفويض المرفق العام

تعتبر المرافق العامة الوسيلة الأساسية في يد الدولة لممارسة نشاطاتها، تحقيقا للمصلحة العامة، ونظرا للأطر والتغيرات التي ظهرت في مختلف الميادين، سعت جاهدة للبحث عن الطرق والأطر القانونية الجديدة لتفعيل فكرة الخدمة العمومية وتطويرها، لذا ظهرت فكرة تفويض المرفق العام والذي يعتبر مصطلح جديد لعلاقة قديمة بين السلطات العمومية والقطاع الخاص، والتي تعتبر طريقة حديثة تقوم بها الدولة لتسيير مرافقها عن طريق الخواص وهذا ضمانا لحسن استمراريتها وكذلك كفاءة مردودها، ومن أجل الإحاطة ب مفهوم تفويض المرفق العام لابد من تناول مجموعة من التعاريف التي قدمت من قبل الفقهاء ورجال القضاء أو تلك التي قدمتها بعض التشريعات مع التركيز على إبراز أهم الأسس التي يقوم عليها هذا العقد وذكر أهداف تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، كما تتعدد صور تفويض المرفق العام إذ عرف عدة أشكال غير تلك المعروفة سابقا ، دون إهمال تمييز هذا الأسلوب عن غيره من المفاهيم المشابهة له (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم التفويض العام ومعاييره

من أجل الإحاطة بمفهوم تفويض المرفق العام وتبسيط مضمونه هناك عدة تعاريف قدمت لهذا الأسلوب الذي يعتبر من أساليب الإدارة، منها التعريف الفقهي والقضائي والتشريعي (الفرع الأول)، ومن أجل الإلمام بالكثير من جوانبه تتناول أهم أسسه الفرع الثاني)، والدوافع المؤدية إليه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام

هناك العديد من المحاولات التي عرفت تفويض المرفق العام، حيث اهتم الفقه بأسلوب التفويض وقدم في هذا المجال جملة من ال تع اريف (أولا)، كما وردت عدة تعاريف قضائية للتفوي ض ثانيا) ، نفس الشيء سلكه المشرع الذي حاول الاستقرار على تعريف جامع التفويض (ثالثا)[1].

أولا- التعاريف الفقهية لتفويض المرفق العام:

تفويض المرفق العام على أنه:" عقد تعهد من خلاله الجماعة العامة للغير بتنفيذ مرفق عام، هي قيمة عليه، بطريقة تؤدي لإنشاء علاقات عقدية من قبل المفوض له مع المنتفعين مهما كان شكل العائدات أما الأستاذ G.Drou فقد عرفه كمايلي:" عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص، ويقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفق عام، وهو بالتالي يأخذ عدة أشكال هي من صنع الاجتهاد: الأمتياز، الالتزام، الإدارة غير المباشرة، إدارة المرفق العام.

وتعرفة الأستاذة أمال مراد بأنه :" العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات والمهام الضرورية لتسير مرفق عام واستغلاله لأشخاص من القانون الخاص

[1] ضريفي نائية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حمالة عقود الأمهار – أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2011-2012، مريحة 92.

ثانيا- التعاريف القضائية لتفويض المرفق العام:

يعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي أول من حاول وضع تعريفا لتفويض المرفق العام، حيث عمل على إعطاء تعريف التفويض المرفق العام قبل أن يقوم المشرع الفرنسي بتكريس هذا التعريف في المادة الثالثة من قانون 11 ديسمبر 2001، الذي يتضمن الإجراءات الاستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي المالي.

كما ساهمت محكمة القضاء المصري في تعريف عقد التزام المرفق العام حيث عرفته بأنه"... عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقتهم وتحت مسؤوليتهم المالية وبتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له باداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرياح"

من خلال هذا التعريف فإن عقد التزام المرافق العامة كما جاء في القانون المصري أو عقد تفويض المرفق العام كما تناوله القانون الفرنسي هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة بنص[1]

موضوعة على إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة، بحيث يتحمل القائم باستغلال المرفق العام نفقات المشروع وأخطاره المالية، في مقابل هذا يتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين بالخدمات التي يقدمها المرفق[2].

ثالثا- التعاريف التشريعية لتفويض المرفق العام :

لقد طرحت أثناء مرحلة الإعداد لتشريع sapin عام 1993 العديد من التعريفات لتقنية التفويض من جانب نواب ووزراء وهينات، نذكر منها تعريف مقرر الجمعية الوطنية

[1] وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة- الطبعة الأولى ، منشورات العلمي الحقوقية | لبنان، 2009، ص58

[2] بولكور عيد القي، المرجع السابق الذكر ، ص 11

حول مشروع قانون sapin حيث اعتبر أن " تفويض المرفق العام يشمل كل الحالات التي يكون فيها تنفيذ المرفق العام معهودا إلى الغير، مهما كان النظام الذي يخضع له أو شكل تحقيقها العائدات[1].

واختلف الفقه والاجتهاد في تعريف هذا النوع من العقود بتغليب عنصر على أخر حسب كل فقيه ليأتي القانون رقم 1168-2001 الصادر في كانون الأول 2001 ويعطي تعريفا للتفويض ينسجم مع المبادئ التي جاء بها قانون sapin وقد عرف المشرع الفرنسي التفويض في إدارة واستغلال المرافق العامة في المادة الثالثة من هذا القانون على أنه:" هو عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) وسواء كان عاما أو خاصا، تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، والمفوض له قد يكون مكلفا ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق"[2]

وقد عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي تنص على أنه:" يمكن الشخص المعنوي الخاضع لقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض لو، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض لو، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع لقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفة، يمكن لمسمطة المفوضة أن تعيد لمفوض لو إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام[3]

[1] وليد حيدر جابر، المرجع السابق الذكر ، ص 23

[2] ضريفي نادية ، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية سمائة عقود الامتياز ،2006، ص 15

[3] ضريفي نادية ، المرجع السابق، ص 15

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن ضبط تعريف جامع لتفويض المرفق العام بأن :"العقد الذي من خلال و يتولى شخص من أشخاص القانون العام تسيير مرفق عام بكل مسؤوليات وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر لشخص خاص بمقابل مالي متعمق مباشرة بنتائج استغلال المرفق.

الفرع الثاني: معايير المرفق العام

للمرافق العام معايير يالتزم بها في القانون الجزائري حيث نرى معيارين يتأخذها المرفق العام وهما:

أ -المعيار العضوي (الشكلي):

يذهب أنصار هذا المذهب إلى السلطة العامة فقد عرفوا المرفق العام بأنه منظمة عامة تباشر قدرا معينا من السلطات والاختصاصات التي تضمن إشباع حاجة جماعية على نحو منتظم ومطرد، أي لاعتبار نشاط معين مرفقا عاما أن يتولاه شخص معنوي عام بهدف تحقيق المنفعة العامة دون النظر إلى المنظمة أو الهيئة التي تقوم بذلك[1] ومنه يقصد بالمرفق العام تبعا لهذا المعيار كل منظمة عامة تنشئها الدولة قصد تحقيق حاجات الصالح العام ويتصف هذا المعنى بالشمولية والإطلاق[2].

ب -المعيار الموضوعي :

ينصب هذا المعيار على عنصر "النشاط" وما ينطوي عليه من نفع عام يذكر الفقيه دوجي "أن المرفق العام هو عبارة عن نشاط ينظمه ويتولاه ويشرف عليه الحكام."

[1] رزينة لشلف ، تعويض المرفق العام للخواص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014، مريحة 20

[2] بولكور عبد الغني، تعويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلمة الحقوق والعلوم السياسية جامعية محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2010-2011، صريحة 11

المطلب الثاني: مبادئ وأسس تسيير المرفق العام

الفرع الأول: مبادئ المرفق العام

سواء كان المرفق العام إداريا أوتجاريا أو صناعيا وأي كانت طريقة أدارته فإنه يخضع لمجموعة قواعد أساسية هي:

أ-استمرارية المرفق العام:

ويقتضي هذا المبدأ أن تسير المرفق العام يكون بانتظام واطراد. لأن المرفق العام يقدم خدمات أساسية للمواطنين ويؤمن حاجات جوهرية في حياتهم و"استمرارية المرفق العام هي تجسيد لاستمرارية الدولة.

ب-مبدأ مساواة المرتفقين أمام المرفق العمومي :

وهو امتداد لمبدأ مساواة الأفراد أمام القانون الذي يمثل حقا من حقوق الإنسان فالجميع متساوي في الاستفادة من خدمات المرفق العام دون تفضيل بين الأف ارد لأسباب تمييزية تتعلق بالجنس أو اللون أو الدين أو الحالة المالية وهذا دون الإخلال ببعض الشروط التي تستوجبها القوانين كشروط معينة للالتحاق بوظيفة عامة[1].

ج-قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل :

الحاجات تتزايد مع الزمن، والتكيف مع الظروف والمستجدات الطارئة هي صفة أساسية للمرفق العام، فالمرفق العمومي يتغير في الزمن والمكان. والفقه والقضاء أقر هذا التغيير ويمنح للسلطة الإدارية حق تعديل النظام القانوني الذي يحكم المرفق العام[2].

الفرع الثاني: أسس المرفق العام

يلاحظ من خلال التعاريف السابقة، أنها تتفق على أن تفويض المرفق العام يشترط لتحققه توفر مجموعة من العناصر، و عند تخلفها لا نكون أمام تفويض للمرفق العام.

---

[1] المادة 03 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في : 02 أوت 2018 ، يتعلق بتفويض المرفق العام الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 48 ، سنة 2018

[2] محمد الصغير بعلى الوجيز في القانون الإداري دار العلوم للنشر والتوزيع 2002 عنابة الجزائر ص 205

و تتمثل هذه العناصر في وجود مرفق عام (أولا)، و وجود شخص معنوي عام (ثانيا)، و أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام (ثالثا)، و أن يرتبط المقابل المالي للمفوض له بنتائج استغلال المرفق العام (ثالثا).

أولا: وجود مرفق عام:

يعد تفويض المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة، و بالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، حيث أنه في حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما، فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام[1].

و يعتبر المرفق العام من أكثر المفاهيم غموضا و تطورا في القانون الإداري، فحتى الآن لا يوجد تعريف موحد للمرفق العام، فالإحجام عن إعطاء تعريف للمرفق العام، يعود إلى اعتبارات تتعلق ببيئة المرفق العام القابلة للتطور و التبدل و التي تختلف في الزمان والمكان[2].

قلم ينته الفقه إلى رأي موحد بشأن مفهوم المرفق العام، فعرفه البعض بأنه نشاط تباشره السلطة العامة لإشباع حاجة ذات تقع عام، و هذا هو المعنى المادي للمرفق العام، حيث يركز على العمل الذي يقوم به المرفق تحقيقا للنفع العام، و يعرفه البعض الآخر بأنه منظمة أو هيئة عامة تعمل بانتظام و اطراد على تزويد الجمهور بالحاجات العامة، و هذا هو المعنى العضوي للمرفق العام[3].

---

[1] مروان محي الدين القطب، طرف خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009، ص435.

[2] محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة و حشمية استدامتهاء دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص5

[3] نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، سنة 2008، ص319.

و بالرغم من وجود الاتجاهين السابقين لتحديد مدلول المرفق العام كمظهر من مظاهر النشاط الإداري، فإن الاتجاه الغالب في الفقه و القضاء الإداريين يذهب إلى الجمع بين المعيارين السابقين التعريف المرفق العام.

و تشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري الجزء الأكبر من المرافق العامة موضوع التفويض، على اعتبار أن الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفيدين من خدماتها، كما يمكن تطبيق تقنية تفويض المرفق العام على المرافق العامة ذات الطابع الإداري[1].

ثانيا: وجود شخص معنوي عام

إن تفويض المرفق العام لا يمكن أن يمنح إلا من قبل شخص معنوي عام، يكون مسؤولا عن إدارته و تنظيمه و حتى أحيانا عن إنشائه، و عليه لا يمكن لأشخاص القانون الخاص منح تفويض المرفق العام، لأن هذا المنح يدخل في الاختصاص الحصري الأشخاص القانون العام، التابع أصلا من امتيازات السلطة العامة[2].

ثالثا: استغلال مرفق عام

يشترط القيام تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام، أي إدارة المرفق و تشغيله وفقا للغاية من إنشائه، و تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض، حيث يتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق العام و استغلاله متحملا المخاطر المترتبة على ذلك، كما يجب أن يتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته، و بالتالي يلقى على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، و في بعض عقود تقويض المرفق العام يتحمل أعباء إقامة المرفق العام[3].

[1] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 444

[2] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 66

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 448

لا يكفي لتحقق تفويض المرفق العام أن يعهد للمفوض إليه بإدارة المرفق و استغلاله، و إنما يجب أن يتحقق معه شرط آخر وهو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له نتائج الاستغلال.[1]

حيث يشكل ارتباط المقابل الالتي بنتائج الاستثمار معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام و الصفقات العمومية، ففي هذه العقود يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل منا محددا، بحيث يتم تحديد هذا الثمن في ضوء تكلفة الأعمال المنفذة، و هذا بخلاف عقود تفويض المرفق العام التي يتم تحديد المقابل المالي في ضوء نتائج الاستغلال وليس في صورة تكلفة الأعمال التي يتطلبها المرفق العام[2].

ولقد أكدت المادة 207 في فقرتها الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على هذا الشرط، حيث نصت على أنه: " ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام "

و إن ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال في عقود تفويض المرفق العام فكرة ليست بالحديثة، إذ أن البداية الأولى لهذه الفكرة نشأت في رحاب فضاء مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بعود امتياز المرفق العام، حيث كان مجلس الدولة يربط بين حصول المتعاقد على جعالات من المنتفعين بالمرفق العام محل الامتياز و عقد الامتياز، فقد عد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 11 ديسمبر عام 1963 أن المقابل المالي في الامتياز لا تومنه الجماعة المتعاقدة، و إذا أمنته للمتعاقد فلن يكون هناك امتياز مرق عام[3].

---

[1] Rachid Zouaimia، la délégation conventionnelle de service public au profit de personne (38 privées، revu Idara، No 1، 2011، P 16.

[2] أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 95

[3] جورج فودال، بيار دلفولفه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ص 574

إلا أن هذا التصور التقليدي الامتياز المرفق العام القائم على حصر وجوده على معادلات يستوفيها من المنتفعين بخدمات المرفق لم يدم طويلا، فلقد أعتير العلم و الاجتهاد أنه إذا كانت الجوالات تشكل ميزة امتياز المرفق العام، فإن ذلك يجب أن لا ينسحب على تفويض المرفق العام، و الذي يضم كفئة قانونية مستقلة أساليب و طرق عدة من بينها امتياز المرفق العام، فتفويض المرفق العام يجب أن لا يتم ربطه بنوع معين من العائدات لا سيما المعادلات، بل على العكس يمكن أن يتصل بعائدات ذات مصادر مختلفة، شرط أن تكون جميعها متصلة بنتائج الاستغلال[1].

المطلب الثالث: خصائص وأسلوب تفويض المرفق العام

من خلال التعاريف السابقة يمكننا استخلاص خصائص لتفويض المرفق العام والتي تتمثل في مايلي:

أولا: حتمية وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة

يقصد بذلك أنه يجب أن يشكل موضوع عقد تفويض المرفق العام مرفقًا عاما، وهذا ما يحقق إشباع حاجة عامة أو أداء خدمة سواء كانت هذه الحاجة مادية أو معنوية [2]

ثانيا: تفويض المرفق العام هو عقد وكالة

الإدارة العمومية تنشئ المرفق العام وتنظمه وهي التي توكله من خلال عقد التفويض للمرفق العام إلى شخص آخر يتولى استغلاله مع إبقائها لدورها الأساسي وهو الرقابة (نوعية الخدمات، الأسعار...الخ)، وهذا ما أكدته المادة 04من المرسوم التنفيذي 199/18" يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة

[1] وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 106.

[2] نادية ظريفي، **تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة** .دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010، ص 127

لها، والمسؤولة عن مرفق عام التي تدعى في النص "السلطة المفوضة" أن تفوض للقانون الجزائري يدعى في صلب النص "المفوض له" بموجب اتفاقية تفويض[1]"

ثالثا: وجود علاقة تعاقدية

إن العلاقة بين مانح التفويض وصاحب التفويض هي علاقة عقدية، فهي اتفاق بين إرادتين فمانح التفويض هو شخص عام، وصاحب التفويض هو شخص طبيعي أو معنوي، ويمكن أن يكون شخصاً عاما أو خاصا . فهذا العقد يحدد كافة الشروط: الأطراف، المدة، التنفيذ...

أ- أطراف عقد التفويض

-**المفوض** :هو شخص معنوي من القانون العام (الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها صاحب الاختصاص لتسيير المرفق محدداً قانونيا .

-**المفوض له** :هو صاحب التفويض الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق العام على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف المرجو، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به فيمكن أن يكون المفوض له شخصاً طبيعيا أو معنويا، أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص[2]

ب- مدة التفويض

كما يحدد عقد التفويض مدة معينة لتفويض المرفق، ومن المتفق عليه أن عقد الامتياز يكون طويل المدى، وهذا لأن صاحب الامتياز يقوم باستثمارات تلتزم مدة طويلة لاسترجاع خسائره وتحقيق الأرباح، ونصت المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199-18 في فقرتها الثالثة

[1] مرسوم تنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 هـ الموافق لـ 02 غشت 2018م المتعلقة بتفويض المرفق العام، ج. ر. ج. ج العدد 48 الصادرة في 05 غشت سنة 2018

[2] محمد محمد عبد اللطيف، **تفويض المرفق العام**، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 97

على: "لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين (30) سنة [1]"، عكس الايجار الذي يكون في أغلب الأحيان اقصر أو متوسط المدى، وهو نفس الحال بالنسبة لعقد التسيير الذي لا يتعدى في أغلب الحالات ثلاث سنوات[2]

رابعا: تعلق التفويض باستغلال واستثمار بالمرفق العام

يعرف عدة فقهاء التفويض بأنه عقد مهمته الأساسية هي الاستغلال ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له لسلطاته الكاملة في تسيير المرفق، فهو بهذه الصفة يملك السلطات التالية:

- وجود علاقة مباشرة بين المرفقين والمشتغل بالمرفق .
- المفوض له علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين .
- يضمن المشغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر والأرباح .
- توفير المنشأة والوسائل الضرورية لسير المرفق والقيام بكل الأعمال لذلك[3]

ونصت المادة 207في فقرتها الأولى من المرسوم 15-247 على الاستثمار في المرفق العام، حيث نصت على أنه "ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من الاستغلال للمرفق العام"

بحيث لا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يتعهد للمفوض إليه بإدارة المرفق العام واستغلاله، وإنما يجب أن يتحقق معه شرط آخر وهو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج الاستغلال[4]"

---

[1] المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق الذكر ، ص 19

[2] نادية ظريفي، المرجع السابق الذكر ، ص 134

[3] سليمان سهام، **تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائر** مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، الجزائر، ص 09

[4] محمود عاطف البنا، **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 127، 12

خامسا: اتفاقية التفويض

جاء نص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199 بصيغة الوجوب، مما يعني أن الإتفاقية ستكون ملغاة بقوة القانون في حال لم تتضمن الأساس القانوني لإب ارم الاتفاقية وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي أعلاه، ناهيك عن البيانات المبينة أدناه:

-تحديد بوضوح النطاق الموضوعي للتفويض أي السلطة المفوضة والمفوض له، وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لتوقيع الاتفاقية والصفة القانونية التي يمتلكونها للتوقيع تحديد النطاق الموضوعي للتفويض والمتعلق باستغلال المرفق العام موضوع التفويض، وذلك بأن يتم تحديد أي نوع من الاستغلال وهل هو كلي أم جزئي.

-تحديد صيغة الإبرام ما إن كانت عن طريق المنافسة أو عن طريق التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة أو بموجب تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض وشكل التفويض والمزايا التي يحققها.

-تحديد شكل التفويض ما إن كان في شكل امتياز أو تسيير أو إيجار أو وكالة محفزة

تحديد المقابل المالي أو الاتاوات التي يدفعها المنتفعين بخدمات المرفق العام محل التفويض مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، ناهيك عن تحديد السبل والطرق التي يمكن من خلالها تحيين ومراجعة هذه الاتاوات.

-تحديد مدة التفويض التي تختلف حسب شكل التفويض فاذا كان في شكل امتياز فمدة التفويض تكون 30 سنة قابلة للتمديد لمدة أربع سنوات كحد أقصى

الاختصاص الإقليمي للمرفق العام، خاصة إذا كان المرفق إقليمي وليس مرفقي، ذلك لأن الاختصاص دائما من النظام العام يتم تحديده بموجب نص قانوني.

-تحديد حقوق والت ازمات طرفي الاتفاقية السلطة المفوضة والمفوض له، كالالتزامات المتعلقة بنشر أو إشهار إ علان يتضمن الشروط الرئيسية الخاصة باستخدام و الانتفاع بالمرفق العام لاسيما ما يتعلق منها بالإتاوات والتعريفات وساعات العمل وطبيعة المستفيدين من خدمات المرفق، و كذا الالت ازم بفتح سجل خاص لتدوين وتسجيل الشكاوى والاقتراحات ويكون مؤشر عليه من السلطة المفوضة، وهي إحدى الآليات التي تمكن السلطة المفوضة من

معرفة ما إن كان هناك إهمال أو تجاوز من قبل المفوضله أو وجود حالة عدم إحترام للشروط المتعلقة باستخدام المرفق أو سوء استغلاله...، فهذا السجل من شأنه أن يجعل السلطة المفوضة تتحرك لاتخاذ التدابير الملائمة لتدارك الوضع في حق المفوض له كفتح لجنة تحقيق.

نجاز واقتناء ممتلكات واجرد المنشآت والمعدات المسخرة للخدمة العامة عند الاقتضاء، المرفق العام، ناهيك عن ضرورة تحديد البنود المتعلقة باستغلال تلك المنشآت وبصيانتها[1].

تحديد الضمانات لكلا طرفي الاتفاقية، فالمفوض له عليه أن يضمن تحقيق و تكريس المبادئ التي تقوم عليها المرافق العامة كمبدأ الاستمرارية وحسن سير المرفق العام والحياد والمساواة في الانتفاع بخدمات المرفق محل التفويض، في المقابل على السلطة المفوضة أن تضمن له المقابل المالي والالتزامات المالية للمفوض له، وكذا الحماية من الأخطار التي قد تعترضه أثناء استغلال المرفق العام وتثقل كاهله المالي

[1] محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الاداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان، 2011، ص 78

المبحث الثاني : الرقابة على تفويض المرفق العام ونهايته

إن الرقابة هي وسيلة لتحقيق نوع من التنظيم والفعالية داخل المؤسسة فالرقابة الإدارية هي الوسيلة التي تستطيع بها السلطات الإدارية معرفة كيفية سير العمل داخل المنشأة وذلك للتأكد من حسن السير العمل لتحقيق الأهداف و كشف الأخطاء والتقصير[1]، و تهدف بالأساس إلى حماية الصالح العام وتوعية القيادة الإدارية ومنع الانحراف وتقليل الأخطاء وما لا شك فيه أن العملية الرقابية تتخذ أشكال مختلفة حسب نظام الحكم في الدولة وعليه سنحاول التطرق إلى موضوع الرقابة على تفويض المرفق وفقا للمطالب الآتية:

المطلب الأول : سلطات الإدارة:

إن العقود الإدارية تختلف آثارها القانونية عن عقود القانون الخاص فإذا كانت عقود قانون الخاص تخضع في تنفيذها أي في آثارها القانونية من حقوق والتزامات الطرفين تخضع لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) فإن العقود الإدارية لارتباطها وتعلقها بالمرفق العام الذي هدف إلى تحقيق الصالح العام بما من مقتضيات تكفل له الاستمرار والدوام وحسن السير بانتظام ومن قابليته للتغيير والتبدل بما يتطلبه الصالح العام لارتباط العقود الإدارية بالمرفق العام بمبادئه تلك مما يجعل السلطات الإدارية المتعاقدة تتمتع بسلطات وامتيازات خطير ة تجعل مركز الإدارة المتعاقدة و الطرف المتعاقد معها غير متكافئ ومتساوي في الحقوق والالتزامات كسائبين جليا حسب الآتي:

أولا : سلطات الإدارة المتعاقدة

تتمتع الإدارة المتعاقدة ف مواجهة الطرف المتعاقد معها بالسلطات والحقوق التالية:

1-حق وسلطة الإدارة في الرقابة على الطرق المتعاقد معها : تمارس سلطة الإدارة المتعاقدة سلطة الرقابة على الطرف المتعاقد معها حتى تتأكد وتتحقق من أن المتعاقد

[1] نعيم إبراهيم الظاهر ، اساسيات الإدارة المبادئ والتطبيقات ، ط ، 1 مصر 2009 ، ص189

معها ينفذ التزاماته التعاقدية وفقا للشروط المحددة في العقد ، ورقابة الإدارة على المتعاقد معها قد تكون رقابة داخلية تتمثل في التوجيه والإرشاد وقد تكون رقابة خارجية تتأكد من تنفيذ العقد طبقا للشروط الفنية[1]

1- حق وسلطة الإدارة في تعديل الالتزامات وشروط العقد زيادة أو نقصان :

تملك السلطة الإدارية أن تعدل في التز امات وشروط العقد الإداري والمتعلقة بالمرفق العام وأساس هذه السلطة أو هذا الحق الذي تتمتع به تستمده من ضرورة حسن سير المرفق العام.

3-حق وسلطة الإدارة في تو قيع الجزاءات الإدارية مختلفة على المتعاقد معها :إذا اخل الطرف المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية كأن مهل او يقصر في تنفيذ العقد الإداري أو لم يحترم المدة المحددة للتنفيذ فإن السلطة المتعاقدة تملك سلطة توقيع وتسليط إجراءات إدارية مختلفة على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية بغير الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء سلفا الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية هدفها الأساس هو ضمان تنفيذ العقود الإدارية وإعادة التوازن بين الالتزامات ، تنفيذ العقود الإدارية وإعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة)

4- حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة

ثانيا: استحدثت سلطة ضبط للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تقرر بموجبه المرسوم 247/15 إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام لدى الوزير المكلف بالمالية وتتمثل صلاحيات هذه السلطة في كل الجوانب المتعلقة بالصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام من إعداد التنظيم الإعلام التكوين إحصاء سنوي وتحليل المعطيات المتعلقة بالجوانب الاقتصادية ، والتقنية القانونية للطلب العموم التدقيق بطلب كل سلطة مخولة واستغلال نظام المعلومات

[1] عمار عوابدي، القانون الاداري، الجزء الثاني نشاط اداري،ط7، الجزائر ، 2010 ، صص212-213

للصفقات العمومية ولهذه الصفة تعرض توصيات على الحكومة إلى جانب مهام أخرى تكمن في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمو مية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجانب، واستقلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية وإقامة علاقات تعاون مع الهيئات الوطنية والأجنبية في مجال الصفقات وتفويضات المرفق العام [1] المادة 213.

نص المادة213 [2]من م.ر 247/15 إنشأ لدى الوز ير المكلف بالمالية ، سلطة ضبط الصفقات العمو مية وتفويضات المرفق العام تتمتع بالاستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئته وطنية لتسوية النزاعات تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية:

-إعداد تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، وتصدر بهذه الصفقة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة و هيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين.

-إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

-المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

-إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العموم السنوي

-تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقين للطلب العموم وتقديم التوصيات للحكومة.

-تشكيل مكان للتشاور في إطار مرصد للطلب العمومي.

-التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتنفيذها بناء على طلب كل سلطة مختصة

[1] لعور بدرة ، الإطار المفاهيم للصفقات العمومية ف بالتشريع الجزائري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2017 جامعة بسكرة ، ص16

[2] المادة 247/15 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 45

-البـث فـي النزاعـات الناتجـة عـن تنفيـذ الصـفقات العموميـة المبرمـة مـع المتعـاملين المتعاقدين الأجانب.

-تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبيـة والهيئـات الـدو ليـة المتدخلـة فـي مجـال الصـفقات العموميـة وتفويضـات المرفـق العام.

المطلب الثاني : الآليات الرقابية

الفرع الأول :اجهزة الرقابة

أ- **رقابـة المصلحة المتعاقدة(الرقابـة الداخليـة):** تمارس الرقابـة وفق النصـوص التـي تتضـمن مختلـف المصـالح المتعاقدة وقوانينهـا الأساسـية دون المسـاس بالأحكـام القانونيـة المطبقة على الرقابة الداخلية ، و يجب ان تبين الكيفية العملية لهذه الممارسة وعلى وجه الخصـوص محتوى مهمـة كـل هيئـة رقابيـة والإجـراءات اللازمـة لتناسـق عمليـات الرقابـة وفعاليتها.

يقصـد بالرقابـة الداخليـة تملك الرقابـة التـي تقوم بهـا المصـلحة المتعاقدة بنفسـها بواسـطة أعوانها وموظفيها هذا النوع من الرقابة الذاتية لها أهمية كبيرة فيما يتعلق بالسير الحسن لـلإدارة وحمايـة المصـالح الماليـة و إضـفاء الشـفافية علـى أعمالهـا ، وبحسـب الدراسـات المنجزة من طـرف لجنـة أنتو سـي INTOSAI الرقابـة الداخليـة التابعـة للمنظمـة الدوليـة العليا لمراقبة المالية والمحاسبية تم اعتماد بعض الشروط كأولويات لتجسيد

ب- رقابة داخلية فعالة يتعلق الأمر:

1-وجود تشريع يحدد الشروط العامة والأهداف لوضع الرقابة الداخلية.

2-تحديد الأسس التي ترتكز عمليا الرقابة الداخلية عن طريق سند قوانين خاصة.

3-وجود أجهزة إدارية تعمل على جعل نظام الرقابة الداخلية فعالا.

4-وجود تقييم ذاتي ودوري لمراقبة الداخلية وتحديد نقائصها

5-وجود مؤسسات عليا لمراقبة تعمل على مراجعة أنظمة الرقابة الداخلية[1]

- تقييم نظام الرقابة الداخلية : عند محاولة تقييم الرقابة الداخلية للمصلحة المتعاقدة كآلية تعمل على ضمان وتكريس المبادئ العامة في إبرام الصفقات العمومية ، يجب الوقوف عند مجموعة من الملاحظات الجوهرية و هي: أن المشرع الجزائري من جهة جسد وبنص القانون العديد من المظاهر التي تعمل على تكريس مبدأ شفافية الإجراءات من خلال الآليات الآتية:

-حرية الوصول إلى الطلب العمومي

- المساواة في معاملة المرشحين

-احترام إجراءات الشفافية وفقا لما اقره القانون وهو ما أشارت إليه المادة5 من القانون 11/ 242السابق الذكر.

ب : الرقابة الخارجية : تتمثل رقابة الرقابة الخارجية في إطار العمل الحكومي في التحقيق مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما وترقى الرقابة الخارجية إلى التحقيق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية[2] و تهدف الرقابة الخارجية إلى : التحقق من مطابقة الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

[1] فرقان فاطمة الزهراء ، رقابة الصفقات العمو مية في الجزائر ، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق بن عكنون ،السنة الجامعية2006-207، ص11

[2] عزوز مخلوف ، بلقاسم بوفاتح ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامع تمنغاست ، الجزائر ،عدد (09) سبتمبر2015

الفرع الثاني: الرقابة الوصائية

تمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد والتأكيد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل في إطار البرامج والأسبقيات المدروسة للقطاع.

تختلف مفهوم مصطلح الوصاية في القانون الإداري عنه في القانون المدني[1] فالوصاية الإدارية هي مجموع السلطات التي يقرر ها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم بقصد حماية المال العام وفي مجال الصفقات العمومية لم تخصص التنظيمات المتعاقبة ،ولا التنظيم الحالي حيازا كبيرا لمراقبة الوصائية وتناولها المشرع بشيء من الاغتصاب في مادة وحيدة تاركا تنظيمها لنصوص القانونية الأخرى لاسيما قانون البلدية وقانون الولاية . وسنتطرق في هذا إلى مضمون الرقابة الوصائية و أهدافها كأداة لتفعيل الرقابة الإدارية وأهم العناصر التي تدخل في مجال الرقابة الوصائية على الصفقات العمومية

– مضمون الرقابة الوصائية : تستمد هاته الرقابة وجودها من خلال نص المادة (74) من المرسوم رقم 199/18 [2]وقوانين الجماعات المحلية وتنقسم إلى نوعين رقابة شرعية ورقابة ملائمة تهدف هذه الرقابة إلى تأمين احترام تطبيق النصوص و الإجراءات وتحقيق المبادئ المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية : تعتمد هذه الرقابة على الصلاحيات الموكلة الو صاية بموجب قوانين الإدارة الإقليمية والتي تعطى للوالي صلاحيات ممارسة رقابة الشرعية والمشروعية على مداولات المجالس المنتخبة يرسل إلى الوالي ملف الصفقة كاملا وكذا المداولة الخاصة بالصفقة ومكن إيجاز الوثائق التي يتكون منيا الملف فيمايلي:

–المداولة أو المداولات المتعلقة بموضوع الصفقة

[1] عمار بوضياف ، شرح قانون الولاية ، جسور للنشر والتوز يع ط 1 الجزائر ، 2012 ص41 –43

[2] المادة 24 من المرسوم 199/18 توضح غاية واهداف الرقابة الوصائية

-الإعلانات إشهارية وإعلان المنح المؤقت

-محاضر لجان الفتح والتحليل

-عقد الصفقة العمومية مرفق برسائل العرض ، الاكتتاب والتصريح بالنزاهة

-تأشيرة لجنة الصفقات العمومية مرفقة بنسخة من محضر الجلسة.

-المحاضر التفاوضية الخاصة بالصفقة إن وجدت.

مكن من خلال الملف للسلطة الوصية أن تدفع بعدم شرعية إبرام الصفقة في حالة مخالفة الإجراءات للأحكام التشريعية لا سيما المبادئ العامة التي يقوم إبرام الصفقات والتي سبق الإشارة إليها ، كما مكن أيضا بالدفع بعدم شرعية المداولة بوسائل خارجية عن المداولة كعيب عدم اختصاص المتداولين بشأن المداولة أو عيب الطابع اللاشرعي للإجراءات كما مكن أن يدفع بعدم شرعية المداولة بوسائل داخلية مثل عيب الانحراف في استعمال السلطة أو خطأ في تطبيق القانون ،ومن العيوب التي مكن أن تكتنف مداولة خاصة بصفقة عمومية نذكر على سبيل المثال:

-اتخاذ مداولة مخالفة للأحكام الدستورية و للقوانين والتنظيمات.

-المداولة التي تجرى خارج الاجتماعات الشرعية للمجلس الشعبي البلدي.

-المداولة التي يشارك في اتخاذها أعضاء من المجلس البلدي لهم مصلحة شخصية[1]

-عيب عدم الاختصاص كأن يتم إمضاء الصفقة من طرف شخص دون الترخيص لو من هيئة التداول أو تناول المداولة لموضوع خارج الاختصاص

-إمضاء وتنفيذ الصفقة دون إخضاع المداولة الخاصة بها لمراقبة من طرف ممثل الدولة في إطار رقابة الشرعية.

-عدم احتواء المداولة على المعلومات التي تسمح لهيئة التداول ،اتخاذ القرار الصائب أو إخفاء معلومات تخص المداولة بغرض تضليل أعضاء المجلس البلدي.

[1] المادة 60من قانون البلدية10/11 مرجع سابق

-اتخاذ إجراءات احتيالية للتهرب من الخضوع الى أحكام تنظيم الصفقات العمومية بصدد انجاز المشروع.

-استعمال معايير غير موضوعية لاختيار المتعامل.

-سوء تسيير عمليات فتح العروض وتقييمها.

وعند التسليم النهائي للمشروع تعد المصلحة المتعاقدة تقريرا تقييميا عن ظروف انجازه وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر مسبقا ويرسل هذا التقرير إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعب البلدي[1]

والملاحظ لجديد هذا النوع من الرقابة حسب المادة 164 هو إرسال نسخة من التقرير المعد من طرف المصلحة المتعاقدة إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الفرع الثالث : الرقابة المالية

تستمد رقابة أجهزة وهيئات وزارة المالية أساسها القانون من التشريع والتنظيم المعمول بهما فالوزارة في هذا المجال تعمل على تحضير ومتابعة ورقابة الميزانية العامة للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات ذات الطابع الإداري ، وفي مجال الصفقات العمومية تحديدا يؤدي قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية دورا هاما فيما خصص التحضير وإعداد قانون الصفقات العمو مية و كذا الإجابة عن التساؤلات والإشكالات التي تواجه المصالح المتعاقدة أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمو مية إما عن المهام الرقابية قبل وأثناء التنفيذ فيمارسها أعوان خضعون لسلطة الوز ير المكلف بالمالية وهم المراقب المالي والمحاسب العمومي أما الرقابة البعدية فهي من اختصاص المفتشية العامة للمالية IGF

[1] عزوز مخلوف ، بلقاسم بوفاتح ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامع تمنغاست ، الجزائر ،عدد (9) مرجع سابق ، ص102

1- **الرقابة القبلية للمراقب المالي** : تقوم هذه الهيئة لمراقبة الالتزامات التي تقوم بها الإدارة سواء تعلق الأمر بالنفقات أو التعاقدات وهذا قبل أن توضع النفقة حيز التنفيذ أي قبل تصفية والأمر بتسديدها أن هذه الرقابة هي عمل وقائي preventif تهدف إلى ان النفقة قد تمت وفقا للقوانين والتنظيمات السار ية فهي نوع من المشروعية rugularite Controle ....وهذا دون تدخل جهاز الرقابة المالية في الملائمة) opportunite'l) وقد نص المشرع الجزائري على ان مشروع أي صفقة أو ملحق خضع لتأشير ة المراقب المالي

-نشير هنا أن المشرع من خلال القانون الجديد 247/15[1] أوضح أن التأشيرة الشاملة (اتخاذ القرار بالإجماع) للجنة الصفقات العمومية تفرض على المصالح المتعاقدة والمراقب

المالي والمحاسب المكلف إلا في حالة معاينة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية.

2-**الرقابة المالية اللاحقة** : تباشر الرقابة المالية اللاحقة بعد تنفيذ التصرفات المالية واتخاذ القرار بصرف النفقات وتحصيل الإرادات ، وهي لا تحول دون أن يصبح الأمر بالتحصيل أو الأمر بالدفع نافذا كما هو الحال بالنسبة لرقابة المحاسب العمومي ولا تكون إلا بعد استفاء الإجراءات القانونية اللازمة وتمارس من طرف المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة[2]

2- رقابة المفتشية العامة للمالية : هي جهاز إنشاء للرقابة المالية اللاحقة أحدثت بموجب المرسوم رقم13/29 المؤرخ في 1980/03/01 المتضمن أحداث المفتشية العامة للمالية والذي ألغى بالمرسوم التنفيذي رقم 78/92 المؤرخ في 1992/02/22

[1] بن دراج عثمان مجال تدخل المراقب المال في الصفقات العمو مية على ضوء القانون247 / 15 ص11

[2] م ر 247/15 في 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام 84

المحدد لاختصاصات المفتشية العامة للمالية و الذي ألغى بدوره بموجب المرسوم رقم 272/08 المؤرخ في 2008/09/06

حيث حدد المادة الثانية في فقرتها الأولى اختصاصات المفتشية العامة للمالية كما يلي :"تمارس رقابة المفتشية العامة للمالية على التسيير المالي والمحاسب لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمو مية ،وعليه فإن مختلف الصفقات التي تبرمها هذه الهيئات تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية كما تحدد عمليات الرقابة للمفتشية العامة للمالية في برنامج سنوي يعرض على وزير المالية خلال الشهرين الأولين من كل سنة حسب الأهداف المحددة ، وتبعا لطلبات أعضاء الحكومة أو الهيئات والمؤسسات المؤهلة ويتمثل مجال مراقبتها في مايلي:[1]

-الرقابة على الوثائق في عين المكان وبطريقة فجابية و يتعين على مسؤول المصالح المعنية بعملية الرقابة ضمان شروط العمل الضرورية لوحدات المفتشية العامة للمالية وذلك بما يأتي:

-السماح لوحدات المفتشية المالية الدخول إلى جميع المجالات التي تستخدمها المصالح المعنية.

-الإجابة على الطلبات المعلومة المقدمة.

-إبقاء المحادثين في مناصبهم طيلة مدة المهمة.

ولتسهيل مهمتها ،لا مكن لمسؤول المصالح أو الهيئات التي وضعته للرقابة التملص من الوجبات المذكورة أعلاه والتملص باحترام الطريق السليم أو السر ي المهن أو الطابع السري

[1] بن دراج عثمان ، مجال تدخل المراقب المال ف الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد247 جامعة بسكرة في بتاريخ،2015/12/17 ص12

للمستندات الواجب فحصها في إطار أعمال التحقيق مكن للمفتشية عامة ان تطلب من مسؤول الإدارات والهيئات العمومية وكذا الأعوان الموضوعين تحت سلطتهم للاطلاع على كل المستندات رقابة مجلس المحاسبة:

بعد مجلس مؤسسة للرقابة المالية اللاحقة ، احدث لأول مرة بموجب القانون 05/20 المؤرخ في 1980/03/01 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة ، وتمت مراجعته وتعديله عدة مرات آخرها الأمر رقم02/10المؤرخ في2010/08/6 المادة 170 من الدستور [1] يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية

-يعد مجلس المحاسبة تقرير سنويا يرفعه إلى رئيس المجمهورية

طبيعة وأهداف رقابة مجلس المحاسبة:

-يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة اللاحقة لأموال الدولة والجماعات المحلية يتمتع باختصاص إداري وقضائي والاستقلال الضروري لأداء مهامه.

-يتولى مجلس المحاسبة التدقيق في الشروط استعمال وتسيير الأموال العمومية من طرف الهيئات التي تدخل في نطاق اختصاصه -يتولى مجلس المحاسبة عملية المراقبة بعدة وسائل آليات حددها الأمر رقم26/25 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/10 المتعلق بمجلس المحاسبة ، و هي حق الاطلاع وسلطة التحري او رقابة نوعية لتسيير ورقابة الانضباط[2]

الفرع الرابع الرقابة: القضائية

تمارس الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام من قبل القضاء الإداري وذلك من خلال قضاء الاستعجال في حالة الإخلال بإعلان أو توفير المنافسة عند

[1] المادة 170 من دستور، 1996 ج ر ع 76 بتاريخ 1996/12/08

[2] بن دراج عثمان ، مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد15 جامعة بسكرة في 247 بتاريخ 2015/09/16 ص.12

اختيار صاحب التفويض أو عن طريق الطعن في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود لتجاوز السلطة كما يكمن اللجوء إلى قاضي العقد عند إخلال احد طرفيه في الالتزامات المترتبة عليه أو عند حدوث ظروف طارئة من شأنها الإخلال بالتوازن المال للعقد.

أ –قضاة الاستعجال : إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لقضاء الاستعجال سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية و إنما كانت هناك إشارات إلى بعض خصائصه ومميزاته في المادة 918 ن ق ا م ا على أن فضاء الاستعجال تتخذ في إطار تدابير مؤقتة لا تمس بأصل الحق ، وان يتم الفصل في منازعاته في اقرب الآجال. وقد عرفه الفقه على انه إجراء يطلب بموجبه احد الأطراف الغالب فرد اتخاذ إجراء مؤقت وسريع لحماية مصالحه قبل أن تتعرض نتائج يصعب تداركها[1] من خلال نص المادة 917 ق أ م و إدارية نلاحظ أن هناك نوعية من الاستعجال الإداري.

أ- **الاستعجال بالطبيعة** : إن الاستعجال بالطبيعة هو ذلك الاستعجال الذي تكون منازعته ناتجة عن إشكالات تطرأ أثناء سير الدعوي الإدارية الأصلية أو قبل ممارستها تتطلب حلولا استعجاليه.

تتمثل في اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية لا تتحمل التأخير ، وشروط الاستعجال بالطبيعية:

1- توفر حالة الاستعجال أشارت إليها المواد 994/921/920 قانون الاجراءات المدنية وإدارية .

حالة استعجال خاصة بالحريات الأساسية : ونصت عليه المادة920 وفيه يأمر القاضي بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة انتهاكا خطيرا من

[1] كلوف عز الدين ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدار ية، ص119

الأشخاص العمومية أو الهيئات الخاضعة في تقاضيها لجهات القضاء الإداري حالة استعجال تحفظ :

وفي هذه الحالة يتخذ قاضي الاستعجال بموجب أمر على عريضة حتى في حالة غياب القرار الإداري المسبق تدابير تحفظية دون عرقلة تنفيذ قرار إداري[1] .

توجب المادة994 من قانون الإجراءات المدنية على القاضي عرض الوساطة على الخصوم كإجراء أول بداية من أول جلسة وقبل القيام بأي إجراء آخر خضض موضوع الدعوى وهذا في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه المساس بالنظام العام.

2- عدم المساس بأصل الحق : يشترط في قضاء الاستعجال بالطبيعة ألا يفصل في أصل الحق ولا يتطرق إلى صميم موضوع النزاع أن يقض بتدابير وقائية أو إجراءات وقتيه ولا يعتبر حسما للحق المتنازع عليه في الموضوع ولقد أشارت إليه المادة 918 : قانون الاجراءات المدنية والجزائية يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة ، لا ينظر في أصل الحق و يفصل في اقرب الآجال

3-عدم المساس بالنظام العام: إن هذا الشرط خاص بالقضاء الاستعجال الإداري بالطبيعة دون القضاء الاستعجال العادي.

ب- الاستعجال القانوني : إن الاستعجال القانون هو ابرز خاصية تتمتع بها منازعات الصفقات العمومية وقد اقرها المشرع بنص المادتين (946-947) ق إ م و إ أي أن قاضي الاستعجال وهو يفصل في هذه المنازعة التي آلت إليه بنص القانون فإنه لا ينظر إلى مدى توفير عنصر الاستعجال من عدمه كما انه يتصدى للموضوع وبفصل في أصل الحق[2]

[1] المادة 946 و 947 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري ج ر عدد 21 المؤرخ في 23 افريل .2008

[2] كلوف عز الدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية . والإدار ية ، ص123

-حالة الاستعجال المتعلقة بإبرام العقود والصفقات : طبعا المقصود هنا بالعقود الإدارية والصفقات العمومية ، و يتخلص مضمون هذه الحالة أن عندما يكو ن هناك إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة المتبعة في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية ولكل متضرر من هذا الإخلال أو ممثل الدولة على مستوى الولاية إذا كان العقد أو الصفقة ستبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية إخطار المحكمة الإدارية بواسطة عريضة حتى قبل إبرام العقد أو الصفقة ، وعليه يكون في إمكان المحكمة الإدارية أن تأمر

المتسبب في الإخلال بتحمل التزاماته وتحدد له أجل للامتثال وتقرنه بغرامة تهديدية عند انتهاء الأجل ، وللمحكمة الإدارية أيضا عند إخطارها الأمر بتأجيل إمضاء العقد حتى تنته الإجراءات على أن لا يتعدي هذا التأجيل مدة 29 يوم من إخطارها على أن تفصل في هذه المدة (المادتين 946-947).[1]

[1] -المادة 946 و 947 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن ق الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية ج ر عدد 21 المؤرخ في 23 أفريل 2008

الفصل الثاني

التنظيم القانوني لعقد تفويض للمرفق العام

مقدمة الفصل:

في السنوات الماضية و في مختلف الأنظمة القانونية التي خمت كانت الدولة هي التي تتولى شؤون المرافق العامة بنفسها و بواسطة مستخدميها ، و كان يقع عل عاتقها القيام بل الأنشطة المرفقية التي من شئنها تلبية الحاجات الضرورية للمجتمع و المواطنين1. حيث بعد تغيير معظم الأنظمة القانونية ، و تطور النظام الاقتصادي. سعت الدولة إلى خوصصة مختلف قطاعاتها و بدعوة الخواص لإدارة و تسيير المرافق العمومية و ذلك تحت سلطة إشراف و رقابة الدولة، فان من الطبيعي حدوث بعض الاختلافات بين المرافق العامة من حيث طبيعة النشاط أو الخدمة التي تؤديها التي تتعدد طرق إدارتها أيضا أو في الواقع يمكن إن يتم تسيير المرافق العامة من قبل أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، في الحالة الأولى تتم بطريقة مباشرة عن طريق التفويض العقدي المذكور في القانون 15-247 المتعمق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، أما عن الطريقة الثانية و هي التفويض الانفرادي الذي يكون بموجب القانون سواء كان نصا تشريعيا أو تنظيميا أو عن طريق قرار إداري انفرادي من جانب الإدارة، حيث تم اصدار مرسم حول كيفيت ابرام عقود التفويض ومن الجهة المتخصصة فيها وكذلك كيفية نهاية عقد التفويض وهذا ما سناره في هذا الفصل

المبحث الأول: كيفيات واجراءات ابرام عقد التفويض

رينا فيما سبق أن طرق استغلال وتسيير المرفق العمومي في إطارها التقليدي تعتمد على طريقة الاستغلال المباشر وطريقة المؤسسة العامة والطريقة الأكثر شيوعا هي عقد الامتياز و في هذا المحور سوف نتعرض إلى كيفيات ابراهم قد التفويض وكذلك الالتزامات قد التفويض العام أطراف (الفرع الأول) ومنه نتعرض إلى كيفيات تنفيذ اتفاقيات المرفق العام وأشكال التفويض المعتمدة من طرف المشرع الجزائري (الفرع الثاني)

المطلب الأول: أطراف عقود التفويض وكيفية الإبرام

لقد عرف تسيير المرفق العمومي تذبذبا في بعض الأحيان حادا وهذا لعجز الدولة للتكفل بكل مرافقها وهذا بسبب تطور الحياة الاقتصادية من جهة وتوسع المرافق العمومية المنشأة لخدمة المرتفقين من جهة أخرى، مما أدى بالكثير من الدول إلى التعاقد بمظهر آخر هو تفويض المرفق العام[1] في إطار شراكة سواء مع القطاع العام أو القطاع الخاص.

وتدخلت مختلف التشريعات لتنظيم هذه العملية وخاصة فقهاء القانون الإداري الفرنسي الذين ابتكروا مصطلح تفويض المرفق العام والتي تختصر بعبارة DSP وهذا حتى قبل أن يقره التشريع الفرنسي وهذا من خلال قانون((SAPIN) القانون 122/93) وبعده قانون (MURCEF) القانون 2001/1168 والقانون المغربي رقم 54 لسنة 2004 وقانون تفويضات المرفق العمومي التونسي رقم 2008/23.

إن التسيير عن طريق التفويض هو عبارة عن الانتقال من طريقة الإدارة المباشرة إلى طرق إدارة غير مباشرة وهذا لتقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية[2] .لا يمكن تجسيد هذا التسيير الغير مباشر للمرفق

[1] ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، ط4، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر 2010، ص 48

[2] نواف كنعان، القانون الاداري ، الكتاب الأول،ط1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ص 2008 ، 16

العمومي إلا ضمن منظومة قانونية محكمة وقد توجه المشرع الجزائري بشكل مباشر وصحيح إلى تفويضات المرفق العمومي من خلال الباب الثاني تحت عنوان الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام" وهذا من المادة 207 إلى 210 وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل ويجب الإشارة مبدئيا أن المشرع خص أربعة مواد فقط في قانو ن الصفقات العمومية رقم 247/15 في 2015/09/15 الذي عنونه المشرع "قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي "وكأن المشرع أعطى أهمية قصوى لتفويضات المرفق العمومي لأنه لأول مرة في تاريخ قانون الصفقات العمومية الجزائرية يذكر صراحة موضوع التفويضات إلا أنه اكتفى بأربعة مواد فقط وذكر في المادة 207.

أن كيفيات تطبيق أحكام هذا الباب (يقصد به الباب الخاص بتفويضات المرفق العمومي) سوف تحدد بموجب مرسوم تنفيذي، وهو ما تم فعلا بعد صدور المرسوم التنفيذي 199/18 في 02 أوت 2018 والمتعلق بتفويضات المرفق العمومي .ومنه سنحاول في ظل المعطيات السابقة أن ندرس ونحلل ما جاء في باب تفويضات المرفق وما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويضات المرفق العمومي مستعينين بالدراسات المقارنة في هذا المجال

الفرع الأول: أطراف عقود التفويض:

أ(**السلطة المفوضة**)**l'autorite delegante**(:لا يمكن الحديث عن تقنية تفويض المرفق العام بدون وجود ق ارر تفويض، ولا يمكن ذكر ق ارر تفويض بدون دارته ضمن اختصاصها فالسلطة وا سلطة التفويض، وهي التي يدخل المرفق وتسييره المفوضة هي شخص معنوي خاضع للقانون العام يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو مؤسسة عامة ذات طابع إداري والمسؤلة تنظيميا عن المرفق .وتشير المادة 207 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي بقولها[1]

[1] ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، المرجع السابق، ص 50

يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤل عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف " وبالتالي السلطة المفوضة يمكن أن تكون:

-***الدولة** :فهي شخص معنوي يمكن أن يفوض الم ارفق ذات الطابع الوطني والمؤسسات الوطنية والمرافق الإدارية ، وبالمقابل فانه لا يجوز تفويض بعض المهام الخاصة بالأشخاص العامة)العدالة – الأمن –...الخ)،وهذا لكي لا تتخلى الدولة عن مهامها الأساسية في تسيير مصالحها، ونجد أن المشرع الفرنسي 15على سبيل المثال لا يجوز تفويض سلطة "الضبط" كامتياز من امتيازات السلطة العامة.

-***الجماعات الإقليمية** :هي شخص من أشخاص القانون العام يمكن أن يفوض التسيير لأشخاص القانون الخاص.

***المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري**:هي تلك المؤسسات التابع للقطاع العام، هدفها تقديم خدمات عمومية للمواطن والمنشئة بموجب "القانون" فهذه المؤسسات كشخص عام يمكن لها أن تفوض إلى أشخاص القانون الخاص 16تفويض التسيير ما لم يوجد نص تشريعي مخالف.

ب(المفوض له :delegataire Le وهو الشخص المعنوي أو الطبيعي المكلف بالتفويض أو صاحب الالتزام المفوض (الملتزم) ويتولى عادة إنشاء أو تسيير أو استغلال المرفق العام في إطار بنود اتفاقية التفويض والهدف هنا تحقيق المنفعة العامة للمستفيدين من المرفق العام

فالشخص المفوض له أو صاحب الامتياز كما حدده القانون 12/05 المتعلق بالمياه بنصه "صاحب الامتياز هو كل متعامل عمومي أو خاص له مؤهلات مهنية

وضمانات مالية كافية" .[1]وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا خاضعا للقانون العام أو الخاص ومنه قد يكون المفوض له.18

أ.المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

ب .الشركات التجارية.

ج المرتفقون (المستفيدون من الخدمةles usagers)هم الأف ارد المنتفعون أو المستفيدون من الخدمة، أو مستعملي المرفق المفوض، وهم ليسوا طرفا في العقد لكن القانون منح لهؤلاء مرك از قانونيا من أجل حمايتهم لأن الهدف من إنشاء وتفويض المرفق هو تقديم خدمة عامة وراقية للمستفيدين منه وللمرتفقين الحق في:

-الاطلاع على عقود تفويض المرفق العام التي تبين كيفية تنفيذ المرفق

أن تحدد عقود تفويض المرفق العام التعريفة التي سوف يتحملها المستفيدون والمؤثرات التي تنعكس على هذه التعريفة، ويتضح من نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 275/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن لا تحملت السلطة المفوضة ما يثقل كاهل وا تحديد التعريفة يجب أن يكون عقلانيا (المرتفق.)

الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد دمج بين تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ونظمها بموجب نص تنظيمي وليس بموجب نص تشريعي، بينما المشرع المغربي وضع نصا خاصا لتنظيم تفويضات المرفق العام ولم يخلطها مع إجراءات إبرام الصفقات والمشرع الفرنسي أدمج إجراءات تفويض المرفق العمومي مع القانون العام للجماعات الإقليمية في الفصل الأول من الكتاب الرابع بعنوان (Les service de delegations public)المواد من 1 إلى 19 وقانون سابان (Sapin Loi) الصادر سنة 1993 الفصل الرابع بعنوان تفويضات المرفق العام من المادة 32 إلى 42 منه .إن اختيار المتعامل في

[1] ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، المرجع السابق، ص 56

عقود تفويض المرفق العام، يستوجب على الإدارة (سلطة التفويض) أن تختار أسلوب التفويض المناسب، حيث تضع الإدارة تقرير تبين فيه رغبتها في تفويض المرفق العام والتعريف به وتقديم معلومات عنه[1]

1.كفيات الإبرام :من خلال المادة (02) من المرسوم التنفيذي 299/22 في 07/02/7022، المتعلق بتفويضات المرفق العام إن إبرام هذه الاتفاقيات يتم في الأصل عن طريق الطلب على المنافسة. ويلاحظ أن هذه المادة تشبه إلى حد كبير المادة 39 المتعلقة بالصفقات العمومية الج ازئري، بنصها "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي"

أ) **إجراءات المنافسة** :بالنسبة لإجراء المنافسة فإن المادة 10 من نفس المرسوم تقترح أن يتم منح تفويضات المرفق العام بعد إجراء دعوة للمنافسة تكون وطنية. وكما هو الحال بالنسبة لإجراءات الصفقات "أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية" فإن تقييم العروض يتم على أساس "أفضل عرض" وذلك من حيث الضمانات المهنية والمالية والتقنية و تعلن عن عدم الجدوى في ثلاث حالات

1. عدم استلام أي عرض أي مف
2. استلام ملف أو عرض وحيد
3. .عدم تأهيل أي ملف لعدم المطابقة مع دفتر الشروط
4. .وبالتالي فان المشرع في مشروع تفويضات المرفق العمومي أعطى أهمية اكبر لموضوع المنافسة فحتى استلام عرض وحيد هو سبب كافي لعدم كفاية المنافسة وبالتالي نلجأ إلى إعادة الإجراء وهذا للحصول على بدائل اكبر وممكن بتكلفة اقل .وتبين الفقرة الثانية من المادة 15 حالات عدم الجدوى للمرة الثانية هي:

[1] ابوبكر احمد عثمان، عقود المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 64

1. عند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية يتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات.
2. عدم استلام أي ملف أو أي عرض.ذ
3. عدم تأهيل أي ملف أو عدم مطابقة لدفتر الشروط.

ب(إجراءات التراضي:

- **التراضي البسيط** :ويعرف بأنه "إجراء يتم بموجبه اختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير المرفق العام وهذا بعد التأكد من القدرات المهنية والتقنية والمالية[1]

حالات اللجوء إلى التراضي البسيط :أوضحت المادة 70 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العمومي وهي:

- في حالة الخدمات التي لا يمكن تفويضها إلا لمفوض وحيد يحتل وضعية احتكارية.
- في حالة الاستعجال .وأوضحت المادة 72 حالات الاستعجال كالآتي:

1. عندما تكون اتفاقية تفويضات المرفق العام سارية المفعول موضوع إجراء فسخ .
2. استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.
3. رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال .ونلاحظ أن المشرع يؤكد على إيجاد ضمانات لاستمر ار المرفق العام وسيرورته باطراد ونظام وهي ضمانة هامة في ظل نقص تجربة المؤسسة الجزائرية كونها فتية مقارنة إلى الفرنسيين والدول لها تقاليد في هذا الميدان.

- **التراضي بعد الاستشارة**" :وهو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مرشحين مؤهلين على الأقل "21وأوضحت المادة 29

[1] محمد سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2011، ص 33

من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العمومي الحالات التي تلجأ إليها السلطة المفوضة لهذا الإجراء وهي حالتين:

الحالة الأولى :عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وفي هذه الحالة يتم اختيار مفوض له من بين المترشحين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة

الحالة الثانية :عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني ولإعطاء أهمية بالغة لمبدأ الشفافية الواجب التقيد به في تفويضات المرفق فقد أورد المشرع محتويات الإعلان للدعوة إلى المنافسة بوضع البيانات الإلزامية المذكورة في قانون الصفقات العمومية.

2) تأهيل المترشحين:

لم يشذ المشرع الج ازئري في كيفيات تأهيل المترشحين عن المشرع الفرنسي والمغربي واللبناني حيث أوضحت المادة 77 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العمو مي أنه يجب على السلطة المفوضة أثناء تأهيل وانتقاء المترشحين أن تتأكد من قدراتهم المهنية والمالية والتقنية بكل الوسائل القانونية متى يكون الاختيار سديدا وأوضحت الفقرة الأولى من المادة السابقة لمدلول بالغ الأهمية بحيث لا يمكن تفويض المرفق العام إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الج ازئري ويكون قاد ار على تحمل مسؤولية التفويض ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي احتياجات المستعملين وبعدها أوضحت المواد من 32 إلى 44 من مرسوم تفويض المرفق العمومي بشكل دقيق كيفيات التأهيل والمنح (الإرساء) والطعن في المنح المؤقت للتفويض نختصر هذه الخطوات فيمايلي:

- اجتماع لجنة انتقاء العروض بفتح الأظرفة في جلسة علنية وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من طرف المترشحين.
- في جلسة مغلقة تقوم لجنة الاختيار وانتقاء العروض في مرحلة ثانية بدراسة ملفات الترشح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة.
- ترسل السلطة المفوضة للمترشحين المقبولين دعوة لسحب دفتر الشروط وتقديم العروض مع تحديد آخر أجل لذلك
- لا يمكن للمتر شح الواحد تقديم أكثر من عرض واحد في كل إجراء.
- تقوم لجنة اختيار و انتقاء العروض أن تطلب من المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا من أجل مفاوضة العروض أو العروض المعنية.
- تحرر اللجنة محضر مفاوضة وتقييم العروض عند كل جلسة مفاوضة
- في حالة التراضي بعد الاستشارة تقوم لجنة اختيار و انتقاء العروض باستدعاء 3 مترشحين على الأقل من أجل تقديم عروضهم وفقا لدفتر الشروط
- في حالة الإعلان عن عدم الجدوى الدعوى للمنافسة للمرة الثانية يتم اعتماد نفس دفتر الشروط.
- في حالة التراضي البسيط تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه.
- عندما يتعلق الأمر بقرار منح مؤقت لتفويض مرفق عام في حالة التراضي بعد الاستشارة قرار المنح المؤقت للتفويض يتم إشهاره بجميع الوسائل المتاحة.
- يمكن لأي مترشح أن يحتج على قرار المنح برفع طعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل عشرون يوما من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت.
- في حالة تنازل الحائز على المنح المؤقت قبل توقيع الاتفاقية أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية تقو م السلطة المفوضة بإلغاء المنح المؤقت للتفويض وتلجأ إلى المترشح الموالي.

- بإمكان السلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض
- بعد انقضاء آجال الطعون (حسب المادة 47) تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض وتسلم نسخة من الاتفاقية للمرشح المقبول

المطلب الثاني: الجهة المختصة لمنح تفويض المرفق العام

لم يحدد المشرع الجزائري بنص خاص ينظم به كيفية منح تفويض المرفق العام عن طريق أحد أساليبه، وتحدد هذه الإجراءات بموجب التنظيم الذي يخضع له كل مرفق. يؤكد قانون المياه أن التزويد بالماء الشروب والصناعي والتطهير خدمات عمومية، وأن هذه الأخيرة من اختصاص الدولة والبلديات وأنه يمكن للدولة والبلدية منح امتياز تسييرها لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام، حيث يتم منح الامتياز من قبل الدولة ممثلة في وزارة الموارد المائية على المستوى المركزي، في حين يمنح الامتياز من البلدية على المستوى المحلي

حيث تنص المادة 3من المرسوم 08-54 على أن "يمنح الامتياز لتسيير الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية"[1]...

في إطار امتياز الطريق السريعة تكون اتفاقية التفويض مبرمة بين الوزارة المكلفة بالطرق السريعة وصاحب الامتياز ويجب أن تكون مصادقة عليها من طرف مجلس الحكومة.[2]

[1] المرسوم التنفيذي 08 – 54، المؤرخ في 09 فبراير 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي لتسيير بالامتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به، ج. ر، عدد 80 الصادرة بتاريخ 13 فبراير، ص 15.

[2] فوناس سهيلة، **تفويض المرفق العام في القانون الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 214

المبحث الثاني: صيغ واجراءات ابرام عقد التفويض

المطلب الأول: صيغ الإبرام

وتبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين، الطلب على المنافسة الذي يمثل القاعدة العامة أو التراضي الذي يمثل الاستثناء.

الفرع الأول: الطلب على المنافسة

تقوم عقود تفويض المرفق العام على فكرة أساسية هي حرية اختيار المفوض له، ومن أجل اختياره تلتزم الإدارة المفوضة باحترام جملة من الإجراءات التي من شأنها أن تضمن الشفافية والمساواة بين المنافسين، بحيث تلتزم بالإعلان عن رغبتها بالتنازل عن تسيير مرفق معين.[1]

تنص المادة 25من المرسوم التنفيذي 199/18 على "يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة ويجب إشعاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الاجنبية.[2]

أكدت المادة على وجوب الإعلان على الطلب على المنافسة والذي يعتبر الإجراء الذي يسمح بترشيح عدة منافسين، كما يكرس الشفافية ويضمن منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تصنعها الإدارة بصفة مسبقة. وقد نص عليه أيضا المشرع الجزائري في المادة 105من القانون رقم " 12 – 05يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها على المنافسة مع تحديد لاسيما محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له وشروط تنفيذها ومسؤوليات الملتزم بها ومدة التفويض وكيفيات دفع

[1] مخلوف باهية، **تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام**، بحث مقدم إلى ملتقى حول :**التسيير المفوض للمرفق العام من طرف أشخاص القانون الخاص**، بجاية، الجزائر، ص 85

[2] المرسوم التنفيذي رقم 18 – 199، المرجع السابق الذكر

أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين ومعايير تقديم نوعية الخدمة[1]".

في حين حددت المادة 27من المرسوم التنفيذي 199/18 البيانات التي يجب أن يتضمنها إعلان الطلب على المنافسة وتتمثل في:

-تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي إن وجد.

-صيغة الطلب على المنافسة.

-موضوعة وشكل تفويض المرفق العام.

-المدة القصوى للتفويض

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.

-قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح.

-آخر أجل لتقديم ملف الترشح.

-مكان إيداع ملف الترشح

- دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة

- كيفيات تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق وتكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض.) كما يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة، مع الأخذ في الحسبان مدة تحضير العروض، وفسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، ولا تؤخذ بعين الاعتبار الملفات التي يتم استلامها بعد فوات الآجال المحددة في الإعلان.[2]

[1] **قانون رقم 05 12**-مؤرخ في 04 أوت 2005 يتعلق بالمياه قد منح عبر المواد 76 و 78 إمتياز إستعمال المياه المستعملة و المطهرة من أجل السقي. ... أمر **رقم** 02-09 مؤرّخ في 22 يوليو 2009 يعدل ويتمم **القانون رقم 05 12**-المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 4 غشت سنة 2005 والمتعلق بالمياه.

[2] المادة 27، 28، 29 من المرسوم التنفيذي 18 – 199، المرجع السابق الذكر

أما ملف الترشح فقد نصت عليه المادة 30من نفس المرسوم "يتضمن ملف الترشح الوثائق الآتية:

-تصريح بالنزاهة.

-القانون الأساسي للشركة.

-مستخرج السجل التجاري.

-رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري أو المترشحين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر.

-كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين مذكورة في دفتر الشروط

فالطلب على المنافسة هو إجراء يهدف إلى ضمان المساواة بين المترشحين وشفافية العمليات وعدم التحيز في اتخاذ القرارات وتلتزم أيضا الإدارة بالموائمة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع ساءة واالمرفق العام الذي تتولى تسييره في أحسن الظروف، حرية المنافس، وذلك بعدم عرقلتها استخدام سلطتها الإدارة في اختيار المتعاقد معها[1]"

الفرع الثاني: التراضي

يعتبر الطلب على المنافسة الأصل والقاعدة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وعلى الرغم من ذلك فقد لا تصلح هذه الآلية في بعض الحالات، مما يحتم الخروج عن الإجراءات المعروفة في تنظيم تفويض المرافق العامة واتباع أسلوب الأكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة، ويتمثل هذا الأسلوب في التراضي.[2]

[1] مخلوف باهية، المرجع السابق الذكر، ص 85

[2] تياب نادية، **آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013 – 2014، ص 98

عرف المشرع الجزائري التراضي في المادة 41 من تنظيم الصفقات العمومية 'التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.[1]"

فالتراضي هو طريق استثنائي لإبرام عقود التفويض وللتراضي شكلين أساسيين هما.

أولا: التراضي بعد الاستشارة

يعتبر التراضي بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية غير أنها تختلف عن التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة التي تنعدم نهائيا في التراضي البسيط.[2]

حيث نصت المادة 37من المرسوم التنفيذي 18-199 على "في حالة التراضي بعد الاستشارة تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة 03 ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل من أجل تقديم عروضهم وفقا لدفتر الشروط"[3]، ويجب على السلطة المفوضة اعتماد نفس دفتر الشروط في حالة التراضي بعد الاستشارة، وبعد عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية.

ثانيا: التراضي البسيط

هو إجراء يتم بمقتضاه منح التفويض لأحد المترشحين بدون أية منافسة ولا يلجأ إليه إلا في حالات محددة وقد نصت عليه المادة 38 من المرسوم 18-199 حيث جاء فيها "في حالة التراضي البسيط تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المرشح الذي يتم اختياره لتقديم عرضه"، وتقوم لجنة اختيار وانتقاء العرض بدعوة المترشحين للتفاوض معهم في حدود ما يسمح به دفتر الشروط لاسيما على ما يأتي :

مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء.

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 15 – 247، المرجع السابق الذكر

[2] خرشي النوري، **تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2011، ص20

[3] المرسوم التنفيذي 18 – 199، المرجع السابق الذكر 25

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

كما يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط، ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي من الأحوال إلى موضوع التفويض[1]

المطلب الثاني: إجراءات وشروط الإبرام عقد التفويض

وتتمثل في مبدأ المساواة واختيار العرض الأمثل، والمنح المؤقت.

الفرع الأول: احترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأمثل

بعد إجراء كل من المنافسة والإعلان المسبق تلتزم السلطة المفوضة بإعمال مبدأ المساواة بين المترشحين سواء من حيث الحق في الاشتراك في المزايدة أو حرية تقديم العطاء، ومن ثم لا يسوغ للجماعة العامة أن تستبعد أي متعامل متر شح يتقدم بعرض دون سبب مشروع[2]

وبعد تلقي الترشيحات تقوم لجنة الاختيار وانتقاء العروض بإعداد قائمة المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم وارسال نسخة من دفتر الشروط لكل مترشح أين يتبين له عرضا دقيقا حول المرفق العام وكذا الخصائص الكمية والنوعية وشروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة المقدمة وذلك دون انحياز، وعلى كل مترشح ورد اسمه في القائمة واستلم نسخة من دفتر الشروط أن يقدم عرضا دقيقا وفق ما هو مبين سابقًا وذلك بطريقة حرة وبدون أي ضغوط من طرف الهيئة المفوضة.

[1] المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18 – 199، المرجع السابق الذكر

[2] فوناس سهيلة، المرجع السابق الذكر ، ص 221

بعد تلقي العروض تقوم السلطة المسؤولة بإجراء تفحص في العروض دون تمييز أو انحياز وهذا ما نصت عليه المادة 31من المرسوم التنفيذي 18-199 حيث جاء فيها "تقوم لجنة الاختيار وانتقاء العروض في جلسة علنية وفي مرحلة أولى بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين، ثم تقوم لجنة ملفات الترشح ابتداء من اليوم الموالي للجنة فتح الأظرفة[1] "، وذلك بناءً على الاعتبار الشخصي أي يتم اختياره استنادًا إلى اعتبارات مالية وفنية.

الفرع الثاني : شروط الابرام عقد التفويض

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا في حالة شكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما و قابلا للتفويض، إذ توجد مجموعة من المرافق السيادية التي لا يجوز تفويضها ، كما يقتضي أن تقوم بين صاحب التفويض والسلطة المانحة علاقة تعاقدية بحيث يخضع المتعاقد مع الإدارة بالإضافة إلى النظام القانوني احدد من قبل المشرع فإنه يخضع كذلك إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد، كما يجب أن يكون موضوع العقد استغلال المرفق العام وأن يرتبط المقابل المالي بنتائج الاستغلال.

أولا: ضرورة وجود مرفقا عام يكون قابلا لتفويض :

يشكل المرفق العام المرتكز القانوني الأساسي التقنية تفويض المرفق العام ، و يقصد بها المرافق العامة التي يمكن أن تطبق أسلوب التفويض في إدارتها جميع المرافق الاقتصادية والمالية التي تقدم خدمات أو منافع عامة للأفراد ولا يوجد نص قانوني يمنع تفويضها أو عرف يجعل تفويضها غير ممكن، أو المرافق التي يمكن أن تكون محلا للإدارة من طرف أشخاص القطاع الخاص بطريقة التفويض ، أما الآن لا توجد قائمة تحدد المرافق العامة القابلة لتفويض ، فمهما كانت طبيعة المرفق العام إداري أو صناعي فهو قابل للتفويض.[2]

[1] المرسوم التنفيذي 18 – 199

[2] مروان محي الدين، نفس المرجع، ص 442.

لكن المشرع الجزائري وضع في تعريف المرفق شرط واقف وهو عدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، أي أن المنع يكون وفقا لنص قانوني صريح، إلا أن الفقه والاجتهاد قد حددها في مجموعة نقاط وهي:

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

2 / يجوز تفويض بعض الأنشطة الملحقة بالمرافق العام الذي يتم تفويض فيها مثل إدارة المطاعم في مرفق التعليم ولا يجوز أن يؤدي إبرام العقد إلى تفويض إدارة أبرمته وليس بعض الأنشطة الملحقة به.

3/ لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام الامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط مثل الانتخابات والأحوال الشخصية.

4/ لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة التي تحتكر إدارتها واستغلالها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام كمرفقي توزيع الغاز والكهرباء .

5/ لا يجوز أن يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة

6 / لا يكون أن يكون موضوع عقاد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها الطابع الضر

7/ لا يجوز تفويض بعض المهام الأساسية بالأشخاص العامة وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الذي اعتبر أن الأقاليم لا يمكن أن تتخلى عن كل صلاحياتها الزراعية إلى أحد أشخاص القانون العام .[1]

ثانيا : ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين السلطة المفوضة و المفوض له :

لا يتحقق تفويض المرافق العمومية إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحية التفويض والممنوح اله التفويض ، لذا فان الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة

[1] اعمار بوضياف، شرح قانون البلدية عطا، جسور النشر والتوزيع اخرير 2012، ص 225

المتفردة والذي يعرف باسلوب التأهيل الانفرادي لا يدخل في مفهوم التفويض الذي تضمه المشرع.

1: عقد الفويض :

ان عقد تفويض المرفق العام مبني على فكرتين متناقضتين بشكل توازنما الغاية التي قدف فا الطبيعة المختلطة هذا العقد ، وهما فكرة تحقيق المصلحة العامة و فكرة تحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقد .

أ/ **صاحب التقويض:** يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما كان يكون مؤسسة عامة يفوض إليها إدارة و استغلال مرفق عام، ومثال على ذلك عقد الامتياز الذي كان ميرما بين شركة كهرباء و التي كانت مؤسسة عامة ، والدولة كانت موضوع العقد تشغيل مرفق الكهرباء . با مانح التفويض؛ يقتضي أن يكون مانح التفويض شخصا عاما سواء كان الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية ، وفي حالة كان مائح التفويض شخصا خاصا فلا يكون عقد تفويض مرفق عام إلا أنه يستثني من ذلك العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لحساب وباسم الشخص العام و تحت إشرافه

2. طبيعة العقد :

إن عقد التفويض عادة ما يبرم بين شخص عام وهو مائح التفويض و شخص خاص وهو صاحب التفويض لكي يعتبر كعقد من عقود تفويض المرفق العام، أما إن كان مانح التفويض شخص خاص فنحن هنا لا تكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، إلا أنه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخص من أشخاص القانون الخاص لحساب وباسم الشخص العام وتحت اشراقه ورقابته، ففي هذه الحالة تكون أمام عقد تفويض المرفق العام بالرغم من كون أشخاصه من أشخاص القانون الخاص فالعلاقة القائمة بين صاحب التفويض والسلطة المانحة له هي علاقة تعاقدية خضع طرفا العقد فيها للبنود والأحكام المدرجة في العقد، وقد بشكل عقد تفويض المرفق العام عقدا إداريا ، لأن أحد أطرافه شخص بكمية حسام الدين، تفويضي المرفق العام مفهوم جديد و مستقل في ادارة المرفق

العام ، يرم عقد التفويض عادة بين شخص عام هو مانح التفويض وشخص خاص هو صاحب . التفويض ويكون على شكل الشركة التجارية أو الشركة عام هو مائح التفويض وموضوعه تنفيذ مرفق عام ويتضمن امتيازات السلطة العامة كحق الدولة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة بدافع تحقيق المصلحة العامة.

ثالثا: استغلال المرفق العام والارتباط بين المقابل المالي والاستغلال :

لا يكفي القيام تفويض المرفق العام أن يوجد مرفق عام وان تكون العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له علاقة تعاقدية، وإنما يلزم لوجود مرفق عام يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام من جهة ، وان يرتبط بالمقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض اليه بنتائج الاستغلال من جهة أخرى ويعتبر هذا الشرط في تحديد عقود التفويض من عقود الصفقات العمومية.[1]

[1] اعمار بوضياف، المرجع السابق، ص 225

المبحث الثالث: نهاية عقد تفويض المرفق العام

عقود تفويض المرفق العام بصورها المختلفة هي عقود مؤقتة لمدة معينة فإذا عهدت الادارة إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إنشاء وتسيير مرفق عام، فال يعني ذلك أنها عهدت بهذه المهمة بصفة نهائية ومطلقة فمن غير المتصور أن يكون عقد تفويض أبديا لما يمثله ذلك من تخلي وتنازل عن سلطتها في تنظيم المرافق العام .

ما بطريقة وتتحقق نهاية العقد إما بطريقة عادية وذلك بنهاية المدة الزمنية المحددة له، او غير عادية وذلك بقوة القانون أو عن طريق الفسخ الاتفاقي.[1]

المطلب الأول: النهاية غير العادية

ينقضي عقد تفويض المرفق العام بصورة غير عادية في حال وضع نهاية له قبل إتمام تنفيذه وقبل المدة المحددة في الاتفاق ومهما كانت الاسباب تكون نهاية غير طبيعية وغير عادية وهذه النهاية لها صورتين وهما كالاتي:

الفرع الأول: بقوة القانون

ينتهي عقد تفويض المرفق العام بقوة القانون في الحالتين الاتيتين:

اولاً: حالة القوة القاهرة

ينقضي عقد تفويض المرفق العام بحكم القانون في حالة القوة القاهرة إذا توفرت شروطها، وعرف المشرع الجزائري نظرية القوة القاهرة بأنها "حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد تجعل للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة"[2]

أما في حال كانت القوة القاهرة مؤقتة، ويمكن للظروف القاهرة أن تزول فتؤدي إلى تعليق تنفيذ العقد إلى حين زوالها .[3]

---

[1] اعمار بوضياف، المرجع السابق الذكر ، ص 226

[2] بكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص، جامعة بجاية، الجزائر، 2014 – 2015 ،ص 09.

[3] مروان محي الدين القطب، المرجع السابق الذكر ، ص 518

ثانيا: حالة وفاة المفوض له

بما أن عقد تفويض المرفق العام يقوم على قاعدة الاعتبار الشخصي فإن وفاة المفوض له يؤدي إلى انقضاء العقد ألن شخصية المفوض له لها أهمية كبيرة في العقد إذ أنه ذو طابعا لهذه القاعدة فإن وفاة المفوض له يؤدي إلى انقضاء العقد من جهة ومن جهة شخصي وتطبيق أخرى تؤدي إلى نهاية عقد التفويض.[1]

الفرع الثاني: استرداد المرفق العام

هو إجراء انفرادي تفرضه الإدارة ويختلف عن الفسخ كعقوبة ألنه طريقة الاعادة تنظيم المرفق العام وتدفع الإدارة مقابل مالي كتعويض عما خسره وعما فاته من ربح كما يعرف كذلك أنه إجراء منفرد صادر عن الهيئة المفوضة أثناء تنفيذ الالتزام لغرض إنهائه قبل انقضاء مدته العادية مقابل دفع التعويض لصاحب الامتياز المفوض له[2]

ويتم الاسترداد بقرار إداري حتى لو تضمن العقد على حق الإدارة الالتجاء إليه ألن الاسترداد يمثل أحد تطبيقات حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك، ويمكن أن يتحقق استرداد المرفق العام في ثالث صور وهي:[3]

أولا: الاسترداد التعاقدي

وتتحقق هذه الصورة من الاسترداد عندما ينص في العقد على حق الإدارة في استرداد المرفق العام قبل انتهاء الآجال المحددة للعقد.

---

[1] إدير نوال، النظام القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بجاية الجزائر، 2016 – 2015، ص66

[2] أبو بكر احمد عثمان، المرجع السابق الذكر ، ص 220.

[3] حاشمي سامي، النظام القانوني التفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بجاية، الجزائر، 2017 – 2016 . ص ، 70 . ،،

وقد يتقرر الاسترداد التعاقدي من دون وجود نص قانوني يقرر وينظم كيفية ممارسته وذلك بأن ينص الاطراف في عقد التفويض على هذا الحق الادارة مع بيان كيفية ممارسته[1]

ثانيا: الاسترداد غير التعاقدي

هو إجراء منفرد صادر عن السلطة المفوضة أثناء تنفيذ عقد تفويض المرفق العام لغرض إنهائه من دون وجود نص في العقد يقرره عندما يتم الاسترداد خلال المدة التي حظر العقد ممارسة الاسترداد خالاها، ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد غير التعاقدي للمرفق العام أن تدفع مقابل كتعويض عما خسره وعما فاته من ربح .

ثالثا: الاسترداد التشريعي

ويتحقق هذا النوع من الاسترداد من خلال صدور قانون خاص يتضمن استرداد الدولة لمرفق معين[2]

الفرع الثالث: الفسخ

قد ينتهي عقد تفويض المرفق قبل انتهاء مدته من خلال فسخ العقد، ويعتبر الفسخ جزاء أو عقوبة توقعه الإدارة على الطرف الذي تماطل في التزاماته التعاقدية، ويتخذ الفسخ صور متعددة:

أولاً: الفسخ الاتفاقي

يكون الفسخ الاتفاقي عن طريق اتفاق الإدارة والمفوض إليه قبل نهاية مدة العقد، وقد يختلف من حيث الواقع بطريقة الاسترداد التعاقدي ولكن الطريقان مختلفان، ألن حق الإدارة في استرداد حق الأصل سواء نص عليه العقد أو لم ينص، أما الفسخ الاتفاقي فهو ثمرة لتراضي كامل بين الإدارة والمتعاقد معه[3].

---

[1] أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق الذكر ، ص 221.

[2] المرجع نفسه، ص 223.

[3] فهمي أبو زيد مصطفى، الوسيط في القانون الإلداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ص 41.

ثانيا: الفسخ بقوة القانون

يتجلى الفسخ بقوة القانون في بعض الحالات فقط مثل هالك محل العقد أو حالة تحقق شروط معينة منصوص عليها في العقد فإن ما تحققه تلك الشروط يفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحقق الشروط أو الأسباب.

ثالثا: الفسخ القضائي

يمكن الاحد الطرفين خاصة المفوض إليه أن تلجأ إلى إلغاء عقد التفويض نظرا الاخلال الطرف الثاني بالتزاماته لدى تنفيذ العقد.[1]

ويحدث الفسخ القضائي في حالتين:

بطلب من صاحب التفويض: والذي يحدث إما في حالة إخلال الإدارة المانحة للتفويض بالتزاماتها التعاقدية اتجاه صاحب التفويض، وإما بوقوع أضرار لصاحب التفويض تؤثر على التوازن المالي للعقد، بسبب استعمال السلطة المانحة حقها في تعديل بنود العقد.

بطلب من السلطة المفوضة: حيث أنه يترتب على كل تقصير من طرف صاحب التفويض، فسخ العقد بمبادرة من الإدارة مانحة التفويض، بعد استفاء الإجراءات القانونية والمتمثلة أساسا في توجيه إعذار مسبق لصاحب التفويض، وإخطاره بالمخالفات المنسوبة إليه وطلب إزالة الأسباب المؤدية إلى فسخ عقد التفويض. ولا يترتب على الفسخ القضائي بطلب من السلطة المفوضة أي تعويض لصالح صاحب التفويض كونه مخل بالتزامات تم الاتفاق عليها مسبقا .

[1] أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق الذكر ، ص 225.

المطلب الثاني: تصفية عقد تفويض المرفق العام

تشكل عقود تفويض المرفق العام استثمارا لأموال باهظة، وبالتالي فإن نهايتها سواء كانت طبيعية أو غير طبيعية تثير مصير هذه الأموال والأدوات.

الفرع الأول: مصير الأموال المستعملة في تسيير المرفق العام

إن الأموال التي ترتبط بعملية تفويض المرفق العام متنوعة من حيث طبيعتها ومصدرها، فمن حيث الطبيعة قد تكون أموال عقارية وقد تكون منقولة أيضا، ومن حيث المصدر فإن البعض منها عهدت به السلطة المفوضة إلى المفوض له كوضع أجزاء من الدومين العام اللازمة لاستغلال المرفق العام تحت تصرفه أما البعض الآخر فإن المفوض له هو الذي اكتسبه سواء في بداية أو أثناء تفويض المرفق العام.[1]

وبالعودة إلى أحكام المادة 208 من المرسوم الرئاسي 15/247 نجد أن المشرع الجزائري لم يميز بين هذه الأموال حيث نص على أنه " تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهايته ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، المعني". دون تحديد إذا كانت هذه الأيلولة مجانية أو مقابل الاشتراء ما يؤول إلى صاحب التفويض. إذ ليس هناك قاعدة قانونية مسلم بها تقضي أيلولة تلك الأموال مجانا إلى الدولة عقب نهاية عقد التفويض.

أولا: الأموال التي تؤول إلى الدولة مجانا

وهي الأموال الغير قابلة للتجزئة فيما يتعلق باستغلال المرفق وينبغي النص عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلة كالأراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص. [2]

[1] محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق الذكر ، ص 234

[2] إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق الذكر ، ص 433

وقد ينص العقد على إدراج بعض المنقولات في قائمة الأموال التي تؤول إلى الدولة مجانا، ويمكن أن تكون هذه الأموال مملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية ويمكن أن يكون المفوض له هو الذي قام بها أو اكتسبها أثناء تنفيذ عقد التفويض.

وإن كان الأصل أن يتم النص في العقد على عودة الأموال السابقة إلى هيئة المفوضة بقوة القانون بمجرد انقضاء العقد فإنه قد يحدث أن يتضمن العقد نصا على حق الإدارة في ترك بعض الأدوات التي يتبين عند انقضاء العقد أنها قد أصبحت غير ضرورية لاستغلال المرفق العام.

ثانيا: الأموال التي يحق للدولة أن تشتريها

تستطيع الدولة اشتراء الأموال المنقولة التي تعتبر جزء لا يتجزأ بالاستغلال المرفق وتحدد شروط العقد حرية الإدارة في اشتراء هذه الأموال، فقد تتمتع الإدارة برخصة الشراء من عدمه.

ومع ذلك ليس هناك ما يمنع أن ينص عقد التفويض على أيلولة هذه الأموال مجانا ، في حين أن الأموال التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل، تعتبر أنها مملوكة للمفوض له أثناء مدة العقد وهذا خلاف للأموال التي تؤول مجانا إلى الدولة إذ تعتبر مملوكة منذ البداية[1]

الفرع الثاني: تصفية الحسابات بين السلطة المفوضة والمفوض له

من المؤكد أنه عند نهاية عقد التفويض نهاية مبسترة (غير طبيعية) تثير مسألة هامة حول مدى تحقيق المفوض له للأهداف المرجوة من إبرامه عقد التفويض، في الوقت الذي تكون الإدارة قد عهدت في مواجهته بأن تضمن له حدا أدنى من الربح، أو تكون الإدارة قد تسببت بتصرفاتها في تحميله بعض الأعباء، وفي بعض الأحوال قد يكون المفوض له مقصرا في صيانة الأموال وتجديد المعدات والمنشآت التي تؤول إلى

[1] محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق الذكر ، ص 234

الدولة في نهاية عقد التفويض...الخ، فكل هذه الأمور وغيرها تقتضي تصفية الحسابات على أساس المقاصة بين الحقوق والواجبات.

فالمبدأ الذي يحكم التصفية بصفة عامة يتمثل في الأساس التعاقدي الذي يتم من خلاله تطبيق أحكام وشروط العقد اعتبارا بأن النصوص الواردة في عقد التفويض ذات طبيعة تعاقدية ملزمة لطرفي الرابطة العقدية، وعليه تكون مهمة القضاء إعمال تلك النصوص والالتزام بأحكامها وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين

خاتمة

خاتمة

آن ولادة قانون اطار يحكم التعاقدات ذات الطبيعة الإدارية أتى بعد مخاض عسير تحت مسمى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لمواجهة أزمة التمويل العمومي و السقوط الحر لاععار البترول واعتماد الاقتصاد الوطني على المحروقات وقد حاولنا من خلال هذه الدراعة تسليط الضوء على المرعوم الرئاعي الجديد 18-199 من جانب عقود تفويض المرفق العام وهذا لارتباطه بالمال العام والاملاك الوطنية وهي حلول وقتية في ظل الأزمة الراهنة ويقول عليها البعض أنها الحل الأنجع لمواجهة الأزمة الاقتصادية التي تمر بها الجزائر ، ومصطلح تفويض المرفق العام لم يرى النور في السياعة التشريعية ولا القضائية بل تردد من خلال أقوال الفقهاء ، حيث كان عبارة عن نصوص قطاعية متناثرة عرفت – بعقود الامتياز المختلفة امتياز الطرق السريعة ' امتياز المياه " امتياز الكهرباء والغاز ' الامتياز الفلاحي .... الخ. وهي نصوص مقتبسة بالطول والعرض من المدرعة الفرنسية الرائدة في هذا المجال ، وبمناعبة صدور المرعوم الرئاعي الجديد السالف الذكر قنن المشرع الجزائري عقد تفويض المرفق العام في قانون جمع بين عقدين هامين هما:

عقد الصفقات العمومية وعقد تفويض المرفق العام .

وهذ لوجود مايربط بينهما أكثر مما ينفرهما ، وهي نقطة تحسب للمشرع الجزائري الا اننا وفي اطار هذه الدراعة أثناء اعتقرائنا للاحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام لم نجد ما يشفع للمشرع الجزائري

ولا للسياعي بالاخص من تطوير وتحديث أعاليب وطرق تسيير المرافق العمومية ، ثم أن هذه التقنية المبتكرة وهذا التقنين الجديد ما كان ليكون لولا هذه الأزمة التي تمس كيان الدولة ، مما يدل على فقداننا للدراعات الاعتشراقية ومواكبة التطور ، وعلى نفس السياق في مواجهة الدولة لأعباء المحلية – النشاط المحلي في الولاية – البلدية

(يفرض بالضرورة اتخاذ إجراءات وتدابير اعتعجالية لمواجهة الغضب الاجتماعي المتزايد) هو أحد الأعباب الرئيسية لهذه الدراعة وفي هذا الاطار يجب أن نقف عند النقاط التالية : . لاحظنا عبارة في انتظار صدور المراعيم التنظيمية المتعلقة بتفويض المرفق العام وهو ما يدل على أن المشرع لم تتبلور لديه بعد فكرة تنظيم تفويض المرفق العام ، وهو بحاجة لكسب الوقت والمعلومات والدليل على ذلك مراعلة من وزارة المالية الى السادة الولاة ، تطلب فيها من الجماعات المحلية تقديم اقتراحات في هذا 77 المجال لم يتم تحديد عقود نماذج اعتثناء عقد الامتياز فإن عقود الايجار ، والوكالة المحفزة وعقد التسيير الإداري غير معروفة في الحياة الاقتصادية الجزائرية كعقود إدارية ليس الا لم يتم تحديد المرفق العام القابل للتفويض أي وضعه مع نفس الأحكام المتعلقة بتفويضات المرفق العام . عند اعتطلاعنا للمواد المطبقة على عقود تفويض المرفق العام وخصوصا المادة 901 ، والتي أخضعت هذا العقد للمبادئ المنصوص عليها في المادة الخامسة من المرعوم الرئاعي محل الدراعة – حرية الوصول الى الطلبات العمومية ، المساو اة في معاملة المترشحين ، وشفافية الإجراءات ، هو أكثر من دلالة على تطبيق الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية على عقود تفويض المرفق العام . و اعتماد المشرع لمصطلح اتفاقية في عقد تفويض المرفق العام وهو مظهر لتكريس المفاوضات من السلطة مانحة التفويض والمفوض . تنظيم بعض العقود من خلال القانون المدني فمثلا عقد التسيير الذي كان الهدف منه البحث عن الأموال وجلب الاعتثمار خارج الاطار الحكومي . خصوصا في الجانب السياحي وهو ما يطرح فكرة القانون الواجب التطبيق و كذلك نسجل نقص في التكوين للموظفين والأعوان العمومين والمنتخبين المكلفين بالإجراءات الخاصة بإبرام وتنفيذ ومراقبة عقود تفويضات المرفق العام. النتائج المتوصل إليها : أولا : صعوبة وضع تعريف شامل مانع لتفويض المرافق العامة وهذا راجع لاختلاف المرافق وتطورها وتغيرها بستمرار فماصلح لمرفق لايصلح بالضرورة لاخر تكلفة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

1. مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في : 02 أوت 2018 ، يتعلق بتفويض المرفق العام الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 48 ، سنة 2018
2. مرسوم تنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 هـ الموافق لـ 02 غشت 2018م المتعلقة بتفويض المرفق العام، ج. ر. ج. ج العدد 48 الصادرة في 05 غشت سنة 2018
3. المرسوم التنفيذي 08 – 54، المؤرخ في 09 فبراير 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي لتسيير بالامتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به، ج. ر، عدد 80 الصادرة بتاريخ 13 فبراير 2016

المراجع

4. الكتب العامة:

1. اعمار بوضياف، **شرح قانون البلدية** ،الطبعة الأولى ، جسور النشر والتوزيع، الجزائر العاصمة،2011
2. جورج فودال، **پيار دلفولفه، القانون الإداري**، ترجمة منصور القاضي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت،2015
3. خرشي النوري، **تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2011
4. فهمي أبو زيد مصطفى، **الوسيط في القانون الإداري**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2016
5. فؤاد مهنا ، **مبادئ وأحكام القانون الإداري**، الإسكندرية مؤسسة شباب الجامعية 1983
6. محمد الصغير بعلى، **الوجيز في القانون الإداري**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر ، 2002

7. محمد جمال الذنيبات، **الوجيز في القانون الاداري**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان، 2011
8. محمد سليمان الطماوي، **الوجيز في القانون الاداري**، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2011
9. محمود عاطف البنا، **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007
10. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، **العقود الادارية**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008،
11. نادية ظريفي، **تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة** .دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010
12. ناصر لباد، **الوجيز في القانون الاداري**، ط4، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر
13. نواف كنعان، **القانون الاداري** ، الكتاب الأول،ط1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2008

الكتب الخاصة:

1. ابوبكر احمد عثمان، **عقود المرفق العام**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015
2. محمد عبد الحميد أبو زيد، **منافع المرافق العامة و حتمية استدامتها**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة .2005،
3. محمد محمد عبد اللطيف، **تفويض المرفق العام**، دار النهضة العربية، مصر، 2000
4. مروان محي الدين القطب، **طرف خصخصة المرافق العامة**، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009
5. وليد حيدر جابر ، **التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة** – دراسة مقارنة– الطبعة الأولى ، منشورات العلمي الحقوقية، لبنان، 2009

الرسائل الجامعية

1. إدير نوال بشيري لويزة. **النظام القانوني لعقد تفويض المرفق العامة**. مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية الجزائر 2016
2. بكرار نجمة، **نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص، جامعة بجاية، الجزائر، 2014 – 2015
3. بن بركات أسماء، حرفوش زبرة، **تفويض المرافق العامة المحمية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام، تخصص قانون الجماعات المحمية والبيئات الإقليمية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011
4. بولكور عبد الغني، **تعويض المرفق العام**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلمة الحقوق والعلوم السياسية جامعية محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2010-2011
5. تياب نادية، **آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013 – 2014
6. حاشمي سامي" **النظام القانوني لإتفاقية تفويض المرفق العام**" مذكرة لنيل شهادة الماستر جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية الجزائر الموسم الجامعي 2017/2016
7. حاشمي سامي، **النظام القانوني التفاقية تفويض المرفق العام**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بجاية، الجزائر، 2017 – 2016 .
8. رزينة لشلف ، **تعويض المرفق العام للخواص**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014
9. ضريفي نائية، **المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حمالة عقود الأمهار** – أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2011-2012

10. عطار نادية، **التسيير العمومي الجديد كأداة لتحسين القطاع العام- التجربة الجزائرية في مجال تفويض تسيير المياه**، مذكرة ماجستير في العموم الاقتصادية، تخصص تسيير المالية العامة، كمية العموم الاقتصادية والتجارية وعموم التسيير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013

11. فوناس سهيلة، **تفويض المرفق العام في القانون الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018

المقالات العلمية:

1. سليمان سهام، **تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائر** مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، الجزائر 2018

المداخلات العلمية

1.براهمي فضيلة ،**معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الاحتكار**،" أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للم ارفق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص" كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 28 و29 أفريل 2011

2.مخلوف باهية، **تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام**، بحث مقدم إلى ملتقى حول : التسيير المفوض للمرفق العام من طرف أشخاص القانون الخاص، بجاية، الجزائر

ملخص:

يشكل تفويض المرفق العام أحد أساليب في تسيير المرافق العامة التي إعتمدتها الدولة الجزائرية التي تبنت فكرة الإنسحاب من الحقل الإقتصادي و فتح مجال أما الطرق الحديثة التي تسعى لإشراك القطاع الخاص في تسيير و إدارة المشاريع العامة .

ترتبط تقنية المرفق العام إذن بفكرة تنظيم الدولة وإعادة هيكلة و ضبط مرافقها العامة بشكل يحدث قفزة نوعية تسموا بالمرافق العامة و الخدمات المقدمة ، بما يضمن معايير الجودة و النجاعة في الخدمة العمومية في أدائها.

أصبحت بذلك تقنية تفويض المرافق العامة التي كرسها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 لأول مرة في الجزائر و المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الجديد المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق

العام الذي يحدد أشكال تفويض المرافق العامة فيما يلي : عقد الإمتياز ، عقد الإيجار ، عقد الوكالة المحفزة ، عقد التسيير و عقد المناولة .

الكلمات المفتاحية: تفويض المرافق العامة – الإمتياز – التسيير المناولة –الايجار– عقد.