وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة

إبرام عقود تفويض المرفق العام وفق أحكام المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الدولة والمؤسسات

من إعداد الطالب:
بولفول هشام

تحت إشراف:
د/ تياب نادية

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
أ د/ بوحديد فارس	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
أ د/ تياب نادية	أستاذ تعليم عالي	مشرفا ومقررا
أ/ صليلع سعد	أستاذ مساعد	مناقشا

السنة الجامعية 2024-2025

شكر وعرفان

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولاه نحمده حق حمده، فإنه يطيب لنا أن نسجل فضل الله تعالى قبل كل شيء، كما يسرني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام للأستاذ المشرف الدكتورة تياب نادية على كل ما قدمته لي من توجيهات ونصائح طيلة إجراء هذه المذكرة

كما أتوجه بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة المحترمين لقبولهم مناقشة هذه المذكرة وبذل الوقت والجهد في تدقيقها وإثرائها شكلا ومضمونا

والشكر موصول أيضا إلى أساتذتي الأفاضل طيلة مشواري الدراسي بكلية الحقوق وإلى كل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد وساعدني على إنجاز هذه المذكرة بتعاونهم وتشجيعهم لي، لكم مني فائق التقدير والاحترام وشكرا.

الإهداء

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على الرسول المصطفى
ومن وفى أما بعد:

الحمد لله الذي وفقني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتي الدراسية بهذه المذكرة التي تعد ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى.

إلى الوالدين الكريمين اللذان سهرا على تربيتي وتعليمي

إلى زوجتي وأولادي محمد وجنان

كما أهدي هذا العمل إلى كل عائلتي وأصدقائي وجميع أساتذة قسم الحقوق بجامعة سكيكدة

بولفول هشام

مقدمة:

يعتبر المرفق العام الوسيلة الأساسية التي من خلالها تستطيع الدولة إشباع الحاجات العامة للأفراد، ونظرا للطلبات المتزايدة على تحسين الخدمة العمومية وتطويرها، سعت الدولة إلى التفكير في أساليب جديدة لتسيير المرفق العام تكون أكثر نجاعة من الأساليب التقليدية.

وبما أن هي المكلفة بإنشاء المرافق العامة وتنظيمها فهي الأقدر على تسييرها، غير أن زيادة حجم تدخل الدولة وزيادة المرافق العامة جعلها مسيرة فاشلة خاصة وان هدفها الوحيد كان البحث عن المردودية الاجتماعية، أي ضمان الخدمة العمومية التي فشل الأفراد في تقديمها.

ومن خلال هذه الأزمة التي عرفها المرفق العام والذي أثبتت عجز الدولة في تسييرها للمرافق العمومية من جهة وعدم قدرتها على مواكبة التطور الاقتصادي للبلدان، بات من الضروري إيجاد طرق بديلة لتسيير المرافق العمومية وذلك عن طريق ما يسمى بالتفويض وهو ما تثبته مختلف القوانين المنظمة للمرافق العمومية.

ولقد أبدى المشرع في الآونة الأخيرة اهتماما واضحا لأسلوب تفويض المرافق العامة، وذلك من خلال إصداره للمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1]، الذي شكل خطوة إيجابية في هذا المجال بالرغم من مواده المقتضبة، وبعدها أصدر المرسوم التنفيذي 18/ 199 المتعلق بتفويض المرفق العام[2]، الذي نظم من خلاله الإجراءات المتعلقة بتسيير تفويض المرافق العامة.

نظم المرسوم التنفيذي 18/ 199 المتعلق بتفويض المرفق العام بموجب القسم الأول من الفصل الثاني منه صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، والذي جاء بنفس العنوان مقسما إلى 14 مادة تم من خلالها ضبط الأطر القانونية لصيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ومتطلباتها.

وعلى اعتبار أن تفويض المرفق العام هو صورة خاصة من صور العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ومؤسساتها العمومية فقد خصها المشرع الجزائري من خلال تنظيم المرفق العام بصيغ خاصة للإبرام.

وفي هذا الإطار جاء في المرسوم التنفيذي 18- 199 أن اتفاقية تفويض المرفق العام تبرم وفقا لإحدى الصيغتين:

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المؤرخ في 16سبتمبر2015، ج رج ج عدد 50 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مؤرخ في 02 أوت 2018، ج ر ج ج عدد 48 الصادر بتاريخ 05 أوث 2018.

ـ الطلب على المنافسة والذي يمثل القاعدة العامة.

ـ التراضي والذي يمثل الاستثناء.

وقد أكد أيضا المرسوم التنفيذي 18- 199 أنه يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، تفويض مرفق عام بناء على تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له، وشكل التفويض والمزايا التي يحققها مقارنة مع أنماط التسيير الأخرى.

جاءت تقنية تفويض المرفق العام كأداة لحوكمة التسيير العمومي من أجل الارتقاء بالخدمة العمومية المقدمة من قبل المرافق العمومية ومواكبتها لتطلعات المواطن إلى خدمة عمومية نوعية.

أهمية الدراسة:

إن موضوع تفويض المرافق العامة يتعلق بعنصرين هامين هما: المال العام والأملاك الوطنية، كانت عقود التفويض عبارة عن نصوص قانونية متناثرة لقطاعات مختلفة، المياه و الكهرباء و الاتصالات والمناجم والنقل البري، ثم بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 الذي نظم عقود التفويض ضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأول مرة، يعتبر خطوة إيجابية في انتظار المزيد، ولأن البحث عن تقنيات وأساليب جديدة لإدخال الخواص كطرف فعال في التنمية والاستثمار لا يكون إلا من خلال تفويض المرفق العام.

وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 18- 199 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي يحدد كيفيات تفويض المرفق العام وهو نمط يشرك الخواص بتسيير الهياكل والبنى التحتية بغرض تشجيع المسيرين على المستوى المحلي على القيام باختيار نمط التسيير الأنسب والتفاوض مع الشريك لتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام في أحسن الظروف.

أهداف الموضوع:

تهدف الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف نجاول الإحاطة بها كما يلي:

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

ـ معرفة الإيجابيات والسلبيات في إطار العلاقة المركبة بين التفويض والدولة والخواص.

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

أسباب الدراسة:

ـ أسباب ذاتية: رغبة الباحث الخوض في مواضيع تخص صلب التخصص خاصة مع تعلقه بالمرافق العمومية وطرق إدارتها.

ـ أسباب موضوعية: موضوع تفويض المرفق العام لم يحظ بالدراسة الكافية والدليل أن المشرع الجزائري نضمه لأول مرة ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 الذي تطرق في مضمونه ومحتواه الجانب المفاهيمي والمبادئ العامة إلى أن صدر المرسوم التنفيذي 199/18 الذي تضمن الجانب التنظيمي لعقود تفويض المرفق العام، وفي ظل هذا المرسوم جاءت دراسات قليلة جديدة رغم أهمية هذا العقد في تسيير المرافق العمومية.

الدراسات السابقة:

في هذه الدراسة حاولنا الحصول على دراسات سابقة ومشابهة لموضوع البحث أين تمكنا من الحصول على الدراسات الأتية:

ـ الدراسة الأولى بعنوان تفويض المرفق العام حسب المرسوم التنفيذي 18-199 مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص لسنة 2019 من اعداد الطالبة أمبارك سامية من جامعة مولود معمري تيزي وزو.

ـ الدراسة الثانية بعنوان طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 18-199، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ماي 2019 من إعداد الطالبة كرميش إيمان من جامعة محمد بوضياف المسيلة.

ـ الدراسة الثالثة بعنوان كيفية إبرام عقود تفويضات المرافق العمومية المحلية في ظل المرسوم التنفيذي 18-199 مذكرة لنسل شهادة الماستر في الحقوق لسنة 2021 من إعداد الطالب بوعبد الله عبد المجيد من جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة.

الصعوبات:

ـ نقص المراجع خاصة في المكتبات العمومية.

ـ صعوبة الوصول إلى المعلومة.

ـ عامل الوقت وصعوبة التوفيق بين إعداد المذكرة والارتباطات المهنية الأخرى.

إشكالية الدراسة:

تعتبر عقود تفويض المرفق العام من العقود الإدارية التي نظمها المشرع بقوانين خاصة وعليه فإن اشكاليتنا تتمحور حول التساؤل الآتي:

كيف نظم المشرع الجزائري آلية عقود تفويض المرفق العام كمظهر من مظاهر الشراكة مع القطاع الخاص على ضوء المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويض المرفق العام؟

المنهج المتبع:

المنهج المعتمد في هذه الدراسة هو المنهج الاستقرائي يرتكز على دراسة عقد تفويض المرفق العام كعقد إداري استحدثته وأوجبته مقتضيات إعادة تنظيم وتسيير المرافق العمومية.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية السابقة اتبعنا الخطة التالية:

الفصل الأول: إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام

المبحث الأول: الطلب عبلى المنافسة القاعدة العامة في إبرام عقود تفويض المرفق العام

المبحث الثاني: التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام عقود تفويض المرفق العام

الفصل الثاني: أشكال عقود تفويض المرفق العام

المبحث الأول: الأساليب التقليدية في تفويض المرفق العام

المبحث الثاني: الأساليب المستحدثة في تفويض المرفق العام

الفصل الأول:

إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام

تمهيد

لقد بقيت عقود تفويض المرفق العام تخضع إجراءات إبرامها إلى المبادئ التي كانت تخضع لها في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلى أن صدر المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

وأهم ما جاء به تنظيمه لإجراءات وطرق إبرام عقود التفويض، فقد جاء الفصل الثاني منه تحت عنوان إبرام عقود تفويض المرفق العام حيث جاء في منطوق المادة 08 منه "تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين: الطلب على المنافسة والذي يمثل القاعدة العامة والتراضي الذي الاستثناء".

المبحث الأول: الطلب على المنافسة القاعدة العامة في إبرام عقود تفويض المرفق العام

تشكل هذه الصيغة القاعدة العامة في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وقد اشترط المشرع لسلامتها أن يكون الطلب وطنيا، وتهدف آلية تفويض المرفق العام غالبا إلى إشراك أشخاص القانون الخاص في تسيير المرافق العامة، ومنه فإن عقود التفويض تهدف إلى خلق مناخ تنافسي بين المترشحين لتسيير المرفق العام وإبرام عقود متوازنة بين الطرفين[1].

يلعب مبدأ حرية المنافسة المبني على حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات الضمانة الأساسية لاختيار المفوض له القادر على الاستجابة لمتطلبات مبادئ سير المرفق العام المرتبطة بسير المرفق بانتظام.

تقوم عقود تفويض المرفق العام على فكرة أساسية هي حرية اختيار المفوض له، ومن أجل توضيح المبدأ يتعين الوقوف عند معرفة مفهوم الطلب على المنافسة (المطلب الأول) والمبادئ التي يرتكز عليها في إبرام اتفاقية التفويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الطلب على المنافسة

تتشكل جملة الطلب على المنافسة من مقطعين يعني الأول منها البحث، أما الثاني فيعني السباق والمجاراة بعدالة ومشروعية، وبجمع الكلمتين معا يكون معناها بحث السلطة المفوضة عن المتنافسين وللإحاطة بمفهوم الطلب على المنافسة علينا التطرق لتعريفه (الفرع الأول) وبعدها استنتاج المراحل التي يمر بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلب على المنافسة

تعد هذه الطريقة القاعدة العامة في تعبير الإدارة عن نيتها في تفويض المرفق العام، حيث عرف المشرع الجزائري الطلب على المنافسة على أنه: "إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة بغرض ضمان المساواة في معاملتهم، والموضوعية في معايير انتقائهم، وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة."[2].

يقوم إجراء الطلب على المنافسة على أساس ضمان وجود المنافسة بين المتعاملين المتقدمين للتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لكي يمكنها من اختيار أفضل العروض من ناحية المزايا الاقتصادية[3]،وهذا ما أكده المشرع الجزائري حيث أقر بأنه يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض وهو الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية.

---

[1] وناس إيمان، "مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر"، مجلة أبحاث، المجلد 06، العدد 02، 2021، ص 138.

[2] المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويضات المرفق العام السالف الذكر.

[3] زواوي عباس، "طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15- 247"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الوطني حول تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 17ديسمبر 2015، ص 3.

والمالية[1]، حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199.

وتجدر الإشارة إلى أن الطلب على المنافسة يكون وطنيا فقط وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المرسوم التنفيذي 18-199[2]، وهذا حتى تحصل على إشهار واسع لها فتمكن من وضع المترشحين في وضعية تنافسية دون التمييز بينهم بواسطة وضع مجموعة من المعايير، وعليه فإنها تقوم بانتقائهم حتى تتحقق الشفافية والحياد والمساواة دون التحيز لأي مترشح عن طريق غربلة أفضل العروض.

من خلال التعريف يمكن القول بأن الطلب على المنافسة يمثل الصيغة الأكثر تنافسية لأنه يسمح للجميع بتقديم عروضهم للمشاركة في هذا الإجراء، دون أن يكون هناك استثناء أو قيد في ذلك، وبالتالي فهو يضمن أوسع ما يمكن توفيره من مشاركة، للاعتماد على الطابع الشكلي في كل إجراء.

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم ينص على الأشكال التي يمكن أن يتخذها الطلب على المنافسة، عكس ما هو معمول به في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من خلال التحديد المنظم للأشكال التي يتخذها طلب العروض، مما ينتج عن ذلك توسيع مجال مبدأ المنافسة.

الفرع الثاني: مراحل الطلب على المنافسة

يتم الطلب على المنافسة وفق مرحلتين:

- المرحلة الأولى:

تتمثل في الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط وعنوانه دفتر ملف الترشح في لوح الإعلان عن العروض.

- المرحلة الثانية:

تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط، ويتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام تفويض المرفق العام وتنفيذها ويشمل دفتر الشروط جزئين:

[1] راجع المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18- 199 السالف الذكر.
[2] انظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

الجزء الأول:

وعنوانه دفتر ملف الترشح، يتضمن البنود الإدارية المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشح وكذا كيفيات تقديمها، ويحدد هذا الجزء معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الحصوص بما يلي:

ـ القدرات المهنية وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام.

ـ القدرات التقنية وهي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية.

ـ القدرات المالية وهي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية.[1]

الجزء الثاني:

وعنوانه دفتر العروض، ويتضمن البنود الإدارية والتقنية وتتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له، والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض. وكذلك يتضمن هذا الجزء البنود المالية التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له، أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه عند الاقتضاء مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض، ويجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض للمفوض له، وكذا كيفيات حسابه، أما في حالة عدم جدوى الطلب للمرة الثانية تلجأ السلطة المفوضة إلى أسلوب التراضي.[2]

ويتم إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة في الحالات التالية:

ـ إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى عدم استلام أي عرض، أو استلام عرض واحد، أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

ـ إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية عدم استلام أي عرض، او عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، وعند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية، تبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل متابعة الإجراءات.[3]

وهناك حالات للإقصاء من المشاركة نذكر منها:

ـ في حالة وقوع الغش أو حدوث خطأ جسيم في عملية إبرام وتنفيذ اتفاقية التفويض.

---

[1] نقلا عن المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18- 199السالف الذكر.
[2] نقلا عن المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18- 199 السالف الذكر.
[3] نقلا عن المادة 15 من المرسوم التنفيذي 18- 199 السالف الذكر.

وبالرجوع إلى المادة 47 من المرسوم التنفيذي 18-199 نجد أن المشرع قد جعل حالات الإقصاء من المشاركة في إجراءات التفويض نفسها في الإجراءات التي تخص الصفقات العمومية، وذلك في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247.[1]

المطلب الثاني: المبادئ الواجب احترامها في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

كرست المادة 03 من المرسوم التنفيذي 18- 199 المبادئ الواجب احترامها في عملية ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام والتي تكون مجبرة على التقيد بها عند إجراءات الطلب على المنافسة، والمتمثلة في حرية المنافسة والوصول للطلبات العمومية (الفرع الأول) المساواة في معاملة المترشحين (الفرع الثاني) وشفافية الإجراءات المتخذة في هذه العملية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مبدأ حرية المنافسة والوصول للطلبات العمومية

يقصد بمبدأ حرية المنافسة حق المتعاملين المختصين في نشاط محدد أن يتقدموا قصد التعاقد مع السلطة المفوضة، وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول أو تقديم العرض.[2]

ومبدأ حرية المنافسة مبدأ دستوري في الجزائر تم تكريسه في الدستور الجزائري، وهذا يعني أن حرية المنافسة محمية بموجب القانون الأساسي للدولة، مما يضمن حرية ممارسة الأنشطة الاقتصادية والتجارية في إطار القانون.

وتمنح الفرصة كذلك للمشاركة التنافسية بين المترشحين، حيث تقف الإدارة المتعاقدة موقف الحياد الإيجابي في مواكبة عملية الإبرام لاقترانها بمبدأ المنافسة.

لكن هناك حدود قانونية لمبدأ المنافسة وذلك من خلال الإقصاء من المشاركة،[3]وهذا ما نص عليه المشرع في المرسوم التنفيذي 18- 199 في المادة 47 منه والتي تحيل بدورها إلى المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بموجب هذا المبدأ على السلطة المفوضة اعتماد وسائل الإشهار والاعلام، كما يجب أن يتضمن الإعلان مدة كافية لتقديم العروض.[4]

---

[1] راجع المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

[2] زمال صالح، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15- 247"، مجلة حوليات، جامعة الجزائر، عدد 32، جزء01، 2018، ص ـ ص494- 518.

[3] بوخالفة عياد، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص منازعات إدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي، وزو، 2018، ص 30.

[4] زمال صالح، المرجع السابق، ص 502.

جاء المشرع الجزائري بنفس الشروط في المرسوم التنفيذي 18- 199 في المواد 25-26- 27 و28 منه حيث أجبر السلطة المفوضة على الاشهار بكل وسيلة مناسبة قصد تجسيد مبدأ المنافسة.

إن وجود التنافس يقتضي إعلام الإدارة جميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد وفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم وتمكينهم من المعلومات الكافية والمتعلقة بالصفقة وكذلك تمكينه من حق الطعن، فدون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين بين الراغبين في التعاقد مع السلطة المفوضة.[1]

الفرع الثاني: مبدأ المساواة بين المترشحين

يكرس الدستور الجزائري مبدأ المساواة بين المترشحين، مما يضمن تكافؤ الفرص وعدم التمييز بينهم، هذا المبدأ يمنع أي شكل من أشكال التمييز بين المترشحين على أساس الأصل، أو الجنس، أو الدين، أو أي ظرف شخصي، أو اجتماعي آخر، فقد جاء في الدستور بأنه يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أي شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون.

يقتضي مبدأ المساواة في معاملة المتعاملين أن تنطوي معايير اختيار المفوض له على طابع تمييزي، وبالتالي يعد ضمانة للمنافسة الحرة والنزيهة، حيث يكفل هذا المبدأ للمتعاملين المشاركة في طلبات العروض على قدم المساواة، فيجب على الإدارة أن تراعي مبدأ تكافؤ الفرص بين المتعهدين وإلزامهم تقديم عروض سرية مجهولة الهوية وتفادي إمكانية التفاوض مع بعضهم قبل إتمام عملية تقييم العروض من طرف اللجنة المختصة والمستقلة عن السلطة المفوضة.

يمكن أن ترد بعض الاستثناءات على هذا المبدأ حماية للمتعاملين الوطنيين، كتخصيص نسبة من الطلبات العمومية لهم، وطرح دعوة المنافسة وطنيا فقط،[2]كما هو مكرس في المرسوم التنفيذي 15-199، وكذا منح الأولوية في العقود لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

ونجد أن المشرع الجزائري قد أشار إلى هذا المبدأ في النصوص القانونية بأنه إجراء يهدف للحصول على أفضل عرض.[3]

الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات

يعد مبدأ الشفافية من أهم معايير الخدمة العمومية الجديدة التي تفرز من خلالها القيم الأخلاقية لعون الخدمة العمومية، وتتحقق وفقا لمقتضيات معينة ضمن نطاق يشمل مختلف

---

[1] بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16سبتمبر2015، دار جسور للنشر والتوزيع، القسم الأول، طبعة 5، 2017، ص 152.

[2] زمال صالح، المرجع السابق، ص ـ ص 503 - 504.

[3] أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18- 199 السالف الذكر.

الفاعلين في عمليات التفويض، فيقصد به سهولة الحصول على المعلومة وإتاحة تدقيقها لكل من يريدها بما يساهم في دمقرطة الحياة العامة باعتماد التنسيق والمشاركة في التسيير العمومي، وهو ما يمكن من خلق شبكات التواصل للمرتفقين مع محيط المرفق العام.[1]

وأما عن الشفافية في الإجراءات فهي آلية من آليات الحكم الراشد التي تسعى السلطة المفوضة لبلوغها بمعاملة المترشحين بعدالة ومساواة عند اختيار المترشح المناسب من الراغبين في الفوز بعقود تفويض المرفق العام، والذي يتم بتوضيح الإجراءات والقرارات والتصرفات التي تتعامل بها لإعطاء فرصة الفوز لجميع المشاركين في التعاقد، ماعدا في الحالات التي تستغني فيها عن إجراءات الإشهار والإعلان بمواد صريحة وذلك لأجل إبعاد الشكوك والتصرفات غير الصحيحة عن تعاملات الأشخاص العامة في سيرها نحو إبرام عقود التفويض.[2]

يؤدي الإخلال بهذا المبدأ فتح المجال لظاهرة الفساد وتبديد الأموال العمومية، لذا أقر المشرع الجزائري ضرورة مراعاة هذا المبدأ، ومن ثم وجب تطبيق بعض القواعد لا سيما علانية المعلومات المتعلقة بكافة المراحل التي تمر بها إجراءات الصفقات العمومية، من شفافية وعلانية في اتخاد القرارات المتعلقة بالإبرام وممارسة كل طرف للطعون المخولة قانونا.[3]

المبحث الثاني: التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام عقود تفويض المرفق العام

يعتبر الطلب على المنافسة الأصل والقاعدة العامة 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 المرافق العامة واتباع أسلوب أكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة، ويتمثل هذا الأسلوب في التراضي.[4]

جعل المرسوم التنفيذي 199/18 أسلوب التراضي إجراء استثنائي لإبرام عقود تفويضات المرفق العام كتبعة لعدم تجاوبه مع مبدأ المنافسة، باعتباره يحرر السلطة المفوضة من تلك القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة، فتقوم السلطة المفوضة بكل حرية باختيار مفوض له مباشرة، إلا أن هذه الحرية لا تمنع من إخضاع أسلوب التراضي لتنظيم قانوني معين في حالات محددة قانونا.

إن التعاقد بأسلوب التراضي هو اتفاق مباشر بين السلطة المفوضة والمفوض له، حيث تلجأ السلطة المفوضة إلى اختيار من تريد التعاقد معه دون اللجوء إلى الإجراءات والشكليات المعتمدة لاستدراج العروض، وبصدور المرسوم التنفيذي 18- 199 أصبح هذا الأسلوب

---

[1] بوجريو ياسمين، "أخلقة عقد تفويض المرفق العام"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021، ص 528.

[2] راجع المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18- 199 السالف الذكر.

[3] بوخالفة عياد، المرجع السابق، ص 30

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

يشكل قاعدة استثنائية لإبرام عقود التفويض، وسنتطرق إليه من خلال معرفة مفهومه (المطلب الأول) وتحديد الحالات الحصرية التي تبرز إعماله (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التراضي

التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فالرضا يجب في كل العقود سواء تعلق الأمر بأطراف القانون الخاص أو بأطراف القانون العام، إذ أنه لا يمكن تصور عقد دون رضا،[1]أما التراضي في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فهو أسلوب استثنائي في الإبرام وليس ركن من أركان التعاقد كما هو الحال بالنسبة للرضا، ولتبسيط مفهوم التراضي في إبرام عقود تفويض المرفق العام علينا معرفته حسب أراء الفقهاء (الفرع الأول) وتعريفه من الناحية القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التراضي من الناحية الفقهية

رغم تعدد التعاريف الفقهية المتعلقة بالتراضي، إلا أنها كلها تصب في معنى واحد في كونه إجراء استثنائي في الإبرام وتحرر المصلحة المتعاقدة من كل الشكليات المعتمدة في القاعدة العامة للإبرام المتمثلة في طلب العروض.

فحسب الدكتور عمار بوضياف فإن سبب إطلاق تسمية التراضي كطريقة للتعاقد في مجال القانون العام، هو أن الإدارة تتحرر بواسطته من الخضوع للقواعد المطبقة على إجراء طلب العروض بأشكاله المختلفة، فرضاها واضح انطلاقا من حريتها في اختيار المتعاقد معها، خلافا للطلب على المنافسة أين تفقد هذه الحرية نسبيا.[2]

التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر هو أسلوب يخرج عن التوجهات والمبادئ العامة في الإبرام، وقد سمح هذا الخروج بإمكانية إضفاء الخصوصية عليه، وهذه الخصوصية تمتد لتشمل جملة الضوابط التي تتحكم في هذا الأسلوب، بداية من التعريف إلى غاية إجراءات اعتماده والعمل به.

الفرع الثاني: تعريف التراضي من الناحية القانونية

في المرسوم التنفيذي 18-199 لا يعرف التراضي مباشرة، لكنه يوضح أنه أسلوب لإبرام صفقات تفويض المرفق العام، يتجاوز قواعد المنافسة المباشرة، تتيح هذه الطريقة للإدارة إبرام عقد مع متعامل واحد دون الحاجة لمناقصة عامة، مع ضرورة اللجوء إليها.

لم يأت المرسوم التنفيذي بتعريف جديد لأسلوب التراضي غير أنه أشار في مادته 16 إلى الأشكال التي يأخذها أسلوب التراضي كنمط للتعاقد.

---

[1] بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، ط 3، الجزائر، 2011، ص 126.

[2] بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 54.

لقد شهد مصطلح التراضي سابقا عدة تعريفات نذكر منها التعريف الذي جاءت به المادة 46 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تحمل في مضمونها أن "التراضي هو إجراء يتضمن منح صفقة لمتعامل متعاقد دون حاجة لاتباع الإجراءات الشكلية."[1]

من خلال المادة السابقة يلاحظ أن التراضي هو إجراء تخصيص لمتعامل متعاقد واحد، وأساس التخصيص هو حق الاختيار الذي تحظى به الإدارة المتعاقدة في انتقاء متعامل بعد مناقشة بنود التعامل دون اتباع الإجراءات الشكلية للمنافسة، الأمر الذي يجعل هذا الأسلوب يتسم بالمرونة والسرعة في إبرام العقد.

المطلب الثاني: التراضي كاستثناء على حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له في ظل المرسوم التنفيذي 18-199

إن التعاقد بأسلوب التراضي هو اتفاق مباشر بين السلطة المفوضة والمفوض له، حيث تلجأ السلطة المفوضة إلى اختيار من تريد التعاقد معهم دون اللجوء إلى الإجراءات والشكليات المعتمدة لاستدراج العروض، وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أصبح هذا الأسلوب يشكل قاعدة استثنائية لإبرام عقود التفويض.

ولها وجب علينا دراسة أشكال التراضي كمظهر لحرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له (الفرع الأول)، إضافة حالات التراضي على قيد حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أشكال التراضي كمظهر لحرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له

إن المظهر المميز لإجراء التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد أنه أسلوب بسيط يعفي السلطة المفوضة من الخضوع إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تفرضها صيغة الطلب على المنافسة لاختيار المفوض له.

وحددت المادة 16 من المرسوم التنفيذي 18-199 أشكال التراضي حيث جاء فيها ما يلي: "يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة".[2]

وعليه نجد المشرع من خلال المادة قسم التراضي إلى شكلين أو نمطين جاء بهما ولأول مرة المرسوم التنفيذي 18-199 في مجال إبرام عقود تفويض المرفق العام، وهما التراضي البسيط (أولا) والتراضي بعد الاستشارة (ثانيا).

أولا: التراضي البسيط

[1] بوعلي سعيد و شريقي نسرين وعمارة مريم، القانون الإداري، دار بلقيس للنشر، ط 2، الجزائر، 2016، ص 127.
[2] المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

التراضي البسيط هو أحد أشكال التراضي وقد عرفته المادة 18 من المرسوم التنفيذي 18-199 بأنه: "إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية".

لقد جاء في مضمون المادة 18 بأن السلطة المفوضة تقوم من خلال إجراء التراضي البسيط باختيار مفوض له، جاعلة في ذلك معيار التأهيل لتضمن بأن المفوض له قادر على تسيير المرفق العام، وذلك بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية.

إن القصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد هو أن الإدارة بموجبه تتحرر نسبيا من الخضوع إلى القواعد الإجرائية التي يخضع لها إجراء الطلب على المنافسة، ويمكنها أن تقوم مباشرة بإبرام العقد مع متعامل وحيد بمجرد تطابق إرادتيهما وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة إلى المنافسة،[1]وهو ما يمس بمبدأ المنافسة المنصوص عليه في المادة 05 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فالتراضي البسيط يخول للإدارة الحرية في الاختيار.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

وهو ثاني شكل من أشكال التراضي، وذلك وفقا للمادة 17 من المرسوم التنفيذي 18-199 التي تنص على أن: "التراضي بعد الاستشارة، إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل"[2].

فالتراضي بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه السلطة المفوضة لإبرام عقود بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعوين خصيصا لذلك، والملاحظ على هذا الأسلوب أنه يكرس مبدأ المنافسة ولو جزئيا بحكم أن السلطة المفوضة تستدعي على الأقل ثلاثة مترشحين مؤهلين وتستشيرهم وتفتح المجال للمنافسة فيما بينهم، لاختيار المترشح الذي تراه مؤهلا لتسيير المرفق العام.

وعليه فإننا نخلص إلى أن هذا الأسلوب على خلاف أسلوب التراضي البسيط يضمن ولو بقدر قليل من المنافسة التي تكاد تنعدم نهائيا في التراضي البسيط.

إن المرسوم التنفيذي 18-199 لم يوضح كيفية إقامة الاستشارة، بالإضافة إلى عدم تحديده للأجل الذي تتم فيه الاستشارة، المعايير التي تتم على أساسها الاستشارة.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المادة 08 من المرسوم التنفيذي 18-199 عندما نصت على "أن اتفاقية التفويض تبرم وفقا لصيغتي الطلب على المنافسة الذي يشكل القاعدة العامة، والتراضي الذي يشكل الاستثناء، وبالتالي فإن التراضي أسلوب استثنائي"، وحتى ضمن

[1] المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[2] المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

المادتين 19 و20 يعتبر كل من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة استثناء، ذلك أنه لا يلجأ إليهما إلا في حالات استثنائية.

الفرع الثاني: حالات التراضي على قيد حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له

بما أن التراضي يشكل أسلوب استثنائي على القاعدة العامة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام، فقد قيد المشرع السلطة المفوضة بحالات لا يمكنها اللجوء إلى التراضي إلا إذا توفرت هذه الحالات وهي حالات على سبيل المثال لا الحصر عكس تنظيم الصفقات العمومية، عندما جاءت المادة بصيغة قطعية من خلال عبارة تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط...[1]،فالسلطة المفوضة لا يمكنها أن تلجأ إلى أسلوب التراضي البسيط إلا إذا توافرت لديها إحدى الحالات التي حددها المشرع للتراضي البسيط في المادة 20(أولا)، أو إحدى حالات التراضي بعد الاستشارة المنصوص عليها في المادة 19 (ثانيا).

أولا: حالات التراضي البسيط

أفرد المشرع الجزائري التراضي البسيط بحالات تم ذكرها في المادة 20 من المرسوم التنفيذي 18-199 فنصت على أنه:" يتم اللجوء إلى التراضي البسيط

ـ إما في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية.

ـ وإما في الحالات الاستعجالية".[2]

1ـ الوضعية الاحتكارية:

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ خدمات إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية الاحتكار.

تتعدد أوجه الاحتكار وأهمها الاحتكار القانوني والاحتكار الفعلي، ويظهر أن المشرع لم ينص على هذين النوعين من الاحتكارات، وأي ما كان صنف الاحتكار أو بسببه وأي ما كان الممارس له، فإنه يعتبر نقيض المنافسة الحرة التي فحواها ومظهرها ممارسة إنتاج أو بيع نفس السلعة أو الخدمة من قبل أعوان متعددين يتساوون في حظوظ ممارسة هذه العمليات التجارية بشأن هذه السلعة أو الخدمة في سوق معينة.[3]

قانون المنافسة 03-03 في المادة 06[4] منه نص على الممارسات المعرقلة للمنافسة الحرة مبينا تنوعها بين التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار من خلال الإغراق، وكذلك الممارسات التمييزية بتطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات مع الشركاء والأعمال المضيقة للمنافسة

[1] المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.
[2] المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر
[3] خرشي النوى، الصفقات العمومي دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 180.
[4] المادة 06 من القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة والمؤرخ في 19جولية 2003 المعدل والمتمم.

المتمثلة على الخصوص في الحد من الذحول إلى السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية، وتركيز الإنتاج في تجميعات إنتاجية بما يضر المنافسة.[1]

إن الوضعية الاحتكارية للمترشح تعتبر بمثابة المبرر للجوء إلى التراضي اعتبارا أن الخدمة التي تتطلبها السلطة المفوضة لا يلبيها إلا مترشح في وضعية احتكارية تسمح له القيام بالخدمة المطلوبة، فلماذا الخضوع للإجراءات الشكلية المعقدة وطويلة المدة، وهي تعتبر حالة موضوعية مبررة تستوجب اللجوء إلى هذا الأسلوب، وقد أحسن المشرع تحرير السلطة المفوضة من الخضوع إلى إجراءات الطلب على المنافسة، طالما ثبت أن هناك مترشح وحيد يحتكر الخدمة وتوافرت فيه المؤهلات المطلوبة من السلطة المفوضة، فلماذا اتباع إجراءات الاشهار والدعوة إلى المنافسة والخضوع لإجراءاتها.

2ـ حالة الاستعجال:

حددت المادة 21 من المرسوم التنفيذي 18-199 الحالات التي تعتبر حالات استعجالية وهي:

ـ عندما تكون اتفاقية تفويض مرفق عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ.

ـ استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.

ـ حالة رفض المفوض له امضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.

من خلال الحالات الواردة في المادة 21 نجدها تمس بمبدأ المساواة بين المترشحين، وبالتالي تضييع فرصة الحصول على أفضل عرض، مما يؤدي إلى خلق حالة فساد.

ما يلاحظ على هذه الحالات المتصلة بعنصر الاستعجال أنها وردت بصيغة عامة غير مضبوطة، كارتباط حالة الاستعجال مثلا بمصطلح الاستعجال الملح، بالإضافة إلى عدم تقييد المشرع لكل حالة من الحالات الاستعجالية بشروط، وقيام السلطة المفوضة بتبرير حالة اللجوء إلى كل حالة.

وفي جميع الحالات يتعين على السلطة المفوضة، اتخاد جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني.

ثانيا: حالات التراضي بعد الاستشارة:

جاء في نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي 18-199 أن "السلطة المفوضة تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة في:

[1] خرشي النوي، مرجع سابق، ص 181.

الحالة الأولى: عند اعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية (1).

الحالة الثانية: عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة" (2)[1].

1- حالة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية:

عندما تقوم السلطة المفوضة باللجوء إلى صيغة الطلب على المنافسة لإبرام عقودها، وفي حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، فإنه يمكنها المرور من صيغة الطلب على المنافسة إلى صيغة التراضي بعد الاستشارة.

من الجدير بالذكر أن المرسوم التنفيذي 18-199 نص في المادة 15 منه على أنه "لا يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وهي الحالات:

- عدم استلام أي عرض.

- استلام عرض واحد.

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

بل عليها أن تعيد الإجراء للمرة الثانية في حالة:

- عدم استلام أي عرض.

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

وعند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية وتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، فإنه يقبل وتتابع السلطة المفوضة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وفي هذه الحالة، يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة".[2]

وقد أجاز المشرع للسلطة المفوضة استعمال نفس دفتر الشروط، وذلك من باب تخفيف الإجراءات حتى لا تضطر السلطة المفوضة لإعادة دفتر الشروط وإحالته على لجنة تفويضات المرفق العام للمصادقة عليه.

2- حالة تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة:

[1] انظر المادة 19 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[2] المادة 19 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

وهي الحالة الثانية التي تلجأ فيها السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة، بحيث يتم تحديد هذه المرافق بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.[1]

غير أنه يلاحظ أن المشرع لم ينص على معيار يمكن من خلاله تحديد المرافق العامة التي تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، والمرافق التي لا تستدعي ذلك حتى لا يترك للسلطة المفوضة مجالا للسلطة التقديرية في هذا المجال، إذا كان ينبغي أن تكون سلطتها في ذلك مقيدة، 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.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن حالات التراضي سواء التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة حالات ضيقة، جاءت على سبيل المثال، تمثلت في حالتين أو ثلاث حالات لكل من شكلي التراضي مقارنة بحالات التراضي المنصوص عليها في المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 خاصة التراضي البسيط، رغم أن المادة جاءت بصيغة قطعية لحالات اللجوء إليه، إضافة إلى تقييد كل حالة من حالاته بشروط، إلا أنها تعددت وتنوعت وهو نفس الأمر بالنسبة للتراضي بعد الاستشارة.[2]

لذا لابد للمشرع في حالة تعديل النص التنظيمي توسيع حالت كل من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

الفرع الثالث: إجراءات التراضي

سبق القول بأن إجراء الطلب على المنافسة يمر بإجراءات معقدة وطويلة المدة، مما يجعل السلطة المفوضة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الظروف، بالإضافة إلى أن بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات، لهذا تم الترخيص دائما للسلطة المفوضة بإمكانية التعاقد بأسلوب التراضي.

ما يمكن التذكير به هو أن اختيار كيفية إبرام عقود تفويضات المرفق العام يندرج ضمن اختصاصات السلطة المفوضة، وبالتالي تنتج عن ذلك أن السلطة المفوضة ليست لها الحق في اللجوء إلى صيغة التراضي، إلا في الحالات المحددة بموجب القانون، فرغم أن هذه الصيغة جاءت للتخفيف من تقييد حرية السلطة المفوضة في التعاقد، إلا أن هذه الأخيرة وجدت نفسها أكثر تقييدا بتحديد المشرع للحالات التي تلجأ فيها السلطة المفوضة لهذا الاجراء.

أولا: إجراءات التراضي البسيط

[1] المادة 19 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[2] للتوسع انظر المادتين 59 و61من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

إن التراضي البسيط اجراء يستخدم في حالات استثنائية محددة بنص قانوني (كحالة الاحتكار وحالة الاستعجال) يرد كوسيلة للتخفيف من الحرية المقيدة للسلطة المفوضة في الأساليب الأخرى التي تستوجب شكليات معينة وإجراءات معقدة لا تتناسب مع بعض الظروف والحالات.

وعليه فأن هذا الاجراء يبرم وفقه العقد دون أي منافسة يلزم المشرع السلطة المفوضة من خلالها بالعلان في الصحف والجرائد، وما يترتب عن ذلك من مواعيد وإجراءات قانونية، أي تحرير السلطة المفوضة من الخضوع إلى الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الطلب على المنافسة.

تقوم السلطة المفوضة في مرحلة أولى باختيار مفوض له تراه مؤهلا لضمان تسيير مرفق عام، وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والمالية والتقنية، ليأتي دور لجنة انتقاء العروض بدعوتها للمترشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه.[1]

وفي مرحلة لاحقة تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشح المقبول، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، حيث لا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي حال من الأحوال إلى موضوع التفويض.

ثانيا: إجراءات التراضي بعد الاستشارة

وفقا لأسلوب التراضي بعد الاستشارة فإن السلطة المفوضة مقيدة بإجراء الاستشارة، حيث تقوم لجنة انتقاء واختيار العروض في خطوة أولى بدعوة ثلاث مترشحين مؤهلين على الأقل، من أجل تقديم عروضهم وفقا لدفتر الشروط، وقد الزم المشرع في المادة 38 من المرسوم التنفيذي 18-199 السلطة المفوضة باعتماد نفس دفتر الشروط، غير أن المشرع لم يبين هل تستشير السلطة المفوضة المتعهدين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة غير المجدي، وفي حالة استشارتهم فكيف لها ذلك، كون عروضهم لا تتطابق تقنيا مع دفتر الشروط، طالما أن دفتر الشروط الأول لم يتم تعديله.

لتشرع بعد المرحلة الأولى اللجنة بعد جمعها لعروض المترشحين الذين استجابوا لدعوتها في التفاوض مع الطرف الراغب في التعاقد معها من أجل الاعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلافية بينهما، تتعلق بمدة التفويض أو التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام.

ما تم ملاحظته هو أن المشرع لم ينص على كيفية الاستشارة، ولم يوضح المدة الفاصلة بين إجراء الاستشارة وإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، إضافة إلى عدم توضيحه لمحتويات الاستشارة، فقد كان من الأولى أن يتم النص على الأقل على الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن تتضمنها الاستشارة.

[1] المادة 39 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

من خلال المادة 41 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 18-199، نص المشرع على اعلان قرار المنح المؤقت بتفويض المرفق العام في حالة التراضي بعد الاستشارة.

1- قرار المنح المؤقت:

يتم إشهار قرار المنح المؤقت بجميع الوسائل المتاحة حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام.

حاول المشرع قدر المستطاع من خلال نص المادة اعلام المتنافسين بالنتائج، من خلال عبارة " بجميع الوسائل المتاحة"، ولو أن العبارة التي استعملها فيها نوع من الغموض، إذ لا يمكن تقدير متى تكون وسيلة اشهار ما مناسبة من عدمها، لذلك ومن أجل سد المنافذ التي يمكن أن تكون وسيلة للتحايل على النصوص هو أن يتضمن هذا النص صيغة الالزام، وبالتالي يصبح لزاما على السلطة المفوضة تحديد وسائل الاشهار المناسبة لذلك.

يترتب على هذا الاجراء حقوق المترشحين فعلى سبيل المثال حقهم في الطعن ومعارضة قرار المنح.

إن نشر إعلان المنح المؤقت يجسد مبدأ الشفافية المنصوص عليه في المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

2- تقديم طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام:

منحت المادة 42 من المرسوم التنفيذي 18-199 لأي مترشح إمكانية الاحتجاج على قرار المنح المؤقت، والذي يكون في كل من اجراء الطلب على المنافسة والتراضي بعد الاستشارة، دون أن يكون التراضي البسيط محلا للطعن، يرفع هذا الطعن إلى لجنة تفويضات المرفق العام، بعد تبليغ نتائج المنافسة في اعلان المنح المؤقت.

3- ميعاد الطعن في المنح المؤقت:

يرفع الطعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل (20) يوما، ابتداء من تاريخ اشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، تقوم اللجنة بدراسة ملف الطعن في أجل (20) يوما، ابتداء من تاريخ استلامها الطعن.[1]

وأخيرا تبلغ اللجنة قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن.[2]

من خلال التطرق إلى الإجراءات فإن التراضي يتم بالتفاوض، وهو أسلوب قائم على التشاور والحوار عن طريق تبادل وجهات النظر بين السلطة المفوضة والمفوض له، المرشح للتعاقد بغية الوصول إلى اتفاق، ذلك أن السلطة المفوضة تسعى إلى الحصول على أفضل عرض، أما المرشح فيعمل على الحفاظ على هامش كبير للحصول على أرباح، فالتفاوض

[1] المادة 42 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[2] المادة 42 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

يسمح بتكييف العروض مع الطلب. ولا توجد قواعد إجرائية محددة تنظم التفاوض، الأمر الذي يجعل الإدارة تتمتع مرة أخرى بالحرية في تنظيمه، غير أن هذه الحرية غير مطلقة، بل عليها احترام بعض المبادئ والمتمثلة في:

أ- مبدأ عدم المساس بالعرض:

يقضي هذا المبدأ أنه يجب أن تؤدي المفاوضات إلى تطوير وتغيير نسبي في المشروع الأولي دون أن يغير الخصوصيات الأساسية للعقد، الذي بنيت عليه المنافسة.

فمبدأ عد المساس أو حرمة دفتر الشروط معناه أنه لا يجب تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط وقت التفاوض، وهو ما نصت عليه المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199 على الحدود التي يسمح التفاوض بشأنها وفقا لدفتر الشروط.

ب - مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:

ومعناه وضع الشروط المتعلقة بالإعلام السابقة للتفاوض تحت علم المترشحين دون تمييز ومنها على سبيل المثال:

- شروط الترشح وتقديم العروض، فيجب أن تكون نفسها لكل المترشحين،
- يجب أن يكون تقييم العروض ودراستها موضوعيا، طبقا لمبدأ المساواة في المعاملة.

ج - مبدأ سرية العروض:

لا يجب على الإدارة الادلاء للمترشحين بمعلومات من شأنها كشف عروض مترشحين آخرين، إذ يحضر عليها نشر البيانات التي تخص مختلف المترشحين أثناء المفاوضات.

د - مبدأ شفافية الإجراءات:

على الإدارة بمجرد اللجوء للتفاوض، اعلام المرشحين بذلك والشروط التي تنظمها:

- كشكل التفاوض: مقابلة تبادل الاقتراحات كتابيا.
- مدة التفاوض: يجب أن تحدد مدة التفاوض قبل البدء فيه.
- شروط التفاوض: الشخص المسؤول عن التفاوض، تقديم العينات ...

هـ - مبدأ تتبع الإجراءات:

يستلزم التفاوض إمكانية تتبع مجمل المفاوضات مع المترشحين. تتبع التبادلات بين الأطراف يمكن أن يكون عن طريق الإبلاغ مثلا، أو عن طريق المفاوضات في كل مرحلة من مراحل التفاوض.[1]

[1] سحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013/2012، ص 37-38.

الفصل الثاني:
أشكال عقود
تفويض المرفق

تمهيد

يمكن القول إن عقود تفويض المرفق العام الأربعة التي تناولها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويض المرفق العام ستكون الدليل القانوني والتنظيم الذي يبين مسار التفويض من انطلاقته إلى نهايته.

وبالنظر إلى تسميتها نجد أن منها ما يمكن إلحاقه بفئة العقود المسماة مثل الامتياز والإيجار والوكالة المحفزة، وأخرى يتم الحاقها بفئة العقود غير المسماة التي تفهم ضمنيا من محتواها وما تتميز به من خصائص تجعلها شبيهة بعقود تفويض المرفق العام لكنها لا تسمى بها وعادة ما يجتهد القاضي الإداري في كشفها، وعليه نجد أن الفقهاء في فرنسا اتفقوا على تسمية عقدين منها هما عقد الامتياز وإيجار المرفق العام، وآخرون لم يتفقوا على تسميتها، وآخرون لم يتفقوا على تسميتها وهما عقد الوكالة المحفزة وعقد تسيير المرفق العام.

وخلافا لما كان سائدا، أضاف المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15- 247

المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أشكالا جديدة من عقود التفويض، وأبقى العقود السابقة بنفس تسمياتها لكن بتحسينات مغايرة، عقد الامتياز، التسيير والوكالة المحفزة والإيجار. وبمرور ثلاث سنوات تم صدور التنظيم الذي يحدد كيفيات العمل بتقنية التفويض في المرافق العامة من خلال المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويضات المرفق العام.

المبحث الأول: الصور التقليدية لعقود تفويض المرفق العام

نظرا لتنوع المرافق العامة من حيث طبيعتها ونشاطها، فمن الطبيعي أن تتباين أساليب تسيير هذه المرافق ولا يمكن تسييرها بطريقة واحدة، لأنه ما يصلح لمرفق لا يصلح بالضرورة للمرفق الآخر، وعلى هذا الأساس قام المشرع بإنشاء نوعين من عقود التفويض هما عقد الامتياز والذي سنراه في (المطلب الأول)، وعقد التسيير وهو ما سنراه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التفويض عن طريق عقد الامتياز

نظرا لازدياد الحاجيات العامة للأفراد وتنوعها وبروز مرافق ذات طبيعة اقتصادية نتيجة للتطورات الحاصلة في مختلف المجالات، لجأت الدولة للبحث عن أسلوب تفويض لضمان التسيير الحسن لمختلف المرافق العامة، وهو ما يعرف بعقد الامتياز، وسندرس هذا النوع من عقود التفويض من خلال التطرق إلى مفهومه (الفرع الأول) وبعدها معرفة إجراءات تكوينه.

الفرع الأول: مفهوم عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز إحدى الأساليب المعتمدة لتسيير المرافق العامة، حيث يعد من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص من أجل دراسة وتسيير مرافقها الاقتصادية تحقيقا للمصلحة العامة[1]، ونظرا للأهمية التي يكتسبها هذا العقد في مجال تسيير المرفق العام، سيكون من الضروري التطرق إلى تعريفه (أولا) وبيان خصائصه (ثانيا).

أولا: تعريف عقد الامتياز

للإحاطة بمفهوم عقد الامتياز يتعين التطرق لمفهومه الفقهي (1) والقانوني (2) والقضائي (3).

1- التعريف الفقهي:

عرف الدكتور ماجد راغب الحلو عقد الامتياز بأنه "عقد إداري يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص عادة فردا كان أو شركة، تشغيل أحد المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة، على مسؤوليته وبواسطة عماله وأمواله مقابل رسوم يدفعها المنتفعون".[2]

[1] عميروش منار- عزايزية لبنى، عقد الامتياز في ظل المرسوم التنفيذي 18-199، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08ماي 1945، قالمة، 2021، ص 08.
[2] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 216.

كما عرفه الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة بأنه "عقد إداري ذو طبيعة خاصة، موضوعه إدارة أحد مرافق الدولة الاقتصادية اقاء ما يحصل عليه من المنتفعين من خدمات المرافق في صورة رسوم".[1]

أما الدكتور عمار عوابدي فعرفه بأنه "عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام بنفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع له، لأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستفادته من الأرباح"[2].

كذلك عرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه طريقة من طرق إدارة وتسيير المرافق العامة وعقد من العقود الإدارية، يتمثل في اتفاق الإدارة المتعاقدة أو الملتزمة مع شخص خاص عادة يسمى الملتزم، بإدارة وتسيير وتشغيل أحد المرافق العامة لمدة معينة لقاء رسوم يتقاضاها من المنتفعين والمستعملين للمرفق العام، مع تحمل مخاطر ذلك ربحا كان أو خسارة[3].

كما عرفه الدكتور مروان محي الدين القطب بأنه " عقد إداري يعهد بموجبه أحد أشخاص القانون العام، يسمى مانح الامتياز إلى شخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الامتياز إدارة مرفق عام على نفقته ومسؤوليته، تحت رقابة وإشراف السلطة المانحة ومقابل تقاضي صاحب الامتياز بدل من المستفيدين من خدمات المرفق العام". [4]

أما الدكتور محمود عاطف البنا فيعرفه: "عقد إداري يتم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص الفرد أو الشركة، يتعهد بمقتضاه الملتزم بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقا للشروط الموضوعة له مقابل التصريح بالاستغلال للمشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح، ويكون الاستغلال في صورة التصريح للملتزم بتحصيل أجر أو رسم من المنتفعين[5]".

يستنتج من خلال كل التعاريف السابقة أن الدكتور محمود عاطف البنا هو الوحيد الذي أعطى تعريف جامع ومانع لعقد الامتياز، وذلك لأنه احتوى على جميع العناصر الواجب توفرها في هذا العقد.

---

[1] عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات)، دار الفكر الجامعي، مصر،2005، ص 28.

[2] نقلا عن عوابدي عمار، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 198.

[3] نقلا عن بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 24-25.

[4] محي الدين القطب مروان، طرق خصخصة المرافق العامة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص79.

[5] عاطف البنا محمود، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص 51.

2- التعريف القانوني لعقد الامتياز:

عرف عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية ونذكر أهمها فيما يأتي:

أ- تعريف عقد الامتياز في ظل القانون 05- 12 المتعلق بالمياه

عرفت المادة 76 من القانون 05- 12 المتعلق بالمياه عقد الامتياز بأنه: "يسمى امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقد من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلب بذلك طبقا للشروط المحددة"[1].

ما يلاحظ من هذا التعريف أنه جاء مقتصرا على تحديد مفهوم عقد الامتياز وذلك لإغفاله العديد من الجوانب الواجب توفرها.

ب - تعريف عقد الامتياز في ظل القانون 08- 14 المتعلق بالأملاك الوطنية

عرف قانون الأملاك الوطنية عقد الامتياز في المادة 64 مكرر على أنه: "العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز، حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي، أو تمويل، أو بناء، أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز"[2].

هذا التعريف جاء شامل وواسع من ناحية تحديد الشخص صاحب الامتياز، كما يستنتج منه أن عقد الامتياز عقد محدد المدة، بالإضافة إلى أن الممتلكات عند نهاية العقد ترجع إلى السلطة صاحبة حق الامتياز.

ج - تعريف عقد الامتياز في ظل القانون 10- 03 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة

تم تعريف عقد الامتياز من خلال نص المادة 04 من القانون 10- 03 والتي تقضي بأن: "الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص المستثمر صاحب الامتياز حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذلك الأملاك السطحية المتصلة بها بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق

[1] قانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه المؤرخ في 04أوت 2005، ج ر ج ج عدد 60 الصار بتاريخ 04 أوث 2005.
[2] قانون رقم 08-14 المتعلق بالأملاك الوطنية المؤرخ في 20 جوان 2008، ج رج ج عدد 44 الصادر بتاريخ 03 أوت 2008.

التنظيم لمدة أقصاها 40 سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تضبط كيفيات تحديدها أو تحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية"[1].

نستخلص من هذا التعريف أنه جاء جامع ومانع يتضمن مفهوم عقد الامتياز وكل ما يحيط به، وذلك من خلال تحديد أطرافه والمجالات التي ينصب عليها هذا العقد والمدة المحددة له، وكيفية تحصيل المقابل المالي.

د- تعريف عقد الامتياز في ظل المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

إن المرسوم التنفيذي 18- 199 ركز على عقد الامتياز حيث عرف بموجب المادة 53 فقرة 01 والتي تنص على: "عقد الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام".

يستنتج من خلال هذا التعريف أن السلطة المفوضة حصرت عقد الامتياز في انجاز منشآت، أو اقتناء ممتلكات ضرورية واستغلال المرفق العام.

3- التعريف القضائي لعقد الامتياز

بالرجوع إلى قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 09 مارس 2004 في قضية رقم 11950، يستخلص أن هذا الأخير تطرق إلى عقد الامتياز، حيث تضمن منطوق القرار: "عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل باستغلال مؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل، مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه ..." [2]فهو يقترب كثيرا من العقود الإدارية المقننة أو ما يسمى بالصفقات العمومية.

يتضح من خلال هذا التعريف أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والعام لعقد الامتياز، بما يخول من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها في مواجهة الطرف المتعهد خاصة فيما يتعلق بسلطة أو حق الرجوع، فالامتياز عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة، ويتحمل نفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين[3].

ثانيا: خصائص عقد الامتياز

من التعاريف السابقة نجد أن عقد الامتياز يتميز بجملة من الخصائص نوجزها فيما يلي:

---

[1] قانون رقم 10-03 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج عدد

[2] قرار مجلس الدولة، قضية رقم 11950 الصادر في 09 مارس 2004.

[3] بن جيلالي سعاد،" النظام القانوني لعقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة "، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد الرابع، 2017، ص 169.

1 ـ عقد الامتياز عقد إداري: إن امتياز المرفق العام هو عمل إداري ينتج عنه التزامات متبادلة بالنسبة للشخص العام مانح الامتياز من ناحية، وبالنسبة لصاحب الامتياز من ناحية أخرى، فهذا الأخير ملزم بتشغيل المرفق العام طوال مدة الامتياز والسلطة المانحة ملزمة بتمكينه من تشغيل المرفق العام، ومن الحصول على التعويضات من المستفيدين، وهذا يعني أن امتياز المرفق العام هو عقد إداري ملزم لطرفين ويتضمن التزامات متبادلة.[1]

هذه الخاصية نصت عليها المادة 06 من المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويض المرفق العام بنصها: "اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم."

2 ـ عقد الامتياز عقد زمني طويل المدة: يختلف عقد الامتياز من حيث المدة الزمنية الممنوحة عن العقود الأخرى التي تمنح لاستغلال بعض المرافق بصفة مؤقتة أو لفترة محددة[2].

وهذا ما أشارت إليه المادة 04 من المرسوم التنفيذي 08- 54 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به والتي تنص على: "يمنح الامتياز لمدة 30 سنة، ويسري مفعوله ابتداء من نشر قرار المنح في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، تكون قابلة للتجديد بنفس الأشكال."[3]

كما نلاحظ من المادة 04 من القانون 10- 03 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، يمنح الامتياز لمدة أقصاها أربعون سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية.

كما حددت المادة 53 الفقرة 03 من المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويضات المرفق العام مدة عقد الامتياز بـ 30 سنة كحد أقصى[4].

3 ـ عقد الامتياز يقتضي مقابل مالي

يقوم صاحب الامتياز بتسيير المرفق العام على حسابه، ويتحمل المخاطر الناتجة عنه، وإنه في المقابل يتقاضى أجرا من مستعملي هذا المرفق وحصول صاحب الامتياز على هذا المبلغ يشكل أحد المعايير التي يتميز بها عقد الامتياز عن غيره من العقود المشابهة مثل عقد الأشغال العامة الذي يعوض فيه المتعهد الأعباء التي خسرها من الثمن الذي تدفعه الدولة.[5]

4 ـ عقد الامتياز عقد يساهم فيه أحد أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام:

---

[1] محي الذين القطب مروان، المرجع السابق، ص 79.
[2] علي يوسف، النظام القانوني لعقد الامتياز، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019، ص 14.
[3] المرسوم التنفيذي رقم 08-54 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير، الصادر 09 فيفري 2008، ج رج ج العدد 08 الصادرة في 13 فيفري 2008.
[4] انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[5] علي يوسف، المرجع السابق، ص 16.

يعهد عقد الامتياز إلى أشخاص القانون الخاص إدارة مرفق عام، حيث يناط لصاحب الامتياز تشغيله واستثماره دون أن تكون له الصفة الإدارية أو يشكل جزء من التنظيم الإداري للدولة ويخضع لإدارته القانون الخاص.[1]

لقد أثبت المشرع الجزائري تميز عقد الامتياز بهذه الخاصية وسمح للسلطة المفوضة بذلك، وهدا من خلال ما جاءت به المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18- 199: "إن تفويض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص المفوض له وذلك بموجب اتفاقية تفويض".[2]

5- عقد الامتياز طريقة من طرق إدارة المرافق العامة:

تعتبر هذه الخاصية من خصائص عقد الامتياز، وذلك استنادا لنص المادة 53 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي 18- 199 والتي تنص صراحة على أنه: "الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت، أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام."[3]

الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد الامتياز

من المعروف أن العقود الإدارية بصفة عامة وعقود الامتياز بصفة خاصة تتطلب إجراءات معينة، تطبق على جميع مراحل إنشائها. وهذه الإجراءات يترتب عليها آثار قانونية في مواجهة طرفي العقد، تتمثل في حقوق والتزامات تخص كل من الإدارة المانحة للامتياز والمتعاقد معها من أجل ضمان سير المرفق العام.

تخضع عملية تكوين عقد الامتياز لعدة إجراءات تمر عبر عدة مراحل وخطوات تجعله قابلا لدخوله حيز التنفيذ، وهذه الخطوات تفرض عليه اختيار صاحب الامتياز (أولا) ثم مرورا لمراحل إبرام عقد الامتياز (ثانيا).

أولا: اختيار صاحب الامتياز

تتمتع الإدارة المانحة للامتياز بحرية تامة في اختيار المتعاقد معها طالما أن المشرع لم يفرض عليها التقيد به، هذا ما جعل للإدارة سلطة تقديرية في اختيار الملتزم، وعليها أن تختار المفوض له الذي يقدم أحسن الشروط الفنية والتقنية الضرورية لتسيير وإدارة المرفق العام.[4]

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 18- 199 نجد المشرع الجزائري نص على صيغ إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام من خلال المادة 08 والتي تتمثل في الطلب على المنافسة

[1] محي الدين القطب مروان، المرجع السابق، ص 80.
[2] انظر المادة 04من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[3] انظر المادة 53 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[4] أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2018، ص 61-62.

والتراضي. وتطرق المشرع إلى تعريف إجراء المنافسة وذلك من خلال المادة 11 من المرسوم التنفيذي نفسه.

ونصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18- 199 على مراحل طلب المنافسة والتي تتمثل في: [1]

ـ المرحلة الأولى: وتتمثل في الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح والمحدد في الجزء الأول من دفتر الشروط وعنوانه: دفتر ملف الترشح في لوح الإعلان عن العروض.

ـ المرحلة الثانية: تتمثل في دعوى المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط.

أما التراضي الذي يعد الطريق الاستثنائي فلديه نوعين، تراضي بسيط وتراضي بعد الاستشارة وهذا ما أشارت إليه المادتين 17و18 من المرسوم التنفيذي 18- 199. وباعتبار التراضي طريق استثنائي فله حالات يجب توفرها للجوء إليه، وهي حالات محددة في المادة 19 من المرسوم التنفيذي 18- 199 على سبيل الحصر.

تلجأ السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة:

ـ عند الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في طلب المنافسة.

ـ عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي في إجراء الطلب على المنافسة ويتم 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 التقنية والمهنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.

أما اللجوء إلى التراضي البسيط يتم في حالتين حسب المادة 20 من المرسوم التنفيذي 15- 199.

إما في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية. وأما في الحالات الاستعجالية، وهذه الحالات حددتها المادة 21 من المرسوم التنفيذي 18- 199.

ومن خلال النصوص السابق ذكرها نستنتج أن الإدارة عند اختيارها للمتعاقد تمر ببعض المراحل وهذا لعدة أسباب:

[1] راجع المادة 12 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

ـ تحقيق أكبر قدر من الأرباح وهذا عن طريق اختيار الشخص الذي يقدم أحسن الشروط والضمانات المالية.

ـ مراعاة المصلحة العامة وهذا يتطلب اختيار أحسن وأكفأ المتنافسين لأداء الخدمة العامة التي يتطلبها المرفق العام.

ثانيا: مراحل إبرام عقد الامتياز

لإبرام عقد الامتياز يستوجب المرور بمرحلتين هامتين، تتمثل الأولى في قرار منح الامتياز والثانية في انعقاد عقد الامتياز والمصادقة عليه.

1ـ صدور قرار منح الامتياز:

بعد أن تختار الإدارة مانحة الامتياز المتعاقد معها تمر إلى مرحلة صدور قرار التعاقد، حيث أوجبت التعليمة الوزارية المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها صدور قرار يقضي بمنح امتياز المرافق العمومية المحلية، وذلك من قبل المجلس الشعبي البلدي أو المندوبية التنفيذية للبلدية وهذا فيما يخص المرافق العمومية التابعة للبلدية، أما بالنسبة للمرافق العمومية التابعة للولاية فإن هذا النوع من القرارات يصدر من قبل الوالي أو المندوبية الولائية.

2 ـ انعقاد عقد الامتياز والمصادقة عليه:

لا ينعقد عقد الامتياز بمجرد صدور القرار القاضي بمنح الامتياز، بل يجب المصادقة على هذا العقد، ويمثل هذا الإجراء المرحلة الثانية من مراحل الإبرام، ويقصد بالمصادقة التوقيع من طرف السلطة المختصة، في هذا الإطار فإذا كانت اتفاقية منح الامتياز ذات أهمية وطنية فإنه يصادق على عقد الامتياز من طرف السلطات المركزية، وهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 96- 308 المتعلق بامتياز الطرق السريعة.[1]

أما إذا كانت اتفاقية منح الامتياز ذات أهمية محلية فإن المصادقة على عقد الامتياز تكون من طرف السلطات المحلية، وذلك ما نستنتجه من نص المادة 149 من القانون 12- 07 المتعلق بالولاية والتي تنص: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية المذكورة في المادة 146 عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة فإنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به، كما يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم، ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها، ويصادق على العقود المبرمة في هذا الشأن طبقا لأحكام المادة 54 من هذا القانون."[2]

المطلب الثاني: التفويض عن طريق عقد التسيير

[1] راجع المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18سبتمبر1996 المتعلق بامتياز الطرق السريعة.
[2] انظر المادة 149 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21فيفري 2012 المتعلق بالولاية، ج رج ج عدد12 بتاريخ 29 فيفري 2012.

يرى بعض المختصين أن سوء التسيير الذي تشهده المرافق العامة يرجع للكادر البشري الذي يشرف على إدارتها وتسييرها نظرا لعدم مقدرته على تحمل حجم المسؤوليات التي يؤدونها، فيتزامن الأمر مع إتاحة كل الوسائل المادية التي تجعلنا نفرض نجاح هذه العمليات وعدم اكتراثهم لتوظيفها وأهميتها.

ولتجاوز هذه المشاكل أجاز المشرع الجزائري للسلطة المفوضة أن تتخلى عن تسيير المرفق العام في حالات، وذلك عن طريق عقد تسيير المرفق العام الذي يتعهد من خلاله بأن يقوم بالتسيير مقابل ضمانات يتفق عليها، ولدراسة عقد تسيير المرفق العام بنوع من التفصيل لا بد لنا من تحديد كيفيات تنظيمه (الفرع الأول) وبيان مجال تطبيقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد تسيير المرفق العام:

إن الأساس في عقد تسيير المرفق العام هو أن تنقل السلطة المفوضة مهمة التسيير لشخص من أشخاص القانون الخاص، فيكون قادرا على تحمل حجم هذا التكليف مع احتفاظها بإدارته، ونجد بأن هذا الشكل لم يخصص له المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 18-199 أحكام خاصة به وحده، وإنما أجملها مثل باقي عقود التفويض الأخرى، وعليه يتعين الوقوف عند تعريف عقد التسيير (أولا) وبيان أهم مميزاته (ثانيا).

أولا: تعريف عقد تسيير المرفق العام

أسفرت أزمات التسيير التي ارتبطت بالمرافق العامة عن كشف وجود أشخاص عامة عاجزة على تنظيمها وتسييرها بما يتماشى مع تطورات الحياة في جميع الميادين، ولذلك يمكن القول أن تعريف عقد تسيير المرفق العام أثار نقاطا عديدة كانت محورا لانطلاق دراسات فقهية قوبلت بتبنيها من قبل المشرع الفرنسي ثم نظيره الجزائري، وعليه سنحاول تحديد تعريف هذا العقد وفقا لآراء بعض الفقهاء (1) وبعدها نحدده من خلال التشريع الجزائري (2).

1- التعريف الفقهي:

تباينت أراء الفقهاء حول تحديد مفهوم عقد تسيير المرفق العام، فمنهم من اعتبره بأنه " ذلك العقد الذي يبرم بين هيئة عمومية وشخص من أشخاص القانون الخاص، قصد ضمان حسن سير المرفق العام مع عدم تحمل أعباء البناء والتجهيز، فهو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام"[1].

إزاء هذا المفهوم فإن أطراف عقد التسيير هم الهيئة العامة والطرف الآخر المتعاقد معها، الذي يكون من الأشخاص الخاصة دون الأشخاص العامة، فهو يكلف بموجبه تسيير

[1] Chenaud Frazier carole , la notion de délégation de service public RDP, 1er Édition, 1995, p 148.

المرفق العام من ضمان حسن سيره بعد ما تقوم الجهة المتعاقدة بتجهيزه وبنائه على نفقتها، فإن نجح هذا التسيير فالفائدة تكون لها وإن خسر فهي من تتحمل الخسائر.

وذكر آخر بأنه " عقد يفوض بموجبه شخص من القانون العام للغير (شخصا طبيعيا أو معنويا من الخواص) بتسيير مرفق عام لحساب الجماعة العمومية، بمقابل مالي جزافي، فهو يضمن التسيير العمومي والعادي للمرفق العام بمختلف عناصره."[1]

بالرجوع إلى هذا الرأي فإن أي شخص من أشخاص القانون العام يمكنه إبرام عقد التسيير مع طرف آخر يكون من الخواص، لأجل تسيير مرفق عام، مع التركيز على الأجر الجزافي والأهداف.

2- التعريف التشريعي:

لم يضع المشرع الجزائري مفهوما لعقد تسيير المرفق العام، وإنما أورد الحالات التي يرد وفقا لها حين اعتبر أنه الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام، أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته والرقابة الكلية عليه.

لا يمكن أن تتجاوز مدة الاتفاقية لتفويض المرفق العام في شكل عقد التسيير خمس (05) سنوات.[2]

يستفاد مما سبق أن عقد التسيير يتعاقد به لأجل ضمان تسيير المرفق العام وفي بعض الحالات تسييره وصيانته، ويكون حكرا على أشخاص القطاع الخاص فتكون هذه العمليات على حساب السلطة المفوضة التي تحتفظ بالرقابة الكلية على هذا الأخير مقابل أجر يدفع للمسير في شكل منحة يحصل عليها في حالة ربحها أو خسارتها، وفي المقابل يقوم المفوض له بتحصيل المقابل من المنتفعين لفائدة هذه الجهة التي تحدد قيمتها.

ثانيا: خصائص عقد تسيير المرفق العام

من خلال ضبط المشرع الجزائري لمفهوم عقد التسيير في مواد المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نستخلص جملة من المميزات التي يمتاز بها عن باقي الاشكال الأخرى وحتى باقي العقود الإدارية الأخرى، ونلخصها فيما يلي:

ـ يعتبر عقد التسيير أحد أشكال عقود تفويض المرفق العام.

---

[1] Voir Boiteau claudie, les conventions de délégation de service public, imprimerie national, paris, 2007, p148.

[2] راجع المادة 56 فقرة 1و2و3و4 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر.

ـ يعتبر عقد تسيير المرفق العام من العقود الإدارية التي تخضع النزاعات الناجمة عنها لاختصاص القاضي الإداري.

ـ يكون الاستغلال في عقد تسيير المرفق العام لفائدة السلطات المفوضة.

ـ انشاء وتجهيز المرفق العام في هذا العقد تتكفل به السلطة المفوضة.

ـ يقتصر دور المفوض له في عقد التسيير على تسيير وصيانة المرفق العام، أو تسييره فقط.

ـ تحتفظ السلطة المفوضة من خلال هذا العقد بإدارة المرفق العام وتتخلى للمفوض له عن تسييره.

ـ يتقاضى المفوض له في هذا العقد من قبل السلطة المفوضة سواء حققت ربحا أو خسارة.

ـ يتم تحديد التعريفات التي يدفعها المنتفعون من قبل السلطة المفوضة بصورة منفردة.

ـ في هذا العقد لا يتحمل المفوض له أي مخاطر، فالسلطة المفوضة تتحملها كلها.

ـ يحصل المفوض له التعريفات من المنتفعين لصالح السلطة المفوضة.

ـ يعتبر عقد تسيير المرفق العام من عقود التفويض قصيرة المدى.

الفرع الثاني: صور عقد تسيير المرفق العام

من خلال ماورد في المرسوم التنفيذي 18-199 لا يمكن للسلطة المفوضة التعاقد في شكل عقد تسيير المرفق العام إلا عبر الصورتين اللتان حددهما المشرع في هذا المرسوم وهما صورة تسيير المرفق العام (1) وصورة تسيير المرفق العام وصيانته (2).

1ـ صورة تسيير المرفق العام:

حسب هذه الصورة فإن السلطة المفوضة تسعى للحصول على مفوض له (مسيرا) المتخصص في تسيير المرافق العامة للتعاقد معه وفقا لهذا الشكل، والذي يتم باحترام مجموعة من الشروط التي وضعتها في دفتر الشروط الخاص بهذا الشكل (الخبرة والمؤهلات المطلوبة والسمعة.....)، فإذا وصلت للمترشح المناسب بعد سلسلة من المراحل التي تمر بها، فإنها تقوم بالتنازل له عن تسيير المرفق المعني بالتفويض، ويقوم بكل هذه العمليات لحسابها ولفائدتها مقابل أجر مباشر تدفعه له فيتعهد بإحداث تغييرات على تسيير المرفق الذي يكون بإضفاء أحدث المقاييس والمعايير، مع إمكانية استفادتها من تجربته في هذا المجال.

الجدير بالإشارة فإن هذه الصورة من عقد تسيير المرفق العام أنها تختلف عما يكون عليه الحال في باقي صور وأشكال التفويض الأخرى التي تتشابه معه في التسمية فقط كون المفوض يؤدي هذه الوظيفة لفائدة السلطة المفوضة بموظفيها عن طريق تسييره فقط دون تمكينه من الإدارة، ومع تحماها هي للخسارة أو الربح، وإن فشلت فيحصل على أجر جزافي

من قبلها، ويقتصر دوره في هذه العمليات على تقديم الاقتراحات بخصوص التسيير والاستغلال وما على هذه الأخيرة إلا التنفيذ حسب امكانيتها.[1]

2- صورة تسيير المرفق العام وصيانته

هذه الصورة من التعاقد تتشابه مع صورة التسيير وحده السالف الإشارة لها مع إضافة تكفل المفوض له بصيانة المرفق العام ووسائله على ذمة السلطة المفوضة من مختلف الأعطال المادية والاعطال التي تمس وتعطل سير الانتفاع من خدماته خلال المدة المتفق عليها، مع ضمان المحافظة عليه بتركه في حالة جيدة للاستعمال على نفقتها عكس التوجه في عقد الايجار الذي يكون على نفقة المفوض له.[2]

المبحث الثاني: العقود المستحدثة لتفويض المرفق العام

أورد المشرع الجزائري مسألة اختيار شكل التفويض المناسب ضمن صلاحيات السلطة المفوضة التي يمكنها أن تختار التعاقد بأحد أشكال تفويض المرفق العام، بعدما يقدر الذي تراه مناسبا لها وفقا لاحتياجات المرفق العام وأدوات التفويض المتوفرة لديها، وحسب التقرير المعلل الذي تحرره لغرض تغطية العيوب والنقائص التي تسجلها على هذا الأخير بعدما تظهر لها من خلال الدراسات التي تقوم بها.

وعلاوة عن الطرق التقليدية المعتمد عليها في تسيير المرفق العام، جاء المرسوم الرئاسي 15- 247 بطريقتين أخريين لتفويض المرفق العام يعتبران كطرق حديثة وهما تفويض المرفق العام عن طريق الإيجار (المطلب الأول) أو عن طريق الوكالة المحفزة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عقد الإيجار كأسلوب في تفويض المرافق العامة

يعد عقد الإيجار في تفويض المرافق العامة من الأساليب الحديثة وهو ثاني أهم تطبيقات تقنية تفويض المرافق العامة بعد الامتياز، وقد عرف انتشارا واسعا في الجزائر لبساطة وسهولة اجراءاته، خاصة وأنه لا يتطلب من المفوض له تقديم الإمكانات والوسائل التي لابد من توفرها في غيره من العقود الأخرى الخاصة بالتفويض.

إذا أرادت الدولة إبرام هذا العقد بعد أن تتأكد من مقدرة المفوض له على إدارة وتسيير المرفق العام حسب الشروط التي وضعتها، فيجب عليها أن تضبط عملياته وفقا لما أقره المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 18- 199، وعليه سنحاول إبراز عقد لإيجار المرفق العام من خلال الإشارة لمفهومه (الفرع الأول) وبيان أركانه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد إيجار المرفق العام

[1] المادة 56 فقرة 01و02 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[2] شريط فضيل، النظام القانوني لتفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 18-199، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص إدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، ص 268.

يعد عقد إيجار المرفق العام من التقنيات التي ترخص بالتخلي المؤقت عن المرفق العام لفائدة المفوض له خلال مدة العقد المتفق عليها دون انتقال ملكيته لهذا الأخير مقابل بدل يدفعه لها سنويا، فلا يمكننا الإحاطة بتنظيم هذا العقد إلا من خلال استعراض مختلف التعاريف التي قيلت بشأنه (أولا) لاستنتاج أهم خصائصه (ثانيا).

أولا: تعريف عقد إيجار المرفق العام

لقد حاول الفقه وضع تعريف لهذا الشكل من أشكال تفويض المرافق العامة، كما أن النصوص الرسمية التي تضمنته تعرضت لتعريفه وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل فيما يلي:

1- التعريف الفقهي:

حاول الفقهاء إعطاء مفاهيم مختلفة لعقد إيجار المرفق العام، فقيل بأنه عقد يلتزم بموجبه مستثمر من القطاع الخاص القيام بتشغيل مرفق عام خدمة للجمهور مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات وذلك مقابل مبلغ يدفعه للسلطة المفوضة، ويلتزم هذا المستثمر بتقديم خدمات المرفق العام للجمهور المستهلكين وفق ضوابط عقدية متفق عليها بين هذه الجهة والمستأجر أهمها تحديد سعر رسوم الخدمة التي يتقاضاها المستثمر من جمهور المستهلكين بالإضافة إلى التزاماته بصيانة المرفق العام طوال فترة العقد التي عادة ما تكون قصيرة أو متوسطة المدى.

هذا المفهوم دعا بأن يظهر الطرف المتعاقد مع الجهة المفوضة كمستثمر من الأشخاص الخاصة فقط، وبمقتضى هذا العقد يتعهد بإدارة المرفق العام وصيانته خلال المدة المتفق عليها خدمة للجمهور دون القيام بالاستثمار، ويتقاضى الإتاوات حسب الاتفاق ومقابل مبلغ يدفعه للسلطة المفوضة.

وعرف كذلك بأنه: عقد بمقتضاه تفرض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال مرفق عام مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق الإتاوات التي يدفعها الجمهور المرتفق المتعلق مباشرة باستغلال المرفق العام.

وفي تعريف آخر بأنه عقد يكلف فيه شخص طبيعي أو معنوي بإدارة مرفق عام أو منشآت عامة على مسؤوليته، مقابل دفعه للإدارة بديل مالي يؤخذ من الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين، هذا البديل ينقسم إلى جزئين، الأول هو المحدد في العقد والذي يعود إلى الملتزم شخصيا، أما الثاني فهو بمثابة رسوم يستوفيه من المنتفعين ليدفعه فيما بعد للإدارة.

ب - التعريف التشريعي:

يمكننا تعريف عقد إيجار المرفق العام من خلال النصوص القانونية التي نظمته.

1- التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي 15-247:

عرف المشرع الجزائري الإيجار كشكل من أشكال تفويض المرفق العام بأنه: عقد تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة مرفق عام أقامته بأموالها، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتولى المفوض له تسيير المرفق وصيانته باسمه وبأمواله وتحت مسؤوليته، لقاء أتاوى يتحصل عليها من مستعملي المرفق العام.

2- التعريف الوارد في المرسوم التنفيذي 18- 199:

كما تناول المرسوم التنفيذي 18- 199 تعريف عقد الإيجار بأنه: "الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة، والذي قد تعترضه مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام، وتمول في هذا العقد السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويتقاضى المفوض له أمرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام"[1].

ثانيا: عناصر عقد إيجار المرفق العام

من خلال التعريفات السابقة يمكن استنتاج العناصر المميزة لعقد الإيجار وهي أربع عناصر.

1 ـ أطراف عقد إيجار المرفق العام:

تتمثل في السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام والمسؤول عن المرفق العام، وهي عبارة عن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها من جهة، ومن جهة أخرى المفوض له وهو الشخص الذي يأخذ على عاتقه مسؤولية تسيير مرفق عام وصيانته، وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي 15- 247 السالف الذكر لم يوضح إذا كان المفوض له ينتمي إلى القانون الخاص شخص طبيعي أو شركة مثلا ، أم يستوي في ذلك أن ينتمي إلى القانون العام أو الخاص، في حين سوى المرسوم التنفيذي 18- 199 بين الشخص الذي ينتمي للقانون الخاص أو العام.

2 ـ موضوع عقد إيجار المرفق العام:

ينصب عقد إيجار المرفق العام على صيانة وتسيير المرفق العام، فالمستأجر أي المفوض له لا يتحمل عبء إقامة المرفق العام والمنشآت الأساسية العائدة له، حيث يسلم الشخص العام المعني المرفق العام إلى المفوض له جاهزا لتشغيله، ويتولى هذا الأخير تسييره واستغلاله، إلا أنه يمكن أن تنص الاتفاقية المبرمة بينهما على توزيع النفقات بين طرفي العقد وفقا لآليات يحددها دفتر الشروط.

[1] المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر

3 ـ تأدية جزء من المقابل المالي:

إن المفوض له في عقد إيجار المرفق العام ملزم بتأدية مبلغ محدد يأخذ شكل إتاوة سنوية وفق ما جاء به المرسوم الرئاسي 15- 247 والمرسوم التنفيذي 18- 199، وذلك نظير استعماله للمنشآت العائدة للمرفق العام، والتي تحملت السلطة المفوضة نفقات إقامتها، وبالمقابل يتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام. وحسب المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18- 199 فإن السلطة المفوضة هي من تتولى مقابل التفويض في كل صور التفويض الأخرى، فهو يعتبر من قبيل البنود التنظيمية في العقد التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة لا التعاقدية.

4ـ مدة الإيجار:

إن عقد إيجار المرفق العام، وعلى غرار بقية أشكال التفويض الأخرى محدد المدة، ولقد حددت المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18- 199 سالف الذكر مدة الإيجار بخمسة عشر 15 سنة كحد أقصى مع إمكانية تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التسديد ثلاث سنوات كحد أقصى. ما يجب ملاحظته أن مدة الإيجار قصيرة نسبيا، لأن الاستثمارات المكرسة من طرف المستأجر متواضعة وتقتصر على نفقات التشغيل والصيانة دون تحمل نفقات إنشاء المرفق العام كما سبق بيانه.

الفرع الثاني: أركان عقد إيجار المرفق العام

يتطلب لصحة عقد إيجار المرفق العام أن يتوفر في هذا الأخير مجموعة من الأركان الصحيحة وإلا كان قابلا للإبطال، ويمكن إيجاز هذه الأركان في ركن الرضا والأهلية أولا ثم ركن المحل ثانيا وأخيرا ركن السبب.

أولا: ركن الرضا والأهلية

إن أساس التعاقد بعقد إيجار المرفق العام هو ركن الرضا والأهلية كغيره في عقود التفويض الأخرى، فرغم تمتع السلطة المفوضة في هذه العقود الإدارية بامتيازات السلطة اتجاه الطرف المتعاقد معها فالأمر لا يعني إعدام إرادة المفوض له،وعندما تتنازل له بصفة مؤقتة عن تسيير وإدارة المرفق العام فإن إرادته تبرز من خلال إصراره على التعاقد معها خلال مختلف مراحل التفويض التي تطرحها السلطة المفوضة رغم الشروط التي تضعها.[1]

ثانيا: ركن المحل

يقع عقد الإيجار على مرفق عام يكون معينا وموجودا عند إبرام هذا التعاقد تابعا للسلطة المفوضة التي تسهر على عملية التفويض، وإذا دققنا أكثر في محل هذا الأخير فنجد بأنه يعقد

[1] الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، صدر بتاريخ 26سبتمر 1975، ج ر ج ج عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

لأجل تسيير المرفق العام وصيانته، فهذا الأخير أثناء التنفيذ سيتكفل بتسييره وصيانته دون أن يقوم بإنجازه، عكس الحال في عقد امتياز المرفق العام الذي قد يتكفل فيه المفوض له بإنجازه وانشائه وتجهيزه.

ثالثا: ركن السبب

السبب بعملية التعاقد بشكل إيجار المرفق العام هو دافع السلطة المفوضة نحو السير لهذا التعاقد، ويكون الأمر مثل باقي عقود تفويض المرفق العام الذي تناولته مواد المرسوم التنفيذي 18- 199 التي تجيز التفويض إذ لا يتخذ إلا إذا كان المرفق العام قابلا للتفويض ولا يدخل في المهام السيادية.

وذكره المشرع الجزائري من خلال تأكيده بأن تفويض المرفق العام يتخذ بناء على تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض والمزايا التي يحققها مقارنة مع الطرق والأشكال الأخرى، ويكون أيضا على حسب مستوى تعقيد المرفق العام ومدى تحمل الأطراف للمخاطر، ففي هذا العقد يتحمل المفوض له كل المخاطر بالإضافة للرقابة الجزئية التي تمارسها السلطة المفوضة عليه. وكل الأسباب التي سطرت من وراء التعاقد بهذا الشكل تقود لتحقيق المصلحة العامة وليس للمصلحة الشخصية.

رابعا: ركن الشكل

إن الشكلية هي القالب الرسمي الذي يثبت بواسطته التعاقد بعقد إيجار المرفق العام، فلا يمكن أن نتصور أن السلطة المفوضة تتعاقد وفقا لهذا الشكل دون الكتابة، وباعتباره من العقود الإدارية فإن المشرع الجزائري لم يقيدها بقالب معين يبرم وفقا له، وإنما اشترط وجوب احتوائه على مجموعة من البيانات التي تجب لصحته كجميع عقود التفويض الأخرى، وباعتبار أن تخلف أي منها يؤدي لإمكانية إبطاله سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية.

يؤدي التعاقد بعقد إيجار المرفق العام خلال مدة تنفيذه لتحقيق مزايا عديدة ترجع بالإيجاب على جميع أطراف التفويض، في حين يمكن أيضا أن تنتهي مدته دون بلوغ الأهداف المرجوة منه، وهذا ما يؤثر بالسلب على جميع الأطراف ويمتد ذلك ليشمل المرفق العام المعني بالإيجار.

المطلب الثاني: أسلوب الوكالة المحفزة في تفويض المرافق العامة

من بين الأساليب الجديدة للتسيير التي تبنتها الدولة، نجد أسلوب تفويض المرفق العام، وقد عرفت هذه العملية العديد من النصوص القانونية التي طالما أطرت القطاع الإداري والاقتصادي على حد سواء، وهو ما جعل المشرع الجزائري يقنن هذا الأسلوب ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا بإدراجه ضمن هذا المرسوم الرئاسي لجملة من الصيغ التي تحكم تفويض المرفق العام والتي من بينها الوكالة المحفزة.

وقد جاء بعدها المرسوم التنفيذي 18-199 الذي نظم أحكام الوكالة المحفزة كعقد من عقود تفويض المرفق العام، ولدراسة هذا النوع من العقود بشيء من التفصيل علينا معرفة مفهومه (الفرع الأول) ومن ثم الآثار المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد الوكالة المحفزة

قبل توضيح فكرة الوكالة المحفزة وفقا لما جاء به المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام، يجب علينا عرض بعض آراء الفقهاء التي تناولته لفهم المقصود منه، وبعدها تعريفه وفق ما جاءت به القوانين المرتبطة به.

أولا: التعريف الفقهي لعقد الوكالة المحفزة

اتجه بعض الفقهاء لاعتبار عقد الوكالة المحفزة بأنه: " ذلك العقد الذي من خلاله تفوض السلطة العمومية تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوة المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية لرقم الأعمال المحقق من استغلال المرفق بالإضافة للعلاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح."[1]

ويستنتج بأن الطرف المتعاقد مع الجهة العامة في عقد الوكالة المحفزة يكون شخص خاص، ويتخذ صورة تسيير وصيانة مرفق عام، وعن الأجر فيتحصل عليه بصفة دائمة خلال التنفيذ بشق ثابت الدفع، وشق آخر متغير يتحدد بنسبة مئوية تدفعها الجماعات العمومية المفوضة من رقم الأعمال المحقق، والعلاوة الإنتاجية التي تعتبر بمثابة تحفيز ومردود للمفوض له، ولا يحصل الإتاوات لنفسه وإنما يحصلها لفائدة السلطة المتعاقدة.

من جهة أخرى هناك من عرفه على أنه:" العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، يتولى التسيير

لحساب الجماعة العمومية المفوضة ولا يتحصل على مقابل مالي من إتاوات المرتفقين، لا بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الاعمال المحقق من استغلال المرفق بالإضافة للعلاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح."[2]

من خلال هذا المفهوم نتوصل إلى أن عقد الوكالة المحفزة ينصب على تسيير وصيانة مرفق عام، ويقوم من خلاله المفوض له بتحصيل الإتاوات من المنتفعين لفائدة السلطة المفوضة دون تحصيلها لصالحه، وعن المقابل المالي فيتحصل على أجرة تتكون من شقين، الجزء الأول منها يكون ثابت يتحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، وآخر يكون متغير هو بمثابة تحفيز يحصل عليه.

[1] محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة،2000، ص 83

[2] Droit des services public, 2 éditions, presses universitaires de France, paris, 2007, Voir Stéphane Braconnie , p440.

ثانيا: التعريف التشريعي

لم يقدم المشرع الجزائري مفهوما لعقد الوكالة المحفزة من خلال المرسوم التنفيذي 18-199، بل اكتفى بذكر الحالات التي بتوافرها تكون السلطة المفوضة بصدده، فذكر بأنه " الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته."[1]

كما تعرف أيضا الوكالة المحفزة بأنها:" يعهد شخص عام تسيير مرفق عام من طرف المفوض له ولحساب الشخص العام، ويستفيد المفوض له من عائدات على أساس رقم الأعمال.[2]

ويذكر أيضا أن الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته.[3]

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام ويحصل المفوض له التعريفات لفائدة السلطة المفوضة المعنية، وتحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الوكالة المحفزة بعشرة (10) سنوات كحد أقصى قابلة للتجديد مرة واحدة بموجب ملحق بناء على طلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في بنود الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد سنتين (02) كحد أقصى.[4]

وتجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري من خلال تعريفه لهذا العقد قد سار على درب الفقه والتشريع الفرنسي في تحديده لعناصر عقد الوكالة المحفزة بمنح تحفيزات وإغراءات للمفوض له بواسطة تخصيص أجرين منفصلين، فيعد الأول مضموم التحصيل خلال عمليات قبض التعريفات، والأجر الأخر يحصل عليه حسب مدى تقدم المنتفعين للاستفادة من خدمات المرفق العام، فإذا أتقن هذا الأخير تسييره للمرفق العام الذي يقاس بزيادة الطلبات على الخدمات العامة التي يوفرها أثناء التنفيذ، فإن الأجرة التي يتقاضاها تزيد بالضرورة تشجيعا وتحفيزا له.

الفرع الثاني: آثار تفويض المرفق العام عن طريق الوكالة المحفزة

للسلطة المفوضة حقوق في تفويض المرفق العام بشكل الوكالة المحفزة في مواجهة المفوض، كما تتحمل جزءا من الواجبات، وهذا ما يخلف آثارا للتفويض سواء بالنسبة للسلطة المفوضة (أولا) ثم بالنسبة للمفوض له (ثانيا).

---

[1] انظر المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر

[2] نقلا عن وابري فريد، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 85.

[3] المادة 210 فقرة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

[4] المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

أولا: آثار تفويض المرفق بالنسبة للسلطة المفوضة

تتمتع السلطة المفوضة بمجموعة من الحقوق في تفويض المرفق بشكل الوكالة المحفزة.

1- الاحتفاظ بإدارة المرفق العام:

على عكس تفويض المرفق العام بشكل الامتياز أو الإيجار، فإن تفويض المرفق العام بشكل الوكالة المحفزة يمنح السلطة المفوضة الاحتفاظ كليا بالمرفق العام، وتسند فقط للمفوض تسييره أو صيانته.

-الرقابة والاشراف:

تحتفظ السلطة المفوضة بحق الرقابة الكلية، وهو ما يميز هذا الأسلوب عن أسلوب الامتياز أو الإيجار الذي تكون فيه الرقابة جزئية للسلطة المفوضة.[1]

ثانيا: آثار تفويض المرفق العام بالنسبة للمفوض له

للمفوض له مجموعة من الحقوق والواجبات نص عليها المرسوم التنفيذي 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام وهي:

1- حقوق المفوض له:

يتمتع المفوض له بعدة حقوق في مواجهة السلطة المفوضة، وتتمثل هذه الحقوق فيما يلي:

أ- الحصول على مقابل مالي:

يحق للمفوض له تسيير وصيانة المرفق بشكل الوكالة المحفزة الحصول على مقابل مالي والذي يكون في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، مضافا إليها منحة الإنتاج وحصة الأرباح.[2]

ب - حق تحديد التعريفة:

خول المشرع للمفوض له أن يحدد تعريفة لمستعملي المرفق العام بالاشتراك مع السلطة المفوضة، ويقوم بتحصيلها لصالحها.[3]

2- واجبات المفوض له:

تقع على عاتق المفوض له الواجبات التالية:

---

[1] المادة 55 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[2] المادة 55 فقرة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[3] المادة 55 فقرة05 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

أ- تحمل المخاطر التجارية والصناعية:

قد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، ومخاطر صناعية متعلقة بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام، والتي تقع على عاتق المفوض له وحده دون السلطة المفوضة.[1]

وقد كيف هذا العقد من قبل الاجتهاد القضائي الفرنسي في قضية Samitom ، وذلك أن المقابل المالي المتحصل عليه مرتبط بنتيجة الاستغلال.[2]

ب - مدة عقد الوكالة المحفزة:

لا تتجاوز مدة العقد عشر (10) سنوات على اعتبار أن مانح التفويض لا يتولى إقامة المرفق العام، ويتحمل المفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، كما قد تمدد هذه المدة سنتين (02) كحد أقصى في حالة انجاز استثمارات مادية بطلب من السلطة المفوضة[3]، ويتعين على اخلال المفوض له بواجباته إلغاء عقد التفويض للمرفق بشكل الوكالة المحفزة.

[1] المادة 55 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
[2] بوركيبة حسام الدين، " تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة،"مجلة فكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد14، الصادر في جانفي 2017، ص 565.
[3] المادة 55 فقرة 06و07 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

خاتمة

إن استخدام تقنية التفويض وفقا لما تناوله المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويض المرافق العامة، له أهمية بالغة لا يمكن لأحد منا إنكارها في تسيير وإدارة المرافق العامة، إذ يسمح للسلطة المفوضة اللجوء إلى استقدام شركاء من القطاع الخاص لتسيير وإدارة المرافق العامة التابعة لها، وفقا للاحتياجات التي تسجلها على المرفق العام الذي يجري تفويضه، فالأمر يمنحها نوع من الحرية في المفاضلة بين الأشكال الأربعة باختيار المناسب منها. وعليه من هذه الدراسة يمكننا استخلاص النتائج الأتية:

- إن اللجوء إلى التعاقد بأي شكل من أشكال عقود تفويض المرفق العام لا يمكن أن يخرج عن الصور التي أقرها المشرع في المرسوم التنفيذي 18- 199 فكل صورة تلبي بها حاجات معينة في المرفق العام المعني بتقنية التفويض.

- مجموع الإجراءات التي فرضها المشرع على السلطة المفوضة تكون مشتركة الاتباع في كل شكل من أشكال عقود التفويض، ويتطلب احتواؤها على مجموعة من البنود التي تلزم لصحتها، فالاختلاف بينها يكون حول تسميتها فقط وفي بعض البنود عند الاقتضاء.

- محدودية تطبيقات بعض عقود التفويض في الجزائر بسبب عدم تلاؤمها مع النظام الاقتصادي السائد وعدم مراجعة بعض القوانين لمواكبة التطورات.

- لم يقدم المشرع الجزائري مفهوما لعقود تفويض المرفق العام وإنما ذكر الوضعيات التي يسمح فيها للسلطة المفوضة أن تتعاقد بهذه الأشكال وهو ما يثير اللبس حول المعنى الحقيقي منها.

- جميع إجراءات ومراحل التفويض مشتركة في كامل أشكال عقود التفويض رغم الخصوصيات التي تميز كل شكل عن غيره مع إخفاء الهدف من التعاقد بها.

- لا يوصل عقد امتياز وايجار المرفق العام لتحقيق غايات استفادة السلطة المفوضة من خبرة المفوض له والتي تعد أهم أساس لهذا التعاقد في حد ذاته، وعن صورة عقد الايجار المتعلق بالصيانة فهو احتمالية الحدوث خاصة إذا كان المرفق العام حديث النشأة والتجهيز.

- سيستمر المفوض له المتعاقد بعقد الوكالة المحفزة في الحصول على أجره خلال مدة التنفيذ من قبل السلطة المفوضة حتى وإن فشل في تحقيق ما تعهد به، وعن احتفاظها بإدارة المرفق العام هنا هذه العملية معرقل للتفويض في كثير من الحالات وخاصة إذا كان المسير ذو كفاءة عالية، فهو يقدم عطاءه حسب الظروف المهيأة له.

- في حال نجاح إدارة وتسيير المرفق العام وفقا لما هو مقرر في عقد التسيير والسلطة المفوضة لم تكتسب بعد خبرة المفوض له، فهذه الأخيرة لا يمكنها تجديد التعاقد مع نفس المسير مرة أخرى. وعن الحالات التي يسجل فيها عدم تحمل المفوض له لأي إنفاق فإن

التسيير بهذا الشكل يتطلب اقتراحات من قبله وما على السلطة المفوضة إلا التنفيذ، وإن فشلت اقتراحاته فإن السلطة المفوضة هي التي تتحمل الخسائر وحدها.

ـ ليس هناك أي تسقيف من قبل المشرع للأجرة السنوية التي يدفعها المفوض له عند التعاقد بعقد إيجار المرفق العام الذي يضيع على السلطة المفوضة إيرادات كبيرة، فنجد أن قيمة الايجار السنوي لا تقارن بمدى التحصيل، وإذا ما تكفلت السلطة المفوضة بتوفير العمال والموظفين له فإن ذلك يعتبر استغلال هذه الطبقة تحقيقا لمصالح المفوض له.

ـ طول مدة عقدي الامتياز والايجار ستؤثر بالسلب على سير الانتفاع من خدمات المرفق العام بانتشار الروتين وبطء إجراءات الاستفادة منها والتي تظهر أكثر بعد مرور السنوات.

ـ إن إجراءات نشر الطلب على المنافسة التي أكد على ضرورة اتباعها من قبل المشرع الجزائري لا تواكب تطورات الإدارة الالكترونية الحاصلة، ومن أكبر الأخطاء التي يجب تداركها في اختيار المفوض له حسب الحالات غير العادية بصيغة التراضي في تفويض المرفق العام حتى يحقق مقاصده يجب أن يكون خيارا وليس حتمية مفروضة على السلطة المفوضة.

ـ يبقى موضوع قابلية المرافق العامة للتفويض مبهم بالنسبة للسلطة المفوضة التي تتضح من خلال تعبير المشرع عنها بعبارة المهام غير السيادية دون تحديد أو ضبط، وليس هناك ما يجر السلطة المفوضة على اتخاذ قرار التفويض فيكون مرهونا بتحريرها للتقرير المعلل الذي تبرز فيه دواعي التفويض، وبهذا يكون العمل بها بالنسبة لها اختياريا رغم توفر الجو المناسب له.

وأمام النقائص المسجلة يمكن تقديم جملة من التوصيات لكل منها:

ـ في عقد تسيير المرفق العام يجب أن يسمح المشرع الجزائري للسلطة المفوضة بأن تعيد التعاقد مع نفس المفوض له وهذا في حال عدم اكتمال عملية نقل الخبرة ونجاح المسير في تنفيذه.

ـ تقليص مدة عقد الايجار وعقد الامتياز إلى النصف، التي لا تظهر أثارها في السنوات الأولى، فبعد مرور الأعوام فإن المفوض له يدخل في الروتين ولذلك يجب أخذ هذا الاقتراح بعين الاعتبار مع تفصيل التعاقد بصورة انجاز منشآت أكثر بذكر مختلف الإجراءات التي تصاحبها، ففي عقد الامتياز لو قامت بتفويضه ثلاث مرات فأكثر فإنه بالضرورة سيعاب جراء كثرة الاستغلال.

ـ إعطاء مفهوم واضح وشامل لمختلف عقود التفويض التي تساعد بنسبة كبيرة في فهم المقصد من التعاقد منها، وإحاطة كل شكل من أشكال التفويض بإجراءات خاصة لخصوصية كل شكل من أشكال التفويض.

ـ إبراز توجه المشرع الجزائري صراحة في التعاقد بأشكال التفويض إلى عنصر الاستثمار فيها وتسقيف المبلغ الأدنى الذي يدفعه المفوض له.

ـ وضع خطط وأدوات فعالة لمنع مختلف التجاوزات ومكافحة الفساد الإداري والمالي والتي تطول مختلف عقود تفويض المرفق العام.

ـ إجبارية نشر المشرع الجزائري لقائمة المرافق العامة غير القابلة للتفويض، وعدم ترك جملة المهام غير السيادية مبهمة دون توضيح.

ـ إن التعاقد بشكل عقد الإيجار والامتياز في حقيقة الأمر لا يؤدي لنقل خبرة المفوض له إطلاقا، ولذلك يجب أن يتعهد هذا الأخير بنقلها للسلطة المفوضة لأنها الغاية من التعاقد.

قائمة والمصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية:

I. الكتب:

1- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.

2- بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية رفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، دار جسور للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 2011.

3- ـــــــــ ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر2015، دار جسور للنشر والتوزيع، القسم الأول، ط 5، 2017.

4- بوعلي سعيد وشريقي نسرين وعمارة مريم، القانون الإداري، ط2، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016.

5- خرشي النوى، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

6- عاطف البنا محمود، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 2007.

7- عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.

8- عوابدي عمار، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

9- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2015.

وابري فريد، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.

10- محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

11- محي الدين القطب مروان، طرق خصخصة المرافق العامة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

12- وابري فريد، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 201

II. الرسائل الجامعية:

رسائل الدكتوراه:

1- أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

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.

3- شريط فضيل، النظام القانوني لتعويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 199/18، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص إدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة الاخوة متنوري، قسنطينة، 2022/2021.

مذكرات الماجستير:

1- سحنون سمية، اجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مدكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013.

2- عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص منازعات إدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2018.

مذكرات الماستر:

1- علي يوسف، النظام القانوني لعقد الامتياز، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019.

2- عميروش منار- عزايزية لبنى، عقد الامتياز في ظل المرسوم التنفيذي 199/18، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2021.

III. الملتقيات

1- زواوي عباس، طرق وأساليب ابرام الصفقات العمومية في ظل احكام المرسوم الرئاسي 247/15، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الوطني حول تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2017.

IV. المجلات:

1 ـ بن جيلالي سعاد، النظام القانوني لعقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد4، 2017.

2- بوجريو ياسمين، أخلقة عقد تفويض المرفق العام، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد16، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021.

3 ـ زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة حوليات، جامعة الجزائر، عدد32، جزء1، 2018.

5 ـ وناس إيمان، مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، مجلة أبحاث المجلد 06، عدد 02، 2021.

.

V. النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر في 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

2- القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه الصادر بتاريخ ج رج ج عدد 60 الصادرة بتاريخ 04أوت 2005.

3- القانون رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم.

4 ـ القانون 08-14 الذي يتضمن قانون الأملاك الوطنية الصادر بتاريخ 20جوان 2008، ج رج ج عدد44 الصادر بتاريخ 03أوت 2008.

5 ـ القانون رقم 07/12 المتعلق بالولاية، المؤرخ في 21فيفري 2018، ج رج ج عدد12، الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

VI. النصوص التنظيمية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بامتياز الطرق السريعة، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996.

2- المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومي للتطهير، المؤرخ في 09 فيفري 2008، ج رج ج عدد 8 الصادرة بتاريخ 13 فيفري 2008.

3- المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر2015، ج رج ج عدد50، الصادرة بتاريخ 20سبتمبر2015.

4- المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 02 أوت 2018، ج رج ج عدد 48، الصادرة بتاريخ 05أوت 2018.

VII. الأحكام القضائية:

1- قرار مجلس الدولة قضية رقم 11950 الصادر في 09 مارس 2004.

قائمة المصادر والمراجع باللغة الأجنبية:

Les ouvrages :

1/Boiteau claudie, les conventions de délégation de service public, imprimerie national, paris,2007.

2/Chenaud frazier carole, la notion de délégation de service public RDP, 1 édition , paris, 1995.

3/Stevane braconnie, droit de service public, 2eme éditions, presses universitaires de France, paris,2007.

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

شكر وعرفان	

الإهداء	
مقدمة	6- 9
الفصل الأول: إجراءات تفويض المرفق العام	10
المبحث الأول: الطلب على المنافسة القاعدة العامة في إبرام عقود تفويض المرفق العام	11
المطلب الأول: مفهوم الطلب على المنافسة	11
الفرع الأول: تعريف الطلب على المنافسة	11
الفرع الثاني: مراحل الطلب على المنافسة	12
المطلب الثاني: المبادئ الواجب احترامها في ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام	13
الفرع الأول: مبدأ حرية المنافسة والوصول للطلبات	14
الفرع الثاني: مبدأ المساواة بين المترشحين	15
الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات	15
المبحث الثاني: أسلوب التراضي كاستثناء في إبرام عقود تفويض المرفق العام	16
المطلب الأول: مفهوم التراضي	17
الفرع الأول: تعريف التراضي من الناحية الفقهية	17
الفرع الثاني: تعريف التراضي من الناحية القانونية	17
المطلب الثاني: التراضي كاستثناء على حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له	18
الفرع الأول: أشكال التراضي كمظهر لحرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له	18
الفرع الثاني: حالات التراضي على قيد حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له	20
الفرع الثالث: إجراءات التراضي	23
الفصل الثاني: أشكال عقود تفويض المرفق العام	29
المبحث الأول: الأساليب التقليدية في تفويض المرفق العام	30
المطلب الأول: التفويض عن طريق عقد الامتياز	30
الفرع الأول: مفهوم عقد الامتياز	30
الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد الامتياز	35

المطلب الثاني: التفويض عن طريق عقد التسيير	38
الفرع الأول: مفهوم عقد تسيير المرفق العام	38
الفرع الثاني: صور عقد تسيير المرفق العام	40
المبحث الثاني: الأساليب الحديثة لتفويض المرفق العام	41

المطلب الأول: عقد الايجار كأسلوب لتفويض المرفق العام	41
الفرع الأول: مفهوم عقد إيجار المرفق العام	42
الفرع الثاني: أركان عقد إيجار المرفق العام	44
المطلب الثاني: أسلوب الوكالة المحفزة في تفويض المرافق العامة	46
الفرع الأول: مفهوم عقد الوكالة المحفزة	46
الفرع الثاني: آثار تفويض المرفق العام بأسلوب الوكالة المحفزة	48
الخاتمة	50
قائمة المراجع	53
الفهرس	57
ملخص	59

ملخص:

تطرقنا في هذه المذكرة لدراسة تقنية تفويض المرفق العام كطريقة حديثة لضمان استمرارية سير المرافق العامة كونها الحل الأمثل لأن التفويض ما هو إلا انتقال الإدارة من التسيير

المباشر إلى الإدارة غير المباشرة وهذه فكرة ليست بجديدة في التشريع الجزائري وإنما لم يتم التوصل إلى اعتماد سياسة شاملة ومنظمة لهذه العقود الإدارية في إطار قانوني، إلى أن تبنت الدولة هذا الأسلوب وصدر المرسوم الرئاسي 15-247 الذي تضمن تنظيم عقود تفويض المرفق العام لأول مرة منذ الاستقلال، ثم تلاه المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام .