

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أحمد دراية أدرار
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



آليات تفويض المرفق العام بالجماعات
المحلية في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في الحقوق
تخصص قانون جماعات محلية

إشراف أ.د. بن السبحو
محمد المهدي

من إعداد الطالب الباحث
محمد لعيرج

رئيس	جامعة احمد دراية أدرار	ستاذ التعليم العالي	. يامة إبراهيم
	جامعة احمد دراية أدرار	ستاذ التعليم العالي	. بن السبحو محمد المهدي
	جامعة احمد دراية أدرار	ستاذ التعليم العالي	. .
	جامعة احمد دراية أدرار	ستاذ التعليم العالي	. باية فتيحة
	المركز الجامعي تندوف		. بلحاج بلخير

السنة الجامعية 2021-2022

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

وَإِنَّا اعْتَزَلْتُمْ _____ وَهَمُّ

وَمَا يَعْبُدُونَ إِلَّا اللّٰهَ فَآوُوا إِلَيَّ

الْكَهْفِ يَنْشُرْ لَكُمْ رَبِّكُمْ مِنْ

رَحْمَتِهِ وَيُغَيِّرْ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ

مِرْفَقًا

الآية 18 من سورة الكهف.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين الذي خلق فسوى، وقدر فهدى، واشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، واشهد أن محمدا عبده ورسوله الذي عرج به إلى السماء فرأى من آيات ربه الكبرى، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أولي المناقب والنهي وبعد.

وانا اسكر هذه الكلمات لا يسعني إلا ان اسبل شكري وامتناني إلى الدكتور بن السبحم محمد المهدي الذي تفضل علي وأشرف علي هذه الرسالة بكل رحابة صدر ورأي سديد وكان لتوجيهاته وملاحظاته القيمة أكبر الأثر في أخراج هذه الرسالة بالصورة التي نرجوها.

كما اشكر عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أحمد دراية أدار لما قدموه لي من دعم وتوجيه ساعدني في التقديم للدراسات العليا وإكمالها.

كما اتقدم بالشكر والتقدير إلى الكادر الإداري في كليتنا وموضفي المكتبة العامة المركزية في جامعة أدار لما أبدوه لي من روح عالية ومساعدة كبيرة في تعاملهم معي.

في الختام شكري وامتناني لكل من ساندني وفاتني ذكره فإن له في القلب مكانة وتقدير واسأله تعالى أن يعينني على ربي جميل من ساعدني في إكمال الرسالة أنه سميع مجيب الدعاء.

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع
إلى والدي الكريمين أعزكم الله ورعاكما
إلى زوجتي وأشكرها ، دعمها المستمر

لإتمام هذا العمل

إلى فلذات كبدي بناتي حفظهم الله
إلى إخوتي وأخواتي حفظهم الله.

الباحث محمد لعيرج

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

- ج.ر..... جريدة رسمية.
ق.إ.م.إ..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
د.ط..... دون طبعة.
د.د.ن..... دون ذكر دار النشر.
د.س.ن..... دون ذكر سنة النشر.
د.ب.ن..... دون ذكر بلد النشر.
د.م.ج..... ديوان المطبوعات الجامعية.
م.ش.و..... المجلس الشعبي الولائي.
م.ش.ب..... المجلس الشعبي البلدي

ثانياً: باللغة الفرنسية

- Ed.....édition.*
Op.cit..... Ouvrage précédemment cité.
O.P.u.....Office des publications universitaires.
L.G.Dj..... Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
J.O.C.E.....journal officinale de conseil européen
JORF..... journal officinale de la république françaises

تميزت العشرية الأخيرة من القرن العشرين بتحولات وتكتلات إقتصادية عالمية كبيرة إما على مستوى الدولي أو على المستوى الإقليمي وذلك من أجل مواجهة التحديات الكبرى التي عارضها التطور العلمي والتكنولوجي من جهة والسيطرة الاقتصادية على مستوى العالم من جهة أخرى.

بهذه التحولات والتكتلات الاقتصادية جاءت حتمية مراجعة وتكييف دور الدول بما يتماشى والتطور باتجاه إقتصاد السوق الذي يتطلب تخلي الدولة عن نشاطات الإنتاج والتسيير والتجارة من جهة، ونصب عملها في الميدان الاقتصادي أساسا على احترام قواعد السوق المنبثقة عن قانون المنافسة، والاكتفاء بدور التوجيه والتنظيم لإجراءات وميكانيزمات النشاط الاقتصادي.

لدفع عجلة التنمية وتحقيق بعض الإصلاحات بادرت السلطات العمومية إلى السعي لتجسيدها على المستوى المحلي، موكلة ذلك للجماعات المحلية وبالرغم من أن سلسلة الإصلاحات تثير عدة تساؤلات وتلفت الأنظار إلى جملة من القضايا والمعطيات إلا أن الملاحظ أنه هناك تقارب وتسارع في عملية الإصلاح بحيث لا نكاد نسمع عن جملة إجراءات إلا تبعثها إجراءات أخرى تلغي سابقتها.

هذا ما جسده المشرع الجزائري من خلال إصدار نصوص قانونية مستحدثة في النظام القانوني، تتعلق بتنظيم آليات تسيير المرفق العمومي، والتي يبدو الاتجاه من خلالها إلى تفعيل الأخذ بأسلوب عقد التفويض مع أشخاص القانون الخاص كنمط مواكب للتطورات. إن مثل هذه المقاربة لم تكن محل إهتمام السلطات العمومية ولا حتى من قبل الباحثين والدارسين خاصة فيما يتعلق بتسيير المرفق العمومي المحلي عكس المرفق العمومي على المستوى الوطني الذي لقي إهتماما كبيرا.

بالرغم من أن تحقيق الأهداف المنشودة خاصة فيما يتعلق بتحسين إدارة المرافق العامة يتطلب إلى جانب الإدارة المركزية وجود إدارة محلية فعالة وعالية الأداء، وتعمل على السعي دوما إلى إشباع الحاجات العامة في إقليمنا بانتظام وإضطراد والعمل على كل ما من شأنه

تحقيق هذه الأهداف مهما كانت طبيعة التسيير المراد تطبيقه مع الإحترام الصارم لقواعد المساواة والإنصاف والعدالة.

تملك الدولة سبيلين قانونيين، فإما أن تلجأ إلى طريق الإكراه، وذلك باستعمال التسخير أو نزع الملكية، وإما أن تلجأ إلى الطرق الودية والمتمثلة أساسا في التعاقد، بمفهوم القانون المدني⁽¹⁾، كوسيلة قانونية مفضلة لتماشيه مع النظام الديمقراطي، تسعى من خلاله الدولة مهما كان نظامها إلى التدخل في الحياة الإقتصادية، إلى جانب نظام الوكالة، أو المؤسسات العمومية.

بسبب التوجه نحو النظام الرأسمالي المعتمد على رأسمال الأشخاص والشركات الخاصة، في خلق الثروة وتسيير الإقتصاد، فمن المنتظر أن نشهد تطورا هاما لعقود تفويض المرفق العام التي سوف تمس كل المجالات في إطار شكلي للخصوصية، إضافة إلى دور الصفقات العمومية، والتي ما إنفكت تسجل حضورا قويا بالنظر إلى عدد المؤسسات العمومية الموجودة في الجزائر، وعدد الصفقات العمومية المبرمة، من أجل تنشيط العجلة الإقتصادية من خلال زيادة حجم الصفقات العمومية وفق نظام استراتيجي فعال ومنفتح⁽²⁾.

إن مسألة تفويض إدارة المرفق العام تعتبر من أهم المسائل التي أثارها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽³⁾، وعالجها من خلال الباب الثاني تحت عنوان الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام من خلال المواد 207 إلى 210، والتي يقصد

⁽¹⁾ ذلك بأن القانون المدني يعتبر من بين المصادر الهامة للقانون الإداري، لاحتوائه على أهم مفاهيمه وهي الشخصية المعنوية في المادتين 49 و50 منه، إضافة إلى عدد كبير من المواد الأخرى التي تنظم مواضيع القانون العام لاسيما المواد 677 إلى 681 مكرر 3 منه، وغيرها من المواد. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتم، ج ر عدد 78، المؤرخة في 1975/09/26.

⁽²⁾ Pour plus d'informations sur le sujet des marchés publics qui Représentant plus de 20% du PIB en Algérie, les marchés publics ont un impact considérable sur les finances publiques et sur la qualité des services publics offerts aux citoyens. Ce volume élevé est lié aux politiques d'investissement public depuis la fin des années 1990, notamment dans l'éducation, la santé, les infrastructures de transport et l'énergie, OCDE (2019), Revue du système de passation des marchés publics en Algérie: Vers un système efficient, ouvert et inclusif, Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Éditions OCDE, Paris, 2019, P3 <https://doi.org/10.1787/49802cd0-fr>.

⁽³⁾ المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

بها منح إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص لتسييرها، وهذا لا يعني تخلي شخص القانون العام عن المرفق العام المرتبط به بل يبقى مسئولاً عن حسن إدارته وتأمين إستمرارية تشغيله لذلك تختلف طرق تسييره حسب طبيعة النظام وطبيعته في حد ذاته وكذا تنوع المرافق العمومية، جعل من الطبيعي أن تنتوع معها طرق تسييرها فكل نوع تناسبه طريقة تسيير معينة.

يلعب مبدأ حرية المنافسة المبني على حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات الضمانة الأساسية لحسن إختيار المفوض له القادر على الإستجابة لمتطلبات مبادئ سير المرفق العام، المرتبطة بالإستمرارية، المساواة والقابلية للتكيف.

تعتبر عقود تفويض المرفق العام من أهم أساليب التسيير غير المباشرة التي تلعب دورا فعالا ومزدوجا في تخفيف عبء التسيير على الجماعات المحلية من جهة، وتحقيق وتلبية الحاجات العامة للجمهور بالجودة والسرعة المطلوبة من جهة أخرى، وأول من إستحدث هذا الأسلوب هو المشرع الفرنسي، ثم تبنته مجموعة من الدول الأخرى من ضمنها الجزائر.

سنحاول التطرق بالدراسة والتحليل لتفويض المرفق العام كأسلوب جديد لإدارة المرفق العام في الجزائر، وقد تبنى المشرع الجزائري أسلوب التسيير غير المباشر في العديد من النصوص القانونية من بينها قانون البلدية وقانون الولاية، وكذلك قانون تسيير الموارد المائية، وأخيرا المرسوم التنفيذي رقم 18-199⁽¹⁾ المتعلق بتفويض المرفق العام الذي تبنى فيه المشرع الجزائري صراحة أسلوب التسيير غير المباشر للمرافق العامة عن طريق تفويض المرفق العام، هذا التنظيم الذي صدر في ظروف إقتصادية وسياسية تسعى الجزائر فيها لبناء دولة القانون، ومكافحة الفساد وترشيد النفقات العمومية، والبحث عن موارد لتمويل المرافق العامة.

(1) المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ج عدد 48 المؤرخة في 05 أوت لسنة 2018.

أهمية الموضوع

إن البحث في موضوع آليات تفويض المرفق العام بالجماعات المحلية في التشريع الجزائري يكتسي أهمية بالغة حيث يتضح ذلك من عدة جوانب منها:

حساسية الموضوع، كون هذا النوع من العقود يعتبر من الموارد المحلية من جهة، ومن جهة أخرى الاتجاه المتزايد نحو التركيز حول تحسيس الجماعات المحلية بحجة تحقيق المصلحة العامة من خلال تكيف المرافق العامة المحلية مع صيغة تفويض المرفق العام التي تعد من الموضوعات الأشد إغراء وجذباً في الظروف الراهنة لتوظيف الودائع وجلب الأموال .

التعديلات التي عرفتها التشريعات للمنظمة المرفق العام، بالإضافة إلى إعتبار أسلوب التفويض كبديل للأساليب التقليدية للتسيير المرفق العام وكمستقبل راھنت عليه الدولة من أجل توسيع الاستثمار في مجال المرفق العام .

أسباب اختيار الموضوع

يعود اختيارنا لهذا الموضوع إلى عدة أسباب، البعض منها ذاتية والأخرى موضوعية

1- الأسباب الذاتية:

الرغبة الذاتية، بحكم أننا مستخدمون، ومعرضون لهذا النوع من العقود في أي لحظة خلال مسارنا المهني، وهو ما دفعنا للبحث في هذا الموضوع.

إستغلال الخبرة المهنية الشخصية في الميدان الإداري لإثراء أكثر مختلف جوانب البحث وتقديم الاقتراحات لمعالجة مجموعة من الإشكالات المستوحاة من الواقع العملي تتعلق بمحاور عديدة تركز عليها هذه الدراسة.

2- الأسباب الموضوعية:

السبب الرئيسي في إختيار هذا الموضوع هو أننا لا نجد اليوم، في الجزائر الكتابات المتخصصة الكافية في مجال تفويض المرفق العام، والتي إن وجدت على مستوى الأكاديمي تطرقت بإسهاب إلى الصفة العمومية، إلا وتجاهلت التطرق إلى عقود تفويض المرفق العام

إن طبيعة الموضوع المعقدة والخفية هي الغاية من تحليل التشريع الفرعي الناظم للعقود تفويض المرفق العام، إضافة إلى قلة الوعي القانوني في أوساط معظم أفراد المجتمع عموماً حول آليات تفويض المرفق العام المحلي، ويبقى من المواضيع المطروحة على بساط البحث باستمرار من قبل الباحثين ورجال القانون.

الدراسات السابقة:

فيما يخص الدراسات والأبحاث التي تم إنجازها بخصوص هذا الموضوع خاصة تلك المتعلقة بالوضع في الجزائر تبدو قليلة إلى حد بعيد، على الرغم من كثافة النشاط الإداري، نذكر من بينها:

بريكة عصام رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د في القانون العام من جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، بعنوان تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، حيث أجاب الباحث عن الإشكالية التي تمحورت حول مدى إمكانية أسلوب تفويض المرفق العام أن يؤدي دوراً في تحسين المرافق العامة ويصل بها للمردودية والنجاعة المرجوة، مقارنة مع طرق التسيير التقليدية، ألا أن التعديلات القانونية سواء في فرنسا أو الجزائر أثرت في تحيين مراجع البحث، خاصة وأن البحث تم الشروع فيه قبل تقنين المشرع الجزائري لعقود تفويض المرفق العام، إضافة إلى إستبدال المشرع الفرنسي لعقود تفويض المرفق العام بعقود الإمتياز.

فوناس سهيلة أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون من جامعة مولود معمري تيزي وزو بعنوان تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، حيث تم التطرق إلى إشكالية مساهمة التفويض المستحدث في المنظومة القانونية الجزائرية كتقنية جديدة لإشراك القطاع الخاص سواء الأجنبي أو الوطني في تحسين وتطوير المرفق العام من جهة والخدمة العمومية من جهة أخرى، غير أنه في كل الأفكار التي طرحتها لم تتطرق إلى أن فكرة عقد التفويض تحمل مفاهيم مدنية متناسيا أن القانون المدني هو الشريعة العامة الذي تستقي منه كل العقود مفاهيمها الأولية، إضافة إلى إستبعاد الطرف الأجنبي من عقد

التفويض في الجزائر، وهذا راجع لأن فكرة تدويل العقود خاصة في عقود التجارة الدولية هي فكرة موجودة في القانون الدولي للأعمال.

أهداف الدراسة

يكون من القصور النظر إلى علم القانون على أساس أنه كان النموذج الأول للعلم الحديث بالمعنى العام، أو إعتبره مجرد حقل معرفي يحقق شروطاً منهجية معينة، إنما يجب أن نتجاوز هذا البعد الأكاديمي إلى نظرة أكثر عملية تحقق دورها في الوظائف الإجتماعية، فهو أحد الوسائل والأدوات الهامة في إدارة أي مجتمع إنساني لتحقيق أهدافه المنشودة، وأن أي تحول قانوني يعيد تحديد طبيعة التنظيم الإجتماعي في شتى المجالات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والفكرية، وأن أي تغيير في هذه المجالات يستتبعه، بالضرورة فكر قانوني جديد يواكب هذه المستجدات، لذلك يضطلع رجال الفكر القانوني بدور هام في رصد الظواهر والمشاكل الإجتماعية وتقديم الصيغ القانونية التي تساهم في القضاء على الظواهر السلبية وحل المشكلات.

نحاول تحقيق جملة من الأهداف يمكن حصرها في:

تنمية الوعي القانوني في أوساط المتعاقدين والمساهمة في إرساء ثقافة قانونية بين جمهور المتعاملين مع الإدارة.

تحديد مختلف العقبات التي تعترض التشريع والقضاء في هذا المجال واقتراح الحلول التي تتسجم والواقع العملي في هذا الشأن، خاصة المتعلقة بتقرير المسؤولية.

المساهمة في إثراء المكتبة الجامعية بدراسة في مجال العقود الإدارية، والمساعدة على إجراء بحوث أخرى في هذا المجال.

الصعوبات

على الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت موضوع العقود الإدارية، إلا أن الدراسة إعترضتها صعوبات تمثلت في قلة الدراسات المتخصصة في مجال تفويض المرفق العام المحلي، وهذا راجع لحدثة التشريع في مثل هذه العقود.

الإشكالية

نحاول من خلال هذه الدراسة الإجابة على الإشكالية المتمثلة في:

إلى أي مدى يمكن لآليات تفويض المرفق العام في توفير الموارد المالية للجماعات المحلية وتحسين أدائها؟

منهج الدراسة:

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج التالي:

نظراً للطبيعة التي يتميز بها موضوع الذي يقتضي البحث في تعدد الآراء وتباينها إزاء هذه الصورة من العقود، فإن الخوض في محاور هذه الرسالة إقتضى الإعتداد على المنهج التحليلي القائم على مناقشة وتحليل آراء الفقهاء وأحكام التشريعات المختلفة .

كما تم الاستعانة بالمنهج التاريخي، من خلال تجميع المعلومات والبيانات عن المادة التاريخية لموضوع البحث، ومن الطبيعي أن يقترن إستعمال هذه المناهج بالمنهج المقارن الذي يعد مكملاً له.

تقسيم الدراسة

إتساقاً مع منهجية البحث في الموضوع المخصص، فقد تحددت خطة الدراسة لمعالجة الموضوع بتقسيمه إلى بابين وذلك على النحو التالي:

نتطرق إلى الآليات الموضوعية لعقد تفويض المرفق العام نتعرف من خلالها على الطرق السائدة في تسيير المرفق العمومي المحلي مع ذكر النتائج المترتبة عن مثل هذا النوع من التسيير التي أدت إلى التفكير في نوع آخر من التسيير وتبيان أنواعه ومدى

إستقلالية الجماعات المحلية في تحويل جزء من مهامها في إطار عقود التفويض الذي يعتبر من الموارد المحلية (الباب الأول)، أما فيما يخص الآليات الإجرائية لعقد تفويض المرفق العام ثم التطرق إلى مراحل بلورة إتفاقية التفويض مع ذكر، العوائق التي تواجه آلية التفويض والآثار القانونية التي تنتجها إتفاقية تفويض المرفق العمومي المحلي (الباب الثاني).

الباب الأول

الآليات الموضوعية لتفويض المرفق العام المحلي

طغت على القانون الإداري⁽¹⁾، لفترة طويلة من الزمن نظرية العمل الإداري المنفرد *l'acte administratif unilatérale*، باعتباره التعبير عن السلطة الآمرة للدولة بل هو أقدم مظهر من مظاهر نشاط الدولة ولم تنهض النظرية العامة للعقد الإداري لتأخذ مكانها في هذا النظام القانوني إلا في فترة زمنية متأخرة عندما افرز لها الفقيه الفرنسي جاستن جيز *Gaston Jéze* مكانا في مطوله الموسوم بـ *les principes généraux de droit administratif*، الصادر ما بين عامي 1934 و1936، ثم كانت تلك النظرية موضوعا لأطروحة الأستاذ جورج *Georges péquingnot* بعنوان *Théorie générale du contrats administratifs* الصادر عام 1945، ثم كانت موضوعا لمؤلف وضعه الفقيه الفرنسي *André de Laubadère* بعنوان *Traite théorique pratique du contrat administratif* الصادر عام 1956.

يعتبر القرار الإداري الصادر عن إرادة الإدارة المنفردة، أنجع وسائل القانون العام التي تتسلح بها الإدارة لأداء واجباتها المتعددة⁽²⁾، غير أن الإدارة كثيرا ما ترجع إلى طريقة

(1) ولما كان وضع التعريفات شان فقها بالأساس فإننا نورد هنا بعض منها :

" القانون الإداري هو بوجه عام القانون الذي يحكم السلطات الإدارية في الدولة وهي تباشر نشاطها بوصفها أشخاص إدارية تتمتع بحقوق وامتيازات خاصة لا يتمتع بها الأشخاص والجماعات الخاصة"، محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسه شباب الجامعة الإسكندرية، 1973، ص03.

"le droit administratif est un ensemble de règles juridiques distinctes et de celle de droit privé régissent l'activité administrative des personnes publiques". *Rivero j Droit administratif, 9eme édition Dalloz, Paris, 1980, p 20.*

(2) اختلف الفقه الإداري في إعطاء تعريف للقرار الإداري، ولكن هذا الاختلاف لا يعدو كونه في إطار الجزئيات، أما ما يتعلق بجوهر ماهية القرار الإداري فإنه لا يبدو أن هناك اختلاف بين الفقهاء.

فيُعرف العميد هوريو القرار الإداري بأنه " تصريحٌ وحيد الطرف عن الإرادة صادرٌ عن سلطة إدارية مختصة بصيغة النفاذ بقصد إحداث أثر قانوني" بينما يُعرفه الأستاذ فالين بأنه كل عمل حقوقي وحيد الطرف صادر عن رجل الإدارة المختص، وقابلٌ بحد ذاته أن يحدث أثراً قانونية. أما في الفقه العربي فيُعرفه الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنه كل عمل صادر =

لإتفاق الودي مع الأفراد فينشئ بينها وبينهم عقد يحدد واجبات كل من الطرفين، وذلك إذا ما قدرت الإدارة أن هذه الطريقة انجح في تحقيق الأهداف الإدارية⁽¹⁾.

نظرية العقود هي من أشد الموضوعات القانون الإداري تعقيدا، وأكثرها تشعبا، وأوفرها غنى فيما تخضع له من أنظمة وأحكام، ويمكن فهم ذلك بسهولة فالعقد بجوهره بالصيغة التي يتضمنها القانون المدني⁽²⁾، هو نتاج مبدأ سلطان الإرادة، أي حرية الإرادة في إنشاء الالتزامات ما بين فرقاء متساوون في القانون، هذا في حين أن نشاط الإدارة في ما يصدر عنها من أعمال وما تقوم به من عمليات، لا تعبر عن محض إرادة مستقلة، وإنما عن إرادة تحكمها ضوابط القوانين والأحكام والقواعد التي تحدد النطاق الذي تعبر عن إرادتها فيه،

=من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها، وعرف الفقيه عبد الغني بسيوني عبد الله، القرار الإداري بأنه عمل قانوني نهائي يصدر من سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة وتترتب عليه آثار قانونية معينة.

أما التعريف الذي استقر القضاء الإداري لفترة طويلة على اعتماد تعريف القرار الإداري، بأنه إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون، عن إرادتها عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة في المجتمع معينين بصفاتهم لا بدواتهم، لأكثر تفصيل، سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر 1996 ص 252.

مازن راضي ليلو، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات مصر، 2004، ص 158.

أما في الفقه العربي فيعرفه الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنه كل عمل صادر من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها، وعرف الفقيه عبد الغني بسيوني عبد الله، القرار الإداري بأنه عمل قانوني نهائي يصدر من سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة وتترتب عليه آثار قانونية معينة.

أما التعريف الذي استقر القضاء الإداري لفترة طويلة على اعتماد تعريف القرار الإداري، بأنه إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون، عن إرادتها عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة في المجتمع معينين بصفاتهم لا بدواتهم، لأكثر تفصيل، سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر 1996 ص 252.

مازن راضي ليلو، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات مصر، 2004، ص 158.

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النشر العربي، مصر، الطبعة الثالثة، 1975، ص 20.

⁽²⁾ إن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضى بذلك، لأكثر تفصيل، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 22.

بامتيازات لا يمتلك الأفراد الذين يتعاقدون معها شيئاً منها ⁽¹⁾(الفصل الأول)، وفقاً لنظام قانوني كفيل بترشيد النفقات العمومية وآلية لخلق الثروة وضمان لجودة الخدمة العمومية، الذي تبناه المشرع الجزائري وفق أسلوب تفويض المرفق العام كخيار استراتيجي لتسيير المرافق العمومية، ومن الآليات الفعالة التي تكفل الاستغلال الناجع لكافة الموارد الذاتية للجماعات الإقليمية لكي تكون جاذبة للإستثمار المحلي والقدرة على تفويض المرافق ⁽²⁾(الفصل الثاني).

⁽¹⁾ عبد اللطيف قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2013، ص 334.

⁽²⁾ جليل مومنية تفويض المرفق العام المحلي كآلية فعالة للتمويل المحلي في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المجلد 8، العدد 4، السنة 2019.

الفصل الأول:

تفويض المرفق العام عقد إداري (1)

تلجأ الإدارة في ممارستها لنشاطها إلى إبرام العقود مع الآخرين للحصول على كثير مما تحتاج إليه من سلع أو خدمات، إذ قد يكون عقد الإدارة عقدا من عقود القانون الخاص، كما قد يكون عقدا إداريا تسري عليه أحكام القانون العام وذلك لعدم توافق أحكام القانون الخاص مع طبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة في كثير من الأحوال، غير أن الإدارة عندما تبرم عقودها، فأنها غالبا لا يهتما طبيعة العقد الذي تبرمه، كما أن طبيعة العقد ذاته لا تثير أي خلافات إلا عند حدوث نزاع بين طرفيه، هنالك يلزم معرفة طبيعة هذا العقد وما إذا كان عقدا من عقود القانون الخاص، فينعقد الاختصاص للقضاء العادي وتطبق عليه قواعد القانون الخاص، أما أنه عقد إداري يختص به القضاء الإداري وتطبق عليه قواعد ونظريات القانون العام التي إرسائها مجلس الدولة الفرنسي، في تشييد أركان ومعايير العقد الإداري⁽²⁾.

إن نظرية العقد الإداري تقوم أساسا على تمكين الإدارة من تحقيق الصالح العام، مع السلوك سبيل التفاهم والرضا بينها وبين المتعاقد الآخر، وبمعنى آخر، أن من حق الإدارة أن تفرض إرادتها عن طريق القرار الإداري، ولكنها قد تجد في كثير من الحالات أن سبيل التفاهم، هو أنجع السبل لتحقيق غاياتها⁽³⁾.

(1) يلجأ المشرع في بعض الأحيان وعندما يشعر ان تطبيق القانون العام أكثر ملائمة لحل المنازعات المعروضة من القانون الخاص إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود ويقرر اختصاص القاضي الإداري ويطلق عليها العقود الإدارية بتحديد القانون، حيث أكدت أحكام المادة 06 من المرسوم التنفيذي 18-199 على أن اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا لتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم، إلا أن ما يأخذ عن صياغة هذه المادة أنها لم تفرق بين اتفاقية والعقد، لأكثر تفصيل حول فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون، انظر مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2020، ص 22 وما بعدها.

(2) حماده عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد إمتياز المرفق العام، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012، ص 29.

(3) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 08.

إن العقود الإدارية وإن اتفقت مع غيرها في أنها تنشئ بين الأطراف حقوقا والتزامات متبادلة، فإنها تختلف من حيث أنها لا تسلم بقاعدة المساواة بين المتعاقدين وتتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيح للمصلحة العامة على مصلحة المتعاقد الخاص، وتتجلى امتيازات الإدارة هذه في كافة مراحل العقد الإداري منذ إبرامه حتى اكتمال تنفيذه فتملك الإدارة على سبيل المثال حق استبعاد بعض الأشخاص من المناقصة لأسباب خاصة قد تقدرها هي، كذلك تملك استبعاد بعض العطاءات قبل البث في المناقصة بقرار مسبب تصدره لجنة البث في العطاءات وغير ذلك من امتيازات أخرى⁽¹⁾.

يعتبر عقد الامتياز من أهم وأقدم العقود الإدارية المسماة، ويعتبره الفقه والقضاء عقدا إداريا وفقا لمقوماته وخصائصه الذاتية، وهذا العقد كان قد توارى خلف أصوار التيارات الاشتراكية فترة من الزمن، ثم ما لبث أن انبعث من جديد عندما دفعت الظروف الاقتصادية التي تواجه الحكومات في العصر الحالي الى العودة الى القطاع الخاص بحثا عن التمويل وسرعة التنمية وسهولة الحركة، غير أن هذا العقد قد بعث بثوب جديد تحت مسمى عقود البوث BOT⁽²⁾، ولا لكنه ورغم ما لحقه من تطور ظل محتفظ برونقه ومتميزا عن غيره من العقود سواء في صورته التقليدية أو حتى بعد التطور الذي لحق به⁽³⁾ (المبحث الأول).

إستطاع المشرع الجزائري أن يضفي خصوصيته على هذا النوع من العقود من خلال تجميعها تحت مسمى عقود تفويض المرفق العام، سنحاول معرفة المعيار الذي اعتمده لتميزه كعقد إداري، ومدى انطباقه على تطور عقد التفويض المرفق العام، ثم نتناول تمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود في (المبحث الثاني).

⁽¹⁾ مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002. ص 6.

⁽²⁾ اصطلاح (B O T) هو اختصار لثلاث كلمات انكليزية: البناء (Build)، التشغيل (Operate)، نقل الملكية (Transfer)، ويقابله باللغة الفرنسية (C E T)، وهو اختصار لثلاث كلمات فرنسية: Construire، Exploiter، Transférer

⁽³⁾ حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 30.

المبحث الأول

تطبيقات تفويض المرفق العام

من الوحدة إلى التعدد

ينبثق العقد الإداري عن إتفاق يكون أحد أطرافه شخص معنويا عاما بقصد إنشاء إدارة مرفق عام وتظهر فيه نية الأخذ بأساليب القانون العام من خلال إنطوائه على شروط إستثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد⁽¹⁾.

أن سلطان الإدارة ليس غاية في ذاته، ولكنه وسيلة لتحقيق النفع العام، لا سيما في الوقت الحاضر الذي ازداد فيه تدخل الإدارة في مختلف النواحي، وإن كان لنا ملاحظة إستطراديه مؤداها أن المرفق العام هو أنجح الوسائل لتحقيق النفع العام، إن لم يكن هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق ذلك⁽²⁾، بحيث يشترط بعض الفقهاء لضرورة كون العقد إداريا أن يحقق غرضا من أغراض المرفق العام، في ما يرى البعض الآخر منهم أن القضاء الفرنسي لا يتطلب ذلك، ويكتفي لخدمة المرفق العام بصورة غير مباشرة⁽³⁾.

يُعدّ عقد الامتياز من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الكثير من الدول لتنظيم إدارة المرافق العامة أو إنشائها وأضحى هذا العقد جوهرًا لعقد تفويض المرفق العام (أما في الجزائر، فلم يُعرف أسلوب تفويض الخواص لتسيير مرفق عام إلا خلال فترة ما بعد الإصلاحات الاقتصادية، مع تأخر وجود نص قانوني يؤطر عقد التفويض، على عكس ما هو الحال في القانون الفرنسي أو المغربي⁽⁴⁾، (المطلب الثاني).

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضا وتحكيميا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2014، ص14.

(2) براهيم رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2004، ص9.

(3) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص72.

(4) ظهير شريف رقم 15.06.1 لـ 14 فبراير 2006، يتضمن الموافقة على القانون رقم 54.05 المتعلق بالتسيير المفوض

للمرافق العامة، www.sgg.gov.ma/ آخر زيارة 04 فيفري 2022 على الساعة 21:00.

المطلب الأول

الامتياز جوهر عقد تفويض المرفق العام

يحظى عقد الامتياز بأهمية كبيرة في تطوير البيئة الاستثمارية والمرافق العامة ولاسيما في الدول النامية لذا يُعدُّ أحد أهم أدوات التنمية فيها وبغية تأصيل فكرة هذا العقد، لا بدَّ من بيان جوانبه القانونية ببيان معناه وأهميته وخصائصه، ومن جانب آخر لا بدَّ من الوقوف على تطور فكرة هذا العقد من الناحية التاريخية (الفرع الأول)، ثم سنستدرج في تأصيل فكرة الامتياز من الناحية القانونية (الفرع الثاني) وفي (الفرع الثالث) نحدد خصائصه.

الفرع الأول

التطور التاريخي لفكرة الامتياز

سنحاول في هذا الفرع تتبع فكرة الامتياز من الناحية التاريخية، ولكي نقف على ما استقر عليه التشريع والقضاء المعاصرين حول فكرة الامتياز، لا بد من تتبع مراحل تطورها وابتداءً نحاول تأصيل جذور فكرة الامتياز في الشرائع القديمة ومن ثم تأصيل العقد عند المسلمين أولاً، ثم ندرس ثانياً مراحل تطور فكرة الامتياز في النظم القانونية الحديثة.

البند الأول: تأصيل الامتياز في الشرائع القديمة والفقهاء الإسلامي

أولاً: التعريف اللغوي للامتياز.

الامتياز أصله مَيَّزَ: من ماز الشيء، بمعنى عزله وفرزه يقال: مَيَّزَهُ تَمييزاً فانمازَ، وامتاز تَمييزاً واستمازَ وكله بمعنى واحد تفرد بخصاله عما سواه يقال: إمتاز القوم إذا تَمييزَ بعضهم من بعض، وفلان يكاد يتمييز من الغيظ، أي يتقطع⁽¹⁾.

(1) مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، دار الرسالة، الكويت، 1403 هـ 1983 م، ص 641.

ميز: الميزُ والتمييز: الفصل بين المتشابهات يقال: ما زه يميزه مِيزًا، وميَّزه تمييزًا، قال تعالى: {لِيَمِيزَ اللَّهُ الْخَبِيثَ مِنَ الطَّيِّبِ} (1) والتمييزُ يقال تارةً للفصل، وتارةً للقوة التي في الدِّماغ، وبها تستنبط المعاني، ومنه يقال: فلان لا تمييز له، ويقال: إمتاز وأمتاز (2). وقال تعالى: {وَأَمَّا زُورُ الْيَوْمِ أَيُّهَا الْمُجْرِمُونَ} (3).

ومما تقدم يظهر للامتياز عدة معانٍ لغوية ومنها الفصل أو العزل، الفصل يقع بين المتشابهات أي التمييز بين الأشياء المتشابهة، أو التمييز بين الأشياء أي تمييز بعضها عن بعض، وتفرد الشيء بصفات وخصال تميزه عن غيره، وعند تطبيق هذا المعنى اللغوي على عقد الامتياز يظهر لنا أن هذا العقد هو تمييز لهذه الطريقة عن طرق الإدارة الأخرى التي تتبعها في إدارة مرافقها وتفرداها بصفات وخصائص لا نظير لها في أساليب الإدارة الأخرى. **إمتياز:** تميز القوم وإمتازوا : صاروا في ناحية، وفي التنزيل العزيز : ((وإمتازوا اليوم أيها المجرمون)) أي تميزوا وقيل : أي انفردوا عن المؤمنين، وإستماز عن الشيء: تباعد منه، وهو من ذلك، ويقال: امتاز القوم إذا تتحى عصابةً منهم ناحية، ويقال : إمتاز القوم إذا تميز بعضهم من بعض وفي الحديث (لا تهلك أمتي حتى يكون بينهم التمايلُ والتمايزُ)، أي يتحزبون أحزاباً ويتميز بعضهم عن بعض ويقع التنازع، يقال : مزتُ الشيء من الشيء إذا أفرقت بينهما فانماز وإمتاز (4).

امتاز الشيء: بدا فضله على مثله، وانفصل عن غيره وانعزل، وفي التنزيل العزيز ((امتازوا اليوم أيها المجرمون)) (5).

(1) سورة الأنفال، الآية: 37.

(2) الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان داو ودي، مطبعة النور للنشر، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1426هـ 2005م، ص 783.

(3) سورة يس، الآية: 59.

(4) ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري، لسان العرب، الجزء الثامن، الدار الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، 2003، ص411.

(5) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الثاني، مطبعة مصر، 1961، ص900.

العقد: مصدره عقد، جمعه عقود وأعقاد، عقود : العهد، وفي الاقتصاد اتفاق بين طرفين يلتزمان بمقتضاه تنفيذ بنوده⁽¹⁾.

ثانياً: الامتياز في الشرائع القديمة:

إن أسلوب الامتياز عرف منذ القدم، إذ عرفته المدن اليونانية وكانت هذه المدن تعهد إلى بعض الأفراد لبناء منشآت وإدارتها وصيانتها، مع تخويل المتعاقد بعض الامتيازات، ومنها تقاضيه المقابل المادي من الأفراد عند استعمالهم لهذه المنشآت، كذلك عرفت روما لاحقاً أسلوب الامتياز وتحت اسم *portorium*، والذي أخذت به فرنسا في حقبة النظام الملكي⁽²⁾، ولما سقطت الإمبراطورية الرومانية الغربية، قامت حكومة القسطنطينية باستقدام أهل النشاط من رعايا الإمبراطورية وأغرتهم بامتيازات مختلفة لغرض النزوح إلى عاصمة الإمبراطورية الشرقية، ومن ذلك التأكيد بأنه لا يسري عليهم في الشرق إلا قوانين بلدانهم، كما قامت الامتيازات على مبدأ المنح التي يمنحها الملوك والأمراء لبعض الدول ورعاياها لأغراض تجارية⁽³⁾.

ثالثاً: الامتياز في الإسلام:

لابد من بيان موقف الفقه الإسلامي من الامتياز، إذ إن كثيراً من الفقهاء ذهبوا إلى أن الإسلام عرّف نظرية العقود الإدارية قبل أن تُعرف في أوروبا⁽⁴⁾، ويطلق الفقه على هذه

⁽¹⁾ جبران مسعود، معجم الرائد، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، 1967، ص1038.

⁽²⁾ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2009، ص 14.

⁽³⁾ غسان رياح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 23.

⁽⁴⁾ هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2008، ص287.

العقود عقود التولية⁽¹⁾، ويرى الفقهاء إن أساس العقود في الشريعة الإسلامية يرجع إلى قوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}⁽²⁾.

يعتبر الفقه الإسلامي إن الإمام هو المسؤول عن الثروات الطبيعية والأموال العامة التي تعود للدولة وأن هذه الثروات هي ملك عام، ويكاد ينعقد الإجماع على تأييد رأي مذهب الإمام مالك بملكية الدولة للثروات الطبيعية⁽³⁾، ويذهب سيد قطب في تفسيره للآية الكريمة {لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ}⁽⁴⁾، إلى أن الإسلام جاء بقاعدة دستورية مفادها أن الملكية لله الواحد الأحد ويستخلف الناس فيها، وأن ولي الأمر هو المسؤول المباشر عن هذه الملكية⁽⁵⁾، فلا بد من بيان هل إن النظام الفقهي الإسلامي عرف عقد الامتياز، ونظمه بهذا الاسم أم بغيره؟ سنحاول التعرف على ذلك في النقاط الآتية:

أ- موقف الفقه الإسلامي من الامتياز.

كما مرّ بنا فقد عرف الفقه الإسلامي نظرية العقود الإدارية وسماها الفقهاء بالعقود العامة، لكن هل عرف الفقه الإسلامي نظام الامتياز وهل عرف فكرة تفويض المرفق العام؟ ذهب قسم من الكتاب المسلمين إلى أن النظام الإسلامي قد عرف فكرة المرفق العام، فقد وردت كلمة المرفق في القرآن الكريم⁽⁶⁾، في قوله تعالى: {وَإِذِ اعْتَزَلْتُمُوهُمْ وَمَا يُعْبُدُونَ

(1) عقود التولية: وهي العقود العامة والمسائل التي تجتمع فيها مصلحتان العامة والخاصة، المصلحة العامة باعتبار استخدام المولى في مصلحة عامة نيابة عن كافة المسلمين والمصلحة الخاصة، لأن الشخص المستأجر يتقاضى أجراً يسد بها مصالحه الخاصة، للمزيد أنظر نذير بن محمد الطيب أو هاب، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة - مركز البحوث، السعودية، 2006، ص 223.

(2) سورة المائدة الآية 1.

(3) غسان رياح، مرجع سابق، ص 93.

(4) سورة البقرة الآية 284.

(5) سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء الحادي عشر، دار الشروق، لبنان، ط 34، 2004، ص 287 وما بعدها.

(6) داود عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الالكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط 1، 2004، ص 331.

إِلَّا اللَّهُ فَأَوُوا إِلَى الْكَهْفِ يَنْشُرْ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ رَحْمَتِهِ وَيَهَيِّئْ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ مَرْفَقًا⁽¹⁾، ففي تفسير هذه الآية ذهب قسم من الفقهاء ومنهم صاحب تفسير الجلالين إذ يقول: ما ترفقون به من غذاء وعشاء، أي: إشباعاً لجوعهم وسداً لحاجتهم من الطعام، أو ما يرتفق به، أي ينتفع به وفقاً لمعناه اللغوي⁽²⁾، أما ابن قدامه وفي كتابه (المغني) يرى أنه (..ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من الطرقات..إقطاع إرفاق..)⁽³⁾، وهذا يشبه الترخيص بالاستعمال الخاص للمال العام، إذن فالإسلام قد عرف المرافق العامة وكذلك عرف الإدارة غير المباشرة لهذه المرافق.

هناك من يرى أن الامتياز يجد جذوره الأولى في الإقطاع أو الإجارة، وقد عرف الفقهاء الإقطاع بأنه (تسوية الإمام من مال الله لمن يراه أهلاً لذلك)⁽⁴⁾. إن الإقطاع مشروع بفعل النبي سيدنا محمد صل الله عليه وسلم فما ورد عن هشام بن عروة عن أبيه أن النبي سيدنا محمد صل الله عليه وسلم أقطع الزبير أرضاً من أرض بني النضير فيها نخل، وإن أبا بكر أقطع الزبير الجرف وإن عمر بن الخطاب أقطع العقيق كله⁽⁵⁾.

يتبين أن النظام الإسلامي قد عرف نظاماً شبيهاً بالامتياز وهو الإقطاع إذ إن الحاكم يقوم بإقطاع أرض مما يمكن لعموم الرعية الاستفادة منها وتخصص لمصلحة شخص معين ولمدة محددة، وهناك اختلاف حول أثر الإقطاع أينقل الملكية أم ينقل حق الانتفاع فقط⁽⁶⁾.

(1) سورة الكهف الآية: 16.

(2) السبيوطي، تفسير الجلالين، مكتبة النهضة، بغداد، ص382. انظر كذلك، محمد سليمان عبد الله الأشقر، زبدة التفسير من فتح القدير، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، ط2، 1988، ص282.

(3) ابن قدامه المقدسي، المغني، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص62.

(4) محمد سعيد البغدادي، المال العام وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار البصائر، القاهرة، مصر، 2008، ص596.

(5) محمد سعيد محمد البغدادي، نفس المرجع، ص597.

(6) أنيس نصير، طبيعة حق الملكية الوارد على النفط -دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس البحث العلمي، جامعة الكويت، العدد الأول سنة2009، ص354.

قد اختلف في حكم ملكية المعادن بحسب كونها معادن ظاهرة أو باطنه، فقد ذهب قسم من الفقه إلى أن المعادن الظاهرة كالمح والنفط والياقوت وأشباهها لا تنتقل ملكيتها بالإقطاع ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييق عليهم، بينما أجاز المالكية إقطاع الإمام للمعادن الظاهرة فيستطيع أن يخول أحد الأشخاص ويمكنه من الانتفاع بالمعادن الظاهرة أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الإقطاع لا يفيد الملك لمن أقطعت الأرض إليه بل يفيد انتقال حق الانتفاع، والدليل أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه استرد العقيق من بلال بن الحارث المزني، وكان رسول الله سيدنا محمد صل الله عليه وسلم قد أقطعه إياه ولما علم عمر بن الخطاب عجز بلال عن عمارته إسترجعه منه وهذا يدل على أن الإقطاع لا يفيد الملك لأنه لو يفيد الملك لما أرجعه الخليفة عمر بن الخطاب⁽¹⁾.

إن الإقطاع تحكمه مجموعة من الأحكام الفقهية المهمة وهي:

- ✓ لا يمكن أن يقوم بالإقطاع إلا الإمام ولا يستطيع أن يتصرف بالمال العام غير الإمام.
- ✓ إذا لم يَقم المقطع له بأعمار ما أقطع إليه من الإمام فيستطيع الإمام استرداده منه وذلك للحفاظ على المصلحة العامة⁽²⁾.
- ✓ يجب ألا يقطع الإمام أحد أكثر مما يقدر على إحيائه وإدارته وتعميره، لأن في ذلك تعطيلاً لما لا يقوم بتعميره.
- ✓ لا يجوز للإمام أن ينتزع ما أقطعه لأحد الناس وإعطائه لغيره إذا كان المقطع له يقوم بتعميره⁽³⁾.

(1) محمد سعيد محمد البغدادي، مرجع سابق، ص 607،

انظر كذلك، حافظ احمد عجاج الكرمي، الإدارة في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ط2، 2007، ص177.

(2) ابن قدامه المقدسي المغربي، مرجع سابق، ص154-155.

(3) محمد سعيد محمد البغدادي، مرجع سابق، ص 608.

✓ ليس لمن أقطع الإمام إقطاعاً أن يتسبب في إلحاق الضرر بالمصلحة العامة أو بأحد من الناس لقوله صل الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)⁽¹⁾.

ب-: مقارنة بين الأنظمة التي عرفها الفقه الإسلامي والامتياز.

إذا ما رجعنا إلى تعريف الفقهاء للإقطاع والذي أشرنا إليه سابقاً فإن هذا التعريف توجد فيه مجموعة من المبادئ التي نستنتج منها أن الإقطاع الذي عرفه النظام الإسلامي هو شبيه بالامتياز في الوقت الحاضر ومن هذه المبادئ:

1-: إن عبارة (تسويغ الإمام من مال الله) يوافقها الآن الترخيص أو الأذن بالتعاقد، وإن الإذن بالتعاقد من الأمور المهمة في عقود التفويض وقد كرسته العديد من الدساتير العربية، كما هو الحال في الدستور الجزائري والذي بين، أن الدولة مسؤولة عن تشجيع الاستثمار في مختلف القطاعات وينظم ذلك بقوانين خاصة⁽²⁾.

كما أن الدستور المصري لسنة 1971 وفي المادة (123) منه أعتبر أن القانون ينظم القواعد الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارده الثروة الطبيعية والمرافق العامة

⁽¹⁾ أخرجه الإمام مالك في موطنه (1461/2) جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الحكم، دار المعرفة، بيروت، ص 302.

⁽²⁾ نصت المادة 61 من الدستور الجزائري على أن "حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"، التعديل الدستوري، ج ر، 25 العدد 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996، المتضمن الدستور الجزائري لعام 1996، معدل بالقانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر، العدد 25 لسنة 2002، معدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر العدد 63 لسنة 2008، المعدل بالقانون 16-01 المؤرخ في 06-مارس 2016، ج ر، العدد 14، لسنة 2016، المعدل بالمرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بالإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر، العدد 82، لسنة 2020.

(1)، كذلك نجد أن النظام الأساسي السعودي قد أشار إلى أن المعادن والثروات الطبيعية هي ملك للدولة وهي التي تختص باستغلالها (2).

نلاحظ أن أغلب القوانين العربية تشير إلى أن الثروات الطبيعية والنفط خاصة، تؤلف جزءاً لا يتجزأ من ملكية الدولة لذا فلا يمكن استغلالها إلا بإذن من الدولة، وإن عبارة تسويغ الإمام تعني أن الإمام هو المسؤول عن الإقطاع، ويجب أن يأذن بهذا الإقطاع مما يجعل الإقطاع شبيه بنظام الامتياز.

2-: إن عبارة (لمن يراه أهلاً لذلك) فمن المعروف أنه في عقد الامتياز تكون للاعتبارات الشخصية والفنية أهمية في اختيار المتعاقد مع الإدارة، وإن هذه العبارة تدل على أنه يجب إختيار الشخص المؤهل للتعاقد مع الدولة، وهذا يعني أن الإسلام عرف هذا النوع من العقود، وإن المتعاقد الذي يختاره الإمام عند الإقطاع يجب أن يكون مؤهلاً شخصياً وفنياً (3).

3-: عبارة (وإما أن يجعل له غلتها مدة) إن من الأمور التي تدفع صاحب الامتياز للتعاقد مع الإدارة فائدة الامتياز هو حصول صاحب الامتياز على المقابل المالي، والذي يكون في صورة الرسوم التي يحصل عليها صاحب الامتياز من المنتفعين من المرفق العام، وإن العبارة المذكورة في تعريف الإقطاع توافق المقابل المالي في عقود الامتياز كذلك فإن عقود الامتياز تكون لمدة محدودة، وإن عبارة يجعل له غلتها مدة تدل على أن الإقطاع يكون لمدة محدودة كما هو الامتياز (4).

(1) أنظر المادة (123) من الدستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971، الجريدة الرسمية العدد 36 أ مكرر، الصادرة في

12 سبتمبر 1971، أخر تعديل في سنة 2011، في الجريدة الرسمية العدد 11 مكرراً، الصادرة، في 03 مارس 2011.

(2) وقد نصت المادة (14) من النظام الأساسي السعودي لسنة 1992 على أن (جميع الثروات التي أودعها الله في باطن الأرض أو ظاهرها... أو في النطاق البري والبحري الذي يمتد إليه اختصاص الدولة وجميع موارد تلك الثروات ملك للدولة وفق ما يبينه النظام).

(3) داود عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الالكترونية وأثرها على نظام المرفق العام، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2004م، ص 332.

(4) داود عبد الرزاق الباز، نفس المرجع، ص 334.

ومن ناحية ثانية عرّف الفقه الإسلامي الامتياز من خلال فكرة الإجارة فقد ذهبت مجلة الأحكام العدلية إلى أن استخراج المعادن في قطعة أرض صغيرة تدخل في نوع معين من العقود هي عقود الإجارة وهنا يمكن اعتباره بمثابة الامتياز والإجارة تكون على نوعين أما لمدة محددة وأما لعمل معين إذ نصت المادة 454 من المجلة على (يلزم في استئجار الأراضي بيان كونها لأي شيء استؤجرت مع تعيين المدة) وأشارت المجلة إلى ذلك أيضاً في المواد (457 و456)⁽¹⁾.

قد عدّ ابن قدامه⁽²⁾ الإجارة في مسألة استثمار المعادن على أنواعها هي إجارة انتفاع في عمل معين، فإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة وبأجر معلوم فقد ملك المستأجر المنافع، وهذا يعني أن معنى الإجارة بحسب الشريعة الإسلامية لا يقتصر على الاستفادة المؤقتة بالشيء وإعادته كما هو عند انتهاء الإجارة، بل يمكن استغلال هذا الشيء ولكن بشروط محددة مسبقاً.

بناءً على ما تقدم نرى أن عقد الامتياز قد عرّف في الإسلام تحت ما سُمّي بالإقطاع أو الإجارة، فنظام الإقطاع في الإسلام يشبه إلى حد كبير الامتياز في الوقت الحاضر، إذ يستطيع الإمام في الإسلام منح الامتياز أو الإقطاع لأي شخص لمدة محددة، والفقه الإسلامي أعطى الإمام أو من ينوب عنه من السلطات ما يمكنه من تحقيق المصلحة الراجحة للمجتمع باعتباره نائباً عن الأمة وممثلاً لها، كذلك فإن الوالي يستطيع استرداد ما أقطعه لأي شخص ومتى شاء بحسب متطلبات المصلحة العامة، وإذا ما أخل المقطع له بالتزامه يستطيع الإمام فسخ العقد، كذلك رأينا أن الإقطاع يكون بعوض أي بمقابل مالي، وبذلك فإن خصائص عقد الامتياز متوافرة في نظام الإقطاع الذي عرّفه الشرع الإسلامي.

(1) الباب الثاني: في بيان المسائل المتعلقة بالإجارة الفصل الثاني في شروط انعقاد الإجارة ونفاذها كتاب مجلة الأحكام العدلية، المادة 454: (يلزم في استئجار الأراضي بيان كونها لأي شيء استؤجرت مع تعيين المدة. فإن كانت للزرع يلزم بيان ما يزرع فيها أو يُخَيَّرُ المُسْتَأْجِرُ بِأَنْ يَزْرَعَ مَا شَاءَ عَلَى التَّعْمِيمِ.

آخر زيارة 22 فيفري 2022. الساعة 11:00 #p118/74/8502/book/shamela.ws/https://

(2) ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص 4.

البند الثاني: تطور فكرة الامتياز في النظم القانونية الحديثة

سنبين في هذا العنصر دور التشريع والقضاء في تطوير فكرة الامتياز كذلك دور الأمم المتحدة في هذا التطور وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: دور التشريع في تطوير فكرة الامتياز

إن أحكام العقود الإدارية هي من صنع القضاء حيث وضع أغلب أحكامها مجلس الدولة الفرنسي، ومع ذلك فالمشرع تدخل كثيراً لوضع الإطار القانوني لهذه العقود ومنها عقد الامتياز⁽¹⁾، لذا فالمشرع كان له دور في تطوير نظرية العقود الإدارية ومنها عقد الامتياز، وسنبحث دور المشرع في تطوير هذا العقد في عدد من الدول.

أ- دور المشرع الفرنسي

إن المشرع الفرنسي كان له الدور الواضح في تطوير نظرية العقود الإدارية ومنها عقود الامتياز، إذ أصدر المشرع الفرنسي عدة قوانين أسهمت في تطوير هذا العقد، ومن الامتيازات الحديثة في فرنسا وخاصة في مجال الطرق العامة، والتي لم يكن من الممكن تصور أن تكون موضوع امتياز من قبل الشركات الخاصة، وكان العمل مقصوراً بها على الشركات العامة ولكن بموجب المرسوم 70-398 الصادر في 12 أيار 1970 أصبح من الممكن أن تكون الطرق العامة موضوع امتياز لشركات خاصة، كما أصدر المشرع الفرنسي عدة قوانين فسحت المجال للامتياز في نواحٍ عدة منها الامتياز في مجال الجسور والأنفاق والربط بين الطرق الوطنية ومنها قانون 12 تموز لسنة 1979 وقانون 17 آب سنة 1986 الخاص بالامتيازات في بحر المانش والمتعلقة بالنفق الرابط بين فرنسا وبريطانيا تحت بحر المانش⁽²⁾.

(1) جورج فوديل وبيار دلفوفيه، القانون الإداري، ج2، ترجمة: منصور القاضي، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص572.

(2) جورج فوديل وبيار دلفوفيه، نفس المرجع ص 572.

إن إستمرار هذه السياسة عن طريق الامتياز وغيرها جعل المشرع الفرنسي المنظم للإجراءات التعاقدية المتخذة لإدارة المرافق العامة من خلال القانون رقم 12 المؤرخ في: 1993/01/23 والقانون رقم 222/93 المؤرخ في: 1993/12/29 يدخل الامتياز في فئة عقود إدارة المرافق العامة ويطلق عليها تسمية موحدة هي عقود تفويض المرافق العامة " les contrats de délégation de service" وبالتالي فإن عقود تفويض المرافق العامة أصبحت اليوم في فرنسا نظم كل أنواع العقود التي تكون من شاکلة عقود الامتياز مثل عقود استغلال المرافق العامة⁽¹⁾ L'affermage ومشاطرة الاستغلال "la régie intéresse" وامتياز الأشغال العامة "La concession des travaux publics"، ويبدو أن الفقه دخل في أزمة مفاهيمية⁽²⁾ ناجمة عن عدم التوصل إلى تعريف شامل للامتياز، خاصة وأن الغموض يبقى عائقا في تحديد العناصر التي تدخل في تعريفه بالخصوص إذا ما تم اقتصارها على العناصر التعاقدية دون الإشارة للعناصر التنظيمية التي تمثل الجانب الأكبر في العقد. نلاحظ أن المشرع الفرنسي كان له دور واضح في تطوير عقود الامتياز على الرغم من كون أحكام هذه العقود هي من صنع القضاء، إذ إن المشرع كثيراً ما كان يتدخل لوضع الإطار القانوني لهذه العقود⁽³⁾.

ب-: دور التشريعات العربية

في هذا العنصر دور المشرع في الدول العربية في تطوير فكرة الامتياز وذلك في النقاط الآتية:

1-: دور المشرع المصري

⁽¹⁾ Bien, P,S ،la spécificité de l'affermage, A.J.D.A, 1996,P 5.

⁽²⁾ Delvolvé.P, les contradictions de la délégation de Service Public, A.J.D.A, 1996, P 684.

⁽³⁾ الدستور الفرنسي الحالي لسنة 1958 لم يقيد السلطة الإدارية سواء المركزية منها أو المحلية بقيود معينة، فلم يشترط لمنح امتياز المرافق العامة صدور موافقة من السلطة التشريعية، استناد إلى المادة 34 منه لأكثر تفصيل انظر، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، أبوبكر عثمان، دار الجديدة، الإسكندرية، مصر 2014/ 2015 ص19.

أشارت القوانين الخاصة بمجلس الدولة المصري ومنها قانون سنة 1955 إلى اختصاص مجلس الدولة بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، ومنها عقد الامتياز، نجد أن المادة العاشرة الفقرة الحادية عشر من قانون مجلس الدولة لسنة 1972 قد نصت على (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر)⁽¹⁾، كما أن الدساتير المصرية، أشارت إلى أنه يجب أن ينظم منح الامتيازات في كافة المجالات ومنها المرفق العام بموجب القانون⁽²⁾ والدستور المصري لسنة 1971 نص على أن القانون ينظم القواعد والإجراءات الخاصة لمنح الالتزامات الخاصة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة⁽³⁾، والمشرع المصري قد أصدر عدة قوانين خاصة بمنح الامتياز ومنها قانون التزام المرافق العامة لسنة 1947⁽⁴⁾.

2- دور المشرع الجزائري

إن عقد الامتياز هو عقد إداري ينصب على تسيير الأملاك الوطنية العمومية، أو الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة أو للولاية أو للبلدية، وبالتالي فهو أسلوب لإدارة وتسيير المرافق العمومية الوطنية والمحلية كالنقل العمومي، الموانئ، المطارات، الطرقات السريعة، المياه، بصورة عقد إمتياز المرافق العمومية أو بنظامه الجديد البوت.

⁽¹⁾ قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، قوانين النيابة العامة ومجلس الدولة، أسامة أحمد شتات، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 138.

⁽²⁾ محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2007م، ص52.

⁽³⁾ انظر المادة (123) من الدستور المصري لسنة 1971، مرجع سابق.

⁽⁴⁾ فقد أصدر المشرع المصري العديد من القوانين في هذا المجال منها قانون التزام المرافق العامة رقم 129 لسنة 1947 والقانون الخاص باستثمار موارد الثروة الطبيعية رقم 61 لسنة 1958 والقانون رقم 100 لسنة 1996 الخاص بهيئة كهرباء مصر للمزيد انظر، ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2007، ص 210.

عقد الامتياز في التشريع الجزائري، الذي عرف منذ أواخر الستينات من القرن الحالي (1)، وذلك باعتباره نظام جديد حاليا، كأسلوب ناجح وفعال لتسيير المرافق العمومية بالجزائر سواء الوطنية أو المحلية، وإنتشاره الواسع خاصة بعد دستور سنة 1989، أين بدأت الجزائر تتبنى النظام الليبرالي المبني على اقتصاد السوق وحرية المنافسة، وأصبحت فيه كدولة حارسة لا متدخلة (2)، مثلما كانت عليه سابقا في النظام الاشتراكي، وانفتاحها على العالم الخارجي وتشجيعها للاستثمار الوطني والأجنبي، واعتمادها على نظام لبوت كأسلوب جديد لتسيير المرافق العمومية بداية بالطرق السريعة (3)، وبعدها في الموانئ (4)، والمطارات والنقل العمومي، وغيرها من المرافق العمومية الكبرى، وما صاحبه من صدور عدة نصوص قانونية وتنظيمية تبين شروط وإجراءات منح هذا الامتياز.

(1) انظر المادة 220 من القانون 67-24 يتضمن قانون البلدية، المؤرخ في 18 يناير 1967، ج ر، العدد 06 لسنة 1967 -المادة 136 من القانون 69-38 يتضمن قانون الولاية، المؤرخ في 22 ماي 1969، ج ر، العدد 44 لسنة 1969. -المرسوم 67-53 يتعلق بامتياز الممنوح للبلديات للاستغلال المحالات التجارية للعرض السينمائي، المؤرخ في 17 مارس 1967، ج ر، العدد 26 لسنة 1967. -المرسوم 67-167 يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرق الدولة للبلديات، المؤرخ في 24 أوت 1967، ج ر، العدد 75 لسنة 1967. (2) الدولة الحارسة يقتصر دورها في الحياة الاقتصادية على إشباع الحاجات العامة في ثلاث مجالات تقليدية وهي: الدفاع الخارجي والأمن الداخلي والقضاء، وهي المجالات التي تتعلق بجوهر الدولة وسيادتها دون التدخل في الميادين الاقتصادية الأخرى التي يمكن للأفراد الاستثمار فيها. أما الدولة المتدخلة فهي الدولة التي تتدخل في كل مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية لإشباع الحاجات الجماعية الأساسية، وذلك لعدم مقدرة المبادرة الفردية على إشباعها بسبب إكنايتهم المالية أو لأن الاستثمار فيها لا يحقق مستوى الربح الذي تصبو إليه المبادرة الفردية، وللمزيد من المعلومات أنظر، علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (الجزء 01)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2004 الأردن. (3) أنظر المادتين 166، 167 من الأمر رقم 27/95 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر، العدد 82 لسنة 1995، ص 71، 72.

-المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتضمن منح امتيازات الطرق السريعة، ج ر، العدد 55 لسنة 1996، ص 08. (4) مثال ذلك: منح امتياز تسيير ميناء الجزائر العاصمة وميناء جنجن للشركة الإماراتية دبي العالمية للموانئ بموجب العقد المبرم بتاريخ 10 نوفمبر سنة 2008 بين وزارة النقل الجزائرية وبين شركة موانئ دبي العالمية.

كما أستعمل عقد الامتياز أيضا كنظام لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة في صورة عقد الامتياز الفلاحي⁽¹⁾، وكذلك لاستغلال الأراضي التابعة للدولة الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية الوطنية أو الأجنبية وهو ما يسمى بعقد امتياز العقار الصناعي⁽²⁾، كما يلجأ لأسلوب الامتياز أحيانا لاستغلال الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية⁽³⁾.

فا للاتجاه التقليدي تتجه الدساتير الحديثة، لا سيما في الدول الديمقراطية إلى إقرار مبدأ الحياد فيما يتعلق بالتنظيم الاقتصادي للدولة، إذ ليس من موضوعات هذه الدساتير تحديد برنامج اقتصادي، أو حتى مجرد وضع قيود جوهرية لتوجيه الاختيار بين السياسات الاقتصادية المختلفة، فالمشرع هو المختص بتحديد أساس النظام الاقتصادي⁽⁴⁾.

ثانيا: دور القضاء في تطور عقد الامتياز.

⁽¹⁾أنظر المادتين 17، 18 من القانون رقم 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر، العدد 46 لسنة 2008، ص 04. -أنظر كذلك المرسوم التنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997 المحدد لكيفيات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه، ج ر، العدد 83 لسنة 1997، ص 15.

⁽²⁾أنظر المواد 03 إلى 10 من الأمر رقم 11/06 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ج ر، العدد 53 لسنة 2006 ص 04)، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06 المذكور أعلاه، ج ر، العدد 27 لسنة 2007، ص 09.

⁽³⁾أنظر المواد 01، 04، 07، 08 من المرسوم التنفيذي رقم 23/07 المحدد لكيفيات إعادة بيع الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية أو منح حق الامتياز عليها، ج ر، العدد 08، لسنة 2007، ص 04.

⁽⁴⁾يعد تدخل القانون ضمانا دستورية للتنظيم الاقتصادي للدولة في الديمقراطيات الحقيقية، ففي ألمانيا رفضت المحكمة الدستورية الرأي القائل بان الاقتصاد القائم على حرية المشروعات يعد من الضمانات قررها القانون الأساسي وقضت بان واضعه الدستور لم يحدد نظام معين ولم يحدد الدستور الهولندي المبادئ العامة التي تحكم النظام الاقتصادي ولا يعترف القضاء في بلجيكا بالقيمة الدستورية لحرية التجارة والصناعة ولا توجد في بريطانيا قيود على سيادة البرلمان، وبالعكس هذا الاتجاه تذهب دساتير أخرى لاسيما من سلك التي تأثرت بالتيارات الاشتراكية إلى تبني نهج اقتصادي معين فيما يتعلق بدور الدولة والقطاع الخاص في الحياة الاقتصادية وهذا ما تبنته أغلب الدساتير الفرنسية وكثير من الدساتير النامية، لأكثر تفصيل أنظر عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، أبو بكر عثمان، مرجع سابق، ص 14 وما بعدها.

لقد كان دور القضاء واضحاً في وضع نظرية العقود الإدارية ولاسيما عقد الامتياز وللوقوف على دور القضاء في ذلك فلا بدُّ من بيان دور القضاء في عدد من الدول وعلى النحو الآتي:

أ- دور القضاء الفرنسي

أخذت الإدارة الفرنسية بعد قيام الثورة الفرنسية تفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها وسمّيت هذه المرحلة بـ (الإدارة القاضية) وفي السنة الثامنة للثورة وبموجب المادة (52) من دستور الجمهورية الثانية تم إنشاء مجلس الدولة بجهود نابليون بوصفه القنصل الأول، وبعد قيام الجمهورية الثالثة واكتساب مجلس الدولة ثقة الإدارة أصبح مجلس الدولة يتمتع باختصاص القضاء التام، وأصبحت قراراته ملزمة للإدارة وأُعطى له بموجب القانون الصادر في 24 ماي 1872 الاختصاص القانوني للفصل في المنازعات الإدارية⁽¹⁾.

إن مجلس الدولة الفرنسي كان له الدور الكبير في إثراء نظرية العقود الإدارية فهو لم يسلم بتطبيق القانون المدني على المنازعات الإدارية ورأى أن هذه المنازعات لها طبيعة خاصة، وبما إن المشرع لم يصدر التشريعات الخاصة التي تحكم هذه المنازعات ومنها المنازعات التعاقدية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، لذا فإن مجلس الدولة إبتدع الحلول المناسبة لهذه المنازعات، وكان له الدور الكبير في تطوير نظرية العقد الإداري وخاصة عقود الامتياز⁽²⁾.

إن الاجتهاد القضائي في فرنسا كرس منذ زمن بعيد عدّة أساليب عقديّة وكان أبرزها امتياز المرفق العام، ولعل القرار الشهير الصادر في قضية (Gas de Bordeaux) والتي تتعلق بعقد امتياز مرفق عام يعتبر من القرارات المهمة التي وضعت المبادئ المهمة لعقد

⁽¹⁾ ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1996، ص 13.

⁽²⁾ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، الطبعة الرابعة، 2007م، ص 16-17.

الامتياز وخاصة ما جاء في مطالعة مفوض الحكومة (Chardenet)⁽¹⁾، عندما عرف عقد امتياز المرفق العام بأنه (العقد الذي يكلف شخصاً أو شركة بتنفيذ منشأة عامة أو تحقيق مرفق عام على نفقته مع أو بدون أعانة مالية أو ضمانات، مع إعطاء الحق لهذا الشخص بتقاضي بدلات من المنتفعين من المرفق العام)، ويعتبر من القرارات المهمة التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي وساهمت في تطوير عقود الامتياز⁽²⁾، وقد أسهم مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك بإصدار العديد من القرارات التي كرست دوره في تكوين النظرية العامة للعقود الإدارية وهذه القرارات كان لها صداها الكبير ومنها القرار الشهير الصادر في قضية (Epoux Bertin)⁽³⁾، إذ إعتبر مجلس الدولة أنه حتى يوصف العقد بالإداري فيجب على المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بتنفيذ المرفق العام مباشرة⁽⁴⁾، ومما قدمنا من عرض بسيط يتبين الدور الكبير للقضاء الإداري الفرنسي في تطوير نظرية العقد الإداري وبالأخص تطوير عقود الامتياز وبيان خصائصها ومعاييرها.

ب- دور القضاء العربي

من الضروري بحث موقف القضاء العربي من عقود الامتياز ودوره في تطوير هذه العقود، وعليه نبين دور القضاء في بعض البلدان العربية في تطوير هذه العقود وكالاتي:

⁽¹⁾ Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20e édition, Dalloz, Paris, 2015, P170.

⁽²⁾ À cette occasion, le Conseil d'État jugea qu'en principe, le contrat de concession règle de façon définitive les obligations du concessionnaire et du concédant et que la variation du prix des matières premières du fait des circonstances économiques constitue un aléa du marché que doit assumer le concessionnaire. Toutefois, lorsque l'économie du contrat se trouve bouleversée du fait d'évènements que les parties ne pouvaient prévoir [en l'espèce la 1ère Guerre Mondiale], le concessionnaire ne peut être tenu d'assurer le fonctionnement du service dans les conditions prévues à l'origine.

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisionscontentieuses/lesgrandesdecisionsduconseil-etat/conseil-etat30mars1916compagniegeneralededeclairagedebordeaux> visité le 22janv 2022a 19h.

⁽³⁾ Par un contrat verbal passé avec l'administration le 24 novembre 1944, les époux Bertin s'étaient engagés, pour une somme forfaitaire de 30 francs par homme et par jour, à assurer la nourriture des ressortissants soviétiques hébergés au centre de rapatriement de Meaux en attendant leur retour en Russie. Par décision du 1er juin 1949, le ministre des anciens combattants et victimes de la guerre a refusé de leur verser la Somme due en application de ce contrat. Les époux Bertin ont alors saisi le Conseil d'État d'une demande tendant à l'annulation de cette décision.

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisionscontentieuses/lesgrandesdecisionsduconseil-etat/conseil-etat20avril1956epouxbertinetministredelagricultureconsortsgrimouardetautres>, visité le 22janv 2022a 19h.

⁽⁴⁾ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 52.

1- دور القضاء المصري

قبل أن ينشأ مجلس الدولة في مصر كانت منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء العادي، ولكن بعد إنشاء هذا المجلس ولاسيما بعد صدور القانون الثاني لهذا المجلس سنة 1949 الذي أعطى القضاء الإداري اختصاص النظر بالمنازعات الخاصة بأنواع معينة من العقود كعقود الالتزام، والأشغال العام، والتوريد على اعتبار أنها أكثر العقود الإدارية شيوعاً، وبعد صدور القوانين الخاصة بمجلس الدولة عقدت له صلاحية النظر بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد وبأي عقد إداري آخر⁽¹⁾.

نلاحظ أن المشرع المصري في آخر قانون لمجلس الدولة قد توسع في إعطاء الاختصاص لمجلس الدولة بحيث يمكنه نظر المنازعات الخاصة بكافة العقود الإدارية، وعلى الرغم من أن القضاء الإداري المصري لم يكن له الدور الكبير في تطوير نظرية العقد الإداري كما هو الحال في فرنسا، إلا أن ذلك لا يعني نكران دور هذا القضاء في تطوير العقود الإدارية، فالقضاء المصري وخاصة بعد صدور قانون مجلس الدولة أصدر عدة أحكام والتي أسهمت في تطوير نظرية العقود الإدارية، وقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها الصادر في 25 آذار 1956 عقد الامتياز (الالتزام)⁽²⁾، يتجلى من ذلك إن القضاء المصري قد أسهم في تطور نظرية العقود الإداري ومنها عقود الامتياز بالرغم من إن المشرع قد نظم هذه العقود بموجب قوانين ولوائح خاصة.

2- دور القضاء الجزائري

ردت المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ في رقم القرار 1040786 بتاريخ 2015/10/14، بقولها يجب أن يكون رفع تسعيرة الدخول إلى المنشأة القاعدية من طرف

(1) محمود عاطف ألبنا، مرجع سابق، ص 324.

(2) بقولها (..إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن..)، حكم محكمة القضاء الإداري، أشار إليه سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 96.

ناقلي المسافرين عبر الطرقات، المرخصين قانوناً، موضوع تشاور مع الناقلين والسلطة المانحة للامتياز ومديرتي النقل والتجارة المختصين إقليمياً حيث يتبين فعلاً من القرار المطعون فيه أنه ألغى الحكم المستأنف الذي رفض دعوى المدّعية لعدم التأسيس وألزم الطاعن بتمكينها من التسعيرة التي فرضتها عليه يومياً، على أساس أن قاضي الدرجة الأولى استند لمرسوم لا علاقة له بنزاع قضية الحال وراح يؤول أحكامه تأويلاً خاطئاً، كما أن الإطلاع على محضر الاجتماع يثبت أنه فعلاً تقرّرت الزيادة، حيث أن الحكم الملغى قد اعتمد في تسببه لقضائه على المرسوم التنفيذي المذكور المحدد للشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات وتسييرها، فالمادة 10 من الملحق الأول تنصّ على أنه صاحب الامتياز وضع حيز التنفيذ التسعيرات المطبقة على الناقلين والمستعملين للمنشأة القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات التي تصدق عليها سنوياً **السلطة المانحة للامتياز**، بعد أخذ رأي المصالح المحلية المختصة في النقل والتجارة، حيث وطبقاً للمادة 17 من الملحق الثاني، يجب أن يكون تحديد تسعيرة الدخول إلى المنشأة القاعدية من طرف ناقلي المسافرين عبر الطرقات المرخصين قانوناً، موضوع تشاور مع الناقلين والسلطة المانحة للامتياز ومديرية النقل في الولاية ومديرية التجارة في الولاية المختصين إقليمياً، حيث لا يوجد بالملف ما يثبت اتخاذ المدّعية للإجراءات المذكورة أعلاه في رفع التسعيرة وبهذه الطريقة يكون مخالفاً للقانون حيث اعتبر قضاة المجلس أن المرسوم المذكور لا علاقة له مع دعوى الحال ولم يلتزموا صحيح القانون وعرضوا بذلك قرارهم المطعون فيه للنقض والإبطال ودون حاجة لمناقشة الوجهين الباقيين⁽¹⁾.

⁽¹⁾ من قرارات المحكمة العليا، القرار رقم 1040786 المؤرخ في 2015/10/14 المنشور في الموقع <http://www.coursupreme.dz>، آخر زيارة 22 جانفي 2022 على الساعة 19:00.

من خلال المراجعة الدورية للأحكام القضائية التي ساهمت في تطوير عقود الامتياز في بلادنا، نرى أن الدور المنوط بالقضاء المحلي يقتصر على المساهمة في تحليل وإستنباط الأحكام من النصوص القانونية، ولا يبحث في الغاية من التشريع في مجال العقود الإدارية التي تساهم في تطويرها ولاسيما عقد الامتياز.

ثالثاً: دور قرارات الأمم المتحدة في تطوير عقود الامتياز

ذهب جانب كبير من الفقهاء إلى أن العقد الذي يكون أحد أطرافه الدولة والطرف الآخر شخص خاص أجنبي، وتتجه فيه الدولة للأخذ بأساليب القانون العام هو عقد إداري، وإن هذا العقد يمكن أن نطلق عليه العقد الإداري الدولي، أو العقد الإداري ذا الطبيعة الدولية، وإن هذا العقد يجب أن يخضع لقانون الدولة الطرف في العقد.

وبالتالي فإن من حق الدولة تطبيق قانونها على هذه العقود استناداً إلى القرارات الصادرة من الأمم المتحدة، إذ صدرت عدة قرارات عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تتعلق بسيادة الدولة الدائمة على مواردها الطبيعية، وإن هذه القرارات تؤكد القانون الدولي العرفي⁽¹⁾.

من أهم هذه القرارات القرار رقم (1803) الذي صدر في 14 كانون الثاني 1962 ونصت المادة الرابعة منه على أن (يراعى استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية، وللمالك في هذه الحالات الحق في الحصول على التعويض الملائم، الذي يتم تقديره وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها، ووفقاً للقانون الدولي)⁽²⁾.

(1) إشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 219.

(2) أحمد عبد الرزاق خليفة السعيديان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1996، ص 150.

قد جاء هذا القرار ليؤكد السيادة الدائمة للدولة على الثروات الطبيعية، وأكد أيضاً على خضوع الاستثمارات الأجنبية للقانون الوطني ساري المفعول، وتطلب هذا القرار لفرض تأميم مشروع معين أن يستند قرار التأميم على المنفعة العامة والمصلحة الوطنية، كذلك يجب أن يكون قرار التأميم مصحوباً بتعويض عادل وفقاً للقواعد القانونية السارية في الدولة المؤممة ووفقاً للقانون الدولي⁽¹⁾.

صدر بعد ذلك القرار رقم (2158) في 1966/11/25 وأكد أن الرأسمال الخاص يمكنه أن يلعب دوراً بارزاً في استغلال الثروات الطبيعية للدول النامية، وإن الاستثمار الأجنبي يجب أن يتم تحت رقابة الدولة انسجاماً مع تميمتها الوطنية وقوانينها⁽²⁾، وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة العديد من القرارات المرتبطة بهذا الموضوع ومنها القرار 3171 في 1973/12/17 ثم القرار 3201 و3202 في 1974/5/1، ثم بعد ذلك صدر القرار رقم 3281 في 1974/12/12 والمسمى ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي نص في المادة الثانية منه على (حق الدول في التأميم، ومصادرة ونقل ملكية الأموال الأجنبية، ويتعين في جميع هذه الأحوال أن تدفع تعويض ملائم، مع الأخذ بعين الاعتبار القوانين واللوائح وكافة الظروف الأخرى)⁽³⁾.

بيد أن هذه القرارات الصادرة من الأمم المتحدة أثارت التساؤل عن حقيقتها الإلزامية وهل من الممكن أن تكون قاعدة عرفية ؟

ذهب رأي من الفقه إلى أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة يمكنها أن توجد قاعدة عرفية دولية أو تسهم في تقنين قاعدة قانونية دولية أو تكشف عن وجود هكذا قاعدة، إذ إن الجمعية العامة تمثل هيئة دولية يجتمع فيها ممثلو الدول الأعضاء للتشاور والتداول، وعندما تتفق الدول الأعضاء في الجمعية العامة للأمم المتحدة على قاعدة معينة فإن هذه

(1) هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 325.

(2) أحمد عبد الرزاق خليفة السعديان، مرجع سابق، ص 153.

(3) إشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 220.

القاعدة تصبح جزءاً من القانون الدولي وإن هذه القرارات تتضمن التزامات على الدول ذات طابع جبري⁽¹⁾.

بينما ذهب الرأي الثاني إلى أن هذه القرارات تُعدّ مجرد توصيات وجّهت إلى الدول الأعضاء ولا تمثل قاعدة قانونية لها صفة الإلزام، إذ لا يوجد في الميثاق ما يؤكد صراحةً بالزامية التوصيات التي تصدرها الأمم المتحدة⁽²⁾، في حين إن التحكيم الدولي كان له رأي آخر في خصوص مدى إلزامية قرارات الأمم المتحدة فالأستاذ (Dupuy) المحكم في القضية بين الحكومة الليبية والشركتين *Topco&Calastatic* إذ اعتبر أن الأثر القانوني لقرارات الأمم المتحدة يتطلب تحليلاً دقيقاً لكل قضية وإن هذه القرارات ليست مجرد توصيات⁽³⁾. في هذا وضع المحكم Dupuy معايير للتفرقة بين القرارات المختلفة التي تصدر عن الأمم المتحدة وإن مدى تمتع قرارات الأمم المتحدة بالقيمة القانونية يكون بحسب هذين المعيارين.

المعيار الأول: ويعتمد على نسبة التصويت على كل قرار، فكلما زاد عدد المصوتين على القرار زادت قوته الإلزامية.

المعيار الثاني: هو تحليل النصوص التي تتضمنها هذه القرارات فيحلل النص تحليلاً دقيقاً ولكل قضية وحسب كل نص لبيان مدى القوة الإلزامية لكل قرار⁽⁴⁾، إذ إن مدى تمتع قرار الأمم المتحدة بالقوة القانونية يعتمد على مدى قناعة أعضاء الأمم المتحدة بهذا القرار أيضاً يجب تفحص القرار ذاته ومدى إلزاميته من خلال تحليل ذلك النص.

بعد هذا يتجلى أن قرارات الأمم المتحدة كان لها دور في تطوير العقود الإدارية ومنها عقود الامتياز، ولاسيما عقود الامتياز الواردة على الثروات الطبيعية إذ إن هذه القرارات تدعم

(1) هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 329.

(2) بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 222.

(3) حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 449 وما بعدها.

(4) هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 330.

سيطرة الدولة على مواردها ومن ثم تعطيها السيادة على هذه الثروات، وأن هذه القرارات اعتبرت هذه العقود عقود داخلية يطبق عليها القانون الوطني، وأن هذه القرارات دعمت الرأي القائل بأن عقود الامتياز هي عقود إدارية يستوجب تطبيق القانون الوطني على المنازعات الخاصة بها.

الفرع الثاني

التأصيل القانوني لفكرة الامتياز

لأبداً من بيان المقصود بعقد الامتياز⁽¹⁾، إذ سنبحث أولاً في المقصود بفكرة الامتياز تم نبحت في نظرة التشريع والقضاء والفقهاء لهذا العقد.

البند الأول: المقصود بفكرة الامتياز

لقد عرّف الامتياز بتعريفات متعددة، سنحول التعرف عن المعنى العام والخاص له ونفصل ذلك في النقاط الآتية:

أولاً: المعنى العام للامتياز:

أُستعمل مصطلح الامتياز للدلالة على الرخصة من الحكومة أو اتفاق مع سلطة ذات سيادة، أو بمعنى الميثاق الملكي أو رخصة من السلطة المحلية، وقد ورد ذلك في مذكرة لجنة التعويضات في عملية التحكيم التي حصلت بين هذه اللجنة وحكومة ألمانيا عند تفسير المادة 260 من اتفاقية فرساي سنة 1924، وقد جاء في المذكرة أن فكرة الامتياز واسعة

(1) يطلق أحيانا لفظ الالتزام ليراد به الامتياز، ويراد به المعنى نفسه كما هو الحال في ظهور تسمية الالتزام واختفاء الحق الشخصي في الدراسات المدنية، فيقال أحكام الالتزام ولا يقال الحق الشخصي، كما ينصرف في القانون المدني الجزائري إلى عكس ذلك ويعرف على أنه أولوية يقره القانون كدين معين مراعاة منه لنصته المادة 982 من ق . م . ج، ينظر في ذلك، عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ط4، 2007، ص7.

ومتنوعة، يمكن أن تتوسع بالنسبة إلى التشريعات والنظريات المعنية، من المنحة المعطاة لألقاب النبالة، أو أرض المدفن، حتى الأعمال العامة، كالحق بالتنظيم والمصادرة⁽¹⁾.

يتبين لنا أن الامتياز كان متصلاً في البدء بالأفضلية، أو المعروف والمنة أو المنحة لكن مع مرور الوقت تطور هذا المعنى، واختفى عنصر المعروف أو المنحة، وأصبح المعنى السائد في الوقت الحاضر هو العقد أو الصفقة.

عرف الامتياز بأنه منح الانتفاع أو الاحتكار أو الهبة أو التملك أو حق تعطيه الدولة لشركة خاصة وطنية كانت أم أجنبية ضمن منطقة محدودة في إقليم الدولة لمدة زمنية محددة⁽²⁾، وذهب الفقيه اندريه دي لوبادير إلى اعتبار أن الامتياز ما هو إلا عقد بين الدولة وشخص طبيعي أو معنوي، تمنح الدولة بموجبه إلى صاحب الامتياز على سبيل الحصر حق ممارسة نشاط أو مشروع ما ضمن منطقة معينة ولمدة معينة مع حصر هذا النشاط بحيث لا يمكن منح شخص آخر حق نشاط مماثل أو منافس ضمن المنطقة ذاتها وخلال الفترة ذاتها⁽³⁾.

نلاحظ من هذا التعريف أنه أضفى على عقد الامتياز طابع الحصر أي أن الامتياز أو الرخصة تمنح على سبيل الحصر لصاحب الامتياز بحيث لا يجوز منحه لشخص آخر. وقد عرفه الفقيه (Gidel) بأنه عقد يقوم بمقتضاه فرد أو أفراد بتنفيذ عمل ما على أساس مكافأتهم لقاء مجهودهم ومصروفاتهم، لا بمبلغ من النقد يدفع لهم من قبل الحكومة بعد إتمام العمل، بل بتسليم عائد يفرض لمدى أجل طويل إلى حد ما على الأفراد الذين يربحون من العمل⁽⁴⁾.

(1) غسان رباح، مرجع سابق ص 107.

(2) أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 1996، ص 27.

(3) أدرع حماد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2003، ص 11.

(4) Gidel J, Des effect de l'annexion sur les concessions (1904)

أشار إليه غسان رباح، مرجع سابق، ص 109.

من المفاهيم العامة لعقود الامتياز أنها أصول تسمح للإدارة أن تقوم بنقل بعض الحقوق التي تتمتع بها إلى شخص آخر وفقاً لشروط غالباً ما تكون تعاقدية⁽¹⁾، ولما جاء في هذه التعريفات العامة من عموميات لمعنى الامتياز أدرك الفقه الإداري الفرنسي الحديث أن للامتياز أنواعاً متعددة وأنه يصعب وضع تعريف عام شامل لكل هذه الأنواع فلا بد من إيجاد معان خاصة للامتياز وكالاتي:

ثانياً: المعنى الخاص للامتياز:

بما أن الامتيازات تقسم على عدة أنواع كالامتياز السياسي والامتياز الاقتصادي، فإن الامتياز يختلف معناه حسب نوعه فالامتيازات السياسية تجري دائماً بين الحكومات وتمنح بموجب معاهدة، كالمعاهدة التي عقدت بين الصين وروسيا وتنازلت الصين بموجب هذه المعاهدة إلى روسيا عن خط حديد الصين الشرقية⁽²⁾.

أما الامتياز الاقتصادي فمن الممكن أن يكون موضوع هذا الامتياز استثمار الثروات الطبيعية كالبتترول والمعادن والمنافع والخدمات العامة مثل الاتصالات والشحن والكهرباء وغيرها، وعلى هذا اعتبر الفقه الفرنسي أن الامتياز يراد به عدة معانٍ منها امتياز الخدمات العامة والأشغال العامة، والمناجم والثروات الطبيعية.

يلاحظ أنه في بداية الأمر حصل خلط بين امتياز الأشغال العامة وامتياز المرفق العام، فحتى نهاية القرن التاسع عشر كانت امتيازات الأشغال العامة هي السائدة، وإن الامتياز لا يكون إلا عن طريق الأشغال العامة، لذا عرف الفقيه (Delalleau) الامتياز سنة 1834 بأنه عقد من خلاله يتعهد شخص أو عدة أشخاص تجاه الإدارة على نفقتهم ومسؤوليتهم بتنفيذ أشغال ذات منفعة عامة لقاء الحصول على مقابل أو منافع ملحوظة في عقد الامتياز⁽³⁾.

⁽¹⁾ درع حماد، مرجع سابق، ص 11.

⁽²⁾ غسان رياح، مرجع سابق، ص 109.

⁽³⁾ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 513.

مع بداية القرن العشرين تطور مفهوم الامتياز وأصبح لا يتناول فقط بناء مرفق معين أو القيام بعمل، بل دخل الامتياز مجال استغلال المرافق العامة بشروط معينة ومن ثم ظهر امتياز المرفق العام⁽¹⁾، أو تفويض المرفق العام.

وقد عرفه الفقيه جان ريفيرو بأنه طريقة لإدارة إحدى المرافق العامة يكلف بموجبه شخصاً خاصاً يُسمى صاحب الامتياز بتشغيل المرفق، خلال مدة معينة، ناهضاً بأعبائه ممارساً حقه في استيفاء الأجر من المنتفعين⁽²⁾.

في حين عرفه الأستاذ (Walin) بأنه (عقد من خلاله يقوم شخص رأسمالي ببناء وصيانة منشأ عام دون مطالبة الإدارة بأي ثمن)⁽³⁾ من هذا التعريف يتبين أن صاحب الامتياز يقوم بكافة الأعمال الخاصة بالمرفق ولا يحصل من الإدارة على أي ثمن بل يستوفي المقابل من المنتفعين.

ومن هنا أصبح المراد بامتياز المرفق العام أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى إلى شخص خاص فرداً أو شركة بإنشاء وإدارة مرفق عام واستثماره لمدة محدودة، وعلى نفقته ومسؤوليته وبواسطة عماله، ويحصل مقابل ذلك على رسوم من المنتفعين من المرفق⁽⁴⁾.

تجدر الإشارة إلى أن عقد امتياز المرفق العام من ابرز أنواع الامتيازات توضع بموجبه الإدارة المرفق العام بعهدة شخص خاص طبيعي أو معنوي، صاحب الامتياز

⁽¹⁾ مروان محيي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009م، ص 87.

⁽²⁾ Jean rivero، *droit administratif*، Librairie Dalloz، Paris، 1962، p 389

⁽³⁾ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 514.

⁽⁴⁾ داود عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الالكترونية وأثرها على نظام المرفق العام، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط1، 2004م، ص 182.

لغرض استثمار المرفق على نفقته ومسؤوليته، وذلك لمدة طويلة لقاء حصوله على رسوم يستوفيهها من مستعملي المرفق العام⁽¹⁾.

كان للقضاء الإداري الدور الواضح في إبراز معالم عقد الامتياز وتعريفه، فمجلس الدولة الفرنسي قد عرف امتياز المرفق العام بأنه العقد الذي يكلف شخصاً خاصاً أو شركة بتنفيذ منشأة عامة أو تحقيق مرفق عام، على نفقته مع أو بدون إعانة مالية أو ضمانات مع إعطاء لهذا الشخص الحق بتقاضي جعل من المنتفعين من هذه المنشأة أو المستفيدين من المرفق العام⁽²⁾، وقد عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه (..إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة معينة من الزمن والاستيلاء على الأرباح)⁽³⁾.

قد يكون الامتياز مختلطاً بحيث يكون امتياز إشغال عامة وفي الوقت نفسه يكون امتياز مرفق عام عندما يتعلق الأمر ببناء أو إنشاء المرفق العام وإدارته وتقديم الخدمات إلى الجمهور في الوقت نفسه، لذا يكون تعبير الامتياز تعبيراً غامضاً في القانون الإداري إذ يستعمل للدلالة على عمليات يوجد بينها قاسم مشترك هو الأذن أو الإجازة من الدولة⁽⁴⁾.

انطلاقاً من ذلك فإن القانون الإداري أدرج على استعمال عبارة الامتياز للدلالة على عدة معانٍ لتشمل مجالات واسعة ومتعددة من العلاقات بين الأفراد إذ إنه من الممكن أن تشمل الامتيازات التنازل عن إدارة بعض الأملاك الخاصة العائدة للبلديات وإشغالها بشكل مؤقت من الأفراد أو التنازل عن إدارة واستثمار بعض الثروات الوطنية⁽⁵⁾.

(1) هيام جورج ملاط، المياه والامتيازات في الشرع اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999م، ص188.

(2) C.E.30mars 1916 res.leb.p.143

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1956/3/25، مجموعة القواعد القانونية، السنة العاشرة، ص259.

(4) جورج فوديل وبيار دلفولفييه، مرجع سابق، ص571.

(5) هيام جورج ملاط، مرجع سابق، ص188.

إن عبارة الامتياز لا تتحصر بموضوع أو هدف معين بل إن الامتياز من الممكن أن يتناول أعمال ومهام تتداخل وتتصل فيما بينها وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾.
لقد تجلّى لنا أن عرّف الامتياز بتعريفات متعددة، بعضها يعطي تعريفاً عاماً وموحداً للامتياز والآخر يراعي تعدد مواضيع عقد الإمتياز وأغراضه وأنواعه إذ يضع تعريف لكل نوع من أنواعه .

البند الثاني: التعريف التشريعي لعقد إمتياز المرفق العام

أولاً: فرنسا

من خلال استقراء المصادر الخاصة بالموضوع لم نجد تعريفاً تشريعياً محدداً لعقد الامتياز وذلك لاعتمادهم المباشر في كل من الجانب التشريعي والقضائي على التعريف الفقهي لعقد الامتياز، ونلاحظ إن أحد التعاريف المأخوذ بها لعقد الامتياز في فرنسا هو " اتفاق تُحمّل الإدارة فيه الملتزم المتعاقد معها - وهو شخص من أشخاص القانون الخاص - مهمة إدارة وتسيير مرفق عام على مسؤوليته ومتحملاً مخاطره مقابل الحصول على رسم من المنتفعين بخدمات المرفق " ⁽²⁾.

ثانياً: مصر

بالنظر لأهمية عقد الامتياز في مصر لكونه يمنح أو يسمح لشخص عادي أن يحل محل السلطة العامة في إدارة المرفق العام فهذا الأمر استوجب ان يضبط أمر عقد أي امتياز بنص دستوري كما هو الحال بنص المادة 123 من الدستور المصري الحالي الصادر في 11 سبتمبر 1971 والتي تقرر " على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة " ⁽³⁾.

¹⁾C.E. avis du 26 september 1907 – cit par Gerard cohen op.cit these paris 1966.p 11 .

أشار إليه وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 510.

⁽²⁾سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 49، نقلاً عن إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف، عقد امتياز المرفق العام، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القسم العام، 2003، ص 16.

⁽³⁾مطبع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 150 - 151.

أشار القانون المدني المصري إلى عقد الامتياز ونظم أحكامه في المواد من 668 إلى 672 منه، وعرفه بأنه "عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق لفترة معينة من الزمن"، قد نظمت أحكامه بموجب القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزام المرافق العامة وكذلك القانون رقم 61 لسنة 1958 في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز⁽¹⁾.

ثالثاً: الجزائر

عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية، ونذكر من أهمها ما يلي:

- قانون المياه لسنة 1983 (الملغى) حيث عرفت المادة 21 منه عقد الامتياز كما يلي: "يقصد بالامتياز في مفهوم هذا القانون أنه عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية، عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري خاضعا كان للقانون العام أو الخاص قصد استعمال الملكية العامة للمياه"⁽²⁾.

- قانون المياه لسنة 2005 من خلال المادة 101 منه تطرقت لمنح امتياز الخدمات العمومية للمياه، دون تعريف عقد الامتياز، ولكن بالرجوع للمادة 76 من نفس القانون، والمتضمنة النظام القانوني لامتياز استعمال الموارد المائية، نجدها عرفت عقد الامتياز كما يلي: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأمالك العمومية الطبيعية للمياه، الذي

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مطبعة جامعة عين شمس، 1984، ص 669 - 771.

⁽²⁾ القانون 17/83 يتضمن قانون المياه، المؤرخ في 16 جويلية 1983 الجريدة الرسمية، العدد 30 المؤرخة في 07/19/1983، الملغى .

يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص...⁽¹⁾.

- القانون رقم 14/08 المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية: حيث إشارة المادة 64 مكرر منه في الفقرة الأولى منها يلي: "يشكل منح امتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية، المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، 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 و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز". كما تضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة 64 مكرر: "في حالة استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية، يحصل صاحب الامتياز من أجل تغطية الاستثمار والتسيير وكسب أجرته، على أتاوى يدفعها مستعملوا المنشأة وفق تعريفات أو أسعار قصوى يجب أن تبين في ملحق دفتر شروط منح الامتياز"⁽²⁾.

- القانون 10-03 عرف الامتياز هو العقد الذي توافق الدولة بموجبه على منح شخص طبيعيا جزائري الجنسية، يدعى " مستثمر صاحب الامتياز " الحق في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، إضافة إلى الأملاك السطحية المتصلة بها وفقا لمواصفات وشروط يحددها دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم وهذا لمدة أقصاها 40 سنة

⁽¹⁾ القانون 12/05 يتضمن قانون المياه، المؤرخ في 04 أوت 2005 الجريدة الرسمية، العدد 60 المؤرخة في 04/09/2005.

⁽²⁾ القانون 14/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتمم القانون 90-30، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 44 المؤرخة في 03/08/2008.

قابلة للتجديد، مع دفع الأتاوة السنوية وفقا للشروط المحددة، تضبط وكيفيات تحديدها وتحصيلها تخصيصها قانون المالية⁽¹⁾.

- **المرسوم التنفيذي رقم 41/94**، أكد المشرع في المادة 23 منه تطرقت لعقد الامتياز، كما يلي: "يعتبر امتياز مياه الحمامات المعدنية عقدا إداريا، يمنح بمقتضاه الوزير المكلف بالحمامات المعدنية بصفته السلطة مانحة الامتياز لشخص معنوي أو طبيعي عمومي أو خاص، صاحب الامتياز حق استغلال هذه المياه المعدنية لمدة محددة مقابل أجر"⁽²⁾.

- **المرسوم التنفيذي 18-199** المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويضات المرفق العام عرف الإمتياز، بأنه الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام⁽³⁾.

من خلال النصوص القانونية والتنظيمية السالفة الذكر، يتضح لنا مدى اتجاه دور المشرع الجزائري نحو اعتبار عقد الامتياز من العقود الإدارية، يبرم بين الإدارة كمانحة للامتياز من جهة، وبين أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص كصاحب امتياز من جهة أخرى، لتسيير واستغلال مرفق عمومي مقابل إتاوة يتقاضاها من المنفعين.

البند الثالث: التعريف القضائي لعقد امتياز المرفق العام

أولا- فرنسا

(1) الأملاك السطحية" تعني جميع السلع المرتبطة بالمستثمرة الفلاحية، ولا سيما المنشآت والمزارع والبنى التحتية والموارد المائية، أنظر المادة 04 من القانون 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 46 المؤرخة في 18/08/2010.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 94 / 41 المؤرخ في 29 يناير 1994، المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر، العدد 07 / 02 / 1994.

(3) المادة 53 من المرسوم 18-199، السابق الذكر، كما تم تعريف الامتياز في المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر في المادة 210 بأنه آلية تعهد من خلالها السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط بإستغلال المرفق العام.

لم يورد القضاء الفرنسي تعريفاً محدداً لعقد الامتياز وإنما اكتفى بذكر ضوابط ومعايير العقد الإداري والتي تميزه عن العقد المدني الخاص وهي أن يكون أحد أطراف العقد الإدارة وأن يكون محل العقد تسيير مرفق عام وتقديم خدمة عامة للجمهور وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقد الخاص المدني وتبرير ذلك أن القضاء قد استند إلى تعريف الفقهاء لتحديد المقصود بعقد امتياز المرفق العام.

ثانياً: مصر

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد الامتياز في حكمها الصادر في آذار سنة 1956 حيث قضت "إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنفعين⁽¹⁾.

ويمتاز عقد امتياز المرافق العامة بأنه يتضمن نوعين من الشروط:

- 1 - شروط تعاقدية، تحكمها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).
- 2 - شروط لائحية، تملك الإدارة تعديلها في أي وقت وفقاً لحاجة المرفق العام وما يقتضيه ضمان حسن سيره بانتظام وإطراد.

إعتبرت محكمة القضاء الإداري اعتبرت في حكم آخر لها أن قيام إدارة بأن تعهد للغير - شركة أو فرداً - بإدارة وتسيير مرفق عام والذي هو أصلاً من اختصاصها يكون هذا الغير معاوناً للإدارة في تسييرها لهذا المرفق العام فقد ذكرت في حكمها الصادر في 27 أكتوبر من سنة 1957 ما يلي "أن الدولة وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة فإنها إذا

⁽¹⁾ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 27 آذار سنة 1956. مشار إليه لدى، سليمان محمد الطماوي،

الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، المرجع سابق، ص 96.

عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارته على أن يكون معاوناً لها، نائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا نوع من الإنابة - أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام - لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله... "وتقول في نفس الحكم "...ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها المرفق واستغلاله وهذا المركز اللائحي هو الذي يسود العملية بأسرها، أما المركز التعاقدية فيعتبر تابعاً له، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام...وانه ولو أن الشروط اللائحية تنقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم إلا أن هذا الاتفاق ليس عقداً، ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية، بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزاً قانونياً أو لائحياً فإن حق الدولة في تعديل هذا المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن دائرة الجدل".⁽¹⁾

نفس التكييف أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1977/12/30 حيث تقول: "ومن حيث المسلم به فقهاً وقضاً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلم به أن التعريف أو خطوط السير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإدارة مانح الالتزام المنفرد، وعرف القضاء المصري عقد الامتياز في الفتوى رقم 369 الصادرة في 16 ديسمبر 1949 عن قسم الرأي بمجلس الدولة بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق عام متحملاً مخاطره، وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر، ويمنح في سبيل

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 27 أكتوبر 1957، القضية رقم 485 ورقم 1367، السنة 7 ق.أشار إليه، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 97 - 98.

ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة، وذلك مقابل جعل يؤديه إلى جهة الإدارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق العام"⁽¹⁾.

كما عرفت أيضا المحكمة الإدارية العليا المصرية عقد الامتياز كما يلي: "إن التزام المرفق العام ليس إلا عقدا إداريا، يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع لأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح"⁽²⁾.

ثالثا: الجزائر

تعتبر الأحكام والاجتهادات القضائية بالجزائر في مجال عقد امتياز المرافق العمومية قليلة جدا، مقارنة بباقي المنازعات الإدارية المطروحة على الجهات القضائية الإدارية، ومقارنة بباقي الدول كمصر وفرنسا. فلم أعثر إلا على قرارين: القرار الأول صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران بتاريخ 01/12/2002 تحت رقم 910/2001 بين بلدية وهران وشركة نقل المسافرين «سريع الجنوب» والذي قضى بطرد الشركة من المحطة لانتهاؤها مدة عقد الامتياز دون التطرق لتعريف هذا الأخير⁽³⁾.

⁽¹⁾ إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (B.O.T)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى سنة 2003، ص 17.

⁽²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 30/12/1977، قضية رقم 110، السنة القضائية رقم 13، مجموعة المكتب الفني، مبدأ رقم 23، ص 27، أشار إليه، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، نفس المرجع، ص 98.

نود أن نشير إلى أن الشق التعاقدية يشمل المزايا المالية عدا قوائم الأسعار، الإعانات المالية التي تقدمها الإدارة للملتزم، ضمان التوازن المالي وتحديد مدة أي التزام، هذه كلها يتم تعديلها بإرادة الطرفين، أما الشق اللاتحي فيشمل كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرفق مثل تحديد طريقة الاستغلال، قوائم الأسعار، مركز العمال، شروط الانتفاع، ضمانات المنتفعين من المرفق العام، أنظر، محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري والعقد الإداري)، جامعة الإسكندرية، بلا مكان طبع، 1989، ص 496 - 497.

⁽³⁾ أنظر قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران (قرار غير منشور).

أما القرار الثاني فهو صادر عن مجلس الدولة الجزائري الغرفة الثالثة بتاريخ 2004/03/09 في نفس القضية بين شركة نقل المسافرين «سريع الجنوب» ضد رئيس بلدية وهران الملف رقم 11950، 11952 بعد استئناف قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، وتناول عقد الامتياز كما يلي: "...وحيث أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..."⁽¹⁾.

البند الرابع: التعريف الفقهي لعقد امتياز المرفق العام

أولاً: فرنسا

في فرنسا أورد الفقهاء هناك عدة تعريفات لعقد الامتياز منها تعريف الأستاذ Debbaseh أن الامتياز "عبارة عن عمل يلتزم بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص أو أحد أشخاص القانون العام بإدارة مرفق عام لمصلحة أحد أشخاص القانون العام مقابل تقاضي مبلغ نقدي من المنتفعين يتخذ أشكالاً متنوعة".

عرفه الأستاذ Benoit بأنه "عقد يلتزم فيه احد الأفراد إزاء شخص معنوي عام بتأمين إشباع حاجة جماعية ما على نفقته الخاصة بأسلوب المرفق العام نظير مبلغ نقدي يتقاضاه من المنتفعين"⁽²⁾.

وعرفه الأستاذ DE LAUBADERE ومن معه⁽³⁾ :

"La concession de service public est une convention par laquelle une collectivité publique (le concédant) charge une entreprise privée (le concessionnaire) de faire fonctionner le service public a ces frais et risque «en se rémunérant par des redevances perçues sur les usages".

⁽¹⁾ أنظر قرار مجلس الدولة الجزائري (قرار منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 05 لسنة 2004، ص 213).

⁽²⁾ علي خطار، مرجع سابق، ص 16.

⁽³⁾ André de Laubadere – Frank Moderne – Pierre Delvolvé: *Traité des contrats administratives. Tome 1* L.G.D.J.1983.P 285.

JOEL Carbojo : *Droit des services publics – Dalloz 1990 P 79.*

يمكن أن نورد الملاحظة الهامة التي أبدتها الفقيه الفرنسي *DELAUBADERE* حول عقد الامتياز: "إن نظرية عقد امتياز المرفق العمومي تدور حول فكرتين تبدوا متناقضتين، ولكن متكاملتين: الأولى أنه مهما كان الشخص الملتزم فالمرفق يبقى مرفقا عاما، والفكرة الثانية هو أن مسير المرفق هنا هو خاص، وأن الأرباح خاصة، وبالتالي لا يقبل تسيير هذا المرفق إلا إذا تحصل على فوائد"، مع الإشارة هنا إلى أنه يمكن أحيانا أن يكون الملتزم بتسيير المرفق العمومي من أشخاص القانون العام، ولكن عنصر الأرباح دائما يؤخذ بعين الاعتبار.

يلاحظ أن تعريف الفقهاء الفرنسيين لعقد الامتياز مر بمرحلتين:

الأولى: جعلت مجلس الدولة الفرنسي يأخذ في بادئ الأمر بفكرة السلطة العامة كأساس لتمييز العقد الإداري ومنه عقد الامتياز عن غيره من العقود المدنية، ولكنه والحالة هذه قد أغفل جانب الملتزم في العقد حيث يلحقه الضرر والغبن من خلال احتفاظ الإدارة بحقها في التدخل والتعديل والإلغاء اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ثم حدث تحول بعد ذلك نحو الأخذ بفكرة المرفق العام بدلاً من السلطة العامة كأساس للعقد الإداري ومنه عقد الامتياز كما جاء في حكم *Terrier*⁽¹⁾، الصادر في 6 شباط 1903⁽²⁾.

الثانية: تبدأ بالتطورات التي حصلت لعقد الامتياز المتمثلة بإدخال بعض التعديلات وإضافات حول طبيعة العلاقة التي تحكم أطراف العقد ومجالاته فأصبح تعريفه فقها هو "تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة إلى شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ

⁽¹⁾ *De 1870 à 1914, le contentieux administratif connaît un « âge d'or ».* Le Conseil d'État construit ses fondations. Eclairé par les conclusions de commissaires du gouvernement comme *Laferrière, Pichat, Teisier, Romieu, Léon Blum*, il donne au service public une place centrale dans le nouvel édifice. *Souvenons-nous des conclusions de Romieu sur l'arrêt Terrier du 6 février 1903*: « tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative ». Dans ces premiers temps du droit administratif, une complète identité s'affirme entre service public, personne publique et droit Public.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-service-public-dans-la-jurisprudence-du-conseil-etat-francais-visite-le-09/11/2020a-18:00>.

⁽²⁾ إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف، عقد امتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2003، ص 27.

بكامل حريتها، وتسمي الإدارة في هذه العملية بالسلطة المانحة للالتزام أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم، وتتمثل الالتزامات الأساسية المترتبة على عقد الالتزام في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسئوليته تسيير المرفق طبقاً لدفاتر الشروط، وان يقوم بأعداد الإنشاءات الأولية للمرفق في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية آتاوات من المنتفعين بالمرفق لمدة محددة وهي مدة العقد ذاته وبعد انقضائها يلتزم المتعاقد بنقل المرفق مع إنشاءاته الى حوزة الإدارة بحالة جيدة⁽¹⁾.

ثانياً: مصر

أما في مصر فقد ظل القانون الإداري مجهولاً حتى عام 1875 عند تشكيل المحاكم المختلطة وكانت الفكرة السائدة آنذاك أن عقد الامتياز هو عقد وليد إرادة منفردة للسلطة العامة مانحة الامتياز بما لها من ولاية أمر، فقامت بمنح عدة امتيازات أهمها امتياز خط سكة الحديد بين الإسكندرية والسويس مروراً بالقاهرة والذي منح للمهندس الانكليزي جورج ستيفنسون عام 1851، والامتياز الثاني - الأشهر - امتياز حفر قناة السويس عام 1854 وتشكيل شركة قناة السويس عام 1856، ثم في عام 1865 امتياز مرفق الغاز في مدينة القاهرة لشارل ليبون البلجيكي، ثم مرفق الغاز في بورسعيد للفرنسي ماتوري عام 1857، ثم امتياز خط تليفون القاهرة والإسكندرية عام 1881 للأمريكي مستر بل، ثم امتياز مرفق التزام في القاهرة لشركة بلجيكية عام 1894⁽²⁾.

هذه الامتيازات وغيرها ولدت الحاجة إلى ضرورة تنظيم عقد الامتياز وإيجاد نظام قانوني خاص به فتضافرت جهود الفقه والقضاء ثم التشريع على تأسيسه، على هذا الأساس فقد أورد الفقه عدة تعريفات لهذا العقد فعرف الدكتور الطماوي عقد الامتياز بأنه " عقد إداري يتولى الملتزم - فرداً كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسئوليته، إدارة مرفق عام

(1) إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 29

(2) إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف، نفس المرجع، ص 36 37

اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز⁽¹⁾.
وعرف كذلك بأنه (عقد تخول الدولة بموجبه أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى إفراداً أو شركة في الحلول محلها في إدارة المرفق لمدة محددة. على أن يقدم الملتزم الأموال والعمال اللازمين لإدارة المشروع وبحيث لا تتكلف السلطة العامة شيئاً من النفقات، ولا يعتبر العمال القائمون على إدارة هذا المرفق موظفين عموميين، بل إجراء يخضعون في نزاعاتهم مع الملتزم لإحكام القانون المدني، وتختص بنظر منازعاتهم المحاكم العادية. وفي مقابل ما يقدمه الملتزم من أموال وعمال لازمين لتقديم الخدمة للجمهور يتقاضى الملتزم عوضاً من الجمهور المنتفعين لقاء الخدمة التي يحصلون عليها، فالمرفق لا يقدم خدماته مجاناً كما أن الملتزم يستولي على الأرباح ويتحمل مخاطر الخسائر)⁽²⁾.

كما عرف بأنه تعاقداً الإدارة مع أحد الأفراد أو الشركات الخاصة، فتعهد إليه بتكليف منها وطبقاً للشروط التي توضع له، القيام على نفقته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المرفق العام لمدة من الزمن واستيلائه على الأرباح التي تأخذ صورة الإذن له بتحصيل رسوم من المنتفعين مقابل اقتضاء الخدمة⁽³⁾.

بعض الفقهاء يرى بأنه عقد من العقود الإدارية بمقتضاه تعهد الإدارة (الدولة، المديرية، البلدية) إلى فرد أو شركة القيام على مصاريفها وتحت مسؤوليتها ولمدة محددة بإدارة مرفق

⁽¹⁾ يفهم من هذا التعريف أن عقد الامتياز هو عقد إداري بالمعنى الكامل وإنه يرد على مرفق اقتصادي - تجاري أو صناعي - فيخرج منها المرافق الإدارية البحتة ويكون العقد بين طرفين الإدارة والملتزم الذي يدير ويستغل المرفق العام لقاء أجور من المنتفعين، وإن الملتزم فرداً كان أو شركة قصده الربح في استغلاله وإدارته للمشروع وإن يكون لمدة محددة من الزمن ويصدر بموجب قانون أو لوائح تنظيمية لها قوة القانون تصدرها الإدارة بما يتفق وطبيعة المرفق العام وضمن سيره بانتظام وإطراد خدمة للجمهور المنتفعين من المرفق العام، انظر، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 96.

⁽²⁾ سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 182 - 183.

⁽³⁾ طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 527.

عام (أداء خدمات عامة للجمهور) طبقاً للشروط التي تحددها الإدارة، ومقابل ذلك يتقاضى الملتزم رسوماً من الذين ينتفعون بخدمات المرفق)، ومن الأمثلة عليه : امتياز توريد المياه والنور واستخراج البترول⁽¹⁾.

عرفه الدكتور محمد سليمان الطماوي بأن "عقد الامتياز هو عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة، بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي، واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز"⁽²⁾.

بعد استعراض التعاريف الخاصة بعقد الامتياز يتبين لنا أن هذا العقد ير على المرافق الاقتصادية - التجارية والصناعية، كما يشكل نمط للاستغلال الأرضي الفلاحية، ويتناول جانبين الأول جانب الخدمات العامة كعقود الامتياز الخاصة بالكهرباء والاتصالات وسكك الحديد والصحة والنقل وغيرها وتنحصر العلاقة فيها بين الإدارة مانحة الامتياز والملتزم المتعاقد مع الإدارة والمنتفع من المرفق العام، والجانب الثاني الذي يتناول مجال الثروات الطبيعية غير الخدمية وتنحصر فيها العلاقة بين الحكومة والجهة المتعاقدة معها وهي تعتبر عقود امتياز مثل اتفاقيات الامتياز الخاصة بالنفط والتقيب عن المعادن والثروات الطبيعية الأخرى.

فيما يخص عقود الامتياز الأخيرة قد أطلق عليها عدة تسميات منها اتفاقية الامتياز الاقتصادية تمييزاً لها عن الامتيازات السياسية، ويطلق عليها البعض (اتفاقية التنمية الاقتصادية) فقبل أن اتفاقية الامتياز هي ذاتها اتفاقية تنمية اقتصادية ذات طبيعة ثنائية، بمعنى وجود التزام متبادل، وعرفت اتفاقيات الامتياز الاقتصادية بأنها، العقود التي تعقد بين

⁽¹⁾ أحمد عبد القادر الجمال، القانون الإداري المصري والمقارن من الجهة الفقهية والتطبيقية والجزائية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1955، ص 242.

⁽²⁾ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، طبعة 2005، ص 106.

دولة وشركة⁽¹⁾، وهي تستخدم لتسهيل شؤون المشاريع الخاصة في تنمية مصادر الدولة حين لا تمتلك الموارد الكافية للقيام بذلك بمفردها⁽²⁾.

نستنتج أن عقد امتياز المرفق العام هو "عقد إداري ذو طبيعة خاصة، بموجبه تعهد الحكومة أو الإدارة وتسمى السلطة المانحة للامتياز إلى أحد أشخاص القانون الخاص (فرد أو شركة) ويسمى الملتزم بإدارة احد المرافق الاقتصادية (تجارية أو صناعية) واستغلاله على مسؤوليته ونفقاته الخاصة لقاء رسوم يتقاضاها من المنتفعين والتي تمثل ربحاً له ويكون هذا العقد لمدة محددة ويصدر بموجب قانون ويكون للإدارة حق تعديل الشروط التنظيمية للعقد بإرادتها المنفردة وفق ما تقتضيه المصلحة العامة وبما يضمن دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد"، ويعتبر إنشاء المرفق وتشغيله ونقل ملكيته إلى الحكومة هو المعيار الذي يميز عقد البوث عن عقد الامتياز التقليدي والذي يرى البعض انه يقتصر على الإدارة والاستغلال.

ثالثاً: الجزائر:

يعرف الأستاذ محيو "الامتياز هو اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً بتأمين تشغيل مرفق عام، ورغم أنه عبارة عن صك تعاقدي فإن دراسته ترتبط أيضاً بالنظرية العامة للمرفق العام لأن هدفه هو تسيير مرفق عام، إن دراسته تدخل إذن ضمن نطاق العقود ودراسة المرافق العامة، وباعتباره أسلوباً للتسيير، يكمن الإمتياز بتولي شخص يسمى صاحب الإمتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن، فيتحمل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق⁽³⁾.

وفي الأخير تعميماً للفائدة، نورد تعريفاً لعقد الإمتياز باللغة الفرنسية، ورد في إحدى تقارير المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي الجزائري بعنوان:

⁽¹⁾ فاروق احمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، العراق، 1992، ص155

⁽²⁾ احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص28 - 29.

⁽³⁾ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1979، طبعة 03، ص 440.

(Concession et péage)

"La concession est l'acte par lequel la puissance publique 'dite autorité concédante' confie sous la forme d'un contrat 'à une personne physique ou morale' dite concessionnaire le droit de financer de construire et d'exploiter un ouvrage public dans un but de service public 'à ces risques pendant une période déterminée à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante et au cours de laquelle le concessionnaire pour recouvrer ces coût d'investissement et de fonctionnement' et pour ce rémunérer 'percevra des redevances sur les usages de l'ouvrage et du service. Ces le péage dont le tarif et déterminé en commun accord avec le concédant"⁽¹⁾.

مما تقدم يتبين لنا أن الإمتياز لا يتعلق بموضوع واحد بل إن الإمتياز يشمل أحياناً إدارة مرفق عام أو القيام بأشغال عامة أو يشمل إنشاء المرفق وإدارته، وكذلك قد ينصب الإمتياز على استغلال الثروات الطبيعية، وتأسيساً على ما تقدم نخلص إلى أن عقد الإمتياز هو عقد تقوم بمقتضاه الدولة بتكليف أحد أشخاص القانون الخاص فرد أو شركة وعلى نفقته ومسؤوليته بإنشاء أو إدارة مرفق عام أو الأمرين معاً أو استغلال الثروات الطبيعية في الدولة، وفي مقابل ذلك يحصل الشخص على المقابل المادي بصورة رسوم يدفعها المنتفعون لحصولهم على خدمات المرفق أو يكون المقابل المادي هو حصول صاحب الإمتياز على جزء مما يستخرجه من الثروات الطبيعية وتكون مدة العقد محددة بموجب القانون.

الفرع الثالث

خصائص عقد الإمتياز

إن عقد الإمتياز من العقود الإدارية المهمة والتي تستعملها الإدارة لتنفيذ أعمالها، وإن لهذا العقد مجموعة من الخصائص يختص ويفرد بها عن غيره من الوسائل الأخرى التي تستعملها الإدارة في إدارة مرافقها ومنشأتها ونفصل ذلك في النقاط الآتية:

⁽¹⁾ Conseil National Economie et Social 'Rapport de 25ème Session plénière' ANEX III Concession et péage 'p 133 'le lundi 06 décembre 2004

يتمتع عقد الإمتياز بمجموعة من الخصائص هي:

البند الأول: إنه عقد إداري ملزم للجانبين:

إن عقد الإمتياز كما سنرى هو عقد إداري يتم في الغالب بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص فرداً أم شركة، ويكون موضوعه إنشاء أو إدارة وإستغلال المرفق، مقابل رسوم يحصل عليها من المنتفعين بخدمات المرفق، فالإدارة تكون طرفاً فيه لذا فهو عقد إداري⁽¹⁾، وعقد الإمتياز من العقود الملزمة للجانبين شأنه شأن العقود الإدارية الأخرى وتتمتع الإدارة بموجبه تجاه المتعاقد معها بكافة السلطات المألوفة في العقود الإدارية، ولا ينفي صفة العقد عن الإمتياز تمتع السلطة مانحة الإمتياز بمجموعة من الحقوق كحقها بالرقابة أو التعديل⁽²⁾.

إن هناك من الفقه الكلاسيكي من انتقد هذه السلطات الاستثنائية المسلم بها للإدارة لأنها تعتبر طرف في العقد، وبالتالي يجب احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكن سرعان ما تراجعوا عن هذا الرأي⁽³⁾، لأن عقد الإمتياز ليس مثل عقود القانون الخاص، وإنما يعتبر عقد إداري مركب يتضمن شروط لائحية وأخرى تعاقدية⁽⁴⁾.

يتمثل الشخص المانح للإمتياز في الشخص المعنوي سواء كانت الدولة باعتبارها الشخص السيادي الذي يتمتع بالشخصية المعنوية⁽⁵⁾، بالاعتبار الدولة الشخص العام المسئول عن المرفق العام وهي صاحبة سلطة القرار⁽⁶⁾، أنه يمنح الإمتياز سلطة المناجم

(1) إلياس ناصيف، عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 2006م، ص 44.

(2) مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 79.

(3) عبد الله بن احمد السعدان، آثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 2004م، ص 7.

(4) ابن عمر رحال، مرجع سابق، ص 09.

(5) المادة رقم 49 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني جريدة رسمية عدد 78

(6) فالسلطة المختصة لها القرار بمنح الترخيص تنص المادة 62 قانون رقم 05-14، مؤرخ في 24 فبراير 2014، يتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية عدد 18 لسنة 2014 " لا يمكن ممارسة نشاطات البحث أو الاستغلال المنجمي إلا عن طريق ترخيص منجمي ".

بموجب مرسوم تنفيذي، يتخذ بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالمناجم إلى صاحب الترخيص بالاستكشاف الذي قام باكتشاف ما.

فيما يتعلق بالأشخاص المعنوية المحلية المتمثلة في الجماعات المحلية (ولاية، بلدية)، فإن سلطة التقرير فيما ليست للسلطة التنفيذية بل هي للهيئة التقريرية للوحدة المحلية المتمثلة في المجالس الشعبية البلدي بالنسبة للبلدية⁽¹⁾

وللمجالس الشعبية الولائية وذلك بعد مصادقة الوالي على اتفاقية منح الإمتياز⁽²⁾.

البند الثاني : يتحمل صاحب الإمتياز نفقات المشروع في هذا العقد.

إن صاحب الإمتياز دائماً يتحمل نفقات المشروع فهو يدير المشروع أو المرفق على مسؤوليته وبأمواله الخاصة، كذلك فإن صاحب الإمتياز عليه أن يقوم بعمليات التطوير والتحديث الضرورية للمرفق في أثناء مدة الإمتياز، وعليه أن يلتزم بسلامة المشروع، ونتيجة

(1) تنص المادة 138 من القانون رقم 90-08 الملغى، المؤرخ في 07 أفريل 1990، المتعلق بالبلدية، جريدة رسمية رقم 15 على ما يلي: "إذا لم يكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالاً مباشراً دون أن ينجم عن ذلك ضرر جاز للبلدية منح الامتياز.

Art. 155. Loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune. Les services publics communaux visés à l'article 149 ci-dessus peuvent être concédés, conformément à la réglementation en vigueur. La concession obéit à un cahier des charges-type fixé par voie réglementaire.

المادة 155 من القانون 11-10، المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37 لسنة 2011، المعدل والمتم بالامر 13-21 مؤرخ في 31 أوت 2021، ج ر العدد 67 لسنة 2021، موافق عليه بالقانون 13-21 المؤرخ في 01 ديسمبر 2021، ج ر، العدد 91، لسنة 2021.

(2) تنص المادة 130 من قانون الولاية (الملغى) أنه إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية في شكل استغلال مباشر أو مؤسسات يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستغلالها عن طرف الامتياز ويصادق على العقود المبرمة بموجب قرار من الوالي.

Art. 149 - Loi n° 12-07 du 21 février 2012 relative à la wilaya. Lorsque les services publics de la wilaya visés à l'article 146 ci-dessus ne peuvent être exploités en régie ou en établissement, ceux-ci peuvent être concédés par l'Assemblée populaire de wilaya, conformément à la réglementation en vigueur. La concession obéit à un cahier des charges-type, fixé par voie règlementaire, et approuvé selon les règles et procédures en vigueur. Les conventions établies à cet effet sont adoptées conformément aux dispositions de l'article 54 de la présente loi.

قانون 07-12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر، العدد 12، لسنة 2012.

لتحمل صاحب الإمتياز المسؤولية والنفقات فهو يحتفظ بكافة الفوائد المادية الناتجة عن حسن تشغيل المرفق⁽¹⁾.

كما يتحمل صاحب الإمتياز نفقات ومخاطر استغلال المرفق العمومي، وتحت مسؤوليته الكاملة، لكن هذا لا يمنع تدخل الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد عند اختلاله، حفاظا على استمرارية المرفق العام.

الشخص الذي يستفيد من الإمتياز يكون شخص عاما أو خاصا حصرت به بعض النصوص بالأشخاص العامة، سواء كانت جماعات إقليمية محلية أو مؤسسة اقتصادية بالتالي في هذه الحالة فإن عقد الإمتياز تتنازل عليه الدولة لأشخاصها المعنوية سواء كانت البلدية أو مؤسسة ذات طابع عام ونصوص أخرى حصرت في أشخاص القانون الخاص فقط، مثل ما ورد في تعليمة وزير الداخلية رقم 94-03/842 التي تعتبر الأولى من نوعها التي وضعت نظام قانون للإمتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها، كما أن التعليمة لم تشترط الجنسية الجزائرية في الملتزم، حيث نصت بأن عقد الإمتياز هو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله...".

يتحصل صاحب الإمتياز على المقابل المالي عن طريق الإتاوات والرسوم التي يدفعها المترفقون مقابل الخدمة التي تسييره واستغلاله للمرفق، فالإدارة لا تدفع لصاحب الإمتياز مقابلا للتسيير مبلغا ماليا مباشرة، بل عن طريق السماح له باستغلال الأرباح التي يدرها المرفق، إلا أنه في فرنسا يمكن لصاحب الإمتياز أن يتحصل على المقابل المالي مباشرة من الإدارة وبالمقابل يتحمل صاحب الإمتياز كل أعباء بناء وتجهيز واستغلال وتسيير المرفق العام، وهذا الفرق بين التسيير المباشر والتسيير عن طريق الإمتياز، فهو

(1) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 44.

الطريقة الأنجع لتجنب تحميل ميزانية الدولة والجماعات المحلية مبالغ ضخمة توجه الإنشاء وتسيير المرافق العامة (1).

إن المبلغ الذي يتقاضاه صاحب الإمتياز على شكل رسوم من المنتفعين يحدد في بيانات واضحة إلى بيانات أخرى في طلب الصفقة سواء من حيث مبلغه أو شروط تسديده أو مراجعته (2).

البند الثالث: إنه عقد ذو نظام مرن

تتمتع عقود الإمتياز بالطبيعة المرنة، وأساس هذه المرونة جاءت من مبدأ قابلية المرافق العامة للتطوير والتعديل والتحديث استناداً إلى مبدأ استمرارية المرافق العامة، وإن هذه المرونة ما هي إلا توفيق بين فكرتين متناقضتين، الأولى تتمثل: في امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، والثانية: تتمثل بحرية التعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

البند الرابع: إنه من العقود الزمنية

من المميزات الأساسية التي يتميز بها عقد الإمتياز أنه عقد محدد المدة، وأن شرط تحديد المدة هو ركن أساس من أركان الإمتياز، فهذا العقد لا يمكن أن يكون أبدياً، والقانون غالباً ما يحدد هذه المدة وإن كانت في الأغلب مدة طويلة بعض الشيء وذلك للموازنة بين ما ينفقه صاحب الإمتياز وبين ما يحققه من أرباح (3).

كما لا يمكن تحديد صيغة الإمتياز بمدة معينة تكون طويلة مقارنة بالاستئجار، حتى يستطيع صاحب الإمتياز استرداد الأعباء المالية التي دفعها في إنشاء واستغلال المرافق العامة، فلقد نصت المادة رقم 120 من القانون رقم 10-01 المتعلق بقانون المناجم بأنه

(1) ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010 ص 169.

(2) محمد صغير بعلی، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة 2002، ص 253.

(3) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 43.

يمنح الإمتياز المنجمي لمدة لا تتجاوز 30 سنة مع إمكانية التجديد المتوالي عدة مرات لما يسمح به الاحتياطات القابلة للاستغلال⁽¹⁾.

البند الخامس: إنه عقد يستبقي ملكية المرفق للسلطة مانحة الإمتياز.

إن صاحب الإمتياز عند إنشائه للمرفق أو إدارته واستثماره لهذا المرفق فإنه لا يملك هذا المشروع وأصوله، بل إن ملكية هذا المشروع تبقى خالصة للدولة مانحة الإمتياز، ويعود هذا المرفق مع كافة التعديلات والتحسينات عليه إلى السلطة مانحة الإمتياز عند انتهاء مدة العقد، إن إدارة المرفق عن طريق الإمتياز لا يعني أبداً نقل ملكية المرفق إلى صاحب الإمتياز، ولا يؤدي إلى خصخصة المرافق العامة بل أن الإدارة تحتفظ بسيادتها عليها⁽²⁾، لكن تستثنى عقود الامتياز الفلاحي الذي يتم فيه نقل الملكية لصاحب الامتياز كحق عيني عقاري.

البند السادس: الصيغة الشكلية

القاعدة العامة في العقود الإدارية، شأنها شأن العقود التي تخضع لقواعد القانون الخاص، إذ إن العقد يتم بتوافق إرادتين، وإن العقد الإداري لا يلزم أن يفرغ في شكل كتابي إلا إذا نص القانون على ذلك، فالكتابة لا تُعد شرطاً من شروط العقد الإداري وإنما تُعد أمراً متعلقاً بإثبات العقد لا بصحته⁽³⁾، فالإدارة تستطيع أن تتحلل من الشكل الكتابي في العقود الإدارية، إلا أنه يمكن الاستناد إلى الوثائق المكتوبة في مرحلة التعاقد، ويستند القضاء أحياناً إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية⁽⁴⁾، فإنه لا يمكن

⁽¹⁾ ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 170.

⁽²⁾ مهنت مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط1، 2005، ص 203.

⁽³⁾ محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص 195.

⁽⁴⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 2289-3 في 1990/3/20م، أشار إليه ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2007، ص 52.

تصوره دون الصيغة الكتابية وذلك بسبب مروره بعدة مراحل لانعقاده ولمضمونه ولما يتمتع به من مميزات ولتشابك العلاقات فيه.

يذهب الأستاذ الطماوي إلى القول¹ وفي بعض الحالات التي لا يشترط فيها المشرع الشكل الكتابي صراحة، قد تفرض هذه الشكلية طبيعة العقد. وواضح الأمثلة على ذلك عقد الإمتياز، فهو من العقود التي لا تخضع . كقاعدة عامة . للمزايدات أو المناقصات العامة، ومع ذلك فإنه من العسير تصور عقد امتياز دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم..¹

نلاحظ أن عقد الإمتياز ولما يتضمنه من شروط ولارتباطه بالتنمية الاقتصادية وتقديم الخدمات إلى الجمهور ولطول مدة هذه العقود ولكون أن أحد أطراف العقد في بعض الأحيان يكون شخصاً أجنبياً، فإنه لا بد من إفراغ عقد الإمتياز في شكل كتابي، كما هو الحال في عقود امتياز المرافق العامة أو امتياز الأشغال العامة أو عقود استغلال الموارد.

البند السابع: إنه من العقود المنشئة للاحتكار:

إن عقد الإمتياز يمنح صاحب الإمتياز الأفراد باستغلال المرفق وإدارته فلا يستطيع غيره أن يستثمر هذا المرفق أي يمنحه احتكاراً للمرفق وهذا الاحتكار قد يكون قانونياً أو فعلياً، فالاحتكار القانوني (Monopôle) يعني أن الاحتكار يكون بموجب القانون، وغالبا ما يكون في المرافق التي لا تحتمل المنافسة، إذ يكون فيها ضياع للجهود والأموال، مثال على ذلك مرفق السكك الحديدية، حيث لا يتصور أن يدير هذا المرفق في منطقة معينة أكثر من صاحب امتياز واحد، لأن ذلك يؤدي إلى ضياع الجهود والأموال التي تصرف دون تحقيق الأرباح المرجوة، وهذا يصدق أيضاً على مرافق الماء والكهرباء وغيرها⁽²⁾، والاحتكار قد يكون بموجب العقد مثال ذلك عقد بناء واستثمار موقف السيارات في مطار بيروت الدولي

⁽¹⁾ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط4، 1984، ص 337.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 284.

الذي نص على عدم تشغيل أي مرآب داخل حرم مطار بيروت الدولي⁽¹⁾ إلا أن صاحب الإمتياز قد لا يمنح احتكاراً قانونياً، فقد يكون الاحتكار فعلياً ينشأ دون إجازة قانونية. إن الاحتكار الفعلي في الإمتياز من الناحية الشكلية لا يعطي صاحبه حقاً حصرياً، أي أن الشركات والأفراد الآخرين لا يمنعون قانوناً من استثمار أو إنشاء مرافق ذات موضوع مشابه للإمتياز الممنوح له، لكن الإدارة المانحة تستطيع أن تتعهد لصاحب الإمتياز بأن لا تمنح لغيره من المتنافسين التسهيلات التي تمنحها إياه، كاستعمال سلطات الضبط مثلاً. كما أن الملتزم يتقاضى أتعابه مقابل تسييره للمرفق العمومي من المنتفعين به، وعمال المرافق العمومية المسيرة عن طريق أسلوب الإمتياز، يتبعون الملتزم مباشرة، وعلاقات عملهم تخضع للقانون الخاص (قانون العمل) وليس للقانون الإداري⁽²⁾. إن موضوع الإمتياز أو محله يختلف باختلاف المصلحة المراد تحقيقها، بالرغم من أن كل العقود التي تبرمها الإدارة العامة والمتصلة بالمرافق العامة، تسعى دائماً إلى تحقيق المصلحة العامة وذلك باعتبار هذه الأخيرة من بين المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة، حيث يراعي في أداء مهامها وتسييرها مقتضيات تحقيق المصلحة العامة، فلا يمكن لمسير المرفق أن يدعم مصالحه على حساب مصلحة عامة أو مصالح أخرى⁽³⁾.

(1) وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 322.

(2) أبرغم أن الإدارة تتدخل أحيانا وتنص في دفاتر الشروط على بعض القواعد والشروط الخاصة بالعمال التابعين للملتزم، مثلما نصت عليه المادة 08 من دفتر الشروط الخاص باستغلال الخدمات الجوية للنقل العمومي الممنوح للخليفة للطيران انظر، مرسوم التنفيذي رقم 40/02 المؤرخ في 14 يناير 2002 المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال الخدمات الجوية الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها (ج ر، العدد 04 لسنة 2002، ص 08).
(3) هذا ما تنص عليه المادة 23 من دستور 1996 الصادرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 جريدة رسمية عدد 76 صادرة في 08 ديسمبر 1996.

وللتفصيل في هذا انظر :

Jean Rivero , Jean Waline, droit administratif, 18eme édition Dalloz Paris 2000 page 443.

فالإمتياز قد يكون تسيير مرفق عام كما يمكن أن يتعدى ذلك حيث يتم حتى بناء وإنشائه على الأرض الواقع، وذلك باستعمال صاحب الإمتياز لأمواله وعماله وتحت نفقته مع الإشراف المستمر للإدارة العامة عليه لأنه من مقتضيات عقد التزام المرافق العامة. بخصوص نوعية المرافق العمومية القابلة لأن تكون محلاً للإمتياز فإن القوانين لم تحددها، بل بقيت عامة، وقد يعني هذا احتمال إمكانية أو قابلية كل المرافق العامة التجارية والصناعية لتكون محلاً للإمتياز كما هو الحال في فرنسا⁽¹⁾، التي دعت السلطات العامة فيها الشركاء الخاصين دائماً إلى تولي مسؤولية الأنشطة ذات المصلحة العامة تحت سلطتهم، ومع ذلك لم يتم بناء نظرية الإمتياز حقاً حتى القرن التاسع عشر، إذا خسر الإمتياز مع ظهور دولة الرفاهية، فإنه يعود مرة أخرى إلى جدول الأعمال بفضل عملية التحرير وانسحاب الدولة من الاقتصاد من بداية الثمانينيات سيكون هذا الشغف للإمتياز أكثر وضوحاً بعد اعتماد قانون 2 مارس 1982 بشأن اللامركزية الذي يمنح السلطات المحلية حرية كبيرة في العمل لتولي المرافق العامة المحلية يأخذ عقيدة هذا التطور ويلخص تحت التفويض العام كل هذه العمليات التقليدية⁽²⁾.

في بلادنا نلاحظ أن المشرع يندفع أكثر وأكثر إلى سياسة تفويض المرافق العامة عن طريق الإمتياز ويلاحظ ذلك في مرافق عدة⁽³⁾، كمرفق النقل الجوي⁽⁴⁾ الكهرباء والغاز⁽¹⁾

⁽¹⁾ ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 169.

⁽²⁾ *En France «les collectivités publiques ont toujours fait appel à des partenaires privés pour prendre en charge des activités d'intérêt général relevant de leur autorité. Toutefois «la théorie de la concession ne s'est véritablement construite qu'au cours du XIXème siècle.*

Si la concession a perdu du terrain avec l'avènement de l'Etat providence «elle est de nouveau remise à l'ordre du jour à la faveur du processus de libéralisation et de retrait de l'Etat de l'économie dès le début des années 1980. Un tel engouement pour la concession sera encore plus perceptible à la suite de l'adoption de la loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation qui donne aux collectivités territoriales une grande liberté d'action pour prendre en charge les services publics locaux. La doctrine s'empare de cette évolution et résume sous le générique de *délégation* l'ensemble de ces procédés conventionnels (Revue Académique de la Recherche Juridique ZOUAÏMIA Rachid: La délégation conventionnelle p10.

⁽³⁾ المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 29 جانفي 1994 المتضمن لتعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها ج ر عدد 12.

⁽⁴⁾ المرسوم رقم 41/02 المؤرخ في 14/01/2002 المتضمن المصادقة على امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينا للطيران" وكذا دفتر الشروط الموافق لها در عدد 04 لسنة 2002.

ومرفق الاستغلال المنجمي ومرفق المياه، مع إعتبره هذه الآلية كأهم تطبيقات عقود تفويض لمرفق العام كوسيلة تعاقدية في مجالات محددة بموجب القانون .

المطلب الثاني

تفويض المرفق العام كآلية جديدة

في النظام الإداري الجزائري

بعد الاستقلال اضطرت الدولة الجزائرية وتحت دوافع وأسباب موضوعية للاحتفاظ بالتشريع الفرنسي لإدارة شؤون الدولة، ومنها تسيير المرافق العمومية، باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية⁽²⁾.

خلال تلك الفترة كانت المهام المرتبطة بالمصلحة العامة تبلغ مباشرة إلى الإدارة العامة، أو إلى الشخص العام المجسد في شكل المؤسسات العامة، شهدنا تنفيذ سياسة تحرير جديدة خلال تسعينيات القرن الماضي، والتي أثرت أولاً على قطاع السوق من خلال فتح مجموعة من الأنشطة الاقتصادية بمبادرة من القطاع الخاص، حيث أدت إلى خصخصة المؤسسات العامة، وقد تم توسيع هذه السياسة لتشمل الأنشطة المختلفة التي تم تأسيسها كمرافق عامة، وهو الحال بالنسبة لمجموعة من الأنشطة الصناعية والتجارية، كما هو الحال بالنسبة للأنشطة الأخرى التي تديرها المؤسسات العامة بشكل تقليدي، بحيث تم إجراء بعض تفويضات المرافق العامة بموجب القانون، وبعض الآخر لنظام اتفاقي⁽³⁾.

(1) القانون رقم 02-01 السابق الذكر .

(2) Loi 62/157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconditionne jusqu'à nouvelle ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962.p 18.

(3) La période de l'Etat interventionniste est celle de la coïncidence entre service public et organismes publics en ce sens que les missions d'intérêt général relèvent soit directement de l'administration publique (gestion en régie) soit de personnes publiques personnifiées sous le label d'établissements publics. Toutefois «et depuis les années 1990 on assiste à la mise en place d'une nouvelle politique de libéralisation mesurée qui touche

يُقصد بعقد تفويض تسيير المرافق العامة كل عقد يتنازل من خلاله شخص من القانون العام لشخص آخر، في غالب الأحيان يكون شخص من القانون الخاص، عن سلطة تسيير مرفق عام⁽¹⁾، في حقيقة الأمر هذا الأسلوب في تسيير المرافق العامة كان معروف في القانون الفرنسي منذ القديم لكن لم يتم وضع نظام قانوني لضبط هذا الأسلوب في التسيير إلا في سنة 1992 من خلال القانون رقم 92-125⁽²⁾ المتعلق بالإدارة المحلية، وبموجب قانون Sapin المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة لسنة 1993⁽³⁾، فهذين القانونيين أرسيا المبادئ العامة لعقد التسيير المفوض.

من البديهي أن تأصيل بالشيء مقدم على الخوض في تفصيله، نستعرض في الفرع الأول معرفة الجذور التأصيلية والتاريخية لعقد التفويض تم نحدد مفهومه في الفرع الثاني وفي الفرع الثالث نتعرف على خصائصه.

الفرع الأول

تأصيل عقد تفويض المرفق العام

تعددت المفاهيم الأساسية والتعريفات المحددة لمفهوم تفويض المرفق العام فاختلقت الآراء والتوجهات إلى درجة الغموض والتناقض، ولعل هذه الوضعية راجعه إلى أخذ الفقه بالمفاهيم الموجودة بالنظام الإداري الفرنسي، محاولين تطبيقها على نظيره الجزائري، فوقع الخلط والإبهام، إذ أن التسيير المفوض في فرنسا هو كل ما يخرج عن التسيير المباشر

d'abord le secteur marchand à travers l'ouverture d'un ensemble d'activités économiques à l'initiative privée comme elle s'est traduite par un mouvement de privatisation des entreprises publiques. Une telle politique a été étendue à d'autres activités érigées en services publics : c'est le cas d'un ensemble d'activités à caractère industriel et commercial, c'est également le cas d'autres activités traditionnellement gérées par des établissements publics à caractère administratif. Certaines délégations de service public ont été effectuées par voie statutaire, d'autres sont soumises à un régime conventionnel. ZOUAÏMIA Rachid, op.citi, p.9.

⁽¹⁾ CARBAJO Joel, Droit des services publics, 3eme Ed, Mémentos et Dalloz, 1997, p.93.

⁽²⁾ Loi d'orientation n° 92 125 du 06 février 1992 relative à l'administration territoriale de la république, www.légisfrance.gouv.fr.

⁽³⁾ Loi n° 93122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, www.légisfrance.gouv.fr.

(البند الأول) الذي تحول إلى الجزائر كمصطلح في عدة نصوص قانونية منها قانون المياه وقانون البلدية وأخيرا كنظام قانوني عام وشامل يوطر مجموعة من العقود كشكل جديد برز عمليا وتميز عن الأشكال التقليدية الأخرى ببعض العناصر الأساسية (البند ثانيا).

البند الأول: فكرة تفويض المرفق العام في فرنسا

إن ظهور فكرة تفويض المرفق العام مرتبط وجودا وعلما بالتجربة الفرنسية في هذا المجال، لهذا الأسلوب في التسيير⁽¹⁾، وإن كان كمصطلح جديد لم يظهر إلا في التسعينات، إلا أن هناك عدة تطورات ساهمت في ظهور مفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا .

أولا: مساهمة القضاء الفرنسي

كرس الاجتهاد القضائي مساهمته في إرساء فكرة تفويض المرفق العام في العديد من القرارات أبرزها قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 4 مارس 1910 في قضية *Thérond*⁽²⁾،

⁽¹⁾يعبر أسلوب تفويض المرفق العام عن تلك العلاقة القديمة الموجودة بين السلطات العمومية والخواص، غير أن هذا لا يعني حداثة هذا الأسلوب، بل كان معروفا منذ ثمانينات القرن الماضي عندما لجأت الدولة الفرنسية إلى إيجاد بديل ومسير لبعض مرافقها العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، فظهرت هذه التقنية للمرة الأولى في الثمانينات، على يد الفقيه "جون ميشال أوبي *AUBY Jean Michel*" في كتابه المعنون "المرافق العمومية المحلية، لأكثر تفصيل،

" *AUBY Jean-François, Les contrats de gestion du service public, LGDJ, Paris, 2016,p7*

⁽²⁾*COMPÉTENCE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE SERVICE PUBLIC – CONTRATS Conseil d'État, 4mars 1910, Thérond (Rec.193.concl.Pichat: D.1912.3.57, concl.:S.1911.3.17.concl., note Hauriou : RD publ.1910.249.note Jeze) Sur la compétence : Cons, que le marché passé entre la ville de Montpellier et le sieur Thérond avait pour objet la capture et la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes: qu'à raison de cet objet, ce contrat ne saurait être assimilé à un marché de travaux publics dont il aurait appartenu au conseil de préfecture de l'Hérault de connaître par application de l'art.4 de la loi du 28 pluviôse an Vill; que ce conseil était, par suite, incompétent pour statuer sur la demande du sieur Thérond et que son arrêté doit être annulé:*

*Cons .qu'en traitant dans les conditions ci dessus rappelées avec le sieur Thérond, la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public; qu'ainsi les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d'Etat; Cons.qu'à l'appui de la demande d'indemnité dont il a saisi le maire de Montpellier, le sieur Thérond soutenait que la ville aurait porté atteinte au privilège qu'il prétend tenir de son contrat et lui aurait ainsi causé un préjudice dont il lui serait du réparation, que du refus du maire et du conseil municipal de faire droit à cette réclamation il est né entre les parties un litige dont le Conseil d'État, compétent comme il vient d'être dit, est valablement saisi par les conclusions prises devant lui et tendant à la résiliation du marché et à l'allocation d'une indemnité, **Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20e édition tome DALOZ, paris,2015 p 109.***

إذ ربط بين معيار العقد الإداري وهدف المرفق العام وأعلن عن إختصاصه للنظر في النزاع المتعلق بتنفيذ نشاط مرفقي من قبل لغير، فهذا القرار هو أول من تكلم عن الاستقلالية بين امتياز المرفق العام، وامتياز الأشغال العامة.

حدد مجلس الدولة مسبقا معالم تقنية التفويض في قضية الشركة العامة للإنارة في بوردو في قراره الصادر بتاريخ 30 مارس 1916⁽¹⁾، لاسيما ما جاء في تقرير مفوض الحكومة حين عرف امتياز المرفق العام بأنه "العقد الذي يكلف شخصا خاصا أو شركة بتنفيذ منشأة عامة أو تحقيق مرفق عام، على نفقته مع أو بدون إعانة مالية أو ضمانات، مع إعطاء الحق لهذا الشخص بتقاضي جعل (الرسوم) من المنتفعين من هذه المنشآت العامة أو المستفيدين من المرفق العام".

وهو أيضا ما كرسه مقرض الحكومة Jose في قضية *Epoux de Sagala* عندما أقر أن تنظيم وتمييز المرفق العام لا يشترط بالضرورة ومسبقا وجود أشغال عامة⁽²⁾. فانطلاقا من تعريف عقد امتياز الأشغال العامة " هو عقد إداري يلزم بموجبه شخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الامتياز إتجاه أحد أشخاص القانون العام يسمى مانح الإمتياز، بناء منشأة عامة مقابل الحصول على إتاوات نتيجة استغلال هذه المنشأة".

يتبين أن مهمة صاحب الإمتياز في إمتياز الأشغال العامة، تقتصر على بناء منشآت عامة ومن ثمة إدارتها وصيانتها لمدة محددة دون ارتباط جوهري بمهمة، وبمقارنته مع تعريف الذي أتى به مفوض الحكومة لامتياز المرفق العام، يتبين مدى تطور عن الإمتياز الذي إمتد ليشمل أي عملية تهدف إلى تحقيق مرفق عام⁽³⁾.

⁽¹⁾ CE 30 mas 1916 , N° 59928, Rec.Leb, p 125 : *Le commissaire du gouvernement Chardenet définit la concession de service public* : « c'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais avec ou sans subvention avec ou sans garantie d'intérêts et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrages public ou sur ceux qui bénéficient du service public » *Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, op cit, p 170*

⁽²⁾ CE 22 juin 1928, N° 89767, Rec.Leb, p 785

⁽³⁾ وليد حيدر جابر مرجع سابق، ص 517 - 520

أكد مجلس الدولة الفرنسي على وجود نوع جديد من المرافق العامة التي تمارس نشاطا له طابع صناعي أو تجاري، كان ذلك بصدور عدد من القرارات القضائية تضمنت دورا عن فكرة المرفق العام التقليدي أهمها قرار 'Bac d'elaka' الصادر في 22 جانفي 1921⁽¹⁾.

إن تطور المرفق العام ساهم بشكل كبير في بروز فكرة التفويض، لأن المرافق العامة الصناعية والتجارية تشكل الحفل الأساسي لها، حيث يقول العميد Hauriou أن هناك بعض المرافق العامة التي لا يمكنها أن تتحقق إلا عن طريق الإمتياز⁽²⁾.

أيد الفقه الحديث لاسيما الأستاذ Dufiau هذا التوجه الذي رأى أن المرافق العامة الاقتصادية تشكل امتياز في تقنية التفويض وأيضا الأستاذ Auby اعتبر أن قطاع المرافق العامة الصناعية والتجارية تشكل المجال المفضل في تقنية التفويض⁽³⁾.

⁽¹⁾Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain (Rec.91: D.1921.3.1.concl.Matter: S.1924.3.34.concl.) Sur la régularité de l'arrêté de conflit. Cons. que, si le lieutenant-gouverneur de la Côte d'Ivoire a, par un télégramme du 2 oct.1920, sans observer les formalités prévues par l'ordonnance du 1er juin 1828, déclaré élever le conflit, il a pris, le 13 oct.1920, un arrêté satisfaisant aux prescriptions de l'art.9 de ladite ordonnance: que cet arrêté a été déposé au greffe dans le délai légal : qu'ainsi le Tribunal des conflits est régulièrement saisi :

Sur la compétence :

Cons. que, par exploit du 30 sept.1920. la Société commerciale de l'Ouest africain, se fondant sur le préjudice qui lui aurait été causé par un accident survenu au bac d'Eloka, a assigné la colonie de la Côte d'Ivoire devant le président du tribunal de Grand-Bassam, en audience des référés, a fin de nomination d'un expert pour examiner ce bac; Cons., d'une part, que le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public ; d'autre part, qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire; que, par suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué, que celui-ci ait eu pour cause, suivant les prétentions de la Société de l'Ouest africain, une faute commise dans l'exploitation ou un mauvais entretien du bac ; que, si donc c'est à tort qu'au vu du déclinatoire adressé par le lieutenant-gouverneur, le président du tribunal ne s'est pas borné à statuer sur le déclinatoire, mais a, par la même ordonnance désigné un expert contrairement aux art.7 et 8 de l'ordonnance du 1er juin 1828, c'est à bon droit qu'il a retenu la connaissance du litige:...(Arrêté de conflit annulé).

Cette conception apparut la même année dans un arrêt du Conseil d'Etat relatif au service des assurances Maritimes contre les risques de guerre (CE 23 dec.1921. Sexies rule d'ann .Rec.1109: RD publ.1922.74.concl.Rivet). Elle se retrouve dans la jurisprudence limitant, à la même époque, les initiatives publiques concurrençant l'initiative privée (CE 30 mai 1930. Chce wicle du cywere en detail de Nevery w obs.) Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, , op cit, p 207

²⁾ Hauriou: "Par suite d'une sorte de politique administrative, il y a toute une série de services publics qui me peuvent être exécutés que par le système de la concession. Ce sont les services publics que l'on considère comme des entreprises économiques" Not Cité par René Chapus, droit administrative sous CE 14 février 1902. Blanleuil et Vemaadon générale, Edition Montchrestien 1998, p 174

⁽³⁾ Jeanfrançois Auby, la délégation de service public. Guide pratique, Edition Dalloz, Paris 1997.

ويمكن القول أن المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ساهمت في ظهور فكرة تفويض المرفق العام، لأن ممارسة هذه المرافق النشاطات مشابهة التقطت الخواص يعطي إمكانية تفويض إدارتها.

إن تفويض المرفق العام ليس بآلية حديثة، وإنما تعود جذورها إلى بداية القرن الماضي عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري.

كما ساهمة فكرة الشراكة بين القطاع العام والخاص في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية بسبب عقود الإمتياز التقليدية، حيث كانت التقنية المعمول بها في مجال العلاقات البترولية هي ذاتها التقنية التي وضعها القانون الإداري الفرنسي، وتتنصر أساسا في عقود الإمتياز التقليدية⁽¹⁾، حيث يرجع سبب ظهور عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص إلى سنة 1963 تاريخ صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي *ville de colombes* هذا القرار الشهير الذي أسس نشأة عقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة⁽²⁾، حيث تعلق العقد برفع المخلفات المنزلية مقابل مكافأة جزافية تلتزم المدينة بدفعها للمتعاقد، وكيف مجلس الدولة الفرنسي هذا العقد بعقد مشروع مقولة أشغال عامة، بالرغم من تولي المتعاقد إنشاء التجهيزات الأولية للمرفق العام واستغلاله طوال الفترة التعاقدية، إلا أنه في عام 1993 كيف الفقه الفرنسي عقود (METP) على أنها عقود تفويض المرفق العام، لأن المتعاقد يكون مكلفا بتنفيذ مرفق عمومي، كما ترتبط حقوقه بمراحل التنفيذ خلال مدة العقد أي أن المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستغلال وهو المعيار المميز لعقود تفويض المرفق العام.

(1) منور فريدة، عقود الامتياز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الفرع: عقود ومسؤولية، كلية

الحقوق بن عكون، الجزائر، 2011-2012، ص 138.

(2) Marche D'entreprise Des travaux public METP

ظهر إصطلاح تفويض المرفق العام في بادئ الأمر بمقتضى الواقع العملي للإدارة⁽¹⁾ التي تأثرت بصدور رأي مجلس الدولة في قضية *Cantines scolaires*⁽²⁾، الذي اعتبرها من المرافق العامة الإدارية الجائز تفويض إدارتها واستثمارها إلى أشخاص القانون الخاص⁽³⁾، بعد ذلك أمام مجلس الدولة في 7 أكتوبر 1989 بشأن نطاق تطبيق الإدارة المفوضة *La gestion déléguée* فيما يتعلق بما إذا كان جائزا لسلطة محلية أن تفوض إدارة مرفق عام إداري إلى مشروع خاص.

كرس القضاء الإداري الفرنسي مفهوم التفويض في إدارة المرافق العامة بموجب قرار صدر عن مجلس الدولة الفرنسي في عام 1964 حيث أقر ضمن طرق استغلال المرافق العامة تكريس مفهوم تفويض المرفق العام.

أما بالنسبة للفقهاء، فقد ظهر تعبير تفويض المرفق العام للمرة الأولى في عام 1980 على يد الأستاذ Auby فقد استخدمه في اصطلاح الإدارة المفوضة وقصد به إدارة المرفق العام بواسطة شخص معنوي غير الجهة المنظمة أو المؤسسة العامة التي تنشأ لهذا الغرض⁽⁴⁾.

ويعني تفويض المرفق العام هو أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إدارة مرفق عام إلى شخص آخر غالبا ما يكون شخص من أشخاص القانون الخاص.

⁽¹⁾VEDEL George, DELVOLVE Pierre, Droit administratif, tome 2, PUF, Paris, 1993, P792

⁽²⁾J.O., 20 décembre 1987, p.14863

J.F.Auby, Les services publics locaux, PUF, n2023, 1982, p.39.

⁽³⁾انظر، وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 43.

⁽⁴⁾Jean-François Auby, le service public, édition du *Mouiteur*, Paris, 2003, p409.

ثانيا: مساهمة التشريع الفرنسي:

في اللغة القانونية لم يستعمل تفويض المرفق العام إلى من خلال القانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية الجمهورية الفرنسية المسمى بقانون Loi joxe⁽¹⁾، إذ نص على عدد من الإجراءات الخاصة بإبرام عقود تفويض المرفق العام المتمثلة في الإعلان المسبق عن نية التعاقد تطبيقا للتوجهات الأوروبية⁽²⁾، وهذا القانون استعمل مصطلح التفويض لكن لم يعط معنى دقيقا إلا أنه اقتصر على تنظيم عقود التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة التابعة للجماعات المحلية، بحيث تناوله في أكثر من موضوع، ومن أهمها: اتفاقية تفويض المرفق العام واتفاقية تسيير المفوض وعقد المرفق العام. وقد اقتصر هذا القانون على تنظيم عقود تفويض المرفق العام التابع للجماعات الإقليمية.

يعتبر قانون Sapin⁽³⁾ الإطار العام لتفويض المرفق العام في فرنسا القانون رقم 93-122 الصادر في 29 جانفي 1993 المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، حيث إشتمل على قواعد نظمت آلية تنفيذ المرفق العام، ويشكل هذا القانون مع التعديلات التي خضع لها الإطار العام لتفويض المرفق العام في فرنسا⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Loi n°92.125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. JORF n°33 du 8 février 1992. www.legifrance.fr.

⁽²⁾ Gilles J. Guglielmi, Introduction au droit des services public, LG.DJ. Paris 1994, P114

⁽³⁾ القانون رقم 93-122 المؤرخ في 9 جانفي 1993، المتعلق بمحاربة الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية المسمى بقانون Sapin، الذي يعتبر الإطار العام لتفويض المرفق العام في فرنسا.

حيث نظم هذا القانون تفويض المرفق العام في الفصل الرابع منه، ضمن القسم الثاني المخصص للأحكام العامة ذات الصلة بشفافية في الحياة الاقتصادية، من حيث تخصيص فصل رابع بعنوان "تفويضات المرفق العام". وذلك من المادة 38 إلى المادة 47 منه، وقد نظم بموجب هذه المواد كل من القواعد والأصول اللازمة لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام كما وسع من نطاق تطبيق تفويض المرفق العام، إلى الأشخاص التي يمكن أن تبرم عقد تفويض المرفق العام، وذلك باعتبار أن المشرع استعمل عبارة "الشخص الخاضع للقانون العام"، ويدخل في هذا المقام كل من الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة.

⁽⁴⁾ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n°25 du 30 janvier 1993 Modifiée et complétée. www.legifrance.fr

بعد هذه القوانين أصبح تعبير تفويض المرفق العام متداولاً، وصدرت مجموعة من القوانين تتولى تنظيم النواحي المختلفة لهذا النوع من العقود، التي منها القانون الصادر في 9 فيفري 1994 بشأن بعض الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبقاء، والقانون الصادر في 2 ماي 1995 بشأن حماية البيئة⁽¹⁾، والقانون رقم 1168-2001 الصادر في 11 ديسمبر 2001 والمتعلق بالتدابير الاستعجالية⁽²⁾ للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي والمالي، حيث اهتم هذا القانون بتنظيم الصفقات العامة والتفويض في إنارة واستغلال المرفق العام، فلهذا القانون أهمية خاصة لأنه وضع ولأول مرة تعريفاً موحداً لصور تفويض المرفق العام كافة، وذلك في نص المادة الثالثة منه⁽³⁾، بحيث ينسجم هذا التعريف مع المبادئ التي جاء بها قانون "Sapin" الذي شكل مع تعديلاته الإطار القانوني لتفويض المرفق العام.

في ذات السياق نظم القانون العام للجماعات الإقليمية الفرنسي في الفصل الأول من الكتاب الرابع منه تفويضات المرافق العام وذلك من نص المادة 4111 L-1⁽⁴⁾ إضافة إلى هذه القوانين توجد إلى جانبها عدة قوانين أخرى خاصة في مجال المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري لتكريس هذه الآلية كأسلوب لتسييرها وذلك استجابة خاصة للقانون العام للجماعات الإقليمية، كالقانون رقم 95-101 المؤرخ في 2 فيفري 1995 المتعلق بتعزيز

(1) أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 77
 (2) إثر تعديل قانون رقم 93-125 بموجب قانون 1168-2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المتعلق بالتدابير الطارئة في سبيل تحقيق إصلاحات اقتصادية ومالية المسمى بقانون *Murcef* أعطى المشرع الفرنسي لأول مرة تعريفاً لتفويض المرفق العام وذلك في نص المادة الثالثة منه إذ جاء فيها على أن تفويض المرفق العام عبارة عن عقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، مقابل مالي يتحصل عليه هذا الأخير مرتبط بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يعهد إلى المفوض له إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق.

la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de reformes à caractère 288 du 12 décembre 2001. modifiée et complétée. La loi économique et financière, JORF 93.137

(3) « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ledélégataire peut être charge de construire des ouvrages ou d'acquérir des bien nécessaires au service ». Art.3 de la loi n° 20011168, Op. Cit.

(4) Code général des collectivités territoriales, dernière modification le 29 janvier 2017. www.legifrance.gouv.fr.

حماية البيئة، إذ نص صراحة على أسلوب تفويض المرفق العام كآلية تسيير مرفق المياه الصالح للشرب⁽¹⁾.

أقرت هذه الآلية كأسلوب للتسيير في مرفق النقل ومرفق المياه والتطهير، خاصة وأن القانون العام للجماعات الإقليمية ينص على أن تنظيم الخدمات العامة المحلية والتي من بينها: المياه - النقل يقع على عاتق البلدية أو مجموعة من البلديات ولكن إدارتها يمكن أن تتم مباشرة عن طريق الاستغلال المباشر أو تخضع لعقد التفويض لأحدى الشركات القطاع الخاص، بحيث تحتفظ الدولة بعملية المرفق بينما تعهد إلى القطاع الخاص إدارة أو تسيير هذا المرفق⁽²⁾.

بإصدار قانون الصفقات العامة في 2001 في فرنسا تم إنهاء الوجود القانوني لعقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة، بموجب (المادة 94) التي حظرت صراحة شرط الدفع المجزأ في عقود الأشغال العامة، وكذا (المادة 10) من نفس القانون التي منعت إبرام العقود الإجمالية، في حين أن هذا النوع من العقود يتضمن عقد أشغال عامة بالنسبة لإنشاء المرافق وعقد صيانة واستغلال لها في نفس الوقت، أي يعد من العقود المركبة التي حظر إبرامها صراحة بموجب القانون، بعدها ادمج المشرع الفرنسي آلية تفويض المرفق العام مع عقد امتياز الأشغال العمومية بموجب القانون المنظم لعقد الإمتياز⁽³⁾.

البند الثاني: فكرة التفويض في التشريع الجزائري

في الجزائر ظهر مصطلح تفويض المرفق العام في العديد من النصوص القانونية،

1 4 Loi n°95/101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF du 4 Février 1995. www.legifrance.fr

(2) COURBIS Camille, La délégation des services publics d'eau potable : un mode de gestion efficace, séminaire «services publics et sphère privée : le nouveau partenariat» du 8 septembre 2008. p18.

(3) L'ordonnance n°201-665 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, JORF du 30 janvier 2016. www.legifrance.gouv.fr..

Directive européenne n° 89-440 du 18 juillet 1989 n°89440 modifiant la directive 71-305 CEE, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, J.O.C.E du 21 juillet 1989. www.legifrance.gouv.fr.

هذا ما يجعل الحديث عن ظهور فكرة تفويض المرفق العام في الجزائر يأخذ اتجاهين: الاتجاه الأول مرحلة إدراج تقنية التفويض في عدة قوانين، والاتجاه الثاني بعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247، المرحلة التي تبنى فيها المشرع وحدة القانون .

أولاً: إدراج آلية التفويض في عدة قوانين

ارتبطت فكرة تفويض المرفق العام في الجزائر بفكرة امتياز المرفق العام، بمعنى أنه لا مجال للحديث عن تفويض المرفق العام خارج عن الإمتياز، واستمر هذا الفكر إلى غاية صدور القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه والذي حمل مصطلح " تفويض المرفق العام " ولكن بمفهوم مختلف عن المفهوم المعمول به في التشريع الفرنسي⁽¹⁾.

أعطى القانون رقم 05-12 الصادر في 4 أوت 2005 المتعلق بالمياه⁽²⁾، مفهوماً مختلفاً لتفويض المرفق العام حيث يعتبر مرحلة ثانية بعد منح الإمتياز للأشخاص القانون العام أو الخاص، والذي وجد تطبيقه في المرسوم التنفيذي رقم 10-275 الصادر في 4 نوفمبر 2010 الذي يحدد النظام القانوني للموافقة على اتفاقية تعويض الخدمة العمومية للمياه والتطهير⁽³⁾، وما يمكن تسجيله على هذا القانون أن المشرع الجزائري يعتبر "التفويض" شيء و"الإمتياز" شيء آخر مستقل عن الأول والحقيقة غير ذلك فلامتياز ما هو إلا صورة من صور التفويض.

(1) نادية ظريف، المرفق العلم بين ضمان المصلحة العامة وهدف للمردودية حالة عقود الإمتياز، أطروحة دكتوراه في

القانون العالم، جامعة الجزائر أبين يوسف بن خدة، سنة 2012-2013، ص 125

(2) القانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتضمن قانون المياه، ج ر، العدد 60، لسنة 2005 المعدل والمتمم .

(3) المرسوم التنفيذي رقم 10-275 المؤرخ في 4 نوفمبر 2010 بحد النظام القانوني للموافقة على اتفاقية تفويض الخدمة

العمومية للمياه، ج ر العدد 68، لسنة 2010.

على المستوى المحلي فقد حمل القانون 11-10 الصادر في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية⁽¹⁾، مصطلح التفويض، وأعتبره كطرق لتسيير المرفق العام ولكن بمفهوم مختلف عن ما تناوله المشرع الفرنسي.

حيث يعتبر التفويض في مجال الخدمة العمومية للمياه أسلوبا مستقلا بذاته لا يشمل الإمتياز وإنما يختلف عنه، ولم يتضمن قانون المياه القدر الكافي من النصوص الكفيلة بتحديد العناصر المكونة للنظام القانوني التفويض الخدمة العمومية، وإن كان قد ذكر بعضها مثل مضمون التفويض وأطرافه وأشكاله والإجراءات المتبعة في منحه⁽²⁾، إلا أنه لم يتم بتفصيلها مما جعل أسلوب تفويض الخدمة العمومية للمياه على قدر كبير من الغموض، وهو ما جعل أغلب الفقه الجزائري يدرس هذا الأسلوب من منظور المشرع الفرنسية.

يرجع السبب في تبني هذه التقنية على مستوى قطاع المياه، هو عجز المؤسسات العمومية الوطنية على التحكم في تسيير قطاع المياه مما خلق أزمة حادة في إعداد المواطنين الجزائريين بالمياه خاصة في المدن الكبرى⁽³⁾، ومن أجل إصلاح طرق التسيير ورفع الكفاءة الإدارية لمؤسسات المياه واستقطاب الدعم المالي من خلال المستثمرين، قامت

⁽¹⁾ القانون 11-10، المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37 لسنة 2011، المعدل والمتم بالامر 21-13 مؤرخ في 31 أوت 2021، ج ر العدد 67 لسنة 2021، موافق عليه بالقانون 21-13 المؤرخ في 01 ديسمبر 2021، ج ر، العدد 91، لسنة 2021 .

⁽²⁾ Rachid Zomaimia, *la délégation de service public au profit de personnes privées*, Edition Belkeise, Alger, 2013, p55 .

⁽³⁾ اتفاقيات التسيير المفوض للمرفق العام في مجال المياه بالنسبة السفن الكبر اتفاقيه التسيير المفوض بين شركة المياه والتطهير الجزائر (SE AAL) والشركة الفرنسية Suez environnement ، لمدة خمس سنوات تمكن من 2006 إلى غاية 2011 وقد تم تجديد العقد إلى غاية 2016 اتفاقيه التسيير المفوض بين شركة المياه والتطهير وهران (SECR) والشركة الأسبانية (Aghar) وهو فرع اسباني الشركة (Suez)، لمدة خمس سنوات من 2008 إلى 2013 وتم تجديد العقد لينتهي بحلول 2018 .

وزارة الموارد المائية منذ سنة 2005 بالاستعانة بخبرة القطاع الخاص الأجنبي في مجال تسيير وتوزيع المياه بأكثر مدن الجزائر⁽¹⁾.

إن تعديل قانون المياه لسنة 2008 أعطى للبلدية إمكانية تفويض الخدمة العمومية للمياه، على مستوى إقليمها، باستثناء البلديات التي تدخل تحت نطاق الشركات الوطنية المفوضة بالمدن الكبرى في الجزائر العاصمة، وهران، عنابة والطارف، قسنطينة⁽²⁾.

إن كان قانون البلدية الجديد رقم 10-11 قد نص في المادة 156 على تفويض المصالح العمومية للبلدية كطريقة لتسيير المرفق العام، إلا أنه وسع من مفهوم التسيير المفوض⁽³⁾، فهذا التسيير أعطى تصور بعيد كل البعد عن مفهوم التفويض، حيث جعل الصفقة وعقد البرنامج طرق للتسيير المفوض، التي تخضع في منحه لنفس إجراءات الصفقات العمومية، ويظهر لنا في هذه الحالة عدم التحكم الدقيق في اللغة القانونية ومضامينها، مما يؤدي إلى الابتعاد عن المعنى الحقيقي للتفويض.

ثانيا: مرحلة جمع آلية التفويض في قانون واحد

إنتهجت الدولة الجزائرية مؤخرا أساليب عديدة ومتطورة من أجل مواكبة مختلف متطلبات الحياة سواء في المجال السياسي أو الاقتصادي وغيرها من المجالات الأخرى، خاصة تصرفاتها سواء الانفرادية أو التعاقدية، وهذه الأخيرة عرفت تطورا ملحوظا خاصة في مجال الصفقات العمومية وعقد تفويض المرفق العام، من خلال المرسوم 15-247 الذي

⁽¹⁾ فرح رشيد سياسة، إدارة الموارد المائية في الجزائر ومدى تطبيق الخصخصة في قطاع المياه، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير فرع التخطيط، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم الكبير، جامعة الجزائر 03، 2010، ص 277.

⁽²⁾ القانون رقم 03-08 المؤرخ في 23 جانفي 2008، المعدل والمتمم القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، ج ر عدد 4 الصادرة في 27 جانفي 2018 .

⁽³⁾ المادة 156 من القانون 10-11، المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37 لسنة 2011، المعدل والمتمم بامر 13-21 ماضي في 31 أوت 2021، ج ر العدد 67 لسنة 2021، موافق عليه بالقانون 13-21 المؤرخ في 01 ديسمبر 2021، ج ر، العدد 91 لسنة 2021، التي تنص على انه " يمكن للبلدية أن تقوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

أقر في مادته 207 على إمكانية الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له بموجب اتفاقية.

بهذه الصفة، يمكن لسلطة المفوضة أن تعهد إلى المفوض له بموجب اتفاقية التفويض التي تتم إبرامها وفق الأحكام المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ونظر لتطور الحياة ومتطلباتها وجدت الدولة نفسها مجبرة في إطار عقود تفويض المرفق العام عن طريق تحويل بعض مهامها غير السيادية إلى شخص عام أو خاص مقيم في الجزائر، من أجل تسيير بعض المرافق العامة، جاء المرسوم 18-199 لبيّن وجهة نظر الدولة ومتطلبات تنظيم يتعلق بتفويض المرفق العام، خاصة تغيير الأوضاع الاقتصادية من جهة، وتطور المعاملات ووسائل الاتصال الحديثة من جهة أخرى .

يعتبر النظام القانوني لتفويض المرافق العامة في الجزائر شبيها بالنظام القانوني الفرنسي، فالمشرع الجزائري أصبح ينظر إلى هذا الأسلوب كإطار قانوني يضم مجموعة من العقود تتوفر فيها أسس معينة تميزها عن العقود الأخرى، خاصة عقود الصفقات العمومية، وهذا التوجه في المرسوم الرئاسي الجديد مخالف في أحكامه لما سبق تناوله في قانون المياه وقانون البلدية، حيث أصبح الإمتياز صورة من صور تفويض المرفق العام على عكس ما هو معمول به في قانون المياه الذي إعتبر الإمتياز أسلوب مختلف عن التفويض⁽¹⁾.

أصبح التفويض عقدة موازي لعقود الصفقات العمومية وليس من أنواعها، كما تناوله المشرع في قانون البلدية⁽²⁾.

تعتبر محولة المشرع الجزائري جمع نظام تفويض المرفق العام، كنظام يشمل جميع المرافق العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247، ثم حصر هذه الآلية سنة 2108 قطاعات محددة، يرجع السبب في إعتقادنا إلى الظروف السياسية والاقتصادية التي تمر بها

⁽¹⁾المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العلم، مرجع سابق.

⁽²⁾المادة 156 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

الجزائر، جراء أزمة انخفاض أسعار البترول وعدم قدرة الميزانية على تمويل المشاريع الوطنية، وذلك في إطار البحث عن تمويل خارج الميزانية.

الفرع الثاني

تحديد مفهوم آلية تفويض المرفق العام

يعود ظهور آلية التفويض لمضمون هذه الفكرة ومداهها، فقد أثبتت تساؤلات حول هل أن أي نقل للمهمة تنفيذ مرفق عام (البند الأول) يدخل في مضمون فكرة التفويض التي جاء بها المشرع الفرنسي أم أنه يتحدد مضمون هذه الفكرة بأنواع معينة من العقود، خاصة أمام تعدد التعاريف الفقهية (البند الثاني) والقانونية (البند الثالث) لتفويض المرفق العام الذي تتوفر فيه خصائص محددة (البند الرابع).

البند الأول: تحديد مفهوم المرفق العام

سننظر في هذا العنصر لفكرة المرفق وتعريفه من المعنى العضوي والمعنى الوظيفي

أولاً: فكرة المرفق العام.

أن فكرة المرفق العام هي أساس القانون الإداري وهي التي تحدد مجال تطبيقه وتسمح بتفسير وبيان طبيعة الكثير من قواعد القانون الإداري، والعقود الإدارية، التي تحكمها قواعد خاصة مختلفة عن القواعد التي تنطبق على العقود المدنية، لأنها تتعلق بالمرافق العامة، ونشاطها والأموال المملوكة للمرفق العام تصبح أموالاً عامة، تتمتع بحماية خاصة وأحكام مستقلة عن الأموال الخاصة والمسؤولية في المرفق العام تخضع لأحكام مختلفة عن قواعد المسؤولية المدنية لأنها ناتجة عن أخطاء الإدارة أثناء إدارتها للمرافق العامة.

قد أرسى القضاء الإداري الفرنسي أساس نظرية المرفق العام في حكم شهير لمحكمة التنازع عرف بحكم بلانكو⁽¹⁾ (BLANCO) والتي أكدت أحكام أخرى متتالية صدرت عن مجلس الدولة إلا أن هذه النظرية لم تستمر على حال واحد منذ ظهورها، بل رافقها تحولات وتغيرات أدت أحيانا إلى التشكيك فيها كأساس للقانون الإداري، فقد ساد المذهب الفردي الحر وتميزت الحياة الإدارية بطابع الحرية للنشاط الفردي وبهيمنة الاقتصاد الحر حتى الحرب العالمية الأولى وكان من الطبيعي أن تكون المرافق العامة محدودة العدد وتغلب عليها الصفة الإدارية والسياسية، إلا أنه مع أواخر القرن التاسع عشر بدأت بعض المرافق الاقتصادية بالظهور وعندها عملت الإدارة العامة والسلطات العامة على إخضاعها لقواعد تنظيم المرافق العامة لتحي في ظل القانون العام، وتتميز عن المشروعات الاقتصادية للأفراد بنظامها وإدارتها، وعليه كان من السهولة بمكان التمييز بين المرافق العامة من جهة والنشاط الخاص من جهة أخرى وما يتمتع ذلك من سهولة تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري⁽²⁾.

⁽¹⁾Cette décision consacre ainsi la responsabilité de l'Etat, mettant fin à une longue tradition d'irresponsabilité, qui ne trouvait d'exceptions qu'en cas de responsabilité contractuelle ou d'intervention législative, telle la loi du 28 pluviôse an VIII pour les dommages de travaux publics. Il soumet toutefois cette responsabilité à un régime spécifique, en considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État du fait du service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier. La nécessité d'appliquer un régime spécial, justifié par les besoins du service public, est ainsi affirmée. Le corollaire de l'existence de règles spéciales réside dans la compétence de la juridiction administrative pour connaître de cette responsabilité, en application de la loi des 16 et 24 août 1790, qui interdit aux tribunaux judiciaires de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ». Au-delà même de la responsabilité, l'arrêt reconnaît le service public comme le critère de la compétence de la juridiction administrative, affirme la spécificité des règles applicables aux services publics et établit un lien entre le fond du droit applicable et la compétence de la juridiction administrative. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions/contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-etat-tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanc>

⁽²⁾حمدي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 272

ثانياً: تعريف المرفق العام

في البداية ينبغي التذكير إن لفكرة المرفق العام علاقة وثيقة بالقانون الإداري كفرع من فروع القانون، وهذا ما رأيناه عند دراسة أسس القانون الإداري، حيث استندت مدرسة المرفق العام لهذه الفكرة القانونية واعتبرتها أساساً لتحديد نطاق القانون الإداري وتطبيق أحكامه. كما إعتد عليها أيضاً لرسم مجال اختصاص كل من القضاء العادي والقضاء الإداري. واعتبرت مدرسة المرفق العام الدولة بمثابة جسم خلاياها المرافق العامة. ويعتبر المرفق العام أكثر المفاهيم القانونية غموضاً وإثارة للجدل، بعض الفقهاء من إرتكز على معيار الوظيفي، ومنهم من استند في تعريف المرفق العام إلى معيار العضوي ومنهم من مزج بين الأول والثاني.

أ- المعنى العضوي

يقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المعنى كل منظمة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور، ومن هنا جاز إعتبار كل من مرفق القضاء والأمن والدفاع وغيرها مرافق عامة لأنها منظمات أنشأتها الدولة بغرض أداء خدمة للجمهور⁽¹⁾، ويتصف هذا المعنى بالشمولية والإطلاق حتى أن الدكتور أحمد محيو قال عنه يقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المفهوم الإدارة بشكل عام⁽²⁾.

ب- المعنى الوظيفي أو الموضوعي

(1) شاب توما منصور، القانون الإداري، ط1، جامعة بغداد 1980، ص 194.

حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، المرافق العامة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص 45.

(2) أحمد محيو، مرجع سابق، ص 430.

يقصد بالمرفق العام بالنظر للمعيار الموضوعي كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة⁽¹⁾، ومن ثم تخرج عن نطاق هذا التعريف سائر النشاطات الخاصة كالمؤسسة الخاصة كما يخرج عنه المشروعات التي تستهدف فقط تحقيق الربح.

إن الجانب المادي أي منظور النشاط المرفق العام من أصعب المفاهيم وأعقدها في القانون العام تعريفا فنجد لها محتوى تاريخي وإجتماعي وإقتصادي وسياسي، فالمرفق العام متعلق بالنشاطات المرتبطة بسيادة الدولة مثل الأمن والعدالة والنقد والجباية، وهو مرتبط بحاجات أساسية للمواطنين تؤمنها الإدارة وتقع تحت مسؤوليتها⁽²⁾.

فالمرفق العام هو النشاط الذي يهدف لتلبية حاجة من المصلحة العامة البحث عن هل النشاط يحقق المصلحة العامة⁽³⁾.

عرفه الأستاذ "CHapus" المرفق العام هو نشاط يقوم به أو يؤمنه شخص عام لتحقيق المصلحة العام⁽⁴⁾، كما عرفه الأستاذ "CHEvallier" المرفق العام هو إتمام الوظيفة وتحقيق لمهمة بالنتيجة هو نشاط ملموس يعود لبعض الأعضاء تحقيقه⁽⁵⁾.

عرفه الفقيه "Duguit" هو كل نشاط يعود مهمة تحقيقه وتنظيمه والإشراف عليه للحكام، لأن تأمينه هو لازم لتحقيق وتطوير التعاقد الاجتماعي⁽⁶⁾.

فالمرفق العام يعني ممارسة نشاط يحقق المصلحة العامة، وقد يستعمل تعبير المرفق العام ليس فقط للدلالة على النشاط أو المهمة المحققة للمصلحة بل أيضا للدلالة على الهيئة

⁽¹⁾ محمد فاروق عبد الله، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومي التقليدي والإشتراكي ديوان المطبوعات الجامعية 1987، ص 6.

رياض عيسى، نظرية المرفق العام في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص 11.

⁽²⁾ Essaid Taib، Introduction au Management Public، cour au management public، majistère « L'Etat et les institutions 2.02، 2001 : p، 2008/2007، BENAkoun droit de faculté la، publics

⁽³⁾ جورج فيدال وبيار دلفولفيه (ترجمة منصور القاضي)، القانون الإداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص 538.

⁽⁴⁾ René Chapus، le service public et la puissance publique، RDP، 1968، p : 237

⁽⁵⁾ Jacques Chevallier، le service public، P.U.F Collection، que sais -je، Paris، 1997، p : 33.

⁽⁶⁾ L.Duguit، Droit constitutionnel، 3 ème édition، 1928، Tome 2، p : 55.21

التي تتولى إدارة المرفق العام، ونلاحظ أن المهام التي يزود بها الأشخاص المعنويون من القانون العام هي مهام مصلحة عامة وتطابق المعيار المادي مع المعيار الشكلي يؤدي إلى اليقين بأننا أمام مرفق عام.

البند الثاني: تعريف التفويض لغة واصطلاحاً

سنستخلص فكرة التفويض من خلال تتبع هذه الفكرة عند فقهاء اللغة العربية وفي التطبيق العملي لها ومدى إستخدامها، حيث إنها كانت تجمع عدة معاني وأفكار منها المعاونة المشاركة شد الأزر والإنابة حتى استقر هذا الفكر الإداري وأصبح يطلق عليه صراحة لفظ التفويض كما سوف نوضحه من خلال:

أولاً: التفويض لغة

يعرف التفويض لغة بأنه تكليف الفرد لأخر لمهمة يؤديها له بدلا عنه فقد جاء في القاموس المحيط لفظ ووضع إليه الأمر أي سيره إليه وجعله الحاكم فيه وقيل جعل له التصرف فيه، وقيل رد إليه الأمر، وقيل قوم مختلطون وهم الذين لا أمير لهم ولا من يجمعهم⁽¹⁾.

جاء في معجم ألفاظ القرآن الكريم الصادر عن مجمع اللغة العربية في مادة فوضى والفوضى ومن الحسي بات فوضى أي مختلطين، ومالهم فوضى بينهم أي مختلط فيه، ومنه يجب الاتكال في الأمر على آخر ورده إليه، فيقال فوض إليه أمره، ومن هذا المعنى ورد المضارع في أفوض وتفاوض الشريكان في المال أي اشترك فيه وهي شركة، ومفاوضه، وفواوضه في أمره جازه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاض بعضهم بعضاً⁽²⁾.

⁽¹⁾ لسان العرب لابن منظور، قدمه عبد الله العلايلي، الجزء الرابع، باب الفاء، دار الجيل، دار لسان العرب، لبنان، 1984، ص1144.

⁽²⁾ معجم اللغة العربية، معجم القرآن الكريم، المجلد الثاني، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، 1970، ص349

جاء في القرآن الكريم قوله تعالى " فستذكرون ما أقول لكم وأفوض أمري إلى الله إن الله بصير بالعباد"⁽¹⁾، وذلك بمعنى أردوا أمري إلى الله.

وكما أن لفظ التفويض يدخل في فكرة الإنابة، وهي أن يقوم الشخص مكان الشخص كما يشمل هذا اللفظ معنى المعاونة والمؤازرة ومن ذلك قول الله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام "واجعل لي وزيراً من أهلي هارون أخي أشد به أزري وأشركه في أمري"⁽²⁾.

ثانياً: التفويض إصطلاحاً⁽³⁾

إن مقتضى التفويض في نظر الفقهاء المسلمين هو أن يتولى أو يستوزر ولي الأمر من يفوض إليه وقد جاء بهذا المعنى في كتاب الأحكام السلطانية للإمام الماوردي قوله: أن ما وكلا لإمام من تدابير الأمة لا يقدر على مباشرة جميعه الذي استتابه⁽⁴⁾. وقد ذهب إلى مثل ذلك العلامة ابن خلدون حين قال أعلم أن السلطان في نفسه ضعيف، يحمل أمراً ثقيلاً فلا بد له من الاستعانة ببني جنسه، وإن كان يستعين بهم في ضرورة معاشه وسائل مهنة، فما ظنك بسياسة نوعه، ومن استرعاه الله من خلقه، وعباده على بعض في أنفسهم⁽⁵⁾.

(1) القرآن الكريم الآية 43 من سورة غافر.

(2) الآية 29 إلى 32 من سورة طه.

(3) المصطلح هو أداة من أدوات التفاهم والتواصل بين الجماعة أو مجموعة من الناس في مجال من مجالات المعرفة، إذا يعتبر لغة مشتركة بين مجموعة من العلماء، وهو يتوحد ولا يتعدد في معناه بحيث لا يجوز أن يحمل أكثر من معنى واحد وهو على النقيض من المعنى المعجمي اللغوي فهو يتصف بالخصوصية والوضوح والدلالة التي لا تحمل الاحتمالات، لذلك فالمدلول الاصطلاحي غير المدلول اللغوي: انظر، صالح مفقودة، نصوص وأسئلة، دار الكتاب، الجزائر، 2000، ص 21.

(4) أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، 1966، ص 20.

(5) عبد الرحمان ابن خلدون، المقدمة، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 2010، مصر، القاهرة، ص 210.

البند الثالث: التعريف بالتفويض في القانون والإدارة العامة (1)

التعريف بالشيء على حد رأي المناطق العرب، يشمل ويتناول حده التام، ويفيد التفويض لغة التكليف بمهمة يعهد بها إلى فرد الأخر، وحول هذا المعنى تدور تعريفات فقهاء القانون وفقهاء الإدارة العامة.

أولاً: التفويض في فقه القانون الإداري الفرنسي (2)

هو الإجراء الذي تعهد بمقتضاه السلطة لسلطة أخرى بجزء من اختصاصاتها بناء على نص قانوني أذن لها بذلك، لقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه الإجراء الذي تكلف بواسطته سلطة مصلحة أخرى أن تعمل باسمها في حالة معينة أو مجموعة من الحالات المحددة (3)، كما يتفرع إلى عدة مفاهيم :

أ-: التفويض في القانون الإداري

يتفرع إلى تفويض السلطة (الاختصاص)، وتفويض التوقيع.

-تفويض الاختصاص في قانون إداري هو نقل سلطة إدارية، ضمن الحدود القانونية، لواحد أو أكثر من اختصاصاتها إلى وكيل آخر (محدد باسمها). وخلال مدتها، يتم استبدال السلطة المفوضة، في المسؤوليات المتكبدة وفي ممارسة الصلاحيات المفوضة، إلى السلطة المفوضة، التي لم تعد قادرة على ممارسة هذه الصلاحيات (4).

(1) تعني عبارة "إدارة عامة" أي مؤسسة أو منظمة على مستوى قاري، إقليمي، وطني ومحلي تطبق سياسات عامة أو تقوم بمهام خدمة عامة، التي تعني أي خدمة أو نشاط متعلق بالمصلحة العامة يتم القيام بها تحت سلطة الإدارة، التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي رقم 12 415 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة المعتمد بأديس بابا بتاريخ 31 يناير سنة 2011، ج ر ج عدد 68 المؤرخة في 2012/12/16.

(2) *Droit administrative Au sens large* 'le droit administratif correspond à l'ensemble des règles du droit privé et du droit public qui s'appliquent à l'Administration dans la gestion des services publics et dans ses rapports avec les particuliers. Dans un sens plus restrictif 'communément admis' le droit administratif s'entend seulement de celles de ces règles qui dérogent au droit privé et don't les juridictions Administrative assurent normalement Le respect. Serge Guichard, Thierry Débarda, LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUE, 25 EDITION, 2017/2018, DALLOZ, Chamonix et Lyon, Paris, 2017, p724.

(3) أبوعلام رزيق، التفويض في القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ط 1، 2017، ص 35.

(4) *Délégation de pouvoir, Transfert par une autorité administrative, dans les limites légales, d'une ou plusieurs de ses compétences à un autre agent (désigné par son titre)*. Pendant sa durée, l'autorité délégataire est=

-تفويض التوقيع في القانون الإداري هو التفويض الممنوح من قبل سلطة إدارية، ضمن الحدود القانونية، لوكيل معين إسمياً لممارسة السلطة، بالتزامن معها، خلال التوقيع على القرارات نيابة عن المفوض، الذي لا يُحرم من صلاحياته، يتحمل أي مسؤولية عن ذلك⁽¹⁾.

ب-: التفويض في القانون المدني

يحصل من خلالها المفوض من المفوض له الذي يلتزم به كمدین لدى الطرف الثالث، وبذلك يحصل المفوض على أنه يدفع باسمه الدين⁽²⁾.

ج-: التفويض في القانون الدستوري

وهو نقل جزء من الصلاحيات للممارسة السلطة التشريعية إلى الحكومة بقانون، أو مرسوم وهو مايسمى بالتفويض الانتخابي، الإذن الذي يعطيه النائب لأحد زملائه للتصويت مكانه بما أن هذا الإجراء يشجع على الغياب، فإن الدستور الفرنسي لعام 1958 أرسى مبدأ التصويت الشخصي، ولا يُسمح بتفويض الأصوات إلا في حالات معينة ولأنواع معينة من الأصوات، ولا يجوز لأي شخص أن يحصل على أكثر من صوت واحد⁽³⁾.

=substituée, dans les responsabilités encourues et dans l'exercice des compétences déléguées, à l'autorité délégante qui cesse de pouvoir exercer ces dernières. **Sergé Guinchard, Thierry Debard, op.Cit, p633.**

⁽¹⁾ «Délégation de signature» Habilitation donnée par une autorité administrative, dans les limites légales, à un agent nominativement désigné d'exercer, concurremment avec elle, une ou plusieurs de ses compétences en signant au nom du délégant les décisions correspondantes. Le délégant, qui n'est pas ici dessaisi de ses compétences, en conserve la responsabilité éventuelle, **Sergé Guinchard, Thierry Debard, op.Cit, p634.**

⁽²⁾ Opération par laquelle une personne «le délégant» obtient d'une autre «le délégué» qu'elles'obligeent vers une troisième «le délégataire» qui l'accepte comme débiteur. le délégant obtient ainsi du délégué qu'il «paye en son nom une dette au délégataire». Le délégué ne peut «sauf stipulation contraire» opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et délégataire. Généralement «le délégué est débiteur du délégant et ce dernier est débiteur du délégataire». La délégation est parfaite lorsque «selon la volonté expresse des parties» elle produit un effet novatoire par extinction de la dette du délégant envers le délégataire et aussi celle du délégué envers le délégant ; il ne reste alors qu'une seule dette «celle du délégué envers le délégataire». Elle est imparfaite lorsqu'elle laisse subsister les engagements initiaux «en y ajoutant l'engagement du délégué envers le délégataire» auquel cas elle joue le rôle d'une sûreté personnelle au profit du délégataire, puisqu'il aura 2 débiteurs au lieu d'un seul. Code.Civl, art.1336s. **Grands Arrêts Jurisprudence civil n°254, Serge Guinchard, Thierry Debard, op.Cit, p631.**

⁽³⁾ Droit constitutionnel, Délégation de pouvoirs : transfert partiel de l'exercice du pouvoir législatif au gouvernement. Décret/Loi/Ordonnance. 2 Délégation de vote: autorisation qu'un parlementaire donne à l'un de ses collègues de voter à sa place. Comme cette procédure favorise l'absentéisme, la Constitution de 1958 (art.27) pose le Principe du vote personnel ; la délégation de vote n'est permise que dans certains cas et pour certains types de votes, et nul ne peut en recevoir plus d'une (Ord.Du 7 nov.1958). **Serge Guinchard, Thierry Debard, op.Cit, p632.**

د- التفويض في السلطة في القانون الجنائي:

حيث يقوم المسؤول بتفويض سلطاته إلى ضابط لضمان احترام الأحكام في القوة، مع نقل المسؤولية إلى المفوض، ولا يمكن إعفاءه من مسؤوليته عندما يثبت أن الجريمة ارتكبت في الخدمة التي كان هو مكلف بالإدارة أو الإشراف على ضابط، وكذلك السلطة اللازمة للمراقبة بشكل فعال والتدابير المتخذة⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف بالتفويض في فقه الإدارة العامة

يرى الدكتور بوعلام رزيق أن هذه التعاريف تتقارب وإن كان يفصل بينها اقتصار التعريف القانوني في النظامين الفرنسي والمصري على أن التفويض يشمل العمل القانوني وحده دون أن يمتد إلى المهام المادية المكلفة بها وجهه الجهة الإدارية، كالتكليف في مهمة معينة أو علاج وضع إداري⁽²⁾، هذا على خلاف الحال في تعريف الإدارة العامة الذي يشمل العمليتين هي أن الخلاف حصير فيكون تفويض في الاختصاصات أو الهام ويمكن أن يتقارب المعنيان إذا علمنا ان علم الإدارة في الولايات المتحدة كما يقول **دراجوهل** جزء من علم القانون لذا فإن المهمة تخفي اختصاصا كامنا.

يشير الدكتور بوعلام رزيق أن الاختصاصات في نظام الإدارة العامة تحلل إلى مهمات ومسؤوليات وواجبات، تستند إلى جهة الإدارة يتعين عليها القيام بها.

في نظرنا يتسع لكي يشمل الهدف من المعرف وتحديد مسؤوليته أي أنه يتناوله أثناء الحركة، وهو شأن فقهاء الإدارة العامة في تعريف العمليات الإدارية الأخرى، لا يتناولونها

⁽¹⁾ *Délégation de pouvoir [Droit pénal] Mode d'exonération de la responsabilité pénale 'par lequel un chef d'entreprise apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui pour veiller à la bonne observation des dispositions en vigueur avec pour effet de transférer sa responsabilité au délégataire. Le chef d'entreprise ne peut être exonéré de sa responsabilité que lorsqu'il démontre que l'infraction a été commise dans un service dont il a confié la direction ou la surveillance à un préposé pourvu de la compétence ainsi que de l'autorité nécessaire pour veiller efficacement aux mesures édictées. Serge Guinchard, Thierry Debard, op. Cit, p 633.*

⁽²⁾ بوعلام رزيق، مرجع سابق، ص 36.

باعتبارها ظاهرة إدارية، ويقرب من هذا التعريف بالتفويض من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية إذ يعرف فقهاء الشريعة التفويض من خلال تطبيقاته في الحياة الإدارية.

ثالثا: تعريف تفويض المرفق العام

يعرف الأستاذ *Bernard Drobenko* تفويض المرفق العام على أنه: "هو العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له، يمكن أن يكون شخص عام أو شخص خاص ويكون أجر المفوض له مرتبط بنتائج إستغلال المرفق" (1).

كما تعرفه الأستاذة *Carole chenaud Frazie* على أنه " التقنية التي تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل كالإمتياز، الإيجار، التسيير" (2).

كما يعرف تفويض المرفق العام بأنه عقد يتم من خلاله تسيير وإستغلال مرفق بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض له يدفعه المرتفق ويتعلق مباشرة بإستغلال المرفق، وهو أهم معيار يعرف تفويض المرفق العام (3).

ونظم وجهة نظرنا إلى تعريف الأستاذة أمال مراد عويج على أنه " العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات والمهام الضرورية لتسيير مرفق عام وإستغلاله لأشخاص من القانون الخاص" (4).

البند الثالث: التعاريف الفقهية والقانونية لتفويض المرفق العام

إن أغلب التعريفات الفقهية التقنية لتفويض المرفق العام، تتفق على أنه أسلوب جديد يهدف إلى تنظيم الطرق غير المباشرة في تسيير المرفق العام، لكنها لم تتفق في الوسيلة

(1) Bernard Drobenko, droit de l'eau, édition Gualino, 4ème édition, Paris, 2008, 222

(2) Carole Chenaud Frazier, la notion de délégation de service public, revue de droit public, N° 1, 1995, P 176

(3) Claudie Boiteau ; les conventions de délégations de services publics, imprimerie nationale, 1992, p92.

(4) Amel Aouij Mrad, droit des services publics, centre de recherches et d'études administratives, Tunis, 1998, P129

المعتمدة في نقل التسيير للخير، فهناك من الفقهاء من وسع في المفهوم ليشمل كل نقل بهدف من خلاله إلى تفويض إدارة وتسيير المرفق العام سواء كان عمل انفرادي أو إتفاقي.

أولاً: التعاريف الفقهية

تعددت التعاريف الفقهية لتفويض المرفق العام في ظل غياب نص قانوني يعرفها، إلى تعاريف واسعة شملت أي نقل يهدف من خلاله إلى تفويض المرفق العام (أ)، وتعاريف ضيقة اقتصر على النقل الذي يكون وفق مجموعة من العقود ويتضمن عناصر محددة (ب) أ-التعريف الواسع:

وهو التعريف الذي يشمل الوسيلة القانونية التفويض المرفق العام سواء كان عمل انفرادي الصادر عن السلطة العامة المعروف بالتفويض الانفرادي *la délégation unilatérale* أو التفويض الاتفاقي *la délégation convoneticotinelle*، والذي يكون بناء على عقود إدارية تتوفر فيها معايير محددة لتكون تقنية التعويض، ومن أهمها تعريف الأستاذ *T.Lalfarra* فقد قم تعريفاً شاملاً للتفويض التعاقدية وبصورة انفرادية ويعرفه بأنه " كل وسيلة تعهد من خلالها الجماعة العامة تحقيق المرفق العام إلى شخص قانوني آخر، وهو يتم تعاقدياً أو بصورة منفردة⁽¹⁾."

تعريف الأستاذ وليد حيدر جابر⁽²⁾: هو كل عمل قانوني تعهد بموجبه جماعة عامة ضمن إختصاصاتها ومسؤولياتها إلى شخص آخر إدارة واستثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع أو بدون بناء منشآت عامة ولمدة محددة وتحت رقابتها، وذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقاً للنتائج المالية للاستثمار والقواعد التي ترعى التفويض.

⁽¹⁾ T.Lalfarra "la délégation de service public designe tout procédé par lequel une collectivité publique confie la gestion du service public à un organisme qui'en est juridiquement distinct.

Cité par Jean Bouirot, comment assurer l'égal Elle peut être contractuelle ou unilatérale aces à l'information juridique technique et économique avant le contrat en cours de contrat et lors de sou renouvellement, RFDA, 1997, p 41.

⁽²⁾ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 65

ب- التعريف الضيق

يحصّر تقنية التفويض في التفويض الاتفاقي بمعنى أن تفويض المرفق العام يستند إلى اتفاقية تتضمن مجموعة من العقود ليست على سبيل الحصر.

عرف تفويض المرفق العام بأنه "العقد الذي من خلاله يخول شخص من القانون العام تفسير مرفق عام بكل مسؤوليته، وبكل ما يحمله التمييز من أرباح وخسائر لشخص آخر بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق ويتحمل بذلك كل المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق"⁽¹⁾.

وعرف كذلك بأنه " تفويض المرفق العام هو عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص، يقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفق عام، وهو بالتالي يأخذ عدة أشكال هي من صنع الاجتهاد الإمتياز، الإيجار، الإدارة غير المباشرة وإدارة المرفق العامة"⁽²⁾.

كما عرفه الأستاذ *M_Marcull* تفويض المرفق العام، بأنه عقد تعهد من خلاله الجماعة العامة للغير بنتلية مرفق عام، هي قيمة عليه، بطريقة تؤدي لإنشاء علاقات عقدية من قبل المفوض له مع المنتفعين مهما كان شكل عائداتها"⁽³⁾.

ومن خلال التعاريف الفقهية نجد ما تتفق جميعها على أن تفويض المرفق العام يقوم على العناصر التالية:

- وجود مرفق عالم، دون التمييز بين المرافق الإدارية أو الاقتصادية.
- تنفيذ مباشر للمرفق العام لا مجرد المساهمة أو المشاركة في تسييره.

⁽¹⁾ نقلا عن نادية ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة المرودية حالة عقود الامتياز، مرجع سابق، ص 109
Stéphane Braconnier, droits des services publics, PUF, 2004.p 413

⁽²⁾ Gérard.Drou , *NégociierGérer et contrôler une délégation de service public , Institut de la gestion déléguée, la documentation française, Paris, 1999, P 43 "la délégation de service public est un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée. Choisie intuitu personae en vue de l'exécution d'un service public, elle peut revêtir des formes diverses qui sont des créations jurisprudentielles: la concession, l'affermage, la régie intéressée, la gérance"*

⁽³⁾ Alexandre carpentier, *le contrat de régie intéressée, Un labyrinthe juridique, petites affiches/29/09/1997p09.*

-نقل تسيير المرفق العام إلى شخص آخر غير الشخص العام المسؤول عنه، دون تمييز بين العنصر العام أو الخاص.

فالاختلاف بين تعريف وآخر لا يشمل معنى هذه التقنية والتي هي واحدة لدى الجميع، إنما يتمثل في تغليب عنصر على آخر أو التوسيع منها لتصل إلى كل نقل للمرفق العام سواء كان بواسطة عقد أو عمل منفرد كالتفويض عن طريق قرار أو نص تشريعي.

البند الرابع: خصائص آلية تفويض المرفق العام

من الضروري الوقوف على خصائص تقنية تفويض المرفق العام التي حددها الفقه

والاجتهاد القضائي ومن أهم الخصائص التي تميز عقد تفويض المرفق العام هي:

أولاً: وجود مرفق عام قابل للتفويض

المرفق العام مهما كانت طبيعته إداري أو اقتصادي فهو قابل للتفويض، والمشرع الفرنسي حدد بالتفصيل المرافق العمومية القابلة وغير القابلة للتفويض، عكس المشرع الجزائري الذي اكتفى بوضع شرطاً واقفاً والمتمثل في عدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، فهو يقر بمجموعة من الموانع تحول دون تفويض المرفق العام، كمهام السيادة للجماعات المحلية⁽¹⁾.

ثانياً: الطابع التعاقدية

التفويض لا يتحقق إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المتفردة والذي يعرف بالتفويض الانفرادي لا يدخل في مفهوم التفويض الذي وضعه المشرع الجزائري، والذي يكون في صيغ عقدية متعددة وليست على سبيل الحصر، ولكن المشرع الجزائري على عكس نظيره الفرنسي أقر مجموعة من العقود التي تكون صوراً للتفويض وهي على التوالي عقد

⁽¹⁾ الفقرة 3 من المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق، إذ نص المشرع على أن تحديد المرافق القابلة وغير قابلة لتفويض يكون وفق مرسوم تنفيذي.

الإمتياز، عقد الإيجار، الوكالة المحفزة وعقد التسيير، "أما المشرع الفرنسي لم يحدد صور التفويض بل ترك مهمة التكييف للقضاء في اختبار العقد الذي تبرمه الإدارة تعد من عقود التفويض أم لا⁽¹⁾.

ثالثا: عدم اشتراط شكل قانوني خاص بالمفوض له

فيمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو شخصا خاصا.

رابعا: خضوع تسيير المرفق المفوض للالتزامات المرفق العام

يجب أن يضع المفوض له المساواة بين كل المرتفقين، وضرورة تكييف هذا المرفق مع التحولات والتغيرات الحاصلة في الساحة العمومية وضمان إستمرارية المرفق وديمومته، وغالبا ما يتم إدراجها في عقد التفويض⁽²⁾.

خامسا: إستغلال المرفق العام:

يتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق واستغلاله، ويقتضي عليه أن يتحمل مخاطر التشغيل، وإذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق دون تحمل المخاطر، فلا نكون بصدد تفويض⁽³⁾، وبهذه الصفة فإن صاحب التفويض يستعمل سلطته الكاملة في تسيير المرفق⁽⁴⁾.

سادسا: إرتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق:

لقد أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي على ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج استغلال المرفق، وبمعنى أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستغلال التي تنتج عن تسييره للمرفق العام على نفقته ومسؤوليته⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Claudie Boiteau, Op Cit, P 90

⁽²⁾ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 132

⁽³⁾ مروان محي الدين القلب، مرجع سابق، ص 448

⁽⁴⁾ Claudie Boiteau, Op Cit, P 90

⁽⁵⁾ CE, 30 juin 1999 SMITOM, Rec Lbe, p 229

هذا لا يعني أن مصدر المقابل المالي هو من المستفيدين من خدمات المرفق محل التفويض فقط بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق يشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال معياراً للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقة العمومية، وفي حال شكل المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمناً للخدمة المؤداة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض.

سابعاً: تقييد عقود تفويض المرفق العام بمدة معينة

تختلف بحسب العقد المبرم مع المفوض والمفوض له، فمدة عقد الإمتياز تكون أطول، لأن صاحب الإمتياز يقوم باستثمارات تستلزم مدة طويلة لاسترجاع خسائره وتحقيق الأرباح، عكس عقد الإيجار الذي يكون في أغلب الأحيان قصيراً أو متوسط المدى.

المبحث الثاني

التكييف القانوني لعقد تفويض المرفق العام

يمثل العقد الإداري أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها يعتمد على التصرف الرضائي أو الاتفاق الودي بين الإدارة والأفراد سواء كانوا طبيعيين أو معنويين بهدف القيام بنشاطاتها خدمة للمصلحة العامة (1)

إن الحقيقة التي تفرض نفسها هنا والتي تعد المدخل الطبيعي لدراسة النظم التي تحكم عقود الإدارة، هي أن هذه الأخيرة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد بل تنقسم إلى قسمين عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص وهي العقود التي تبرمها الإدارة متجردة من كل

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ط5، 1991، ص25.

السلطات وعقود الإدارة التي تخضع للقانون العام وهي العقود الإدارية التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطان مستعينة بامتيازات السلطة العامة بقصد تسيير المرافق العامة وتنظيمها⁽¹⁾.

سنحول معرفة مدى تأثير النظرية العامة للعقود الإدارية على عقود تفويض المرفق العام في المطلب الأول ثم نقوم بتمييز عن العقود الأخرى في المطلب الثاني.

المطلب الأول

انسحاب نظرية العقد الإداري على عقد التفويض

ظهر خصوصية نظرية العقد الإداري من خلال تنفيذه، وذلك من خلال السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، حيث لا مجال لإعمال مبدأ المساواة بين طرفي العقد الإداري بالقدر المعروف في العقود المدنية⁽²⁾. هذا ما يدفعنا للتساؤل عن مدى انسحاب الخصائص الذاتية للعقود الإدارية على عقد التفويض المرفق العام؟

نتناول تعريف العقد الإداري ومعايير تمييزه (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى أهم مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية (الفرع الثاني).

(1) محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دون ذكر الناشر، 2003، ص 05

(2) نجلاء حسن السيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 521

الفرع الأول

مفهوم العقد الإداري ومعايير تمييزه

تبرم الإدارة نوعين من العقود؛ عقود مدنية وعقود إدارية هذه وتلك ليست سواء فكلاهما يخضع لنظام قانوني وقضائي مختلف، فالعقود المدنية التي شرمها الإدارة تخضع للقضاء العادي ويطبق عليها أحكام القانون الخاص، أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الفاصل في المادة الإدارية ويطبق عليها أحكام القانون الإداري⁽¹⁾.

هذا وقد احتلت مسألة تعريف العقد الإداري والتمييز بينه وبين عقود القانون الخاص مكانا بارزا في كتابات الفقه وأحكام جهات القضاء لاسيما في الدول التي تنتمي إلى النظام القانوني اللاتيني كفرنسا ومصر والجزائر، لما يترتب على هذه المسألة من نتائج بالغة في تحديد القضاء المختص للنظر في المنازعات التي تثار بصدد تلك العقود من ناحية، والقانون الواجب التطبيق عليها من ناحية أخرى⁽²⁾ (البند الأول).

في هذا الشأن استقرت آراء الفقه وأحكام القضاء على ضرورة وجود عناصر محددة لتمييز العقد الإداري وهي: وجود الإدارة كطرف فيه، واتصاله بنشاط مرفق عام، إضافة إلى تضمينه شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص⁽³⁾، هذه العناصر مجتمعة أثرت على طبيعة القواعد القانونية التي تحكم نظرية العقد الإدارية، بل جعلتها نظرية مستقلة عن النظرية العقدية في القانون الخاص⁽⁴⁾ (البند الثاني).

(1) جاد جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص25

(2) وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص02.

(3) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د ط، 2005، ص10 وما بعدها.

انظر أيضا علي سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها.

(4) علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص801.

البند الأول: تعريف العقد الإداري

لما كان من المقرر أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة عقدا إداريا يخضع لأحكام القانون الإداري، ويختص بالفصل في منازعاته القضاء الفاصل في المادة الإدارية بل يقتصر ذلك على فئة معينة من العقود يطلق عليها مصطلح العقود الإدارية، وفي غياب النص التشريعي الذي يعرف العقود الإدارية سواء في الجزائر أو فرنسا أو مصر، فإنه لا سبيل لذلك سوى الرجوع إلى تعريفات الفقه وأحكام القضاء في هذا الشأن مع إلقاء الضوء على فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون.

أولا: التعريف الفقهي والقضائي

أجمع فقه القانون الإداري⁽¹⁾، على أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من أصل قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر إجهاداته من خلال القضايا والمنازعات، المعروضة عليه على الرغم من الطابع القضائي النظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين جوانب من النشاط التعاقدية للإدارة، إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول، وإن كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر إلى أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء، وهو ما تولي الفقه الإداري توضيحه وتحليله⁽²⁾.

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 37.

- جابر جاد ناصر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 15.

- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة النشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 18.

(2) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 36.

يعرف الدكتور محمد الصغير بعلي العقد الإداري على أنه: "العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بصدد تمرير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"⁽¹⁾.

وعرفه الدكتور عمار عوابدي على أنه: توافق إرادتين على إنشاء وخلق التزامات متبادلة، ولكي تعتبر عملا قانونيا من اتفاق أو توافق إرادتين متقابلتين أو متعارضتين على إنشاء وإحداث التزامات⁽²⁾.

يعرفه الدكتور سليمان الطماوي أنه هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام⁽³⁾.

وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن تعريف العقد الإداري على أنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ويخضع للقانون الإداري بنص صريح في القانون، أو أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يمنح المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"⁽⁴⁾.

ذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة بسكرة ضد (ق) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى تعريف العقد الإداري من خلال تعريفه للصفقة العمومية "... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقولة أو إنجاز مشروع أو

(1) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 8.

(2) عمار عوابدي، القانون الإداري "النشاط الإداري"، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 186.

(3) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 59.

(4) Raymond.(G)Jean.(V), *Lexique des termes juridiques*, 16^{édition}, Dalloz, Paris, 2007, p 177

أداء خدمات⁽¹⁾، نلاحظ أن مجلس الدولة لم يوفق في تعريفه للعقد الإداري كونه حصر صفة المصلحة المتعاقدة في الدولة فقط، مهملا بقية أشخاص القانون العام.

ثانيا: العقود الإدارية بتحديد القانون

عندما ينص المشرع على إعتبار عقد ما عقدا إداريا، أو ينص على إختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية بنظر المنازعات التي تنشأ عنه، أو خضوعه لأحكام القانون الإداري فإن العقد يصبح عقدا إداريا بنص القانون، ومن ثم فلا مجال للاجتهاد من جانب القضاء للبحث عن طبيعة العقد، ويطلق الفقه على هذه الطائفة من العقود تسمية العقود الإدارية الذاتية⁽²⁾.

من أمثلة العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا، قانون 28 بليقوز السنة الثامنة الذي جعل اختصاص مجالس الأقاليم المحاكم الإدارية منذ سنة 1953" النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة، وعقود بيع أملاك الدولة، طبقا لنص المادة الرابعة منه⁽³⁾.

أما التحديد القانوني للعقود الإدارية من طرف المشرع الجزائري فقد كان إما بصفة مباشرة بالنص صراحة في القانون بأن عقدا ما من العقود هو إداري، كما جاء مثلا في نص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 الذي يتعلق بتفويض المرفق العام والتي جاء فيها أن: "اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم"⁽⁴⁾، وإما بصفة غير مباشرة وذلك بأن ينص القانون على منح الاختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بعقد من العقود التي تيرمها الإدارة إلى القضاء الفاصل في المادة الإدارية وهو المعيار العضوي الذي أخذ به

⁽¹⁾ سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الطبعة الثانية، الجزء 6، منشورات كليك، 2018، ص 2474.

⁽²⁾ علي سليمان الطماوي، ما مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 41.

⁽³⁾ علي سليمان الطماوي نفس المرجع، ص 41.

⁽⁴⁾ المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 الذي يتعلق بتفويض المرفق العام ج ر، عدد 48 لسنة 2018.

المشعر في تحديده للعقود الإدارية سواء طبقا لنصوص خاصة ببعض المجالات أو بموجب نص عام كنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

البند الثاني: المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري

يستند المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية إلى خصائصها الذاتية لا إلى نص القانون، ولا إلى إرادة المشعر، كما أصبح من المقرر أنه ليس لإرادة الأطراف سبيل لتحديد طبيعة العقد لأن ذلك معناه الأخذ بمعيار شخصي في تحديد الاختصاص، وهو ما لا يجوز لأن قواعد الاختصاص يحكمها القانون وهي من النظام العام⁽²⁾.

تبعاً لذلك استقرت آراء الفقه وأحكام القضاء الفاصل في المادة الإدارية على ضرورة وجود عناصر ثلاثة محددة لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الإداري وهي: وجود الإدارة كطرف فيه، واتصاله بنشاط مرفق عام، إضافة إلى تضمينه شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص⁽³⁾.

أولاً: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

الأصل المسلم به أن العقد لا يكتسب الطابع الإداري إلا إذا كان أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، وهذا أمر بديهي ذلك أن قواعد القانون الإداري ما وضعت إلا لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد، ومن ثم فإن العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة لا تعد كقاعدة عامة عقوداً إدارية⁽⁴⁾، وهو المعيار المعتمد من طرف المشعر والقاضي الجزائري، إذ يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وإنعقاد الاختصاص القضائي الفاصل في المادة الإدارية وجود أحد الأشخاص العامة وهي الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسات العمومية ذات الصيغة

(1) ابغلي محمد الصغير، العقد الإداري، مرجع سابق، ص 11.

(2) علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بالتوسع في اللجوء التحكيم، مرجع سابق، ص 49.

(3) عسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون العقارية والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

(4) وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 09.

الإدارية طرفا فيه⁽¹⁾، إلا أن زوال الصفة الإدارية عن الشخص المعنوي العام بعد إبرامه للعقد الإداري ليس من شأنه أن يغير من طبيعة العقد التي اكتسبت وقت إبرامه، فالقاعدة العامة في العقود تقضي بان العقود تظل محكومة بالقواعد المطبقة عليها وقت إبرامها⁽²⁾.
إذا كان الأصل أن العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص يعد من عقود القانون الخاص، إلا أنه استثناءا يعتبر العقد إداريا إذا كان أحد طرفيه يتعاقد لحساب أو المصلحة الإدارية ففي هذه الحالة يعتبر هذا الشخص الخاص وكيفا عن الإدارة ويعمل نيابة عنها في إبرام العقود⁽³⁾.

ثانيا: علاقة العقد بالمرفق العام

لما كانت فكرة المرفق العام بعد الأساس الذي بني عليه العديد من نظريات القانون الإداري سواء في فرنسا أو في مصر وفي مقدمتها نظرية العقد الإداري، لأن مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، فإن الفقه يجمع على وجوب اتصال العقد بنشاط مرفق عام لكي يصبح إداريا⁽⁴⁾.
تتخذ مسألة اتصال العقد بالمرفق العام صور عدة في التطبيق العملية فقد يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ المرفق العام ذاته، أو قد يشكل العقد طريقة من طرق تنفيذ المرفق العام، أو مساهمة أو مشاركة في تنفيذ مرفق عام⁽⁵⁾.

⁽¹⁾قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 91
انظر المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 18-199 التي نصت على انه يمكن للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري التابعة له...

⁽²⁾ انظر وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 11 وما.

⁽³⁾ جار جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 37.

⁽⁴⁾ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 74

⁽⁵⁾ وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 58

بهذا الشكل فإن العقد يعتبر إداريا إذا ما تم الاتفاق مع شخص آخر على تسيير مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة، أو إذا اشترك الأفراد في إدارة وتسيير المرفق العام⁽¹⁾، إلا أن التوسع المطرد في نشاط الدولة وتدخلها في المجال الاقتصادي أدى إلى ظهور أنواع أخرى من المرافق العامة وهي المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري مما ولد أزمة المرفق العام حيث لم يعد أساسا ومعيارا فريدا لتحديد الطبيعة الإدارية للعقود.

ثالثا: إختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام

يضيف الفقه أن العقد لا يعتبر إداريا، رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، وإنما ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن تستعمل الإدارة أساليب أو وسائل القانون العام⁽²⁾.

تتمثل وسائل القانون العام في الشروط الاستثنائية غير المألوفة⁽³⁾ في القانون الخاص والتي تعتبر حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقود الإدارية في الوقت الحاضر⁽⁴⁾. بخصوص ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، فإن الفقه والقضاء لم يقدموا تعريفا جامعا مانعا لتلك الشروط يعود ذلك إلى أسباب عديدة يمكن ردها، إلى تواتر القضاء على الاختصار الشديد في صياغة أحكامه حيث يكفي بمجرد التصريح

(1) بعللي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 19

(2) محمود خلف الجبوري، نفس المرجع، ص 45

(3) تجد الشروط الاستثنائية "les clauses exorbitantes" أساسها القضائي من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 31 جويلية 1912 في قضية *La société des granites des Voges* والذي أكد أن ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة لصالح المرفق العام عقودا إدارية بل هناك ما ينطبق عليها قواعد القانون الخاص وبالتالي فإن المعيار الحاسم في تحديد طبيعة العقد الإداري لا يتعلق بموضوعه، بقدر ما يتعلق بالشروط التي يتضمنها والتي تترجم امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، وتتمثل وقائع هذه القضية أن شركة الغرانيت طالبت مدينة ليل للحصول على مبلغ 2436,20 فرنكا، خصمتها منها من قيمة ثمن توريد البلاط باعتبارها غرامة تأخير عن التوريد، حيث أن العقد المبرم بين المدينة والشركة خلا من أي أشغال تنفذها الشركة. محله الوحيد التوريد عند التسليم، حسب قواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد وأن هذا الطلب يثير منازعة لا يختص القضاء الإداري بنظرها طلبها.

Marsse lonne long, et prrosspergy Weil et Gé Bribant: les grands arrêts de jurisprudence administratif 6^{eme} édition. 1974. op. cit. p109-112.

(4) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 88.

على بائتمان العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون" دون أن يحدد ما المقصود بتلك الشروط، وكذا عدم الاستقرار على معيار عام يتحدد على أساسه الشروط الاستثنائية عبر المألوفة، فما يعتبره القضاء من قبيل الشروط الاستثنائية في بعض الأحكام يرفضه في أحكام أخرى⁽¹⁾.

ذهب الفقه والقضاء إلى رد هذه الشروط الاستثنائية إلى أفكار وصور رئيسة تتمثل:

- الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، والتي نجدها ضمن بنود العقد حيث تستطيع الإدارة بموجبها وإرادتها المنفردة أن تحمل المتعاقد معها التزامات منها على سبيل المثال، الحق في تعديل التزامات المتعاقد، الحق في الإشراف والتوجيه، الحق في توقيع العقوبات أو فسخ العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة⁽²⁾.

- الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة شروط استثنائية في مواجهة الغير، كإعطائه الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة بالقدر الذي يستجبه تنفيذ العقد، ومثال ذلك منح الملتزم في عقد الالتزام سلطة نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة للمرفق، أو منحه سلطات بوليسية تجاه المنتفعين بخدمات المرفق العام⁽³⁾.

- الإحالة إلى دفاتر شروط معينة تصبح جزءا من العقد الإداري بعد إبرامه، إلى جانب الشروط الخاصة التي يتفق عليها المتعاقد مع الإدارة⁽⁴⁾.

- النص على إحتصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية في نظر جميع المنازعات التي تتولد عن العقد⁽¹⁾.

(1) وليد محمد عام، المعيار القضائي في تمييز العقود، مرجع سابق، ص 76

(2) سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 429

(3) جابر جاد نصار، العقود الثانية، مرجع سابق، ص 47

(4) جعلت المعايير المميزة للعقد الإداري من نظرية العقود الإدارية نظرية مستقلة عن النظرية العقدية في القانون الخاص، فإن من الفقه ما يرجح أن مسألة اتصال العقد بالمرفق العام واستعمال السلطة العامة ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وقابلية تلك المرافق للتغيير والتبديل في كل وقت، هي وحدها التي أدت إلى استقلال فكرة العقد الإداري عن العقد المدني، انظر، سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 94.

الفرع الثاني

إنطباق الخصائص الذاتية للعقود

الإدارية على عقود التفويض

تقوم نظرية العقود الإدارية على أسس ومبادئ تجعلها تتفرد على سائر العقود الأخرى بل وتختلف معها إختلافا جوهريا، سواء من حيث إبرامها أو تنفيذها، أو حتى نهايتها⁽²⁾، مما لا شك فيه أن العقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة، حيث يجعل الإدارة بوصفها طرفا فيه سلطات استثنائية لا مقابل لها في مجال القانون الخاص، حتى تكفل تنفيذه بأسلوب يوفق بين المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام في حال تقصير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁽³⁾.

إن كل عقد متى كانت فيه الإدارة طرفا، واتصل نشاطه بمرفق عام، وانتهجت فيه الإدارة وسائل وأدوات القانون العام من خلال تضمينه شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود المدنية الخاضعة لأحكام القانون الخاص، لا جدال في كونه عقدا إداريا تتمتع فيه الإدارة في إطار نظام قانوني وقضائي مختلف عن النظام الذي تنتمي إليه العقود المدنية بمكانة مرموقة تخولها سلطات وصلاحيات استثنائية لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها⁽⁴⁾.
تبعاً لذلك تشير الكثير من المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية إلى أهم هذه السلطات:

(1) حاول الفقه إعطاء مفهوم للشرط الاستثنائي غير المؤلف أنه: "إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطي الطرفين أو أحدهما حقوقاً أو يحملها للالتزامات لا يمكن أن يسلم بها بحرية وإراديا المتعاقد في ظل القانون الخاص المدني أو التجاري، لأكثر تفصيل انظر، بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص20

(2) قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 252

(3) نادية بن يوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، القاهرة مصر، 2008، ص 257

(4) مفتاح على الشيباني عمر، مبدأ اللجوء إلى التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص121.

البند الأول: سمو المركز القانوني للمفوض في مواجهة المتعاقد معها

تسعى جهة الإدارة إلى تحقيق المصلحة العامة حيث يجب أن تعلق هذه الأخيرة على المصلحة الخاصة الفردية وهذه الفكرة دائما تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، حيث تتمتع جهة الإدارة بسلطات لا نظير لها في العقود المدنية وهذه السلطات والإمكانيات تعكس مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وبالتالي فإن مبدأ سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها يبرر الغاية التي تسعى إليها الإدارة من إبرام عقودها وهي غاية النفع العام، ودائما ما تحتوي هذه العقود على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تتضمن سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن جهة الإدارة لا تهدف وراء إبرام عقودها بصفة عامة والإدارية بصفة خاصة تحقيق ربح مالي، وإنما تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وتسيير مرفق عام لسد حاجات المواطنين، ولضمان قيام الإدارة بواجباتها في هذا المجال كان من الطبيعي تزويدها بحقوق وسلطات استثنائية تستلزمها طبيعة هذه العقود، وتجعل العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها تختلف اختلافا كبيرا عن العلاقة التي تربط بين المتعاقدين في العقود المدنية⁽²⁾.

إن فكرة التوفيق بين هدف جهة الإدارة وهدف المتعاقد معها لم تأت من فراغ حيث أن هناك نية مشتركة للطرفين كأساس لتحديد التزامات وحقوق المتعاقدين في العقد الإداري وهذه النية المشتركة⁽³⁾، يكون لها مدلول معين يتفق مع الواقع فالمتعاقد بقبوله بشروط العقد غير

(1) محمد سعيد صين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة عن كلية التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقد الإداري والتحكيم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 65

(2) علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 808

(3) استخدام فكرة النية المشتركة للطرفين يحدده اعتباران أساسيان هما:

الاعتبار الأول: هو المدلول الخاص لتلك الفكرة باعتبار أن النية المشتركة تنصرف إلى تحقيق النفع العام الذي من أجله أبرم العقد الإداري، مع عدم التضحية في ذات الوقت بالحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة.=

المألوفة في العقود المدنية، والتي تعكس مظاهر السلطة العامة في العقد يعلم أن مهمته تكمن في التعاون مع الإدارة من أجل تحقيق النفع العام وحسن سير المرفق العام مع عدم التضحية في نفس الوقت بحقوقه المالية المستمدة من العقد الإداري⁽¹⁾.

البند الثاني: فكرة الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له

إن المبدأ الشخصي في اختيار المفوض له، يستند إلى قاعدة تتمتع السلطة المفوضة بحرية واسعة في اختيار المستثمر لإدارة مرافقها العامة، طالما ليس هناك أي نص تشريعي أو تنظيمي أو أي مبدأ يقيد هذا الاختيار، ويقول الفقيه Jesse إن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على المستوى نفسه بالنسبة للعقود الإدارية، ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقد الإمتياز لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شؤون إدارته⁽²⁾.

ويقول الفقيه فيدل ودلفوليفه أنه "إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لأساليب معينة عند إبرامها، فإنه لم يقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الإمتياز بالنظر إلى اتصال هذا العقد الوثيق بالمرفق العام، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزنا عند إبرام العقد⁽³⁾.

إن الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي يكمن في تكريس طابع المرفق العام عند إبرام عقود التفويض، إذ أن منح إدارة مرفق عام لشخص آخر إنما يعد من قبيل تنظيم هذا المرفق، وإن السلطة التي تملكها الإدارة في اختيار شريكها في عقود التفويض بحرية كاملة

=الاعتبار الثاني: أن الاستناد إلى إرادة الطرفين سواء أكانت الضمنية أو المفترضة في تفسير العقد يعتبر تأكيداً لدور الرضائية في العقد الإداري التي تعتبر وبحق جوهر فكرة العقد سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العامة، انظر محمد سعيد صين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص96.

⁽¹⁾ أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص323-324.

⁽²⁾ أبو بكر حمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، مصر، دار الجامعة الجديد 2015، ص120.

⁽³⁾ إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (B.O.T) دراسة مقارنة، مصر، دار الكتاب للطباعة والنشر، 2003، ص97.

إنما تبرر في ضوء الالتزام الذي يقع على عاتقها، والمتمثل أساسا في إشباع الحاجات العامة عن طريق تأمين أفضل لإدارة للمرفق العام⁽¹⁾.

إن تطور مبدأ حرية الإدارة في اختيار المفوض له أفرز تقيد الإدارة في إختيار صاحب الإمتياز ضمانا لحسن الاختيار وضمان تنفيذ المرفق العام بأكمل صورة ممكنة، ذلك أن المنافسة بالدرجة الأولى هدفها ضمان اختيار الأحسن لتنفيذ المرفق العام، لأن المنافسة جزء من المصلحة العامة التي يعود للجماعة حمايتها⁽²⁾.

لذلك سواء في فرنسا أو الجزائر أو دول أخرى المبدأ العام هو الاختيار لكن يمكن أن يرد نص يقيد هذه الحرية صراحة ويكرس المنافسة، وقد يدعو النص المقيد إلى احترام المنافسة ويسكت عن أساليب ضمانها، ومن خلال النصوص القانونية التي تضع القيود والضوابط على مبدأ حرية الاختيار، وكذلك إلى المعايير الواجب مراعاتها في اختيار الغير كالمساواة أمام المنتفعين وهي طرق تتشابه إلى حد ما مع الصفقات العامة.

دائما ما تراعي جهة الإدارة اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها، سواء من حيث الكفاية المالية، أو المقدرة الفنية أو حسن السمعة، ومن ثم فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء في ما تعلق باختيار المتعاقد حيث تكون للإدارة السلطة التقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه، أو بتنفيذ العقد حيث يلتزم المتعاقد بتنفيذه شخصيا وعدم جواز التنازل عنه أو التعاقد بشأنه من الباطن إلا بموافقة الإدارة⁽³⁾.

حيث أن التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة تترتب عليه⁽⁴⁾:

1- لا يسري التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن بدون موافقة جهة الإدارة في مواجهتها كما لا يجوز الاحتجاج بهما عليها، فضلا عن أنه لا تنشأ عنهما أي رابطة عقدية بين

(1) أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص122.

(2) Muriel Dreifuss, l'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs, AJDA, 2002, p 1373

(3) سليمان الطماوي، الأسس العامة العقود الإدارية، مرجع سابق، ص438 وما بعدها.

(4) علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص816

المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن، وبين جهة الإدارة، بل يظل المتعاقد الأصلي وحده مسؤولاً مسؤولية كاملة عن تنفيذ العقد.

2- إن تنازل المتعاقد مع جهة الإدارة عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن بدون موافقة مسبقة من جهة الإدارة يؤدي إلى بطلان التنازل، ويعد بذاته خطأ عقدياً يترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن هذا الفعل.

هل إشتراط موافقة السلطة المفوضة على التعاقد من الباطن (المناولة)⁽¹⁾، تمثل سلطة تعسفية تجعل من فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد إحدى الخصائص الذاتية التي تميز العقد الإداري؟

إن فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد لها مدلول فني معين، فالتنفيذ الشخصي في هذا المقام لا يعني التنفيذ المادي للعقد الإداري من جانب المتعاقد بقدر ما يعني مسؤولية المتعاقد الشخصية عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وهذا المدلول الفني لفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري يسمح للمتعاقد مع الإدارة بإمكانية التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن مع مراعاة ضرورة الحصول على موافقة الإدارة⁽²⁾.

أما بالنسبة لجهة الإدارة، فيجب عليها أن ترد على طلب المتعاقد معها في ميعاد مناسب، كما يجب أن يكون الرفض مستنداً إلى أسباب معقولة تتصل بالمصلحة العامة كان يكون المتنازل إليه أو المتعاقد معه من الباطن ليست له كفاية مالية وفنية، فإن كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير معقولة فإن المتعاقد يستطيع أن يلجأ إلى القضاء

⁽¹⁾ يقصد بالمناولة، الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى "المناول"، تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له، شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره، وذلك في حدود 40 % من اتفاقية تفويض المرفق العام، انظر المادة 61 المدرجة في القسم الرابع تحت عنوان المناولة من المرسوم التنفيذي 18-199 المرجع السابق .

⁽²⁾ أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 326

ويحصل على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد لخطأ جهة الإدارة والتعويض عما لحقه من أضرار جراء هذا الرفض⁽¹⁾. كما تجدر الإشارة إلى أن حق الإدارة في رفض التنازل عن العقد يدخل في باب السلطة التقديرية لها، وهي سلطة مشروطة بحسن استعمالها ومفيدة دائماً باستهداف المصلحة العامة⁽²⁾.

المطلب الثاني

التفويض وما تصرفات القانونية المشابهة

يختلط ويتشابه مفهوم التفويض مع بعض المفاهيم الأخرى، سنتطرق إلى التفويض وما يشابهه من تصرفات قانونية في نطاق القانون العام (الفرع الأول) وفي نطاق القانون الخاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التفويض وما يشابهه من تصرفات

قانونية في نطاق القانون العام

سنحاول أن نميز في هذا الفرع عقد التفويض عن غيره من العقود، وعن باقي أساليب تسيير المرفق العمومي

البند الأول: تمييز عقود تفويض المرفق العام عن غيره من العقود

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 446

(2) أشرف محمد خليل حماد، نفس المرجع، ص 327

أولاً: تمييزه عن عقود الشراكة

- الدول اللاتينية أصل نشأة عقود الشراكة عام خاص

يرجع ظهور مفهوم الشراكة عام خاص إلى القضاء الفرنسي سنة 1963 عندما أصدر مجلس الدولة القرار أسس لنشأة عقود مشروعات المقاولات العامة المتعلق برفع المخلفات المنزلية مقابل مكافأة جزافية تقوم المدينة بدفعها للمتعاقد⁽¹⁾، بحيث تم تكييف العقد بأنه عقد مقاولات الأشغال العامة بالرغم من تولي المتعاقد مع مدينة colombe إنشاء التجهيزات الأولية للمرافق العام واستغلاله طوال الفترة التعاقدية⁽²⁾، وكون هذا العقد يتشابه مع عقد تفويض المرفق العام عن طريق قيام المتعاقد مع الإدارة العامة بإنشاء واستغلال المرفق العام فقد كيف الفقه الفرنسي عقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة على أنها عقود تفويض مرتبطة بمدة انجاز محددة وبمقابل مالي مرتبط بنتائج الاستغلال⁽³⁾، بقي هذا الجدل الفقهي الفضائي حول طبيعة عقود مقاولات الأشغال العامة المتعلق بجمع المخلفات المنزلية القائم إلى غاية 1996⁽⁴⁾.

إنتهى هذا الجدل القائم ما بين الفقه والقضاء بإصدار سنة 2001 قانون الصفقات العامة بحظر إبرام العقود المركبة التي تتضمن عقد أشغال وعقد صيانة وإستغلال في نفس الوقت الذي ينطبق على عقد مقاولات الأشغال العامة.

عاد هذا النوع من العقود بمبادرة من المشرع الفرنسي نظرا لأهميته الاقتصادية، لكن تحت إسم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ppp، وهذا بموجب الأمر رقم 2004

⁽¹⁾ CE, Ville de Colombes. (1963, décembre 11). <https://www.conseil-etat.fr>

⁽²⁾ رحيمة ندميلي، عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البحوث السياسية والإدارية، العدد الأول، 2015 حانفي 2015، ص 181 .

⁽³⁾ نفس المرجع

⁽⁴⁾ إعتبر مجلس الدولة بموجب القرار له في هذا الخصوص بأن عقد مقاولات الأشغال العامة المتعلق بجمع المخلفات المنزلية لا يندرج ضمن تشويش المرفق العام كونه مرتبط بأدوات مالية تتحملها الإدارة وإن كانت هذه المبالغ مجزأة في شكل أقساط على عكس التفويض الذي يرتبط المقابل المالي بنتائج الاستقلالي الذي يعتبر شرطاً أساسياً لإبرام هذا النوع من العقود.

559/1⁽¹⁾ المعدل والمتمم بموجب القانون 2009 / 179 الصادر في 17/02/2009 حيث جاءت المادة الأولى منه تعرف عقد الشراكة عام خاص⁽²⁾.

ب- مفهوم عقود الشراكة عام - خاص

1- مفهوم الشراكة عام خاص في منظمة الأمم المتحدة

تناولت منظمة الأمم المتحدة موضوع الشراكة عام- خاص من خلال منظمها للتنمية الصناعية اليوليدو UNIDOU، وكذا من خلال لجنة القانون التجاري الدولي الأونيسترال LINCITRAL، يظهر اهتمام منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية بالشراكة عام- خاص من خلال العمل على إصدار توجهات سنة 1996 بشأن تنمية مشروعات البنية الأساسية عن طريق تبني مشروعات البوت البناء الاستغلال ونقل الملكية⁽³⁾.

⁽¹⁾ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁽²⁾ - Article 1 LOI n°2009-179.(2009, février 17): " - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

II.- Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Après décision de l'Etat, il peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation. Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission.; Récupéré sur <http://www.legifrance.gouv.fr>.

وهذا يكون التقنين الفعلي للشراكة عام خاص في فرنسا، حيث أصبحت العقود الإدارية تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

- عقود تفويض المرفق العام

-عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

- عقود الأشغال العامة

⁽³⁾ قام الإتحاد الأوروبي بتجربة فريدة في مجال الشراكة عام خاص، حيث تهدف هذه التجربة إلى توحيد النظم القانونية للدول الأعضاء بوجه عام عمل عدة مرات على تقديم تعريفات للشراكة عام خاص توجت بإصداره كتاب أطلق عليه الكتاب الأخضر في 3 ابريل 2004، بحيث قدم تعريفا للشراكة عام خاص على النحو التالي:

"الشراكة عام خاص شكل من أشكال التعاون بين السلطات العامة وعالم الشركات والتي تهدف إلى تحقيق تمويل، إلقاء، تجديد، إدارة وصيانة بنية أساسية". لأكثر تفصيل انظر كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونيسترال النموذجي والتشريعات العربية دراسة تحليلية، ندوة حول الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعتها، شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011، ص 137-194.

إعتبرت هذه المنظمة أن عقود البوت صورة من عقود الشراكة عام خاص تمثل أحد أشكال المبادرات المالية الخاصة التي ظهرت في إنجلترا يجد هذا النوع من العقود أهميته خاصة في مجال البنية التحتية الأساسية التي تشكل عصب الاستثمار بنوعيه الداخلي والخارجي والمشروعات البترولية والخاصة بالغاز الطبيعي، فقدمت هذه المنظمة توجهات بهدف استعمال عقد البوت في الاستثمارات الخاصة من أجل تطوير البنية التحتية التي تتطلب نفقات ضخمة⁽¹⁾.

إعتبرت أن الشريك الخاص في مثل هذه العقود يتولى إنشاء وإدارة مرفق كان ينشأ عادة بواسطة الدول نفسها وعند نهاية مدة الالتزام يعيد الشريك الخاص المشروع إلى الدولة أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونيسترال في شأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص عبارة أطلق عليها الدليل التشريعي للأليسترال بشأن البنية الأساسية ذات التمويل الخاص سنة 2000، والذي استعمل كمرجع لمنظمة اليونيدو والبنك الدولي، خلال العمل على تحسين الإطار القانوني الموجود في البلدان النامية بهدف تنمية الشراكة عام خاص في مشروعات البنية التحتية⁽²⁾.

2- الإتحاد الأوروبي والشراكة عام خاص

عملت السلطات الأوروبية على تشجيع لفكرة الشراكة بين القطاعين العام والخاص وذلك قبل تحديد مضمونها، ويظهر هذا من خلال معاهدة ماسترخت سنة 1992⁽³⁾، بغرض تفادي العجز المالي للدول وتخفيف عبء الأنفاق العام لابد من إشراك القطاع

⁽¹⁾ سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مفهومها وطبعتها القانونية، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، 2016، ص21.

⁽²⁾ رينشاد أكيوني، الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، قضايا إقتصادية، العدد40، صندوق النقد الدولي، 2017، ص3-4.

⁽³⁾ *Maastricht Treaty, formally Treaty on European Union, international agreement approved by the heads of government of the states of the European Community (EC) in Maastricht, Netherlands, in December 1991. Ratified by all EC member states (voters in Denmark rejected the original treaty but later approved a slightly modified version), the treaty was signed on February 7, 1992, and entered into force on November 1, 1993, <https://www.britannica.com/event/Maastricht-Treaty>, last visit day22 February2022, at nine o'clock.*

الخاص في مشاريع الدولة العملاقة⁽¹⁾، الأمر الذي دفع العديد من الدول، سواء المتقدمة أو النامية، إلى خلق التنظيمات المؤسسية والتشريعية التي تضع الأساس القانوني لتبني التنظيمات التشاركية التي تساهم في إنشاء وتوجيه وإدارة وتشغيل المشاريع وتطويرها وتنميتها، من أجل خدمة أغراضها على أساس تشاركي تعاوني⁽²⁾.

تعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أبرز المسائل التي حظيت بأهمية بالغة في الآونة الأخيرة، خصوصاً في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وعلى رأسها فرنسا، فالأصل أن تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود، يركز على تحديد الطبيعة القانونية لها كونها من العقود الإدارية أم من العقود المدنية، إلا إذا ارتأى المشرع خلاف ذلك⁽³⁾.

3-: تعريف عقد الشراكة

عقد الشراكة لغة مأخوذ من الفعل شرك أو أشرك أي أدخل شخص من الغير كشريك معه في تجارة.

أما إصطلاحاً فقد عرفته المادة الأولى من الأمر 2004 / 559 الصادر في 17 جوان 2004 والخاص بعقود الشراكة في فرنسا المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 179-2009 والخاص بتشجيع البرامج الإنشائية والاستثمارات العامة والخاصة بأنه: "عقد الشراكة هو عقد إداري تقوم الدولة أو المؤسسة العامة للدولة بإسناده إلى الغير، الفترة محددة طبقاً لطبيعة الاستثمارات أو طرق التمويل المختارة، مهمة إجمالية تتعلق بالبناء أو تحويل أو الضرورية للمرافق العامة في مقابل مالي يلتزم الشخص العام يدفعه خلال مدة العقد".

(1) كاميليا صلاح الدين، مرجع سابق، ص 136

(2) القهوي، ليث عبد الله، والوادي، بلال محمود، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص، الإطار النظري والتطبيق العملي، ط1، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2012 ص 15.

(3) النعيمي، أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، عقود البوث BOT وعقود الشراكة PPP دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014 ص 29.

كما يعرف بأنه " عقد مركب طويل الأمد موضوعه إنجاز مهمة من مهام المرفق العام يرتكز على مبدأ تقاسم المخاطر والمسؤوليات" من خلال هذين التعريفين نقول أن عقود الشراكة تقوم على معايير تجعلها عقوداً قائمة بذاتها وفي المعيار العضوي بحيث يمكن لأحد أشخاص القانون العام التعاون⁽¹⁾، بواسطة عقود الشراكة مع أشخاص القانون الخاص وكذا المعيار الموضوعي لارتباط هذا التعاون بمهام المرفق العام وفي الإنشاء والاستقلال والصيانة المرافق العامة، بالإضافة إلى المعيار المالي أين يظهر من خلال نتائج استغلال المرفق الذي يدفعه الشخص المعنوي العام بشكل آداءات شهرية أو نصف سنوية، حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد⁽²⁾، كما أنها عقوداً طويلة الأجل⁽³⁾.

يتميز عقد الشراكة بارتكازه على مبدأ " تقاسم المخاطر"، ويعد حجر الزاوية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يقوم على إيجاد آلية متكاملة للتوازن العقدي، من خلال تنظيم المخاطر التي تم تحديدها وتحليلها مسبقاً وذلك بغرض تخننها أو التقليل من آثارها التي تتعكس سلباً على أهداف العقد⁽⁴⁾.

ولكن هذا لا ينفي وجود بعض الاختلاف بين النظامين، والذي نورده فيما يلي:

بالرجوع للتشريعات المقارنة نجد مفهوماً عقد الشراكة عام خاص يختلف عن شركات ذات الاقتصاد المختلط لأنها تخضع في تأسيسها للقواعد المتعلقة بالشركات في القانون التجاري وهدفها هو تسيير مرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري أو كل مرافق يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة⁽⁵⁾.

(1) رحيمة ندميلي، مرجع سابق، ص 187.

(2) كاميليا صلاح الدين، مرجع سابق، ص 140.

(3) نلاحظ أن هذا التعريف جاء يتميز بالاتساع يشمل كافة عقود الشراكة بحيث يشمل التجربة الفرنسية كاملة وعلى رأسها

عقود تفويض المرفق العام وكذا التجربة الأنجليزية كاملة فيما يخص برامج المبادرة المالية الخاصة

(4) سيف باجس الفواعير، مرجع سابق، ص 7.

(5) ريم خيزر، الشراكة في ظل اقتصاد السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، 2014-2015، جامعة

قسنطينة، ص 47

أما عن نسبة مساهمة الشريك العام، فقد برز في الفقه الفرنسي نقاش حول نسبة مشاركة أشخاص القانون العام في رأسمالها، ومعظم الفقه أكد على الأخذ بمعيار المشاركة بالأغلبية التمكين الشخص العام عن ممارسة الرقابة وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي، أغلبية الحصص للشريك العمومي، وأغلبية المقاصد في مجلس الإدارة للشريك العمومي، على عكس عقود الشراكة التي تعتبر عقوداً تمويلية إدارية مبنية على مبدأ تقاسم المخاطر وتجزئ الأداءات المالية، بالإضافة إلى الطابع الاستثماري والميزة التعاقدية.

-الشراكة عام خاص تعتبر عقوداً تمويلية إدارية مبنية على مبدأ تقاسم المخاطر وتجري الأداءات المالية بالإضافة إلى الطابع الاستثماري والميزة التعاقدية، فإن الخصوصية تعبر عن سيطرة القطاع الخاص وتملكه للمنشآت العامة، حيث يتم خصخصة هذه المنشآت والمرافق التي كانت ملكاً للقطاع العام عن طريق عملية البيع للقطاع الخاص، حيث أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تبقى القطاع العام مسؤولاً أساسياً عن تقديم خدمات البنية التحتية للمجتمع، ويكون العكس في ظل الخصوصية فإن القطاع الخاص تناط إليه مسؤولية تقديم خدمات البنية التحتية للمجتمع والملكية تنتقل إلى القطاع الخاص، كما أن المشروعات التي تم خصصتها تخضع للقواعد التنظيمية والإجراءات المصاحبة للخصوصية⁽¹⁾.

-تجسد عقود الشراكة عام خاص في عقود الأشغال العامة في عقود يتعهد بمقتضاها المقاول يعمل من أعمال البناء والترميم والصيانة لعقار ماء يكون لحساب شخص معنوي عام تحقيقاً للمصلحة العامة مقابل ثمن تلتزم به الإدارة العامة إلا أن الثمن في عقود الأشغال العامة يخضع للقاعدة عدم الدفع الجزأ أو المؤجل كما يتميز هذا النوع من عقود الشراكة بكونه قصير المدة تتراوح مدته ما بين 5 سنوات إلى 30 سنة كأنسب تقدير⁽²⁾.

⁽¹⁾ ريم خيذر، المرجع السابق، ص 47.

⁽²⁾ رحيمة ندميلي، المرجع السابق، ص 190.

يستخلص من خلال ما ورر أن الشراكة عام خاص وإن كان منشأها الاقتصادية بحثا في إنجلترا، بغرض نقادي عجز الميزانية العامة، فإنها تجد منشأها القانوني في فرنسا الذي كان نتيجة للجدل القائم بين الفقه والفضاء حول تكييف عقود مقاولات الأشغال العامة إلا أنها تشترك في نفس الغرض هو البحث عن تمويل للبنى التحتية التي تتطلب إنفاق ضخ، ولا مناص من اللجوء للشريك الخاص للنهوض بالاقتصاديات الدول عن طريق فتح مجال الاستثمار وتحقيق التنمية التي لن تتأتى إلا بوجود بنية تحتية قوية، الشراكة كآلية قانونية التجسيد التعاون بين القطاعين العام والخاص.

البند الثاني: تمييز عقد التفويض عن باقي أساليب تسيير المرفق العمومي

قد يتشابه أسلوب التفويض مع باقي أساليب إدارة وتسيير المرافق العمومية، كالتسيير غير المباشر والتسيير بواسطة مؤسسة عمومية وتفويض خدمة عمومية، مما يستوجب علينا التمييز بينه وبين هذه الأساليب، لمعرفة أوجه التشابه والاختلاف

أولا: التمييز بين عقد التفويض وأسلوب التسيير غير المباشر.

يقصد بالتسيير غير المباشر للمرفق العمومي⁽¹⁾، النظام الذي بموجبه تكلف السلطة العامة شخص بإدارة مرفق اقتصادي مقابل عوض يتقاضاه منها. و من خلال هذا التعريف نجد أن نقاط التشابه بين عقد الإمتياز وبين أسلوب الاستغلال غير المباشر تكمن في أنه في كليهما يتولى شخص طبيعي أو معنوي إدارة وتسيير مرفق عمومي، وفي كلا الأسلوبين يخضع الشخص المستغل لرقابة الإدارة لضمان السير الحسن للمرفق العمومي لكن هذا لا ينفي وجود بعض نقاط الاختلاف بينهما، والمتمثلة فيما يلي:

✓ رقابة الإدارة على المتعاقد معها في عقد التفويض تختلف عن مثلتها في أسلوب التسيير غير المباشر للمرفق العمومي، حيث أن هذه الرقابة تكون محدودة ومقتصرة على ضمان السير الحسن للمرفق العمومي. في حين أن الرقابة في أسلوب التسيير غير

(1) حاليا أصبح هذا الأسلوب غير مرغوب فيه من طرف أغلب المتعاملين، بسبب الرقابة الشديدة التي تفرضها الإدارة فيه.

المباشر تكون أكثر حدة واتساعا، باعتبار أن الإدارة هي التي تتحمل مخاطر المشروع، وأن المتعامل معها يسير المرفق العمومي لحساب الإدارة وليس لحسابه.

✓ المقابل الذي يقدمه المنتفعون من المرفق العمومي في بعض عقود التفويض يكون من نصيب الملتزم وحده، في حين أنه في أسلوب التسيير غير المباشر، فإن المقابل الذي يدفعه المنتفعون تأخذه الإدارة بالكامل، مع عوض تقدمه للمتعاقد معها كمقابل لتسييره المرفق العمومي.

ثانيا: التمييز بين عقد التفويض وأسلوب التسيير بواسطة مؤسسة عمومية.

يقصد بالتسيير بواسطة مؤسسة عمومية، إدارة مرفق عمومي بواسطة مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي، وهو ما يعبر عنه باللامركزية الفنية أو المرفقية⁽¹⁾، ومنه يكون هذا الأسلوب أقرب إلى أسلوب التسيير المباشر للمرفق العمومي، ورغم أن التسيير بواسطة مؤسسة عمومية يتشابه مع عقد الإمتياز، لأن كليهما ينصب على إدارة مرفق عمومي تحقيقا للمصلحة العامة، إلا أن هذا لا ينفي وجود بعض الاختلاف بينهما، والمتمثل فيما يلي:

✓ التسيير بواسطة مؤسسة عمومية هو تسيير مباشر للمرفق العمومي، في حين أن التسيير عن طريق عقد التفويض يعتبر تسيير غير مباشر.

✓ إذا تعرضت المؤسسة العمومية لخسارة مالية فهي لا تتعرض للإفلاس، وإنما الدولة تقدم لها المساعدة المالية لتطهيرها، على العكس من ذلك في عقد التفويض فالملتزم إذا كان شخص من القانون الخاص فيمكن أن يتعرض للإفلاس، أو التسوية القضائية.

⁽¹⁾ مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 373.

✓ القرارات الصادرة عن إدارة المؤسسة العمومية هي قرارات إدارية، ويمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري⁽¹⁾، على عكس قرارات المفوض له ليست قرارات إدارية، إلا إذا كان من أحد أشخاص القانون العام.

ثالثا: التمييز بين عقد التفويض وعقد تفويض الخدمة العمومية.

لقد أدخل نظام تفويض الخدمة العمومية لتسيير المرفق العمومي في التشريع الجزائري بصفة صريحة ولأول مرة بموجب قانون المياه لسنة 2005، رغم أنه كان قد تمت الإشارة لهذا النظام في المرسوم التنفيذي رقم 101/01 المؤرخ في 21 أفريل 2001 المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه⁽²⁾.

أما قانون المياه لسنة 2005، فقد تطرق لعقد تفويض الخدمة العمومية بصفة واضحة، كما نصت المادة 104 من نفس القانون على ما يلي: "يمكن الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة أو صاحب الإمتياز، تفويض كل أو جزء من تسيير الخدمة العمومية للماء أو التطهير لمتعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية وضمادات مالية كافية"⁽³⁾.

فنظام تفويض الخدمة العمومية نظام جديد في التشريع الجزائري، وهو عقد يخول بمقتضاه شخص اعتباري من القانون العام يتصرف باسم الدولة أو كصاحب امتياز لإدارة

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 375.

(2) الذي نصت المادة 06 منه الفقرة 02، على ما يلي: "تكلف المؤسسة بهذه الصفة عن طريق التفويض بالمهام الآتية: الخدمة العمومية لمياه الشرب الهادفة لضمان وفرة المياه للمواطنين في ظروف مقبولة عالميا، والساعية لتلبية أقصى طلب لمستعملي شبكة المياه العمومية، ويتم تنفيذ هذه المهمة بالتشاور مع السلطات العمومية، أنظر المرسوم التنفيذي رقم 101/01 المؤرخ في 21 أفريل 2001 المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر، العدد 24 لسنة 2001، ص 04.

(3) في المادة 101 منه الفقرة 01، والتي نصت: "تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات، يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم. كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية" القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، ج ر، العدد 60 لسنة 2005، ص 03.

وتسيير مرفق عمومي وتحت مسؤوليته الكاملة، فيقوم بتفويض كل أو جزء من تسييره لمعامل آخر عمومي أو خاص، وتكون أجرته مرتبطة أساسا بنتائج استغلال هذا المرفق العمومي.

يتبين لنا أن كل من عقد تفويض المرفق العام وعقد تفويض الخدمة العمومية يهدف إلى إدارة واستغلال مرفق عمومي من طرف شخص معنوي آخر غير الإدارة صاحبة المشروع، وتحت الرقابة الدائمة لها، وكلاهما عقد محدد المدة، وتتم الموافقة عليهما بموجب اتفاقية طبقا للمادة 107 من قانون المياه لسنة 2005، ولكن هذا لا ينفي وجود بعض الاختلاف بين النظامين، والذي نورده فيما يلي:

طرفي عقد الإمتياز هما السلطة المفوضة والمتعاقد معها المفوض له، لكن في عقد تفويض الخدمة العمومية نجد طرفي العقد هما صاحب الإمتياز كمفوض، والشخص الآخر المفوض له، دون أن ننسى الإدارة مانحة الإمتياز كطرف ثالث، باعتبار يشترط موافقتها المسبقة على منح عقد التفويض⁽¹⁾.

رابعاً: تفويض المرفق العام والتفويض في السلطة الإدارية

التفويض في السلطة هو نقل الرئيس الإداري إلى جانب من اختصاصاته إلى بعض مرؤوسيه يمارسها دون الرجوع إليه، مع بقاء مسؤوليته أمام الرئاسات العليا. ويشترك تفويض المرفق العام مع تفويض الاختصاصات في أن كليهما يتضمنان نقل اختصاصات إلى جهة أخرى، إلا أنهما يختلفان في أن التفويض في السلطة الإدارية لا يكون إلا جزئياً أما تفويض المرفق العام فيشمل جميع الاختصاصات والمهام اللازمة من أجل إدارة المرفق.

⁽¹⁾ وهو ما نصت عليه المادة 108 من قانون المياه لسنة 2005: "عندما يبادر صاحب الامتياز بتفويض الخدمة العمومية بصفته هيئة مفوضة فإنه يتعين عليه طلب الموافقة المسبقة من الإدارة المكلفة بالموارد المائية قبل عرضها على المنافسة".

ولا يتضمن تفويض السلطة تفويضا في المسؤولية، وإنما تظل المسؤولية على عاتق الرئيس الإداري، أما تفويض المرفق العام فيتحمل صاحب التفويض كل المسؤوليات الناجمة عن إدارة المرفق كما أن تعديل عقد تفويض المرفق العام جائزا وممكنا، ولكن لا بد أن يكون بهدف تحقيق المصلحة العامة ودون أن يؤدي إلى تغيير جوهري في موضوع العقد أو طبيعته أما التفويض في السلطة الإدارية، فيمكن للرئيس الإداري تعديل نطاق التفويض أو استرداده دون مشكلة.

الفرع الثاني

التفويض وما يشابهه من تصرفات

قانونية في نطاق القانون الخاص

إن الأزمة التي يعانيها القطاع العام ترجع إلى أخطاء في الإدارة وخلل في الهياكل، وعدم تحديد المسؤوليات تحديدا دقيقا، والخلط بين المهام والمراقبة، وعدم ملائمة قواعد المحاسبة لأوضاع الإدارة وسوء تطبيقها من قبل من عهد إليهم ذلك، وإذا أضفنا إلى ذلك انتشار البيروقراطية ونفسي الرشوة وغياب تنافسية حقيقية من شأنها تأهيل الاقتصاد الوطني، فكل هذه العوامل جعلت من الخوصصة⁽¹⁾ أحد الحلول المثالية لهذه الإشكاليات، سنحاول معرفة مدى تقارب عقود التفويض مع التصرفات لقانونية في نطاق القانون الخاص .

البند الأول: تمييز عقود تفويض المرفق العام عن خصخصة المرفق العام

أولا: تأثير الخوصصة على الدولة

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وما نتج عنها من انهيار اقتصاديات الدول الغربية، قامت هذه الأخيرة في اتجاه بناء قطاع عمومي قوي قادر على توفير الخدمات الضرورية لإشباع حاجيات المواطنين. وكان من النتائج المباشرة لهذا التوسع في دور القطاع العام

⁽¹⁾ Ben Ali (D), L'Etat nation à l'heure des mutations politico-économiques et de libéralisation politique, in , Etat nation et prospective des territoires , sous la direction de A.sedjari, éditions L'Harmattan Gret, 1996, p.53.

ارتفاع النفقات العمومية وارتفاع الضغط الجبائي وتعاضم المؤسسات العمومية التي تشرف عليها الدولة، ومن هنا برزت بعض الظواهر السلبية.

أما فيما يخص أزمة تسيير القطاع العام، فهناك توجه ذو طابع حديث في مجال إعادة النظر في دور الدولة وأدوات تدخلها وهو ما يتجسد في البحث عن طرق فعالة في تسيير الشأن الاقتصادي، عبر الاستعانة ببعض أدوات التدبير المستعملة في القطاع الخاص كالتدبير، الجودة، ومعايير الأداء والمحاسبة التحليلية⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الخصخصة

يستخدم الباحثون عدة مصطلحات للدلالة على الخصخصة⁽²⁾ *privatization* كلمة *privatization* في اللغة الانجليزية، هي إسم مشتق من الصفة *privat* ومعناها " الخاص " لذلك نلاحظ أن معظم الترجمات العربية مشتقة من خاص كالخصخصة والخصخصة⁽³⁾، ولعل هذين المصطلحين هو أكثر الاصطلاحات شيوعاً في الاستخدام، غير أن مصطلح الخصخصة⁽⁴⁾ تأخر في الظهور، حيث ظهر أول مرة في الطبعة التاسعة لمعجم ويب شارس

⁽¹⁾ Finger.(M)et Rossiand(E), *Service public et globalisation, dynamiques organisationnelle et processus d'apprentissage*, in *Management territorial*, éditions Romandes, 1996, p.114.

⁽²⁾ يرى علماء اللغة في تحديد المعنى المرجعي للأحداث، استخدام صيغتي التفعيل والفعلة، والصيغة التعميم والتخصيص، على وزن تفعيل، أما الصيغة الثانية بوزن فعلة، كالخصخصة وعلى ذلك فإن الاصطلاحين: التخصيص والخصخصة، صحيحان من الناحية اللغوية. انظر أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحول القطاع العام الى القطاع الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2009 ص 5.

⁽³⁾ محمد فتوح محمد عثمان، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، مصر، السنة السابعة والثلاثون، العدد الأول، يونيو، 1995، ص 27.

⁽⁴⁾ استخدمت تعابير أخرى للدلالة على هذه العملية إذ يستخدم البعض كلمة "الاهلنة" للدلالة على هذه العملية، كما أن بعض الدول استخدمت مصطلحات أخرى للدلالة على هذه العملية فعلى سبيل المثال استخدمت تونس تعبير خروج الدولة من الاقتصاد والتفويت استخدمت الشيلي وسيرلانكا تعبير الرأسمالية الشعبية واستخدمت كوستاريكا وجمايكا تعبير الديمقراطية الاقتصادية، انظر، مهند ابراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحويل الى القطاع الخاص "الخصخصة" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 18-19.

نيوكو ليجيت سنة 1983⁽¹⁾، وللخصوصة⁽²⁾ مفهومين ضيق وواسع، إذ يرى بعض الفقه أن الخصوصية تعني بمفهومها الضيق نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وتعني، كذلك انتقال النشاط أو القطاع من الرقابة أو الملكية العامة إلى القطاع الخاص⁽³⁾.
لقد عرف التحول إلى القطاع الخاص بأنه تقليص لدور الدولة في الاقتصاد ومن الواضح أن هذا التعريف يركز على حقيقة أن التحول إلى القطاع الخاص هو وسيلة لدعم القطاع الخاص وتقليص دور القطاع العام⁽⁴⁾

فيقصد بها" تشجيع الإدارة الخاصة للمرافق العامة مع الاحتفاظ بملكيتها للقطاع الحكومي لاسيما عن طريق عقود الإمتياز والتأجير والإدارة المحددة المدة، فالخصوصة بهذا المعنى لا تعدو أن تكون عملية بحث عن دور جديد للدولة في إطار علاقة الحكومة بالقطاع الخاص لكن في النهاية لابد من تحديد مضمون ثابت ومحدد لجوهر هذه السياسة يتفق مع أهداف الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من الاشتراكية التسيير على الخصوصية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006ص357.

⁽²⁾ إتجه البعض الى إستخدام تعبيرات غامضة غير مستساغة من بينه الاستخصص، التخصصية، الخاصة والاختصاص والمخاصة والتخاصية والتخوص والتخص وهي كلمات ومصطلحات ناشئة عن كلمة خاص. انظر، محسن أحمد الخضيري، الخصخصة منهج اقتصادي متكامل لإدارة عمليات التحول إلى القطاع الخاص على مستوى الاقتصاد القومي والوحدة الاقتصادية، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، طبعة سنة، 1983، ص18.

⁽³⁾ دأونيس، الخصخصة: المفهوم، الأساليب، التحديات، التجارب، حالة الجزائر، مؤتمر تحديات التنمية وتحديث الإدارة في الوطن العربي، طرابلس، ليبيا، 1517 مارس، 2004 ص8.

⁽⁴⁾ مهني إبراهيم، علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص20.

⁽⁵⁾ وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، أثر الخصخصة على النظام الضريبي في ظل النظم المالية المقارنة كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2011، ص22.

تعرف الخصخصة بأنها نقل ملكية المنشآت كلياً أو جزئياً من القطاع العام إلى القطاع الخاص⁽¹⁾، أو هي عملية استبدال كلي أو جزئي للقطاع العام بالقطاع الخاص لإنتاج وتقديم السلع⁽²⁾.

حاول المشرع الجزائري طرح تعريف تشريعي لمصطلح الخصخصة حيث عرفه في الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من الأمر 22/95 على أنها " تعني، الخصخصة القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد، إما في تحويل ملكية الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كفاءات تحويل التسيير وممارسة شروطه".

عرفها المشرع في الأمر 14/01⁽³⁾ موجب المادة 07 حيث نصت على أنه " يقصد بالخصخصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى الأشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية.

وتأسيساً على ذلك لا تقتصر الخصخصة في نظر المشرع على تحويل ملكية الجانب المادي أو المعنوي لمؤسسة عمومية إلى أشخاص تابعين للقانون الخاص، ولكن نكون أمام خصخصة في حالة تحويل سلطة التسيير إلى هؤلاء الأشخاص في شكل عقود تسيير وهذا التوسيع لنطاق الخصخصة له ما يبرره حسب المنطلق السائد لدى السلطة والذي لا يعتبر الخصخصة مجرد عملية بيع أصول عمومية، إنما أسلوب إقتصادي الغاية منه إصلاح المؤسسة أو تحديثها، كما تقضي بذلك المادة الرابعة من الأمر 22/95 وهكذا تصبح

(1) محمد بن صبري أرنج، الخصخصة تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، 2000م، ص 24.

(3) رفعت عبد الحليم الفاعوري، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2004، ص 8.

(3) الأمر 14/01 المؤرخ في 02 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر، العدد، 47 لسنة 2001.

الخصوصية حركة واعية تتدرج في إطار غايات سياسة إعادة الهيكلة الصناعية، وتقويم الاقتصاد الوطن⁽¹⁾.

إذا أخذنا بالمعنى التقليدي أو الضيق للخصخصة وهو نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص، نجد أنها تختلف عن عقود التفويض الذي يعد إحدى صور الخصخصة إذا أخذنا بالمعنى الواسع لهذه الكلمة، وكان نقل عبء إدارة المرفق العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص⁽²⁾.

إن عقد الخصخصة يعتبر من العقود المدنية العادية الذي تبرمه الإدارة مع طرف من القطاع الخاص، وبمقتضى هذا العقد تقوم الإدارة ببيع مشروع مملوك للدولة، ونقل ملكيته إلى الشخص الخاص بصورة كلية أو جزئية⁽³⁾.

وبناء على ذلك فإنه إذا كانت الخصخصة غير جائزة دستورياً فإن التفويض في إدارة المرفق العام إلى القطاع الخاص جائز، حيث أنه لا يتضمن تخلي عن ملكية المشروع العام إلى القطاع الخاص وإنما نقل الإدارة فقط من استمرار رقابة الدولة على المشروع العام.

إن عملية الخصخصة تؤدي إلى انتقال ملكية المشروع إلى الطرف الذي قام بشراء هذا المشروع، فيقوم بإدارته وعلى مسؤوليته وبأمواله الخاصة ويكون مع ذلك مالكا للمشروع، في حين أن عقد التفويض لا يؤدي إلى تملك صاحب الإمتياز للمشروع إذ يجب إعادة هذا المرفق محل التفويض إلى السلطة المانحة عند نهاية المدة.

البند الثاني: تمييز عقد التفويض عن الإمتياز التجاري.

يجب التفرقة بين عقد الإمتياز التجاري (*Franchies contract*) وبين عقد التفويض -الإمتياز الإداري- والذي نحن بصدد دراسته (*Concession contract*)، وعقد الإمتياز التجاري يُعدّ نظاماً لتسويق البضائع والخدمات من أفكار النظام الأمريكي، وهو عقد يرتب

(1) عجة الجليلي، مرجع سابق، ص363

(2) L.Richer, *Remarques sur les entreprises privées du service public*, AJDA 1997, p.106.

(3) إلياس ناصيف، المرجع السابق: 130.

علاقة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص يمنح احد أطرافه وهو(المانح) الطرف الآخر وهو(المرخص له) الحق في استخدام الملكية الصناعية -الاسم التجاري- براءة الاختراع- استخدام العلامة التجارية-المعرفة الفنية، بغية توزيع أو إنتاج سلعة معينة وتوزيعها كل ذلك مقابل عمولات دورية يحصل عليها مانح الترخيص من المرخص له⁽¹⁾.

أما عقد الإمتياز الإداري (*Concession contract*) فهو عقد يكون احد أطرافه الدولة أو احد الأشخاص المعنوية التابعة لها ويكون الطرف الثاني شخصاً من أشخاص القانون الخاص، فهذا العقد يخضع لقواعد القانون العام وبالتحديد القانون الإداري⁽²⁾.

البند الثالث: تمييز تفويض المرفق العام والوكالة:

الوكالة هو أن يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الموكل الأصيل وهو شخص عام ولا ينفي الصفة الإدارية للعقد كون الوكيل أحد أشخاص القانون الخاص بل تظل الصفة الإدارية للعقد.

وتتميز الوكالة عن تفويض المرفق العام بان موضوع الوكالة ليس محصوراً في إدارة أو استغلال المرافق العامة وإنما يمكن أن يمتد إلى مهام أخرى كالأشغال العامة، وينحصر تفويض المرفق العام أيضاً في المرافق العامة القابلة للتفويض.

تقع المسؤولية كاملة على الشخص العام عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل ويتصل كلفة النفقات، أما في تفويض المرفق العام فيتحمل صاحب التفويض نفقات ومسئول تشغيل المرفق العام ويتقاضى الوكيل المقابل المالي في صورة ثمن يدفعه الشخص العام إليه نتيجة إتمام المهمة التي كلفه بإنجازها، اما صاحب التفويض فيتقاضى المقابل المالي من نتائج استغلال المرفق.

⁽¹⁾انظر هاشم عوض عبد المجيد، الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية، منشور على الموقع الإلكتروني اخر زيارة 2022/05/05، https://www.bibliodroit.com/2020/03/blog-post_258.html

⁽²⁾ درع حماد عبد، مرجع سابق، ص12.

البند الرابع: تمييز عقد تفويض المرفق العام وعقد البوت

أولاً: تعريف عقود البوت

خالفاً للعقود المسماة كلها التي تشير تسمية العقد لنوع العملية موضوع العقد، فإن عقود البوت هي اصطلاحاً اشتق من الحروف الأولى للعمليات التي يمر بها إنجاز المرفق العام باللغة الإنجليزية كما سنقوم ببيانه، لتصبح بذلك الاسم الذي تعرف به هذه العقود، ومن هنا بدأ الاهتمام بهذا المصطلح ووضعت له العديد من التعاريف الفقهية، كما اهتمت به منظمة اليونيدو ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لأهميته الكبيرة في الواقع العملي، وسنقوم في هذا الفرع بإبراز التعاريف التي وضعت له، ثم نبرز أهمية التحول إليها كأسلوب لإنشاء وتسيير المرافق العامة كالتالي:

أ: عقود البوت اصطلاحاً⁽¹⁾

البوت B.O.T كلمة إنجليزية هي اختصار لثالث كلمات، البناء Build، التشغيل Operate، ونقل، Transfer الملكية⁽²⁾، أو Build البناء، Own الامتلاك و Transfer نقل الملكية⁽¹⁾،

⁽¹⁾ أصل اصطلاح البوت BOT أرجعه البعض ظهور عقود البوت لنظام الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدول، لتوفير المياه الصالحة للشرب لباريس، لكن جانب آخر منهم قال بأن عقود البوت تختلف عن عقود الامتياز القديمة اختلافاً جوهرياً كما أنه حديث مقارنة لهذا الأخير، فهو يطلق يد القطاع الخاص في التصرف في المرفق موضوع العقد، حيث يكون مجال تدخل الدولة محدوداً، كما أرجع فقهاء آخرون اصطلاح البوت لرئيس وزراء تركيا سابقاً تورغوت أوزال، وذلك بمناسبة تنفيذ مشروع جسر البوسفور، في مطلع الثمانينات من القرن العشرين، وذلك بمناسبة اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بعد نجاحه في الانتخابات، في شرحه إستراتيجيته الجديدة في مجال التنمية الاقتصادية قال أنه سيقوم بإسناد المشاريع الجديدة في مجال البنية التحتية للقطاع الخاص على أساس أن عقود البوت.

SHRESTHA Santish Kumar, „Prospects of BOT (Build Operate Transfer) projects for infrastructure development in Nepal », Journal of the Institute of Engineering, Tribhuvan University, Nepal, Vol 8, N° 1, 2011, p 140.

KUMARASWAMY Mohan M, MORRIS David A, „Build Operate Transfer type procurement in Asian Megaprojects », Journal of construction engineering and management, ASCE, Reston, Virginie, États Unis, Vol 128, N° 02, March April 2002, p 93.

⁽²⁾ جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت B.O.T، وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط،

إلا أن هناك اتجاهها فقها يرى بأن ترجمة عقود B.O.T لبناء وتشغيل ونقل الملكية غير صحيح، والأدق تعبيراً عن مضمون هذه العقود هو تسمية "عقود التشييد والاستغلال والتسليم"، لأن التشييد يشمل عملية البناء التي تقوم بها شركة المشروع، والتي تسبقها أعمال أساسية كدراسات الجدوى الاقتصادية بأنواعها، ودراسة مخاطر إنجاز المرفق العام ودراسات البيئية وتخطيط الموقع والتصميمات الهندسية... الخ، كما أن اختصار التشغيل غير دقيق على أساس أن شركة المشروع تشغل المرفق العام، وفي نفس الوقت فهي تستثمر فيه لذا يرجح هذا الاتجاه الفقهي استخدام اصطلاح "الإدارة" بدال عنه، أما "نقل الملكية" فهو غير صحيح لأن ملكية المشروع منذ البدء للدولة لذا فالأصح إصطلاحاً هو "تحويلاً لملكية" (2).

ب: التعريف الفقهي لعقود البوت

لم تعرف عقود البوت في بادئ الأمر لصعوبة إيجاد تعريف دقيق وشامل لها، والذي يضم في طياته عدداً من العناصر التعاقدية المختلفة⁽³⁾، وقد أوردت العديد من التعريفات الفقهية لعقود البوت نتطرق للبعض منها على النحو التالي:

عرفت منظمة اليونيدو UNIDO⁽⁴⁾ عقود البوت بأنها: "اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية

طارق بن هلال البوسعيدي، «الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تيرمها الدولة وفقاً لنظام T.O.B»، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد السادس والثلاثين، أكتوبر 2008، ص 46.

نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2001، ص 486.

مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008، ص 9.

(1) سمير عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشماوي، نظام البناء، التشغيل، نقل الملكية BOT، لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 1، 2.

(2) محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام BOT عقد الإنشاء والإدارة والتسليم، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2009، ص 108، 109.

(3) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 82.

(4) اختصار لمنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO.

التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط أن لا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب إتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من إسترجاع الأموال التي إستثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الإستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة⁽¹⁾.

عرفت عقود البوت أنها: "تعهد من الحكومة أو إحدى الوزارات أو الهيئات التابعة لها إلى مؤسسة خاصة محلية أو أجنبية أو مشتركة، بإتباع وسائل معينة لإنشاء مرفق عام، لإشباع حاجة عامة كالطرق والمطارات والموانئ ومحطات الطاقة وغيرها، وذلك على حساب هذه المؤسسة، ثم تقوم هذه المؤسسة بإدارة المرفق وتؤدي الخدمة للجمهور المستفيد من ذلك لمدة معينة، بشروط محددة تحت إشراف الجهة المتعاقدة ورقابتها، لتقوم بعد ذلك بنقل أصول المرفق أو المشروع للدولة أو الجهة المتعاقدة في حالة جيدة قابلة للاستمرار تشغيله"⁽²⁾.

يلاحظ على هذا التعريف أنه حرص على بيان أن ملكية الدولة المضيفة للمشروع تظل قائمة، وهو ما يتفق مع الاتجاه الصحيح في أن يد شركة المشروع على المرفق العام خلال فترة الإنشاء والتشغيل عارضة لا ترقى لمفهوم الملكية بمعناها الصحيح، والتي تعني

⁽¹⁾ A contractual arrangement whereby a private sector entity undertakes the construction, including design and financing, of a given infrastructure facility and the operation and maintenance there of the private sector entity operates the which it is allowed to charge facility over a fixed term during facility users appropriate fees and other charges not exceeding those proposed in its bid incorporated in the project agreement to enable the private sector entity to recover its investment and operating and maintenance expenses in the project, plus a reasonable return there on. At the end of the fixed term the private sector entity transfers the facility to the government agency or to a new private entity selected through public bidding “

دليل منظمة اليونيدو ص 522

⁽²⁾ أمل نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر 2004، السنة الثالثة، ص4.

الاستعمال والاستغلال والتصرف، ومتى كانت شركة المشروع لا تملك سلطة التصرف في المرفق العام، فلا نكون بصدد ملكية بالمعنى الصحيح.

عرفت عقود البوت أنها: "صور جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية، تستهدف القيام بمشاريع ضخمة، تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة أو إدارتها العامة أو مؤسساتها بعد انقضاء المدة المتفق عليها"⁽¹⁾.

كما تعد عقود البوت "ذلك النموذج أو الهيكل الذي يتم بمقتضاه استخدام استثمارات القطاع الخاص في تمويل البنية الأساسية للدول، وهي الوظيفة التي كانت تقع على عاتق القطاع العام تاريخياً، وتمويل المشروعات هو حجر الزاوية بالنسبة لنظام BOT"⁽²⁾.

عرفت عقود البوت أنها: "تلك المشاريع التي تمنحها الدولة بواسطة الإمتياز إلى القطاع الخاص، بهدف إقامة البناء وتشغيل المشروع العائد للبنية التحتية، وذلك لحساب القطاع العام وإدارته ضمن مهلة محددة، بعدها تنتقل ملكية المشروع إلى شخص من القانون العام"⁽³⁾.

عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عقود البوت بأنها: "شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الاتحاد المالي للمشروع، امتيازاً لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية الاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجارياً، أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الإمتياز وفي نهاية الإمتياز تنتقل

⁽¹⁾ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 26.

⁽²⁾ سمير عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشاوي، مرجع سابق، ص 1.

⁽³⁾ نعيم مغنغب، مرجع سابق، ص 21.

ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع⁽¹⁾.

يعاب على التعريفين السابقين أنه لا يمكن قصر إبرام عقود البوت على مشروعات البنية التحتية فقط، فقد أثبت الواقع العملي أن العديد من المشروعات التي جرى التعاقد على تنفيذها بعقود البوت لا تدخل في إطار مشروعات البنية التحتية، كما هو الحال بالنسبة للمشروعات الترفيهية، مثال ذلك ماقامت به بريطانيا في مجال إنشاء السجون⁽²⁾.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تعريف عقود البوت يمكن أن يكون فيها التركيز على الطابع الدولي، لأن الغالب في هذه الأخيرة أن تكون عقوداً دولية.

عرفت عقود البوت أنها: "تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة، يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز يخوله الحصول على عائد المشروع طوال فترة الإمتياز، على أن يقوم برد ذلك المشروع عند انتهاء تلك المدة في حالة جيدة، بدون مقابل⁽³⁾."

يعاب على هذا التعريف أنه عرف عقود البوت بأنها امتياز تمنحه الدولة أو الحكومة للمستثمر، وهذا أمر مخالف لحقيقة عقود البوت وغير دقيق، لجملة من الأسباب نبرزها في الفرع الموالي في تمييزنا لعقود البوت عن عقود لتفويض.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقد التفويض

أ - تغلب المصلحة الخاصة لشركة المشروع في عقود البوت في الغالب على المصلحة العامة.

(1) عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008، ص 13.

(2) ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2005، ص 22.

(3) ماهر محمد حامد، نفس المرجع، ص 20.

ب- شركة المشروع في عقود البوت تتحمل كامل أعباء ومخاطر المشروع، ومن ثم فإن مبدأ التوازن المالي للمشروع ليس ذا أهمية فيه⁽¹⁾، عكس عقد التفويض حيث تبقى مصلحته متوازنة.

ج- الدولة منذ تعاقدها مع شركة المشروع في عقود البوت، لا يمكنها التدخل في عمل المرفق العام، ومتى تدخلت فأى نتائج تحدث من شأنها أن تمنح لشركة المشروع الحق في طلب التعويض⁽²⁾، عكس بعض عقود التفويض فتدخل الدولة لمراقبة كيفية سير المرفق وتوجيه الملاحظات وتوقيع العقوبات عند الحاجة لذلك أحد مميزات هذا العقد حفاظاً على حسن سيرها بانتظام، دون أن يمس ذلك بمبدأ التوازن المالي للعقد.

د- العناصر الثلاثة المكونة لعقود البوت وهي: البناء والتشغيل وتحويل الملكية غير موجودة في عقود الإمتياز، فهذه الأخيرة قد لا تطلب إنشاء مرافق عامة، كما أن عنصر تحويل الملكية أيضاً قد يكون غير موجود في عقود الإمتياز لتخلف عملية البناء لاسيما وإن كانت المنشآت موجودة ومملوكة أصال للدولة⁽³⁾.

- في عقود البوت لا تساهم الدولة بأي نفقات لإقامة المرفق العام عكس عقود التفويض، فقد تساهم فيها الدولة في أحيان كثيرة وذلك في عملية تمويل الأشغال المرتبطة بإقامة منشآت عامة ضرورية لإدارة المرافق العام سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

⁽¹⁾ MARCOU Gérard, «Les Modes de Gestion des Services Publics Locaux en Allemagne et le Problème de l'ouverture à la Concurrence», RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 03, 1995, p472, 774.2 –

فكرة التوازن المالي للعقد تقتضي وجود مرونة في التزامات المتعاقد وحقوقه اتجاه الإدارة، بحيث يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد عند تحمل الملتزم لتكاليف مالية غير متوقعة لو كان يعلم بها لما أقدم على التعاقد، وهذا حتى ولو لم يصدر عن جهة الإدارة أي خطأ يستلزم التعويض، وهو من المبادئ الهامة والمكرسة في العقود الإدارية. لأكثر تفصيل حول الفكرة: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 2008، ص 584.

عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2003، ص 51.

⁽²⁾ وليد حيدر جابر، مرجع سابق ص 497.

⁽³⁾ وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) حقوقاً لإدارة التعاقد والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص 57، 58.

و- عقود البوت تبرز فعالية القطاع الخاص في إنشاء وإدارة المرافق العامة، دون وجود لسيطرة الدولة، في حين أنه في عقود التفويض يجتمع تدخل الدولة باعتبارها صاحبة السلطة في تنظيم المرفق .

ز- تعتمد عقود البوت على فكرة نقل الملكية للدولة من شركة المشروع بعد انتهاء المدة المتفق عليها، دون أن يكون لها حق في التعويض كقاعدة عامة، لأن الدولة ستكون ملزمة بدفعه في حالة استخدامها لحقها في تملك المنشآت التي أقامت شركة المشروع متى حدد ذلك في دفتر الشروط، أما في عقود التفويض فالدولة تملك حق استرداد منشآتها والمملوكة لها في الأصل.

ح- أصول وموجودات المرفق في عقود البوت مملوكة للشركة المشروع طوال مدة العقد، في حين أنها في عقود الإمتياز مملوكة للدولة التي لها حق الرقابة والتوجيه لتحقيق أقصى استفادة من المرفق العام (1).

ط- التعاقد بالبوت يمكن أن يكون بين طرفين كالهما من القطاع الخاص، فقد أثبت الواقع العملي أن العديد من الشركات الخاصة تلجأ لعقود البوت سدا لمشكلة نقص السيولة المالية، في حين أنه في عقود الإمتياز فالملتزم دائما يكون من أشخاص القانون الخاص والمتعاقد معه من أشخاص القانون العام (2).

ي- في عقود التفويض المنتفع هو المستهلك الذي يستفيد من خدمات المرفق العام، في حين أنه في عقود البوت يختلف المنتفع فقد يكون المستهلك إذا كان العقد المبرم قد تم في إطار مهمة مرفقية، في حين لو كان موضوعه فقط تشييد المنشآت وإدارتها وصيانتها ففي هذه الحالة تكون الدولة المنتفع الوحيد منه.

(1) أحمد رشاد محمود سالم، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT في مجال العالقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، ص 56، 57.

(2) ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 52

ك- عقد البوت يعني منح الدولة مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة لشركة المشروع صاحبة رأس المال، يستوي أن تكون وطنيه أو أجنبية أو أن تكون من القطاع العام أو الخاص، وفقا للمواصفات المحددة بينها مسبقا حيث يتحمل المستثمر تشييد المشروع واستغلاله لمدة زمنية محددة عادة ما تكون كافية، ومعقولة ليتسنى له من خلالها تحصيل إيرادات تشغيل المشروع، وتتناسب هذه المدة طرديا وتكاليف المشروع، وعكسيا وإيراداتها، فكلما زادت نفقاته وقلت إيراداته طالت المدة والعكس بالعكس⁽¹⁾.

ونظرا لتداخل العقدين فاعتبر جانب من الفقه أن عقود البوت Bot عقودا إدارية وصورة حديثة لما تعرف بعقود الإمتياز، لأنها عقود التزام مرافق عامة ينصب أساسا على إنشاء مرفق عام تسييره وإدارته مما يستدعي وجوبا أن تكون الإدارة تحقق من ذلك غاية أولى تتمثل في تحقيق خدمة أساسية ومصلحة عامة، وهذه المصلحة لا تحقق إلا بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽²⁾.

الفصل الثاني

عقد تفويض المرفق العام

⁽¹⁾ نمديلي رحيمة، ماهية عقد البوت: بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية وخصصتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، 2010، ص 121.

⁽²⁾ تعرض هذا الرأي للانتقاد كون عقد البوت يقوم على مبادئ العقد شريعة المتعاقدين حيث لا يمكن تعديل العقد المبرم بين الدولة أو أحد مصالحها وصاحب المشروع إلا باتفاق الإدارتين، حيث تقف الدولة قدم المساواة مع الطرف المتعاقد معها، والذي غالبا ما يكون طرفا أجنبيا من القطاع الخاص، فلا تستطيع الدولة أن تتدرع في مواجهته بفكرة السيادة، انظر نفس المرجع، 129.

آلية لإدارة المرفق العام المحلي

إن توالي الأزمات الاقتصادية غير من المفهوم الكلاسيكي لليبرالية⁽¹⁾، فأصبح مبدأ التدخل يفرض نفسه بقوة، مستغلة بعض التوجهات الفكرية والمذهبية التي كانت تدعو إلى ذلك التدخل وعلى رأسهم « كينز » *Kanys*، وقد تزامن ذلك مع ظهور بوادر الفكر الاشتراكي الذي عزز هذا الطرح، غير أن هذا التدخل لم يأخذ طريقه النهائي وحجمه الكافي إلا بعد نهاية الحرب العالمية الثانية التي شهدت انهيار اقتصاد كبريات الدول أمام ضعف المبادرة الخاصة، لكن هذه الوضعية لن تستمر طويلا حيث ظهرت تيارات تنادي برفع يد الدول على مجال التسيير العمومي الاقتصادي، مما دفع البعض إلى الحديث عن عدم فعالية الدولة⁽²⁾، والبعض الآخر يذهب إلى الإقرار بضرورة إعادة النظر في وظيفة الدولة⁽³⁾.

إن التطرق إلى هذه المقاربة يجرنا إلى الحديث عن تطور وظائف الدولة والجماعات المحلية معا، وذلك تبعا للتغيرات الاقتصادية والسياسية والثقافية وانسجاما مع خصوصية كل بلد، تقوم فيه اللامركزية الإدارية المحلية أساسا على الاعتراف بوجود مصالح جماعية مشتركة و مترابطة إقليميا أو فنيا، يشرف عليها ويبشرها أبناء كل منطقة⁽⁴⁾، من خلال تسيير المصالح العامة المحلية التي عجزت عن تحقيق الأهداف المنشودة وضمان ديمومة

⁽¹⁾ من المؤكد أن الديمقراطية الكلاسيكية هي ليبرالية وفردية لا تسمح للدولة بالتدخل في الميدان الاقتصادي مادامت

الحيات الاقتصادية هي ركيزة الحريات السياسية

⁽¹⁾ *Guibal (M)* ,La justification des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie », *A.J.D.A*, juin 1976, p.330 331

⁽²⁾ *Thierry (M)* : « L'état inutile ? », In *Etat nation et prospective des territoires* », sous la direction de *A.sedjari*, éditions l'Harmattan Gret, 1996, p.27.

⁽³⁾ *Achagui (A)* : « De la déconcentration administrative à la déconcentration économique », *mémoire du cycle supérieur de l'ENA*, 2003, p.67.

⁽⁴⁾ *DE L'auhader*, *manuel du droit administratif paris*, 1969.p.144.

Georges Vedel et Pierre Delvolve. *Droit administratif, paris*, P.U.F, année 1998.p 85

Bruno Remond, Jacques. *Publisher, les collectivités locales*, Dalloz, Aout, année 1989.p.1718.

الخدمات ونوعيتها، وسبب ذلك يعود إلى عجز الجماعات المحلية عن توليها تسيير المرافق العامة مباشرة⁽¹⁾.

يري الفقيه ريفيرو أن الاعتراف بوجود مصالح محلية متميزة عن المصالح الوطنية هي المؤشر الأول لأي تنظيم لا مركزي⁽²⁾، ولتكتسب مصلحة ما الصفة المحلية، يجب أن تعبر عن رغبات وطموحات سكان الإقليم المحلي، ولا تتعارض مع المصلحة العليا للدولة⁽³⁾. فمن هي الجهة المختصة بتحديد نطاق كل من النوعين من المصالح؟ وما هو مضمون المصالح المحلية تحديدا (المرفق العام المحلي) وكيف يتم توزيع الاختصاص بين السلطة المركزية والمجالس المحلية المنتخبة؟ (المبحث أول)، بهدف ترشيد الخدمة العمومية وتنميتها، من خلال آليات تفويض المرفق العمومي المحليين والبحث عن بدائل إضافية لتمويل إستثماراتها وبنيتها التحتية (المبحث الثاني).

⁽¹⁾إعتماد المشرع الجزائري على الأساليب التقليدية المتمثلة في التسيير المباشر للمصالح المحلية وكذا إسناده إلى الغير وافق المفهوم التقليدي من خلال اللجوء إلى أسلوب التعاقد بواسطة عقود الامتياز. وهو ما يستنتج من خلال قانوني البلدية والولاية لفترة 1990. فالمادتان من 134 و138 من قانون البلدية القديم الصادر بموجب قانون رقم 90-08 تؤكد ذلك من خلال العبارات المستعملة وهي: الاستغلال البلدي المباشر ومنح امتياز المصالح العمومية. نفس الوضع منصوص عليه في قانون الولاية القديم الصادر بموجب قانون رقم (90-09) من خلال إدراج فرع ثان بعنوان: طرق تسيير المصالح العمومية الولائية ضمن الفصل الرابع الموسوم به المصالح العمومية التابعة للولاية. حيث تنص المادتان 122 و124 منه على أسلوبين لتسيير هذه المصالح وهما الأسلوب المباشر واللجوء إلى الامتياز بذلك يكون المشرع الجزائري قد اكتفى فقط بالأسلوب التقليدي لتمرير المرافق العمومية وذلك بواسطة الدولة أو البلدية أو الولاية مباشرة أو بواسطة مؤسساتها على غرار المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات ذات الطابع العمومي.

⁽²⁾la connaissance d'une catégorie des affaires locales, distincte des affaires nationales est la première de toute la décentralisation Voir Rivero, Droit administratif op.cit.p.284.

⁽³⁾عبد القادر شيخي، نظرية الإدارية المحلية، مكتب المحاسب، عمان، سنة 1983، ص 27-28.

المبحث الأول

توزيع الاختصاص بين

السلطة المركزية والجماعات المحلية

تضمن قانون البلدية رقم 10-11 أسلوب التفويض مع إبقائه على الأساليب التقليدية المتمثلة في الأسلوب المباشر وأسلوب الإمتياز⁽¹⁾، لكن دون الفصل في مفهومه⁽²⁾، مع اللجوء إليه في شكل صفقة برنامج أو صفقة طلبية⁽³⁾، يتم التساؤل عن السبب في ذلك وحصر التفويض على مستوى البلديات فقط، في حين نستشف من خلال نص المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽⁴⁾ والمادة 04 من المرسوم التنفيذي 18 / 199 أن المشرع سمح بتحويل بعض المهام السيادية التي تدخل في إختصاص الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع الإداري مستبعدا المؤسسات المحلية ذات الطابع الاقتصادي التي اجمع الفقه على أنها المجال الخصب لآلية التفويض؟

المعروف أن المرافق الوطنية تحقق المصلحة العامة الوطنية التي يشمل نفعها جميع المواطنين الموجودين في الدولة كمرفق الأمن والقضاء، في المقابل هناك مرافق محلية متواجدة على جزء من إقليم الدولة ويستهدف نفعها جزء من الأشخاص كالتعليم والصحة

⁽¹⁾ انظر الفصل الرابع من القانون 10-11، المتعلق بالبلدية، الموسوم به المصالح العمومية البلدية والدليل على ذلك استعمال المشرع في هذا القانون العبارة: الامتياز وتفويض المصالح العمومية.

⁽²⁾ تم النص قبل ذلك في المادة 150 الفقرة 2 منه على أنه يمكن تسيير المصالح العمومية للبلدية بواسطة الطريق المباشر في شكل الاستغلال المباشر أو الطريق غير المباشر في شكل مؤسسة عمومية عن طريق الامتياز أو التفويض، إلا أنه فيما يتعلق بالقانون الجديد للولاية⁽²⁾ لم ينص المشرع الجزائري على هذا التفويض المرافق العمومية على المستوى الولائي بحيث اكتفى بالأساليب التقليدية المتمثلة في الأسلوب المباشر وأسلوب الامتياز في تسيير المصالح العمومية الولائية.

⁽³⁾ يثار إشكال عن المصطلح المستعمل الذي لا يمكن بأي شكل أن يعبر عن مفهوم تفويض المرافق العمومية كما سيتم تمييزه لاحقا بقدر ما يعبر عن مفهوم الصفقات العمومية أكثر التي لها معنى آخر في مجال المرفق العام يكون قد وقع في الخط بين المصطلحات انظر المادة 156 من القانون نفسه.

⁽⁴⁾ المادة 207 التي تنص على "يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف...".

وتوزيع الكهرباء والمياه، تترك حرية إدارتها وتسييرها لأبناء كل منطقة لأنهم الأقرب والأدرى بحاجاتهم على إشباعه (1).

تمارس الإدارة المحلية اختصاصات ممنوحة لها من السلطة المركزية، وتعتبر صلاحيات الوحدات المحلية من حيث مداها وشموليتها، معيارا للدلالة على أهميتها وإشباعها لحاجات مواطني الإقليم الذي تقوم فيه، فإذا ما توسعت الدولة في منح الاختصاصات للإدارة المحلية، كان ذلك مؤشرا على كبر شأن هذه الإدارة وازدياد دورها وفعاليتها في النظام الإداري في الدولة، وبالعكس عندما تقلل الدولة من اختصاص الإدارة المحلية، إنما يحد ذلك من دور هذه الهيئة ومن حجمها وقدرتها.

تعتبر مسألة المصالح المحلية، المعيار الرئيسي في توزيع الاختصاص ()، يصرف النظر عن الأسلوب المتبع في منح الصلاحيات للجماعات المحلية، فالمهم أن يؤدي الأسلوب المتبع إلى تمنع الوحدات المحلية بحرية التمتع في الشؤون المحلية. الجدير بالذكر أن الجماعات المحلية من بين الهيئات المعنية أكثر بتفويض تسيير المرفق العام، بحيث يمكنها اللجوء إلى هذا النمط من التسيير لتنفيذ مختلف مهام الخدمة العمومية المنوط بها (2)، قام المشرع الجزائري، قصد تجسيد آليات التفويض، بمنح الهيئات المحلية صلاحيات لتواجه بها المصالح المحلية (مطلب ثاني).

(1) *par exemple, du besoin général de relations postales qui rapproche tous les habitants d'une ville d'être alimentés en eau, en pays, existent les besoins plus particuliers électricité, besoin qui solidarise les habitants de la ville d'une manière plus étroite Voir aussi De Lauder, op.cit, p.14.*

انظر سليمان محمد الطماوي الوجيه في القانون الإداري، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، سنة، 1979 ص 66.

- منير شبكي، المرفق المحلي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة 1977، ص 155.

(2) والتي يمكن ذكرها في العمليات التالية على سبيل المثال لا الحصر:

التزويد بالمياه المالحة للشرب وصرف المياه المستعملة التطهير، نزع ومعالجة النفايات المنزلية والفضلات الأخرى، صيانة الطرقات، الإثارة العمومية، النقل المدرسية دور الحضانه، المطاعم المدرسية، الأسواق الجوارية، المتاحف، قاعات الرياضة، المسابح، قاعات السينما، المذابح، المسارح، المكتبات المساحات الخضراء، مواقف ركن السيارات، الصناعات التقليدية والحرف وغيرها تعليمة رقم 06 مورخ في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18 199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام.

المطلب الأول

معايير إسناد الاختصاص

للجماعات المحلية

مسألة تحديد مضمون المصالح المحلية وتعريفها أمر صعب، ولم يتفق الفقهاء على وضع تعريف موحد جامع لمفهومها، إذ أن المصالح المحلية عند تعريفها يجب أن تميزها عن المصالح الوطنية، في هذا المقام، يرى الأستاذ رفيرو (Revero) أن المصالح القومية الوطنية) هي المصالح التي تهم الشعب بأجمعه، والمصالح المحلية هي التي تخص مجموعة محلية بلذات " ضمن هذا السياق، يرى الأستاذ خالد قباني أنه إذا كانت المهمة تتصل بإقليم معين فهي محلية⁽¹⁾، ويرى الفقهاء أنه لا توجد شؤون بطبيعتها مستثناة من اختصاص الهيئات المحلية⁽²⁾.

فالمصالح المحلية هي تلك الرغبات والخدمات المعبر عنها من طرف أفراد المجتمع والاستجابة لإشباعها يكون ضمن نسق تضامني محلي، وهذا من واجبات الإدارة المحلية، فالمصالح المحلية في الدافع الأساسي لوجود الإدارة المحلية⁽³⁾، فكل منطقة لها مصالحها المحلية تقوم بين أفراد المجتمع تمكنهم من الشعور بصورة دقيقة عن احتياجاتهم الاجتماعية في شكل تضامني، أي أنها جماعة يوجد بين سكانها مجموعة مصالح قائمة على حقيقة

(1) خالد قباني، اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان، الطبعة الأولى منشورات عويدات، بيروت، 1981، ص 73

(2) يقول الأستاذ بونتيي (Jean Marc Pontier) أنه "لا توجد شؤون محلية وشؤون وطنية بطبيعتها فالشؤون المحلية

تعتبر مطية لأن السلطة المركزية تنازلت عنها والعكس صحيح، انظر

Chaibane Benkeroou. De quelques aspects du contrôle populaire ; L'exemple des assemblées populaires nationale, Wilayale, communales. p.535.

(3) حسن محمد عواضة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربية دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر

والتوزيع بيروت، 1985، ص 89.

تاريخية واجتماعية وجغرافية واقتصادية واجتماعية⁽¹⁾، هناك من يفضل استعمال مصالحي العمومية⁽²⁾

يعتبر الاعتراف بوجود مصالح محلية خاصة بالإدارة المحلية، نتيجة منطقية لتمتعها بالشخصية المعنوية التي تميزها عن الإدارة المركزية، فهناك بعض المسائل التي لا هم جميع المواطنين في الدولة، بقدر ما تهم قسماً منهم يحكم ترابط المصالح الاجتماعية والاقتصادية، فالهيئات المحلية لا تستطيع مباشرة أعمالها إلا إذا توفرت لها شؤون محلية خاصة، متميزة عن الشؤون الوطنية، ومدعمة بمصالح لتفعيلها (فرع أول)، من خلال الأسلوب المعتمد عليه في توزيع الاختصاص (فرع ثان).

الفرع الأول

ماهية المصالح المحلية

يعتبر إعطاء تعريف جامع ومانع للجماعات الإقليمية (البند الأول)، من أصعب الإشكالات التي واجهت الفقه، وهو الأمر الذي دفع البعض منهم إلى تمييزها عن المصالح الوطنية، بدلا من التعريف المباشر لها (البند الثاني)، مع إجماعهم على أن الاعتراف بوجود مصالح محلية متميزة عن الوطنية، لا يكفي لتحقيق الاستقلالية، بل لابد من توافر مجموعة من الدعائم (البند الثالث).

البند الأول: نظام الجماعات الإقليمية في الجزائر

بازدياد وظائف ومهام السلطة المركزية أسندت مهمة إدارة المرافق المحلية إلى سلطات محلية منتخبة تمثلت في الولاية والبلدية أو ما يطلق عليه بالجماعات الإقليمية⁽³⁾.

⁽¹⁾ Missoum SBIH, *les institutions administratifs au Maghreb, le gouvernement de l'Algérie, de Maroc et de la Tunisie*, Hachette année 1977.p.177.

⁽²⁾ chaabane Benakezouh, *OPcitée*, p535.

⁽³⁾ *Les collectivités territoriales un Terme hérité de la France et signifiant les personnes morales de droit public distinctes de l'État et bénéficient à ce titre d'une autonomie juridique et patrimoniale. Les collectivités*

أولا: الولاية

تعتبر الولاية وحدة من الوحدات اللامركزية الإقليمية، حيث كانت في المرحلة الاستعمارية تخضع مناطق وأقاليم الجنوب إلى السلطة العسكرية، بينما قسم الشمال في البداية إلى ثلاثة محافظات ومع نهاية فترة الاستعمار كان بالجزائر 15 عمالة و 91 دائرة حيث تخضع إدارتها وتسييرها إلى عامل العمالة إلى جانب هيئتان أساسيتان هما مجلس العمالة والمجلس العام، ومع دخول مرحلة الاستقلال صدر الأمر 38/69 المؤرخ في 23 ماي 1969 والمتضمن لقانون الولاية، ويعتبر المصدر التاريخي للتنظيم الولائي بالجزائر، مع ظهور ثلاث أجهزة أساسية هي المجلس الشعبي الولائي، المجلس التنفيذي للولاية و الوالي، وقد اهتم دستور 1996⁽¹⁾، بهذه الوحدة الإدارية حيث نص في المادة 16 منه

territoriales apparaissent dans la Constitution de 1946 et l'expression sera reprise dans le texte de 1958, Elles sont aussi désignées sous le nom de "collectivités locales", Si la Constitution a privilégié l'appellation "collectivités territoriales" (art. 34 et titre XII), de même que le Code général des collectivités territoriales (CGCT), créé en 1996, dans le langage courant ces deux expressions sont employées de manière équivalente. Selon l'alinéa 3 de l'article 72 de la Constitution.les collectivités s'administrent librement dans les conditions prévues par la loi, Elles ne possèdent que des compétences administratives, ce qui leur interdit de disposer de compétences étatiques, comme édicter des lois ou des règlements autonomes. bénéficier d'attributions juridictionnelles ou de compétences propres dans la conduite de relations internationales. Cependant, les articles 37-1 et 72 alinéa 4 de la Constitution, issus de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, ouvrent deux voies distinctes pour mettre en œuvre une forme d'expérimentation locale. L'expérimentation prévue par l'article 37-1 relève de l'initiative du législateur, et peut déboucher sur une généralisation à l'ensemble du territoire, La seconde forme d'expérimentation, précisée par la loi organique du 1er août 2003 (articles LO 1113-1 à 1113-7 CGCT), permet aux collectivités de déroger, « à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Très encadré, ce type d'expérimentation pourrait être élargi pour ce qui est de la Corse, dans le cadre de la révision constitutionnelle proposée par le gouvernement d'Édouard Philippe, La gestion des collectivités est assurée par des conseils ou assemblées délibérantes élus au suffrage universel direct, et par des organes exécutifs qui peuvent ne pas être élus, C'est la loi qui détermine leurs compétences, et non les collectivités elles-mêmes. Le législateur ne doit pas méconnaître le principe de leur libre administration et les priver de ce que le Conseil constitutionnel qualifie d'attributions effectives ou de compétences propres, sans en donner pour autant une liste. Afin de les distinguer des établissements publics, y compris ceux gérant les différentes coopérations locales, les collectivités territoriales bénéficiaient depuis 1982 d'une compétence générale leur permettant de prendre en charge toute affaire d'intérêt local, à l'instar des communes qui en disposent depuis la loi municipale de 1884. La loi du 7 août 2015 portant Nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe) a supprimé la clause générale de compétence pour les départements et les régions, ne la conservant qu'au seul bénéfice des communes (art. L 2121-29 CGCT). Désormais, la loi énumère précisément les compétences dévolues aux départements et aux régions. <https://www.vie-publique.fr/fiches/19604-definition-dune-collectivite-territoriale-ou-locale> Dernière visite : 30/12/2021 à 11:43

⁽¹⁾ المرسوم الرئاسي 96-438، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 76 لسنة 1996، معدل بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 ابريل 2002، الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002، معدل بالقانون رقم 19/08

على اعتبار الولاية هيئة أو مجموعة إقليمية بجانب البلدية إلا أن التغيير للمعطيات السياسية و الاقتصادية خاصة بعد المؤتمر الرابع للحزب أدى إلى تعديل أحكام القانون الولائي من ناحيتين أساسيتين: الأول توسيع صلاحيات المجلس الشعبي الولائي في العديد من الميادين، حيث أصبح للمجلس وظيفة المراقبة على مستوى إقليم الولاية، التي تجعل منه وسيلة للمراقبة الشعبية أما الثاني تدعيم وتأكيـد الطابع السياسي لهذه الهيئة سواء من حيث تشكيلها و تسييرها ومع ظهور قانون 09/90 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتعلق بالولاية، الذي تم إلغاؤه بالقانون 07/12 حيث أصبحت الولاية تتكون من جهاز مؤلف من المجلس الشعبي الولائي والوالي حيث هذا الأخير هو هيئة تنفيذية للمجلس، يقوم بتنفيذ مداوات المجلس والإعلام، وتمثيل الولاية وثانيا تمثيل الدولة أما الرقابة على الولاية فإنها توضع تحت الإدارة السلمية للوالي ويكلف بتنفيذ مداوات المجلس الشعبي الولائي وقرارات الحكومة ويتولى الوالي التنسيق العام للإدارة، أما الرقابة على أعضاء المجلس المتمثلة في التوقيف أو الإقالة أو الإقصاء⁽¹⁾، إضافة إلى الرقابة على الأعمال من خلال التصديق سواء كان ضمنا أو صريحا والإلغاء⁽²⁾، فهي من اختصاص وزير الداخلية بموجب قرار مسبب إما لبطلانه بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا وأخيرا نجد الرقابة على الهيئة، حيث تم تحديد وحصر الأسباب التي يحل بسببها المجلس، كما تم تحديد اختصاص الحل وتحديد تاريخ تجديده بمرسوم رئاسي يصدر في مجلس الوزراء بناء على تقرير من وزير الداخلية⁽³⁾، كما يترتب على حل المجلس الشعبي الولائي سحب صفة العضوية على جميع الأشخاص وإلغاء مراكزهم القانونية دون المساس بوجود الشخصية المعنوية للولاية ويحدد نفس المرسوم

المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر العدد 63 لسنة 2008، معدل بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016، الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 2016.

⁽¹⁾ انظر المواد 43، 45، 46، من القانون 07/12، المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بقانون بالولاية.

⁽²⁾ انظر المواد 53، 54، 55، من القانون نفسه.

⁽³⁾ انظر المواد 47، 48، من نفس القانون .

المتضمن لحل المجلس تاريخ تجديده عن طريق إجراء انتخابات لإقامة مجلس شعبي ولائي منتخب، على غرار البلدية كالجماعة الإقليمية الأساسية .

تعرف الولاية بأنها جماعة لامركزية ودائرة حائزة على السلطات المتفرقة للدولة تقوم بدورها على الوجه الكامل وتعتبر على مطامح سكانها، لها هيئات خاصة أي مجلس شعبي وهيئة تنفيذية فعالة⁽¹⁾ .

ويعرفها قانون 07/12 بأنها: الجماعة الإقليمية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالي المستقلة وهي أيضا الدائرة الإدارية غير ممرزة⁽²⁾ .

لعل ما يعبر عن الإدارة الشعبية للمواطن في تسيير شؤون الولاية هو تسييرها من طرف الممثلين الحقيقيين لسكان الولاية⁽³⁾

تنشأ الولاية بقانون ويحدد اسم الولاية ومركزها الإداري، و التعديل في حدودها الإقليمية يتم بموجب مرسوم يصدر بناء على تقرير وزير الداخلية وباقتراح من المجلس الشعبي الولائي .

ويمر إنشاء الولاية بثلاث مراحل هي:

أ-مرحلة التقرير:

هي مرحلة إنعقاد إدارة ونية السلطات العامة المختصة على إحداث وإنشاء الولاية وذلك بعد إجراء الدراسات والمناقشات و المداولات اللازمة لإتخاذ قرار إنشاء الولاية.

ب-مرحلة التحضير:

تتخصر في إعداد الوسائل القانونية والفنية، البشرية، المادية، والإدارية اللازمة والضرورية لمرحلة تنفيذ قرار إنشاء الولاية.

⁽¹⁾ فريدة قصير مزياي، مبادئ القانون الجزائري، مطبعة قرفي، باتنة، 2001، ص 178.

⁽²⁾ انظر المادة الأولى من القانون 07/12.

⁽³⁾ أحمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الإدارة الجزائرية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1989، ص 312-313.

ج-مرحلة التنفيذ:

هي المرحلة العملية حيث تدخل في حيز التنفيذ والتطبيق، حيث تتصف بالاستمرارية لذا يجب أن تكون هناك متابعة، ورقابة مستمرة لوسائل التنفيذ لكي يتم تحقيق الأهداف المرجوة من إنشاء الولاية، والمقصود بهذه المرحلة هو الدخول فعلا في حيز التطبيق وتحويل مرحلة التقرير إلى عمل وواقع مطبق، ونظرا لان عملية التنفيذ تمتاز بصفة الإستمرارية فهي تحتاج إلى الإهتمام بوسائل التنفيذ وبالرقابة و المتابعة المستمرة حتى يتم تحقيق أهداف الولاية⁽¹⁾.

تعمل الولاية علي تحقيق التنسيق والتعاون بين وظائف وإختصاصات البلديات وبين مهام السلطة المركزية في الدولة وتقوم بتحقيق التوازن بين المصلحة المحلية الإقليمية المصلحة العامة في الدولة⁽²⁾، بعد التعرف على الولاية كإدارة لامركزية نتطرق الى البلدية باعتبارها هيئة ممثلة للدولة على المستوى القاعدي.

ثانيا: البلدية

إن تعريف البلدية تعريفا مانعا شاملا يعتبر من الموضوعات المعقدة والشائكة لان البلدية حقيقة متشعبة، يصعب ضبطها ومع هذا فهي لا تخلو من المبدئين الأساسيين، حيث تعتبر البلدية في المعني الجغرافي جزء من التراب الوطني، كما أنها الخلية الأساسية للشعب⁽³⁾.

(1) عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1990، ص168.

(2) عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012، ص130.

(3) مسعود شريط، التنمية الإدارية والعمرانية ببلديات المدن الجزائرية، رسالة ماجستير، معهد علم الاجتماع، جامعة قسنطينة،

1998، ص24.

يعرفها المشرع الجزائري في قانون البلدية 10/11 بأنها: الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية، وتحدث بموجب قانون، وللبلدية إقليم واسم ومقر رئيسي⁽¹⁾.

تقوم البلدية بدور كبير في تنمية المجتمع في المجال الاقتصادي وذلك عن طريق ترك مسؤولية اتخاذ المبادرات الاقتصادية لهل وكذا إيجاد حلول في اقرب وقت وفي أحسن ظروف ممكنة لمشكلتي عدم الاستثمار الأمثل للموارد البشرية المؤهلة والرغبة في رفع مستوى معيشة أبناء المجتمع بالإضافة الى مهمتها في مجال المبادرة والتنشيط، فإنها بذلك تخدم الدولة في مجال الاقتصاد وأيضا في مجال التنفيذ و التخطيط⁽²⁾.

إن للبلدية دور هام في مجال التنمية المحلية، حيث منحت لهل كافة الصلاحيات التي تجعل منها أداة لخدمة المواطن وهذا لن يتأتى إلا إذا كانت البلدية متكاملة من حيث مواردها المادية والبشرية، وركز على الموارد المادية التي تعتبر ضرورية لتمويل برامج التنمية المحلية⁽³⁾.

تعتبر برامج التنمية المحلية وسيلة أساسية في تطبيق السياسة التنموية المحلية المنتهجة في ميدان التجهيز و تلبية الاحتياجات الاجتماعية المختلفة لسكان الولاية، وهذا على ضوء الأهداف لوطنية الكبرى المسطرة نظرا لكون الجماعات المحلية تمثل عصب التنمية المحلية فقد قامت السلطات المركزية بعدة إصلاحات مالية لصالح هذه الهيئة بغرض ضمان نجاح برامج التنمية المحلية.

(1) قانون رقم 10/11، المتعلق بالبلدية.

(2) جعفر أنس قاسم، أسس التنظيم الإداري والإدارة المحلية بالجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص33.

(3) عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، ص116.

البند الثاني: التعريف بالمصالح المحلية

تعتبر المصلحة المحلية، من بين أهم المقومات التي تمارس من طرف الهيئة المحلية، بحكم أنها أدرى بحاجات سكان الإقليم، غير أن الشؤون المحلية، تعد من بين المواضيع التي أثارت عدة إشكالات بسبب صعوبة حصر مفهومها من جهة (أولاً)، أو حتى اعتماد معايير لتمييزها عن الشؤون الوطنية من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً: إشكالية تعريف المصلحة المحلية

إعترف الفقهاء بصعوبة إعطاء تعريف للمصلحة المحلية، ونجد أن معظمهم قاموا بتعريفها⁽¹⁾، من خلال تمييزها عن المصالح الوطنية، مما أدى إلى صعوبة إيجاد معياراً للتمييز بينهما، غير أن ذلك لم يمنع الفقه على الإطلاق من تقديم بعض التعاريف من بينها تعريف الأستاذ أحمد محمد قاسمي: يمكن تحديد مفهوم الشأن المحلي في إطار القانون الإداري، بأنه مجموع القضايا المحلية التي يقر المشرع بوجودها الجماعة من الأفراد، ويعيد إليهم بالإشراف عليها وتسيير مواردها المالية والبشرية⁽²⁾.

عرفها كذلك، الأستاذ شاب توما منصور بأنها " الحاجات الاجتماعية المحلية للسكان سواء كانت حاجات مادية أو حاجات معنوية، حيث إذا كانت الحاجات المادية في الحاجات الضرورية لبقاء حياة الإنسان واستمرارها كالغذاء والماء، فإن الحاجات المعنوية كالصحة والسكينة والأمن، أصبحت ضرورية وملزمة للحاجات المادية⁽³⁾، وصفها الأستاذ كراجي مصطفى كذلك، بأنها " مجموعة الاحتياجات والخدمات التي تقوم بين أفراد المجتمع المحلي لتجعل منهم وحدة متضامنة أقدر تعبيراً عن احتياجاتهم⁽⁴⁾ .

(1) منهم الفقيه فيدال ريفيرو وبقله: " نكون المصالح محلية إذا كانت تتصل بالإقليم معين، وتتكون وطنية إذا كانت تتصل بإقليم الدولة"، .

(2) محمد أحمد قاسمي، الشأن المحلي في سياق اللامركزية وعدم التمركز، بدون دار النشر وبلد النشر، 2001، ص 6.

(3) منصور شاب توما، القانون الإداري، جامعة بغداد، 10، ص 87.

(4) مصطفى كراجي، مرجع سابق، ص 353.

يظهر بذلك، أنه إذا كانت بعض المرافق تتطلب هيمنة الدولة المركزية عليها لضرورتها كالعقل والقضاء والأمن، فإن أغلب المرافق العامة يستحسن ترك إدارتها للمستفيدين منها مباشرة لدرابنتهم بحاجتهم إليها وقدرتهم على إشباعها بواسطة هيئات محلية تمثلهم في ذلك، كالصحة والكهرباء والمياه (1).

يتبين من كل ما سبق، أن الشؤون المحلية تقوم منعزلة عن الشؤون العامة للبلاد، وفي هذا الإطار يختص المشرع وحده بتحديد الشؤون المحلية التي ينبغي للجماعات المحلية رعايتها، والإشراف عليها وتديبر شؤونها المادية والمعنوية، ولا يجوز لها القيام بأي نشاط خارج عن لائحة اختصاصاتها إلا بمقتضى القانون.

ثانياً: تمييز المصالح المحلية عن المصالح الوطنية

جعلت صعوبة إعطاء تعاريف شافية للمصلحة المحلية، سعي الفقه وراء إعطاء معيار للتمييز بين هذه الأخيرة والمصلحة الوطنية (2)، وذلك رغم صعوبة هذه المسألة، كذلك، مما جعل معظم الفقهاء يعتبرون الشؤون الإقليمية، ليست مسألة موضوعية، بل ذاتية (3)، يعود تحديد معالمها لكل دولة، مستندة في ذلك المجموعة من الاعتبارات يعتبر المدى الجغرافي للمصلحة، من بين العوامل التي استند إليها في تمييز الشأن المحلي، عن الوطني، فداخل حدود الدولة الواحدة يظهر نوعان من المسائل، أحدهما يفرض نفسه في كل مكان من أجزاء الوطن، ولا يمكن مواجهتها إلا على مستوى جماعي، وهو ما يطلق عليها المصالح الوطنية، والأخرى لا تظهر إلا على مستوى جزء محدد من إقليم الدولة، ولا تهم مباشرة إلا عدداً

(1) سليمان محمد الطماوي، ميادين القانون الإداري، الكتاب الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 11.

(2) رغم إقرار العديد من الفقهاء كذلك بصعوبة إيجاد معيار التفرقة، على أساس أن بعض المرافق تعد وطنية في بعض الوجود، ومحلية في البعض الآخر.

- طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص 263.

- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 29.

Jean Bernard AUBY, Jean François AUBY, Noguellou ROZEN, op.cit.PP200,201.3.

(3) Louise JARE, La notion d'affaires locales en droit administratif français, these de doctorat d'Etat en droit, université de paris 2.1972, p.459

محدودا من الأشخاص، وهي ما يسعى بالمصالح المحلية، وهذه المصالح هي التي تنشأ رابطة أو علاقة خاصة بين أعضاء الجماعات المحلية⁽¹⁾.

ميز الفقهاء كذلك بين المصالح الوطنية والمحلية، بالنظر إلى النشاط الإداري للدولة والمتعلق بالمرافق العامة، فتكون المصلحة وطنية إذا تعلق الأمر بتسيير مرافق هامة وطنية والتي يعم نفعها جميع المواطنين في الدولة على قدم المساواة، وتكون المصلحة محلية إذا تعلق الأمر بتسيير مرافق ذات الصبغة المحلية، والتي تعود فائدتها على مواطني جهة محلية معينة أكثر من غيرهم⁽²⁾، وفي هذا المنجي سار الفقيه "برتلي"، فيقول أنه من المناسب أن تتدخل الإدارة في مسائل الصحة العامة، ولكن هل من اللازم أن تكون القواعد اللازمة للمحافظة على الصحة العامة على نمط واحد، مطبق في جميع أقاليم الدولة المختلفة في مناخها وظروفها⁽³⁾.

يجيب الدكتور فوانيه " عن تساؤل " برتلي " بطريقة غير مباشرة، عندما يقرر أنه من غير الممكن بالنسبة للكثير من المسائل، ومنها مسائل الصحة العامة، أن تنظم بقواعد خاصة موحدة، بل يجب أن تأخذ اعتبارات خاصة بحاجات ومصالح كل منطقة أو جهة محلية⁽⁴⁾.

يضيف الدكتور محمد عبد الله العربي : " أن كل المرافق التي تمس الأمة في كيانها الشامل باعتبارها كتلة واحدة، يجب أن تتولاها الحكومة المركزية، وكل المرافق التي يستلزم حسن إدارتها، أن تسيّر في كل أرجاء الدولة على وتيرة واحدة، لأنه إذا كان في توزيع العمل

⁽¹⁾حسن محمد عواضة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.لبنان، 1983، ص 87

⁽²⁾حسن محمد عواضة، نفس المرجع، ص 87

⁽³⁾خالد الزغبى، القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1993، ص 124 نقلا عن

BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1937, p. 49

⁽⁴⁾Manuel élémentaire du droit administratif, Paris, 1937, P.49

قوة، فإن في توحيده وإدماجه حين يجب التوحيد والاندماج، قوة أكبر، أما السلطات المحلية فيعهد إليها بالمرافق التي تتوفر فيها أحد الشروط الثلاث وهي:

- كونها تهم الإقليم، لأنها تتصرف إلى شأن من شؤونها الخاصة.
- أو كونها تستلزم في أدائها رقابة دقيقة دائمة لا يتاح للحكومة المركزية القيام بها
- أو كونها من المرافق التي يضرها توحيد النمط ويصلحها تغييره" (1).

أن التمييز بين المصالح الوطنية والمصالح المحلية، ليس بالأمر السهل ولا يمكن أن نضع معياراً قاطعاً للتفرقة بينهما، فالخط الفاصل بين ما هو وطني وما هو محلي، رفيع جداً، وقد تختلف من دولة الأخرى ومن زمان لآخر، فما يعتبر مصلحة محلة في دولة معينة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وما يكون مصلحة محلية في زمن معين، قد يكون مصلحة وطنية في زمن لاحق.

البند الثالث: آلية تفويض المصالح المحلية

لتجسيد تفويض المصالح المحلية منح المشرع اختصاصات للجماعات المحلية، حرية في التصرف في المهام المخولة لها قانوناً، وحرية التسيير والقدرة على اتخاذ القرارات على المستوى المحلي، وإلا طعن في استقلاليتها واعتبرت على أنها شكلية لا غير حتى تحقق حرية التصرف للهيئات المحلية، لا بد أن يكون لهذه الأخيرة حق المبادرة (أولاً)، وكذا عدم إمكانية تعديل أعمال الهيئة المحلية من طرف السلطة الوصية (ثانياً)،

أولاً: سلطة الجماعات المحلية في اتخاذ القرارات المحلية

تمتع الجماعات المحلية باختصاصات أصلية وفعلية في الشؤون المحلية، حق المبادرة والمبادرة للتصرف في اتخاذ العمل تقريراً وتنفيذاً، سواء كان هذا العمل بالإيجاب أو بالسلب، ولا يخول للسلطات الرقابية حق الحلول محلها في مباشرة أي اختصاص عهد إليها إلا على

(1) محمد محمد ابراهيم رمضان، مرجع سابق، ص 29.

سبيل الاستثناء وينص قانوني صرح، ومرد ذلك أن استقلالية الهيئات المحلية تتعارض مع واجب الطاعة والخضوع للإدارة المركزية⁽¹⁾.

إن تحقيق آلية تفويض بعض المصالح المحلية، تفرغ من محتواها إذا لم يمنح للجماعات المحلية حق تولي الاختصاصات المحلية بداية، وهو ما عبر عنه الأستاذ فؤاد العطار بقوله: " إن قاعدة تولي الاختصاصات لا تقتصر على الإختصاصات التي تستقل بها الهيئات اللامركزية، بل تتناول كذلك تلك التي تخضع لتصديق السلطة التنفيذية، ومن ثم فليس لهذه الأخيرة أن تتخذ قرارا ابتداء في مسألة تدخل في اختصاص الهيئات اللامركزية ما لم يوجد نص يقضي بذلك، والقول بغير ذلك يؤدي إلى انتفاء تحقيق النظام اللامركزي⁽²⁾"

ثانيا: إستقرار أعمال الجماعات المحلية

يعني ذلك أن أعمال الجماعات المحلية وبالذات أعمال مجالسها الشعبية، غير قابلة للتعديل سواء ما كان منه كليا أو جزئيا، وهذا المبدأ ليس إلا تحصيل حاصل أو نتاج العمل بالنظام اللامركزي ككل، لأن فكرة التعديل لا تكون إلا في كنف نظام مركزي وفي ظل العمل بأدوات السلطة الرئاسية، أما النظام اللامركزي فهو يسعى إلى تحقيق الديمقراطية المحلية، وهذه الأخيرة ستختفي في الحالة التي تكون فيها القرارات المحلية قابلة للتعديل من طرف سلطة خارجية وهكذا، لا يكون للسلطة المركزية الحق في تعديل أعمال الجماعات المحلية⁽³⁾، حتى ولو كانت هذه القرارات خاضعة لتصديقها، لأن التصديق لا يغير من

(1) عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 89

(2) فؤاد العطار، "نظرية اللامركزية الإقليمية"، مرجع سابق، ص 63.

(3) تتمثل الرقابة على الأعمال الايجابية للمجلس الشعبي البلدي في التصديق، وهو الإجراء الذي بمقتضاه يجوز لجهة الوصاية أن تقرر بأن عملا معيناً صادراً من جهة إدارية لامركزية يمكن أن يوضع موضع التنفيذ أي قابلاً للتنفيذ على أساس عدم مخالفة أية قاعدة قانونية أو المساس بالمصلحة العامة⁽³⁾، والتصديق قد يكون صريح أو قد يكون ضمناً فأولاً: تكون أمام مصادقة صريحة عند ما تلجأ السلطة المركزية أو جهة الوصاية إلى إصدار قرار تفصح فيه صراحة عن تركيتها لقرار صادر عن الهيئة المحلية، حيث نصت المادة 57 من القانون 10-11 لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من الوالي المداولات المتضمنة ما يأتي:- الميزانيات والحسابات- إحدث مصالح مؤسسات عمومية بلدية - قبول الهبات والوصايا الأجنبية- اتفاقيات التوأمة- التنازل عن الأملاك العقارية البلدية، واضح من نص المادة أن جهة المصادقة هي =

طبيعة هذه الأعمال، وهو ما ذهب إليه الأستاذ محمد جعفر أنس قاسم بقوله " يكون للجماعة المحلية الحق في اتخاذ القرارات في إطار اختصاصها دون أن تنقيد في هذا المجال من قبل سلطة عامة أخرى، وفي الحالات الاستثنائية التي يجب أن تعرض للمصادقة عليها من السلطة المركزية، فلا يمكن لهذه الأخير سوى الموافقة أو عدم الموافقة دون أن يصل الأمر إلى حق تعديل الأعمال أو استبدالها.

الفرع الثاني

إختصاص المشرع في تحديد المصالح المحلية

إذا كان تحديد طبيعة المصالح الوطنية وما يميزها عن المصالح المحلية مرتبط بالظروف السياسية والاقتصادية لكل دولة، فإنه كذلك بواسطة التشريعات التي تتصل بالنظم الإداري في الدولة⁽¹⁾، إذ يبقى من اختصاص المشرع تحديد المصالح المحلية وتحديد الفاصل والعلاقة بينها وبين المصالح العامة الوطنية، كون هناك إعتبارات وأسس دستورية،

=الوالي وأن موضوع المداولة ينبغي أن يخص فقط الأربع مداولات التي جاءت على سبيل الحصر، كما أنه فرض أن تتم خلال مدة 30 يوما من تاريخ إيداع محضر المداولة لدى الولاية.

فإذا لم يصدر الوالي قراره خلال هذه المدة تنقلب المصادقة الصريحة إلى مصادقة ضمنية ولو خصت أحد الموضوعات المشار إليها متى انتهت مدة 30 يوم، وحسنا فعل المشرع بضبط الوالي بقيد زمني معين ولم يتركها مفتوحة، مع العلم أن صياغة المادة جاءت بالنفي مما يستشف منه أنه إذا لم يصدر قرار المصادقة الصريح فإن القرار الضمني يفسر بالرفض إلا أن المشرع خرج عن القاعدة العامة وفسره موافقة أو مصادقة، حيث في الأصل أن المجلس ينفذ مداولاته مباشرة وأن المصادقة هي الاستثناء. انظر المادة 57- 58 من القانون 10-11 المتعلق بالبلدية، المرجع السابق.

-إلا أنه عمليا هذا الأمر غير وارد فنجد أن الهيئة المحلية تصر على السلطة الوصائية من أجل إصدار قرار صريح، حيث نجد أيضا أنه ذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار له صادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 19-04-1999 قضية (د.م) ضد رئيس بلدية بوسعادة ومن معه أن عدم المصادقة على المداولة لا يكسبها صفة الوثيقة الرسمية ولا يمثل مضمونها أي حجة وينبغي بالتالي إبعاده أنظر لحسين آيت الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هوم، الجزائر، 2003، ص31.

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الوحيد في القانون الإداري، دراسة مقارنة دارا لفكر العربي، مصر 1979، ص72.

سياسية وإجتماعية، إيديولوجية، ثقافية، بيئية وعلمية بمثابة القاسم المشترك⁽¹⁾، في تحديد المصالح العامة الوطنية التي تتولى إدارتها والإشراف عليها السلطات الإدارية المركزية، والمصالح المحلية التي تتولى إشباعها والإشراف عليها ومباشرتها السلطات الإدارية اللامركزية⁽²⁾، لذا يكون من واجب المشرع ممارسة اختصاصه بكل وضوح ويقع عليه استبيان المصالح الوطنية من المصالح المحلية لضمان الاستقرار وعدم التداخل بينهما⁽³⁾. يتبع المشرع أحد الأسلوبين في تحديد المصالح المحلية التي يحق للهيئات المحلية ممارستها وهما:

البند الأول: التعداد التشريعي على سبيل الحصر

هذا النوع من الأسلوب معمول به في إنجلترا، إذ يحدد المشرع على سبيل الحصر اختصاصات الهيئات اللامركزية ولا تمارس أي نشاط خارج هذا الحصر إلا بتشريع مستقل فتكون لكل هيئة لا مركزية اختصاصها الذي تتمتع به وفق القوانين الخاصة بها، لذا نجد في إنجلترا تعدد وتنوع الهيئات الإدارية ذات الشخصية المعنوية⁽⁴⁾. وإذا رأَت الهيئات المحلية بأنها بحاجة إلى نوع من المرافق لم يسمح به القانون، عليها اللجوء إلى البرلمان لأجل استصدار قانون يوسع من اختصاصاتها⁽⁵⁾.

(1) محمد أنسي قاسم جعفر، مرجع سابق، ص 18.

(2) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ص 40.

تحديد المشرع لصلاحيات الجماعات الإقليمية يختلف من دولة إلى أخرى نظرا للتباين ظروف كل منها، وهو الجهة المختصة بتحديد المصالح المحلية المتميزة، ففي فرنسا يمنح الدستور إلى البرلمان مسألة تحديد اختصاص الهيئات المحلية إذ تنص المادة 72 من الدستور الفرنسي الصادر سنة 1985 على أن: "الهيئات الإقليمية للجمهورية هي البلديات والمقاطعات وأقاليم ما وراء البحار، وكل وحدة إقليمية أخرى تنشأ بقانون

voir aussi Delaubadere, traite de droit administratif édition et 1980 p6

(3) "les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, et 1.les territoires d'outremer. Toute autre collectivité territoriale est crée par la loi; art:72 de la constitution du octobre 1985: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

(4) punnett.R.M.British gouvernement and politics, heinemen, London, 4th ed.1978.pp.372.374

(5) محمد أنس قاسم جعفر مرجع سابق، ص 66-68.

محمد علي الخلايلة، مرجع السابق، ص 48-49

يترتب الأخذ بهذا الأسلوب حسب الأستاذ " مسعود شيهوب، مجموعة من الآثار وتتمثل أساسا في (1) :

- المشرع هو الوحيد الذي بإمكانه تحويل اختصاص من السلطة المركزية نحو الجماعات المحلية،

- حرمان الجماعات المحلية من اختصاصات كانت تمارسها، أو الزيادة في حجم الاختصاصات السابقة.

- الأعمال التي تقوم بها المجالس المحلية خارج ما نص عليه القانون، تكون معيبة بعيب عدم الاختصاص،

- إمكانية لجوء المجالس المحلية للبرلمان لطلب إسناد اختصاصات جديدة.

البند الثاني: المعيار العام في تحديد الاختصاصات

يعرف بالنموذج الفرنسي، إذ يضع المشرع معيارا عاما ويترك تحديد مضمونه إلى الهيئات المحلية تحت رقابة وإشراف السلطات المركزية، توزع الاختصاصات بصفة عامة وبموجبه تحدد صلاحيات الهيئة المحلية بكل الخدمات التي تتعلق بالإقليم⁽²⁾ دون تحديد المواضيع التي تدخل ضمن اختصاصها، بموجب هذا المبدأ العام يمكن للهيئات المحلية أن تتدخل في أي وقت لإشباع حاجاتها المحلية، بحيث يخول المشرع وفقا لهذا الأسلوب الهيئات المحلية ممارسة كافة الشؤون ذات الطابع المحلي، وما عدا ذلك من الاختصاصات التي تتصل بالصالح الوطني العام، فيترك أمرها للسلطة المركزية⁽³⁾، وذلك إعمالا للمبدأ العام الجاري به العمل، وهو أن جميع الاختصاصات الدائرة في الإقليم هي من اختصاصات

(1) مسعود شيهوب، أسس الإدارة المحلية وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص126.

(2) محمد أنس قاسم جعفر، مرجع السابق، ص 23.

-علي خطار تطاوي، الإدارية المطية وتطبيقاتها في الأردن وفرنسا،المركز العربي للخدمات الطليبية، عمان 1994،ص 105.

(3)محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص7.

الجماعات المحلية إلا ما استثني بنص⁽¹⁾، يفهم من الأسلوب الفرنسي، إطلاقه الاختصاصات الجماعات المحلية وتقييده بالنسبة للسلطة المركزية، والتي لا يمكنها التدخل في اختصاصات الوحدات المحلية، على اعتبار أن العنصر الأساسي للامركزية الإدارية، الطابع غير المحدود لاختصاصات المجالس المحلية نشير أن المجالس المحلية في فرنسا موضوع تحديد المسائل ذات الأهمية المحلية التي تتدخل ضمن اختصاصها تخضع لرقابة السلطة المركزية لكي لا تكون أعمالها وتصرفاتها متناقضة مع المصلحة العامة الوطنية لذا يتضح أن الحكومة المركزية في فرنسا تباشر قدرا كبيرا من الرقابة والتي تعد قييدا على حرية المجالس المحلية في تحديد اختصاصاتها⁽²⁾.

في هذا الإطار ومن باب المقارنة، لقد أصاب المشرع الجزائري في حذوه للمشرع الفرنسي، إذ جعل اختصاصات الجماعات المحلية مرتبطة بالشؤون المحلية إذ نصت المادة 52 من قانون البلدية المعمول به حاليا⁽³⁾: "يعالج المجلس الشعبي البلدي الشؤون التي تدخل في مجال اختصاصه عن طريق المداولات"، فهو بشكل جانبا من الاستقلالية والحرية والمرونة في كيفية معالجة شؤون المحلية التي تختلف باختلاف الجهة والإقليم فالجماعة المحلية متواجدة في الشمال بمحاذاة البحر لها حرية المبادرة وتنظيم عملية الاصطياف بشواطئها البحرية وهذه الحالات غير متواجدة عند الجماعات المحلية ذات الطابع الصحراوي مثلا ونصت المادة 51 من قانون الولاية⁽⁴⁾: يتداول المجلس الشعبي الولائي في الشؤون التي تدخل في مجال اختصاصاته.

(1) مسعود شهبوب، أسس الإدارة المحلية وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص.127.

(2) فريدة مزياي، أطروحة دكتوراه، المجالس الشعبية المحلية في ظل التعددية السياسية في التشريع الجزائري، بجامعة منتوري، قسنطينة سنة 2005، ص.15.

(3) قانون البلدية 11-10 السابق الذكر.

(4) قانون الولاية 12-07 السابق الذكر.

البند الثالث: مبررات الأخذ بنظام المعيار العام في الجزائر

إذا كانت النظم القانونية اليوم وعلى اختلاف نهجها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، قد تبنت الإدارة المحلية تنظيماً إدارياً، فالأسباب الداعية لاعتماد هذا المعيار من قبل المشرع الجزائري في نظام الإدارة المحلية⁽¹⁾ ويمكن حصرها فيما يلي :

أولاً: تزايد مهام الدولة

عندما كان نشاط الدولة محدوداً كان من اليسير على الحكومة أداء خدماتها في جميع أرجاء الدولة هذا في ظل الدولة الحارسة، أما في ظل الدولة المتدخلة حدث توسع كمي في وظائف الدولة⁽²⁾، التي صارت تهتم بجميع المسائل ذات الطابع الاجتماعي والاقتصادي والثقافي، مما أدى إلى تنوع مهامها ونشاطها مما فرض عليها إعادة تطعيم نظامها المركزي بنظام لامركزي، يساعدها في أداء دورها على المستويات المحلية، فتنزلت السلطة المركزية على العديد من الشؤون ذات الطابع المحلي لإدارتها لصالح الجماعات المحلية كونها الأقدر على الاستجابة لهذه الحاجيات المحلية.

ثانياً: التفاوت بين أجزاء وأقاليم الدولة

لا يمكن أن ننكر أن أقاليم الدولة مهما تماثلت في مسائل معينة فإنها تظل تختلف في مسائل أخرى متعددة، وهذه الظاهرة مست الدول جمعياً فالأقاليم تختلف من الناحية الجغرافية فهناك مناطق ساحلية، وأخرى قريبة من العاصمة وهناك مناطق نائية أو شبه معزولة. كما أنها تختلف من حيث التعداد السكاني، فهناك مدن بها عدد سكان كبير جداً ومدن عدد سكانها متوسط وهناك مدن عدد سكانها محدود جداً، فلاشك أن هذا الاختلاف من منطقة لأخرى من مناطق الدولة من شأنه أن يفرض ضرورة الاستعانة بنظام لامركزي لتسيير الشؤون ذات الطابع المحلي، لأنه لا يمكن تصور تسييره من قبل الجهاز المركزي، فوجود

(1) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسور للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2009، ص، 223.

(2) سمير محمد عبد الوهاب، الاتجاهات الجديدة للحكم المحلي و البلديات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة، أعمال مؤتمرات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2009، ص16.

جهاز إداري محلي يكون على دراية بجميع متطلبات وحاجيات الساكنة المحلية، والبحوث الدراسات في هذا المجال تثبت أن متطلبات وحاجيات الأفراد تختلف من إقليم لآخر مما يستوجب إلزامية إدارتها وتسييرها محليا.

ثالثا: تجسيد الديمقراطية

تعد اللامركزية الإدارية تجسيدا للنظام الديمقراطي، كونها تسمح بالمشاركة الواسعة للأفراد الحق في تدبير وتسيير الأمور ذات الطابع المحلي، وتعد اللامركزية مؤشرا حقيقيا على مدى ديمقراطية النظام السياسي، وحرصه على إقرار لامركزية حقيقية تقوم على أساس الاعتراف بمصالح محلية متميزة عن المصالح الوطنية، ويترك مهمة تسيير وإدارة هذا المرفق المحلي لساكني الإقليم ويسهرون على ترقبته والنهوض به⁽¹⁾، من جهة ومن جهة أخرى، تتاح أمامهم الفرصة لتقديم آرائهم فيما يقدم لهم من سياسات من خلال المنتخبين المحليين، بل و يسهل ذلك عليهم ممارسة الدور الرقابي المنوط بهم⁽²⁾

رابعا: تحقيق العدالة الاجتماعية

يمثل نظام الإدارة المحلية فرصة حقيقية لتحقيق جملة من الأهداف الاجتماعية، تتمثل في تحقيق رغبات وحاجيات الساكنة المحلية وأولوياتهم، حيث أن وجود مجلس محلي في رقعة جغرافية محددة يشعر الأفراد بالمسؤولية تجاهه مما ينعكس إيجابا على أداء المرفق المحلي على المستويات الاقتصادية والاجتماعية لهم، ويؤمن لهم الحصول الأيسر والسهل على الخدمات على مستوى الهيئات الإدارية.

(1) بوعزاوي بوجمعة، الإدارة المحلية، مداخلة قدمت ضمن أعمال المؤتمر الدولي الثالث لمنظمة التنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2005، ص، 149.

(2) أمينة قسراوي، إدارة المناطق العربية الفلسطينية في إسرائيل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية- تخصص إدارة الجماعات المحلية و الإقليمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية-جامعة ورقلة، 2012، ص 7.

وشعور الفرد بارتباطه المحلي يقوي من عملية تأثيره على صناعة القرارات ذات الطابع المحلي، مما يعزز الثقة بالنفس لدى ساكني الوحدات المحلية، ويزيد من ارتباطه بالمجتمع المحلي الذي ينتمي إليه وهي ركيزة تقوية وتطوير قيم المواطنة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

صلاحيات الجماعات المحلية

في تفويض المصالح المحلية

يرى الأستاذ شيهوب مسعود أن: "الشؤون المحلية في مسألة ذاتية تتعلق بنية المشرع في التنازل عن بعض الوظائف للأجهزة المحلية تخفيفا عن السلطة المركزية وتحقيقا للديمقراطية⁽²⁾".

إن المشرع في النظام الإداري اللامركزي الجزائري يحيل المصالح المحلية إلى سلطات محلية مستقلة لكنه يصطدم بعبارات عملية تتمثل فيما يلي⁽³⁾:

- في العديد من الحالات يصعب على المشرع تكييف مسألة معينة تكييفا محددًا فتكون محلية أو وطنية لاحتمال التكييف بين معا، لأنه عمليا قد يكتسب المرفق القومي الوطني طابعا محليا .

- إن التنظيم الإداري اللامركزي في الدولة مرهون بإرادة المشرع، وبالاعتبارات المختلفة المتوافرة في المجتمع منها عوامل بيئية ثقافية واجتماعية واقتصادية، وبالتالي فإن

⁽¹⁾ محمد محمود الطعمنة، الحكم المحلي في الوطن العربي، مداخلة قدمت ضمن أعمال المؤتمر الدولي الثالث لمنظمة التنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2005، ص، 43.

⁽²⁾ مسعود شيهوب، أسس الإدارة المحلية وتطبيقها على نظام البلدية والولاية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص125

⁽³⁾ فريدة مزياي، مرجع سابق، ص15.

الصلاحيات التي يحيلها المشرع للسلطات المحلية مرتبطة بدرجة النمو الاجتماعي فيها ومدى تحقق مستوى الوعي والثقافة حسب كل منطقة.

نتيجة للاعتبارات السابقة الذكر، تكون المصالح المحلية بمثابة سلطات تفويضية من الدولة وليس بحقوق قانونية⁽¹⁾.

إنطلاقاً من أن تسيير الشؤون المحلية مسألة ذاتية مرتبطة بنية المشرع، فإن تحديدها وتنظيمها يكون بواسطة التشريع لضمان حمايتها (المصالح المحلية)، من إمكانية التعدي عليها من طرف السلطة التنفيذية لاعتبارات بما في ذات السياق، لا يمكن أن تقوم الدولة بالتشريع في كل المجالات لأن ذلك يضعف المصلحة المحلية التي يجب أن تكون محمية ومخصصة لاختصاص السلطة المحلية⁽²⁾.

إعترف المشرع الجزائري للأجهزة المنتحية على المستوى المحلي، بمجموعة من الاختصاصات، باعتبارها الوحدات الأكثر دراية بمشاكل سكان الإقليم، وبالتبعية لا بد من أن تباشر المصالح المحلية من طرفها، لذا تتمتع البلدية (فرع أول)، والولاية (فرع ثان)، بمجموعة من المهام التي يمكن تفويضها بشرط أن لا تكون سيادية.

⁽¹⁾ André de Laubadere : *Traité de droit administratif*, tome 1, 9 édition , LGDJ.année

⁽²⁾ Yadh Benchour et Fadhel Moussa : *Réformes, élections municipales et discours décentralisateur en Tunisie*, AAN 1977, CNRS.Paris année 1978, P 349.

الفرع الأول

إختصاصات البلدية

يبين تتبع مسار الجماعات المحلية في الجزائر، تعمل المشرع بحذر وتردد مع المجالس المنتخبة، والذي تجسد في عدم منح صلاحيات مهمة لهذه الأخيرة⁽¹⁾، من جهة، وكذا اعتماد وسائل مفيدة لها في ممارسة اختصاصاتها من جهة أخرى⁽²⁾، فرغم تطرق قوانين البلدية المتعاقبة، الاختصاصات البلدية، بشكل موسع، والتي شملت جميع المجالات، إلا أن هذا التوسع شكلي لا يشمل تفويض كل المصالح.

تشمل إختصاصات المجلس الشعبي البلدي، مجالات عديدة تدفعنا إلى البحث عن مدى جدوى هذا التوسع في الاختصاصات⁽³⁾، إذا كانت لا تتناسب مع قدراتها المادية والبشرية، بما لذلك من تأثير سلبي على سير الشأن المحلي.

(1) للتذكير، فإن تفويض المرفق العام هو اتفاقية يحول من خلالها شخص معنوي خاضع القانون ومسؤول عن مرافق العام، بدعى السلطة المفوضة، بعض مهامه، غير السيادة، إلى شخص آخره يدعى المفوض له، تجدر الإشارة إلى أنه لا يكون محل تفويض الرفق العام بأي حال من الأحوال، المهام التالية:

تسليم وثائق الهوية والسفر،

-الحالة المدنية، العمليات الانتخابية،

-تحصيل الجباية المحلية،

-الوقاية وتسيير الأخطار والكوارث،

-حماية الأشخاص والممتلكات، انظر تعليمة رقم 06 مورخ في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام.

(2) *Laetitia JANICOT, Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, thèse pour le doctorat en droit public, pour territoriales, thèse économique, Sciences sociales, université Pantheon Assas, (Paris 21, 2002, P.09.*

(3) في تقديرنا أن التسيير بأسلوب الاستغلال المباشر أفرز العديد من النتائج وتتمثل فيما يلي :

- إن أسلوب الإستغلال المباشر أصبح هدفا وغاية رئيسية للجماعات المحلية على حساب مهامها الأصلية، فعوض اعتبار هذا الفرع تكملة للإنجاز والانشغال ومساعدة في تحقيق بعض المهام، أصبح هذا الفرع هو أساس وجودها وغاية حركيتها إلى درجة أن هذا الفرع حول أنظار مسؤولي الجماعات المحلية من خدمة المواطن وممارسة مهام السلطة العمومية (إشباع حاجة المواطنين) وضمان السير الحسن للمرافق العامة ومسايرة الحركة التنموية وتنشيط البعد الإجتماعي التضامني إلى مؤسسة تجارية ومؤسسة إنجاز مكلفة بتمويل الورشات بالمواد الأولية للبناء ومتابعتها ومراقبة الحضور اليومي للعمال وجرد المواد والتكفل بالمشاكل المهنية .

تعددت الإختصاصات في قانون البلدية (10/11) وفي نصوص أخرى متفرقة، لذلك سنكتفي بتبيين اختصاصات المجلس الشعبي البلدي (الهيئة التداولية) للبلدية، فقد مكن المشرع المجلس الشعبي البلدي من اختصاصات واسعة من خلال مبدأ الاختصاص العام، نظمها القانون المتعلق بالبلدية في أربع فصول من الباب الثالث، تحت عنوان صلاحيات البلدية من المادة (103 إلى المادة 124) كما وردت هذه الاختصاصات متناثرة في المنظومة القانونية مغطية بذلك جوانب أخرى، وتتجلى تدخلاته في الميادين التالية:

البند الأول: إختصاصات البلدية في مجال التنمية المحلية

يقوم المجلس الشعبي البلدي بإعداد برامج التنمية السنوية والمتعددة السنوات، تماشياً مع عهده الانتخابية، يصادق عليها ويحرص على تنفيذها في إطار القانون والمخطط الوطني للتهيئة والتنمية المستدامة للإقليم والمخططات التوجيهية القطاعية⁽¹⁾.

تعد من صلاحيات المجلس الشعبي البلدي العمليات التي تنجز في إطار المخطط البلدي للتنمية، ويشارك في إجراءات إعداد تهيئة الإقليم والتنمية المستدامة وتنفيذها أيضاً. أوجب القانون خضوع إقامة أي مشروع استثماري، أو تجهيز قطاعي إلى الرأي المسبق

- تقويت الفرصة على مواطني الجماعات المحلية بعدم استفادتهم بالمشاريع المبرمجة لصالحهم لعدم إنجازها وهذا راجع إلى امتصاص الغلاف المالي للمشروع في ضمان رواتب العمال على جانب المشروع نفسه.

- فقدان المصداقية لدى الهيئات التجارية الأخرى لعدم القدرة على تسديد الفاتورات بسبب تحويل الغلاف المالي إلى رواتب - تعطل نشاطات أخرى بسبب المساهمة المباشرة للميزانية المحلية في ضمان المشروع وعليه، نظراً للوضعية المالية للجماعات المحلية فإن هذا الأسلوب يجب أن يتحول إلى استثناء وأن يستعمل في حدود ضيقة وهذا تماشياً مع الإصلاحات الجارية.

أما المؤسسات العمومية المحلية التي شكلت لفترة طويلة وسيلة هامة للتنمية تتخبط اليوم في مشاكل عويصة خاصة من الناحية المالية، وذلك ناتج عن التدخل في الشؤون الداخلية للمؤسسات خاصة في مجال التوظيف الإجباري كانوا سبباً في تدهور وضعيتها لم تستطع المؤسسات العمومية تحقيق أرباح بل لم تساعد حتى على استرجاع التكاليف من المواد الأولية ومرتببات العمال، ويصدر المرسوم التنفيذي 294/94 المؤرخ في 25 سبتمبر 1994، المتعلق بتصنيف المؤسسات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 63، لسنة 1994 فقد تم حل معظم المؤسسات العمومية المحلية، مما عجل اللجوء الي تقنية التفويض.

(1) المادة 107 من القانون 10/11 ، السابق الذكر.

للمجلس الشعبي البلدي، خاصة فيما تعلق بحماية الأراضي الفلاحية والإضرار بالبيئة، مع تكاليفه بالسهر على حماية الأراضي الفلاحية والمساحات الخضراء على مستوى الإقليم، كما تسعى البلدية على الاستغلال الأمثل للتربة والموارد المائية وتسهر على حمايتهما أيضاً⁽¹⁾، كل هذه المجالات تم تحديدها على سبيل المثال في التعليم رقم 06⁽²⁾.

أولاً: مجال التنمية الاجتماعية

إسند للمجلس الشعبي البلدي، مهام متعددة في مجال التنمية الاجتماعية، ويشمل تدخل البلدية في مجالات التربية والحماية الاجتماعية والرياضية والشباب، بالإضافة إلى الثقافة والتسليّة والسياحة، أي ترمي إلى إشباع الحاجات الاجتماعية للمواطنين. تتخذ البلدية كافة الترتيبات فيما تعلق بإنجاز المدارس الابتدائية، طبقاً للخريطة المدرسية الوطنية وضمان صيانتها، وإنجاز وتسيير المطاعم المدرسية، والسهر على ضمان توفير النقل المدرسي، وبحسب قدرتها عند الاقتضاء ترقية تفتح الطفولة الصغرى، والرياض والتعلّم التحضيري والتعلّم الثقافي والفني، مع تشجيع عمليات التمهين والعمل على خلق مناصب شغل⁽³⁾.

تتدخل بالمساهمة في انجاز منشآت وهياكل جوارية موجهة للأنشطة الرياضية والشباب والثقافة والتسليّة، قصدية بيئة صالحة للشباب، ويمكن أن تستفيد بموجبها بمساهمة من الدولة، والبلدية مطالبة بتقديم مساعدتها لهذه الهياكل والأجهزة المكلفة بذلك، وتعمل البلدية كذلك على تنمية إمكانياتها السياحية، كما تقوم إلى جانب الدولة بإحياء الأعياد الوطنية والاحتفاء بالمناسبات التاريخية، خاصة الممجة للثورة والمخلدة لها⁽⁴⁾.

(1) انظر في المادتين 110 و111 من قانون البلدية.

(2) تعليمية رقم 06 مورخ في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام.

(3) المادة 122 من القانون 10-11، السابق الذكر.

(4) المادة 121 من نفس القانون .

تتولى البلدية تقديم يد العون للفئات المحرومة والمعوزة، في إطار السياسة العمومية الوطنية بغية حمايتها اجتماعيا، لاسيما في مجال الصحة والنظافة والتشغيل والسكن وكذا المساعدة الاجتماعية، كما تعمل على تشجيع وترقية الحركة الجمعوية في جميع ميادينها خاصة المهتمة بالفئات المحرومة لاسيما ذوي الاحتياجات الخاصة (1).

البلدية مكلفة وبالتعاون مع المصالح التقنية للدولة، باحترام معايير النظافة وحفظ الصحة وفي إطار القانون، فيما تعلق بالمياه الصالحة للشرب توفيراً ومتابعةً، والتصدي للأمراض المتقلة، بالإضافة إلى تصريف النفايات وصرف المياه المستعملة ومعالجتها، كما تسهر على الحفاظ على صحة الأغذية والأماكن والمؤسسات المستقبلية للجمهور (2).

ثانياً: مجال التنمية الاقتصادية

يعنى نجاح البلدية في تحقيق التنمية الاقتصادية، كسب رهان التنمية المحلية، على اعتبار أن الاقتصاد عصب الحياة، لذا فإن التقليل من الصلاحيات الاقتصادية، يجعل البلدية مجرد مؤسسة تهتم بالخدمات العمومية، اعترف قانون رقم 10-11، المتعلق بالبلدية للمجلس الشعبي البلدي، باختصاصات في مجال التنمية، منها اتخاذ أي تدبير يحفز ويبعث تنمية النشاطات الاقتصادية (3)، وكذا إلزام السلطات المركزية بأخذ الرأي المسبق للمجلس في

(1) الفقرة 9 و 11 من المادة من 122 نفس القانون.

(2) المادة 123 من القانون 10-11، تسهر البلدية بمساهمة المصالح التقنية للدولة على احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما المتعلقين بحفظ الصحة والنظافة العمومية، وكذا الحفاظ على البيئة، ولاسيما في مجالات:

- توزيع المياه الصالحة للشرب،
 - صرف المياه المستعملة ومعالجتها
 - جمع النفايات الصلبة ونقلها ومعالجتها
 - مكافحة واقل الأمراض المتقلة
 - الحفاظ على صحة الأغذية والأماكن والمؤسسات المستقبلية للجمهور
 - صيانة الطرقات البلدية،
 - إشارات المرور التابعة لشبكة طرقاتها
- (3) المادة 111 من القانون 10-11.

أي مشروع استثماري تقوم به على إقليم البلدية⁽¹⁾، كما يشارك في إجراءات إعداد عمليات هيئة الإقليم والتنمية المستدامة، وتنفيذها⁽²⁾.

يسهر المجلس الشعبي البلدي عند إقامة مختلف المشاريع على إقليم البلدية، على حماية الأراضي الفلاحية والمساحات الخضراء، وكذا التربة والموارد المائية⁽³⁾.
لكن رغم الاعتراف للمجلس باختصاصات في المجال الاقتصادي إلا أن ممارسة هذه الصلاحيات، جد ضيق بحكم تغير إيديولوجية الدولة، نتيجة التحول من الدولة المتدخلة إلى الحارسة.

يغلب على الموارد المالية المحلية الطابع المحلي، بحيث لا تتجاوز وعائها الوحدة المحلية (الوحدة الإدارية) لأن تجاوز الموارد النطاق المحلي، قد يؤدي إلى أن تختلط بمواد الحكومة المركزية فضلا عن احتمال ازدواج الضرائب أو تعددها على المكلف.

البند الثاني: دور الهيئات الرقابية في التنمية المحلية

إن الهيئات الرقابية لا تختلف عن غيرها من الصور الأخرى للرقابة على النشاط الإداري، حيث تحتوي على عدة جوانب تتميز بها عن غيرها من الصور المتعددة للرقابة، فالإدارة العامة هي التي تهدف إلى الحماية المالية العامة إيرادا وإنفاقا، نتعرف على مفهوم الرقابة المالية، ثم نعدد أنواع هذه الرقابة.

أولا: مفهوم الرقابة المالية:

الرقابة المالية العامة لها أهمية بالغة، فأى إساءة للمال العام أو إهمال له يؤدي إلى نتائج سيئة. فتطور الدولة أدى إلى زيادة نفقاتها، ولما كانت ندرة الموارد المالية والاقتصادية تعتبر من أهم المشاكل حاليا التي توجه معظم البلدان خاصة الدول النامية، فلا بدا من

(1) المادة 109 من نفس القانون.

(2) المادة 109 من نفس القانون.

(3) المادة 112 من نفس القانون.

القيام بعملية المراقبة لاستخدام هذه الموارد والإمكانات حتى تتمكن من تخصيصها وتوزيعها توزيعاً عادلاً من أجل تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي.

ثانياً: الهدف من عملية الرقابة المالية:

تتمثل أهم المبادئ التي تقوم عليها الرقابة المالية في انتظام ذلك النشاط وأدائه طبقاً للخطط الموضوعية وفي إطار السياسة المقررة لتحقيق الأهداف المحددة دون المساس بالحقوق الفردية للأفراد والاعتداء على الحريات العامة، كما أن أهداف الرقابة تطورت وفق تطور الدول، حيث أن هناك أهداف تقليدية وأخرى حديثة ومتطورة، نتعرض إليها في الفرعين التاليين:

- الأهداف التقليدية:

تدور هذه الأهداف حول الانتظام، وهي من أقدم الأهداف التي سطرت لها الرقابة ويمكن ذكر أهمها:

- التأكد من سلامة العمليات المحاسبية التي خصصت من أجلها الأموال العامة والتحقق من صحة الدفاتر والسجلات والمستندات.

- التأكد من عدم تجاوز الوحدات النقدية في الإنفاق وحدود الاعتمادات المقررة مع ما يستلزم من مراجعة المستندات المؤدية للصرف والتأكد من صحة توقيع الموكل لهم سلطة الاعتماد⁽¹⁾.

- عملية التفتيش المالي والتي يقوم بها جهاز إداري تابع لوزارة المالية.

-الأهداف الحديثة:

- التأكد من كفاية المعلومات والأنظمة والإجراءات المستخدمة.

-مدى التزام الإدارة في تنفيذها للميزانية وفقاً للسياسة المعتمدة.

⁽¹⁾ محمد لعيرج، بن السيمو محمد المهدي، ميزانية الجماعات المحلية بين الرقابة والاستقلالية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 1، جوان 2021، ص 116-117.

- بيان أثار التنفيذ على مستوى النشاط الاقتصادي واتجاهاته.

- الربط بين التنفيذ وما يتخلله من إنفاق والنتائج المترتبة عن هذا التنفيذ.

ثالثا: المبادئ التي تقوم عليها الرقابة المالية:

الرقابة على الميزانية أو الرقابة المالية تخضع لجملة من المبادئ والأسس تميزها عن

غيرها من أنواع الرقابة وتتفرد دون سواها، ويمكن حصر هذه المبادئ فيما يلي:

خضوع العمليات المالية لمجموعة من الإجراءات والتي تعرف بالدورة المستديرة، والتي تسبق

وتعاصر كل عملية مالية سواء كانت متصلة بالإيراد أو الإنفاق.

- حصر كل خطوة إلى المراجعة دون القيام بأي إجراء قبل التأكد من سلامة وصحة ما

سبقها من إجراءات.

- عدم تدخل جهة منفردة في إتمام هذه الإجراءات⁽¹⁾.

رابعا: أنواع الرقابة المالية

تتدرج الرقابة المالية الممارسة على الميزانية المحلية من رقابة داخلية الى رقابة قبلية

وصولاً الى الرقابة البعدية.

إن الرقابة الداخلية هي المراقبة التي تمارس من داخل التنظيم نفسه، وحسب التقسيم

التقليدي، فقد قام بتقسيم الرقابة إلى رقابة إدارية تهدف إلى رقابة صرف الإيرادات وتنفيذ

النفقات، كما أنها تعتبر ممارسة الإدارة على نفسها مراقبة من الداخل فتحدث لهذا الغرض

هيئات ودوائر خاصة.

ومن هنا فإن هذا النوع من الرقابة هو أول خطوة تخضع لها ميزانية الجماعات المحلية،

وذلك عن طريق قيام الإدارة برقابة على أعمالها، لكن هل صحيح الإدارة تقوم برقابة على

نفسها؟ وكيف تتجسد هذه الرقابة؟ من هنا نستنتج أنه لا يمكن أن تتحقق على الوجه الكامل

⁽¹⁾ القانون 90-21 المؤرخ في 15 اوت 1990، يتعلق المحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية عدد36 لسنة 1990، أخر

تعديل بالقانون 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة2012، ج ر عدد72 لسنة2011.

دون أن يتوفر لها مقومات نجاحها، أهمها كفاءة نظم الرقابة الداخلية التي تتمثل في سرعة الكشف عن المخالفات وتحفيز مسؤولية القائمين بها، إضافة إلى توفير الخبرات الإدارية والمالية عن طريق التدريب المستمر.

سنحاول في هذا المحور معرفة الأجهزة المكلفة بالرقابة الإدارية الخارجية والمتمثلة في رقابة المراقب المالي ورقابة المحاسب العمومي، بالإضافة إلى الرقابة الداخلية الممارسة من طرف المجالس الشعبية المحلية ورقابة السلطة الوصية، ونتطرق في الأخير إلى الرقابة اللاحقة على الميزانية المحلية.

أ- الأشخاص الفاعلين في التنمية المحلية

إن ميزانية الجماعات المحلية قبل تنفيذها لابد أن تخضع إلى نوع خاص من الرقابة نطلق عليها تسمية الرقابة السابقة، والتي تهدف إلى اكتشاف وتحليل المشاكل الممكن حدوثها وتفاديها ولمعالجتها قبل حدوثها، والموافقة السابقة لأجهزة الرقابة على القرارات المتعلقة بصرف الأموال، وبرغم من أنها تؤدي إلى كثرة الإجراءات اللازمة للقيام بعملية النفقات، مما يترتب عليها بطء سير المرافق العامة إلا أنها تعتبر الحاسمة في تأدية الغرض التي تهدف إلى تحقيقه، والمتمثل في تطبيق الميزانية تطبيقاً سليماً تراعي فيه كافة قواعد الإنفاق المقررة، كما يكون هدفها ضمان تطبيق القوانين والقواعد التنظيمية والتحقق من الشرعية المالية للالتزامات للنفقات العمومية.

كما أن عمليات المراجعة والرقابة تتم قبل الصرف ولا يجوز لأي وحدة تنفيذية الارتباط بالتزام أو دفع أي مبلغ قبل الحصول على موافقة الجهة المختصة بالرقابة قبل الصرف، حيث أن عمليات المراجعة والرقابة تتم على جانب النفقات فقط حيث ليتصور أن تتم رقابة سابقة على تحصيل إيرادات العام.

وبالتالي فهي تمارس قبل تنفيذ ميزانية الجماعات المحلية، كما يمكن الإشارة إلى أن هذا النوع من الرقابة قائم على أساس التوقيت الزمني الذي تمارس فيه عملية الرقابة من قبل

الأجهزة المختصة، والتي بدورها تحول دون الوقوع في الخطأ أو بالأحرى التفادي من الوقوع فيه، وقد أطلق عليها البعض اسم الرقابة الوقائية أو الرقابة المانعة.

1- ممارسة الرقابة من طرف المراقب المالي:

يقوم المراقب المالي الذي يتم تعيينه من طرف الوزير المكلف بالمالية، بممارسة رقابته على ميزانية المحلية قبل دخولها مرحلة التنفيذ، وبعد المصادقة عليها من طرف السلطات المختصة، كما تطبق رقابة النفقات التي يلتزم بها على ميزانية المؤسسات والإدارات التابعة للدولة والميزانيات الملحقة، وعلى الحسابات الخاصة للخزينة وميزانيات الولاية والمؤسسات العمومية ذات طابع الإداري، إلا أنه تبقى كل من ميزانيتي المجلس الشعبي الولائي والمجلس الشعبي البلدي خاضعتين للإحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، كما يمكن أن يتم تحديد كيفية وملائمة الرقابة بالنسبة لبعض القطاعات وبعض أنواع النفقات حسب كل حالة بقرار من الوزير المكلف بالميزانية وبقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالميزانية والوزير المعني تقنياً، ويدرج هذا النوع من الرقابة في إطار سياسة عدم التركيز الإداري التي تحتم على الدولة جعل الاعتمادات المالية اللازمة لتحقيق العمليات الاستثمارية على المستوى المحلي تحت تصرف الأمرين بالصرف القانوني⁽¹⁾.

تمارس الرقابة السابقة للنفقات من طرف مراقبين ماليين بمساعدة مراقبين ماليين مساعدين، حيث يقوم الوزير المكلف بالميزانية بتعيينهم، ومن أهم الصلاحيات الموكلة للمراقب المالي إضافة إلى اختصاصات التي يسندها له القانون الأساسي الخاص لموظفي إدارة الميزانية⁽²⁾.

- مسك تسجيلات تدوين التأشير والرفض.

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي 92-414 مؤرخ في 14/11/1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج ر عدد 82 لسنة 1992، معدل وتم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16/11/2009، الجريدة الرسمية عدد 67 لسنة 2009.

⁽²⁾ المرسوم التنفيذي 11-381 مؤرخ في 21/11/2011، يتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج ر عدد 42 لسنة 2011.

- مسك محاسبة الالتزامات حسب الشروط المحددة.

تخضع القرارات المتضمنة التزاما مسبقا بالنفقات قبل التوقيع عليها لتأشيرة المراقب المالي⁽¹⁾، كما يقوم بإرسال إلى الوزير المكلف بالميزانية حالات دورية معدة لإعلام المصالح المختصة بتطور الالتزام بالنفقات وتعداد المستخدمين.

نهاية كل سنة مالية يرسل المراقب المالي إلى الوزير المكلف على سبيل العرض، وإلى الأمرين بالصرف على سبيل الإعلام، تقريرا يستعرض فيه الشروط التي قام عليها التنفيذ، إضافة إلى الصعوبات التي تلقاها أثناء أداء مهامه إن وجدت في مجال تطبيق التنظيم والمخالفات التي لاحظها في تسيير الأملاك العمومية وجميع الاقتراحات التي من شأنها تحسين شروط صرف الميزانية، كما تعد المصالح المختصة التابعة للوزير المكلفة بالميزانية تقريرا ملخصا عاما يوزع على مجموع الإدارات المعنية ومؤسسات الرقابة.

يعتبر المراقب المالي مسؤول عن سير مجموع المصالح الموضوعة تحت سلطته وعن التأشيرات التي يسلمها، أما بالنسبة للمراقب المالي المساعد فهو مسؤول في حدود الاختصاصات المفوضة له من طرف المراقب المالي عن الأعمال التي يقوم بها وعن التأشيرات التي يسلمها بعنوان الرقابة السابقة.

نستنتج أن المراقبة الممارسة من قبل المراقب المالي هدفها هو منع ارتكاب المخالفات المالية التي يقع فيها الأمرين بالصرف في الإدارة المحلية، حيث أن هذا النوع من الرقابة يدخل ضمن سياسة عدم التركيز، كما يعتبر المراقب المالي المرشد والحارس على تنفيذ

⁽¹⁾ وقد حصرت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 السابق الذكر هذه التأشيرة في:

- مشاريع قرارات التعيين والتنشيط والقرارات التي تخص الحياة المهنية للموظفين ودفع مرتباتهم باستثناء الترقية في الدرجة.
- مشاريع الجداول الاسمية التي تعد عند قفل كل سنة مالية.
- مشاريع الجداول الأصلية الأولية التي تعد في بداية السنة والجداول الأصلية المعدلة التي تظراً أثناء السنة المالية.
- مشاريع الصفقات العمومية والملاحق.

الميزانية مع إعلام المصالح المالية بالأخطاء التي يرتكبها الأمر بالصرف مع تقرير العقوبات.

2- ممارسة الرقابة من طرف المحاسب العمومي

إن المحاسب العمومي هو كل شخص يتم تعيينه بموجب القانون للقيام بالعمليات التالية:

- تحصيل الإيرادات ودفع النفقات.
- ضمان حراسة الأموال أو السندات أو القيم أو الأشياء أو المواد المكلف بها وحفظها.
- تداول الأموال والسندات والقيم والممتلكات والعائدات والموارد.
- حركة حسابات الموجودات.

إضافة إلى هذه الوظائف أسندت إليه مهمة ثانية تتمثل في إعداد تحصيل الإجراء الذي يتم بموجبه إيراد الدين العمومي. ويتم تعيينه من طرف الوزير المكلف بالمالية، ويخضع أساسا لسلطته، وتكتمل صلاحيات المحاسب العمومي ومدى مسؤوليته فإنه يمسك في مجال عمليات الخزينة حسابات حركات الأموال نقدا كانت أم قيما في حسابات ودائع أو في حسابات جارية أو في حسابات دائنة أو مدينة، كما تبين عمليات الخزينة الأموال المودعة لفائدة الخواص والأموال الداخلة إلى الصندوق والخارجة منه مؤقتا وعمليات التحويل. و تعرض الحسابات الخاصة الجرد العيني والمالي للمواد والقيم والسندات التي تطبق عليها. كما يتولى المحاسب العمومي المعين بأعمال المطالبة بباقي الحساب الذي يمكنه أن يقوم شخصيا بتحصيل أو يسند ذلك إلى قابض الضرائب المختلفة للقيام بالمتابعة المعتادة في مجال الضرائب المباشرة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي 91-313 المؤرخ في 7 سبتمبر 1991 يحدد إجراءات المحاسبة التي يمسكها الأمرون بالصرف و المحاسبون العموميون و كفييتها ومحتوها، ج.ر. عدد 43 لسنة 1991 معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي 11-332 المؤرخ في 19 سبتمبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 2011.

البند الثاني: اختصاصات البلدية في المالية

البلدية هي المحرك الأول للاقتصاد المحلي، وذات أهمية قصوى في خلق الثروة ومناصب الشغل، في إطار برنامجها التنموي والسياسة العامة للدولة حسب خصوصية إمكانياتها (فلاحية، صناعية، سياحية...)، تعمل على ترقيتها وتشجيع كل مبادرة أو عملية في هذا الجانب، وذلك باتخاذ إجراءات وتدابير لتهيئة البيئة الملائمة لجذب المستثمرين وتحفيز المتعاملين الاقتصاديين، وقد مكّنها القانون من وسائل تكفل لها دفع العجلة إلى الأمام لتحقيقه، ذلك فأجاز لها إنشاء مؤسسات عامة ذات طابع اقتصادي.

باكتساب البلدية الشخصية المعنوية فهي تتمتع بذمة مالية مستقلة، مما يتيح لها سلطة الحصول على الموارد المالية اللازمة لذلك وتتصرف فيها، وهي مسؤولة عن تسييرها وأوجه إنفاقها على مشاريعها (الميزانية).

البند الثالث: اختصاصات البلدية في التهيئة والتعمير

يتمتع المجلس الشعبي البلدي في مجال التهيئة والتعمير، بمجموعة من الاختصاصات، نذكر منها، التأكد من احترام تخصيصات الأراضي وقواعد استعمالها، والسهر على المراقبة الدائمة لمطابقة عمليات البناء ذات العلاقة ببرامج التجهيز والسكن، وكذا احترام الأحكام في مجال مكافحة السكنات الهشة وتكمن أهمية هذه المهام الممنوحة للمجلس الشعبي البلدي، في رسم النسيج العمراني، والحفاظ على التراث التقليدي للبلديات، وحماية الأراضي الفلاحية والمساحات الخضراء، ناهيك عن تجنب الكوارث الطبيعية به.

الفرع الثاني

إختصاصات الولاية

تعتبر الولاية، المستوى الثاني في التقسيم الإداري في الجزائر، وتتكون من هيئتين، الأولى تداولية، تتمثل في المجلس الشعبي الولائي، والثاني تنفيذية، وهي الوالي، الجهاز المهيم على المستوى المحلي.

تتجسد اللامركزية الإدارية على مستوى الولاية، في المجلس المنتخب، وقد منحت له صلاحيات ضيقة بالمقارنة مع الجهاز التنفيذي.

للولاية القيام بوظائف ومهام تنموية عدة متنوعة تشمل جميع مجالات النشاط التي تهم سگان الإقليم، فطبيعتها المزدوجة كقاعدة إقليمية للدولة من جهة، ووحدة إدارية غير مركزية من جهة ثانية، تكسبها مكانة رفيعة للقيام بادوار تنموية هامة، وسنسلط الضوء على مهام المجلس الشعبي الولائي (الهيئة التداولية) للولاية، وقد نصت المادة (1/51) من القانون 12/07 المتعلق بالولاية على: "يتداول المجلس الشعبي الولائي في الشؤون التي تدخل في جميع اختصاصه"، لذلك له مجال تدخل متنوع ومتعدد من خلال إطلاق الاختصاص له⁽¹⁾.

⁽¹⁾ تناولت المادة (77) من القانون 12-07 الواردة تحت الفرع الأول والمعنون بالأحكام العامة، المجالات التي يتداول فيها المجلس الشعبي الولائي، راسماً بذلك الخطوط الرئيسية لهذه الميادين، وهي كما يلي:

- الإعلام والاتصال
- السياحة.
- التربية والتعليم العالي والتكوين.
- الشباب والرياضة والتشغيل.
- السكن والتعمير وتهيئة إقليم الولاية.
- الفلاحة والري والغابات.
- التجارة والأسعار والنقل.
- الهياكل القاعدية والاقتصادية.

البند الأول: إختصاصات الولاية في مجال الإختصاصات العامة

يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مصالح عمومية تلبية لخدمات يطلبها الجمهور في ميادين عدة كالنقل العمومي، الطرق والشبكات المختلفة، المساحات الخضراء⁽¹⁾، ويقرر كيفية تسيير المصالح العمومية الولائية، إما بالأسلوب المباشر أو عن طريق المؤسسة العمومية أو بطريق الإمتياز⁽²⁾.

البند الثاني: إختصاصات الولاية في مجال التنمية الاقتصادية والفلاحة والري

أولاً: في مجال التنمية الاقتصادية

يقوم المجلس الشعبي الولائي بإعداد مخطط للتنمية الولاية على المدى المتوسط، يعتبر كإطار للترقية الاقتصادية يبين من خلاله الأهداف والبرامج والوسائل المعبأة من الدولة، في إطار مشاريع الدولة ومخططات التنمية البلدية، يناقشه المجلس ويبيدي ملاحظاته حوله.

على كل مستوى كل ولاية يتم جمع كافة البيانات، والمعلومات والدراسات التي تخص الولاية اقتصاديا واجتماعيا وبيئيا، لي بنى عليها كل مخطط للتنمية المحليّة، وعلى الولاية أن تقوم برصد البيانات الدالة التي تبين نتائج على نمو كل قطاع بإعداد جداول سنوية.

في إطار مخطط التنمية يقوم المجلس في المواد (82) و (83) من القانون 07/12 المتعلق بالولاية، ب:

–التضامن ما بين البلديات لفائدة البلديات المحتاجة والتي يجب ترقيةها.

–التراث الثقافي المادي وغير المادي والتاريخي.

–حماية البيئة-التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية-ترقية المؤهلات النوعية المحليّة.

⁽¹⁾المادة (141) من القانون 07/12 المتعلق بالولاية.

⁽²⁾ انظر المواد (142) و(148) و(149) من القانون (07/12) المتعلق بالولاية.

- ✓ تحديد المناطق الصناعية المراد إنشاؤها، ويساهم في إعادة تأهيل المناطق الصناعية ومناطق النشاط في إطار البرامج الوطنية لإعادة التأهيل ويعبر عن رأيه في ذلك.
- ✓ يعمل على تسهيل الحصول على العقار الصناعي للمتعاملين.
- ✓ يسهل ويشجع تمويل الاستثمارات في الولاية.
- ✓ يساهم في إنعاش نشاط المؤسسات العمومية الموجودة في الولاية، باتخاذ التدابير اللازمة لتنشيطها وتقوم بدورها التنموي.
- ✓ يعمل المجلس على تطوير التنسيق، والتعاون بين المتعاملين الاقتصاديين، ومؤسسات التكوين والإدارات المحليّة من أجل ترقية الإبداع في القطاع الاقتصادي.
- ✓ يعمل على خلق بيئة استثمارية بدعم أطر التشاور مع المتعاملين الاقتصاديين.
- ✓ يبادر المجلس الشعبي الولائي، من خلال المواد (88)، (90)، (91) من قانون الولاية :
- ✓ بكل ما يرتبط بالطرق من حيث أشغال تهيئتها، والمسالك الولائية بصيانتها والحفاظ عليها.
- ✓ ترقية وتنمية هياكل استقبال الاستثمار بالتنسيق مع المصالح المعنية.
- ✓ بكل ما يرمي إلى تشجيع التنمية الريفية، خصوصا فك العزلة وتوصيل الكهرباء.
- يقوم المجلس بتصنيف الطرق والمسالك الولائية، وإعادة تصنيفها في إطار التنظيم الجاري به العمل.
- يسند للمجلس دوراً هاماً تحفيزياً للنشاط الاقتصادي، ولجلب المستثمرين بتهيئة ما يليق من ظروف لا سيما الهياكل القاعدية، دفعا لعجلة التنمية الاقتصادية، وخلقاً للثروة وتوفيراً لمناصب الشغل.

ثانيا: إختصاصات الولاية في مجال الفلاحة والري

- يقوم المجلس الشعبي الولائي في إطار صلاحياته المعترف له دوراً هاماً وحيويا، في ترقية النشاط الفلاحي، خاصة أن أغلب مناطق الدولة تتوفر فيه على مؤهلات طبيعية ومناخية ملائمة، يجعل من تدخله كفاعل محفز وعامل فارق في تنميته وتطويره، بما يضم فوائد جمّة محليا ووطنيا، مما يشجّع على استصلاح الأراضي وتوطين سكان القرى بما

يتوافق مع السياسة العامة، وبينتها المواد (84)، (85)، (86)، (87) من القانون (07/12) (المتعلق بالولاية، كما يلي :

- يبادر المجلس بوضع إطار لتنفيذ كل مشروع يندرج ضمن حماية وتوسيع وترقية الأراضي الفلاحية والتهيئة والتجهيز الريفي.

يعمل على تشجيع كل أعمال الوقاية من الكوارث الطبيعية، ويخلق مبادرات لمواجهة مخاطر الفيضانات والجفاف، ويتخذ كل ما يرمي إلى تهيئة وتطهير وتنقية المجاري المائية على مستوى الإقليم، وهذا درءا للمخاطر وتوقيا منها.

- يبادر المجلس بالتنسيق مع المصالح المعنية إلى حماية وتنمية الأملاك الغابية، بدعم عمليات التشجير وحماية التربة وإصلاحها.

- يساهم المجلس بمعونة المصالح المعنية في تطوير كل أعمال الوقاية، ومكافحة الأوبئة في مجال الصحة الحيوانية والنباتية.

- يعمل المجلس على تنمية الري المتوسط والمصغر، كما يقوم بمساعدة البلديات ماليًا وتقنيًا في التزود بالمياه الصالحة للشرب، والتطهير، وإعادة استعمال المياه المتجاوزة الإطار الإقليمي للبلديات المعنية.

البند الثالث: إختصاصات الولاية في المجال الاجتماعي والثقافي والسياحي

يشجع المجلس الشعبي الولائي على ترقية برامج التشغيل بالتشاور مع البلديات أو المتعاملين الاقتصاديين وخاصة الشباب أو المناطق المراد ترقيتها.

- يتولى المجلس الشعبي الولائي في إطار المعايير الوطنية :

✓ • انجاز مؤسسات التعليم المتوسط والثانوي والمهني وتكفل بصيانتها والحفاظ عليها، في إطار تطبيق الخريطة المدرسية والتكوينية.

✓ • انجاز تجهيزات الصحة التي تتجاوز إمكانات البلديات.

-يسهر المجلس على تطبيق تدابير الوقاية الصحية، ويدعم كل التدابير الرامية لإنشاء هياكل مكلفة بمراقبة وحفظ الصحة في المؤسسات المستقبلية للجمهور وفي المواد الاستهلاكية.

بالإتصال مع البلديات، يُساهم المجلس على تنفيذ كل الأعمال المتعلقة بمخطط تنظيم الإسعافات والكوارث والآفات الطبيعية والوقاية من الأوبئة ومكافحتها، يساهم المجلس بالتنسيق مع البلديات في كل نشاط يهدف إلى:

✓ تنفيذ البرنامج الوطني للتحكم في النمو الديمغرافي.

✓ حماية الأم والطفل.

✓ مساعدة الطفولة، والأشخاص المسنين وذوي الاحتياجات الخاصة.

✓ مساعدة الأشخاص في وضع صعب والمحتاجين.

✓ التكفل بالمشردين والمختلين عقليا.

يساهم المجلس في إنشاء الهياكل القاعدية المتعلقة بالأنشطة الشبابية، والثقافية والرياضية والترفيهية، والخاصة بالشباب وحماية التراث التاريخي والحفاظ عليه، بالتنسيق مع البلديات والهيئات وكذا الجمعيات النشطة في ذلك، ليقدم، المجلس مساعدته ومساهمته في هذه الأنشطة كما جاء في المادة (97) من قانون الولاية (07/12).

يساهم المجلس الشعبي الولائي بالتنسيق مع البلديات ومصالح الدولة المعنية بذلك، وكل جمعية أو هيئة تهتم بحماية التراث الثقافي والفني والتاريخي والحفاظ عليه، كما تعمل على ترقيته بالتنسيق مع الجمعيات المعنية والمؤسسات، ويقترح كل التدابير الضرورية لتنميته والحفاظ عليه كما ذكرته المادة (98) من قانون الولاية (07/12).

يحمي المجلس الشعبي الولائي الإمكانيات السياحية ويثمنها ويشجع الاستثمار فيها، خاصة أن الجزائر تزخر بإمكانات جبارة في هذا المجال، والتنوع الإيكولوجي يجعل من رسم إستراتيجية محلية ودور المجلس كفاعل بارز يعود بنتائج أكثر ايجابية.

البند الرابع: إختصاصات الولاية في المجال المالي

يقوم م. ش. و. بالتصويت على ميزانية الولاية التي يعد مشروعها الوالي، قبل 31 أكتوبر بالنسبة للميزانية الأولية في السنة التي تسبق سنة تنفيذها، وقبل 15 جوان بالنسبة للميزانية الإضافية للسنة الجارية كما ورد في المادتين (164) و (165) من القانون 07/12 المتعلق بالولاية.

يتم المصادقة على الميزانية من طرف المجلس الشعبي الولائي بابا بابا ومادة مادة، ووفقاً للتوازن المطلوب وجوباً(1)، كما أن المجلس الشعبي الولائي مطالب قانوناً عندما يظهر عجز في ميزانية الولاية اتخاذ كافة التدابير اللازمة، لامتناع هذا الخلل وضمان التوازن المطلوب في الميزانية، هذا بنص المادة (169) من قانون الولاية.

الهيئات والوصايا قد أوردتها قانون الولاية في المواد (133) و(134)، والتي يبيت فيها المجلس الشعبي الولائي قبلاً أو رفضاً، سواء كانت مقرونة بأعباء أو شروط أو تخصيصات أخرى، كما يتداول المجلس بخصوص الهيئات والوصايا المتعلقة بالمؤسسات العمومية المقرونة بأعباء أو شروط أو تخصيصات خاصة دون الأخرى المجردة من ذلك.

المبحث الثاني

مساهمة أسلوب تفويض المرفق

في دعم مبدأ التمويل المحلي

يمكن للجماعات المحلية بمداولة من مجالسها، أن تقرر استغلال مرافق عامة بواسطة عقود " تفويض مرافق عامة محلية"، تمكن بمقتضاها جماعة محلية بصفتها مانحة التفويض شخصاً عمومياً أو خاصاً بصفة صاحب التفويض، التصرف في مرفق عمومي يعود لها بالنظر على أن يكون المقابل المالي مرتبطاً بالأساس بنتائج التصرف في المرفق العام

(1) انظر المواد الفقرة الأولى من المادة 162 والمادة 161 من القانون 07/12 المتعلق بالولاية، السابق الذكر.

موضوع التفويض وأن يتحمل صاحب التفويض المخاطر المالية للنشاط المرفقي، يمكن أن يتضمن عقد تفويض المرفق العام إلزام صاحب التفويض بإحداث منشآت أو باقتناء أملاك أو تجهيزات ضرورية لسير المرفق تنص مداولة الجماعة المحلية على نوعية الخدمات المرفقية التي يقترح تفويضها وخصائصها الفنية⁽¹⁾، فما مدى مساهمة عقود تفويض المرفق العام في دعم مبدأ التمويل الذاتي وضمان أداء الخدمات العمومية.

⁽¹⁾ يمكن للجماعات المحلية الاستعانة بمكاتب أو مؤسسات متخصصة للتفاوض وإعداد مشاريع عقود تفويض مرافقها العامة، تبرم عقود تفويض المرافق العامة لمدة محددة، مع الأخذ بعين الاعتبار النتائج المترتبة إذا لجأت الجماعات المحلية إلى التفويض، وذلك باستعمال عدة معايير :

1- المعايير المالية : التكلفة الكلية للمرفق /التكلفة الصافية للمرفق/ التكلفة الصافية المرتفعين/ .تكلفة تمويل المشاريع

تطور التكلفة على مدة العقد/النتيجة الإقتصادية المتخرجة

2- معايير نوعية المرفق :

المستوى التقني/مستوى الصيانة وتجديد التجهيزات /تطور التسعيرة في الزمن /نوعية السياسة التجارية /الأخذ بعين الإعتبار للمعايير الإجتماعية في التسعيرة /تقبل تضامن المرتفعين لسياسة المرفق

3- معايير المخاطرة:

المخاطرة التقنية /المخاطرة المالية /المخاطرة المدنية

4- المعايير الإجتماعية :

العمل (مناصب الشغل) /الحركة الاجتماعية

5- المعايير المستقبلية :

القدرة على إدخال تكنولوجيا جديدة /حالة الذمة المالية عن نهاية التسيير /قيمة الذمة المالية عن نهاية التسيير

6- معايير القدرة على التحكم من طرف الجماعات :

التحكم في السياسة العامة للمرفق /التحكم في المراقبة /قدرة الجماعات لتغيير طرق عمل المرفق /القدرة على إشراك المواطنين لتحديد شروط عمل المرفق .

وفي الأخير تقوم بإعداد جدول تحدد تمكنها من تحديد الإختيار أي بترجيح كفة الإبقاء على التسيير المباشر أو تفويض المرفق العمومي، من الملاحظ أن هذه المعايير أغلبها ذاتية ولكنها مهمة من أجل إختيار أفضل، حيث نلاحظ أنه لا توجد طريقة مثالية ولكن طريقة التسيير تتلاءم مع طبيعة المرفق العمومي، تقوم بهذه العملية لجنة تفويض المرفق العمومي حيث تقوم بتقويم النتيجة لأعضاء لجنة المداولات مع عرض الأسباب وبعدها تقوم بعرضها للمصادقة إضافة على دفتر الشروط النموذجي.

المطلب الأول

مصادر التمويل المحلي

يعد التمويل المحلي احد التحديات التي تواجهها الجماعات المحلية في الجزائر، نظرا لارتباطه الوثيق بالتنمية المحلية، ورغم وجود العديد من الموارد المالية المحلية، لكنها تبقى غير كافية، حيث يبقى اعتماد الجماعات المحلية على ما تقدمه السلطة المركزية من إعانات مالية موجهة (المطلب الأول)، وتكمن أهمية التمويل المحلي في علاقته الوطيدة بالتنمية المحلية، فتمويل المشاريع التنموية ورفع المستوى الاقتصادي والاجتماعي للمواطنين محليا يتوقف على وجود موارد ذاتية مالية كافية (المطلب الثاني).

الفرع الأول

المصادر الخارجية

تأتي عملية الاعتماد على الموارد الخارجية كمرحلة ثانية أو استثنائية ، تلجا إليها الإدارة المحلية عند الضرورة إذا كانت الموارد الداخلية لا تكفي لتغطية نفقات التجهيز والاستثمار في الميزانية المحلية ، فالموارد الخارجية وفق التنظيم المعمول به في الجزائر وتتمثل في ما يلي :

البند الأول: الإعانات الحكومية

تهدف لتكملة الموارد المالية المتاحة للهيئات المحلية و تقليص الفوارق بينهما بغية تحقيق نوع من التوازن و هذا النوع من الإعانات ينقسم إلى نوعين هناك إعانات تقدمها الدولة وأخرى يقدمها الصندوق المشترك للجماعات المحلية.

أ- مساعدات الدولة لمخططات البلدية للتنمية:

أدخل أسلوب المخططات البلدية للتنمية سنة 1973 بهدف النهوض بالعملية التنموية ، وجاءت هذه المساعدات على أنقاض النظام القديم المتمثل في برامج التجهيز المحلي ، إذ تتكفل الدولة بتمويل بعض المشاريع المدرجة في المخطط التنموي البلدي بعد أن تتم الموافقة عليه⁽¹⁾.

والمخططات البلدية للتنمية هي عبارة عن مراجع عمل تقررها السلطات المختصة في إطار المخطط الوطني و يتم انجازها عبر مراحل ، حيث تكلف كل بلدية بإعداد و اعتماد مشاريعها التنموية وتقدمها للولاية بغية المصادقة عليها ، وتتعلق المخططات البلدية للتنمية بقطاعات تمس الحياة اليومية للمواطن كالمياه ، التطهير و الصحة ، وعليه فهي بمثابة تكملة للمشاريع الاستثمارية التي تباشرها السلطات العمومية .

تعمل المساعدات التي تقدمها الدولة للمخططات البلدية للتنمية على خلق نوع من التوازن الجهوي قصد إعطاء كل بلدية حظوظا متساوية في العملية التنموية .

مساعدات الدولة للبناءات المدرسية : ظهر هذا النوع من المساعدات في 1968، والقاضي بتوزيع عملية انجاز المنشآت المدرسية بين البلديات و الولايات حيث عهد بانجاز المدارس الابتدائية للبلديات ، أما الطور المتوسط و الثانوي فالولاية هي من تتكفل بانجازها وتلتزم الدولة بتمويل مشاريع الانجاز كليا⁽²⁾.

(1) محمد حاجي ، التمويل المحلي وإشكالية العجز في ميزانية البلدية ، مداخلة قدمت ضمن أعمال الملتقى الدولي الموسوم ب: تسيير وتمويل الجماعات في ضوء التحولات الاقتصادية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، يومي 01- 02 ديسمبر 2004 ، ص، 06.

(2) محمد مسعي ، المحاسبة العمومية ، دار الهدى للنشر والتوزيع عين مليلة ، الجزائر ، 2011، ص، 36.

البند الثاني: دور صندوق التضامن و الضمان للجماعات المحلية في التنمية المحلية⁽¹⁾

إن القول باستقلالية إدارية أو لا مركزية إدارية دون تحقيق الاستقلالية المالية فالاعتراف للهيئات المحلية باختصاصات معينة يعتبر عديم الفائدة، إذا لم يقترن بمنحها سلطة تمويل الخطوات اللازمة لمزاولة هذه الاختصاصات، بالإضافة إلى ذلك عمليات فرض عامة من طرف السلطة المركزية قد لا يترك مجالا كافيا للسلطات المحلية تحصيل مداخيلها المحلية الأمر الذي يعجزها عن استقلال مالي وبالتالي تظل الاستقلالية المالية المحلية عن المالية العامة أقل بكثير على المستوى العملي عما هو مقرر، هذه بعض المقترحات و الإصلاحات التي مست الجماعات المحلية بهدف تفعيل دورها في مجال التنمية المحلية⁽²⁾.

نظرا للعجز الذي تعرفه الجماعات المحلية لجأت الدولة إلى إنشاء الصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية بهدف تكوين التضامن المالي ما بين الجماعات المحلية.

⁽¹⁾ أنشئ أولا تحت تسمية الصندوق المشترك للجماعات المحلية بموجب المرسوم التنفيذي 86-264 المؤرخ في 04 نوفمبر 1986 ويهدف هذا الصندوق لتقليص احتياجات الجماعات المحلية من الموارد المالية ، وخلق نوع من التضامن بين الجماعات المحلية عموما والبلديات خصوصا ، وذلك من خلال تقليص فجوة التفاوت المالي في ميزانية بلديات القطر الوطني

⁽²⁾ مسعود شيهوب، أسس الإدارة المحلية وتطبيقها على نظام الولاية والبلدية في الجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1997 ص 68.

الصندوق مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية و الاستقلال المالي ويتكفل بالمساهمة في تمويل التنمية المحلية بتخصيص إعانات سنوية للبلديات والولايات⁽¹⁾، يوضع الصندوق تحت وصاية الوزير المكلف بالداخلية

أولاً: مهام الصندوق في إرساء التضامن ما بين الجماعات المحلية

تتمثل المهمة الرئيسية التي أسندت للصندوق من خلال تعبئة الموارد المالية وتوزيعها.

ويكلف الصندوق في هذا الإطار، يأتي:

- العمل على تعاضد الوسائل المالية للجماعات المحلية الموضوعة تحت تصرفها بموجب القانون والتنظيمات المعمول بها؛
- توزيع المخصصات المالية المدفوعة من قبل الدولة لفائدة الجماعات المحلية؛
- توزيع تخصيص إجمالي للتسيير فيما بين الجماعات المحلية سنويا لتغطية النفقات الإلزامية ذات الأولوية؛
- تقديم مساهمات مالية لفائدة الجماعات المحلية التي يتعين عليها أن تجابه أحداث كوارث و/أو طوارئ وكذا تلك التي تواجه وضعية مالية صعبة؛
- تقديم مساهمات مؤقتة أو نهائية للجماعات المحلية ومؤسساتها لإنجاز مشاريع تجهيز واستثمار في الإطار المحلي أو في إطار التعاون المشترك بين البلديات؛
- الوساطة البنكية لفائدة الجماعات المحلية؛

⁽¹⁾ تطبيقاً لأحكام المواد 211 و 212 للقانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية وكذا أحكام المواد من 176 إلى 179 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية، تم إصلاح الصندوق المشترك للجماعات المحلية من خلال المرسوم التنفيذي رقم 14-166 المؤرخ 24/03/2014 يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية و يحدد مهامه و تنظيمه و سيره، ج ر العدد 19 لسنة 2014.

- منح إعانات مالية لفائدة البلديات لإعادة تأهيل المرفق العام المحلي؛ - القيام بكل الدراسات و التحقيقات و الأبحاث التي ترتبط بترقية الجماعات المحلية وإنجازها والعمل على نشرها؛

- المساهمة في تمويل أعمال تكوين المنتخبين و الموظفين المنتمين لإدارة الجماعات المحلية وتحسين مستواهم

- المشاركة في أعمال الإعلام و تبادل الخبرات واللقاءات لا سيما في إطار التعاون المشترك بين البلديات؛

- مباشرة وإنجاز كل عمل مرتبط بهدفه أو مخول له صراحة، بموجب القانونين و التنظيمات المعمول بها.

ثانيا: مهام الصندوق في تخصيص الإعانات

في مجال التضامن ما بين الجماعات المحلية، يكلف الصندوق في إطار مهامه، بدفع المخصصات الآتية لفائدة الجماعات المحلية من صندوق التضامن للجماعات المحلية

أ - تخصيص إجمالي للتسيير بنسبة 60%:

يوجه هذا التخصيص إلى قسم التسيير لميزانيات البلديات و الولايات، ويتضمن :

1- منح معادلة التوزيع بالتساوي⁽¹⁾:

⁽¹⁾ ماذا تعرف عن منحة معادلة التوزيع بالتساوي:

أولا : الجهة المانحة: صندوق التضامن و الضمان للجماعات المحلية

ثانيا : على ماذا يعتمد في منحها: في الأساس تمنح على أساس المعدل الديمغرافي و معامل الغنى. و يمكن لمجلس التوجيه بالصندوق أن يعتمد معايير أخرى.

ثالثا: الهدف منها: هدفها التقليل من الفوارق بين البلديات الغنية و الفقيرة، بقصد إيجاد نوع من التوازن في التنمية المحلية (التوازن الجهوي) و التساوي نوعا ما في إشباع الحاجات و الخدمات المقدمة للأفراد في الجهات المختلفة للوطن.

رابعا : طريقة حسابها: إي معرفة حصة البلدية من المنحة.

- المعادلة التقليدية (الكلاسيكية: تحصل البلدية على منحة معادلة التوزيع بالتساوي اذا كان معدل ثرائها أقل من المعدل الوطني.

حساب معدل الثراء : ويسمى مؤشر التوازن الوسطي.

توجه لتغطية النفقات الإلزامية للبلديات والولايات. لحساب معادلة التوزيع بالتساوي، تؤخذ بعين الاعتبار المعيار الديمغرافي من جهة و المعيار المالي من جهة أخرى. كما يمكن لمجلس التوجيه أن يعتمد على معايير أخرى.

2-تخصيص الخدمة العمومية:

يمنح تخصيص الخدمة العمومية للجماعات المحلية التي تعرف صعوبات في تغطية النفقات الإلزامية المرتبطة بتسيير المرافق العامة. ويدفع هذا التخصيص للجماعات المحلية بهدف تلبية الاحتياجات ذات الصلة بالمهام المخولة لها بموجب القوانين والتنظيمات .

المعدل الوطني = مجموع موارد كل بلديات الوطن / عدد السكان

المعدل البلدي = مجموع إيرادات البلدية / عدد السكان.

-تحسب المنحة الممنوحة للبلدية بالفرق بين المؤشر الوطني و مؤشر البلدية مضروبا في عدد السكان.

-كل بلدية مؤشر ثرائها أقل من مؤشر التوازن الوسطي تحصل على منحة معادلة التوزيع بالتساوي، و التي مؤشر ثرائها أعلى من المؤشر الوطني لا تقدم لها المنحة.

=ملاحظة :مجموع موارد البلدية ترسل عن طريق إعداد بطاقة ETAT IC2 اعتمادا على معطيات الحساب الإداري للسنة الماضية للحسابات (70؛ 71؛ 75؛ 750؛ 751) تكون ممضاة من الأمر بالصرف، و ممضاة و مؤشرة من أمين الخزينة المعني، و ممضاة من السلطة الوصية بعد مراقبتها

- المعادلة المحسنة:

نتيجة استخدام الصيغة القديمة تم حرمان عديد الجماعات المحلية الفقيرة و المحتاجة من هذه المنحة بسبب عاملين أساسيين مكونين لها ؛ المعدل الديمغرافي و معامل الغنى، وعليه فان البلديات و الولايات التي تعرف عدد سكان ضئيل و موارد ضئيلة قد تستبعد من الاستفادة من المنحة،.

من أجل ذلك تم التفكير في طريقة من أجل تدارك النقص الحاصل من خلال اعتماد و تطبيق معادلة التوزيع بالتساوي المحسنة ،حيث يتم التوزيع بالتساوي لفائدة البلديات كمايلي:

70 -% من. المبلغ الإجمالي لمعادلة التوزيع بالتساوي حسب معدل الغنى.

30 -% مخصصة حسب معامل التحسين

معامل التحسين يحسب على أساس المعامل الممنوح للبلدية حسب الترتيب التصاعدي لعدد سكان البلدية بالمقارنة مع المعامل الوطني ، ما تم إضافة معيار آخر لهذه المعادلة من اجل الزيادة في فعاليتها وهي استفادة البلديات ذات معدل غنى اقل أو يساوي مرتين معدل الغنى الوطني، و التي لا تتعدى إيراداتها خمسة ملايين دينار جزائري

تحدد المعايير المتبعة لحساب تخصيص الخدمة العمومية بقرار من الوزير المكلف بالداخلية.

3- إعانات استثنائية

يمكن أن تمنح الجماعات المحلية إعانات استثنائية لمواجهة الكوارث والأحداث الطارئة أو وضعية مالية صعبة جدا، كإعانات التكوين والدراسات و البحوث.

ب - تخصيص إجمالي للتجهيز والاستثمار بنسبة 40%

يسمح هذا التخصيص بإنجاز برامج تجهيز واستثمار بهدف المساعدة في تطويرها وخاصة تطوير المناطق الواجب ترقيتها. يتضمن التخصيص الإجمالي للتجهيز والاستثمار⁽¹⁾:

1- إعانات التجهيز؛

2. مساهمات مؤقتة أو نهائية موجهة لتمويل المشاريع المنتجة المداخل.

ثانيا: مهام الصندوق في تعويض نقص القيمة الجبائية⁽²⁾

يخصيص سنوي ناتج عن عدم تحقيق التقديرات الجبائية للجماعات المحلية، وهو بمثابة تعويض عن التأمين الذي تدفعه سنويا البلديات والولايات لصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، الهدف منه هو ضمان التوازن المالي لميزانيات الجماعات المحلية بالنسبة لتوقعاتها الجبائية بضمان على الأقل 90% من تقديراتها، إضافة إلى المساهمة في تسيير منتظم ودائم للمصالح المحلية .

يهدف هذا التخصيص إلى تعويض ناقص القيمة في الموارد الجبائية بالنسبة لمبلغ التقديرات، وتعويض عن كل تخفيض في الإيرادات الجبائية البلدية ينجم عن إجراء تتخذه الدولة و يتضمن إعفاء جبائيا أو تخفيضا في نسب الضريبة أو إلغائها بناتج جبائي يساوي

⁽¹⁾ Arrêté du 29 Août 2021 JO N° 73 du 26 Septembre 2021, Modifiant et complétant l'arrêté du 9 décembre 2014 fixant la nomenclature des opérations financées dans le cadre des subventions d'équipement et d'investissement de la caisse de solidarité et de garantie des collectivités locales.

⁽²⁾ انظر المواد 18، 19، 20، 21، 22 من المرسوم التنفيذي 14-166 لسالف الذكر .

على الأقل مبلغ الفارق عند التحصيل . (مثلا : منح من قبل كتعويض مقابل إلغاء الدفع الجزافي و تخفيض نسبة الرسم على النشاط المهني)، و تقدم في أحد الأشكال التالية :

أ-إعانات الميزانية: هي إعانات يقصد بها تقليل التفاوت في الموارد المالية للجماعات المحلية المختلفة و محاولة تعويض عجز بعض البلديات و الولايات الفقيرة وترتبط هذه الإعانة ارتباطا مباشرا بمراد الجماعات المحلية و نفقاتها ، وتقدر على أساس النفقات السنوية المعتمدة من السلطات المحلية التي يكون معدل نصيب الفرد من الموارد المحلية فيها دون المعدل القومي⁽¹⁾.

ب-إعانات تعويضية: تلجأ الدولة في حال إلغاء الضرائب المختلفة المحلية نتيجة سياسة معينة فهي مجبرة على تقديم إعانات مكان تلك الضرائب.

ب-إعانات اقتصادية: و ترمي هذه الإعانات إلى تقديم العون المالي للجماعات المحلية من أجل تحقيق بعض الأهداف و المشاريع الاقتصادية التنموية، كتوسيع المشاريع و الأشغال العامة المحلية.

البند الثالث: القروض

تمثل مورد آخر لتمويل مشاريع التنمية المحلية ، حيث تسدد أشغال التجهيز و الانجاز والدراسات من ميزانية التجهيز و الاستثمار ، وماذا اقتضت البلدية يتم تسديد رأسمال الدين بفضل إيراداتها من الاستثمار، كمساهمات المتعهدين في نفقات التجهيز العمومية عن طريق رسوم محلية للتجهيز التي تتراوح بين 01% الى 05% من قيمة العقار و الأرض المعدة للبناء . و لقد أجاز المشرع للبلديات أن تقوم بعملية الاقتراض بغية تمويل مشاريعها الاستثمارية ، غير أن هذه الرخصة قيدت بشروط القدرة على السداد التي يجب أن تتوفر عليها الجماعات المحلية ، وحددت الجهات التي يمكن أن تلجأ الإدارة المحلية للاقتراض منها وهي الدولة، أو الصندوق المشترك للجماعات المحلية، أو البنوك(بنك التنمية المحلية)

(1) محمد مسعي ، المحاسبة العمومية ، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر ، 2011 ، ص، 38.

يتم التصويت على مدة القروض على مستوى المجلس الشعبي البلدي ، وبعدها تصادق عليه السلطات الوصية و يحدد في مداولة خاصة مبلغ القرض و مدته و كيفية استهلاكه ، ويرخص القانون و التشريع الجاري العمل به لوزير المالية منح ضمان لتغطية القروض و الالتزامات التي يتعهد بها المتعاملون الجزائريون في السوق الداخلية .

و أكد المشرع أن هذه القروض توجه للمشاريع ذات المردودية و النفع العام ، وان تستعمل في المشاريع الإنشائية التي تعجز الميزانية العادية للجماعات المحلية على تغطية نفقاتها⁽¹⁾ و يجب أن لا تستعمل لسداد الديون الأصلية، و لا يمكن استعمالها لتغطية نفقات التجهيز للجماعات المحلية للحرية في تحديد القروض.

البند الرابع: الهبات و التبرعات

تعتبر الهبات و التبرعات من الموارد المهمة للجماعات المحلية و تتكون حصيلتها مما تبرع به المواطنين أما بشكل مباشر للجماعات المحلية، أو بطريقة غير مباشرة بالمساهمة في تمويل المشاريع التي تقوم بها ، و تكون نتيجة وصية تركت من أحد المواطنين ، أو عبارة عن هبات يقدمها أحد المغتربين.

كما تعد الهبات والوصايا من موارد الجماعات المحلية و تنقسم:

الهبات و الوصايا التي لا تنشأ عنها أعباء : ويشترط فيها شروط تستوجب تخصيص عقارات أو تكون مدعاة للاعتراض من قبل عائلات الواهبين أو المواطنين .

الهبات و الوصايا التي تنشأ عنها أعباء :و يشترط لها شروط أو تقتضي تخصيص عقارات أو تكون مدعاة للاعتراض من قبل .

⁽¹⁾ محمد حاجي، التمويل المحلي وإشكالية العجز في ميزانية البلدية ، مداخلة قدمت ضمن أعمال الملتقى الدولي الموسوم ب: تسيير وتمويل الجماعات في ضوء التحولات الاقتصادية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، يومي 01- 02 ديسمبر

و بالرغم من تعدد الإيرادات و التنوعات للجماعات المحلية سواء الذاتية (الداخلية) أو الخارجية إلا أنها تبقى غير كافية لتلبية حاجيات السكان المتزايدة و تحقيق الأهداف و المهام المنوطة بالجماعات المحلية .

هذا ما جعل الجماعات المحلية تعيش حالة عجز دائم بل أنها قاربت على إعلان إفلاسها حيث أكثر 1280 بلدية على مستوى التراب الوطني تعاني العجز السنوي في الميزانية أمام ضعف الإيرادات الداخلية للبلديات من جباية محلية، و إيرادات الممتلكات و التي تشكل ما نسبته 08 % من إجمالي الموارد المحلية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التمويل الذاتي

ضمن إطار متكامل و متماسك و عالمي، تهدف التنمية المحلية إلى التعاون و التكامل بين الجهود الشعبية و تلك الحكومات لتطوير المستوى الاجتماعي و الاقتصادي و الثقافي للمعيشة الفرد، الأمر الذي سيؤدي بلا شك إلى تحسين المستوى المعيشي للمجتمع المحلي⁽²⁾. نظرا لقلّة الموارد المالية اللازمة، فإن لا يزال تحقيق مثل هذا الهدف صعباً للغاية، مما يدل على أهمية العثور على موارد جديدة لتمويل ميزانية الجماعات المحلية⁽³⁾، و التركيز على

⁽¹⁾ جمال يرقى، أساسيات في المالية العامة وإشكالية العجز في ميزانية البلدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2002، ص، 57.

⁽²⁾ فؤاد بن غضبان، التنمية المحمية "ممارسات و فاعلون"، دار صفاء لطباعة و النشر و التوزيع، الأردن، 2015، ص 29

⁽³⁾ محمد لعيرج، بن السبحو محمد المهدي، ميزانية الجماعات المحلية بين الرقابة و الاستقلالية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 5، العدد 1، جوان 2021، ص 113-114.

تقنيات التمويل الذاتي، ستركز نقطة الدراسة هذه على فكرة التمويل الذاتي في البداية وضع، ثم على الموارد المالية وغير المالية للسلطات المحلية في ثانياً.

البند الأول: فكرة التمويل الذاتي

إنبتق التمويل بمفهومه العام من علم الاقتصاد خاصة بعد أزمة الكساد العالمي 1929-1933، ليعرف العالم بعدها درجة كبيرة من التغيرات خاصة بعد انهيار الكتلة الشرقية وانتشار العولمة في جميع الميادين بما فيها العولمة المالية وظهور أزمات مالية، مقابل ذلك نجد اقتصاديات هشة للدول النامية تتأثر باقتصاديات الدول المتقدمة مما يستوجب على حكومات الدول النامية إلى البحث وزيادة الاهتمام بقضية التنمية والقضاء على العقبات التي تواجهها، ويعتبر التمويل من أهم القضايا التي تواجه الحكومات من أجل تحقيق التنمية⁽¹⁾.

لقد استخدم مصطلح التمويل المحلي من قبل الاقتصاديين ويقصد به تلك النفقات المالية والمادية التي تنفق لإنجاز خطط التنمية المحلية، وعملية التمويل أساسية فلا يمكن للبرامج التنموية أن تدخل حيز التنفيذ ما لم تتوفر على السيولة المالية اللازمة، ويدخل ضمن التمويل الموارد الحقيقية التي يجب تخصيصها لأهداف التنمية المحلية وتشمل السلع والخدمات اللازمة لبناء الطاقات الإنتاجية المحلية⁽²⁾.

أما التمويل المحلي فهو مرتبط بمفهوم التنمية المحلية الذي هو عبارة عن تطوير للفضاء المحلي وذلك بامتلاك الجهات الفاعلة المحلية للقدرة التنظيمية من أجل تعبئة الموارد المحلية الذاتية والخارجية لتحقيق أهداف مختلفة⁽³⁾.

يعني تمويل التنمية في الأساس البحث عن مصادر الادخار المحلي وبحث الوسائل الكفيلة بتعبئة هذه المدخرات لإغراض التنمية، والادخار كما يعرف هو الامتناع عن

⁽¹⁾ زيتوني عمار، أهمية مصادر التمويل الداخلية لتمويل التنمية دراسة حالة الجزائر 1970-2004، رسالة دكتوراه، جامعة بائنة، 2007، ص.12

⁽²⁾ ناصر وهبية، التمويل المحلي ودوره في عملية التنمية المحلية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، 06 العدد، 2013، ص.91

⁽³⁾ Suzanne Savey, Espace Territoire Développement Local, cahiersoptionsméditerranéennes, vol3, n3, 1994, p40.

الاستهلاك وبالتالي فبالقدر الذي يتم به الامتناع عن الاستهلاك تزداد المدخرات ويزداد الاستثمار (التراكم الرأسمالي) طالما استطعنا توجيه هذه المدخرات للاستثمار المنتج والتخفيف من حدة الضغوط التضخمية التي تصاحب في العادة عملية الإنماء الاقتصادي⁽¹⁾ وللتمويل المحلي شروط وضوابط نتعرف عليها فيما يلي

أولا - شروط التمويل المحلي:

للتمويل شروط أساسية متعلقة بتجسيد الطابع المحلي للتمويل وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ- الموارد المحلية

أن يكون الوعاء المحلي أو الأصل الذي يربط عليه في نطاق الوحدة المحلية وأن يكون هذا الوعاء متميزا بقدر الإمكان عن أوعية الموارد المركزية⁽²⁾.

ب- الموارد الذاتية: تدل على استقلالية الهيئات، وهذا يتطلب تكافؤ الفرص⁽³⁾، بحيث في سلطة المحلية تقدير سعر المورد في حدود معينة وربطه وتحصيله يمكن للمجالس المحلية توفير مستويات الخدمة الموحدة نسبيا عند مستويات مقبولة من الجهد الضريبي⁽⁴⁾.

ج: سهولة إدارة المورد المحلية

تتعلق بتسيير تقدير وعاء المورد وتخفيض تكلفة تحصيله أي محاولة أن تكون تكلفة التحصيل عند أقل درجة ممكنة، وفي نفس الوقت ضرورة وفرة حصيلة المورد نسبي. لتوضيح المفهوم بشكل أفضل، ستحتوي هذه النقطة على تعريف التمويل الذاتي وأسبابه وخصائصه.

(1) عمرو محي الدين، التخلف والتنمية، بيروت، دار النهضة العربية، دسن، ص.450.

(2) بن ناصر وهيب، التمويل المحلي ودوره في التنمية المحلية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، العدد السادس، نوفمبر 2014، ص 91.

(3) بن سماعيل حياة، السبتي وسيلة، التمويل المحلي للتنمية المحلية نماذج من اقتصاديات الدول النامية، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الدولي حول: سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات دراسة حالة الجزائر والدول النامية، جامعة بسكرة، يومي 21 و 22 نوفمبر 200، ص 2.

(4) Era Dabla Norris, The challenge of fiscal decentralization in transition countries, comparative economic studies, 2006, n48, p108

البند الثاني: تعريف التمويل الذاتي

يمكن تعريف التمويل الذاتي بقدر ما يمكن تعريف جميع الموارد المالية المتاحة، والتي يمكن استخلاصها من موارد مختلفة، من أجل تحقيق التنمية المحلية القائمة على تعزيز استقلالية السلطات المحلية وكسر اعتمادها على السلطات المركزية للدولة، مما سوف تسمح بازدهار هذا الأخير من خلال تطوير هذه المجتمعات⁽¹⁾.

وبعبارة أخرى، يمكن لجميع الموارد المالية المتاحة الكائنات التي حصلت عليها السلطات المحلية بأي شكل من الأشكال، حتى يكونوا توجيههم فقط نحو التنمية المحلية، وبالتالي يصبحون أداة تحقيق استقلالهم المالي والإداري⁽²⁾.

بناءً على هذين التعريفين، يمثل التمويل الذاتي الركيزة الأساسية للامركزية الإدارية وهيكل عمليات اتخاذ القرار على المستوى المحلي، لأنه بدون الاعتراف بهذا الاستقلال المالي، لا يمكن للمرء أبداً تتحدث عن شخصية أخلاقية للجماعات، وبالتالي، فإن الأخيرة لا تفعل ذلك لا يمكنهم بأي حال من الأحوال أداء الأعمال، أو حتى تحمل مسؤولياتهم. يتطلب هذا الاستقلال من جانبه منح المجتمع قوة حرية اتخاذ القرار، وحرية الاختيار فيما يتعلق بأساليب وإجراءات استرداد الأموال اللازمة لتغطية نفقاتها، مما يكشف أن استقلال السلطات المحلية في الجزائر موجود فقط على ورقة، من خلال حقيقة أن الدولة فقط هي التي يمكنها اتخاذ قرار بشأن الأمر، وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بذلك الضرائب والدولة والجمارك والإيرادات الأخرى من ناحية، وتلك سلطة تحديد حصة المجتمعات متروك له من ناحية أخرى. لذلك نحن يمكن الحديث فقط عن الاستقلال النسبي.

مع العلم أن السلطات المحلية في وضع أفضل لفهم خصوصية احتياجات المواطن على المستوى المحلي، وتمييزها عن الاحتياجات الوطنية، والعديد من الخدمات التي تهدف إلى

⁽¹⁾ قدي عبد المجيد، النظام الجبائي في الجزائر وتحديات الألفية الثالثة، المنقى الوطني الأول حول الإقتصاد الجزائري في الألفية الثالثة، كمية العموم الاقتصادية وعموم التسيير، جامعة سعد دحلب، البلدة، يومي 20 و 21 ماي، 2002 ص. 02

⁽²⁾ عبد المطلب عبد الحميد، التمويل المحلي والتنمية المحمية، الدار الجامعية، مصر، 2001 ص. 22.

إشباع هذه الحاجات، وكذلك تنفيذ مشاريع تهدف إلى راحة وتنمية المواطنين المحليين وعناصر أخرى مختلفة يمكن أن تبرر فائدة التمويل الذاتي للسلطات المحلية⁽¹⁾،

المطلب الثاني

مساهمة عقود تفويض المرفق العام

في تمويل الميزانية المحلية

يقصد بها مجموعة الموارد الناتجة عن الضرائب والرسوم المحلية الأصلية والمضافة على الضرائب والرسوم الوطنية، إضافة إلى الموارد الخاصة الناتجة عن تشغيل واستثمار المرافق المحلية⁽²⁾ عن طريق آلية التي يمكن الحصول عليها مباشرة عن طريق عقود التفويض⁽³⁾، مثل ما يمكن استخلاصها من الضرائب المفروضة على هذه العقود. نعني بهذه الموارد تلك التي تم إنشاؤها بواسطة السلطات المحلية من خلال تفويض المرافق العامة، أي الدخل المحقق من تنفيذ العقد المتعلق بأحد أشكال تفويض المرفق العام. يمكن أن تأخذ شكل الموارد المباشرة أو غير مباشر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Jacques Blanc, Bruno Remond, *Les collectivités locales*, Dalloz, Paris, 1995, P.23.

بن الحاج حلول ياسين، أهمية تفعيل الإيرادات المحمية الغير جبائية في تمويل التنمية المحمية "حالة الجزائر مجلة البديل الإقتصادي، العدد الثامن، ص142.

⁽²⁾ حسين مصطفى حسين، المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص11.

⁽³⁾ نعني بهذه الموارد تلك التي تم إنشاؤها بواسطة السلطات المحلية من خلال تشغيل الخدمة الخاضعة للتفويض أي هذا الدخل المحقق من تنفيذ العقد المتعلق بأحد أشكال تفويض المرفق العام. يمكن أن تأخذ شكل الموارد المباشرة أو غير مباشر.

⁽⁴⁾ *Des ressources de retour au service public: les outils et les équipements utilisés pour le fonctionnement du service public délégué peuvent être classés en deux catégories, la première regroupe ceux qui sont indispensables à son fonctionnement, et la seconde englobe les autres qui sont facultatifs. Ces équipements, et malgré qu'ils soient acquis par le délégataire, deviennent une propriété de la collectivité délégante à la fin du contrat. Par ce fait, on les considère comme ressources indirectes du service délégué, puis de la collectivité délégante*, Rachid Zomaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, maison d'édition Belkais, Alger, 2012, P.99 et 100

الفرع الأول

الضرائب المباشرة على عقود تفويض المرفق العام

تعتبر هذه الضرائب والرسوم التي يدفعها أي شخص عام أو خاص عند ممارسة نشاط إدارة مرفق عام بموجب عقد تفويض، وهي:

النبذ الأول: الرسم على النشاط المهني:

يستحق هذا الرسم سنويا من الإيرادات الإجمالية المحققة من قبل الخاضعين للضريبة الذين يمارسون نشاطاتهم الدائمة في الجزائر⁽¹⁾، ويحسب هذا الرسم على أساس مبلغ سعر بيع التجزئة لهذه المنتجات، ويدفع مبلغ هذا الرسم إلى الضرائب المختلفة من قبل الخامس والعشرون من الشهر التابع للشهر الذي تمت فيه المنتج .

طبقا للمادة 222 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، يحدد معدل الرسم على النشاط المهني ب 1.5%، غير أن معدل الرسم على النشاط المهني يرفع إلى 3% فيما يخص رقم الأعمال الناتج عن نشاط نقل المحروقات بواسطة الأنابيب.

يتم توزيع ناتج الرسم على النشاط المهني كما يأتي:

- حصة البلدية: 66 %

- حصة الولاية : 29 %

- حصة صندوق الضمان والتضامن للجماعات المحلية 5%(2).

(1) جمال لعامرة، منهجية الميزانية العامة للدولة في الدولة:، دار الفجر للنشر، القاهرة، 2004، ص، 36.

(2) أنظر المادة 59 من القانون 16-21 المتضمن قانون المالية لسنة 2022 المؤرخ في 30-12-2021، ج ر، عدد 100

لسنة 2021.

البند الثاني: الرسم العقاري على الأملاك المبنية :

يتم سنويا فرض الرسم العقاري على الأملاك المبنية التالية :

- المنشآت الموجهة للسكن وإيداع الأموال أو تخزين المواد والمنشآت التجارية الواقعة في محيط المطارات والموانئ ومحطات السكك الحديدية، ومحطات الحافلات وتوابعها مثل الأراضي الغير مزروعة والمستعملة استعمالا تجاريا أو صناعيا من قبل الورشات، وأماكن التخزين والمواضع الأخرى⁽¹⁾.

إن أساس فرض الضريبة ناجم عن محصول قيمة الإيجار⁽²⁾، والضريبة على المتر المربع للملكية المبنية مضروبا في المساحة الخاضعة للضريبة، ويحدد أساس فرض الضريبة⁽³⁾ .يعد تطبيق نسبة اقتطاع سنوي لأخذ القدم بعين الاعتبار كتالي :

✓ 5%، بالنسبة للملكيات غير المبنية المتواجدة في المناطق غير العمرانية،
بالنسبة للأراضى العمرانية، تحدد نسبة الرسم كما لي:

✓ 5% عندما تكون مساحة الأراضي أقل من 500 م² أو تساويها.

✓ 7% عندما تفوق مساحة الأراضي 500 م² وتقل أو تساوي 1.000 م² .

✓ 10% عندما تفوق مساحة الأراضي 1000م²⁽⁴⁾ .

✓ 3 % بالنسبة للأراضى الفلاحية.

⁽¹⁾ انظر المادة 4 من القانون 01-15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 المؤرخ في 23-06-2015، ج ر، عدد 40 لسنة 2015

⁽²⁾ترجع القيمة الإيجارية الجبائية النصوص عليه في المادة 262-و مكرر 1 من قانون الضرائب المباشرة، بمعدلات محددة، حسب المناطق، التي تحدد تصنيف الأراضي فيها حسب المعدلات التي تنطبق عليها، بموجب قرار مشترك للوزيرين المكلفين بالمالية وبالجماعات المحلية، انظر المادة 65 من القانون 16-21 المتضمن قانون المالية لسنة 2022، السابق الذكر .

⁽³⁾ جمال يرقى، أساسيات في المالية العامة وإشكالية العجز في ميزانية البلدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2002، ص، 52.

⁽⁴⁾ انظر المادة 65 من القانون 16-21 المتضمن قانون المالية لسنة 2022، السابق الذكر.

إلا أنه بالنسبة للملكيات غير المبنية المتواجدة في المناطق العمرانية أو الواجب تعميمها والتي لم تنشئ عليها بنايات منذ ثلاث 03 سنوات، ابتداء من تاريخ الحصول على رخصة البناء أو صدور رخصة التجزئة، فإن الحقوق المستحقة بصدد الرسم العقاري ترفع إلى 4 أضعاف⁽¹⁾.

يعنى من هذا الرسم العقارات التابعة للدولة والجماعات المحلية وجميع العقارات التابعة للمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية، والتي تمارس نشاطها في مجال التعليم، البحث العلمي، الصحة، الثقافة والرياضة، كما تعفى الأماكن المخصصة لممارسة الشعائر الدينية والممتلكات وبعض العقارات التابعة للدول الأجنبية، والمخصصة للبعثات الدبلوماسية وأماكن إقامتهم.

يقوم صاحب الامتياز بانجاز البنية التحتية اللازمة لتشغيل المرفق العام، في هذه الحالة، يُطلب من المفوض له الدفع هذه الضريبة التي تذهب في مجملها إلى البلدية التي يتم فيها العمل⁽²⁾.

ثالثا: الضريبة الجزافية الوحيدة:

وفقا أحكام المرسوم التنفيذي المتعلقة بتفويض المرافق العامة، والمرشحون الذين يقدمون عروضهم من أجل التعاقد على إدارة خدمة عامة، يجب أن يكون لديهم سجل تجاري في نفس تخصص الخدمة المعنية⁽³⁾، لذلك يحمل المفوض تلقائياً صفة التاجر، مما يجعله وفقاً للتشريع الضريبي، خاضعا لنظام ضريبي عام، أي أنه ملزم بدفع عدد من الضرائب والرسم، يدفع على هذا النحو، حسب الحالة، الضريبة على أرباح الشركات أو ضريبة الدخل الاجمالي (شخص اعتباري أو شخص طبيعي).

⁽¹⁾ انظر المادة 5 من القانون 15-18 المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر 72 العدد المؤرخة في 30-12-2015.

⁽²⁾ نظر المادة 77 من القانون 17-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، السابق الذكر

⁽³⁾ المادة 30 من المرسوم التنفيذي، 18/199 المرجع السابق.

تم إحداث هذه الضريبة بموجب قانون المالية لسنة 2007⁽¹⁾، تفرض على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين والشركات والتعاونيات التي تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو مهنة غير تجارية، الذين لا يتجاوز رقم أعمالهم السنوي ثمانية ملايين دينار 8000000 دج⁽²⁾، كما يخضع لها أيضا المستثمرون الذين يمارسون أنشطة أو ينجزون مشاريع والمؤهلون للاستفادة من دعم الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب أو الصندوق الوطني لدعم القرض المصغر أو الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة⁽³⁾.

تفرض وتحسب الضريبة الجزافية الوحيدة بمعدلين اثنين هما: معدل 5% وذلك بالنسبة لأنشطة الإنتاج وبيع السلع، ومعدل 12% بالنسبة للأنشطة الأخرى. طبقاً للمادة 282 مكرر 5 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة توزع عوائد الضريبة الجزافية الوحيدة كما يأتي :

- ✓ تحصل ميزانية الدولة على 49% من عائداتها،
- ✓ تحصل غرفة التجارة والصناعة على 0.5% من عائداتها،
- ✓ تحصل الغرفة الوطنية للصناعات التقليدية والحرف على 0.01% من عائداتها،
- ✓ تحصل غرفة الصناعة التقليدية والمهن على 0.24% من عائداتها⁽⁴⁾،
- ✓ تحصل البلديات على 40.25% من عائداتها، الولاية على 05% من عائداتها،
- ✓ يحصل صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية على 05% من عائداتها.

⁽¹⁾ تؤسس ضريبة جزافية وحيدة تحل محل النظام الجزافي للضريبة على الدخل وتعوض الضريبة على الدخل الإجمالي والرسم على القيمة المضافة والرسم على النشاط المهني انظر المادة الثانية من القانون 07-24 المتضمن قانون المالية لسنة 2007 المؤرخ في 26-12-2006، ج ر، عدد 85 لسنة 2006.

⁽²⁾ انظر المادة 73 من القانون 16-21، المتضمن قانون المالية لسنة 2022، المرجع السابق.

⁽³⁾ انظر المادة 13 من القانون رقم 10/14 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر العدد 78 المؤرخة في 30/12/2014.

⁽⁴⁾ انظر المادة 12 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22/07/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 26/07/2009، المعدلة بالمادة 13 من القانون 14-10، السابق الذكر.

البند الرابع: رسم التطهير:

تستفيد الجماعة المحلية بنسبة 100% من رسوم التطهير وخصوصا البلديات، وقد أسس هذا المادة 67 من القانون 21-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2022 الرسم بموجب القانون رقم 80-12 الصادر في 31 ديسمبر 1980 والمتضمن قانون المالية لسنة 1981⁽¹⁾، وذلك مكان الرسوم الفرعية القديمة الرسم الخاص بالصب في المجاري المائية ورفع القمامات المنزلية، ورسم تصريف المياه في المجاري المائية، لكن قانون المالية رقم 93-18 لسنة 1994 ألغى في مادتيه 25-26 رسم تصريف المياه بالجاري المائية⁽²⁾، وأصبح يفرض على الملكيات المبنية والمجهزة بشبكة قنوات صرف المياه وعوضت برسم رفع القمامات المنزلية حيث تم تكليف قابض الضرائب المختص إقليمياً، بعملية التحصيل ابتداءً من سنة 2022⁽³⁾.

يؤسس هذا الرسم لصالح البلديات التي تشغل فيها مصالح رفع القمامات المنزلية داخل كامل إقليم البلدية، ومنه فهذا الرسم ملحقاً بالرسم العقاري، ويرتبط أساساً بالاستفادة من خدمة رفع القمامات المنزلية يومياً، وتعرض البناء للهدم لا يعفي صاحبه من دفع مستحقات هذا الرسم⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادة 54 القانون رقم 80-12 والمتضمن قانون المالية لسنة 1981، ج ر عدد الصادر في 31 ديسمبر 1980،
⁽²⁾ القانون 93-18 المؤرخ في 30/12/1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994 الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 31/12/1993.

⁽³⁾ أنظر المادة 67 من القانون 21-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2022، المرجع السابق.

⁽⁴⁾ نص المادة 263 مكرر 2 من قانون المالية لسنة 1997 معدلة بالمادة 67 من القانون 21-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2022 يحدد مبلغ الرسم المتعلق برفع القمامات المنزلية كما يلي:

2.000 دج على كل محل ذي استعمال سكني؛

10.000 دج على كل محل ذي استعمال مهني أو تجاري أو حرفي أو ما شابه.

18.000 دج على كل أرض مهينة للتخميم والمقطورات؛-

80.000 دج على كل محل ذي استعمال صناعي أو تجاري أو حرفي أو ما شابه نتيجة كميات من النفايات تفوق نفايات

الأصناف المذكورة أعلاه

تجمع نيابة عن البلدية يتم دفعها من قبل المفوض له إذا كان تستغل المباني تجارية أو سكنية، ويتحمل الرسم المستأجر⁽¹⁾.

البند الخامس: الرسم على الإقامة:

تم إنشاء هذا الرسم لفائدة البلديات في قانون المالية 2022 ويخص البلديات ويخضع للرسم على الإقامة، الأشخاص المقيّمون في البلدية، وليس لديهم بها سكن خاص، يخضعون بموجبه للرسم العقاري⁽²⁾

يفرض هذا الرسم على الأشخاص غير المقيمين في البلديات المصنفة وتحدد تعريفه هذا الرسم بالأشخاص وأيام الإقامة، وهي تتراوح بين 100 - 600 دج بالنسبة للأشخاص واليوم الواحد، تحدد تعريفه الإقامة حسب المؤسسات مصنفة⁽³⁾، يتم تسديد الرسم المحصل على الإقامة شهرياً من طرف المؤسسات الفندقية لدى قابضات الضرائب التابعة لها، ويدفعها المفوض له في حال ملكية المرفق ويستخدم ممتلكات غير منقولة، ويخصص 100 % للبلدية حيث يقع العقار.

⁽¹⁾ المادة 263 مكرر من قانون الضرائب المباشرة معدلة بالمادة 67 من القانون 21-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2022.

⁽²⁾ يؤسس الرسم بعنوان إقامة أشخاص بالمؤسسات الفندقية التالية :- الفنادق - المركبات السياحية أو القرى السياحية؛ - الشقق أو الإقامات الفندقية؛ - الموتيلات أو مرابط المسافرين؛ - المخيمات السياحية؛ - المؤسسات الفندقية والإقامات الأخرى الغير المذكورة أعلاه، أنظر المادة 266 مكرر 2 من قانون الضرائب المباشرة، محدثة بموجب المادة 69 من القانون 21-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2022.

⁽³⁾ أنظر المادة 266 مكرر 2 محدثة بموجب المادة 69 من القانون 21-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2022.

الفرع الثاني

الضرائب الغير المباشرة على عقود تفويض المرفق العام:

تعتبر هذه الضرائب والرسوم المحققة من ممارسة نشاط إدارة مرفق عام بموجب عقد تفويض، وهي:

البند الأول: ضريبة القيمة المضافة:

يعتبر الرسم على القيمة المضافة من أهم الأدوات الضريبية لعصرنة الاقتصاد، ويطبق على جميع عمليات البيع والأعمال العقارية والخدمات من غير تلك الخاضعة للرسوم الخاصة، التي تكتس طابعا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا، وتم انجازها في الجزائر بصفة اعتيادية أو عرضية⁽¹⁾، كما يطبق على عمليات الإيجار وأداء الخدمات وأشغال الخدمات والبحث وجميع العمليات من غير المبيعات والأشغال العقارية⁽²⁾.

تم تعديل معدلات الرسم على القيمة المضافة⁽³⁾، وأصبح المعدل العادي 19%، والمعدل المنخفض 09%، ويمثل رسم القيمة المضافة ما نسبته 85% من الموارد في ميزانية الدولة، وباقي نسبة 15% للصندوق المشترك للجماعات المحلية⁽⁴⁾، عندما يتعلق الأمر بعمليات المنجزة عن الاستيراد، إما بالنسبة للعمليات المحققة في الداخل يوزع ما نسبته 75 %

(1) المادة الأولى من الأمر 76-102 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 متضمن قانون الرسوم على رقم الأعمال المعدل والمتمم بموجب قانون المالية 90-36 مؤرخ في 31 ديسمبر 1990 المتضمن قانون المالية لسنة 1991.

(2) أنظر المادة 70 من القانون 95-27 المتضمن قانون المالية لسنة 1996 المؤرخ في 30-12-1995، ج ر، عدد 82 لسنة 1995.

(3) أنظر المادة 27، 26 من القانون 16-14 المتضمن قانون المالية لسنة 2017 المؤرخ في 28-12-2016، ج ر، عدد 77 لسنة 2016.

(4) نظراً لعجز الصندوق المشترك للجماعات المحلية في إنعاش والنهوض بالتنمية المحلية على المستوى المحلي تم إصلاحه كلياً من مختلف الجوانب التنظيمية والهيكلية ومن حيث مهامه واختصاصاته من خلال المرسوم التنفيذي رقم 14-116 المؤرخ في 24 مارس 2014 المتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية. انظر يامة إبراهيم، مدى مساهمة صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في إنعاش التنمية المحلية "دراسة نظرية تقييمية"، مجلة ميلاف للدراسات والبحوث، العدد الخامس، جوان 2017، ص 603-627 محدثة بموجب المادة 69 من القانون 21-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2022.

من للموارد لميزانية الدولة، و15% لفائدة صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، و10% لفائدة البلديات⁽¹⁾.

البند الثاني: الضريبة الصحية على اللحوم:

الرسم على الذبح عبارة عن حق غير مباشر يتم تحصيله في مجمله لصالح البلدية، أما العامل المؤدي إلى هذا الرسم ويحدد على وزن اللحم الصافي، بتعريف الرسم ب10 دج للكيلوغرام الواحد⁽²⁾، فهو مشكل، إما من ذبح الحيوانات بغرض استهلاك لحومها، وإما باستيراد اللحوم المصبرة.

يتم تحصيل الرسم على الذبح عن كل كيلوغرام من الوزن الصافي للحم الحيوانات المذبوحة. وتحدد التسعيرة عن كل كيلوغرام من طرف القانون الساري المفعول، وتختلف التسعيرة حسب كون اللحم ناتجا محليا عن الذبح أو مستوردة. المذبح ما بين البلدي : الذبح المحلي.

عندما يتعلق الأمر بالمذبح ما بين البلدي، فإن محصول الرسم على الذبح يأخذ في شكل إيراد لحساب خارج الميزانية البلدية على مستوى الإقليم الذي يوجد فيه هذا المذبح لتوزيعه بعد ذلك شهريا بين البلديات المعنية حسب الاتفاقيات المبرمة بينها . فإذا لم تكن هناك أي اتفاقية واضحة، فإن 1/2 المحصول يعود إلى البلدية التي تملك المذبح، والنصف الآخر توزع بين البلديات التي تتلقى الخدمة حسب نسبة سكان كل منها. وعندما يتعلق الأمر باللحم المستورد، فإن الرسم يتحصل عليه عند الاستيراد، من طرف إدارة الجمارك في مؤسسات التبريد أو التخزين، ويتم تحصيل منتج الرسم على الذبح لصالح الصندوق المشترك للجماعات المحلية وحده⁽³⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادة 98 من القانون 16-21 المتضمن قانون المالية لسنة 2022 المؤرخ في 30-12-2021، ج ر، عدد 100 لسنة 2021.

⁽²⁾ 21 من القانون 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المؤرخ في 26-06-2009، ج ر،

2009 42

⁽³⁾ 467 104-76 9 ديسمبر سنة 1976 ن الضرائب الغير مباشرة

إذا كان نشاط المرفق العام المفوض تتكون من تشغيل مسلخ، يدفع المفوض له هذه الضريبة التي يجب أن تعود إلى حساب البلدية التي يزاول فيها النشاط، ما يصل إلى 85 ٪ من المبلغ الإجمالي المدفوع.

البند الثالث: الضريبة على الإعلانات واللوحات المهنية:

ورد هذا الرسم في قانون المالية لسنة 2000⁽¹⁾، وقد أنشأ موارد مالية لصالح البلديات ويفرض هذا الرسم على ما يلي:

- ✓ لإعلانات على الأوراق العادية أو المطبوعات المخططة باليد.
- ✓ الإعلانات التي تعرضت للتجهيز قصد إطالة بقائها.
- ✓ الإعلانات المدهونة والمعلقة في الأماكن العمومية .
- ✓ الإعلانات المضيئة الموضوعة فوق هيكل مبنى أو ركيزة.
- ✓ الصفائح المهنية المخصصة للتعريف بنشاط ومكان ممارسة العمل.
- ✓ وتستثنى من هذا الرسم على جميع الإعلانات والصفائح المتعلقة بالدولة والجماعات الإقليمية والحاملة للطابع الإنساني، تغذي هذه الضريبة ميزانيتها حصرياً، أما إذا كان المفوض له يعلق لوحات إعلانية على مستوى بلدية معينة، يدفع لها هذه الضريبة يحدد مبلغ الرسم حسب عدد الإعلانات المعروضة وحسب حجم هذه الأخيرة⁽²⁾.

البند الرابع: الضريبة على رخص العقارات

أنشئ هذا الرسم لفائدة البلديات وهو رسم خاص على العقارات، ويفرض على الرخص والشهادات مثل رخصة البناء، ورخص تقسيم الأراضي، ورخصة الهدم، وشهادات المطابقة

(1) 56 57 11-99 ن المالية لسنة 2000 1999-12-23 92 .1999

(2) أنظر المادة 78 من القانون 11-17 المتضمن قانون المالية لسنة 2018 المؤرخ في 28-12-2017، ج ر، عدد 76 لسنة 2018

والتجزئة والعمران⁽¹⁾، ويتراوح مبلغ هذه الرسوم 1.875 دج و32.500 دج بالنسبة لرخص البناء ذات الطابع السكني، وما بين 100000 دج و300000 دج بالنسبة للبناءات ذات الطابع التجاري والصناعي⁽²⁾ يتم دفع مبالغ هذا الرسم لكل صنف من الوثائق الميينة من قبل المفوض له إذا كانت المرفق العام حاصل على ممتلكات تجارية أو صناعية غير منقولة، حسب المساحة المبنية أو القيمة التجارية للبناءة أو حسب عدد الأجزاء⁽³⁾.

البند الخامس: الضريبة على الزيوت والدهون

يؤسس رسم على الزيوت والشحوم وتحضير الشحوم يحدد بـ 18.750 دج عن كل طن مستورد أو مصنع داخل التراب الوطني، والتي تتجم عن استعمالها زيوت مستعملة، يمكن للمرفق العام المفوض ممارستها نشاط الإنتاج المتعلق بهذه المواد، وفي هذه الحالة يدفع هذه الضريبة للخرينة الذي يغذي ميزانية البلدية حيث يتم تنفيذ النشاط حتى مبلغ 34% من إجمالي المبلغ المدفوع⁽⁴⁾.

البند السادس: الضريبة الإضافية على تلوث الهواء الصناعي:

يدفع المفوض له في حالة إطلاق المرفق العام للهواء الملوث، 17 % 77 من هذه الضريبة تغذي ميزانية البلدية التي يتم فيها النشاط⁽⁵⁾.

(1) أنظر المادة 55 من القانون 99-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2000، معدلة بموجب المادة 77 ق م لسنة 2018.

(2) أنظر المادة 77 من القانون 17-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، السابق الذكر.

(3) انظر نفس المادة.

(4) تم توزيع حصيلة الرسم بـ 34% لفائدة البلديات بالنسبة للزيوت والشحوم وتحضير الشحوم المصنوعة داخل التراب الوطني، ولفائدة صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية بالنسبة للزيوت والشحوم وتحضير الشحوم المستوردة، 34- % لفائدة الصندوق الوطني للبيئة والساحل، -32 % لفائدة ميزانية الدولة، أنظر المادة 66 من القانون 17-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2018 المؤرخ في 28-12-2017، ج ر، عدد 76 لسنة 2018، تعدل وتتم أحكام المادة 61 من القانون رقم 05-16 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2005 والمتضمن قانون المالية لسنة 2006.

(5) يحدد هذا الرسم بالرجوع إلى المبلغ الأساسي السنوي المحدد بموجب أحكام المادة 117 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 1991 والمتضمن قانون المالية لسنة 1992، المعدل والمتمم، ومن المعامل المضاعف الذي يتراوح بين 1 و5، حسب معدل تجاوز القيم المحددة، أنظر المادة 64 من القانون 17-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2018.

البند السابع: الرسم التحفيزي لعدم تخزين المخلفات الصناعية:

إذا كان المرفق العام المفوض يقوم بنشاط صناعي باستخدام مواد أولية خطيرة، فيطلب التخلص من النفايات الناتجة عن ذلك، عند الاقتضاء، يدفع المفوض له ضريبة لصالح البلدية تصل إلى 16 % من إجمالي المبلغ المحصل⁽¹⁾.

البند الثامن: الضريبة التكميلية على مياه الصرف الصناعي:

تستفيد البلدية من 34 % من هذه الضريبة يتم دفعها من قبل المفوض له في حالة قيام المرفق العام المفوض بإطلاق مياه ملوثة في الخارج⁽²⁾.

على الرغم من أن عقود تفويض المرفق العام تولد كل هذه الأنواع من الضرائب والرسوم، فإن إدارة الضرائب، وفي مناسبة نشاط مرفق عام معين، يمكنها فقط تحصيل واحد أو اثنين كحد أقصى من هذه الموارد المالية، وهو ما لا يكفي لتغطية جميع تكاليف المعدات، من ناحية أخرى، حتى لو كان المفوض له ملزماً بدفع كل هذه الضرائب، فلن تكون كافية، لأن الجماعات المحلية تستفيد فقط من نسبة تبقى بشكل عام غير كافية. نلاحظ أيضاً أن توزيع هذه الضرائب والرسوم يتم على أساس إقليمية، وهذه الطريقة تسمح فقط للجماعات المحلية التي يتم إسترداد الضريبة على أراضيها أو يقع العقار أو "النشاط" للاستفادة منه.

(1) أنظر المادة 66 من القانون 17-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، تعدل وتتم أحكام المادة 203 من القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2001 والمتضمن قانون المالية لسنة 2002.

(2) يؤسس رسم تكميلي على المياه المستعملة ذات المرجع الصناعي، المؤسسة وفقاً لحجم المياه المطروحة وعبء التلوث الناجم عن النشاط، أنظر المادة 66 من نفس القانون .

الفصل الأول

آليات إبرام عقد تفويض المرفق العام

المحلي بين الحضرية والتقليدية

إن من أهم وظائف الإدارة وظيفتي الضبط الإداري والمرفق العمومي، وتملك الإدارة في المقابل أجهزة ووسائل قانونية لتحقيق هذه الوظائف وهو ما يعرف بالأعمال الإدارية، ويهدف النشاط الذي تقوم به الإدارة إلى تحقيق الصالح العام والمنفعة العامة، لكي لا تحيد عن الهدف الذي تصبو إليه، يجب أن لا تخرج عن الإطار الذي حدده لها المشرع، وهو ما يعرف بمبدأ المشروعية⁽¹⁾، فهو السبيل الذي تسير عليه الإدارة عند ممارستها لأنشطتها المختلفة، وهو مبدأ مكفول دستوريا، وأي خروج عن قواعد المشروعية يعرض الإدارة للمساءلة من قبل وسائل الرقابة المختلفة (إدارية، قضائية، سياسية).

إن إتساع دور الإدارة في الدولة الحديثة يستدعي منح الإدارة قدرا من الحرية لمواكبة مختلف المستجدات، ولأن نشاط الإدارة يجب أن يتسم بنوع من المرونة فال بد لها من هامش تتحرك في إطاره وهو ما يعرف بالسلطة التقديرية وتعني أعمال الإدارة لحريتها في طريقة ممارسة نشاطاتها عند ما لا تكون هذه الطريقة قد حددت مسبقا من طرف القانون، بينما تكون سلطتها مقيدة عند ما تفقد هذه الحرية، إلا أنه لا يمكن أن يكون اختصاص السلطة الإدارية في مسألة معينة سوا كان مقيدا أو تقديريا بشكل مطلق⁽²⁾، فإذا أردنا معرفة

⁽¹⁾ في نظرنا يعد هذا المبدأ ضمانا للدولة لكونها تمارس وظائفها وأنشطتها في إطار وحدود لا يجب أن تخرج عنها وإلا اعتبرت متعسفة وهذا ما يهدر حقوق وحرية الأفراد، وفي المقابل هو ضمانة لهم في مواجهة الإدارة التي يجب أن تحقق الصالح العام وتضمن استمرار مختلف المرافق العامة، لكن إذا كان الأصل أن تكون أعمال الإدارة متوافقة مع قواعد المشروعية الخاضعة لها، وألن نشاط الإدارة يتسم بصفتي التغير والتطور، فإن التطبيق الجامد لمبدأ المشروعية يتنافى مع روح التطور والابتكار الذي يجب على الإدارة أن تراعيه عند ممارسة وظائفها.

⁽²⁾ عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، ط1، المركز القومي للإصدارات

القانونية، القاهرة، 2014، ص14.

ما إذا كانت الجماعات المحلية تتمتع بسلطة تقديرية⁽¹⁾ أو أنها مقيدة⁽²⁾ إزاء تصرف ما من تصرفاتها كتفويض المرفق العام، وجب الرجوع إلى النظام القانوني الخاص بهذا التصرف، فإذا تولى تنظيم جوانبه فإننا نكون بصدد سلطة مقيدة (المبحث الأول)، أما إذا تخلى عن تنظيم جانب أو عدة جوانب وبعبارة أخرى فهنا نكون أمام سلطة تقديرية، تثبت للإدارة عندما لا يكون منصوص عليه مقدما في القانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول

السلطة المقيدة للجماعات المحلية خلال مرحلة الإبرام

أفرزت النظرة الحديثة في تأطير عقود تفويض المرفق العام مجموعة من المبادئ والأحكام التي يتعين مراعاتها عند اختيار المفوض له، وذلك لضمان حسن الاختيار والتنفيذ بأكمل صورة ممكنة، وسنتناول في المطلب الأول مبادئ إبرام عقود التفويض التي تلزم السلطة المفوضة بإتباعها قبل إبرامها⁽³⁾، وكيف قيد المشرع حرية الإدارة في اختيار

⁽¹⁾ يمارسها القاضي الإداري عندما يجد نفسه أمام سلطة تقديرية للإدارة الرقابة الدنيا (minimum contrôle) وتسمى

أيضاً بالرقابة الضيقة (restreint contrôle)، كما وتسمى بالرقابة المخففة (contrôle réduit)

Charles DEBBASCHet Jean Claude RICCI, Contentieux administratif, 7 édition, DALLOZ, Paris, 1999, P.694.

⁽²⁾ يمارس القاضي الإداري رقابة عادية عندما يكون القرار محل الرقابة متخذاً حسب الاختصاص المقيد للإدارة، من أجل الوصول إلى تكييف وتحليل دقيق للرقابة العادية ينظر في هذا المعنى: المستشار محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكوم، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، يوليو-سبتمبر 1984، 139.

⁽³⁾ إن أهم التعديلات التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، تنصب على تقييد حرية الإدارة في اختيار المفوض له، وذلك ضمن مجموعة من المبادئ أهمها مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية أو ما يعرف بمبدأ المنافسة ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ الشفافية، هذه المبادئ كرسّت بموجب أحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 وهي شبيهة إلى حد ما بالمبادئ المخصصة لإبرام عقود الصفقات العمومية، لأكثر تفصيل تنظر حسان حضري، فائزة جروني، ضوابط وإجراءات منح تفويض مرافق الجماعات الإقليمية في التشريع الجزائري دراسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18/199، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17، العدد 01، 2020، ص 164.

المتعاقد وفقا للمبادئ العامة، على أن نبين القيود التي ترد على السلطة المفوضة في إبرام عقود التفويض **المطلب الثاني**.

المطلب الأول

مبادئ تفويض المرافق العامة

إن العقود المبرمة بين الأشخاص تتميز بالبساطة والسهولة سواء في إجراءاتها أو الشروط والأحكام التي تحكمها -العقد شريعة المتعاقدين-، على عكس العقود التي تبرمها الإدارة وخاصة لما تتصرف بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، إذ في هذه الحالة تتمتع بصلاحيات غير مألوفة في القانون الخاص وبين العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص فيما بينهم، وتتبع إجراءات ومراحل ألزم المشرع إتباعها، كما ألزم أيضا من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جملة من المبادئ⁽¹⁾، ليحذا حذو التشريعات المقارنة، ففي مصر مثلا نصت المادة الثانية من الباب الأول في شراء المنقولات والتعاقد على المقولات و تلقي الخدمات من قانون 89 لسنة 1998 المتعلق بالمناقصات والمزايدات على ذلك من خلال نصها التالي: "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافئ الفرص والمساواة وحرية المنافسة،" و بالإضافة إلى التشريعات التي نصت على هذه المبادئ، فقد كرسها القضاء من خلال أحكامه القضائية، نذكر على سبيل المثال ما جاء في حكم صادر عن محكمة

⁽¹⁾حيث نصت المادة 5 من المرسوم على: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام هذا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر، 2015 الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 55، لسنة، 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

القضاء الإداري في مصر بتاريخ 21 أبريل 1957 إذ نص على ما يلي: "من بين المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بإجراء سواء أكان عاما أم خاص (1).

شدد المشرع خلال إبرام عقود تفويض المرفق العام بالزام السلطة المفوضة بالمبادئ المذكورة بالمادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 فهذه الأخيرة ملزمة بالعلنية والشفافية والمساواة والمنافسة وهي آلية إختيار المفوض إليه في جو تنافسي، ضمانا لمبدأ المنافسة الحرة و الشفافية (الفرع الأول)، والمعاملة المتماثلة للمتشحين دون إنشاء وضعية احتكارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إشهار مسبق و إجراء منافسة

تقوم عقود تفويض تسيير مرفق عام على فكرة أساسية هي حرية المفوض في اختيار المفوض إليه و ذلك على أساس الاعتبار الشخصي لكن بشرط احترام اجراء العلنية و المنافسة لضمان وضوح و شفافية الإجراءات⁽²⁾، لذلك فمن بين الالتزامات التي تقع على المفوض هو الإشهار المسبق و احترام قواعد المنافسة الحرة في اختيارها للمفوض إليه، حيث يجب على الهيئة المفوضة أن تبين رغبتها في إبرام عقد تفويض تسيير المرافق العامة، عن طريق نشر إعلان عن ذلك و تكون مدته شهر واحد على الأقل فكل من يرغب

(1) خضري حمزة، مرجع سابق، ص126.

(2) محمد محمد عبد الطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 116-118.

بالتقدم بترشيحه فهو حر في ذلك فلا يمكن للهيئة المفوضة أن تمنع أيا كان للترشح لإبرام العقد كما أنه يجب للإعلان أن يتضمن مدة عقد تفويض تحت طائلة البطلان⁽¹⁾، لقد استوجب المشرع الجزائري في تفويض المرفق العام عرض الأمر على المنافسة و تبيان في الإعلان محتوى الخدمات و شروط تنفيذها و مسؤولية المفوض إليه و كفيات دفع أجره و كذلك تسعيرة الخدمة و معايير تقييم نوعية الخدمة و يمنح الامتياز للمتعاملين الاقتصاديين الذين يمتلكون مؤهلات مهنية و يقدمون ضمانات مالية كافية، ويضيف المشرع الجزائري أن هذا النوع من العقود تبرم بالإحالة إلى دفتر الشروط و إجراء الإعلان و المنافسة بين المترشحين و انتهاء المدة التي يتضمنها الإعلان، يتم غلق الترشيحات و دراستها و اختيار المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم و ذلك بناء على الاعتبار الشخصي أي الشخص الذي تتوفر فيه القدرة و الاستعداد على تسيير المرفق العام و احترام مبدأ استمرارية المرفق العام و كذا مبدأ مساواة المنتفعين أمام خدمات المرفق العام و كذا الشخص الذي تثق فيه الهيئة المفوضة⁽²⁾، و تجدر الإشارة أنه يخرج عن المشروعية كل عقد تفويض تسيير المرافق العامة المبرم بدون إجراء الإعلان المسبق و كذا احترام قواعد المنافسة⁽³⁾.

البند الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

سنتناول في هذا البند مفهوم المبدأ ثم التكييف القانوني للإعلان و الأثر المترتب على مخالفة إجراءات الإعلان.

أولاً: مفهوم مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

⁽¹⁾CARLES Joseph, Le choix du mode de gestion des services publics locaux : le pouvoir stratégique des collectivités locales, le courrier des maires et des élus locaux, groupe moniteur, www.secteurpublic.asso.fr ,P 57.

⁽²⁾Lemaître Arnaud, Procédure de délégation de service public dans le secteur de l'eau : quelle efficacité ?, Journées de l'École Doctorale, Ecole Doctorale Eco Gestion Normandie ED 242, Jeudi 10 Novembre 2004 – CAEN, www.univ-rouen.fr ,P4.

⁽³⁾ Arrêt du Conseil d'Etat n°306153 du 23 mai 2008 - Musée Rodin, www.colloc.bercy.gouv.fr

حتى نتمكن من تحديد مفهوم حرية الوصول للطلبات العمومية يجب تناول عنصرين تعريف هذا المبدأ (الأول) ومضمونه (ثاني).

أ-: تعريف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

تعتبر حرية الوصول للطلبات العمومية - مبدأ العلنية - سواء في إبرام الصفقات العمومية أو في تفويضات المرفق العام القاعدة الجوهرية في هذا المجال⁽¹⁾، وتتمثل في ضرورة الإعلان عن المناقصات والمزايدات حتى يكون جميع المتخصصين في نوع النشاط المطلوب على بينة منها إن شاءوا تقدموا لها⁽²⁾، فاعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين في التعاقد، إذ يستوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات التي تبيّن للأفراد البنود والإجراءات الواجب إتباعها في تنفيذ العقد، ومبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية لم يوضع لمصلحة الإدارة فقط وإنما أيضا لمصلحة الراغبين في التعاقد معها، حيث أن العلنية تحقق مصلحة الإدارة عن طريق حصولها على عدد متزايد من المتنافسين وبالتالي يمكن لها انتقاء أفضل المتعاقدين سواء من الناحية المالية أو الفنية.

ب: مضمون المبدأ

يتضمن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية الإعلان عن جميع المعلومات الأساسية التي تمكن الراغبين من الاشتراك في المناقصة مع التعرف على موضوع المناقصة، وطريقة إجرائها والمكان الذي يستطيعون الإطلاع فيه على دفتر الشروط الخاص بها، ومكان إجرائها وتاريخه باليوم والساعة والمهلة الزمنية المعطاة لتقديم العروض.

(1) عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،، 2013ص13.

(2) محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول (إبرام العقد الإداري)، د.ط، دار أبو

المجد للطباعة بالهرم،، 2003ص 197.

هناك من يرى أن هذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه وإنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة أولية عن الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد ومكان تسليم العروض، بحيث يمثل هذا الحد الأدنى للبيانات الجوهرية الواجب وصولها إلى علم المتنافسين المحتملين والتي نص المشرع على وجوب أن يتضمنها الإعلان، مع ترك السلطة التقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء إليها.

يعتبر الإعلان أو الإشهار شرطا ضروريا حتى يكون هناك قدر كافٍ ومساحة فعلية وحقيقية للمنافسة، وهذا الأمر لا بد منه لبيان نية الإدارة وحاجتها من جهة، ومن جهة أخرى أن الراغبين بالتعاقد معها قد لا يعلمون بتلك الحاجة⁽¹⁾.

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 199/18 والذي نجده قد كرس هذه الآلية في المادة 25 منه والتي نصت على أنه "يجب أن يتم النشر طلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب إشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة والأجنبية".

والملاحظ أن المرسوم التنفيذي لم يحدد وسيلة النشر، وإنما ترك ذلك الأمر للسلطة المفوضة في اختيار ما تراه مناسبا ويحقق الغرض، ألا وهو إعلام الراغبين في تقديم طلبات المنافسة، فالتنظيم الجزائري أكد على إجبارية الإشهار بشكل واضح ضمنا لمبدأ الشفافية والمساواة في تقديم الطلبات على المنافسة وإتاحة الفرصة أمام الجميع. يتضح أن القاعدة العامة في إجراءات إبرام العقود الإدارية ينبغي لها أن تكون قاعدة مرتكزة على مبادئ تحقيق هدفين أساسيين، الأول وهو الحصول على خدمات متميزة،

⁽¹⁾نادية تياب، تكريس مبدأ المنافسة آلية للوقاية من الفساد (المغرب، الجزائر نموذجا)، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، العدد الثاني، مارس، 2016 ص53.

والثاني ترشيد النفقات والاستعمال الأمثل للمال العام، وهذه المبادئ لا يمكن تجسيدها على أرض الواقع دون قيام السلطة المفوضة بإجراء الإشهار⁽¹⁾.

كما أضافت المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 أنه "بغض النظر عن أحكام المادة 25 أعلاه يمكن إعفاء بعض المرافق العمومية؛ نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطها من إجبارية الإشهار في الجرائد، شريطة ضمان إشهار واسع وبكل وسيلة أخرى"، وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة قولها "يتعين على السلطة المفوضة أن تعلق لجوءها لهذا الإجراء." يتضمن الإعلان عن طلب المنافسة جملة من البيانات لا بد من ذكرها ولقد وردت على سبيل الحصر⁽²⁾، كما يجب أن يشير الإعلان إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة، والعلّة من ذلك هو فسح المجال ومنح المترشحين كل المعلومات الضرورية والإيضاحية، لكي يتسنى لهم الإطلاع الكامل على جميع مستلزمات طلب الترشح من وثائق إدارية وإضفاء الشفافية والمساواة في تقديم الطلبات.

ثانيا : التكييف القانوني للإعلان والأثر مخالفته

أ-: التكييف القانوني للإعلان

إختلف الفقه في التكييف القانوني حيث يرى جانب من الفقه ان الإعلان هو مجرد دعوة إلى التعاقد ومن ثم انه لا يمثل إيجابا تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها، وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأن الإعلان ليس إيجابا وفي الوقت ذاته ليس دعوة للتعاقد، إنما هو التزام

⁽¹⁾ عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشف الجزائر، العدد، 18 جوان، 2017 ص 226.

⁽²⁾ أوجبت المادة 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 يتضمن إعلان طلب على المنافسة البيانات التالية: "تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها وصيغة الطلب على المنافسة، موضوع وشكل تفويض المرفق العام، والمدة القصوى للتفويض، آخر أجل لتقديم ملف الترشيح، مكان إيداع ملف الترشيح، مكان سحب دفتر الشروط".

على جهة الإدارة مصدره القانون، وتقديم العطاء من قبل المورد أو المقاول وهو الآخر مصدره القانون.

كما يذهب جانب فقهي إلى أنه وإن كان الإعلان التزاما مصدره القانون إلا أن التقدم بالعطاء ليس مصدره القانون، وإنما يعد إيجابا من قبل المورد أو المقاول بإرادتها لمنفردة يلتزم بموجبه بالبقاء عليه حتى تصدر جهة الإدارة قرارها النهائي باعتماد قرار الإرساء حيث ينعقد العقد.

نرى بأن الإعلان هو دعوة للتعاقد من الإدارة تهدف من خلاله الحصول على أكبر قدر ممكن من المتعاقدين (المتنافسين)، على أن يختار أحدهم بحيث يكون هذا الاختيار مقيدا وفق معايير حددها القانون ودفتر الشروط .

ب-: الأثر المترتب على مخالفة إجراءات الإعلان

إن الإعلان المسبق هو مبدأ جوهري يؤدي إغفاله أو المس بقواعده الأساسية إلى مباشرة دعوى إلغاء معيبة بجوهرها⁽¹⁾، ويستتبع ذلك أن أي تعديل يطرأ على دفتر الشروط بعد نشرا لإعلان عنه، يخضع لشروط الإعلان ذاتها التي خضع لها دفتر الشروط الخاص الأساسي.

غير أنه ينبغي تمييز بين الشكليات الجوهرية، والشكليات الثانوية في إطار ما توصل إليه الاجتهاد في هذا الخصوص، فإن كان المس بمبدأ الإعلان المسبق أو بمدته يشكل عيبا يترتب عليه الإلغاء، فإن وقوع أخطاء طفيفة في الإعلان كالأخطاء في بعض الأرقام، مما يسهل على العارضين اكتشافها، لا يشكل عيبا جوهريا⁽²⁾.

البند الثاني: مبدأ الشفافية وسرية العطاءات

نتناول في هذا المحور مبدأ الشفافية ثم مبدأ سرية العطاءات

⁽¹⁾ انظر هذه الرسالة الفرع الثاني من المطلب الثاني للمبحث الثاني من الفصل الثاني الباب الثاني المعنون ب حل منازعات عقد التفويض أمام القضاء.

⁽²⁾ عبد اللطيف قطيش، العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، مرجع سابق، ص 26.

أولاً: مبدأ شفافية الإجراءات

مبدأ شفافية الإجراءات يعني وضوح الإجراءات، والإعلام المسبق للمتنافسين بمعايير الاختيار، وضرورة الإعلان عنها بالطرق المحددة، وتمكين المرشحين من إيصال عروضهم، وحضور جلسات فتح العروض، والإطلاع على نتائج التقييم والاختيار، وفتح مجال الطعن في القرارات المتخذة والأعمال المتعلقة بإجراءات الطلبية العمومية⁽¹⁾.

تعتبر شفافية الإجراءات في اختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية أمراً جوهرياً لأنه يسمح بممارسة الرقابة سواء الإدارية منها أو المالية بفعالية وعلى مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية والواقع أنه لا يمكن تسليط الجزاءات المختلفة على الإخلال بالتنظيم الخاص بالصفقات العمومية إلا إذا كان إبرام الصفقة ظاهرياً ومرئياً، ولا يتأتى ذلك إلا بوجود وتبني إجراءات خاصة باختيار المتعامل المتعاقد⁽²⁾.

كما أن هذا المبدأ يعني أن إجراءات إبرام الصفقات العمومية يجب أن تتم في شفافية، في مختلف مراحل إبرامها بأن تمنع أي نوع من التجاوزات وتفسح المجال للمنافسة الشرعية⁽³⁾ بين مختلف المترشحين⁽¹⁾.

⁽¹⁾ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، د.ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة الجزائر، 2011ص.493

⁽²⁾ مراد بلكعبيات، "مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري" مداخلة مقدمة ضمن فعاليات المنتدى الوطني السادس الذي نظّمته كلية الحقوق جامعة د.يحي فارس بالمدينة، الموسوم بعنوان: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013. ص 4.

⁽³⁾ وقد أورد قانون المنافسة أمثلة عن الأعمال الغير نزيهة في هذا المجال ومنها:
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها.
إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء بطبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة³.

و مبدأ الشفافية في الإجراءات يعني:

- إجراءات واضحة ومفصلة.

ثانيا: سرية العطاءات

يشترط في العطاءات تطبيق مبدأ السرية الذي يتحقق عن طريق تقديم المتنافسين لعطاءاتهم في مظاريف مغلقة، بحيث يظل محتواها مجهولا للإدارة ولبقية المتنافسين حتى ميعاد فتح المظاريف، بواسطة لجنة الفتح المختصة على النحو الذي نص عليه القانون⁽²⁾، منعا لأية تحايل لهدر مبدأ المنافسة بين أصحاب العطاءات⁽³⁾.

البند الثالث : مبدأ المنافسة الحرة

المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تعد من الشروط الأساسية التي تتوقف عليها نجاعة الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع الخيارات، تسمح للإدارات العمومية استخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا رشيدا، ويضفي على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة، ولهذا أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة عناية خاصة وذلك من خلال قانونين هما قانون الصفقات العمومية

-التأشير المسبقة لدفتر الشروط.

-فتح الأطراف في جلسة علنية

-نشر المعلومات للنائج في إعلان المنح المؤقت.

-تقديم نفس الأجوبة وطلب التوضيحات لكافة المترشحين.

⁽¹⁾ زوزو زولبخة، جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ، 2012-2011، ص51.

⁽²⁾ عائشة خلدون، مرجع سابق، ص 111.

⁽³⁾ هذا ما اكدته المادة 64 حيث نصت المادة على مايلي: " يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية...تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض ومراجعة طلب العروض"، مرسوم رئاسي رقم 24715 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

وتفويضات المرفق العام الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالمنافسة، وقانون المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها⁽¹⁾.

وسوف نتطرق في هذا المحور إلى عنصرين أساسيين تعريف مبدأ المنافسة في واستثناءات تطبيق هذا المبدأ.

أولاً : تعريف مبدأ المنافسة الحرة

يقصد بمبدأ المنافسة الحرة حرية دخول العرض التي تعلن عنها الإدارة في الحدود التي حددها القانون⁽²⁾، والمنافسة بهذا المعنى تقتضي أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم، وتتحقق المنافسة الحرة كمبدأ عام بفتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم، وحينئذ لا تكون الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة⁽³⁾.

وفقاً لقرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية SOCIETE JEAN-LOUIS

BERNARD CONSULTANTS أكد أن مبدأ المنافسة ضروري لتشجيع المنافسة الفعالة،

من خلال الإعلان الذي يضمن حرية الوصول إلى الطلبات العامة، فلا يوجد نص أو مبدأ يحظر على شخص نظراً لطبيعته من أن يكون مرشحاً للفوز بعقد الصفقة العامة أو عقد تفويض المرفق العام، ولكن على الشخص الذي ينوي إبرام العقد أن يخضع للالتزامات المحددة في الإعلان والعطاءات التنافسية.

لكن هل مفهوم مبدأ المنافسة في قانون الصفقات العمومية هو نفسه في عقود تفويض المرفق العام ؟ بالطبع هناك اختلاف في المعنى، لا بل في التطبيق؛ فخصائص عقد

⁽¹⁾ جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، القسم العام، 2014، 2013، ص 15.

⁽²⁾ هاني عبد الرحمان غانم، أساليب التعاقد الإداري (دراسة مقارنة)، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 2007، ص 88.

⁽³⁾ إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنة)، ص 101.

تفويض المرفق العام تختلف عن نظام الصفقات العمومية، كون هدفها مرتبطا باستثمار المرفق العام واستغلاله، وليس تأدية خدمات أو مشتريات للمرفق العام كما هو الحال في الصفقات العامة⁽¹⁾، وتجدر الإشارة هنا أن المنافسة في نطاق عقود تفويض المرفق العام لا تتطلب بالضرورة مشاركة عدد كبير من مقدمي العروض في عملية اختيار المفوض إليه، إذ أن الطبيعة الضخمة والمعقدة لهذا النوع من العقود قد يدفع الجهات الإدارية إلى جعل مقدمي العروض مقتصرين على عدد من الأشخاص أو الشركات التي تملك من المؤهلات الفنية المالية التي يحتاجها هذا النوع من العقود، على أن تراعي تلك الجهات الإدارية تحقيق مبدأ التنافس بالنسبة لهؤلاء المتنافسين المؤهلين⁽²⁾.

الملاحظ من خلال مراجعة أحكام المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18 المتعلق بتفويض المرفق العام، أنه لم يحدد استثناءات خاصة على مبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، بل أحالها للاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، وهو الأمر من شأنه أن ينعكس سلبيا على خصوصية إبرام عقود التفويض. حرية المنافسة في فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط المحددة سلفا، فلا يوجد أي مانع لإشراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية، وفي إطار الشكالية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة⁽³⁾.

⁽¹⁾ أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة قانون والأعمال، جامعة الشارقة، 06 أبريل، 2017 ص 76.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 77.

⁽³⁾ يعتبر هذا المبدأ من أحكام القضاء الإداري الفرنسي، والذي يعتبر المصدر الأساسي للقانون الإداري، وفي هذا المقام أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1938 التي بينت مغزى هذا المبدأ بقولها: "إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاص، لأكثر تفصيل انظر، لجوي كريستوف، قانون المشتريات العامة، طبعة بيرتي الجزائري، 2007، ص 104، نقلا عن تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال

فلو رغبت المصلحة المتعاقدة التعاقد، فإن أول إجراء تنقيد به هو ضرورة تحقيق المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها، ممن تتوفر فيهم المؤهلات اللازمة التي تمكنهم فيما بعد تنفيذ المشروع الموكل لهم، ولا يتحقق التنافس إلا إذا تم إعلام المعنيين بإتباع الوسائل المحددة قانوناً.

ونظم وجهة نظرنا الى الأستاذ Delaubadere يقوم مبدأ المنافسة على فكرة المساواة بين الأفراد في حالة الانتفاع من خدمات المرافق العامة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التفويض بين المساواة بين

المرشحين و إنشاء الاحتكار

يتم إعداد قائمة للمرشحين المؤهلين لتقديم عروضهم من طرف لجنة فتح العروض تقوم هذه الأخير بإرسال لكل المترشحين نسخة من دفتر الشروط، أين تبين له عرض دقيق حول المرفق العام و كذا الخصائص الكمية و النوعية للخدمات و شروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة المقدمة وذلك دون انحياز، و على كل مترشح ورد اسمه في القائمة و قد استلم نسخة من دفتر الشروط أن يقد عرض دقيق وفق ما هو مبين سابقاً و ذلك بطريقة حرة و بدون أي ضغط من طرف الهيئة المفوضة، كما على المترشح أن يقدم الضمانات المالية و المهنية التي تمكنه من تسيير هذا المرفق.

بعد تلقي هذه العروض تقوم السلطة المفوضة للمرفق العام المراد تفويض تسييره بإجراء تفاوض حر بين أصحاب العروض دون تمييز أو انحياز وهذه المفاوضات لها طابع ثنائي،

الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014 ص 62 .

(1) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص 94.

وفي الأخير تقوم باختيار المفوض إليه الملائم، و بعد ذلك يتم نشر القرار النهائي بإبرام عقد تفويض تسيير المرافق العامة.

البند الأول: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

إستقر الفقه والقضاء على أن المقصود بالمساواة أمام القانون المقرر، هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، وليس المقصود بها المساواة بين من لم تتساوى مراكزهم القانونية، كطائفة المقاولين وطائفة الموظفين⁽¹⁾، وسوف نتناول في هذا المبدأ عنصرين:

أولاً: المساواة كمبدأ دستوري⁽²⁾

تأتي منظومة الحقوق الأساسية كآلية لتجسيد مبادئ حقوق الإنسان داخل النظام القانوني الداخلي، وأهم هذه الحقوق الحق في المساواة، التي نصت على احترامه جميع المواثيق الدولية للحقوق، وهذا لأهميته في استقرار وديمومة الأنظمة السياسية، لذا لجأت الدساتير الحديثة إلى تأسيس مبدأ المساواة لضمان احترامه من قبل جميع المؤسسات والإدارات العمومية وحتى من طرف منتجي النصوص القانونية عند سنهم لتلك النصوص³ وقد نص على هذا المبدأ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المادة الثانية

(1) عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة وإجراءات الصفقات والعقود، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2003 ص32

(2) تضمنت الفقرة من ديباجة الدستور الجزائري مبدأ المساواة بقول المؤسس الدستوري " الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية والديمقراطية، وهو متمسكٌ إن بسيادته وإستقلاله الوطنيين، ويعتزم أن يبنى بهذا الدستور مؤسسات، أساسها مشاركة كل المواطنين والمجتمع المدني، بما فيه الجالية الجزائرية في الخارج، في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وضمان الحرية لكل فرد، في إطار دولة قانون جمهورية وديمقراطية ويتطلع أن يجعل من الدستور الإطار الأمثل لتعزيز الروابط الوطنية وضمان الحريات الديمقراطية للمواطن"، مرسوم رئاسي رقم 20-420 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بالإصدار التعديلي الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82.

(3) محمد منير حساني، " الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، العدد الخامس عشر، جوان، 2010 ص188.

حيث جاء فيها : "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في الإعلان دونما تمييز من أي نوع لاسيما بسبب تمييز العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي، أو أي وضع آخر (1).

كما أكد المؤسس الدستوري الجزائري أحكام المادة من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه : "تضمن المرافق العمومية لكل مرتفق التساوي في الحصول على الخدمات، وبدون تمييز، تقوم المرافق العمومية على مبادئ الاستمرارية، والتكيف المستمر، والتغطية المنصفة للتراب الوطني، وعند الاقتضاء، ضمان حد أدنى من الخدمة"(2)، يتبين من ذلك أن مبدأ المساواة هو من المبادئ العامة للقوانين، وهو يدخل في نطاق ما يسمى بالقانون الطبيعي الذي تستقى منه المجتمعات البشرية قواعد تنظيم شؤونها، على كافة المستويات (3).

كما أن المحكمة الدستورية تتطلع عند سن للقواعد القانونية، الأخذ بعين الاعتبار جميع موجبات المبادئ الدستورية الأخرى المنصوص عليها في الدستور(4)، لكي يتوصل من خلال تقاطع تلك المبادئ إلى تحقيق أعلى درجات مبدأ المساواة، الأمر الذي يقلل إلى حد بعيد التمييز والتفضيل ما بين المواطنين لأن التطبيق العملي لمبدأ المساواة لا يسعى إلى

(1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

(2) مرسوم رئاسي رقم 20-420 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بالإصدار التعديل الدستوري، المرجع السابق.

(3) محمد منير حساني، مرجع سابق، ص. 191.

عبد اللطيف قطيش، مرجع سابق، ص. 39.

(4) المرسوم رئاسي رقم 22-93 مؤرخ في 8 مارس سنة 2022، يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المحكمة الدستورية، ج ر العدد رقم 17 لسنة 2022.

تضطلع مديرية الدعم القانوني ومتابعة التشريع والتنظيم، تحت سلطة مديرها وبمساعدة رئيس دراسات، على الخصوص، بضمان المتابعة القانونية للتشريع والتنظيم انظر المادة 06 من المقرر مؤرخ في 10 رمضان عام 1443 الموافق 11 أبريل سنة 2022، يحدد التنظيم الداخلي لهياكل المحكمة الدستورية وأجهزتها، ج ر، العدد 25 لسنة 2022.

تحديد ماهية المساواة بحد ذاتها بل إلى وجوبية المعاملة لكل بالمساواة حسب مراكزهم القانونية (1).

ثانياً: وحدة المبدأ في إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة

يقوم هذا المبدأ على أساس عام، هو المساواة بين المتنافسين، بمعنى أن لكل من يملك قانوناً أن يتقدم إلى المناقصة العامة، الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين، حيث يجب وضع المتنافسين في إطار قانوني بحيث لا يمكن التمييز لأن ذلك يقلص من عدد المتنافسين وبالتالي طلب العروض غير مجدي، فعلى الإدارة التفريق بين المتعاقدين بناءً على معايير مالية وتقنية وتجارية فقط، وذلك حسب دفتر الشروط وقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يقصد به إيجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم للتعاقد مع الإدارة من دون تمييز بين شخص وآخر، وذلك بأن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شرط دون البعض الآخر أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض دون الآخرين (2).

إن هذا المبدأ لا يؤخذ في جميع الأحوال حيث أن الإدارة لها امتيازاتها التي تتمتع بها تجاه المتنافسين إذ تستطيع أن تفرض شروط إضافية على المتقدمين إليها، كأن تضمن توفر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوافر إلا لفئة من الراغبين في التعاقد، كما أن الإدارة تملك الحق في إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط (3).
والنتيجة المترتبة عن هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 237.

(2) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989 ص 52.

(3) مفتاح خليفة عبد الحميد، محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، دار المطبوعة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 96.

بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014 ص 21.

للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعي، وهي ملزمة بوضع معايير موضوعية تتعلق أساساً بـ:

- شروط تقدم التعهدات التي تتضمنها إعلانات الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام.
- معايير إرساء الصفقة أو العقد كآليات لتقديم العروض.

يستند هذا المبدأ على دعامة أخرى، من خلال تكافؤ الفرص بين المتعاقدين، بالزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية، بما يضي الشفافية على عملية الإبرام، ويمتد ليشمل الحالة التي تستشير فيها المصلحة المتعاقدة المتعهدين، حتى لا يتمكن الغير من معرفة العرض الذي تقدم به أي طرف، كما لا يجوز تسريب المعلومات الامتيازية بغرض تقديم عروض مقبولة سواء تم ذلك من قبل أعضاء لجنة أو بحكم مشاركتهم في إعداد دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات⁽¹⁾.

كما يعتبر خروجاً عن مبدأ المساواة في حال ما إذا وضعت الإدارة وسائل قانونية أو واقعية للتمييز بين المترشحين، كذلك لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين من دفع التأمين أو من تقديم وثيقة من الوثائق المطلوبة أو واقعية كإقدام المصلحة المتعاقدة على خلق وضع قانوني يضع بعض المتنافسين في وضع أفضل أو في وضع أسوأ من غيرهم، ويحدث هذا عادة بطريقة غير مباشرة عن طريق عدم إتباع وسائل الإعلان بالأساليب التي نص عليها القانون، وفي الحالتين سواء كانت وسائل التمييز قانونية أو واقعية فهي غير مشروعة⁽²⁾.

⁽¹⁾ ليس الغرض من السر المهني هو حماية مصالح الأفراد فقط، ولكن حماية المصلحة العامة أيضاً، انظر، عادل جبيري محمد حبيب مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003 ص 12.

⁽²⁾ سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة، مصر، 1999، ص 282.

أما فيما يخص النصوص القانونية المكرسة لمبدأ المساواة في القانون الجزائري فقد نصت المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه " يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منهما، مرتبط بموضوع الصفقة وغير تمييزية⁽¹⁾ .

كما نصت على هذا المبدأ المادة 89 من نفس المرسوم على أن "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ وإلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية⁽²⁾ .

توصلنا إلى أن المشرع أعطي أولوية لبعض الشركات عند تقديم العطاءات، كما قد يعطي للإدارة سلطة تقديرية في أن تفرض بعض من الشروط التي ترى وجوب توافرها في من يتقدم لإبرام عقد التفويض، وأيضا للإدارة سلطة استبعاد بعض الأشخاص الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية، كما هو محدد بموجب أحكام المادة 23 من المرسوم التنفيذي 18-199، التي قررت منح الأولوية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أثناء إبرام عقد التفويض

البند الثاني: عقد تفويض المرافق العامة آلية لدعم الاحتكار:

-خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2015-2014، ص 126.

⁽¹⁾ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

⁽²⁾ المرسوم الرئاسي رقم، 15-247 المرجع السابق .

للكشف عن واقع المنافسة في السوق الذي ينشط فيه المفوض إليه في عقد تفويض تسيير المرافق العامة، ينبغي مقارنة هذه السوق بالسوق التنافسية وذلك وفق معيارين أساسيين يعتبران كعاملين لدعم المنافسة الفعلية و هما:

دراسة السوق من حيث تعدد المتعاملين الاقتصاديين الناشطين فيها، و كذا إنتاجهم لنفس السلعة أو لسلع بديلة بحث لا يمكن أن تسود المنافسة بين متعاملين ينتجان لسلع مختلفة، و المعيار الثاني هو حرية الدخول إلى السوق أو الخروج منها.

إذا قارنا عقد تفويض تسيير المرافق العامة بالصفة العمومية من حيث عدد المترشحين، ففي حالة الإعلان عن منافسة لإبرام عقد تفويض تسيير المرافق العامة، فلن يتقدم العديد من المؤسسات لنيل هذا العقد بحيث عدد المؤسسات التي تملك القدرة على إبرام هذا العقد و توفير خدمات المرفق العام محصور، كما أن على الهيئة المفوضة أن تختار من بين هذه المؤسسات مفوض إليه وحيد يستأثر بسوق جغرافية واحدة، من خلال إمكانية مؤسسة واحدة بموجب عقد تفويض تسيير مرفق عام أن تقدم خدمات على مستوى الولاية⁽¹⁾.

فالطلب المتزايد لخدمات المرفق العام و كذا عدم إمكانية منتقعي المرفق العام تحديد استهلاكهم للخدمة و بالمقابل قلة المتعاملين الاقتصاديين القادرين على توفير هذه الخدمة هو الذي أدى إلى ظهور الوضعية الاحتكارية، بالمقابل خدمات المرفق العام لا تملك سلعة بديلة لها مثلا: لا توجد سلعة بديلة للماء أو الكهرباء.

أما من حيث حرية الدخول إلى السوق فلا يمكن التثمين بهذه القاعدة حيث سوق توزيع الماء الصالح للشرب أو توزيع الكهرباء يتطلب مهارات معينة و تقنيات دقيقة و تكنولوجيات حديثة التي لا يمكن أن تتوفر لدى أية مؤسسة، كما أن زيادة الطلب على هذه

⁽¹⁾EMMANUELLE C, Droit et économie de la concurrence dans le régime de passation de la délégation de service public recherche d'efficacité concurrentielle en régime de délégation de service public, diplôme d'IEP politique et administration, université LYON 2, juin 2006, www.uprt.org , p.p.16-17.

الخدمة يتعين على المؤسسة إمتلاك إمكانيات مادية كبيرة، و مثل هذه الأمور تعتبر عراقيل للدخول إلى السوق. بالتالي لا يمكن أن نقر بالمنافسة في سوق تفويض تسيير المرافق العامة، بل أن هناك أسباب أدت إلى إنشاء الوضعية الاحتكارية .

أولاً-: أسباب نشأة الوضعية الاحتكارية:

إن عقد تفويض تسيير المرافق العامة يحد من المنافسة و ينشأ وضعية احتكارية، و التي قد تؤدي إلى خطر ورود تصرفات تعسفية ناتجة عن هذه الوضعية، و رغم ذلك إلا أن الأسواق التي لا تعرف منافسة فعلية لن تجد أساساً لها إلا في نظرية الاحتكار الطبيعي و لهذه الوضعية عدة أسباب منها ما تفرضه نوع الخدمة المقدمة في حد ذاتها.

فالوضعية الاحتكارية وضعية مشروعة⁽¹⁾ و ضرورية للتسيير الملائم: إذ أن المفوض إليه في عقد تفويض تسيير المرافق العامة يتمتع بنظام قانوني محمي، فالهيئة الإدارية التي تقرر تفويض تسيير المرفق العام فإنه تعفيه من تطبيق قواعد المنافسة بشكل منطقي لتخضعه إلى وضعية قانونية خاصة كما أن الهيئة الإدارية المفوضة تلتزم تجاه مفوض إليه وحيد و مثل هذه الخدمات التي يقدمها المرفق العام تخضع إلى قاعدة تحديد الأسعار حيث تحدد قيمة الأتاوى كما تضمن ربح المفوض إليه و لا تخضع إلى قانون العرض و الطلب، و القاعدة العامة في تدخلت الدولة لتقنين أسعار هو تحديد سعر السلع الضرورية و الإستراتيجية و التي يكون سعرها في تزايد مستمر.

فتدخل الدولة جاء حفاظاً على المصلحة العامة و هي مصلحة المستهلكين بالدرجة الأولى لكون خدمات المرفق العام خدمات لا يمكن الاستغناء عنها و دخول منافسين جدد إلى هذه السوق يمكن أن ينعكس سلباً على المتعاملين الاقتصاديين و على المنتفعين بخدمات المرفق العام، لذا ظهرت ضرورة السماح لمتعامل اقتصادي

⁽¹⁾HORGUES-DEBAT Jean, Service public et au public : de quoi parle-t-on ? Définition et classement des termes et des concepts, 2007, www.adrets-asso.fr.pdf , p 16.

واحد الانفراد و بصفة حصرية بتسيير هذا المرفق، كما أن المؤسسات التي تنتج سلع أو خدمات التي يطلبها الجمهور بشكل مستمر لا يمكن أن تنشط في جو تنافسي ما دام السعر قد تم تحديده و تنظيمه مسبقا بالنسبة لبعض الأنشطة السلعية و التي تعرف كلفة محددة و مرتفعة و مردودية قوية، فإن منافسة القادمون الجدد يمكن أن تكون مدمرة بالنسبة للفاعلين و المستهلكين على السواء. ومن هنا تظهر ضرورة منح الاستثنائية لفاعل واحد.

لا يمكن لمقاولات التي تنتج سلع أو خدمات ذات مردودية متنامية أن تزيد من أرباحها إذا تحدد مستوى الأسعار بمستوى التكلفة الهامشية كما تحث على ذلك لعبة المنافسة. و التكلفة الهامشية هي دائمة متناقصة و لكنها أيضا دائما منخفضة عن التكلفة المتوسطة. و بالتالي، فالمقولة التي تريد بيع منتوجها بثمن يعادل الثمن الهامشي تكون في حالة عجز. وزيادة أرباحها يعتبر مستحيلا مادام أن الزيادة في إنتاجها يؤدي إلى الزيادة في خسائرها، وكل إنتاج إضافي يؤدي إلى خسائر و من شأنه أن يضر بالمقاولات الأكثر هشاشة إلى غاية أن نصل إلى عارض وحيد يتمشى مع نظرية للاحتكار الطبيعي.

كما أن الوضعية الاحتكارية تعتبر كضرورة اجتماعية في الأسواق التي تكون المنافسة فيها محدودة بحيث تختلف خدمات المرفق العام باختلاف الأهمية الاجتماعية الممنوحة لها، و المنتفعين من خدمات المرفق العام ليسوا مجرد مستهلكين يهدفون إلى إشباع حاجياتهم بأكبر قدر ممكن فخدمات المرفق العام هي خدمات اجتماعية لا يمكن الاستغناء عنها، و الانتفاع بها هو استهلاك محدود بحيث لا يمكن للشخص أن يحد من الانتفاع من هذه الخدمات أو التقليل منها بل يستوجب الأمر استهلاك عقلانيا لهذه الخدمة نظرا للاحتياج والطلب المتزايد على هذه الخدمة التي ترتبط بمصدر

نادر⁽¹⁾ (الماء مثلا)، لذا يستوجب الأمر وضع نظام قانوني خاص يحكم هذه الأنشطة و تكثيف الرقابة على المفوض إليه لمنع أي تعسف.

كما أن الوضعية الاحتكارية جاءت لتحقيق أهداف المرفق العام و الاستجابة لمطالب المنتفعين⁽²⁾، إن الهيئة الإدارية المفوضة للمرفق العام لا تهدف إلى تحقيق أرباح بل أنها تهدف دائما إلى تحقيق أهداف المرفق العام و هو تحقيق المصلحة العامة، بحيث نجد سعر السلعة أو الخدمة التي يقدمها المرفق العام يكون محدودا مسبقا و بسعر في متناول الجميع و قد يقل بكثير عن التكلفة الحقيقية للسلعة أو الخدمة و باعتبار أن المفوض إليه يهدف إلى تحقيق ربح و المتمثل في الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين من المرفق العام فإن الدولة تلتزم بدفع بعض الأسعار الهامشية ذلك لتفادي إفلاس المؤسسة المفوضة لها أو أنها تسمح لها بإضافة بعض الأرباح على الرسوم المفروضة، أو أن الهيئة الإدارية هي التي تلتزم بدفعها كتسبيقات و كتمويلا جزئيا لاستغلال المرفق العام⁽³⁾، فعلى سبيل المثال و في قطاع الكهرباء و الغاز يترتب على كل تبعة للمرفق العام مكافئة من قبل الدولة بعد استشارة لجنة الضبط لا سيما في حالة التكاليف الإضافية الناتجة عن عقود تفرضها الدولة للتمويل بالطاقة أو شرائها، المساهمات التي يستفيد منها الزبون النوعي، التكاليف الإضافية لنشاطات الإنتاج و التوزيع في المناطق الخاصة، الصعوبات التي تصنفها لجنة الضبط، كما أنه يشكل صندوق للكهرباء و الغاز يكلف بمعادلة التعريفات و التكاليف المرتبطة بفكرة الانتقال إلى النظام التنافسي.

⁽¹⁾ EMMANUELLE C, Droit et économie de la concurrence dans le régime de passation de la délégation de service public recherche d'efficacité concurrentielle en régime de délégation de service public, op.cit, p.p.19-20.

⁽²⁾ BRAUIT Dominique, La gestion déléguée un concept à promouvoir, institut de la gestion déléguée, juillet, 2000, www.dsp_consept.pdf, p.46.

⁽³⁾ EMMANUELLE C, Droit et économie de la concurrence dans le régime de passation de la délégation de service public recherche d'efficacité concurrentielle en régime de délégation de service public, op.cit, p 19.

لتحقيق المصلحة العامة يجب تحقيق المصلحة الفردية للأشخاص فإن هدف الهيئة المفوضة في عقد تفويض تسيير المرافق العامة يترجم من خلال تمكين أكبر قدر ممكن من المنتفعين بالاستفادة من خدمات المرفق العام ذلك من خلال و فرض سعر محدد قانونا، فغرض الهيئة المفوضة لا يتمثل في تحقيق الربح بل أنها تهدف إلى تحقيق حاجة اجتماعية أساسية (مثلا الماء الكهرباء)، بالتالي الهدف من ذلك تحقيق المصلحة العامة و لضمان هذه الأخيرة يجب توفير خدمات المرفق العام لأكبر قدر ممكن من المنتفعين و ذلك من خلال وضع تنظيم مشروع غير مألوف في الشريعة العامة و كذا إنشاء الوضعية الاحتكارية.

المطلب الثاني

القيود التي ترد خلال مرحلة

إبرام عقود التفويض

نظم المشرع إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام بنظام قانوني خاص يحافظ على خصوصية هذه العقود بتحديد طريقة إبرامها وذلك وفق مرحلتين، مرحلة تأهيل المرشحين المقبولين للتفاوض، ومرحلة التفاوض ومنح التفويض⁽¹⁾، على الرغم من أن السلطة المفوضة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، إلا أن المشرع الجزائري ضبط و قيد هذه السلطة في بعض جوانبها.

⁽¹⁾ إن المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لم يحدد نظاما قانونيا يكفل إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، بل أسند تطبيق أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي للتنظيم، ومن خلال

أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

الفرع الأول

القيد الخاص باختيار إجراءات التفويض

من خلال أحكام المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18 والتي حددت طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام والتي منحت للسلطة المفوضة الخيار في إتباع أسلوبين محددين وفق مبدأ المنافسة أو التراضي، فالسلطة المفوضة هنا مقيدة باختيار طريقة من طرق إبرام عقد التفويض.

البند الأول: الطلب على المنافسة

يهدف الطلب على المنافسة⁽¹⁾، إلى تكريس مبادئ إبرام عقود تفويض المرفق العام للوصول إلى أفضل وأحسن عرض، وتطبيقا لهذا أكد التنظيم في أحكامه من خلال المادة 12 على أن طلب على المنافسة يكون وفق مرحلتين⁽²⁾ :

تتمثل الأولى في الاختيار الأولي على أساس ملف الترشيح، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشيح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط، وعنوانه "دفتر ملف الترشيح"، الذي يضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كفاءات تقديمها. ويتم ذلك وفقا للمعايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم والمتعلقة على الخصوص بما يلي⁽³⁾ :

- القدرات المهنية: وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام.

(1) عرفت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلقة بتفويض المرفق العام، الطلب على المنافسة كما يلي: "الطلب على المنافسة 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، يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط.

(2) الفقرة 2 من المادة 12 من نفس المرسوم التنفيذي.

(3) المادة 13 الفقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي .

- القدرات التقنية: وهي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية.

- القدرات المالية: وهي تلك الوسائل المالية المبررة بواسطة الحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية.

أما المرحلة الثانية تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشروط وعنوانه 'دفتر العروض'، ويتضمن البنود الإدارية والتقنية والبنود المالية⁽¹⁾:

- البنود الإدارية والتقنية: تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفية تقديم العروض واختيار المفوض له والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

- البنود المالية: تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه عند الاقتضاء، مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض.

من الممكن أن لا تستلم السلطة المفوضة أي عرض أو تستلم عرضا واحدا فقط أو تستلم عروضاً غير مطابقة لدفتر الشروط؛ في هذه الحالة ألزم النص السلطة المفوضة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة، وإعادة إجراء الطلب على المنافسة للمرة الثانية قبل اللجوء إلى إبرام العقد وفقاً لإجراء التراضي⁽²⁾، ووفقاً للتنظيم فإن الإعلان عن عدم الجدوى واللجوء إلى التراضي يكون كالاتي⁽³⁾:

(1) المادة 13 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي 18/199.

(2) المادة 14 من نفس المرسوم.

(3) المادة، 19 المرجع نفسه

✓ - المرحلة الأولى والتي يتم إعلان عدم الجدوى فيها إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى: عدم استلام أي عرض، استلام عرض واحد، عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

✓ - المرحلة الثانية والتي يتم فيها إعلان عدم الجدوى واللجوء إلى إجراء التراضي إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية: عدم استلام أي عرض، عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، أما إذا استلمت السلطة المفوضة عرضا واحدا في الطلب على المنافسة للمرة الثانية وتبين أنه مطابق لدفتر الشروط، فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات.

البند الثاني: التراضي

يعتبر إبرام عقد التفويض وفقا لإجراءات التراضي كاستثناء للقاعدة العامة والمتمثلة في الطلب على المنافسة، وهو إجراء يهدف إلى منح التفويض لمتعامل واحد دون اللجوء إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي بعد الاستشارة أو شكلا ثانيا مختلفا وهو التراضي البسيط.

أولا: التراضي بعد الاستشارة⁽¹⁾:

يتم انتقاء المفوض له في إجراء التراضي بعد الاستشارة من خلال المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في طلب على المنافسة، قبل الإعلان عن الجدوى للمرة الثانية ومن ضمن القائمة التي تعدها السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني، ويكون هذا الإجراء في المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، والتي يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.

⁽¹⁾ يعرف التراضي بعد الاستشارة من خلال المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بأنه 'إجراء تقوم خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين، على الأقل'.

وهو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مرشحين مؤهلين على الأقل وأوضحت المادة 19 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العمومي الحالات التي تلجأ إليها السلطة المفوضة لهذا الإجراء وفي حالتين:

الحالة الأولى: عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وفي هذه الحالة يتم اختيار مفوض له من بين المرشحين 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.

ثانياً: التراضي البسيط:

يتم اللجوء إلى التراضي البسيط⁽¹⁾ في حالة محددة ومحصورة، في حالة الخدمات التي لا تكون محل تفويض إلا لمرشح واحد يحتل وضعية احتكارية، أو في الحالات الاستعجالية⁽²⁾، وتعتبر الحالات الاستعجالية في تفويض المرفق العام كالتالي⁽³⁾:

- عندما تكون اتفاقية تفويض المرفق العام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ،

- عند استحالة ضمان استمرارية المرفق من طرف المفوض له،

- عند رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.

⁽¹⁾ يعرف التراضي البسيط من خلال أحكام المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام، بأنه إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية.

⁽²⁾ المادة 20 من المرسوم التنفيذي 18/199.

⁽³⁾ المادة 21 من المرسوم التنفيذي 18/199.

الفرع الثاني

القيد الخاص بتحديد مدة

وبيانات اتفاقية التفويض

جاء نص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199 بصيغة الوجوب، مما يعنى أن الاتفاقية ستكون ملغاة لقوة القانون في حال لم تتضمن الأساس القانوني لإبرام الاتفاقية وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي السابق الذكر.

البند الأول: بيانات الاتفاقية التفويض

اشترط المشرع الفرعي على ضرورة تحديد عن البيانات المبينة أدناه:

- تحديد بوضوح أطراف الاتفاق 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.

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

- تحديد مدة التفويض التي تختلف حسب شكل التفويض.

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 والتزامات طرفي الاتفاقية السلطة المفوضة والمفوض له، كالاتزامات المتعلقة بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية الخاصة باستخدام والانتفاع بالمرفق العام لا سيما ما يتعلق منها بالإتاوات والتعريفات وساعات العمل وطبيعة المستفيدين من خدمات المرفق، وكذا الالتزام 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 المفوض له أو وجود حالة عدم احترام 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.

-جرد المنشآت والمعدات المسخرة للخدمة العامة عند الاقتضاء، وانجاز واقتناء ممتلكات المرفق العام، ناهيك عن ضرورة تحديد البنود المتعلقة باستغلال تلك المنشآت وبصيانتها.

-تحديد الضمانات لكلا طرفي الاتفاقية، فالمفوض له عليه أن يضمن تحقيق وتكريس 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 وتنقل كاهله المالي.

-تحديد حالات الدفع وآليات حساب التعويضات والتأمينات والواجبات الواقعة على عاتق المفوض له اتجاه مستخدمي المرفق، وتحديد الجهة المسؤولة عن التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار قد تكون مست بمنشآت المرفق، ثم تحديد تدابير الأمن والنظافة

والسلامة الصحية وحماية البيئة لأمه في النهاية مرفق عام وجميع المرافق العامة غرضها الأساسي الحفاظ على النظام العام.

-في حال اللجوء إلى التفويض من الباطن أو وفق ما يسميه هذا المرسوم التنفيذي المناولة لابد من تحديدها في الاتفاقية.

-هناك أيضا ما يتعلق بالبند الخاصة باليد العاملة وكيفيات مراقبة تنفيذ الاتفاقية، وهي محددة أساسا في المرسوم التنفيذي 18-199

البند الثاني: تحديد مدة عقد التفويض

تختلف المدة القانونية من عقد إلى آخر وذلك:

-من خلال المادة 53 حدد المشرع مدة عقد الامتياز ب 30 كحد أقصى،

- تحدد مدة عقد الإيجار حسب أحكام المادة 54 من نفس المرسوم التنفيذي ب 15 سنة كحد أقصى،

-تحدد مدة عقد الوكالة المحفزة طبقا لأحكام المادة 55 ب 10 سنوات كحد أقصى،

- تحدد مدة عقد التسيير طبقا لأحكام المادة 56 ب 5 سنوات كحد أقصى، وملاحظ أن القيد

على حرية تحديد مدة التفويض لا ينحصر بالمشرع والسلطة المفوضة فقط إنما يتعداه إلى

أطراف العلاقة أيضا، فهؤلاء إذا كان لهم أن يتفاوضوا بحرية ويتفقوا على تحديد المدة إلا أن

تقديرهم في وضعها إنما يجب أن يتأسس وينحصر بالمعايير بموجب ملحق يبرم طبقا

لأحكام المادة 59 منه التي تحدد شروط إبرامه⁽¹⁾.

⁽¹⁾ يجب أن يكون طلب تمديد مدة العقد وفق الحالات المنصوص عليها في أحكاما لمواد من 53 إلى 57 من المرسوم التنفيذي رقم، 199/18 وأن يكون التمديد بطلب من السلطة المفوضة وعلى أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية.

الفرع الثالث

مرحلة تأهيل المترشحين المقبولين للتفاوض

تعتبر مرحلة تأهيل المترشحين المقبولين للتفاوض مرحلة أولية كرسها التنظيم تهدف إلى إضفاء الشفافية على إبرام عقد التفويض، وذلك من خلال الإعلان وتحقيق مبدأ المساواة أمام المتنافسين في تقديم الطلبات ودراستها، بالإضافة إلى إعداد قائمة المترشحين الذين تم تأهيلهم لتقديم العروض.

البند الأول: إعلان السلطة المفوضة لتقديم الطلبات ودراستها

شدد المشرع على إتباع أسلوب الإشهار وإعلان عن نية هذه الأخيرة في تفويض مرفق عام معين⁽¹⁾، بالإضافة إلى إتباع إجراءات خاصة سيتم معالجته على النحو التالي:

أولاً: تأهيل المترشحين:

أثناء تأهيل وانتقاء المترشحين أن تتأكد من قدراتهم المهنية والمالية والتقنية بكل الوسائل القانونية لكي يكون الاختيار سديداً⁽²⁾، وأوضحت الفقرة الأولى من المادة السابقة لمدلول بالغ الأهمية بحيث لا يمكن تفويض المرفق العام إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري ويكون قادراً على تحمل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي إحتياجات المستعملين وبعدها أوضحت المواد من 31 إلى 44 من مرسوم تفويض المرفق العمومي بشكل دقيق كصفات التأهيل والمنح الإرساء، والطعن في المنح المؤقت للتفويض⁽³⁾.

⁽¹⁾أنظر المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق.

⁽²⁾أنظر المادة 22، المرجع نفسه

⁽³⁾تختصر هذه الخطوات في : 01) اجتماع لجنة انتقاء العروض بفتح الأطراف في جلسة علنية وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من طرف المترشحين 02) في جلسة مغلقة تقوم لجنة الاختيار وانتقاء العروض في مرحلة ثانية بدراسة ملفات الترشيح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، 03) ترسل السلطة المفوضة المترشحين المقبولين دعوة لسحب دفتر الشروط وتقديم العروض مع تحديد آخر أجل لذلك، 04) لا يمكن للمترشح الواحد تقديم أكثر من عرض واحد في كل

ثانيا: تقديم الطلبات ودراستها

تقوم هذه المرحلة على فسح المجال أمام أكبر قدر ممكن من المنافسين لتقديم الطلبات والعروض،⁽¹⁾ وهذا الأمر كان لا بد منه لاعتبارات عديدة أهمها مبدأ المساواة أمام المترشحين، حيث يستلزم أن لا تكون معايير اختيار المفوض له ذات طابع تمييزي، وبالتالي يعد ضمانا للمنافسة الحرة في مجال عقود التفويض، كما يمتد إلى دعائم أخرى هي تكافؤ الفرص بين المتعهدين بالزامهم بتقديم عروض سرية ومجهولة الهوية بما يكرس مبدأ الشفافية في مرحلة تقديم الطلبات⁽²⁾.

يتمدد تاريخ إيداع العروض في حالات المصادفة لأيام العطل أو بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب معلل من أحد المترشحين⁽³⁾، ويخضع إلى القواعد المتعلقة بالإشهار.

إجراء، 05) تقوم لجنة اختبار وانتقاء العروض أن تطلب من المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا من أجل مفاوضة العروض أو العروض المعنية.06) تحرر اللجنة محضر مفاوضة وتقييم العروض عند كل جلسة مفاوضة، 07) في حالة التراضي بعد الاستشارة تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض باستدعاء 3 مترشحين على الأقل من أجل تقديم عروضهم وفقا لدقتر الشروط.08) في حالة الإعلان عن عدم الجدوى الدعوى للمنافسة للمرة الثانية يتم اعتماد نفس دقتر الشروط 09) في حالة التراضي البسيط تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه.10) عندما يتعلق الأمر بقرار منح مؤقت لتفويض مرفق عام في حالة التراضي بعد الاستشارة قرار المنح المؤقت للتفويض يتم إشهاره بجميع الوسائل المتاحة.11) يمكن لأي مرشح أن يحتج على قرار المنح برفع طعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل عشرون يوما من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت.12) في حالة تنازل الحائز على المنح المؤقت فيل توقيع الاتفاقية أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية تقوم السلطة المفوضة بإلغاء المنح المؤقت للتفويض وتلجأ إلى المترشح الموالي 13) بإمكان السلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض، 14) بعد انقضاء أجل الطعون تعد السلطة المفوضية اتفاقية التفويض وتسلم نسخة من الاتفاقية للمرشح المقبول.

⁽¹⁾ ما أكدت عليه المادة 28 من المرسوم التنفيذي 199/18 بقولها إنه "يجب أن يأخذ تاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض عبر فسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المنافسين".

⁽²⁾ صالح زمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع والسلطة، جامعة العربي تيسي، تبسة الجزائر، العدد، 6/2017 ص 168.

⁽³⁾ الفقرة 3 من المادة 28 من المرسوم 199/18.

أوكلت مهمة انتقاء واختيار العروض للجنة المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم التنفيذي 199/18 بعمل أقرب إلى عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في مجال الصفقات العمومية، إلى تسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين وبدراسة ملفات الترشح في اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة⁽¹⁾.

البند الثاني: إعداد قائمة المقبولين لتقديم العروض وفتحها

تعد مرحلة إعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم العروض وفتحها ودراستها المرحلة الثانية التي تلي إعلان السلطة المفوضة لتقديم طلبات الترشح، لأنه سيتوجب أولا دراسة الطلب المقدم من طرف المترشح، لكي يسمح للمترشح المقبول بعد ذلك بإيداع عرضه بخصوص تفويض المرفق العام، وهذا ما سنتطرق إليه على النحو التالي:

: إعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم العر

بعد دراسة ملفات الترشح تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض وتتولى مهمة إعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم العروض، وهذا طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة، حيث تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في المرحلة الأولى بفتح الأظرفة في جلسة علنية وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة، وذلك في اليوم والساعة المحددة في إعلان الطلب على المنافسة. تقوم اللجنة في المرحلة الثانية وفي جلسة مغلقة بدراسة ملفات المترشحين، وذلك ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، وتقوم اللجنة في هذه المرحلة بتحديد قائمة المترشحين المقبولين لإيداع عروضهم، وتكون القائمة المعدة من طرف اللجنة مرتبة تفضيلا حسب النقاط المتحصل عليها، وترسلها للسلطة المفوضة

⁽¹⁾ نصت المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 على أن لجنة انتقاء العروض ودراستها تتولى "...فتح الأظرفة وتسجيل جميع لوثائق المقدمة من المترشحين وتقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة بدراسة ملفات الترشح."

التي بدورها تقوم باستدعاء المترشحين المقبولين لإيداع عروضهم بكل الوسائل الملائمة، كما هو جدير بالذكر أن المرسوم التنفيذي هنا ترك الحرية للسلطة المفوضة لاتخاذ الوسيلة الأمثل للاستدعاء دون تقييدها.

ثانيا: فتح العروض ودراستها

بعد إرسال لجنة اختيار واقتناء العروض قائمة المترشحين المؤهلين لإيداع عروضهم إلى السلطة المفوضة، تقوم هذه الأخير بدعوتهم بكل وسيلة ملائمة، إلى سحب دفتر الشروط

وتقديم عروضهم⁽¹⁾، والملاحظ أن التنظيم لم يحدد مدة إيداع العروض من طرف المترشحين المؤهلين، واكتفى بالمدة التي تحددها السلطة المفوضة استنادا إلى حجم ونطاق نشاط المرفق محل التفويض⁽²⁾.

تقوم لجنة اختيار واقتناء العروض بفتح العروض ودراستها، والملاحظ أن التنظيم لم يحدد إذا كان فتح العروض يكون في اجتماع منفصل عن اجتماع دراسة العروض، هذا ما يجعل اللجنة إما أن تجتمع لفتح العروض وتقوم بدراستها في نفس الاجتماع، وذلك إذا كانت لا تنوي توفير فرصة لتعديل العروض المقدمة، أما إذا كان التعديل ممكنا فيصبح من الضروري عقد اجتماع آخر للجنة⁽³⁾ من أجل دراسة العروض⁽¹⁾.

(1) المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(2) المادة 34 من نفس المرسوم .

(3) تقوم اللجنة عند فحص العروض بـ:

- دراسة عروض المترشحين المنتقنين أوليا،

إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط،

- إعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط مرتبة ترتيبا تفضيليا،

- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،=

البند الثالث: مرحلة منح التفويض

تعد مرحلة التفاوض ومنح التفويض آخر مرحلة تمر بها إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، كونها النتيجة التي من خلالها يظهر مدى شفافية ونزاهة المراحل السابقة، وانعكاس ذلك على التسيير الأمثل للمرفق العام من قبل المفوض له.

أولاً: استدعاء قائمة المقبولين لتفاوض وشروطه

بعد إتمام جميع المراحل السالفة الذكر، تأتي مرحلة أخرى مهمة وهي إعداد قائمة المترشحين المقبولين للتفاوض، ولقد أورد التنظيم الجزائري جملة من الشروط وجب على لجنه انتقاء واختيار العروض إتباعها قبل منح التفويض للمفوض له، وارتأينا دراستها على النحو التالي:

أ- إعداد قائمة المقبولين للتفاوض وإستدعائهم

إعمالاً منه لمبدأ المنافسة ومقتضياته، قد ألزم لجنة اختيار وانتقاء العروض بإتباع مهنة التفضيل في ترتيبهم للقوائم المقبولة للتفاوض تبعاً لأهمية كل عرض وحجمه⁽²⁾، وبالنظر إلى النقاط التي تحصل عليها من خلال دراسة العرض من أجل التفاوض عليه، وهنا يبرز المعنى الحقيقي لمبدأ المنافسة.

يعد إختيار المتعامل مع الإدارة والمبني على أسس منطقية موضوعية تجسيدا حقيقيا لمبدأ حرية المنافسة، وعدم اتباع الإدارة لتلك المقترضيات قد يؤدي بها للانحراف عن السلطة المقررة لها للمصلحة العامة، ونشوب نزاعات بينها وبين المرشحين، كما أن المنفعة التي

= تحرير محضر عدم الجدوى عند الاقتضاء يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة وتسجيل أشغالها المتعلقة بدراسة العروض في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة، دعوة المرشحين الذين تم انتقاؤهم كتابيا وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة، لاستكمال عروضهم عند الاقتضاء انظر المادة 35 من نفس المرسوم.
(1) المادة 35 من نفس المرسوم.

(2) نصت المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 في فقرتها الأخيرة على أن اللجنة تقوم "... بإعداد قائمة العروض مرتبة ترتيبيا تفضيليا حسب النقاط المتحصل عليه.

تحققها الشفافية أيضا في مثل هذا الإجراء أنها تخلق نوعا من المنافسة المشروعة بين عدد غير محدود من الراغبين في التعاقد، مما يؤدي إلى إحالة عقد تفويض المرفق لأنسب العروض من حيث الزمن، وأفضلها من حيث الجانب الفني⁽¹⁾.

ألزم المشرع الجزائري السلطة المفوضة بتوفير كافة الوسائل المتاحة لتبليغ ودعوة المقبولين لتقديم العروض، ولم يحدد ذلك⁽²⁾، وترك السلطة التقديرية للإدارة لاتخاذ ما تراه ملائما منها، وهذا قد يضر بمصالح المترشحين المقبولين، وقد يؤدي لعدم وصول العلم إليهم بالنتائج التي توصلت إليها اللجنة.

طه :

تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة المترشح الذي يتم انتقائه وقدم أفضل عرض⁽³⁾، حيث أنه وبعد تقييم اللجنة لعروض المتنافسين، تقوم على إثر ذلك بتحرير محضر يتضمن قائمة العروض ترتيبا بالأفضلية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ شريف الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمارست، الجزائر العدد، 03 جانفي، 2013 ص 97.

⁽²⁾ نصت المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 على أنه، تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين بكل وسيلة ملائمة إلى سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم^{''}، وأضافت المادة 35 من نفس المرسوم بأنه ''تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا كل على حدة من أجل المفاوضة على العرض أو العروض المعنية''.

⁽³⁾ انظر المادة 35 من المرسوم التنفيذي 199/18 في فقرتها الأخيرة.

⁽⁴⁾ لقد أورد نص المادة 40 من المرسوم التنفيذي 199/18 كليات التفاوض على نحو محدد وشروطه والحدود التي ينبغي أن يقف عندها التفاوض، حيث تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض في الحدود المرسومة في دفتر الشروط، ولقد حددت المادة 40 المجالات التي تتفاوض فيها على النحو التالي:

- مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء،

- التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة أو المنحة التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض،

- يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق موضوع التفويض باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط،

- لا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي حال من الأحوال إلى موضوع التفويض.

كرس المشرع الفرعي العديد من الضوابط الواجب مراعاتها في المفاوضات لعدة إعتبارات، من بينها طبيعة عقد التفويض في حد ذاته والذي يتميز بطابع آخر مغاير للصفات العمومية من حيث المضمون والغاية المرجوة منه، وما يستشف هنا أنه لا يكفي بأي حال وجود مرفق عام، وأن تكون هناك علاقة عقدية بين السلطة المفوضة والمفوض له، ولكن ينبغي يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام من جهة، وارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال من جهة أخرى، وهذا ما يميز في الحقيقة عقود التفويض عن عقود الصفقات العمومية، وأحد المعايير المهمة في التفرقة بينهما ما يجعل خصوصية إبرام عقد التفويض تلزم بالتفاوض تكريسا لمبدأ الاعتبار الشخصي⁽¹⁾.

ثانياً: النهائي للتفويض

بعد تحديد أفضل العروض من قبل لجنة اختيار واقتناء العروض، يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض، ويمكن لهذا الأخير بالاستناد إلى الصالح العام أن يقوم بإلغاء الإجراء أو المنح المؤقت للتفويض⁽²⁾، ولا يمكن للمتعاملين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم ويتم نشر الإعلان عن المنح المؤقت للتفويض⁽³⁾ وفقاً لنفس إجراء إعلان الطلب على المنافسة المحدد في أحكام المادة 25 من المرسوم التنفيذي.

كما يمكن للسلطة المفوضة إذا رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت للتفويض استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيع الاتفاقية، أن تقوم بإلغاء المنح المؤقت للتفويض، وأن تلجأ إلى المترشح الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات، وتقييم العروض بطبيعة الحال الذي أعدته مسبقاً من طرف لجنة اختيار

(1) بركبية حسام الدين، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 14، 2017، ص 562 .

(2) المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

(3) المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

واقترناء العروض⁽¹⁾، وعند انتهاء الآجال المحددة للطعون، تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول وتسلم نسخة من الاتفاقية له.

تشكل مرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام أهمية كبيرة، ذلك أنه تبني مبدأ المنافسة في اختيار المفوض إليه لا يعني القضاء على مبدأ الاعتبار الشخصي، وإنما يبقى هذا المبدأ يلقي بظلاله على عقد التفويض بجميع مكوناته ومنها طريقة إختيار المفوض له.

المبحث الثاني

السلطة التقديرية للجماعات

المحلية خلال مرحلة الإبرام

تتجلى السلطة التقديرية *discretionnaire pouvoir* في حالة ترك المشرع قدرا من الحرية للإدارة لاتخاذ التصرف، حيث تظهر بأنها عبارة نوع من الحرية أو هامش من حرية التصرف المسموح بها للإدارة العامة⁽²⁾.

يمكن تعريفها بأنها بمثابة حق معترف به من قبل المشرع للإدارة والذي قد يجد نفسه في وضع يستحيل معه أن يبين للإدارة الأسلوب أو المسلك الذي تباشر به نشاطا معيناً⁽³⁾.

⁽¹⁾ يمكن لكل مترشح شارك في الطلب على المنافسة سواء في المرحلة الأولى أو الثانية، أنيقدم طعنا في قرار المنح المؤقت للتفويض، لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى عشرين 20يوما ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، وتقوم اللجنة بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرين 20يوما من تاريخ استلامها للطعن، ويبلغ قرارها إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن، انظر المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

⁽²⁾ يقصد بكلمة تقدير من الناحية اللغوية إمكانية التقدير الحر، فتكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات، بصدد علاقتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع ووقت هذا التدخل وكيفية، فالسلطة التقديرية تنحصر في حرية التقدير الذي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله وما يصح تركها، لأكثر تفصيل انظر سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة عين الشمس، 1991

⁽³⁾ علي خطار الشناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة، الطبعة الثانية، 3119، ص 62.

إن مدى تعقيد المرفق العام ومستوى رقابة السلطة المفوضة هو الذي يحدد شكل تفويض المرفق العام في الجزائر⁽¹⁾، مما يؤثر على هيكل وطريقة تسيير المرافق العمومية من خلال تفضيل طريقة من صور التفويض كأساس لتسيير المرفق العام بحثا عن النجاعة (المطلب الأول) كأداة قانونية للتأطير وتسيير وإستغلال المرفق العام بمقابل مالي يقبض مباشرة من طرف المرتفقين ويحدد مسبقا من خلال السلطة التقديرية للجماعات المحلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تصنيف عقود التفويض

المرفق العام على أساس الرقابة

يتخذ تفويض المرفق العام حسب نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 أشكال تختلف من حيث نظامها القانوني وكذا الآثار الناجمة عن مستوى تحمل المخاطر، هي بذلك تأخذ شكل إمتياز أو الإيجار في المستوى الثاني الذي يتحمل فيه المفوض له جزء من الخطر (الفرع الأول)، وتأخذ شكل المستوى الأول الذي لا يتحمل فيه المفوض له جزء من الخطر هي بذلك تأخذ شكل الوكالة المحفزة، أو التسيير (الفرع الثاني).

=عرفتها الأستاذة المستشارة فريدة أبركان بأنها: "هي أن تكون الإدارة حرة تماما في التصرف في هذا الاتجاه أو ذلك ودون أن تكون خاضعة إلى شرط، فهي قادرة على تقدير الشروط التي تتخذ في ضوءها قرارها ومثال ذلك سلطة رئيس الجمهورية في منح العقود أو الأوسمة، اختيار طريقة تسيير المرافق العامة، لأكثر تفصيل فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، الجزائر، 2002، ص37.

⁽¹⁾ انظر المادة 49 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

الفرع الأول

العقود المشمولة بالرقابة الجزئية

يعد عقد الامتياز أحد صور التقليدية لتفويض المرفق العام وأقدمها، وتم تطبيقه بصور متفاوتة في النظام القانوني الجزائري، (البند أولا)، كما يعد عقد الإيجار إحدى أحدث صور تفويض المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص الذي يتولى استغلال المرفق العام على نفقته ومسئوليته ويتميز عقد الإجارة عن عقد امتياز المرفق في أن الشخص العام يقع شبه عائق إقامة المنشآت والمباني، فيتولى صاحب التفويض إدارة المرفق العام (البند ثانيا).

البند الأول: عقد الامتياز

إن فكرة امتياز المرفق العام لم تعد تتحصر فقط في تسيير واستغلال المرفق العام فقط، بل أخذت أبعادا أخرى وبناء على ذلك فقد ينطوي عقدا الامتياز على قيام الملتزم بإنشاء مرفق عام ومن ثم استغلاله⁽¹⁾.

فالنصوص التنظيمية هي التي تتعلق بقواعد وتنظيم مرفق محل الامتياز وتسييره، أما النصوص التعاقدية فهي التي تتعلق بالحقوق المالية لصاحب الامتياز وتنظم العلاقة بين صاحب الامتياز وبين السلطة مانحة الامتياز، حيث تخضع لإرادة الطرفين وتحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما نصت المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن يتولى صاحب الامتياز تمويله وتسييره بنفسه على أن يتقاضى عن ذلك أتأوي تدفع له من المنتفعين فالمفوض له يصبح في هذه الحال بمثابة القائم والمدير على المنشآت العامة بحيث يتصرف كتصرف رب العمل في مشروعه الخاص، وبالتالي يكون مسئولا عن سير

(1) أبويكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 103.

عملها مسؤولية شبه كاملة، هادفا من وراء ذلك تحقيق أكبر قدر من الريح، والذي ما هو في الواقع إلا نتيجة لوجود استثمار فعلي يتصل بوجود مخاطر وأعباء مالية⁽¹⁾.

عرف القضاء الجزائري عقد إمتياز في قضية شركة نقل المسافرين سريع الجنوب ورئيس المجلس الشعبي البلدية وهران كما يلي: "أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إن التي تمنح بموجبه سلطة بشكل إستثنائي للمستغل بإستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل إستثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع أتاوة ولكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه⁽²⁾.

يتضمن عقد الامتياز تفويض إدارة المرفق إلى شخص آخر سواء كان عاما أو خاصا أو طبيعي أو معنويا، ويتحمل صاحب الامتياز جميع أعباء تشغيل المرفق على نفقته ومسئوليته، ويتقاضى في مقابل ذلك مبالغ مالية من المستفيدين من خدمات المرفق العام تعمل على تغطية الأعباء المالية التي تكبدها صاحب عقد الامتياز، حيث إنتقل المشرع الجزائري نقلة نوعية، حين عبر بصراحة على نيته في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة وذلك تماشيا مع السياسة الجديدة التي تبنتها الدولة في تغيير نظرتها الإيديولوجية بشأن تنظيمها الاقتصادي⁽³⁾.

⁽¹⁾وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 117.

⁽²⁾القرار 11952/11950 الصادر عن مجلس الدولة الجزائري، بتاريخ 2004/03/09 عن الغرفة الثالثة بين شركة المسافرين سريع الجنوب ضد رئيس بلدية وهران، انظر في هذا الصدد الموقع www.conseildetat.dz

⁽³⁾سهيلة فوناس، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والجزائري، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة بجاية، العدد 10، الصادر في 20 نوفمبر 2014، ص 248.

- إعتبر المشرع الجزائري في قانون المياه لسنة 2005⁽¹⁾، أن صاحب الإمتياز لا يمكن أن يكون إلا شخصا إعتبر خاضعا للقانون العام دون سواه من الأشخاص الخاصة، وهو ما يتناقض مع أحكام الواردة في الأمر 96-13 التي منحت الإمتياز للقطاع العام والخاص معا، وهذا ما يتجلى من خلال نص 104 أن المشرع إتجه نحو تكريس التفويض كآلية جديدة في تسيير الخدمة العمومية للمياه، إلا انه استبعد الإمتياز عن طائفة عقود التفويض، وظهر ذلك بوضوح من الناحية الشكلية فقد خصص المشرع لتقنية التفويض القسم الثاني من الفصل الأول بعنوان تفويض الخدمة العمومية للمياه في حين خصص القسم الأول من نفس الفصل الإمتياز، أما من الناحية الموضوعية فقد إعتبرت المادة 101 فقرة 2 من نفس القانون تفويض الخدمة العمومية للمياه كأسلوب مستقل بحد ذاته لا يشمل عقد الإمتياز، وهذا على عكس ما إستقر عليه التشريع والقضاء الفرنسي الذي جعل منه الصورة الأساسية للتفويض⁽²⁾.

- تعريف القانون 08-14: عرف هذا النص الإمتياز بقوله: " يشكل منح إمتياز إستعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بهاء العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز، حق إستغلال ملحق الملك العمومي

⁽¹⁾ حيث نصت المادة 101 فقرة 2 من قانون المياه 05-12 على ما يلي: "يمكن للدولة منح إمتياز تسيير الخدمات العمومية الأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم"

⁽²⁾ مزيتي فاتح، أشكال تفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم التنفيذي 18-199، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجد 7، العدد 1، جانفي 2020. ص 963.

الطبيعي أو تمويل أو نتاج أو إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل الإمتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز⁽¹⁾.

- عرف المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويضات المرفق العام الإمتياز، هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام⁽²⁾.

تضمن هذا التعريف لأول مرة الإمتياز كشكل من أشكال تفويض المرفق العام في تسيير المرافق العامة المحلية، بذلك هذا المشرع حذو المشرع الفرنسي، وجمع بين الإمتياز والتفويض كآلية في نفس النص هذا من جهة، ومن جهة ثانية حمل هذا التعريف مفهوما جديدا له بالمقارنة مع الإمتياز المنصوص عليه في قانون البلدية 11-10 والولاية 12-07، والذي أصبح بإمكان المفوض له إنشاء مرافق عمومية محلية، وهو ما لا نجده في الامتياز المنصوص عليه في قانون الجماعات المحلية في (الولاية البلدية)، حيث يقتصر فقط على التسيير دون الإنشاء، وهو ما نعتبره أن الإمتياز المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 18-199 كآلية لتفويض المرفق العام خاضع لمبدأ المنافسة، هو ليس الإمتياز المنصوص عليه في قانون البلدية والولاية الخاضع لمبادئ القانون الإداري⁽³⁾.

(1) انظر المادة 64 مكررم، القانون 08-04 المؤرخ في 20/07/2008، المعدل والمتمم للقانون 90-30 المؤرخ

في 01/12/1990، المتضمن قانون الأملك الوطنية، ج ر العدد 44 لسنة 2008.

(2) المادة 53 من المرسوم 18-199، السابق الذكر.

(3) فاتح مريتي، مرجع سابق، ص 964.

يتحمل صاحب الإمتياز التقليدي تكاليف الخدمة والمخاطر وإحترام التعريف المتفق عليها في دفتر الشروط مع الإدارة، إلا أن الامتياز الحالي يتحمل صاحب الإمتياز في كثير من الأحيان بناء الأشغال اللازمة لتنفيذ الخدمة⁽¹⁾، بمفهوم جديد لعقد إمتياز المرفق العام بطريقة الإنشاء أو الإستغلال أو الإنتاج تابع للجماعات الإقليمية القائم على مبدأ المنافسة، يتم بالمساواة والشفافية وتكافؤ الفرص عن طريق الإشهار⁽²⁾.

البند الثاني: عقد الإيجار

أولاً- تعريف عقد الإيجار:

عرف المشرع عقد الإيجار بأنه الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة تسيير وصيانة المرفق العام مقابل أتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له ولحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة⁽³⁾.

نستنتج من التعريف أن العناصر التي يقوم عليها عقد إيجار مرفق عام وتتمثل في:

أ - محل عقد الإيجار واستغلال مرفق عام، حيث يتحمل المتعاقد مسؤولية الاستغلال ومن ثم فهو يقوم بتحصيل مقابل الخدمة نظير دارته للعمل.

ب- أن تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة بتقديم المباني والمنشآت التي تمكن المتعاقد معها من القيام بمهمته باستغلال المرفق.

ج- يلتزم مستأجر المرفق العام بدفع مقابل للجهة الإدارية نتيجة استغلاله للمرفق العام، وتعتبر هذه النتيجة منطقية طال ما أن الإدارة تساهم في عملية الاستثمار بتقديم المنشآت والأعمال محل الاستغلال.

⁽¹⁾Rachid Zouaimia et Marie-Christine,Rouault,Droit administratif, Berti édition, Alger, Dely Ibrahim, 2009,P223.

⁽²⁾نعيمه أكلي، التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقود الإمتياز، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة باتنة 1، الصادرة في 5 جوان 2017، ص 453.

⁽³⁾المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

نجد أن المادة 210 المرسوم الرئاسي 15-247 أنها قصرت إيجار المرفق العام على تسييره وصيانته، بحيث تلتزم الإدارة المفوضة بتقديم المرفق العام جاهز للتشغيل، على أن يدفع لها المفوض له أتاوي سنوية نظير استثماره، كما يدفع أجره من خلال الأتاوي المحصلة من المنتفعين من جراء ذلك، ويتصرف المفوض له في هذه الحالة لحسابه وتحت مسؤوليته الكاملة، ويعتبر هذا الشكل من أشكال تفويض المرفق العام أخف وطأة من عقد الامتياز باعتبار أن المفوض إليه لا يتحمل الجزء الأكبر من الاستثمارات بل تشاركه في ذلك الإدارة المفوضة كأصل عام.

ثانيا- خصائص عقد الإيجار:

من خلال التعريف نستنتج خصائص عقد الإيجار

أ- تحمل السلطة المفوضة إقامة المرفق:

تتولى السلطة المفوضة مانحة التفويض نفقات إنجاز المرفق العام ومنحة للشخص العام أو الخاص.

ب- تأدية جزء من المقابل المالي إلى السلطة المفوضة:

يقوم المفوض له بدفع إتاوة سنوية مع تحمل كل المخاطر التي قد تخلق بالمرفق العام أثناء تسييره أو إستغلاله من طرف المفوض له⁽¹⁾.

ج- مدة عقد إيجار المرفق العام:

تحدد مدة الاتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار بخمس عشر سنة كحد أقصى، كما قد يمدد العقد لمدة ثلاث سنوات بطلب من السلطة المفوضة بتقرير معلل لإنجاز إستثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية.

⁽¹⁾سهام سليمان، تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة لكلية الحقوق بجامعة المدية، المجلد 3، العدد 2، الصادرة في 29 جوان 2017، ص141.

3- تمييز عقد إيجار المرفق العام من عقد الإمتياز:

بالرغم أن عقد الامتياز يقترب جدا من عقد الإيجار، بحكم أن كلاهما يتفقان في أنهما شكل من أشكال تفويض المرفق العام، كما أن المقابل المالي لكل من صاحب الامتياز والمستأجر يكون بتحصيل أتاوي من المنتفعين، ويخضعان لرقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، لكن مع ذلك توجد إختلافات بين عقد إمتياز المرفق العام وعقد إيجاز المرافق العام وتتمثل في:

أ- يتحمل المفوض له في عقد الإيجار مسؤولية التسيير وصيانة المرفق العام دون إنشائه الذي يقع على عائق السلطة القوية، عكسي عقد الامتياز الذي قد ينص على إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام.

ب- مدة عقد الإيجار المرفق العام أقصر من عدة عقد الامتياز التي تكون طويلة نسبيا.

ج- يلزم المفوض له في عقد الامتياز بدفع مقابل مالي للسلطة المفوضة عن حصة ما تقضه من المنتفعين إستغلال المرفق العام وذلك من خلال أتاوي الذي يتم تحصيلها من مستعملي المرافق العامة⁽¹⁾.

د- يسري هامش الربح بالنسبة للمفوض له المستأجر من تاريخ الإيجار واستعمال المرفق من طرف المنتفعين، في حين يعرض صاحب الإمتياز تكلفة إنجاز المرفق أولا في المرحلة الأولى تم الحصول على الهوامش الربحية في الدرجة الثانية.

ميز مجلس الدولة الفرنسي في قضية Commune d'Elancourt في 29 أبريل 1987⁽²⁾، عن الحكم الصادر عنه بين عقد إيجار المرفق العام وعقد إمتياز المرفق العام، وفق معياريين:

⁽¹⁾سهام سليمان، مرجع سابق، ص 142.

⁽²⁾Arrêt conseil d'état français du 29 Avril 1987 N° 51022 «Commune D'Elancourt
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT00000772 7071 vule 18/07/2019a 18:50

- المعيار المالي: يلتزم المستأجر بدفع مقابل مالي من حصيلته ما يتقاضاه من المنتفعين في شكل إتاوة سنوية، حتى يمكن له استخدام التجهيزات والإنتاجات التي قام بإنجازها⁽¹⁾، والذي يعتبر أهم خاصية مميزة لعقد الإيجار، ولكن ليس هناك ما يستبعد أحيانا أن يقوم صاحب الامتياز بدفع مقابل السلطة مانحة للامتياز.

- المعيار المادي: خلافا لعقد الإمتياز فان عقد الإيجار لا يتحمل فيه المستأجر تشييد منشآت جديدة تتطلب إستثمارات مهمة، وهذا ما نصت عليه تعليمات وزارة الداخلية رقم 94-3/848 المتعلق بامتياز المرافق المحلية، لأن الهدف من الإيجار ليس التنازل عن المرفق العام إنما هو مجرد طريقة لتسييره واستغلاله نيابة عن الجماعات الإقليمية⁽²⁾.

الفرع الثاني

العقود المشمولة بالرقابة الكلية

علاوة على طرق تسيير المرافق العامة بطريقة الامتياز والإيجار، جاء المرسوم التنفيذي السالف لذكر بطريقتين لتفويض المرفق العام وهما طريقة الوكالة الحفرة أو طريقة التسيير

البند الأول: عقد الوكالة المحفزة

⁽¹⁾ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الإمتياز، الشركات المختلطة، Bot تفويض المرفق العام)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 456.

⁽²⁾ راضية بن مبارك، التعليق على التعليمات رقم 94-89273 المتعلقة بإمتياز المرافق العامة وتأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 45

بالإضافة إلى ما سبق نجد الصورة الثالثة لتفويض المرفق العام، وهو عقد الوكالة المحفزة، أو ما يعرف بعقد الإدارة بالشراكة، أو الإدارة غير المباشرة، حيث أن المشرع⁽¹⁾ لم يعطي تعريفا لها بل ذكر مضمونها والآثار المترتبة عنها، كما أن البحث عن هذا المصطلح في المراجع المتخصصة في القانون الإداري لم نجد لها أثر، مما اضطرننا إلى الرجوع إلى النص المترجم باللغة الفرنسية، وهو غالبا ما يكون النص الأصلي، واعتبارا لذلك فالوكالة المحفزة وفقا لهذا الأخير، فالترجمة الصحيحة هي الإدارة غير المباشرة.

1- تعريف الوكالة المحفزة

الوكالة المحفزة هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير، أو تسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته⁽²⁾.

كما تعرف أيضا الوكالة المحفزة، أن يعهد شخص عام تسيير مرفق عام من طرف المفوض له ولحساب الشخص العام، ويستفيد المفوض له من عائدات على أساس رقم الأعمال⁽³⁾.

وهو العقد الذي يعهد فيه الشخص أيضا إلى شخص عام أو خاص مهمة إدارة المرفق العام بحيث تكون إدارة المرفق بيد صاحب التفويض الذي يتعامل مع جمهور المستفيدين ويكون ذلك لحساب الشخص العام مقابل أجره يدفعها هذا الأخير إلى صاحب التفويض.

وبناء على ذلك لا يملك صاحب التفويض سوى إدارة المرفق العام لحساب الشخص العام مانح التفويض دون التحمل بنفقات إقامة هذا المرفق، ويلتزم فقط بأعباء الصيانة العادية،

⁽¹⁾ حددت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 الوكالة المحفزة بأنها تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته، وتحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العامة.

⁽²⁾ لمادة 55 الفقرة 1 المرسوم التنفيذي 18-199.

⁽³⁾ لمادة 55 الفقرة 3 نفس المرسوم.

وقد اعتبره بعض الفقه بمثابة الوكيل أو النائب عن الشخص العام في إدارة المرفق العام، ويتحمل صاحب التفويض بعد ذلك على أجرة محددة من الشخص العام الذي فوضه في إدارة هذا المرفق.

2- مميزات الوكالة المحفزة

تتميز الوكالة المحفزة أو مشاطرة الاستغلال كما يسميه بعض الفقهاء - بأنه تقنية تعاقدية من خلالها تتحمل الجماعة العامة عبء تمويل منشآت المرفق العام، وتعهد بموجها غالبا إلى أحد أشخاص القانون الخاص إدارته وتسييره مقابل عائدات يتقاضاها من الجماعة العامة على معيارين⁽¹⁾:

أ- المعيار المالية

القائم بالإدارة لا يعمل على نفقته ولا على مسؤوليتها المالية، وبالتالي لا يتحمل أية مخاطر، كما أن عائداته لا ترتبط بالأرباح المحققة، فهو يتقاضى مباشرة من الجماعة العامة عائدات غالبا ما تقوم على عنصرين: عنصر ثابت يتمثل بمبلغ من المال يدفع بصورة مقطوعة كمقابل لإدارة المرفق العام لا يتغير، وعنصر غير مستقر يرتبط بالنتائج الاستثمارية المحققة ويتبدل بتغيرها.

فالعنصر الأول يشكل الحد الأدنى من الضمانة للقائم بالإدارة لقاء جهوده المبذولة في إدارته للمرفق العام، أما العنصر الثاني فهو بمثابة حث له لبذل أقصى جهوده في تحقيق أفضل لمهمته.

ب- المعيار العضوي

⁽¹⁾وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص403، نقلا عن بدير يحي، الجوانب القانونية لآلية تفويض المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، العدد3، جوان 2017، ص137.

يتمثل في كون القائم بالإدارة يعمل باسم لحساب الجماعة العامة، وهولا يظهر سوى كوكيل عن هذه الأخيرة، وبالتالي تبقى الجماعة العامة صاحبة المسؤولية المالية عن كل نشاطات ونتائج المرفق العام، وكذلك المسئولة عن تنظيمه، وكننتيجة لذلك اعتبر الاجتهاد القضائي أن الإدارة غير المباشرة هي مظهر من مظاهر الوكالة.

تتضمن تقنية الإدارة غير المباشرة بأن تمكن الإدارة المفوضة المفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام مع تمويلها إقامة المرفق العام، ولكن لفائدة الإدارة ولحسابها مع بقاء إدارة المرفق تحت يدها، وهنا يظهر عنصرا لوكالة، فالمفوض إليه تتعلق مهامه على التعبير والصيانة ولا يتولى الإدارة بل يتلقى توجيه من قبل السلطة لمفوضة، التي تتولى سلطة التقرير والتصرف.

واعتبارا لذلك كله، جاءت تسمية الوكالة المحفزة لتجمع بين عنصرين وهما:

الوكالة بأن يتولى المفوض له تسيير المرفق العام لحساب السلطة المفوضة وباسمها دون تحمله لأية مخاطر مالية تنتج عن تسييره، وكذا المحفزة ذلك من خلال تحفيز المفوض له وتشجيعه من اجل حصوله على أرباح نتيجة تسييرها لأمثل للمرفق وهنا يظهر عنصر الاستغلال. يتبين من خلال تقنية الوكالة المحفزة، بأن درجة المخاطر بالنسبة للمفوض إليه قليلة جدا مقارنة بالأشكال السابقة للتفويض، غير أنه في مقابل ذلك في أن حريته في إدارة المرفق تنعدم فهو لا يتمتع إلا بالتسيير.

مدة عقد الوكالة المحفزة لا تتجاوز مدة العقد 10 سنوات، على اعتبار أن مانح التفويض لا يتولى إقامة المرفق العام، ويتحمل المفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، كما قد تمدد هذه المدة بسنتين كحد أقصى في حالة إنجاز إستثمارات مادية بطلب من السلطة

المفوضة⁽¹⁾، ويتعين على إخلال المفوض له بواجباته إلغاء عقد تفويض المرفق بشكل الوكالة المحفزة.

البند الثاني: عقد التسيير

سيتم تعرف عقد التسيير (أولاً)، ثم نميزه من الوكالة المحفزة للتقارب بين الشكلين (ثانياً)

أولاً- تعريف عقد التسيير

عقد التسيير أو ما يعرف بعقد إدارة المرفق العام، يعرف عقداً لتسيير على أنه عقد يعهد بمقتضاه شخص معنوي عام يتولى مرفقاً عاماً للغير تسيير هذا المرفق لحساب الشخص المعنوي ذاته بمقابل مالي جزافي، فمن ذلك هو ضمانا لتسيير العادي للمرفق العام⁽²⁾، وتقترب وظيفة القائم بالتسيير من وظيفة المسؤول في الإدارة غير المباشرة، في أنه يدير المرفق الحساب الشخص العام وهو في هذه الحال يعتبر وكيلاً⁽³⁾.

كما أن مسؤوليته المالية محدودة جداً بل تكاد تنعدم أحياناً لكن ما يميز عقد تسيير المرفق العام عن الإدارة غير المباشرة هو أن القائم بالتسيير في الحالة الأولى يتقاضى مبلغاً جزافي دون أية إضافات أو علاوات، بينما في الحالة الثانية هنا حتماً مبلغ إضافي يتقاضاه المتعاقد⁽⁴⁾، تهدف جهة الإدارة من خلال عقود التسيير رفع كفاءة تشغيل المشروع وصيانته بالاستفادة من الخبرة والكفاءة الفنية للقطاع الخاص كما تلجأ إلى تطبيق عقود التشغيل والصيانة في الحالات التي يصعب فيها الالتجاء إلى عقود الإيجار الانخفاض أسعار تقديم

(1) المادة 55 الفقرة 6،7 المرسوم التنفيذي 18-199، السابق الذكر.

(2) مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 457

(3) أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2015، ص 93.

(4) وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 412.

الخدمة وصعوبة زيادتها الأسباب سياسية أو لسوء حالة المرفق على نحو يتعذر معه الالتجاء لهذا الأسلوب⁽¹⁾.

عرف المشرع عقد التسيير على أنه الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته بدون أي خطر يتحمله المفوض له⁽²⁾، ويتضح من خلال هذا التعريف أن الدولة هي من تنشأ المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

ثانيا- تمييز عقد تسيير المرفق العام عن عقد الوكالة المحفزة

لا يختلف عقد التسيير عنه في الوكالة المحفزة إلا من حيث المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض إليه، إذ يحدد في عقد التسيير بناء على نسبة مئوية من رقم الأعمال، إضافة إلى أن التعريفات التي يحصلها للإدارة المفوضة تضعها هذه الأخيرة بإرادتها وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة عجز المفوض له حيث تصيح نفقاتها أكبر من إيرادات الاستغلال كحالة قيام مثلا بأشغال توسعة في المنشأة التي عهد إليه أو المنحة التي يتقاضاها اقل بكثير من نفقاته تلك حينئذ نعوضه الإدارة المفوضة، وبالتالي فإن المسير في هذه الحالة لا يتحمل أي مخاطر مالية جراء تسييره للمرفق العام، وعليه، فإن أجر المسير مرتبط تحديده على أساسا الاستثمار⁽³⁾.

للإشارة فإن ترجمة عند التسيير فيا لنص المحرر باللغة الفرنسية هو *gérance* أي عقد إدارة المرفق العام مع أن المنظم أعطاه مفهوما جديدا يتماشى والظروف الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، وتتراوح مدة العقد بين ثلاثة وخمسة أعوام ويظهر فيه الشخص المكلف

⁽¹⁾ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 118.

⁽²⁾ المادة 55 الفقرة 6 و7 المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق

⁽³⁾ بدير يحيى، مرجع سابق، ص 138.

بالإدارة الخدمات التي لا يمكن تفويضها إلا لمفوض وحيد يحتل وضعية احتكارية أوفي حالة الاستعجال⁽¹⁾.

نظرا لتداخل عقد التسيير مع عقد الوكالة المحفزة في الكثير من العناصر التي تكاد أن تكون متطابقة، خاصة فيما يتعلق بدور المفوض ومدة العقد، لكن الفقهاء ميزوا بين عقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة على أن القائم بالإدارة في الحالة الأولى، يتقاضى مقابلا ماديا ثابتا، إلا إذا نص العقد خلاف ذلك، بينما في الحالة الثانية هناك مبلغ إضافي يتقاضاه المتعاقد.

يتفق عقد تسيير المرافق العام مع الوكالة المحفزة في كون السلطة المفوضة هي من تنشأ المرفق العام وتعهد تسييره أو صيانته للمفوض له، وتحتفظ بإدارته وبرقابة كلية على المرفق العام، والحق في المقابل المالي يكون بنسبة مئوية من رقم الأعمال مضافا إليها المنحة الإنتاجية وتحصيل التعريفات لصالحها، ويختلف عقد التسيير عن الوكالة المحفزة في:

- يتحمل المفوض له المخاطر التجارية والصناعية في حالة الوكالة الحفرة، من حين تعوض السلطة المسير بأمر جزافي في حالة العجز في عقد التسيير.
- يتم تحديد تعريفه مستعملي المرفق بالاشتراك مع المفوض له في حالة الوكالة المحفزة، بينما تحدد بإرادة منفردة من طرف السلطة المفوضة عقد التسيير.
- عقد الوكالة المحفزة أطول من عقد التسيير المحددة ب 5 سنوات قابلة للتجديد بسنة واحدة.

⁽¹⁾أوضحت المادة 21 من المرسوم 18-199 السابق الذكر، حالات استعجال، الحالات الآتية:

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

-استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له،

-رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجل.

- تحتفظ الإدارة بالأرباح وفقا لدفتر شروط المحدد مسبقا في عقد التسيير، بينها يعود جزء من الأرباح للمفوض له في حالة عقد الوكالة لمحفزة .

إعتبر المشرع الجزائري عقد التسيير كأسلوب التفويض المرفق العام، حيث اشترط ارتباط أجر التفويض بالنتائج الإستغلال وهي منحة إنتاجية، عكس القضاء الفرنسي الذي كيفه مرة صفقة عمومية ومرة أخرى عقد تفويض، والعبرة من التفرقة بين التفويض والصفقة العمومية هو مدى إرتباط المقابل بنتائج الاستغلال، وهذا الارتباط يشكل عنصرا رئيسيا في عقد التفويض.

المطلب الثاني

آلية تحديد المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام

نستعرض من خلال هذا العنصر تعريف المقابل المالي، ثم التطرق سلطة الجماعات المحلية في تحديد المقابل المالي، والتعرف على المعيار المعتمد لتحديد المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، ثم التعرف على الطرق المعتمدة في تحديد المقابل المالي والقيود الواردة عليه .

الفرع الأول

تعريف المقابل المالي

تطلق على المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام عدة تسميات، كالبدايات، التعريفات، الأتاوى⁽¹⁾، التسعيرة وغيرها.

¹ انظر المادة 40 من المرسوم 18-199

أطلق المشرع الجزائري⁽¹⁾ تسمية "أتاوى" Redevances على المقابل المالي في عقود الامتياز والإيجار⁽²⁾، وإسم "التعريفات Tarifs" و"منحة Prim" في عقد التسيير والوكالة المحفزة⁽³⁾.

تعتبر التعريفة هي الثمن المدفوع من المستخدمين لحساب السلطة المفوضة وليس لحساب المفوض له، في عقد الوكالة المحفزة والتسيير، بينما المفوض له تدفع له أجره مباشرة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وعند الاقتضاء من حصة الأرباح، ومرد ذلك إلى طريقة التي يقوم بها المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته، أما إذا كان الثمن المدفوع من المستخدمين لحساب المفوض له فهنا تعتبر آتاوى، ويرجع ذلك إلى تعهدات المفوض له بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام المفوض واستغلاله في عقد الامتياز أو بتسييره وصيانته، في عقد الإيجار.

تختلف التعريفات عن الأتاوى، من حيث تقدير قيمتها مع ثمن الخدمة المؤداة، فالأتاوى تعبر عن الثمن الحقيقي لقيمة الخدمة المؤداة من المفوض له فهي تغطي تكاليف تسيير المرفق مباشرة ودون تدخل السلطة المفوضة، عكس التعريفات، التي هي عبارة عن ثمن لتغطية تكاليف التسيير المفوض له مع ضمان قدر من الربح، فهي لا تساوي قيمة تكلفة

⁽¹⁾ من خلال أحكام المادة 210 المرسوم الرئاسي 15/247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العامة، في المواد 53، 54، 55 و56 أعطى تسمية مختلفة للمقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له.

⁽²⁾ انظر الفقرة الثانية والثالثة المادة 210 من المرسوم الرئاسي والمادتين 53 و54 من المرسوم التنفيذي 18/199 ا هو معمول به في عقد الامتياز والإيجار.

⁽³⁾ انظر إلى الفقرة أحكام المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15/247 والمادتين 55 و56 من المرسوم التنفيذي 18/199،

تسيير المرفق ما يقتضي تدخل السلطة المفوضة للموازنة، وبالتالي يجب عند تحديد الأتاوى أو التعريفات تمكين المفوض له من تغطية أعبائه وتحقيق الأرباح التي يسعى إليها⁽¹⁾.
عرف القضاء الإداري الفرنسي الأتاوى بأنها: "اقتطاعات تؤدي من المنتفعين بغية تغطية أعباء مرفق عام معين، أو نفقات لتشييد وصيانة منشأ عام، وذلك كمقابل للخدمات المؤداة من خلال المرفق أو في استخدام للمنشأ"⁽²⁾.

عرف القضاء الإداري الفرنسي المقابل المالي وربطه بنتيجة الاستغلال فالمقابل المالي يجب أن يكون ناتجا عن تسيير واستغلال المرفق العام، وعلى هذا الأساس أستبعد في كثير من الأحيان "عقد التسيير" من عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل مدفوع من طرف الإدارة ويكون جزافيا ليس له ارتباط باستغلال المرفق، وجاء قرار مجلس الدولة ل 15 أبريل 1996 في خلاصته: "يجب أن يضمن دفع المقابل المالي في تفويض المرفق من نتيجة الاستغلال"، أي من الموارد المتأتية من الاستغلال، في أغلب الأحيان تكون إتاوات من المرتفقين، ويمكن أن تدفع من الإدارة لكنها متأتية من استغلال المرفق مثلا من الإشهار، ولكنها ليست الطريقة الوحيدة لتحصيل المقابل.

يقول Vedel: "إن صاحب الامتياز يمكن أن يحصل على مقابلة المالي من طرف المرتفقين أو بواسطة أشكال أخرى". ويمكن أن تكون هناك إعانات من الهيئات العمومية لكن

⁽¹⁾ضريفي نادية، سلامي سمية، المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، مجلة صوت القانون المجلد السابع، العدد 2، نوفمبر 2020، ص 840.

⁽²⁾CE 21 novembre 1958. Syndicat national des transports aériens – AJDA 58. Not trot abas . P 471. " Un prélèvement demandé à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public et qui trouve sa contrepartie directe dans des prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage".

نقلا عن بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالفايد، تلمسان، (2018-2019)، ص 211.

هذا استثناء وبصفة تكميلية فقط لأن الأساس أن يكون المقابل المالي مرتبطا بالاستغلال⁽¹⁾، و هو ما أكدته التعليمات الوزارية رقم 006 المؤرخة في 09 جوان 2019⁽²⁾.

الفرع الثاني

سلطة الجماعات المحلية في تحديد المقابل المالي

تختلف طرق تحديد المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، ومن المهم أن يعرف طبيعة هذا المقابل الذي يحصل عليه في صورة أتاوى وتعريفات يتقاضاها من المنتفعين، هل هي من قبيل الأحكام التنظيمية أو التعاقدية

البند الأول - طرق تحديد المقابل المالي التعاقدية

يحدد المقابل المالي بعدة طرق وتحكمه مجموعة من الضوابط، وتوجد ثلاث طرق أساسية لتحديده وهي:

أولاً- تحديد المقابل المالي في دفتر الشروط:

تقتضي المبادئ العامة لعقود التفويض بأن يتضمن دفتر الشروط بنودا تحدد القواعد التي تخضع لها التعريفات أو الأتاوى. وطبقا للمادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلقة بدفتر الشروط، يحتوي الجزء الثاني من دفتر الشروط الذي عنوانه "دفتر العروض"

(1) ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 134.

وهذا ما كرسته المشرع الجزائري في مضمون المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15/247 والتي نصت على: «...ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام».

(2) ابنصها: «إن أهمية هذا النمط في تسيير المرفق العام تكمن، على وجه الخصوص، في كيفية التكفل بأجر المفوض له، والذي يرتبط أساسا بنتيجة استغلال المرفق العام...» التعليمات رقم: 006 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18/199، المتعلق بتفويض المرفق العام، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية .

على بنود إدارية وتقنية وكذلك على البنود المالية وهي: «البنود المالية التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو الذي يدفعه عند الاقتضاء مستعملوا المرفق العام المعني بالتفويض، يجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كفاءات حسابه.»، فهي بنود تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو السلطة المفوضة حسب الشكل الذي تم تحديده من طرف السلطة المفوضة، سواء كان منحة بنسبة مئوية أو أتاوى من مستعملي المرفق العام وغالبا ما يتم تحديد المقابل المالي بصورة مرنة، وذلك بتحديد في دفتر الشروط الحد الأقصى للتعريفة، من أجل ترك مجال للمفوض له للمبادرة وحرية في تحديد التعريفة، وذلك ضمن الحد الأقصى المعين⁽¹⁾.

ويتم بعدها النص في اتفاقية تفويض المرفق العام المبرمة بين السلطة المفوضة والمترشح الفائز على شكل المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام، وكذا آليات تحيينه ومراجعته، وهذا ما نصت عليه المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18/199

ثانيا- تحديد المقابل المالي من طرف السلطة المفوضة:

تلجأ السلطة المفوضة في تحديدها للمقابل المالي في عقد التفويض إلى أحد الأساليب الآتية

* تحديد الإدارة قيمة الأتاوى أو التعريفات، بعد استشارة المفوض له دون أن يكون لتلك الاستشارة طابعا تعاقديا بالنسبة لعملية تحديد مقدار المقابل المالي حيث يظل تحديده رغم تلك الاستشارة عملا صادرا عن السلطة المفوضة وحدها.

* إفراد السلطة المفوضة بتحديد قيمة الأتاوى أو التعريفات دون استشارة المتعاقد معها.

⁽¹⁾ محي الدين القطب مروان، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز الشركات المختلطة BOT - تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2015، ص 144-145.

* تحديد السلطة المفوضة لحد أقصى للتعريفات أو الأتاوى دون استشارة المفوض له المتعاقد معها والذي يكون له في هذه الحالة اقتضاء المقابل المالي من المنتفعين في نطاق هذا الحد الأقصى، وفي حالة تحديده في حدود الحد الأقصى الذي حددته السلطة المفوضة، فإن سريانه يقتضي مصادقة الإدارة عليه، وذلك حفاظا على المصلحة العامة¹. وفي الواقع فإن السلطة المفوضة حينما تخول للمفوض له حرية تحديد الرسم في نطاق الحد الأقصى، فإنها تضمن عقد التفويض نصا صريحا يوجب تصديق الإدارة على الرسم الذي يقرره المفوض له⁽²⁾.

ثالثا - تحديد المقابل المالي من طرف المفوض له:

يحق للمفوض له في بعض الحالات تحديد المقابل المالي، ويخضع هذا التحديد لتصديق السلطة المفوضة ولا يقتصر تصديق السلطة المفوضة على التحقق من تقييد المفوض له بالحدود القصوى المنصوص عليها في دفتر الشروط، وإنما يمتد للتحقق من أن التعريف توفّر حسن تشغيل المرفق العام وسيره⁽³⁾.

فالمقابل المالي الذي يتحصل عليه المفوض له في عقد الوكالة المحفزة يدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء ويتولى المفوض له تحصيل التعريفات من المستفيدين من خدمات المرفق لحساب السلطة المفوضة، وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15/247، والمادة 55 من المرسوم التنفيذي 18/199.

(1) عبد المنعم خليفة عبد العزيز، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، الإسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2010، ص 9.

(2) حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 648.

(3) محي الدين القطب مروان، مرجع سابق، ص 145.

يتكون المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له من جزء ثابت يحدد في العقد وجزء متحرك يرتبط بنتائج استغلال المرفق، وهذا ما يشكل حافزا أمام المفوض له يدفعه إلى تحسين طرق استغلال المرفق وتحسين إنتاجيته- جزء ثابت "مضمون": وهو مبلغ من المال محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق يتقاضاه المفوض له من السلطة المفوضة سواء كان المرفق ناجحا في نشاطه أو خاسرا⁽¹⁾ - جزء متغير: المتمثل في مكافأة إضافية يختلف مقدارها في حالة نجاح المرفق العام وتحقيق الأرباح وتقدر المكافأة عادة على أساس الربح الصافي أو على أساس الدخل الإجمالي⁽²⁾، وتتشرك السلطة المفوضة مع المفوض له في تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام⁽³⁾، إلا إذا كان هناك نص صريح في الإتفاق يقضي بخلاف ذلك، وذلك من أجل إضفاء نوع من الحرية للمفوض له لمنحه مجال للتنافس⁽⁴⁾، وعليه إذا أصيب بالعجز أثناء التسيير، فإنه لا يتحصل على أي تعويض.

يتحصل المفوض له في عقد التسيير على المقابل المالي يدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يضاف لها منحة إنتاجية، وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15/247، والمادة 56 من المرسوم التنفيذي 18/199 ولا تتفاوض السلطة المفوضة مع المفوض له بخصوص التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، حيث يتم تحديدها مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة لوحدها والتي تحتفظ كذلك بالأرباح، فالمفوض له يقوم بمهمة

(1) ظريفي نادية، سلامي سمية، مرجع سابق ص 848.

(2) أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2015، ص 115.

(3) وهذا ما جاء في المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18/199 : «...تحدد السلطة المفوضة بالإشتراك مع المفوض له

التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام...»

(4) محمد عبد اللطيف محمد، تفويض المرفق العام، مصر، دار النهضة العربية، 2000، ص 154.

تحصيل هذه التعريفات لحساب السلطة المفوضة. أما في حالة العجز التي من الممكن أن تلحق بالمفوض له خلال تسييره للمرفق العام فإن السلطة المفوضة تقوم بتعويض المسير بأجر جزافي.

لأن عقد التسيير هدفه ضمان سير المرفق العام وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز، فالمفوض له هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل أرباح وخسائر تسييره⁽¹⁾ ويمكن للمفوض له تحصيل التعريفات وتحويلها إلى السلطة المفوضة التي تقوم بدفع الأجرة المحددة في العقد. كما يمكن أن يحتفظ المفوض له بالإيرادات فإن زادت عن المبلغ المحدد في العقد يعاد الفرق إلى الشخص العام وإن نقصت عن المبلغ المحدد تدفع السلطة المانحة المبلغ المتبقي⁽²⁾.

البند ثاني - الطرق التنظيمية لتحديد المقابل المالي

إن تحديد الطبيعة القانونية للمقابل المالي يعد من الأمور البالغة الأهمية، لأن تقاضي المقابل المالي بالنسبة للمفوض له يعتبر الباعث والدافع الحقيقي من إبرام عقد التفويض. وقد صنفت الأتاوى أو التعريفات من الأحكام التنظيمية، وليس التعاقدية لأنها تدخل ضمن قواعد تنظيم المرفق العام، وبذلك لا يمكن للمفوض له أن يلجأ الزيادة المقابل المالي مهما كانت الصعوبات المالية التي تعترضه، والإدارة وحدها هي التي تستطيع تعديل وتغيير الأتاوى أو التعريفات بإرادتها المنفردة ودون أخذ رأي المفوض له، كلما رأت في ذلك ضرورة، وصنفت من الأحكام التنظيمية لأنها تمس المنتفعين مباشرة، وتتعرض على الخدمة العمومية وخصوصيتها، فهي غير قابلة للتفاوض، والزيادة الانفرادية من طرف المفوض اليه الذي يبحث عن الربح، وإلا فما الفرق بين الخدمة التي يقدمها القطاع الخاص والخدمة التي

(1) ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 159.

(2) محي الدين القطب مروان، مرجع سابق، ص 460

يقدمها المرفق العام، فالغرض من المرفق العام ليس الربح فقط بل تحقيق وإشباع حاجات عمومية، لذلك قد لا تغطي أحيانا هذه الأتاوى أو التعريفات النفقات⁽¹⁾، التي يقوم بها المفوض له فتلجا الدولة إلى تغطية الفارق من خلال الإعانات التي تهدف أساسا لضمان إستقرار الاتاوات أو التعريفات وجعل هذه الخدمات في متناول الجميع .

إلا أنه بالرجوع الى المرسوم التنفيذي 18/199 نجد عدم إمكانية تفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض حول التعريفات والأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له في غالب الأحيان حسب شكل التفويض، بحيث هناك عقود يمكن للسلطة المفوضة التفاوض حول الأتاوى وعقود أخرى لا يمكن التفاوض فيها وهو ما سيتم تفصيله لاحقا وعليه تختلف الأحكام التعاقدية المتعلقة بالجانب المالي الذي يتقاضاه المفوض له في عقود التفويض، من عقد الأخر وهي غير ثابتة في كل العقود، ولا يمكن تعديلها إلا بموافقة الطرفين وقابلة للتفاوض وهي عبارة عن امتيازات مالية، وتتمثل أساسا في إعانات الدولة، كتسيقات القابلة للاسترجاع، وكذلك الضمانات القروض التي يلجأ إليها المفوض له.

يتقاضى المفوض له (صاحب الامتياز) جراء تسييره واستغلاله للمرفق، والذي يتحصل عليه عن طريق الأتاوى التي يدفعها مستعملي المرفق العام مقابل الخدمة التي قدمت لهم، حيث يتحمل صاحب الامتياز الأعباء المالية المتعلقة بإنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام⁽²⁾، هو الفرق بين التسيير المباشر والتسيير عن طريق الامتياز، الذي

⁽¹⁾ سمح المشرع الجزائري من خلال المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18/199 للسلطة المفوضة عن طريق لجنة اختيار وانتقاء العروض التفاوض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط التفاوض حول 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.

⁽²⁾ انظر نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15/247، والفقرة 2 من المادة 53 من المرسوم التنفيذي 18/199.

يعد الصيغة الأنجع لتجنب تحمل ميزانية الدولة مبالغ ضخمة توجه الإنجاز وتسيير المرافق العمومية⁽¹⁾، كما تستقل السلطة المفوضة بتحديد المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب الامتياز، ويلتزم بأدائه جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد الامتياز⁽²⁾.

تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المفوض له حول إعانات التجهيز وإعانات التوازن التي تقدمها السلطة المفوضة لأن هذا الشكل من العقود يكلف نفقات استثمار ضخمة ويكون لمدة طويلة⁽³⁾.

يتقاضى المفوض له (المستأجر) آتاوي يدفعها مستعملي المرفق العام المستفيدين من خدماته، ولا يحتفظ المستأجر لنفسه بكافة الأتاوي وإنما يدفع للسلطة المفوضة مقابل مالي تتمثل في إتاوة سنوية وذلك حتى يمكن لها استهلاك قيمة التجهيزات والإنشاءات التي قامت بتنفيذها، وهو أحد الخصائص المميزة لعقد الإيجار، وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15/247، والمادة 54 من المرسوم التنفيذي 18/199 أن تكون هذه الأتاوي محددة مسبقا في دفتر الشروط ولا يمكن التفاوض في شأنها، ويتولى المستأجر تسيير وصيانة المرفق العام لحسابه مع تحمل كل المخاطر، دون إقامة المنشآت لأن السلطة المفوضة هي من تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتسلمه جاهزا للمستأجر المقابل المالي الذي يتلقاه المستأجر يكمن في الفرق بين الإيرادات (الآتاوي) التي يحصلها من المنتفعين والمقابل الذي يدفعه للشخص العام⁽⁴⁾.

⁽¹⁾فرناس سوهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 90-91

⁽²⁾محمود أحمد، البيواتي وفاء، المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة القاهرة، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، ص 69.

⁽³⁾ظريفي نادية، سلامي سمية، مرجع سابق ص 848.

⁽⁴⁾ZOUAIMIA Rachid, La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015, Op.cit, p.17

الفصل الثاني

آثار التفويض وتسوية منازعاته

يترتب على عقد التفويض التزامات متبادلة على أطرافه، إذ يعطي السلطة المفوضة والمفوض له مجموعة حقوق ويرتب بزمتهما عدة التزامات، كما أن آثاره قد تمتد تجاه أشخاص آخرين ليسوا طرفاً في العقد وهم الغير عن العقد، وعليه سنبحث آثار العقد تجاه أطرافه وتجاه الغير، ولما كان التفويض من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة من الزمن إلا أنه لا يمكن أن يكون مؤبداً، وله نهاية شأنه شأن العقود الأخرى، فسنبحث في نهاية هذا العقد بالطرق نفسها التي تنتهي بها العقود الإدارية الأخرى أم أن هناك طرقاً مختلفة لإنهائه، وقد يترتب عليه سواء في مرحلة التنفيذ أم عند نهايته منازعات وخلافات بين أطرافه أو مع الغير عن العقد، فكيف تحسم تلك المنازعات التي تنشأ في ظل هذا العقد، وعلى ذلك فسيكون **المبحث الأول** مخصصاً للبحث في آثار عقد التفويض، أما نهاية عقد التفويض وحل المنازعات الناشئة عنه فسيتم دراستها في **المبحث الثاني**.

المبحث الأول

آثار عقد التفويض

تمثل الالتزامات المتعددة التي يربتها عقد التفويض على أطرافه الآثار القانونية له والتي يلزم أطراف العقد بها، وسنقوم ببيان حقوق والتزامات الطرف المانح للتفويض في (المطلب الأول)، وفي نبين حقوق والتزامات المفوض له (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حقوق والتزامات السلطة المفوضة

يترتب على إبرام اتفاقية المرفق العام بين السلطة المفوضة والمفوض له حقوق والتزامات على كل طرفي العقد، وعدم التزام أحد طرفي بتنفيذ التزامات ويؤدي إلى بالضرورة إلى إلحاق ضرر بالطرف الأخر، وهو ما يؤدي إلى نشوب خلافات ونزاعات بين السلطة المفوضة والمفوض له.

إن الإدارة المفوضة تتمتع بمجموعة من الحقوق والسلطات تجاه المتعاقد معه (الفرع الأول)، وفي الوقت نفسه تقع عليها عدة التزامات يجب الوفاء به (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حقوق السلطة المفوضة

تتمتع السلطة المفوضة بما لها من امتيازات السلطة العامة بجملة من السلطات في مواجهة المفوض له وذلك لضمان تنفيذ بنود اتفاقية تفويض المرفق العام على أحسن وجه،

ومن ثم ضمان الإستغلال والتسيير الأمثل والفعال لهذا الأخير، ومع تعدد وتنوع هذه السلطات فإننا نركز على الأهم منها والمتمتمة فيما يلي:

البند الأول: حق الإدارة في الرقابة والإشراف على المفوض له

إن السلطة الإدارية باعتبارها المفوضة تتمتع بحق ممارسة الرقابة والإشراف على المفوض له عند إدارته واستثماره للمرفق العام، وترجع جذور هذا الحق إلى التفويضات التي تتمتع بها السلطة العامة تجاه المرفق العام، إذ إن طبيعة المرفق وضرورة إستمرار سيره بانتظام واطراد في تقديم الخدمات هو الذي أعطى السلطة المانحة هذا الحق⁽¹⁾، ذلك أن مهمتها الأساسية الحفاظ على المصالح العامة ويشمل هذا الحق حق الإدارة بالرقابة على حسن تنفيذ عقد التفويض والتحقق من تطبيق كافة الشروط المنصوص عليها في دفاتر الشروط، وهذه الرقابة تكون متنوعة، فقد تشمل الجوانب المالية والإدارية والتقنية، وتكون الرقابة في أثناء تنفيذ العقد وقد تكون لاحقة على التنفيذ⁽²⁾.

فحق الرقابة والإشراف هو حق ثابت للإدارة حتى في حالة عدم النص عليه في وثيقة الالتزام، وللإدارة الحق في أن تقوم بهذه الرقابة بنفسها أو تعهد بها لغيرها من الأجهزة الرقابية ولاسيما في الحالات الفنية والتقنية، أو تشكل لجنة تختص بذلك أو تقوم بتعيين أشخاص ينوبون عنها في إجراء الرقابة⁽³⁾.

على الرغم من ذلك فإن سلطة الإدارة بالرقابة لا تكون مطلقة فهي مقيدة بمبدأ المشروعية، بمعنى استهداف الإدارة من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة، والمعيار الأساس الذي يضبط رقابة السلطة المانحة هو عدم التأثير على عقد التفويض، بحيث لا تؤدي

(1) مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 60.

(2) محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 27.

سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 413.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 87.

- علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 285.

الرقابة المفروطة إلى التدخل في أعمال المستثمر وان تكون هذه الرقابة في حدود تنفيذ شروط العقد، وان لاتصل إلى حد تغيير موضوع العقد أو الاعتداء على حقوق المتعاقد الآخر⁽¹⁾.
إن الغرض الأساس من الرقابة على المشروعات ليست الرقابة بمفهومها السلبي أي بمفهوم الضبط الإداري إنما يجب أن تكون هذه الرقابة بناءة، فعلى المفوض لهان ينطلق لتحقيق الهدف وان تعطيه الإدارة الفرصة في ذلك، وعلى السلطة المانحة عدم التدخل في كل صغيرة وكبيرة عند قيامها بالرقابة، فالإدارة تشرف على المشروع من خلال رسم السياسة العامة لهذا المشروع عن طريق القوانين واللوائح، ثم متابعة العمل عند التنفيذ أي الرقابة المعاصرة للتنفيذ والتأكد من حسن أداء الخدمة، ثم تأتي بعدها الرقابة اللاحقة إذ تتحقق الإدارة من تأدية المرفق للخدمات المرجوة منه⁽²⁾.

البند الثاني - سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة

يتمتع العقد الإداري بخصائص ذاتية جوهرية تجعل له طابعاً مميزاً عن العقد المدني⁽³⁾ ذلك أن اتصال العقد بالمرفق العام، ورغبة الإدارة من إجراء إبرامه تحقيق النفع العام، كان من شأنه تمتع العقد الإداري بمرونة تكون معها للإدارة في أثناء تنفيذه سلطة تعديل الالتزامات المفروضة على عاتق المتعاقد معها، وذلك كل ما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديلها إلا باتفاق الأطراف، ذلك أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تقتض من مقتضى حدوث تغيير في ظروف العف وملابساته وطرق تقيد⁽⁴⁾.

(1) هاني محمود حمزه، المرجع السابق، ص 197.

(2) محمد الجوهري، دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 53.

(3) أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 327.

(4) سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 458.

يجد حق التعديل أساسه في مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ قابلية المرفق العام للتكيف والتغيير تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة، ولذلك كان يجب أن تأتي العقود التي تتصل بنشاط مرفق عام خاضعة لسلطة الإدارة في التعديل والتغيير إعمالاً لهذه المبادئ التي تحكم المرافق العامة⁽¹⁾.

السؤال الذي يثار في هذا الشأن هل سلطة الإدارة في اللجوء إلى إبرام الملاحق⁽²⁾ بإرادتها المنفردة تعارض فكرة الرضائية في العقد الإداري باعتبارها جوهر فكرة العقد سواء في نطاق القانون العام أو القانون الخاص؟

يذهب الفقه في إجابته على هذا التساؤل إلى أن:

أولاً- أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها ليست مطلقة وإنما يجب أن تمارسها كضرورة تلجأ إليها حين يتعثر انتظام سير المرفق العام، وهي كونها ضرورة فإنها استثناء من الأصل العام الذي يقضي بضرورة احترام القوة الملزمة للعقد ولا يكون الخروج على ذلك إلا للضرورة ووفقاً لضوابط وشروط⁽³⁾.

هذه الشروط التي نادى بها الفقه تغيير الظروف التي أبرم العقد في ظلها حيث أنه طالما تهدف الإدارة إلى تحقيق النفع العام وطالما جرت ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد فلا بد من تعديل نصوص العقد لكي تتفق والظروف الجديدة⁽⁴⁾، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتوجب على جهة الإدارة أن تعدل فقط من الشروط المتصلة بتنظيم المرفق العام دون الشروط المتصلة بالمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة⁽⁵⁾، وأن يكون

(1) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 278279

(2) تم إدراج آلية تعديل عقود التفويض بصيغة الملاحق في القسم الثالث من الفصل الثالث، مع مراعاة الاستثناءات المحددة في نص المادة 59 من المرسوم التنفيذي 18-199.

(3) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 281

(4) أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 329

(5) محمد سعيد صين أمين، مرجع سابق، ص 106

تعديلها في نطاق معين بحيث لا تقلب اقتصاديات العقد، ويقابل سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد حقوق للمتعاقد معها نفسه أمام عقد جديد⁽¹⁾، وهذا تتمثل في الحق في التعريض العادل لتغطية الأعباء المالية الناشئة عن التعديل، وحق إلغاء الإجراءات غير المشروعة للإدارة، وحق فسخ العقد إذا تجاوز نطاقه⁽²⁾.

ثانياً- إن أساس مصدر سلطة التعديل التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها قد يكون لائحياً أو تعاقدياً، إلا أن الإدارة قد تمارس سلطة التعديل خارج هذا الأساس، حيث أنه إذا كانت سلطة التعديل منصوص عليها في القانون أو اللائحة فإن ذلك يمثل قيوداً تشريعياً على إرادة كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها فسلطة التعديل تكون مقروضة على كلا الطرفين بنسب وحدود معينة، في هذه الحالة لا مجال للحديث عن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة وإنما تكون ملزمة بتطبيق نص القانون أو اللائحة⁽³⁾، وقد تكون سلطة التعديل منصوص عليها في العقد الإداري وقبلها المتعاقد مع الإدارة وفي هذه الحالة لا تمثل امتيازاً للإدارة أو تعديلاً للعد بالإرادة المنفردة لأن إرادة المتعاقد اتجهت إلى قبول سلطة التعديل الواردة ضمن بنود العقد⁽⁴⁾، أما إذا مارست الإدارة سلطة التعديل خارج إطار النصوص اللائحية والتعاقدية فإنه لا يمكن إنكار إرادة الطرف المتعاقد في هذا الشأن فالنية المشتركة للطرفين في تحقيق النفع العام وعدم التضحية بحقوق المتعاقد المالية الناشئة عن العقد الإداري تقتضى قبول المتعاقد لسلطة التعديل التي تجد أساسها في طبيعة المرفق واتصال العقد به وضرورة الحرص على سيره بانتظام، ومن هنا يثبت حق جهة الإدارة في

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق 467

(2) علي سليمان الطماوي، مدي تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء التحكيم، مرجع سابق، ص 831

(3) محمد سعيد صين أمين، مرجع سابق، ص 108

(4) أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 331

تعديل العقد بإرادتها المنفردة بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر⁽¹⁾.

تملك الإدارة سلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، إذا اقتضى ذلك كان لإدارة سلطة التعديل بالزيادة أو بالنقصان من سير المرفق العام بانتظام وتحقيق المصلحة العامة، فإن ذلك يجب أن لا يتعدى إلى تعديل موضوع اتفاقية التفويض⁽²⁾، فبالرغم من الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة واعتبارها من الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، إلا أن ذلك لا يؤدي إلى إهدار فكرة الرضائية التي تعبر عن مدى احترام الدور الذي تؤذيه إرادة الطرفان معا في تنفيذ العقد.

البند الثالث: سلطة الإدارة في فرض العقوبات

فالسلطة المفوضة وتطبيقا للمبادئ العامة للعقود الإدارية تملك الحق في فرض الجزاءات وتتنوع هذه الجزاءات فقد تكون مالية أو عقوبات قسرية (إدارية ضابطة) أو جزائية ونبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً- العقوبات المالية

تستطيع السلطة المفوضة توقيع نوعين من العقوبات المالية على المفوض له وهي التعويض وفرض الغرامات.
أ- التعويض عن العطل والضرر.

(1) علي سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 833.

(2) تنص المادة 58 على انو: "يمكن السلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق.....". وتضيف المادة 59 بأنه: "لا يمكن، بأي حال من الأحوال، أن يخص الملحق، تعديل موضوع الاتفاقية...."

إذا ما أخل المفوض له بالتزاماته التعاقدية وتسبب بحصول العطل والضرر للإدارة تستطيع الإدارة إيقاع هذه العقوبة، وهي تشمل نوعاً من التعويض المالي، ولاسيما عندما لا ينص العقد على تعويض اتفاقي كالغرامات⁽¹⁾.

ب- الغرامات

الغرامات هي عبارة عن تعويض تحصل عليه الإدارة يدفعه المفوض له عند إخلاله بتنفيذ التزامه وينص على ذلك في دفتر الشروط، وتقوم الإدارة بفرض هذه الغرامة دون حاجة لإثبات الضرر، فالضرر يكون هنا مفترضا غير قابل لإثبات العكس، والغرامة تختلف عن التعويض إذ إن الغرامة تكون محددة في العقد في حين أن التعويض يدفعه المتعاقد دون أن يكون محددًا ويدفع مقابل الضرر الذي يصيب الإدارة⁽²⁾.

نصت المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 صراحة على إمكانية لجوء السلطة المفوضة إلى توقيع غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه أخل بالتزاماته وفق ما تنص عليه الاتفاقية، غير أن يجب على السلطة المفوضة احترام جملة من إجراء جوهري حتى يكون تصرفها مشروع وهو ضرورة توجيه إعدار مسبق للمفوض له.

ثانياً: العقوبات القسرية (وسائل الضغط).

إنّ هذه العقوبات تستهدف الإدارة من ورائها إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية وذلك عن طريق حلول الإدارة محله في التنفيذ أو إحلال غيره في تنفيذ العقد أو الوضع تحت الحراسة، إذ إن هدف الإدارة المحافظة على سير المرافق العامة والاستمرار في

(1) مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 120.

(2) محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، دراسة منشورة في مجلة القضاء العراقية، العدد الأول والثاني، 1984، ص 112.

- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005، ص 525.

تنفيذ العقد، فخطأ المتعاقد يعطي الإدارة الحق في اللجوء إلى هذه العقوبات⁽¹⁾، نبين أهم العقوبات القسرية وبالتفصيل الآتي:

أ-الوضع تحت الحراسة.

يقصد بالوضع تحت الحراسة هو أن تضع الإدارة المرفق تحت يدها وتحل محل الملتزم بصورة مؤقتة وذلك في حالة تقصير المفوض له تقصيرا جسيما في إدارة المرفق، أو اذا ما وجد شئ يهدد المرفق بالتوقف حتى وان لم يخطأ المفوض له، والهدف من وضع المرفق تحت الحراسة هو تأمين متابعة تقديم خدمات المرفق، والإدارة تستطيع اللجوء إلى هذه العقوبة وان لم ينص عليها العقد⁽²⁾.

إلا انه يجب ملاحظة أن الوضع تحت الحراسة لا يؤدي إلى فسخ العقد ولا يؤدي إلى إسقاط حقوق الملتزم الأصلي وإنما تبقى العلاقة قائمة مع المفوض له، ويكون استغلال المرفق على نفقة المفوض له ومسؤوليته ويدار أيضا لمصلحته وذلك في حالة إخلال المفوض له بالتزاماته، أما اذا لم يخطأ ووضع المرفق تحت الحراسة فالمفوض له لا يتحمل مخاطر الإدارة المالية، وفي حالة الوضع تحت الحراسة قد تدير الإدارة المرفق بنفسها أو تضعه تحت إدارة شخص آخر، وإن حلول الإدارة محل المفوض له أو تسليمه إلى شخص آخر يخضع لرقابة القاضي الاداري، فالقاضي يراقب مدى صحة الأساس القانوني لهذا القرار⁽³⁾.

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع سابق، ص479.

(2) هيام جورج ملاط، مرجع سابق، ص215،

عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع سابق، ص297.

محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص28.

(3) سليمان الطماوي، المرجع سابق، ص480.

- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع سابق، ص157-158 .

-خالد خليل الظاهر، القانون الاداري - دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار المسيرة، عمان، الأردن، ط1، 1997، ص

ب- حجز المداخل

السلطة المفوضة قادرة على حجز الدخل العائد إلى المفوض له، وتستطيع الإدارة اتخاذ هذا الإجراء عند إهمال المفوض له في تنفيذ التزامه في صيانة الإنشاءات وأدوات المرفق ولاسيما في السنوات الأخيرة من مدة التفويض، إذ من واجبات المفوض لهان يقوم بتسليم المشروع للإدارة بصورة جيدة فإذا ما أهمل بصيانة المشروع قبل التسليم تستطيع الإدارة المانحة أن تضع يدها على المداخل وتقوم بصرفها على صيانة المشروع وتأهيله، والإدارة لا تلجأ إلى هذه العقوبة إلا في حالة النص عليها في دفتر الشروط، إلا أنه في حالة الإهمال الخطر للصيانة في المرفق تستطيع الإدارة اللجوء إلى هذا الإجراء حتى وإن لم ينص على ذلك في دفتر الشروط⁽¹⁾.

ج- التنفيذ الحكمي.

يحق للسلطة المفوضة التنفيذ الحكمي للالتزامات التي لم ينفذها المفوض له، وهنا يبقى المفوض له يدير المرفق على خلاف الحال في الوضع تحت الحراسة إذ تقوم الإدارة بتنفيذ الالتزام الذي اخل به المفوض له فقط، ويمنح المفوض له الحق في تحصيل الرسوم والبدلات من المنتفعين وتستطيع الإدارة استقطاع جزء من العائدات لتغطية تنفيذ هذا الالتزام بشرط أن ينص على ذلك في دفتر الشروط⁽²⁾.

ثالثاً- سلطة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام

إن عدم التزام المفوض له بتنفيذ التزاماته رغم توجيه إعدار وتوقيع غرامة مالية عليه، دليل على سوء نيته، ومن ثم يمكن للسلطة المفوضة أن تلجأ إلى فسخ اتفاقية تفويض

⁽¹⁾ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 124.

⁽²⁾ هيام جورج ملاط، مرجع سابق، ص 218 .

المرفق العام من جانب واحد، دون تعويض للمفوض له⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 3/62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الحكم ينطبق على حالة الفسخ الانفرادي بسبب القوة القاهرة طبقاً لنص المادة⁽²⁾.

على العكس من العقود المدنية تستطيع الإدارة فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها والذي يخل بالتزاماته سواء كان وجه الإخلال الامتناع أو التأخير في التنفيذ أم الإهمال والتنفيذ على نحو سيء، وتختلف الجزاءات الإدارية المتعددة عن الجزاءات المدنية وذلك بسبب صلة العقد بالمرفق العام.

إذ أن الإدارة تستطيع فرضها على المتعاقد معها بنفسها وبدون الحاجة إلى حكم قضائي وذلك ضماناً للحفاظ على سير المرافق العامة، إلا إن سلطة توقيع الجزاءات لا تكون صائبة وبدون رقابة بل لابد أن تخضع لرقابة القضاء، ويتوجب على الإدارة عند إيقاع بعض هذه الجزاءات إعدار المتعاقد معها قبل فرض الجزاء، وهذا من الضمانات المهمة للمتعاقد مع الإدارة، إلا أن القضاء الفرنسي قد أعفى الإدارة من الإعدار في بعض الأحيان خاصة عند وجود نص قانوني بذلك أو تضمن العقد مثل هذا النص⁽³⁾.

يعتبر حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها من الحقوق التي تثبت للإدارة بصورة مستقلة عن العقد، فالإدارة تملك هذه السلطة حتى إذا لم ينص العقد على

(1) تنص المادة 62 فقرة 3 من المرسوم 18-199 على أنه: "...يمكن السلطة المفوضة اللجوء، من جانب واحد، إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام دون تعويض المفوض له..."

(2) كما يمكن للسلطة المفوضة تطبيقاً لنص المادة 64 من نفس المرسوم التنفيذي أن تلجأ إلى فسخ العقد من جانب واحد ليس بسبب خطأ المفوض له، بل لاعتبارات المصلحة العامة، وفي هذه الحالة يجب عميها أن تقدم تعويض للمفوض لو وهذا حسب مقتضيات اتفاقية التفويض.

(3) محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص 248.

ذلك، إذ توقع الإدارة هذه العقوبات متى ما اخل المتعاقد معها في تنفيذ التزامه واثّر ذلك على سير المرفق العام⁽¹⁾.

رابعاً - العقوبات الجزائية.

الأصل أنه لا يجوز للإدارة المانحة للامتياز فرض عقوبات جزائية على المفوض له، لأن فرض هذه العقوبات من الاختصاص المحجوز للمحاكم الجنائية، فإذا ما خالف المفوض له التزام معين وشكل ذلك جريمة فإن الإدارة تستطيع اللجوء إلى القضاء الجنائي، ولكن في حالات استثنائية تستطيع الإدارة المانحة للامتياز فرض عقوبات جزائية على المفوض له استناداً إلى القوانين والأنظمة ليس على اعتبارها طرفاً في العقد وإنما باعتبارها سلطة عامة، وأهم المجالات التي تستطيع الإدارة فيها ممارسة ذلك هو سلطة الضبط الإداري فتستطيع الإدارة إصدار لوائح ضبط إداري للحفاظ على النظام العام وتطبق هذه اللوائح على المتعاقد وغيره ويعتبر الإخلال بها مخالفة جنائية⁽²⁾.

كما أن من الحقوق المهمة للسلطة المفوضة هو حق الاسترداد، وبموجبه تستطيع الإدارة استرداد المرفق قبل نهاية مدة العقد عن طريق شراءه من المفوض له، مما يؤدي إلى إنهاء العقد مع دفع تعويض إلى المفوض له⁽³⁾.

(1) سليمان الطماوي، المرجع سابق، ص 455.

(2) محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 250.

مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 125.

(3) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص 276.

- رضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 141 .

ثالثاً: حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة

تملك الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة فإنها تملك أيضاً حق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لنف الأُسس التي سبق ذكرها في شأن سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة.

ويحق لجهة الإدارة إنهاء عقودها الإدارية حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ وقيل طول الأجل الطبيعي لها لدواعي المصلحة العامة، ومن أبرز تطبيقات الإدارة في هذا الشأن إنهاء عقد الالتزام قبل حلول موعده دون خطأ من الملتزم مع تعويضه تعويضاً عادلاً⁽¹⁾.

إلا أن سلطة الإدارة في هذا الشأن ليست مطلقة، بل هي سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، كما يجب ألا يكون القرار الصادر من جهة الإدارة بالإنهاء مشوياً بالانحراف في استعمال السلطة، فضلاً عما يستحق للمتعاقد مع جهة الإدارة من تعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب على نحو يتحقق معه التوازن بين المصلحة العامة لجهة الإدارة والمصلحة الخاصة للمتعاقد معها⁽²⁾.

(1) أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 332.

(2) علي سليمان الطماوي، مد تآثر نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 853.

الفرع الثاني

التزامات السلطة المفوضة

إن التزامات السلطة المفوضة يمكن النظر إليها على أنها تمثل حقوقاً للمفوض له فكل ما يعد التزاماً على الإدارة المتعاقدة يعد حقاً للمفوض له، وتتمثل التزامات الإدارة بالآتي:

البند الأول: الالتزامات قبل تنفيذ العقد

من الالتزامات المهمة الملقاة على عاتق الإدارة هو خلق بيئة استثمارية مناسبة لتشجيع المفوض له على التعاقد مع الإدارة، حيث يجب أن تضع الإطار التشريعي والتنظيمي الثابت لهذه العملية، ويتحدد ذلك بقواعد واضحة وشفافة تشترك معها الرقابة القضائية المستقلة، والثقة المتبادلة بين الإدارة والمستثمر تعتبر من العناصر المهمة في توفير البيئة الاستثمارية⁽¹⁾.

بعد وضع الإطار القانوني الملائم لهذه العملية على الإدارة المانحة منح التراخيص اللازمة لاستثماره وإدارته للمرفق، كالتراخيص الخاصة باستعمال المال العام، إذ إن تنفيذ الالتزام قد يتطلب القيام بإنشاءات قد تمتد على الملك العام من طرق وأراضٍ، لذا فعلى الإدارة أن تؤمن كافة هذه التراخيص، كذلك يقع على الإدارة توفير كافة الخرائط والدراسات المطلوبة حول المشروع⁽²⁾.

البند الثاني: تنفيذ بنود العقد.

السلطة المانحة باعتبارها طرفاً في العقد يقع على عاتقها واجب تنفيذ شروط العقد التي تم الاتفاق عليها، ولا يقتصر ذلك على الالتزامات الأساسية، وإنما يشمل الالتزامات الإضافية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فعلى الإدارة تنفيذ كافة التزاماتها واحترام

⁽¹⁾ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص315.

⁽²⁾ هيام جورج ملاط، مرجع سابق، ص220.

مقتضيات حسن النية، ويعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية المهمة والتي إستقر العمل بها على الصعيد التشريعي والفقهي، وبدأت التشريعات الداخلية تشير إلى هذا المبدأ خاصة في مجال تفسير العقود وتنفيذها، ويتطلب هذا المبدأ أن تسلك الأطراف المتعاقدة سلوكاً معيناً يتوافق مع مبدأ حسن النية، كالمحافظة على السرية والالتزام بأداء المعلومات بصورة صحيحة⁽¹⁾.

وقد أكدّ القضاء في أحكامه على مبدأ حسن النية⁽²⁾، وعلى هذا أقرت التشريعات المختلفة هذا المبدأ فعلى الدولة تنفيذ بنود العقد الخاصة بها ولا يشمل التنفيذ فقط على شروط العقد بل يمتد إلى ما يعد من مستلزمات العقد وفقاً للعرف والقانون⁽³⁾. فضلاً عن ما ذكر فإن من الواجبات المهمة التي تقع على السلطة المفوضة اذا ما أعطت امتيازاً حصرياً لأحد الأشخاص فعليها أن تحترم هذا الالتزام بأن لا تعطي امتيازاً لشخص آخر في الموضوع نفسه، كذلك يجب على الإدارة الالتزام بالمدة المتفق عليها، وكما أسلفنا فإن تنفيذ العقد وتمكين المفوض له من الحصول على المقابل المالي من المنتفعين من الواجبات المهمة الملقاة على عاتق الإدارة وليس لها أن تتحلل من ذلك إلا اذا اقتضى الأمر تحقيق الصالح العام⁽⁴⁾.

(1) شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، بغداد، العراق، 2008، ص 13.

مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 127.

(2) قال المحكمة الإدارية العليا في مصر قررت في حكم لها (أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون الإداري يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية...)، أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 1957/4/20، أشار إليه، سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 515 .

(3) عارف صالح مخلف، علاء حسين علي الجوعاني، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول 2010، ص 312.

(4) سليمان الطماوي، المرجع سابق، ص 516 .

- مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 127.

فالإدارة ملزمة بتنفيذ كافة التزاماتها المترتبة على عقد التفويض، وفي حالة مخالفتها لهذه الالتزامات فإن ذلك يستدعي قيام مسؤولية الإدارة ومن ثم إيقاع الجزاء عليها، إلا إن الجزاء الذي يوقع على الإدارة يخضع لنظام يختلف عن النظام الذي تخضع له الجزاءات المقررة على المفوض له، إذ لا توجد غرامات أو وسائل ضغط تحمل الإدارة على تنفيذ التزاماتها، ولا يستطيع المتعاقد أن يوقع الجزاء بنفسه، إلا أنه يستطيع اللجوء إلى القضاء لتوقيع الجزاء على الإدارة، والقاضي لا يملك الحق لإعطاء الأمر للإدارة للقيام بعمل معين ولكن يستطيع تخيير الإدارة بين التنفيذ وبين دفع التعويض، ويملك القاضي آلية إلغاء القرارات غير المشروعة الصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد⁽¹⁾.

يتجلى من ذلك أن الإدارة تتمتع بمجموعة من الحقوق في عقد التفويض تجعل كفتها أعلى من كفة المتعاقد معها وهذا هو شأن العقود الإدارية بصفة عامة، إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة لا تقع عليها التزامات بل يجب عليها تنفيذ كافة الشروط المتفق عليها في العقد وإن إخلالها بذلك قد يعطي المفوض له الحق في المطالبة في فسخ العقد فسخاً قضائياً.

البند الثالث: التزام السلطة المفوضة بحقوق المنتفع

يتمتع المنتفع في عقد التفويض بحقوق في مواجهة الإدارة المانحة للامتياز، إذ إن من التزامات الإدارة تجاه المنتفعين مراقبة حسن سير المرفق العام وملاحظة قدرة المفوض له على إدارته والتزامه بالقواعد التي تحكم سير المرافق العامة، فهذه الرقابة قررت لمصلحة المنتفعين وبالتالي يستطيع المنتفعون مطالبة الإدارة بالتدخل لإجبار المفوض له على تنفيذ شروط العقد⁽²⁾.

(1) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 520

- هيام جورج ملاط، مرجع سابق، ص 222.

(2) أحمد عبد القادر الجمال، مرجع سابق، ص 265.

يستطيع المنتفع مطالبة الإدارة بالتدخل لتحقيق مبدأ المساواة في المعاملة إذا ما اخل المفوض له بهذا المبدأ وامتنع عن تقديم الخدمات لمن استوفى شروط الانتفاع، ومطالبة المنتفع للإدارة بالتدخل لإيقاف عند هذا الحد، فالمنتفع يستطيع مطالبة الإدارة المفوضة بالتدخل عند أي إخلال لمفوض له في عمله، سواء كان ذلك متعلق برداءة الخدمة المقدمة أو انقطاعها أو عدم تشغيل المرفق بالشكل الصحيح أو إذا تعلق الأمر بعدم تقييد المفوض له بالأسعار المتفق عليها⁽¹⁾، وعلى الإدارة التدخل حينما طلب منها المنتفع ذلك فإذا رفضت أو امتنعت عن التدخل فإن هذا الرفض أو الامتناع يعد قراراً إدارياً ويستطيع المنتفع الطعن به أمام القضاء الإداري، ويحق للقاضي الإداري عند ذلك إلغاء هذا القرار⁽²⁾.

يتمتع المنتفع بحق آخر وهو حق الرقابة أثناء تسيير المرفق، ومصدر ذلك هو كون المنتفع يشكل المحور الثالث من محاور عقد التفويض، وحق المنتفع في الرقابة يجد مكانه في الالتزامات الواردة في دفتر الشروط والخاصة بتسيير المرفق والتي إن ثبت إهمال الإدارة أو التقصير في التقييد بها يستطيع المنتفع اللجوء إلى القضاء، وقد كرس القضاء حق المنتفع في الرقابة إذ أجاز للغير ومنهم المنتفعون اللجوء إلى القضاء لإبطال الشروط التنظيمية في عقد التفويض⁽³⁾.

من حقوق المنتفع كذلك مطالبة الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه نتيجة إنهاء الإدارة لعقد التفويض حيث يذهب الفقيه (Delvolve) إلى أن إنهاء الإدارة لعقد التفويض لاغنى عنه لأداء المرفق العام لخدماته ويمكن أن يقود ذلك مستخدم المرفق إلى المطالبة بتعويضهم عن الضرر الذي نتج لهم عن هذا الإنهاء، ومحل التزام الإدارة هنا بالتعويض

(1) أنظر المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر.

(2) سليمان الطماوي، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، ص 469.

(3) وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 356.

ليس استناداً إلى المسؤولية التعاقدية، لأنّ مستخدمي المرفق ليسوا أطرافاً في عقد التفويض، ولكن استناداً إلى المسؤولية غير التعاقدية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حقوق والتزامات المفوض له

يتمتع المفوض له في عقد تفويض المرفق العام بجملة من الحقوق مقابل قيامه باستغلال أو تسيير المرفق العام، كما أنه يتحمل جملة من الإلتزامات يمكن ذكر البعض منها كما يلي:

الفرع الأول

حقوق المفوض له

المفوض له بوصفه طرفاً في العقد يسعى لتحقيق الأرباح والمنافع المالية وعلى الإدارة مساعدته في الحصول على ذلك، ومن حقوقه أيضاً الحصول على التعويضات المالية من الإدارة المتعاقدة نتيجة إصابته بأضرار بسبب فرض الإدارة لرسم معينة أو شروط محددة تغير من التزامه، أو بسبب تغيير الظروف⁽²⁾، ونبين حقوق المفوض له بالآتي:

البند الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي

إذا كانت السلطة المفوضة تهدف من خلال نشاطها تحقيق المصلحة العامة، فإن المفوض له يهدف من خلال عملية التعاقد إلى تحقيق الربح، ومن ثم فإن المقابل المالي يعد الدافع الرئيسي لمتعاقد، وحق أساسي بالنسبة للمفوض له يتحصل عليه إما من طرف المنتفعين أو من طرف السلطة المفوضة حسب شكل التفويض، يعتبر هذا الحق من أهم

⁽¹⁾ P,Delvolve responsabilité contractuelle ,cit p.15 no 113.

⁽²⁾ عبد الغني بسيوني عبدا لله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص44.

الحقوق التي يتمتع بها المفوض له، ويتمثل أساسا فيما يتحصل عليه من عائد مادي مقابل تنفيذه للعقد⁽¹⁾، ويختلف مصدر المقابل المالي الذي يتلقاه المفوض له حسب شكل التفويض كان الأمر يتعلق بعقد الامتياز أو عقد إيجار فانه يتلقى مقابله المالي في شكل أتاوى من المنتفعين بالمرفق محل التفويض طبقا لمادتين 52، 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، بينما اذا كان تفويض المرفق العم في شكل الوكالة المحفزة أو في شكل التسيير فانه يتلقى مقابله المالي من السلطة المفوضة طبقا لمادتين 55 و 56 من نفس المرسوم⁽²⁾.

إن المفوض له يدير المرفق بهدف الحصول على الربح، فهو يتقاضى المقابل المالي على شكل رسوم يدفعها المنتفعون من المرفق، وحصوله على هذه الرسوم أمر طبيعي وينص على ذلك دائما في دفاتر الشروط، وتعتبر الشروط المتعلقة بالمقابل المالي شروطاً لائحية وإن اعتبرت شروطاً عقدية في باقي العقود الإدارية⁽³⁾، والأسباب الرئيسية التي تدفع الإدارة إلى منح المفوض له الحق في الحصول على المقابل المالي ترتبط أساسا بتعويض نفقات إنشاء المرفق العام وإدارته من قبل المفوض له.

البند الثاني: الحق في المحافظة على التوازن المالي

تقوم فكرة التوازن المالي لمعقد الإداري بصفة عامة على تحقيق توازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، على اعتبار أن العقد الإداري ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد.

نشير في هذا الصدد أنو عادة ما يتم النص على ذلك في اتفاقية التفويض، وان كان المبدأ العام هو تمتع المتعاقد مع الإدارة بهذا الحق حتى وإن لم يتم النص عليه في العقد

⁽¹⁾ZOUAMIA Rachid, « La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015 », in Revue Académique de la Recherche Juridique, Faculté de droit et sciences politiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, op cit, 15.

⁽²⁾ راجع المواد 52، 54، 55، 56 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

⁽³⁾ خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، 1997، ص 269.

فهو حق مفترض، وتعد فكرة إعادة التوازن المالي للعقد نظرية قضائية محضة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة الفرنسية للترموالي في 11 مارس 1910 ، ومن ثم يمكن المطالبة بالتعويض عن الإختلالات التي قد تنتج من ذلك استناداً سواء إلى نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة، نظراً لطول مدة هذا العقد، فإذا ما اختل التوازن المالي للعقد بسبب ظروف معينة، فالمفوض له يحق له المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد⁽¹⁾.

يلاحظ أن الحق في التعويض قد يبنى على أساس وجود خطأ من الإدارة وهنا تقوم المسؤولية العقدية ويوجب ذلك على الإدارة تعويض المفوض له، وذلك عند مخالفة الإدارة لدفاتر الشروط، وقد يتم التعويض بدون خطأ من الإدارة كما في حالة حصول الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية أو بسبب أعمال الإدارة المشروعة⁽²⁾.

البند الثالث: الحق في إدارة واستثمار المرفق طوال مدة التفويض

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نجد أن اتفاقية تفويض المرفق العام من العقود المحددة المدة، وهذه المدة من العناصر التي يتم التفاوض حولها وتختلف باختلاف شكل التفويض، وعلى هذا الأساس فإن استغلال المرفق طيلة المدة المتفق عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام من الحقوق المعترف بها للمفوض لو، ومن ثم في حالة ما إذا لجأت السلطة المفوضة إلى فسخ إتفاقية التفويض بالإرادة المنفردة فإنها ملزمة بتقديم تعويض للمفوض لو عن الأضرار المترتبة عن فسخ الإتفاقية قبل أوانها وحرمانه من مواصلة استغلاله.

⁽¹⁾ أبحاث قد تصل إلى 30 سنة في عقد الامتياز، و15 سنة في عقد الإيجار، و10 سنوات كحد أقصى في عقد الوكالة المحفزة، بينما لا تتعدى 05 سنوات في عقد التسيير.

⁽²⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع سابق، ص205.

وليد حيدر جابر، المرجع نفسه، ص320 .

من حقوق المفوض له المهمة حقه في تنفيذ المشروع والاحتفاظ به طوال مدة التفويض، فهو يستخدم رأس مال ضخم عند تشغيله للمرفق، لذا فيجب منحه مدة كافية عند استثماره للمرفق ليتمكن من تغطية نفقات الاستثمار والحصول على ربح معقول، إلا أن وجود هذا الحق لا يعني أن الإدارة لا يمكنها مخالفة ذلك وإنهاء العقد، فالإدارة تستطيع ذلك إذا ما تطلبت المصلحة العامة هذا الأمر مع تعويض المفوض له⁽¹⁾.

البند الرابع: الحق في الحصول على المزايا التي تقرها السلطة المانحة.

إنّ الإدارة المانحة للامتياز قد تمنح المفوض له مجموعة من المزايا لمساعدته في القيام بمهمته في إدارة واستثمار المرفق، ويعدّ منح هذه المزايا من الشروط العقدية ومن ثم لا يجوز للسلطة الإدارية تعديلها بالإرادة المنفردة وإلا ترتب على ذلك مسؤوليتها العقدية⁽²⁾، وبرزت المزايا المساعدة التي تمنحها السلطة المانحة للمفوض له هي:

أولاً:- حق التمتع بامتيازات السلطة العامة

نظراً لكون العقد الإداري يتصل بالمرفق العام فإن الإدارة تمنح المتعاقد معها حق التمتع بامتيازات السلطة العامة، فالمفوض له يتمتع بعدة حقوق على الأملاك الخاصة كالأراضي مثلاً فله الحق في إستملكها ، وينبع ذلك من الاستفادة من حق نزع الملكية للمنفعة العامة وإن كان ذلك مقرراً فقط للأشخاص العامة إلا أنه يجوز منح ذلك للمفوض له، ويحق له أيضاً شغل الدومين العام وإن منع من ذلك في الأصل⁽³⁾.

ثانياً: حق ممارسة الضبط داخل المرفق

يستطيع المفوض له ممارسة الضبط داخل المرفق العام فهو الأقدر على ممارسة ذلك داخل المرفق، على اعتبار أن لديه الاختصاص التقني اللازم ويمارس الرقابة على التنفيذ ومن

(1) مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 133 .

(2) سعاد الشراوي، العقود الإدارية، المرجع سابق، ص 71.

(3) أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 82 .

مصلحته حسن تشغيل المرفق، وبالرغم من ذلك فإنه لا يجوز للمفوض له إصدار أنظمة تتعلق بالضبط الإداري، فهذا الأمر من اختصاص السلطة الإدارية، وتبقى مهمة المفوض له محصورة في التأكد من تطبيق الأنظمة المتعلقة بالمرفق العام⁽¹⁾.

ثالثاً: الحق في الاحتكار

قد يعطي عقد التفويض المفوض له الحق في انفراده في إدارة المرفق وممارسة نشاطه دون منافسة من أي شخص آخر، فإذا ما منحت الإدارة المفوض له حقاً احتكارياً بممارسة نشاط معين فلا يحق لها إدخال شخص آخر على محل الالتزام نفسه وهذا ما يُسمى بعقود التفويض التي تقترن باحتكار، والاحتكار قد يكون قانونياً بموجب قانون ينص على منع المنافسة وعدم منح التفويض إلى شخص آخر وقد يكون الاحتكار فعلياً، ويستطيع المفوض له مطالبة الإدارة في التعويض في حالة منحها إمتياز لشخص آخر في النشاط نفسه إذا ما كان هناك احتكاراً قانونياً لتقويضها في حماية المفوض له⁽²⁾.

الفرع الثاني

التزامات المفوض له

إذا كان المفوض له يتمتع بمجموعة من الحقوق بمجرد إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام، فإنه في المقابل يتحمل جلة من الإلتزامات، يمكن ذكر البعض منها كتالي :

⁽¹⁾ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع سابق، ص 675.

- مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 135 .

⁽²⁾ مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 133 .

_ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 322.

- أحمد عبد القادر الجمال، مرجع سابق، ص 256.

البند الأول: التزام المفوض له بتسيير المرفق بنفسه

من بين الإلتزامات الجوهرية الملقاة على عاتق المفوض له هو التزامه بتنفيذ إتفاقية التفويض بنفسه، ولا يجوز له التنازل عنها لجهة أخرى، وذلك لكون أن اختيار المفوض له مبني على اعتبارات عديدة⁽¹⁾، لولا توفرها فيه لما أقدمت الإدارة على التعاقد معه ، وهذا ما نصت عليه المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 18، 199 والتي جاء فيها: " لا يمكن المفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام، أن يقوم بتفويض إلى شخص آخر"⁽²⁾ يقع على المفوض له عند تنفيذ العقد القيام بكافة الإنشاءات التي يتطلبها المرفق، إذ لايمكن تصور عقد امتياز دون وجود الإنشاءات، إذ إن طول مدة العقد قد تستوجب القيام بإنشاءات جديدة وتطوير المرفق ولو كان المتعاقد قد استلم المرفق محل التفويض بحالة جيدة ومستمر في أداء خدماته⁽³⁾.

يلاحظ إن التزام المفوض له لا ينتهي بقيامه بالتنفيذ بل لا بد من الاستمرار بالتنفيذ طوال مدة العقد ويكون التنفيذ شخصيا منه، وكما أوضحنا سابقا فإن مبدأ الاعتبار الشخصي له أهمية كبيرة في عقود التفويض، وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز للمفوض له

⁽¹⁾ مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة في فكرة المرفق العام، مرجع سابق، ص 60.

⁽²⁾ تشير إلى إمكانية لجوء المفوض له إلى نظام المناولة اذا فرضت متطلبات تسيير المرفق العام ذلك، لكن يجب أن لا يكون بصفة كلية، هذا ما جاء بصريح العبارة في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. ولقد عالجت المادتين 60 و 61 من ذات المرسوم كيفية اللجوء إلى المناولة.

⁽³⁾ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 201 .

التنازل عن امتيازهِ للغير أو التعاقد من الباطن إلا بإذن الإدارة، وكل نزول أو تعاقد من الباطن لا توافق عليه الإدارة يُعدُّ باطلاً، ويعطي الإدارة الحق في إسقاط التفويض⁽¹⁾. وعلى هذا من الواجب الحصول على موافقة الإدارة لغرض تنازل المفوض له لشخص آخر، والسلطة المختصة بإعطاء الأذن هي السلطة نفسها التي أبرمت العقد الأصلي، ومن النتائج المهمة المترتبة على مبدأ الاعتبار الشخصي أن وفاة المفوض له تؤدي إلى فسخ عقد التفويض وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه وأنه لا يمكن إجبار الإدارة على تولي الخلف إدارة المرفق في حالة كون شخصية المتعاقد محل اعتبار⁽²⁾، ولكن هناك اتجاه فقهي آخر يرى إنه في حالة توافر الصفات التقنية والفنية في ورثة المفوض له والتي يقتضيها حسن إدارة المرفق فلا يوجد ما يمنع من إستمرار الورثة في تنفيذ العقد ورأت الإدارة أن ذلك لا يؤثر في تنفيذ العقد بالشكل الصحيح وقد أيد هذا الرأي مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾، ونحن نميل إلى الرأي الثاني حيث أن وفاة المفوض له يجب أن لا تؤدي إلى إيقاف المرفق العام عن العمل خاصة إذا ما توافر في الخلف الشروط الضرورية لإدارة المرفق.

البند الثاني: التزام المفوض له بالأعلام

إن العلاقة التي تنشأ من خلال تفويض المرفق العام لا تتوقف فقط بين السلطة المفوضة والمفوض له، بل تنشأ عالقة بين المفوض له والمنتفعين من خدمات المرفق العام المحمي محمل التفويض، ومن ثم فإن للمنتفعين حقوق في مواجهة المفوض له وفي مواجهة السلطة المفوضة، وبالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نجد أنها تضمنت

⁽¹⁾ سليمان الطماوي، المبادئ العامة للقانون الإداري، المرجع السابق، ص 468.

- عصمت عبدا لله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري امتيازات الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص 238 .

عبدا لله بن حمد السعدان، المرجع السابق، ص 10 .

⁽²⁾ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 140 .

⁽³⁾ C.E.5 juill 1935 commune de reuilly : s.19353121.note alibert .

أشار إليه مروان محي الدين القطب، المرجع نفسه، ص 140 .

عدة التزامات في هذا الشأن من بينها التزام المفوض له استناداً لنص المادة 84 وذلك طوال مدة إستغلاله للمرفق العام، بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية بخصوص استخدام المرفق، لاسيما ما يتعمق بالأتاوى أو التعريفات وساعات العمل والمستفيدين المعينين من المرفق العام⁽¹⁾.

البند الثالث: التزام المفوض له بحقوق المنتفعين

إن ارتباط المفوض له بعقد مع السلطة المانحة للامتياز لغرض إدارة وإستثمار المرفق لا يعني ذلك خروج المرفق عن طبيعته بإعتباره مرفقاً عاماً، بل أن هذا المرفق يبقى محتفظاً بعموميته، وتسري عليه كافة القواعد المتعلقة بالمرفق العام وأهمها المساواة والاستمرارية والقابلية للتطور.

إن إدارة المفوض له للمرفق العام بموجب عقد التفويض توجب عليه تقديم الخدمات إلى المنتفعين باستمرار لقاء تسديدهم رسوم الانتفاع⁽²⁾، فمن المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة هو إستمرارية المرفق في تقديم خدماته إلى المنتفعين، فالمرفق ما هو إلا نشاطٌ يستجيب للحاجات العامة، وبصورة مستمرة ومنتظمة كون انقطاعه يؤدي إلى انعكاسات خطيرة، فالمواطن يعتمد في عمله واتصالاته واحتياجاته اليومية على المرافق العامة كالنقل والبريد والهاتف وغيرها من المرافق فمن الضروري إستمرار المرفق في تقديم خدماته إلى الجمهور.

كذلك فإن من المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرفق العامة هو المساواة بين المنتفعين فعلى المفوض له تحقيق المساواة بين المنتفعين بحيث لا يمتنع عن تقديم الخدمات إلى من استوفى شروط الانتفاع⁽³⁾، وعليه فإن المفوض له ملزم بتوفير خدمات المرفق إلى

⁽¹⁾أنظر المادة 86 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق .

⁽²⁾هيام جورج ملاط، مرجع سابق، ص235.

⁽³⁾أحمد عبد القادر الجمال، المرجع السابق، ص266 .

كل من تتوفر فيه شروط الانتفاع، كما يلتزم المفوض له طبقاً للأحكام المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المكلف باستغلال مرفق عام محلي بفتح سجل خاص يوضع تحت تصرف مستخدمي المرفق العام بغرض تدوين شكاويهم واقتراحاتهم، ويجب أن يكون مؤشر عليه من طرف السلطة المفوضة⁽¹⁾، ويُعدّ العقد الذي يبرمه المفوض له مع المنتفعين من عقود القانون الخاص ويمكن للمنتفع مقاضاة المفوض له عند أخلاقه بهذا العقد، ويختص القضاء العادي بنظر هذا النزاع⁽²⁾.

⁽¹⁾ رغم أن النص الخاص بتفويض المرفق العام حديث غير أن تقنية تفويض المرفق كانت مطبقة منذ مدة من طرف الجماعات المحلية استناداً إلى قانون البلدية، وبعض القوانين الخاصة التي كانت تسمح باللجوء إلى تفويض بعض المرافق العمومية، للمزيد من التفاصيل حول الموضوع راجع :

KHEFFACHE Soufiane La délégation de service public local et ses implication socioéconomiques: cas de la délégation des marches hebdomadaires des communes d'Azazga et de TiziRachid Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister en Sciences Economiques faculté des Sciences Economiques et des Sciences

⁽²⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع سابق، ص208، مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص107.

المبحث الثاني

انتهاء عقد التفويض وتسوية منازعاته

تنتهي العقود الإدارية شأنها شأن العقود الأخرى نهاية طبيعية اذا ماتم تنفيذ الالتزامات المترتبة عليها تنفيذا كاملا أو بإنهاء المدة المحددة للعقد، فعقد التفويض من العقود التي تبرم لمدة محددة من الزمن فلا يمكن لهذا العقد أن يستمر لأن الإدارة لا تستطيع التخلي عن المرافق العامة إلا بشكل مؤقت بيد أن عقد التفويض قد ينتهي نهاية مبتسرة غير طبيعية كما هو الحال في العقود الإدارية الأخرى والتي تنتهي نهاية غير طبيعية عند حدوث ظروف معينة، وعلى هذا سندرس الطرق التي ينتهي بها عقد التفويض في مطلب أول، ومن ناحية ثانية قد يحصل في أثناء تنفيذ العقد منازعات بين أطرافه أو مع الغير ذلك انه يقوم على علاقات متشابكة، وعليه لابد من بحث منازعات عقد التفويض وطرق حلها في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول

انتهاء عقد التفويض

سنبحث في هذا المطلب في نهاية عقد التفويض سواءً أكانت النهاية الطبيعية أم النهاية غير الطبيعية وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

النهاية الطبيعية لعقد التفويض

عقد التفويض كغيره من العقود قد ينتهي نهاية طبيعية وذلك بتنفيذ كافة الالتزامات المترتبة عليه، وهذا العقد يُعدّ من العقود الزمنية التي يمتد تنفيذها لمدة زمنية طويلة، ويعتبر

تحديد مدة العقد من العناصر الجوهرية في عقد التفويض، إذ يتفق على هذه المدة بين أطراف العقد ويدرج ذلك في دفتر الشروط، وينتهي عقد التفويض نهاية طبيعية بنهاية المدة المحددة في العقد⁽¹⁾.

إنّ التفويض لا يمكن منحه إلا لمدة محددة، فلا بد إذاً من تحديد المدة عند إبرام العقد، وهذا ما جرى عليه العمل في العديد من الدول ولاسيما في فرنسا ومصر، إلا أن العقد في بعض الأحيان قد يغفل تحديد المدة وهي حالة نادرة الحصول، وعندئذ يمكن الرجوع إلى النصوص القانونية التي تحدد الحد الأقصى للامتياز ومدة عقد التفويض تبدأ من تاريخ المصادقة على العقد من السلطة المختصة وتنتهي هذه المدة بانتهاء الموعد المحدد لها في العقد، إلا أنه وأثناء تنفيذ العقد قد تطرأ قوة قاهرة مؤقتة تؤدي إلى تعليق التنفيذ، كذلك قد يرغب أطراف العقد في تمديد المدة أو تجديد العقد بعد انتهاء مدته، فلا بد من بحث هذه الأمور وعلى النحو الآتي:

البند الأول: تمديد مدة العقد وتجديده

عند انتهاء عقد التفويض لا يملك المفوض له الحق في تجديد العقد، وإنما يجب إعادة المرفق العام إلى الإدارة المفوضة، ولا يمكن تجديد العقد إلا بإتباع إجراءات التعاقد الأصلية نفسها، ويرى البعض أن وجود شرط التجديد الضمني في العقد يعطي الحق في التجديد بدون مراعاة الإجراءات المتبعة في إبرام العقد⁽²⁾.

(1) مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 151.

(2) جورج فوديل وبيار دلفوليه، مرجع سابق، ص 586.

أقرّ القضاء الفرنسي وجود شرط التجديد الضمني إلا أنه عاد وقضى بعدم شرعية شرط التجديد الضمني في العقود الإدارية التي يتطلب انعقادها احترام سلسلة من القواعد والإجراءات ، وقد أيد الكثير من الفقهاء ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي⁽¹⁾.

ويلاحظ أن شرط التجديد الذي يرفضه الفقه والقضاء هو الذي يعني امتداد العقد القديم بذات شروطه السابقة، ولكن شرط التجديد يمكن الأخذ به ويصبح جائزاً متى ما كان إعماله يخضع لإجراءات التعاقد السابقة نفسها مع ضرورة موافقة السلطة المختصة على إبرام العقد، فلا يوجد ما يمنع المتعاقد مع الإدارة عند انتهاء مدة العقد من التعاقد مع الإدارة بموجب عقد جديد إذا ثبت للإدارة أنه الأصلح من بين المتقدمين للتعاقد⁽²⁾.

وهكذا فإن القضاء بدأ يأخذ بشرط التجديد الضمني متى ما أخذ العقد شروط إبرام العقد الأساسي نفسها، وهذا ما ذهب إليه مجلس شوري لبنان في قضية (ستي كلين اندكونتر كتنغ) إذ قرر (...وبالتالي يقتضي القول بأن أحكام المادة الثانية وإن نصت على أن التجديد التلقائي بين فريقى العقد فإنها لم تغفل وجوب مصادقة سلطة الوصاية...)⁽³⁾.

أما فيما يخص تمديد المدة في عقد التفويض فإذا كانت المدة المنققة عليها أقل من المدة المحددة في القانون فيجوز مد المدة بالاتفاق بين الطرفين بما لا يجاوز المدة التي نص عليها القانون، أما إذا كانت مدة العقد هي المدة نفسها التي حددها القانون فهنا لا يمكن مد هذه المدة إلا بمراعاة أحكام تجديد العقد على وفق إجراءات التعاقد الأصلية، وقد يتم التمديد بموجب ملحق بالعقد وبموافقة السلطة المانحة للامتياز على هذا التمديد⁽⁴⁾.

(1) وليد حيدر جابر ، مرجع سابق، ص 527.

(2) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 719.

(3) انظر حكم مجلس شوري لبنان رقم 235 في 17/1/1999، أشار إليه وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 528 .

(4) سليمان الطماوي، المرجع سابق، ص 719.

-مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 164 .

كذلك نجد أن المشرع الفرنسي اهتم بموضوع تمديد العقد ووضع له الإطار القانوني وذلك بموجب المادة (40) من قانون (sapin) إذ حدد هذا القانون الحالات التي يجوز فيها تمديد العقد إستناداً إلى أسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو لأسباب مرتبطة بتنفيذ الاستثمارات⁽¹⁾.

البند الثاني: حق الأفضلية

في بعض الحالات تحتوي عقود التفويض على شرط الأولوية، أي أفضلية المفوض له بالتعاقد مع السلطة المفوضة إذا رغبت بإدارة المرفق عن طريق التفويض مرة أخرى بعد انتهاء مدة العقد، وهنا يكون لمفوض له الأفضلية على غيره من المتقدمين، وهذا الشرط يعدّ شرطاً مشروعاً يجب احترامه من الإدارة لأنه لا يتنافى مع مقتضيات سير المرافق العامة، إذ إنّ المفوض له إكتسب الخبرة اللازمة لإدارة المرفق، وان ذلك يؤدي إلى انه في حالة الاستمرار في إدارة المرفق عن طريق التفويض فإن عقد جديد يبرم مع المفوض له نفسه، ويُفضل هذا المتعاقد وإن تساوى مع غيره من المتقدمين في الشروط والظروف⁽²⁾.

البند الثالث: تعليق سريان العقد

في بعض الأحيان قد تحصل قوة قاهرة مؤقتة توقف تنفيذ العقد، فالقوة القاهرة قد توقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة ويجب التفريق بين القوة القاهرة والظرف الطارئ، فالقوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بينما الظرف الطارئ يقتصر أثره على جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للملتزم⁽³⁾، وعلى هذا فالقوة القاهرة توقف تنفيذ العقد لكن هذه القوة القاهرة قد تزول وبالتالي يمكن العودة إلى تنفيذ العقد فإذا مازالت هذه القوة القاهرة تبدأ مدة سريان العقد من جديد،

(1) وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 535.

(2) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 720 .

(3) مجيد حميد العنكي، المفهوم العام للقوة القاهرة وأثرها في تنفيذ المقاول لالتزاماته التعاقدية، مجلة النفط والعالم، العدد 90

، 1981، ص 38 .

ويختلف تعليق سريان العقد عن مد المدة وتجديدها ذلك أن سريان العقد بعد القوة القاهرة المؤقتة لا يحتاج إلى موافقة السلطة المانحة للامتياز كما هو الحال في التجديد والتمديد، وان عقد التفويض اذا انتهت مدته دون تجديد هذه المدة أو تمديد العقد فهنا ينتهي العقد ولا بد من تصفية نتائجه المالية على وفق الشروط المتفق عليها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

النهاية غير الطبيعية لعقد التفويض

فضلاً عما تقدم فإن عقد التفويض ينتهي نهاية غير طبيعية مبتسرة قبل إنقضاء المدة المحددة في العقد، فالإدارة تستطيع إنهاء عقودها بالإرادة المنفردة وبدون خطأ من المتعاقد اذا تطلبت المصلحة العامة أو مصلحة المرفق ذلك ويجب أن يتحقق لقرار الإنهاء المشروعية اللازمة من ناحية صدوره من سلطة مختصة ومراعاة نصوص العقد والقوانين واللوائح⁽²⁾، وعقد التفويض ينفرد بخاصيتين في هذا المجال عن سائر العقود الإدارية الأخرى وهي اتصاله بالمرفق العام مما يزيد من احتمال نهايته نهاية غير طبيعية ، وأيضاً جسامه المبالغ التي يقدمها المفوض له لغرض تهيئة وإدارة المرفق مما يستوجب حمايته من تعسف الإدارة⁽³⁾، وتوجد عدة أسباب لنهاية عقد التفويض بصورة غير طبيعية ونعرضها كآتي:

البند الأول: الاسترداد

⁽¹⁾ إبراهيم عبد العزيز شبحا، مرجع سابق، ص 770.

- هيام مروة، القانون الإداري الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2003، ط 1، ص 109 .

⁽²⁾ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 270 - 271 .

⁽³⁾ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 286 .

من الحقوق المهمة للإدارة في العقود الإدارية هو حق الاسترداد، لذلك لابد من بيان المقصود بالاسترداد وطبيعته القانونية وأنواعه وكالاتي:

أولاً: المقصود بالاسترداد وطبيعته

الاسترداد هو عبارة عن إنهاء الإدارة لعقد التفويض قبل نهايته الطبيعية ودون خطأ من المفوض له مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً، وهذا الحق يعتبر من الحقوق الأصلية للإدارة المانحة، وتستطيع الإدارة ممارستها حتى وإن لم ينص عليه في عقد التفويض، تسويغ هذا الحق ينبع من كون الإدارة مسؤولة عن إدارة المرافق العامة بنفسها ولكنها تستطيع وبحسب دواعي المصلحة العامة أن تمنح إدارة هذه المرافق إلى شخص من أشخاص القانون الخاص عن طريق التفويض، ولكن إن اقتضت المصلحة العامة إعادة هذا المرفق وإدارته من السلطة المانحة فتستطيع الإدارة إعادته مع تعويض المفوض له⁽¹⁾.

وهكذا فالاسترداد يعتبر من حقوق الإدارة المفوضة ولا يمكن عده جزءاً توقعه الإدارة على المتعاقد معها، فهو يختلف عن إسقاط التفويض فالاسترداد يتقرر بحسب دواعي المصلحة العامة، بينما يعدّ إسقاط التفويض جزءاً تقرره الإدارة على المتعاقد معها عند إخلاله في تنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للاسترداد فيرى بعض الفقه ومنهم (Colson) و(Jese) أن الاسترداد هو من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة، إلا إن جانب من الفقه رأى أنه لا يمكن اعتبار أن الاسترداد هو نزع الملكية للمنفعة العامة لاختلاف النظام القانوني لكليهما، فالاسترداد لا يكون نقلاً للملكية وإنما هو إنهاء للعقد إذ ينهي مركزاً قانونياً في حين أن نقل الملكية يعني نقلها إلى شخص آخر، كذلك فإن الاسترداد ينصب على كل المرفق

⁽¹⁾ هيام مروة، مرجع سابق، ص 109،

-سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 66.

⁽²⁾ جورج فوديل وبيار دلفولفيه، المرجع نفسه، ص 587.

بينما نزع الملكية ينصب على عقارات معينة بالذات⁽¹⁾، لذا فإن الرأي الراجح لدى الفقه والذي نؤيده هو الذي يعتبر الاسترداد م هو إلا تطبيقاً لحق الإدارة في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة قبل نهاية العقد ودون خطأ من المتعاقد⁽²⁾.

ثانياً: أنواع الاسترداد

كما أوضحنا فإن الاسترداد يعتبر حقاً من حقوق الإدارة وإن لم ينص عليه العقد، وهذا الحق قد يكون تعاقدياً أو غير تعاقدية كما قد يتقرر الاسترداد بموجب قوانين خاصة ونوضح أنواع الاسترداد بالآتي:

أ- الاسترداد التعاقدية

هو الاسترداد الذي ينص عليه العقد، أي يتم الاتفاق عليه مسبقاً بين المفوض، ويلاحظ أن كون الاسترداد التعاقدية يتم بالاتفاق المسبق بين الطرفين أي عند إبرام العقد مما يجعله قريباً من الفسخ الاتفاقي، إلا إنه يختلف عن الفسخ الاتفاقي من ناحية أن الفسخ الاتفاقي يتم باتفاق الطرفين وبموجبه تنقضي الرابطة العقدية قبل إنتهاء المدة المقررة في العقد، والاتفاق على الفسخ قد يتضمن تعويض المتعاقد أو عدم تعويضه، بينما الاسترداد التعاقدية هو حق من حقوق الإدارة قد نصَّ عليه في العقد فمن حق الإدارة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فالاسترداد من حقوقها وإن نظمه العقد ولا دخل للطرف الثاني في إنهاء العقد وإن تم الاتفاق معه مقدماً على شروط الاسترداد، بينما الفسخ الاتفاقي ما هو إلا إنهاء للعقد بالاتفاق بين الطرفين⁽³⁾.

(1) اليأس ناصيف، مرجع سابق، ص 393 .

(2) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع سابق، ص 726 .

(3) أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 278

- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 429
- محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الاداري دراسة مقارنة، طباعة بالليزر مركز قديم للكومبيوتر، الزقازيق، مصر، 1993، ط1، ص 605 .

ولغرض ممارسة الإدارة للاسترداد الاتفاقي لأبد من توافر شروط معينة، وقد حدد القضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر مجموعة من الشروط يجب توافرها لممارسة الاسترداد التعاقدية وأهمها⁽¹⁾:

1- يجب أن ينص عليه في العقد.
2- يجب على الإدارة المانحة أن تُعذر المفوض له أي تتبناه إلى رغبتها في استرداد المرفق، ويجب أن يتم ذلك خلال المدة التي يحددها العقد أو دفاقر الشروط، وعلى الإدارة التقيد بهذا الشرط إلا اذا نص العقد على خلاف ذلك.

3- اذا حدد عقد التفويض أسباب معينة يتم بموجبها استرداد المرفق فعلى الإدارة الالتزام بهذه الأسباب لغرض استرداد المرفق، على أن تحديد هذه الأسباب لا يمنع الإدارة من اللجوء إلى الاسترداد غير التعاقدية وذلك عند وجود سبب معين يتعلق بالمصلحة العامة غير منصوص عليه في العقد وذلك تطبيقاً لحق الإدارة في إنهاء عقودها بالإرادة المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها.

4- قد تتضمن بعض عقود التفويض نصوصاً تبين انه لا يجوز الاسترداد إلا بعد مرور مدة معينة، وهنا على الإدارة الالتزام بهذا الشرط.

من جهة أخرى يترتب على الاسترداد التعاقدية مجموعة من الآثار إذ يترتب على الاسترداد التعاقدية انقضاء العقد ورجوع المرفق أو المشروع إلى الإدارة ، والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق كله، لكنه في حالة وجود نص في العقد يبيح للإدارة استرداد جزء من المرفق فإن هذا النص يعطي للإدارة الحق في استرداد ذلك الجزء فقط فالاسترداد يمكن أن يكون جزئياً⁽²⁾.

⁽¹⁾ سليمان الطماوي، المرجع سابق، ص728

⁽²⁾ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 394،

على ذلك فإن الأثر الرئيس للاسترداد التعاقدى هو انقضاء الرابطة التعاقدية، وهذا يترتب التزامات معينة على المفوض له بصدد إلتزاماته تجاه الغير اذا ما نظمها العقد ونصاً على حلول الإدارة محل المفوض له في مواجهة الغير، هنا على الإدارة التقيد بذلك النص، أما اذا لم ينص العقد على ذلك فالإدارة تتحمل كافة الإلتزامات التي تقتضيها الإدارة العادية للمرفق وتتحمل أيضاً الإلتزامات التي علمت بها ولم تعترض عليها⁽¹⁾.

من الآثار المهمة الأخرى للاسترداد التعاقدى ما يتعلق بحقوق المفوض له، فانقضاء الرابطة التعاقدية عن طريق الاسترداد يوجب تعويض المفوض له، وهذا التعويض يشمل ما لحق المفوض له من خسارة وما فاته من كسب، فالمفوض له ينفق أموالاً طائلة في سبيل إنشاء وتطوير المرفق العام ولم يحصل على الأرباح اللازمة من ذلك بسبب استرداد المرفق فيجب تعويضه عن ذلك، والتعويض قد يكون دفعة واحدة اذا كان إجمالياً وقد يكون بشكل أقساط سنوية وذلك بحسب ما منصوص عليه في العقد⁽²⁾.

ب - الاسترداد غير التعاقدى .

هو الاسترداد الذي تقرره السلطة المانحة وبارادتها المنفردة، إذ تستطيع الإدارة إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية وبارادتها المنفردة وبدون وجود تنظيم مسبق لهذا الاسترداد قد نص عليه العقد، وهذا الاسترداد تقرره الإدارة وان لم يخطأ المفوض له ويكون لمصلحة المرفق

- جيهان حسن سيد احمد، مرجع سابق، ص 105

- محمد عبد الله الدليمي، المرجع السابق، ص 110 .

(1) احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 279 .

(2) محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص 240

- مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 170،

- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 394

- زهدي يكن، القانون الاداري، ج2، المطبعة العصرية، صيدا لبنان، ص 737 .

العام وبدون الرجوع إلى القاضي، وهذا الاسترداد يكون أيضاً مقابل التعويض الكامل الذي يحصل عليه المفوض لهما الإدارة ويشمل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة⁽¹⁾.
وقد أثار الاسترداد غير التعاقدية خلافاً فقهيّاً، فمن الفقهاء من أنكر هذا الحق وحثهم في ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي لم يصدر أحكاماً بذلك، ويرى أصحاب هذا الرأي أن الاسترداد لا يكون إلا في الحالات المنصوص عليها في العقد، في حين يرى فريق آخر ومنهم (جيز) و(العميد بونار) إن الإدارة تستطيع اللجوء إلى الاسترداد وإن لم ينص عليه في العقد، ويرى الأستاذ (دي لوبادير) أن عدم وجود أحكام من مجلس الدولة الفرنسي حول الاسترداد غير التعاقدية ليس لأن المجلس ينكر هذا الحق وإنما لأن عقود التفويض في فرنسا جميعها تحتوي على شروط تنظم كيفية استرداد المرفق، وعليه فإن الاسترداد غير التعاقدية هو حق ثابت للإدارة وإن لم يرد بشأنه نص. ونحن نميل مع الرأي الثاني لأن الاسترداد حق للإدارة استناداً إلى سلطتها في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة⁽²⁾.

البند الثاني: إسقاط التفويض

الإسقاط طريقة أخرى من طرق إنهاء عقود التفويض نهائية غير طبيعية، وهو إجراء توقعه الإدارة في حالة إخلال المفوض له في تنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً، وتستطيع الإدارة المانحة للامتياز فرض هذه العقوبة وإنهاء عقد التفويض، وإن لم ينص العقد على ذلك ويُعدّ الإسقاط من النظام العام كما يرى (جيز) بحيث لا يجوز الاتفاق على عدم مسؤولية المفوض له عن الأخطاء الجسيمة⁽³⁾.

(1) جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، ج1، المرجع سابق، ص 358 .

(2) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 732.

— أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 280 .

(3) محمود خلف الجبوري، المرجع سابق، ص 271.

ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي عادة اصطلاح إسقاط التفويض في حين انه يستعمل في العقود الإدارية الأخرى اصطلاح الفسخ، ونظرا لكون إسقاط التفويض يتضمن خطورة بالغة بالنسبة للمفوض له، إذ يقوم المفوض له بإنفاق أموال طائلة لغرض إعداد المرفق وتشغيله وعمله هذا يكون مقابل الحصول على الأرباح، لذا فان هذا الحق لا يمكن إعطائه للإدارة دون شروط معينة وذلك للمحافظة على حقوق المفوض له، على هذا لا بد من بيان شروط الإسقاط والنتائج المترتبة عليه⁽¹⁾، ويتم بيانه على النحو الآتي:

أولاً: شروط إسقاط التفويض

يتطلب أمر فرض عقوبة الإسقاط على المفوض له توافر مجموعة من الشروط:

أ- ارتكاب المفوض له خطأ جسيماً

لغرض فرض عقوبة الإسقاط لا بد أن يكون الخطأ الذي ارتكبه المفوض له على درجة كبيرة من الجسامه، بحيث أن وسائل الضغط والإكراه الأخرى التي تستطيع الإدارة استعمالها غير كافية ولا تجدي نفعاً مع المفوض له ومن ثم تلجأ الإدارة إلى إسقاط التفويض، ومن صور الخطأ الجسيم عدم احترام الأنظمة والتعليمات التي تصدرها الإدارة، وتنازل المفوض له عن العقد بصورة كلية إلى غيره دون موافقة الإدارة المانحة للامتياز، وتكراره مخالفة التزاماته التعاقدية والاستمرار على ذلك⁽²⁾.

ب- إنذار المفوض له

يجب على الإدارة قبل إسقاط التفويض أن تقوم بإنذار المفوض له، وغالبا ما تتضمن العقود نصوصاً تستوجب إنذار المفوض له، ولكن الإدارة ملزمة بالإنذار وان لم يتضمن

(1) سليمان الطماوي، المرجع سابق، ص 494.

(2) احمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 366.

العقد نصا بذلك، إلا انه في حالة وجود نص في العقد يعفي الإدارة من الإنذار فإن الإدارة تصبح هنا غير ملزمة بالإنذار بناء على نصوص العقد، كذلك لا تلزم الإدارة بالإنذار اذا ما أعلن المفوض له صراحة عجزه عن إدارة المرفق فالإنذار يصبح لا فائدة منه⁽¹⁾.

ج- ضرورة صدور حكم قضائي بإسقاط التفويض

ينفرد عقد التفويض عن غيره من العقود الرادارية بضرورة صدور حكم قضائي لغرض إسقاط التفويض، بينما في باقي العقود الإدارية تستطيع الإدارة فسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي، إلا إن الإدارة رغم ذلك تستطيع أن تسترد حقها بإسقاط التفويض دون الحاجة إلى حكم قضائي عن طريق النص في العقد صراحة على حقها في إسقاط التفويض، وهذا ما استقر عليه الأمر في فرنسا لكن الأمر يختلف عن ذلك في مصر، فمجلس الدولة المصري لم يتطلب صدور حكم قضائي لتوقيع عقوبة إسقاط التفويض وإنهاء العقد⁽²⁾، ولذلك يرى الفقه أن حالة إسقاط التفويض هي شبيهة بحالة فسخ العقود الإدارية الأخرى طالما لا يتطلب الإسقاط صدور حكم قضائي وبالتالي تطبق بشأن إسقاط التفويض أحكام الفسخ من ناحية عدم وجوب أعمار الملتزم ولا يستلزم صدور حكم قضائي⁽³⁾.

ثانيا: النتائج المترتبة على إسقاط التفويض .

يترتب على إسقاط التفويض مجموعة من الآثار القانونية نبيها كالاتي:

أ- نهاية عقد التفويض

(1) مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 121.

(2) محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام القانون الإداري في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 238.

- سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 666.

- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع سابق، ص 202 .

(3) احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 368 .

من النتائج المترتبة على إسقاط التفويض انقضاء عقد التفويض قبل نهاية مدته الطبيعية المتفق عليها في العقد، والمفوض له لا يستطيع بعد إصدار الأمر بإسقاط التفويض من استعمال المرفق وإستغلاله وتقاضي الرسوم والبدلات من المنتفعين، ويتحمل المفوض له كافة الأعباء المالية التي تترتب على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة لغرض إستمرار المرفق محل التفويض في تقديم خدماته⁽¹⁾.

لكن الإدارة عند إسقاطها للتفويض لا تعتبر خلفا خاصا أو عاما للمفوض له، وعليه فهي لا تلتزم بحقوق دائني المفوض له، كحقوق عمال المفوض له في المرفق أو حقوق الغير المتعاقدين معه كالموردين مثلا، وإن إسقاط التفويض يؤدي إلى فقدان المفوض له التأمينات التي دفعها للإدارة ويتحمل المفوض له الذي أسقط امتيازته المسؤولية كاملة تجاه دائنيه فلا تنتقل الديون على من سيؤول إليه التفويض مستقبلاً، فإن كان الإسقاط يؤدي إلى إنهاء التفويض إلا إنه لا يؤدي إلى إنهاء المرفق العام، فالمرفق يبقى قائما وتستطيع الإدارة منح التفويض إلى شخص آخر أو إدارة المرفق بنفسها، ومن الملاحظ انه يجب على الإدارة عند إسقاط التفويض إعادة الأموال الخاصة بالمفوض له والتي لم تؤول إلى الإدارة بدون مقابل أو التي لم ترغب بشرائها، وفيما يتعلق بعقود المنتفعين من المرفق فهي تبقى سارية تجاه الإدارة أو تجاه المفوض له الجديد، فالمرفق ما أوجد أصلاً إلا لتقديم الخدمات إلى الجمهور ولا شأن لهم بمن يدير المرفق سواء أكانت الإدارة أم أي شخص آخر⁽²⁾.

ب- حرمان المفوض له من التعويض

من النتائج الأخرى لإسقاط التفويض عدم استحقاق المفوض له لأي تعويض، وبذلك يتميز الإسقاط عن الاسترداد الذي يستحق فيه المتعاقد مع الإدارة التعويض، ذلك أن

(1) جيهان حسن سيد احمد، المرجع السابق، ص 109،

-نذير بن محمد الطيب أوهاب، المرجع السابق، ص 127-128.

(2) محمود خلف الجبوري، المرجع سابق، ص 273.

الإسقاط ما هو إلا عقوبة توقعها الإدارة بحق المفوض له المتعاقد معها عند إخلاله في تنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً فلا يستحق عن ذلك أي تعويض، بل أن الإدارة تستطيع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسببها نتيجة ذلك الإخلال⁽¹⁾.

البند الثالث: فسخ عقد التفويض لأسباب أخرى

قد يفسخ عقد التفويض قبل نهاية مدته الطبيعية لأسباب أخرى غير التي ذكرت، فاسترداد التفويض وإسقاطه هي طرق خاصة لإنهاء عقد التفويض، فمن المبادئ المستقر عليها قانوناً وقضاءً أن من حق الإدارة فسخ العقد اذا تبين أن هناك خطأ من المتعاقد، وغالبا ما تنص دفا تر الشروط على حق الإدارة في فسخ العقد عند تقصير المتعاقد معها، ويعتبر هذا الحق حقا ثابتا للإدارة وان لم يرد بشأنه نص في العقد أو في دفا تر الشروط⁽²⁾، وفسخ التفويض قد يكون إتفاقياً أو بحكم القانون أو قضائياً ونوضح ذلك كالتالي:

أولاً: الفسخ الاتفاقي

هو الفسخ الذي يتم بالاتفاق بين الإدارة المفوضة والمفوض له⁽³⁾، إذ يتفق الطرفان على انقضاء الرابطة العقدية قبل نهاية مدته الطبيعية، سواء أكان ذلك بتعويض المفوض له أم من غير تعويض⁽⁴⁾، والفسخ الاتفاقي قد يختلط مع الاسترداد التعاقدية إلا أنه يختلف عنه في عدة مسائل وقد بينا ذلك عند بحثنا لموضوع الاسترداد التعاقدية.

ثانياً: الفسخ بقوة القانون

(1) مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 175.

جيهان حسن سيد احمد، مرجع سابق، ص 109.

(2) احمد عثمان عياد، مرجع السابق، ص 362 .

(3) انظر نص المادة 65 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق الذكر.

(4) سامي جمال الدين، مرجع السابق، ص 674.

قد ينقضي عقد التفويض بقوة القانون وذلك تطبيقاً للمبادئ العامة للعقود الإدارية، كما في حالة صدور تشريع يلغي بعض المرافق أو وجود نصوص قانونية تعطي الحق للإدارة في فسخ العقد إذا ما حصلت قوة قاهرة وتسببت في تدمير المرفق محل العقد، أو قد يتضمن القانون نصاً بفسخ العقد بقوة القانون عند وفاة المفوض له أو حل الشركة صاحبة التفويض⁽¹⁾.

ثالثاً: الفسخ القضائي

قد يلجأ المفوض له إلى القضاء لفسخ عقد التفويض قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد، وإن لجوء المفوض له إلى القضاء لفسخ العقد يكون لعدة أسباب، فقد يكون ذلك بسبب خطأ الإدارة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها والخطأ الذي يستوجب الفسخ يجب أن يكون خطأً جسيماً، والقاضي الإداري هو الذي يحدد جسامته الخطأ، ومن الأسباب الأخرى التي تستدعي تدخل القضاء لفسخ العقد هو قيام الإدارة بتعديل العقد وأن يؤدي ذلك التعديل إلى اختلال التوازن المالي أو تغيير في جوهر العقد وجعله بمثابة عقد جديد مما يبيح للمفوض له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد⁽²⁾.

⁽¹⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 91.

- مروان محي الدين القطب، مرجع السابق، ص 176 .

⁽²⁾ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 725 .

المطلب الثاني

حل منازعات عقد التفويض

نظرا لكون الإدارة تظل محتفظة بكامل صفاتها الأصلية، وبجميع اختصاصاتها كسلطة عامة تعمل لتحقيق الصالح العام ومكلفة قانونا بتنظيم المرافق العامة، فإن هذه الصلاحيات التي تملكها الإدارة، قد تجعلها تلجأ في بعض الأحيان إلى بعض التصرفات، التي من شأنها الإضرار بمصالح المتعاقد معها، حيث يجد هذا الأخير نفسه مضطرا للاحتماء من هذه السلطة بجهة أخرى قد تكون جهة الإدارة نفسه، أو لجن مستقلة (الفرع الأول)، أو باللجوء إلى القضاء الإداري، كملجأ أخير يضمن مساواة الجميع أمام القانون (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

لجنة تفويضات المرفق العام كآلية لحل النزاعات

تعد لجنة تفويضات المرفق العام الهيئة المخولة لها قانونا ممارسة وظيفة الرقابة الخارجية، وبالرجوع إلى أحكام المادة 78 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 فإنه يقع على عاتق كل سلطة مفوضة والمنصوص عليه في المادة الرابعة من هذا المرسوم ملزمة بإنشاء لجنة تفويضات المرفق العام.

البند الأول: تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام

بالرجوع إلى أحكام المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 فإن تشكيلة لجنة تفويض المرفق العام يكون على النحو التالي:

أولا: لجنة تفويضات المرفق العام على مستوى الولاية

تتشكل لجنة تفويضات المرفق العام على مستوى الولاية ممايلي :

-ممثل عن الوالي المختص إقليميا رئيسا،

-ممثلين عن السلطة المفوضة،

- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي،

-ممثل عن المديرية الولائية البرمجة ومتابعة الميزانية،

ممثل عن المديرية الولائية للأماك الوطنية.

ثانيا: لجنة تفويضات المرفق العام على مستوى البلدية

تتشكل لجنة تفويضات المرفق العام على مستوى البلدية مما يلي :

-ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،

- ممثلين عن السلطة المفوضة،

- ممثل عن المجلس الشعبي البلدي،

- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأماك الوطنية،

- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.

ثالثا: بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

بالرجوع إلى أحكام المادة 79 المشار إليها أعلاه، فإن إتفاقية تفويضات المرفق العام المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فإنها تخضع لاختصاص لجنة تفويضات المرفق العام المنشأة على مستوى السلطات التي تمارس الوصاية عميها. أما بالنسبة لتعين أعضاء لجان تفويضات المرفق العام يتم تعيين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام طبقا لنص المادة 80 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بموجب مقرر من طرف مسؤول السلطة المفوضة، بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها، وذلك لمدة 03 سنوات قائمة لتجديد.

الملاحظة الأولى التي نود تسجيلها بشأن التركيبة البشرية لهذه اللجان، فإن إختيار الأعضاء المشكلين لها مبني على عنصر الكفاءة بدرجة أولى، سواء بالنسبة للأعضاء أو بالنسبة لممثل السلطة المفوضة الذي يضمن رئاسة اللجنة، وما يؤكد ذلك هو أنه بالرجوع

إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أنه نص صراحة في المادة 211 على ضرورة تكوين الموظفين والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من خلال تنظيم دورات تكوينية وتحسين المستوى وتجديد المعارف من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءتهم⁽¹⁾.

الملاحظة الثانية من حيث التركيبة هو التنوع، بحيث يشمل على الموظفين المعيّنين وعلى المنتخبين، وهو أمر مستحسن يندرج ضمن سياسة الدولة بتعزيز الديمقراطية التشاركية، فوجود المنتخبين إلى جانب الموظفين يعطي مصداقية أكثر لمدر الرقابي الذي تقوم به هذه المجان.

البند الثاني: اختصاصات لجنة تفويضات المرفق العام

حددت المادة 81 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 صلاحيات لجنة تفويضات المرفق العام فيما يلي:

- الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويضات المرفق العام،
- الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له،
- الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام،
- منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة،
- دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها.

⁽¹⁾ ولعل السبب في التركيز على عنصر التكوين هو كون مجال العقود الإدارية بصفة عامة مجال معقد يتطلب تكوين في المجال، وكذا التغيير المستمر لمنصوص القانونية والذي يتطلب ضرورة مواكبتها بصفة مستمرة، ضف إلى ذلك أن المسألة تتعلق بالمال العام مما يستلزم السير على ضمان حمايته من خلال التطبيق السليم لقانون.

يتضح لنا من خلال الصلاحيات الممنوحة لجنة تفويضات المرفق العام أنها تسير على ضمان سالمة عملية إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام منذ لحظة إعداد دفاتر الشروط إلى غاية إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام، وهذا يشكل ضمانا في حد ذاتها لكل المترشحين الذين يتقدمون بطلباتهم للمشاركة.

أولا: رقابة لجنة تفويضات المرفق العام كيفية تحضير تفويض المرفق العام

بالرجوع إلى أحكام المادة 81 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 فان اللجنة مكلفة مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويضات المرفق العام، من خلال دراستها والتأكد من احترامها لمنصوص المنظمة لها لاسيما أحكام المادة 13 من المرسوم 18-199، وتتوج عملية الرقابة بالمصادقة عليها أو عدم المصادقة عليها حسب الحالة، ومن ثم فان عمل السلطة المفوضة مرتبط أساسا بموافقة اللجنة المسبقة على دفتر الشروط قبل الإعلان عن العملية في الوسائل المخصصة لذلك.

ثانيا: رقابة لجنة تفويضات المرفق العام للإجراءات المتخذة أثناء مرحلة الإبرام

بالرجوع إلى المادة 81 من المرسوم التنفيذي 18-199 فان لجنة تفويض المرفق العام تمارس كذلك رقابة على مشاريع الاتفاقيات المعدة من طرف السلطة المفوضة لاسيما مدى احترامها للبيانات الإلزامية المنصوص عميها في المادة 48 وذلك قبل دخولها حيز التنفيذ، لتأكد من إحترامها للنصوص القانونية والتنظيمية⁽¹⁾، والتي تتوج بالموافقة عميها أو برفض الموافقة حسب الحالة. بل تمتد رقابة لجنة تفويضات المرفق العام حتى بعد دخول إتفاقية التفويض حيز التنفيذ وذلك من خلال رقابة مشاريع الملاحق وفقا أحكام المواد 58 و 59 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الذي حدد القواعد الواجب احترامها حتى يتسنى للسلطة

⁽¹⁾ أونيبي ليندة، "الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 07، العدد 02، 2020، ص 38.

المفوضة اللجوء إلى إبرام ملاحق. كما تختص لجنة تفويضات المرفق العام بمنح التأشيرة لدخول إتفاقية تفويض المرفق العام حيز التنفيذ.

ثالثا: النظر في الطعون

أكدت المادة 81 على اختصاص لجنة تفويضات المرفق العام دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها. ففي حالة وجود أي إخلال من طرف السلطة المفوضة بإحدى، الإلتزامات والمبادئ المنصوص عميها سابقا كحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، أو المساس بمبدأ لمساواة، أو عدم احترام قواعد النزاهة والشفافية فإنه يمكن للمعنيين بالأمر رفع طعن أمام اللجنة للفصل فيه وفقا لقانون⁽¹⁾.

كما نصت المادة 42 على ذلك حيث جاء فيها أنه يمكن لكل مترشح شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي البسيط بعد الاستشارة، أن يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض، وذلك برفع طعن أمام لجنة تفويض المرفق العام. كما نصت المادة 46 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على حق كل مترشح بالطعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام المختصة في قرار السلطة المفوضة المتضمن إلغاء إجراء تفويض المرفق العام.

⁽¹⁾ على هذا الأساس فإن المشرع الجزائري سبق وأن كرس حق اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق قبل رفع أية دعوى قضائية ضد الإدارة وذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال نص المادة 829، غير أنه في مجال تفويضات المرفق العام فإنه تم التأكيد على ذلك بموجب نص خاص ويتمثل في المادة 81 من المرسوم التنفيذي 18-199 المشار إليها سابقا التي أكدت على اختصاص اللجنة بدراسة الطعون المقدمة إليها من طرف المترشحين للنظر في كل النزاعات التي قد تنثور خلال مرحلة إبرام عقد تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني

حل منازعات عقد التفويض امام القضاء

من المتفق عليه أن منازعات العقود الإدارية تخضع للقضاء الاداري، وهذا الأمر مستقر عليه في فرنسا ومصر ومعظم الدول التي يوجد فيها قضاءً إداري، أما الدول التي لا يوجد فيها قضاء إداري فإن هذه المنازعات تخضع للقضاء العادي.

ومنازعات عقد التفويض فقد تكون بين الإدارة المفوضة والمفوض له أو بين المفوض له والغير عن العقد وسنوضح هذه المنازعات بالشكل الآتي:

البند الأول: المنازعات بين الإدارة المانحة للتفويض والمفوض له

أن كافة المنازعات التي تثور بين السلطة الإدارية المانحة والمفوض له تخضع للقضاء الاداري، كالمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد والشروط الخاصة بتشغيل المرفق، أو المنازعات المتعلقة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة أو فعل الأمير، أو تلك الناشئة عن استخدام السلطة المانحة لكافة حقوقها والمنازعات المتعلقة بنهاية عقد التفويض، وبمستطيع المفوض له المطالبة بكافة حقوقه أمام القضاء الاداري، وتدخل هذه المنازعات ضمن اختصاص القضاء الكامل لقاضي العقد⁽¹⁾،

البند الثاني: المنازعات بين السلطة المفوضة والغير

قد تحصل منازعات بين السلطة المانحة للامتياز والغير عن العقد، فهذا العقد كما بينا سابقاً يتميز بكونه يضم شروطاً لائحية وشروطاً عقديّة، والشروط اللائحية في هذا العقد ذات طبيعة تنظيمية بالنسبة للغير عن العقد، وبناءً على ذلك فإن الغير عن العقد يحق لهم

(1) سمير سهيل دنون، مرجع سابق، ص 362، فاطمة السويسي، المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس

لبنان، 2004، ص 160 .

الطعن بقرارات السلطة المانحة للامتياز اذا ما تجاوزت حدود سلطتها خاصة اذا اتخذت إجراءات خرقت بها الشروط اللائحية⁽¹⁾.

من المنازعات المهمة للسلطة المانحة مع الغير هي المنازعات مع المنتفعين من المرفق، فهذه المنازعات تتعلق بتنفيذ وتنظيم المرفق مما يؤدي إلى خضوعها للقضاء الإداري، فعند إخلال المفوض لهفي تنفيذ التزامه أو عدم القيام به بالشكل الصحيح يحق للمنتفعين مطالبة الإدارة بالتدخل، وإذا ما رفضت الإدارة التدخل أو أهملت في ذلك يجوز للمنتفعين الطعن بالإلغاء في قرار هذه الإدارة لمخالفته للقانون، ويكون هذا الطعن أمام القاضي الإداري، إذ يستطيع المنتفع اللجوء إلى القاضي الإداري للمطالبة بإلغاء قرارات السلطة المانحة للامتياز بمجرد وجود مصلحة جدية في ذلك، لكن هذه المصلحة يجب ان تكون شخصية، فلا يجوز لأحد المنتفعين أن يرفع الدعوى باسم الجمهور للمطالبة بحقوقهم كافة.

البند الثالث: المنازعات بين المفوض له والغير

قد ينحصر النزاع في العلاقة العقدية بين المفوض له والغير عن عقد التفويض، سواء أكان الغير من المنتفعين أم من العاملين في المرفق أم غيرهم.

فبالنسبة للمنازعات التي تحصل بين المفوض له والمنتفعين فهي تخضع لولاية القاضي المدني، إذ يحكم هذه العلاقة القانون الخاص على اعتبار أن الطرفين هم من أشخاص القانون الخاص، إلا انه يلاحظ في حالة إثارة مسألة تتعلق بالشروط اللائحية عند نظر القاضي المدني للنزاع بين المفوض له والمنتفعين، فإنه على القاضي المدني التوقف عن نظر الدعوى إلى أن يبيّن القاضي الإداري في هذه المسألة، كذلك يلاحظ أنه في حالة إدارة

⁽¹⁾ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 109 .

المفوض له لمرفق إداري وليس اقتصادي فإن المنازعات بين المفوض له والمنفعين تخضع للقاضي الإداري⁽¹⁾.

فضلاً عن ذلك فإنه قد تحصل منازعات بين المفوض له والعاملين في المرفق أو غيرهم كالتقنيين أو الموردين، فإن هذه المنازعات يحكمها القانون الخاص وتخضع للقضاء المدني⁽²⁾.

البند الرابع: الأشكال التي تتخذها الدعوى

تعتبر الدعوى القضائية الإدارية من أهم دعاوى القضاء الإداري، لكن ماهي الأشكال التي تتخذها من الدعاوى التي تنبأها المشرع الجزائري ؟

في التقسيم السائد للدعاوى الإدارية في الفقه المقارن، نجد دعاوى الإلغاء ودعاوى التفسير ودعاوى فحص المشروعية ودعاوى التعويض أو ما يعرف بالقضاء الكامل بالإضافة إلى الدعوى الاستعجالية⁽³⁾.

ويرى الأستاذ عمار عوابدي " أنه بعد عملية ودراسة واستقراء مصادر النظام القانوني والقضائي الجزائري، نجد أن كل الدعاوى القضائية الإدارية التي يمكن تحريكها ودفعها ضد السلطات العامة الإدارية في الدولة الجزائرية، هي ذات أنواع الدعاوى القضائية المذكورة في نطاق تصنيف الدعاوى القضائية الإدارية⁽⁴⁾.

وعلى هذا النحو سار ق.إ.م.إ حيث نص المشرع في نص المادة 801 تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

⁽¹⁾ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 187.

⁽²⁾ ماجد راغب الحلو، المرجع سابق، ص 208 .

⁽³⁾ راجع لتفصيل أكثر، رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الدعوى وطرق الطعن الإدارية، ط 2، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 11 وما بعدها.

⁽⁴⁾ عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998، ص 801.

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية.

2- دعاوى القضاء الكامل.

3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

كما نص في المادة 946 من نفس القانون "يخضع الاستعجال في المادة العقود والصفقات يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية". وعليه سنحاول تكييف الدعوى مع أهم الأنواع التي جاء بها ق.إ.م.إ. للتعرف على الأشكال التي يمكن أن تتخذها، حيث سنتناول الدعوى الاستعجالية ونطرق الى دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.

أولاً- الدعوى الاستعجالية

لقد اهتم المشرع الجزائري بالدعوى الاستعجالية من خلال ق.إ.م.إ.، الذي أعطى لموضوع الاستعجال حقه من الاهتمام، وخاصة في مجال اختصاص وسلطات القاضي الاستعجالي.⁽¹⁾

حيث نظراً للأضرار التي يمكن أن تلحق بالمكلفين بالضريبة من جراء التنفيذ المباشر الذي تقوم به الإدارة الجبائية لقراراتها، والتي يصعب إصلاحها، فإن هذا الامتياز الذي منح لها لا يمكن أن تمارسه إلا في حدود معينة، أي لا بد من وجود نص قانوني يجيز التنفيذ المباشر، وحالة الاستعجال.

⁽¹⁾ راجع لتفصيل أكثر المواد من 917 إلى 948 من الباب الثالث بعنوان في الاستعجال من ق.إ.م.إ.، السالف الذكر. ولمزيد من الشرح راجع، عبد الرحمان بريارة: شرح ق.إ.م.إ.، ط2، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2009، ص 463 وما بعدها.

أ- تعريف الدعوى الاستعجالية

فالدعوى الاستعجالية هي " إجراء يطلب بموجبه أحد الأطراف اتخاذ إجراء مؤقت وسريع لحماية مصالحه من قبل أن تتعرض لنتائج يصعب تداركها"⁽¹⁾.

كما أنها تتطلب توافر عنصر الاستعجال، حيث يرى الأستاذ مورل MORL "أن فكرة الاستعجال تكون قائمة كلما ينتج عن التأخير في الفصل في النزاع ضرر لأحد أطراف النزاع لا يمكن إبعاده".

كما يرى الأستاذ دباش DEBASCH " أن حالة الاستعجال تقوم بمجرد وجود وضعية يخشى أن تصبح غير قابلة للإصلاح.

كما يتطلب أيضا عدم المساس بالحق، الذي يعرفه الأستاذ معوض عبد الثواب بأنه " السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر فلا يجوز له أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع كما ليس له أن يغير من مركز الخصوم القانونية والواجب عليه أن يترك جوهر النزاع سليما يناضل فيه أولوا الشأن أمام قاضي الموضوع المختص دون غيره بالحكم عليه."⁽²⁾

ثانيا- دعوى الإلغاء

تعتبر دعوى الإلغاء من الدعاوى المهمة في مجال المنازعات الإدارية بوجه عام والمنازعات الضريبية بوجه خاص، حيث تتمثل في رقابة المشروعية في المادة الضريبية وخاصة في مجال التحصيل.

نص عليها ق.إ.م.إ في الفقرة الأولى من المادة 801 دون ذكر حالاتها.

(1) لحسين بن الشيخ آيت ملويا: المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص12.

(2) أنظر حسين طاهري: قضاء الاستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص14.
-انظر عدو عبد القادر، الجديد في قضاء الاستعجال الإداري، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 1، العدد 1، 2013، ص 90-105.

فدعوى الإلغاء في حقيقتها ليست موجهة ضد الإدارة المفوضة، أي ليست دعوى شخصية وإنما هي دعوى عينية تقوم على اختصاص القرار الإداري المعيب ذاته قصد التوصل إلى إلغائه بحيث أن الحكم الصادر يكون حجة على الكافة⁽¹⁾.

أ- تعريف دعوى الإلغاء

تعتبر دعوى الإلغاء في الجزائر من أكثر الدعاوى الإدارية انتشارا واستعمالا من جانب المتقاضين حيث نص عليها المؤسس الدستوري في المادة 43 " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطة الإدارية"،⁽²⁾ كما نجد أن المشرع قد خصها بالكثير من القواعد والأحكام في ق.إ.م.إ.

ورغم هذه الأهمية لم نجد لها تعريفا في التشريع الجزائري، مما يجعلنا نلجأ إلى الفقه. حيث نجد أن الفقيه الفرنسي Delaubadere عرف دعوى الإلغاء بأنها " طعن قضائي يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري". وهو نفس التعريف الذي أورده الفقيه ديباش Debbasch بقوله " هو الطعن الذي يطلب بمقتضاه المدعي من القضاء إبطال قرار إداري لعدم المشروعية"⁽³⁾. بينما يعرف الفقيه سليمان الطماوي قضاء الإلغاء بأنه " القضاء الذي بموجبه يكون للقاضي أن يفحص القرار الإداري فإذا ما تبين له مجانية القرار للقانون حكم بإلغائه، ولكن دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك فليس له تعديل القرار المطعون فيه أو استبدال غيره به"⁽⁴⁾.

(1) المعرفة تاريخ دعوى الإلغاء بتفصيل أكثر راجع، رشيد خلوفي: مرجع سابق، ص 22 وما بعدها.

(2) أنظر المادة 168 من الدستور الجزائري، السابق الذكر.

(3) عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في ق.إ.م.إ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 46.

(4) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 305.

وعرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها "الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية والعينية التي يحركها ذوو الصفة والمصلحة أمام جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة."⁽¹⁾

كما عرفها الدكتور أحمد محيو بأنها "الدعوى التي يطلب فيها من القاضي إلغاء قرار غير مشروع"⁽²⁾.

وعرفها الدكتور محمد الصغير بعلي بأنها "الدعوى القضائية المرفوعة أمام إحدى الهيئات القضائية الإدارية التي تستهدف إلغاء قرار إداري بسبب عدم مشروعيته لما يشوب أركانه من عيوب"⁽³⁾.

من خلال هذه التعريفات المختلفة وبتكليفها مع موضوع بحثنا نجد أنها تتقاطع في كون دعوى الإلغاء في المادة العقود الإدارية دعوى قضائية، حيث يتحتم على المدعي التوجه صوب القضاء الإداري طالبا إلغاء قرار المنح المؤقت معيب صادر عن الإدارة المفوضة⁽⁴⁾. كما أن سلطة القاضي في دعوى الإلغاء سلطة محددة ودقيقة، حيث تكمن في إعدام القرار الإداري المطعون فيه دون إمكانية استبداله بغيره من القرارات، ويحتج المدعي على القرارات الإدارية التي تكون معيبة بعيب من عيوب عدم المشروعية، التي تتمثل في عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل والإجراءات أو مخالفة القانون والتنظيم أو الخطأ في تطبيقه وتأويله أو إساءة استعمال السلطة.

(1) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص314.

(2) أحمد محيو، المنازعات الادارية، ترجمة فائق انجق وخالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص151.

(3) محمد صغير بعلي: القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 31.

(4) إعتبر الاجتهاد القضائي الاداري المنازعات المترتبة عن الصفقات العمومية من إختصاص القضاء الكامل، ولم يعتد على أن الغاء الصفقة أو فسخها قرار إداريا بالمعنى الاصطلاحي للقرار الاداري، أنظر القرار 078670 المؤرخ في 2014/02/06، مجلة مجلس الدولة، العدد 13 المؤسسة الوطنية، 2015، ص84-86.

ثالثا- دعوى القضاء الكامل

يذهب غالبية الفقهاء إلى القول بأن الدعوى الضريبية من دعاوى القضاء الكامل، ومن بين هؤلاء الفقهاء، الفقيه لاسري LASRY، إذ يعتبر أن الطابع السري الغالب على الدعوى الضريبية هو طابع القضاء الكامل ما دام موضوع الدعوى يدخل ضمن عملية استيفاء دين الضريبة في ذمة مكلف بالضريبة محدد، كما أن القاضي الضريبي يملك صلاحيات أوسع، قد تمتد إلى إلغاء الضريبة أو تعديلها كلياً أو جزئياً⁽¹⁾.

كما أكد الدكتور مسعود شيهوب أن منازعات العقود والعمران والضرائب تدخل ضمن منازعات القضاء الكامل.⁽²⁾

أ- : مضمون دعوى القضاء الكامل

تعتبر تسمية القضاء الكامل على سلطات وصلاحيات واسعة للقاضي الإداري، بحيث بإمكانه أن يذهب إلى منح تعويضات مادية بعد إلغاء القرار الإداري محل الدعوى، إذا تبين له أنه غير مشروع أو اعتبار العمل المادي المضر محل الخصومة كذلك غير مشروع. بحيث يقوم القاضي الإداري في هذه الدعوى بأربعة عمليات وهي:

- عملية تفسير العمل محل الدعوى.
- تقدير المشروعية.
- إلغائه إذا كان عمل غير قانوني.
- القضاء بتقديم تعويضات مادية للمتضرر⁽³⁾.

(1) لمزيد من التفاصيل حول الآراء الفقهية المختلفة راجع، مالك عليان: مرجع سابق، ص 93 وما بعدها.

(2) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 ص 380.

(3) رشيد خلوفي: مرجع سابق، ص 14.

من خلال التقديم السابق، نجد أن قضاء منازعات العقود يعتبر من أهم مجالات دعاوى القضاء الكامل، حيث أن المنقضي لا يطعن في قرار إداري يحتج على عدم مشروعيته، ولكن يطعن في عملية التعويض المالي من جانب واحد تخصه شخصياً.

وبالتالي نجد أن دعوى مادة العقود بصفة عامة تنتمي إلى دعاوى القضاء الكامل، سيما تعلق منها بدعاوى التعويض، وبالنظر كذلك إلى صلاحيات القاضي في مادة العقود فهي في ما تقدم ذكره واسعة جداً، خاصة في مجال التحقيق الذي يلعب فيه القاضي الإداري دوراً إيجابياً، فهو من يقرر في شأن التحقيق الإضافي ومراجعة التحقيق والخبرة .

تم التطرق من خلال هذا البحث إلى الإطار التشريعي والتقني للنظام تفويض المرفق العام بالجزائر، وفيما تكمن مسببات ومستلزمات إصلاحه وعصرنته، هذا الأمر الذي أصبح مطلباً وضرورة حتمية لا مفر منها، وقد تمت الاستعانة بما توفرت عليه المراجع من الكتب والدراسات النظرية والتحليلية والتقييمية السابقة لموضوعنا.

كانت قديماً مهمة إنشاء هذه المرافق العامة وإدارتها تقع على عاتق الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة -الولاية والبلدية- التابعة لها وتحت مسؤوليتها وعلى نفقة الخزينة العمومية على اختلاف أنواعها، فكانت بذلك الدولة تتدخل بطريقة مباشرة في كل الميادين لاسيما الميدان الإقتصادي، وقد أدى ذلك إلى زيادة وتفاقم الأعباء الملقاة على كاهلها نتيجة التزايد المستمر لحاجات مواطنيها، الأمر الذي جعلها غير قادرة على تمويل وإنشاء وإدارة هذه المرافق وعصرنتها.

المرفق العام مهما كانت طبيعته إداري أو اقتصادي فهو قابل للتفويض، فالمشرع الجزائري الذي اكتفى بوضع شرطاً واقفاً والمتمثل في عدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، فهو يقر بمجموعة من الموانع تحول دون تفويض المرفق العام، كمهام السيادة للجماعات المحلية، إذ جعل اختصاصاتها الجماعات المحلية مرتبطة بالشؤون المحلية التي يعالجها المجلس الشعبي البلدي و التي تدخل في مجال اختصاصه عن طريق المداولات ، لتضمن جانب من الاستقلالية والحرية والمرونة في كيفية معالجة شؤون المحلية، التي تختلف باختلاف إقليم الجماعة محلية

التفويض لا يتحقق إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة والذي يعرف بالتفويض الانفرادي لا يدخل في مفهوم التفويض الذي وضعه المشرع الجزائري، و الذي يكون في صيغ عقدية متعددة ، نظمه المشرع الجزائري في مجموعة من العقود التي تكون صوراً للتفويض وهي على توالي عقد الإمتياز، عقد الإيجار، الوكالة المحفزة و عقد التسيير.

إن الشراكة عام خاص وإن كان منشأها في إنجلترا، بغرض تقادي عجز الميزانية العامة، إلا أنها تشترك في نفس الغرض هو البحث عن تمويل للبنى التحتية التي تتطلب إنفاق ضخماً، ولا مناص من اللجوء للشريك الخاص للنهوض بالاقتصاديات الدول عن طريق فتح مجال الاستثمار وتحقيق التنمية التي لن تتأتى إلا بوجود بنية تحتية قوية، الشراكة كآلية قانونية التجسيد التعاون بين القطاعين العام والخاص.

مما يستدعى إيجاد بديل قانوني عنها يضمن إختزال الإنشاء والتسيير معا في آلية واحدة، مع الأخذ بعين الإعتبار ضرورة بقاء ملكية المرافق العامة للدولة، مع محافظة الإدارة في تعديل النصوص اللائحية على إرادتها المنفردة، ومردده قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير باستمرار إلى إعتبرات المصلحة العامة، التي من أجل إشباعها وجد المرفق العام، وفرضته ضرورة المواءمة المستمرة بين متطلبات المرفق وبين الظروف المتغيرة، وأجمع الفقه على أن سلطة الإدارة في التغيير والتطوير (التكييف) تمثل مبدأ من المبادئ الثلاثة الحاكمة للمرافق العامة (المساواة والاستمرارية) والمستقر عليها قضاء".

لما كانت السلطة المفوضة-الجماعات المحلية - هي التي تنشئ المرفق العام فإنها مطالبة بمتابعة سيره كونه يمثل أحد هياكلها وتحت إدارتها، حرصاً منها على متابعة حسن سير مرافقها، وديمومة الخدمة العمومية من جهة، ومن جهة أخرى حماية المال العام وترشيد النفقات العمومية، لذلك أحاطها المشرع بالرقابة الإدارية على تفويض المرفق سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ.

وتوصلنا في الختام إلى النتائج التالية:

في نظرنا لكي يشمل الهدف من المعرف وتحديد مسؤوليته أي أنه يتناوله أثناء الحركة، ولا يتناولونها باعتبارها ظاهرة إدارية، بل من خلال تطبيقاته في الحياة الإدارية، فالاختلاف بين تعريف تفويض المرفق العام وآخر لا يشمل معنى هذه التقنية والتي هي واحدة لدى الجميع، إنما يتمثل في تغليب عنصر على آخر أو التوسيع منها لتصل إلى كل

نقل للمرفق العام سواء كان بواسطة عقد أو عمل منفرد كالتفويض عن طريق قرار أو نص تشريعي.

من خلال النصوص القانونية والتنظيمية السالفة الذكر، يتضح لنا مدى اتجاه دور المشرع الجزائري نحو إعتبار عقد التفويض من العقود الإدارية، يبرم بين الجماعات المحلية كهيئة مفوضة من جهة، وبين أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص كمفوض له من جهة أخرى، لتسيير واستغلال مرفق عمومي مقابل إتاة يتقاضاها من المنتفعين.

من خلال المراجعة الدورية للأحكام القضائية التي ساهمت في تطوير عقود الامتياز في بلادنا، نرى أن الدور المنوط بالقضاء المحلي يقتصر على المساهمة في تحليل و إستنباط الأحكام من النصوص القانونية، ولا يبحث في الغاية من التشريع في مجال العقود الإدارية التي تساهم في تطويرها .

المشرع أعطي أولوية لبعض المؤسسات، كما قد يعطي للجماعة المحلية سلطة تقديرية في أن تفرض بعض من الشروط التي ترى وجوب توافرها في من يتقدم لإبرام عقد التفويض، كما هو محدد بموجب أحكام المادة 23 من المرسوم التنفيذي 18-199، التي قررت منح الأولوية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أثناء إبرام عقد التفويض ، كما منح المشرع سلطة استبعاد بعض الأشخاص الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية.

تقتضي ضرورة احترام الأشخاص الخاصة عند منح عقود تفويض المرفق العام لشفافية إجراءات المنح مما يسمح بالمنافسة النزيفة بين المرشحين، ومن أبرز إجراءات الشفافية هو الإعلان، فمن دونه لا وجود لمجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، والعلانية هي أن تتم جميع إجراءات التعاقد وفق نطاق علني واضح.

لتحقيق المصلحة العامة يجب تحقيق المصلحة الفردية للأشخاص، فإن هدف الهيئة المفوضة في عقد تفويض المرافق العامة يترجم من خلال تمكين أكبر قدر ممكن من المنتفعين بالاستفادة من خدمات المرفق العام ، ذلك من خلال فرض سعر محدد قانونا، فغرض الهيئة المفوضة لا يتمثل في تحقيق الربح بل أنها تهدف إلى تحقيق حاجة اجتماعية

أساسية، بالتالي الهدف من ذلك تحقيق المصلحة العامة و لضمان هذه الأخيرة يجب توفير خدمات المرفق العام لأكبر قدر ممكن من المنتفعين و ذلك من خلال وضع تنظيم مشروع غير مألوف وإنشاء الوضعية الاحتكارية.

ألزم المشرع الجزائري السلطة المفوضة بتوفير كافة الوسائل المتاحة لتبليغ ودعوة المقبولين لتقديم العروض، ولم يحدد ذلك، وترك السلطة التقديرية للإدارة لاتخاذ ما تراه ملائما منها، وهذا قد يضر بمصالح المترشحين المقبولين، وقد يؤدي لعدم وصول العلم إليهم بالنتائج التي توصلت إليها اللجنة.

تعتبر مرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام ذات الأهمية الكبيرة، ذلك أنها تبني على مبدأ المنافسة في اختيار المفوض إليه، وهذا لا يعني القضاء على مبدأ الاعتبار الشخصي، وإنما يبقى هذا المبدأ يلقي بظلاله على عقد التفويض بجميع مكوناته ومنها طريقة إختيار المفوض له.

فرض المنظم عدة أنواع للرقابة (القبلية والبعديّة) هو دليل على حرصه على ضمان السير السليم والمنظم للاتفاقية تفويض المرفق العام.

ضعف فعالية لجان الرقابة الداخلية (لجنة اختيار وانتقاء العروض ولجنة تفويضات المرفق العام) وحصر دورهما على التطبيق والتنفيذ.

عدم توضيح اذا ما كان إختيار أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام (ممثلي الإدارات العمومية)، يخضع للموافقة مسؤول السلطة المفوضة أم أنه مسلم لاختيار الإدارة المعنية. رغم فرض رقابة بعديّة ميدانية، والتي تعتبر آلية أكثر نجاعة من غيرها، إلا أنه يوجد غموض في تفاصيل ممارستها.

الربط بين الرقابة البعديّة ومستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له وشكل تفويض المرفق العام، إذ أنه كلما زاد مستوى الخطر، كلما كانت السلطة المفوضة أكثر حرصا على رقابة المرفق العام وضمان حسن سيرته.

الاقتراحات التي نوصي بها:

تفعيل دور لجان الرقابة القبلية، من خلال إعداد تنظيم نموذجي، يوضح عمل اللجنتين وبيّن كفاءات إختيار الأعضاء، ويوثق مهامها الرقابية.

دعوة المتعهدين لحضور جلسات لجنة اختيار وانتقاء العروض، كمراقبين حياديين. ضرورة حضور عضو ممثل عن لجنة تفويضات المرفق العام، جلسات اختيار وانتقاء العروض، ويكون عضو ملاحظ، يعدّ تقريره حول سير عمل الجلسات يقدمه للجنة تفويضات المرفق العام، لتكون على دراية بسير الأشغال في مراحلها الأولية، وحتى تستطيع الرد على الطعون المقدمة أمامها.

إعداد نظام أكثر تفصيلي لممارسة الرقابة البعدية، خاصة الرقابة الميدانية. تشجيع المسيرين على المستوى المحلي على القيام باختيار نمط التسيير الأنسب والتفاوض مع الشريك حول الشروط المثلى لتنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام في أحسن الظروف وبأقل تكلفة.

صياغة أحكام تفويض المرفق العام ضمن مرسومين، يطرح عدة إشكالات وثغرات قانونية سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية الأمر الذي أوجب أفراد تنظيم تشريعي خاص بآلية التفويض على غرار التشريعات المقارنة .

القران الكريم

المعاجم

1. معجم اللغة العربية، معجم القرآن الكريم، المجلد الثاني، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، 1970.
2. لسان العرب لابن منظور، قدمه عبد الله العلايلي، الجزء الرابع، باب الفاء، دار الجيل، دار لسان العرب، لبنان، 1984.

المراجع باللغة العربية

الكتب العامة

- 1- أحمد عبد القادر الجمال، القانون الإداري المصري والمقارن من الجهة الفقهية والتطبيقية والجزائية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1955.
- 2- أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، 1966
- 3- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الثاني، مطبعة مصر، 1961 .
- 4- ابن قدامه المقدسي، المغني، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 5- جبران مسعود، معجم الرائد، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، 1967.
- 6- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1973.
- 7- محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسه شباب الجامعة الإسكندرية، 1973.
- 8- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النشر العربي، مصر، الطبعة الثالثة، 1975.
- 9- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الالغاء، دار الفكر العربي، 1976.
- 10- سليمان محمد الطماوي، ميادين القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
- 11- طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

قائمة المراجع

- 12- محمد أنسي قاسم جعفر، أسس التنظيم الإداري والإدارة المحلية بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1978.
- 13- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 1979.
- 14- سليمان محمد الطماوي، الوجيه في القانون الإداري، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، سنة 1979.
- 15- منير محمود الوترى، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، ج1، العقود الإدارية، مطبعة جامعة بغداد، 1979.
- 16- شاب توما منصور، القانون الإداري، ط1، جامعة بغداد 1980.
- 17- خالد قباني، اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان، الطبعة الأولى منشورات عويدات، بيروت، 1981.
- 18- إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981.
- 19- سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- 20- عبد القادر شيخي، نظرية الإدارية المحلية، مكتب المحتسب، عمان، سنة 1983.
- 21- محسن أحمد الخضيرى، الخصخصة منهج اقتصادي متكامل لإدارة عمليات التحول إلى القطاع الخاص على مستوى الاقتصاد القومي، والوحدة الاقتصادية مكتبة الانجلوا المصرية، القاهرة، طبعة سنة 1983.
- 22- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، دار الرسالة، الكويت، 1983.
- 23- حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، المرافق العامة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.
- 24- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، مطبعة جامعة عين شمس، 1984.
- 25- حسن محمد عواضة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربية دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1985.
- 26- عسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون العقارية والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

- 27- مسعود شيهوب أسس الإدارة المحلية وتطبيقها على نظام البلدية والولاية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
- 28- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
- 29- محمد سليمان عبد الله الأشقر، زبدة التفسير من فتح القدير، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، ط2، 1988.
- 30- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري والعقد الإداري)، جامعة الإسكندرية، بلا مكان طبع، 1989.
- 31- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989.
- 32- أحمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الإدارة الجزائرية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1989.
- 33- عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1990.
- 34- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة عين الشمس، 1991.
- 35- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ط5، 1991.
- 36- فاروق أحمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب لطباعة والنشر، الموصل، العراق، 1992.
- 37- خالد الزغبى، القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1993.
- 38- محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دراسة مقارنة، طباعة بالليزر مركز قطيم للكمبيوتر، الزقازيق مصر، 1993.
- 39- علي خطار شطناوي، الإدارة المطية وتطبيقاتها في الأردن وفرنسا، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان 1994.
- 40- أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1996.

- 41- ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1996
- 42- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر 1996.
- 43- خالد خليل الظاهر، القانون الاداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار المسيرة، عمان، الأردن، ط1، 1997.
- 44- جعفر أنس قاسم، أسس التنظيم الإداري والإدارة المحلية بالجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 45- صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 46- عمار عوابدي : النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998.
- 47- مسعود شريط، التنمية الإدارية والعمرانية ببلديات المدن الجزائرية، رسالة ماجستير، معهد علم الاجتماع، جامعة قسنطينة، 1998 .
- 48- جعفر أنس قاسم، أسس التنظيم الإداري والإدارة المحلية بالجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.
- 49- حمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1999.
- 50- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 51- عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الاداري وإمتميازات الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1999.
- 52- هيام جورج ملاط، المياه والامتميازات في الشرع اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
- 53- صالح مفقودة، نصوص وأسئلة، دار الكتاب، الجزائر، 2000.
- 54- محمد بن صبري أرنج، الخصخصة تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، 2000.

- 55- عمار عوابدي، القانون الإداري "النشاط الإداري"، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000.
- 56- عبد المطلب عبد الحميد، التمويل المحمي والتنمية المحمية، الدار الجامعية، مصر، 2001 .
- 57- حسين مصطفى حسين، المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ،الجزائر، 2001
- 58- حمد أحمد قاسمي، الشأن المحلي في سياق اللامركزية وعدم التمركز، ب د ن، وب ن، 2001.
- 59- نعيم مغيبغ، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2001.
- 60- فريدة قصير مزياني، مبادئ القانون الجزائري، مطبعة قرفي، باتنة، الجزائر، 2001 .
- 61- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 62- محمد صغير بعلی، القانون الاداري، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة 2002.
- 63- نجلاء حسن السيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 64- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول(إبارم العقد الإداري)، د.ط، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2003 .
- 65- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 66- لحسين أيت الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة الجزائر، 2003.
- 67- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، الجزء الرابع، الدار الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، 2003.
- 68- عادل جبيري محمد حبيب مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 69- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2003.
- 70- عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة وإجراءات الصفقات والعقود، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2003.

- 71- محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دون ذكر الناشر، 2003 .
- 72- هيام مروة، القانون الإداري الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط1، 2003.
- 73- السيوطي، تفسير الجلالين، مكتبة النهضة، بغداد، 2003.
- 74- مازن راضي ليلو، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات مصر، 2004.
- 75- رفعت عبد الحليم الفاعوري، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2004.
- 76- برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2004.
- 77- سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء الحادي عشر، دار الشروق، لبنان، ط34، 2004.
- 78- فاطمة السويسي، المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2004 .
- 79- علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (الجزء 01)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة الأردن، 2004 .
- 80- حسين طاهري، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.
- 81- عبد الغني بسيوني عبدا لله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 82- الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان داو ودي، مطبعة النور للنشر، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 2005.
- 83- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د ط، 2005.
- 84- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، طبعة 2005.
- 85- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005.
- 86- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط1، 2005.
- 87- مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 88- مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

- 89- أسامة أحمد شتات، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 90- عجة الجبالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من الاشتراكية التسيير على الخصوصية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- 91- نذير بن محمد الطيب أو هاب، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة - مركز البحوث، السعودية، 2006.
- 92- حافظ أحمد عجاج الكرمي، الإدارة في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ط2، 2007.
- 93- لحسين بن الشيخ آيت ملويا: المنتقى في قضاء الاستعجال الاداري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 94- محمد سعيد صين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة عن كلية التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقد الإداري والتحكم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- 95- محمد صغير بعلي: القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 96- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
- 97- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، الطبعة الرابعة، 2007.
- 98- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2007.
- 99- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2007.
- 100- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2008 .
- 101- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 2008.

- 102- جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، ج2، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
- 103- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، بغداد العراق، 2008 .
- 104- محمد سعيد البغدادي، المال العام وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار البصائر، القاهرة، مصر، 2008.
- 105- مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحويل الى القطاع الخاص "الخصخصة" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 106- مفتاح خليفة عبد الحميد، محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، دار المطبوعة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 107- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد لزم الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة، 2008.
- 108- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2008.
- 109- غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
- 110- مروان محيي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009م.
- 111- السيد محمد الجوهري، دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار -دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 112- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
- 113- عمار بوضياف: دعوى الإلغاء في ق.إ.م.إ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009،
- 114- أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحويل القطاع العام الى القطاع الخاص الخصخصة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2009.
- 115- عمر عمتوت، قاموس المصطلحات القانونية في تسيير شؤون الجماعات المحلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

- 116- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2009.
- 117- عبد الرحمان بريارة، شرح ق.إ.م.إ. ط2، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 118- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسور للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2009.
- 119- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 120- محمود خلف الجبوري العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 121- عبد الرحمان ابن خلدون، المقدمة، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، القاهرة مصر 2010.
- 122- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- 123- عبد المنعم خليفة عبد العزيز، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، الإسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2010.
- 124- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، د.ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2011.
- 125- وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، أثر الخصخصة على النظام الضريبي في ظل النظم المالية المقارنة كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2011.
- 126- محمد مسعي، المحاسبة العمومية، دار الهدى للنشر والتوزيع عين مليلة، الجزائر، 2011.
- 127- القهوي، ليث عبد الله، والوادي، بلال محمود، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص، الإطار النظري والتطبيق العملي، ط1، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 128- عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012.
- 129- عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012.
- 130- عبد اللطيف قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2013.
- 131- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2013.
- 132- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضا وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2014.

- 133- زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين ا لبغدادي الشهير بابن رجب ،جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الحكم، دار المعرفة، بيروت 2015.
- 134- فؤاد بن غضبان، التنمية المحمية "ممارسات وفاعلون"،دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن،2015
- 135- سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري ،الطبعة الثانية،الجزء6،منشورات كليك،2018.
- 136- محمود أحمد البيواتي وفاء، المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة القاهرة، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،2018.
- 137- محمد عبد العال السناري ،مبادئ وأحكام القانون الإداري في مجال النظرية والتطبيق ،دار النهضة العربية، القاهرة مصر ،بدون سنة نشر.
- 138- عمرو محي الدين، التخلف والتنمية، بيروت، دار النهضة العربية، د س ن.
- 139- وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر،
- 140- جاد جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، ب س
- الكتب المتخصصة:**
- 1-رياض عيسى،نظرية المرفق العام في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985،
- 2-محمد فاروق عبد الله، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومين التقليدي والإشتركي ديوان المطبوعات الجامعية 1987.
- 3-محمد عبد اللطيف محمد، تفويض المرفق العام، مصر، دار النهضة العربية 2000.
- 4-جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت B.O.T .وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2002
- 5-إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام(B.O.T)دراسة مقارنة، مصر، دار الكتاب للطباعة والنشر ،2003.
- 6-ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع BOT ،دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2005.
- 7-إلياس ناصيف، عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 2006.

- 8- سمير عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشماوي، نظام البناء، التشغيل، نقل الملكية BOT، لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007.
- 9- عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008.
- 10- مصطفى عبد المحسن الحبشى، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008 .
- 11- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009.
- 12- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010 .
- 13- نادية ضريفي، تسير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- 14- حماده عبد الرزاق حماده النظام القانوني لعقد إمتياز المرفق العام، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012.
- 15- النعمي، أبوبكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، عقود البوت BOT وعقود الشراكة PPP دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- 16- محي الدين القطب مروان، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز الشركات المختلطة BOT - تفويض المرفق العام (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2015
- 17- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام-دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014/2015.
- 18- بوعلام رزيق، التفويض في القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ط 1، 2017.
- 19- أحمد رشاد محمود سالم، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT في مجال العالقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، .

- 1- ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، السنة التاسعة والخمسون، العدد 333، يوليو، 1968.
- 2- مصطفى كمال وصفي سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة مجلة العلوم الإدارية السنة الثالثة عشر العدد الأول 1971.
- 3- مجيد حميد العنكي، المفهوم العام للقوة القاهرة وأثرها في تنفيذ المقاول لالتزاماته التعاقدية، مجلة النفط والعالم، العدد 90 91، آب أيلول، 1981.
- 4- سعيد بوالشعير، نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، الحجم 14، العدد 2، جوان 1986.
- 5- عبد العزيز الخوري، مذكرات في العقد الإداري مجلة هيئة قضايا الدولة السنة الواحدة والثلاثون العدد الأول سنة 1989.
- 6- عادل طالب الطببائي مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة دراسة مقارنة مجلة الحقوق الكويتية السنة الأولى العدد الثالث والرابع 1992.
- 7- محمد فتوح محمد عثمان، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، مصر، السنة السابعة والثلاثون، العدد الأول، يونيو، 1995.
- 8- حازم البيلوي، الحقائق الاقتصادية والفن القانوني، مجلة مصر المعاصرة، السنة الحادية والسبعون، العدد 38 أبريل، 1980.
- 9- محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، دراسة منشورة في مجلة القضاء العراقية، العدد الاول والثاني، 1984 .
- 10- محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، يوليو-سبتمبر 1984.
- 11- محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، المجلة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد السابع، 1995.
- 12- قدي عبد المجيد، النظام الجبائي في الجزائر وتحديات الألفية الثالثة، المتقى الوطني الأول حول الإقتصاد الجزائري في الألفية الثالثة، كمية العموم الاقتصادية وعموم التسيير، جامعة سعد دحلب، البليدة، يومي 20 و 21 ماي، 2002.

- 13- داو د عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الالكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط1، 2004.
- 14- داو د عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الالكترونية وأثرها على نظام المرفق العام، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط1، 2004.
- 15- دأونيس، الخصخصة: المفهوم، الأساليب، التحديات، التجارب، حالة الجزائر، مؤتمر تحديات التنمية وتحديث الإدارة في التوطن العربي، طرابلس، ليبيا، 1517 مارس، 2004.
- 16- أمل نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر 2004.
- 17- جمال لعمارة، منهجية الميزانية العامة للدولة في الدولة:، دار الفجر للنشر، القاهرة، 2004.
- 18- الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان داو ودي، مطبعة النور للنشر، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 2005.
- 19- هاني عبد الرحمان غانم، أساليب التعاقد الإداري (دراسة مقارنة)، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 2007.
- 20- طارق بن هلال البوسعيدي، «الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام T.O.B»، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد السادس والثلاثين، أكتوبر 2008.
- 21- بالخير محمد، مقومات وأساسيات التنمية المحلية، مجلة آفاق علمية، 2008 .
- 22- أنيس نصير، طبيعة حق الملكية الوارد على النفط -دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس البحث العلمي، جامعة الكويت، العدد الأول السنة، 2009.
- 23- نمديلي رحيمة، ماهية عقد البوت، بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الاقتصادية وخصوصتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، 2010.
- 24- محمد منير حساني، "الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري"، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، العدد الخامس عشر، جوان، 2010.
- 25- عارف صالح مخلف، علاء حسين علي الجوعاني، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول 2010.

- 26- كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الاونيسترال النمودحي والتشريعات العربية دراسة تحليلية، ندوة حول الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعتها، شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011.
- 27- كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الاونيسترال النمودحي والتشريعات العربية دراسة تحليلية، ندوة حول الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعتها، شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011.
- 28- ناصر وهيبية، التمويل المحلي ودوره في عملية التنمية المحلية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، 06 العدد، 2013.
- 29- فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، الجزائر، 2013.
- 30- عدو عبد القادر، الجديد في قضاء الاستعجال الاداري، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 1، العدد 1، 2013.
- 31- شريفي الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمارست، الجزائر العدد، 03 جانفي، 2013.
- 32- مراد بلكعبيبات، "مجالات تطبيق قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري" مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس الذي نظّمته كلية الحقوق جامعة د. يحي فارس بالمدينة، الموسم بعنوان: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي. 2013.
- 33- بن ناصر وهيبية، التمويل المحلي ودوره في التنمية المحلية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، العدد السادس، نوفمبر 2014.
- 34- مجلة مجلس الدولة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية موفم، العدد 13، 2015
- 35- رحيمة ندميلي، عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البحوث السياسية والإدارية، العدد الأول، جانفي 2015.
- 36- ياسين حزاب ومبروكة محرز الإطّار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، جوان 2016
- 37- سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مفهومها وطبعتها القانونية، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، 2016.

- 38- عجابي عماد، ازدواجية التدخل الاقتصادي للدولة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وإشكالاته، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، 2016.
- 39- نادية تياب، تكريس مبدأ المنافسة آلية للوقاية من الفساد (المغرب، الجزائر نموذجاً)، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، العدد الثاني، مارس، 2016.
- 40- ريتشاد أكيونوي، الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، قضايا إقتصادية، العدد 40، صندوق النقد الدولي، 2017.
- 41- بن الحاج جلول ياسين، أهمية تفعيل الإيرادات المحمية الغير جبائية في تمويل التنمية المحلية "حالة الجزائر مجلة البديل الإقتصادي، العدد الثامن، مجلة البديل الاقتصادي المجلد 4، العدد 2، 2017.
- 42- بدير يحي، الجوانب القانونية لآلية تفويض المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، العدد 3، جوان 2017.
- 43- سالم محمد دينوري، التمويل الذاتي للجماعات المحلية بالجزائر بين تسيير تفويض المرفق العام وضمان أداء الخدمات العمومية، مجلة البحوث الاقتصادية المتقدمة، العدد 2، جوان 2017.
- 44- أبو بكر أحمد عثمان إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة قانون والأعمال، جامعة الشارقة، 06 أفريل، 2017.
- 45- سليمان سهام، تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، جوان 2017.
- 46- يامة إبراهيم، مدى مساهمة صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في إنعاش التنمية المحلية "دراسة نظرية تقييمية، محلة ميلاف للدراسات والبحوث، العدد الخامس، جوان 2017.
- 47- نعيمة أكلي، التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقود الإمتياز، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة باتنة 1، الصادرة في 5 جوان 2017.
- 48- نوال بوهالي، التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد الثاني عشر، جوان 2017.

- 49- عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد، 18 جوان، 2017.
- 50- صالح زمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع والسلطة، جامعة العربي تبسي، تبسة، الجزائر، العدد6، 2017.
- 51- صبرينة عصام، تسيير المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الخامس، ديسمبر، 2017.
- 52- خلوط زينب، تفويض المرفق العام، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الخامس، أبريل، 2017.
- 53- نايل صونية، التسيير المفوض للمرفق العام المحلي في قانون البلدية الجزائري، مجلة الفكر العدد الخامس عشر، جوان 2017.
- 54- بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة، مجلة الفك، العدد الرابع عشر، جانفي 2017.
- 55- أمين بن سعيد ونادية عبد الرحيم إشكالية تفويض المرفق العام كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية -واقع التطبيق في المغرب وآفاقه في الجزائر-، مجلة معهد العلوم الاقتصادية) مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة)، المجلد 21 عدد01، جوان 2018.
- 56- فاضل الهام، أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 15_247، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، عدد25، ديسمبر 2018.
- 57- جليل مومنية، تفويض المرفق العام المحلي كآلية فعالة للتمويل المحلي في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المجلد8، العدد4، السنة 2019.
- 58- بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، العدد2، 2019.
- 59- ضريفي نادية، سلامي سمية المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، مجلة صوت القانون المجلد السابع، العدد 2، نوفمبر 2020.
- 60- ابتسام لسناش، رزيقة لسناش، أشكال الرقابة على اتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية في القانون الجزائري، مجلة المشكاة في الاقتصاد والتنمية والقانون، المجلد5، العدد1، 2020 .

- 61- أونيسي ليندة، "الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 07، العدد 02، 2020.
- 62- حسان حضري، فايزة جروني، ضوابط وإجراءات منح تفويض مرافق الجماعات الإقليمية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات المجلد 17، العدد 1، 2020.
- 63- مزيتي فاتح، أشكال تفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم التنفيذي 18-199، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد 1، جانفي 2020.
- 64- محمد لعيرج، بن السيمو محمد المهدي، ميزانية الجماعات المحلية بين الرقابة والاستقلالية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 1، جوان 2021.

الملتقيات

- 1- قدي عبد المجيد، النظام الجبائي في الجزائر وتحديات الألفية الثالثة، الملتقى الوطني الأول حول الإقتصاد الجزائري في الألفية الثالثة، كمية العموم الاقتصادية وعموم التسيير، جامعة سعد دحلب، البلدية، يومي 20 و 21 ماي، 2002.
- 2- محمد حاجي، التمويل المحلي وإشكالية العجز في ميزانية البلدية، مداخلة قدمت ضمن أعمال الملتقى الدولي الموسوم ب: تسيير وتمويل الجماعات في ضوء التحولات الاقتصادية، جامعة الحاج لخضر باتنة، يومي 01-02 ديسمبر 2004.
- 3- بوعزاوي بوجمعة، الإدارة المحلية، مداخلة قدمت ضمن أعمال المؤتمر الدولي الثالث لمنظمة التنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2005.
- 4- محمد محمود الطعمنة، الحكم المحلي في الوطن العربي، مداخلة قدمت ضمن أعمال المؤتمر الدولي الثالث لمنظمة التنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2005.
- 5- بن سماعيل حياة، السبتي وسيلة، التمويل المحلي للتنمية المحلية نماذج من اقتصاديات الدول النامية، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الدولي حول، سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات دراسة حالة الجزائر والدول النامية، جامعة بسكرة، يومي 21 و 22 نوفمبر 2009.
- 6- سمير مجيد عبد الوهاب، الاتجاهات الجديدة للحكم المحلي و البلديات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة، أعمال مؤتمرات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2009.
- 7- الكاهنة أرزيل، عن استخدام تفويض المرفق العام، الملتقى الوطني حول التسيير الإداري والمالي للهيئات المحلية، جامعة باجي مختار عنابة، يومي 11 و 12 نوفمبر، 2015.

8- محمد جبر السيد عبد الله جميل، سلطة الرقابة والتعديل في عقد التزام المرفق العام-دراسة استقرائية، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الدولي حول التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر، جامعة يحي فارس المدينة. 28 و 29 نوفمبر، 2018.

الرسائل

- 1- منير شبكي، المرفق المحلي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1977.
- 2- صلاح يوسف عبد العليم، اثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2000.
- 3- إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف، عقد إمتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2003.
- 4- درع حماد عبد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2003.
- 5- عبد الله بن أحمد السعدان، آثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 2004.
- 6- فريدة مزباني، أطروحة دكتوراه : المجالس الشعبية المحلية في ظل التعددية السياسية في التشريع الجزائري بجامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2005
- 7- نادية بن يوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأيد والاعتراض، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، القاهرة مصر، 2008.
- 8- مفتاح على الشيباني عمر، مبدأ اللجوء إلى التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 9- زيتوني عمار، أهمية مصادر التمويل الداخلية لتمويل التنمية دراسة حالة الجزائر 1970-2004، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2007.
- 10- محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام BOT عقد الإنشاء والإدارة والتسليم، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2009 .

- 11- فرح رشيد سياسة إدارة الموارد المائية في الجزائر ومدى تطبيق الخصخصة في قطاع المياه، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير فرع التخطيط، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم الكبير، جامعة الجزائر 03، 2010.
- 12- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2012.
- 13- نادية ظريف، المرفق العلم بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الإمتياز، أطروحة دكتوراه في القانون العالم، جامعة الجزائر أبن يوسف بن خدة، سنة 2012-2013.
- 14- جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، القسم العام، 2013-2014.
- 15- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014.
- 16- خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015.
- 17- سوهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
- 18- حسام بركيبة، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019.
- 19- راضية بن مبارك، التعليق على التعليم رقم 94-89273 المتعلقة بإمتياز المرافق العامة وتأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2002.
- 20- جمال يريقي، أساسيات في المالية العامة وإشكالية العجز في ميزانية البلدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2002.
- 21- جمال يريقي، أساسيات في المالية العامة وإشكالية العجز في ميزانية البلدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2002.
- 22- منور فريدة، عقود الامتياز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الفرع، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011-2012.

قائمة المراجع

23- أمينة قسراوي، ادارة المناطق العربية الفلسطينية في إسرائيل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية-تخصص إدارة الجماعات المحلية و الإقليمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية-جامعة ورقلة، 2012.

24- بعيث عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2013-2014..

النصوص القانونية:

1- الدستور الفرنسي لسنة 1958

2- الدستور المصري لسنة 1971 الدستور جمهورية مصر العربية لسنة1971، الجريدة الرسمية العدد36 أ مكرر،الصادرة في 12سبتمبر1971، آخر تعديل في سنة 2011، في الجريدة الرسمية العدد 11مكرراً،الصادرة ،في03 مارس 2011.

3- النظام الأساسي السعودي لسنة 1992

4- الدستور الجزائري لسنة 1996، معدل بالقانون رقم 02-03، المؤرخ في10أبريل 2002، ج ر،العدد 25 لسنة2002، معدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر، العدد63 لسنة2008، المعدل بالقانون 16-01المؤرخ في 06-مارس2016، ج ر، العدد 14، لسنة 2016، المعدل بالمرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30ديسمبر2020 يتعلق بالإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، ج ر، العدد82، لسنة2020

5-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10ديسمبر1948

النصوص التشريعية

1-الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني، المعدل والمتم، ج رعدد 78لسنة 1975.

2-الأمر 76-104، المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون الضرائب الغير مباشرة،المعدل والمتم، ج ر العدد 70 لسنة 1977.

3-الأمر رقم 27/95، المؤرخ في 30 ديسمبر1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996، المعدل والمتم، ج ر،العدد 82 لسنة 1995،

قائمة المراجع

- 4- الأمر 01-14، المؤرخ في 02 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر، العدد 47 لسنة، 2001.
- 5- الأمر 03-06، المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، ج ر العدد 46، لسنة 2006.
- 6- الأمر رقم 06-11، المؤرخ في 30 أوت 2006، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر، العدد 53، لسنة 2006.
- الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، المعدل والمتم، ج ر، العدد 44، لسنة 2009.
- 7- القانون 67-24، المؤرخ في 18 يناير 1967، يتضمن قانون البلدية، ج ر، العدد 06 لسنة 1967.
- 8- القانون 69-38، المؤرخ في 22 ماي 1969، يتضمن قانون الولاية، ج ر، العدد 44 لسنة 1969.
- 9- القانون رقم 80-12، المؤرخ في 30 ديسمبر 1983، المتضمن قانون المالية لسنة 1981، المعدل والمتم، ج ر، العدد 54، لسنة 1980.
- 10- القانون 83/17، المؤرخ في 16 جويلية 1983 يتضمن قانون المياه، ج ر، العدد 30 لسنة 1983
- 11- القانون رقم 90-08، المؤرخ في 07 أبريل 1990، المتعلق بالبلدية، ج ر، العدد 15، لسنة 1990.
- 12- القانون رقم 90-09، المؤرخ في 07 أبريل 1990، المتعلق بالولاية، ج ر، العدد 15، لسنة 1990
- 13- القانون 90-21 المؤرخ في 15 اوت 1990، يتعلق المحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 36 لسنة 1990، آخر تعديل بالقانون 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر عدد 72 لسنة 2011.
- 14- القانون 93-18، المؤرخ في 30/12/1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994، المعدل والمتم، ج ر العدد 44، لسنة 1993.
- 15- القانون 95-27، المؤرخ في 30-12-1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996 المعدل والمتم، ج ر، العدد 82 لسنة 1995.

قائمة المراجع

- 16- القانون 99-11، المؤرخ في 23-12-1999، المتضمن قانون المالية لسنة 2000 المعدل والمتم، ج ر، العدد 92 لسنة 1999.
- 17- القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2001، المتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج ر، العدد 79، لسنة 2001.
- 18- القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، المعدل والمتم، ج ر، العدد 60 لسنة 2005،
- 19- القانون رقم 05-16، المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2005، المتضمن قانون المالية لسنة 2006، المعدل والمتم، ج ر، العدد 85، لسنة 2005.
- 20- القانون 07-24، المؤرخ في 26 ديسمبر 2006، المتضمن قانون المالية لسنة 2007، المعدل والمتم، ج ر، عدد 85 لسنة 2006.
- 21- القانون رقم 08-16، المؤرخ في 03 أوت 2008، المتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر، العدد 46 لسنة 2008.
- 22- القانون 08-04 المؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتم القانون 90-30، المتضمن قانون الأملك الوطنية ج ر، العدد 44، لسنة 2008.
- 23- القانون 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21، لسنة 2008.
- 24- القانون 10/03 المؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملك الخاصة للدولة، ج ر، العدد 46 المؤرخة في 18/08/2010.
- 25- القانون 11-10، المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37 لسنة 2011، المعدل والمتم بامر 21-13 ماضي في 31 أوت 2021، ج ر العدد 67 لسنة 2021، موافق عليه بالقانون 21-13 المؤرخ في 01 ديسمبر 2021، ج ر، العدد 91 لسنة 2021.
- 26- قانون 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر، العدد 12، لسنة 2012.
- 27- قانون رقم 14-05، مؤرخ في 24 فبراير 2014، يتضمن قانون المناجم، ج ر عدد 18 لسنة 2014.
- 28- القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر، العدد 78، لسنة 2014.

قائمة المراجع

- 29- القانون 15-01، المؤرخ في 23 جوان 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، المعدل والمتم، ج ر، عدد 40 لسنة 2015.
- 30- القانون 15-18، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون المالية لسنة 2016، المعدل والمتم، ج ر 72 العدد 72 لسنة 2015.
- 31- القانون 16-14، المؤرخ في 28 ديسمبر 2016، المتضمن قانون المالية لسنة 2017، المعدل والمتم، ج ر، عدد 77 لسنة 2016.
- 32- القانون 17-11، المؤرخ في 28 ديسمبر 2017، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، المعدل والمتم، ج ر، عدد 76 لسنة 2018.
- 33- القانون 21-16، المؤرخ في 30 ديسمبر 2021، المتضمن قانون المالية لسنة 2022، ج ر، عدد 100 لسنة 2021.

النصوص التنظيمية

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 12-415، المؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة المعتمد بأديس بابا بتاريخ 31 يناير سنة 2011، ج ر ج، العدد 68، لسنة 2012.
- 2- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج عدد 15 لسنة 2015.
- 3- المرسوم الرئاسي 96-438، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 76 لسنة 1996، معدل بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 ابريل 2002، الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002، معدل بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر العدد 63 لسنة 2008، معدل بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016، الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 2016.
- 4- المرسوم رئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 31 أوت 2020، المتمم، بالمرسوم الرئاسي رقم 21-72 المؤرخ 16 فيفري 2021، يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد- 19) ومكافحته، ج ر، العدد 51 سنة 2020.
- 5- المرسوم رئاسي رقم 20-420 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بالإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82، لسنة 2020.

- 6- المرسوم رئاسي رقم 22-93، المؤرخ في 8 مارس سنة 2022، يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المحكمة الدستورية، ج ر، العدد رقم 17 لسنة 2022.
- 7- المرسوم 67-53، المؤرخ في 17 مارس 1967، يتعلق بامتياز الممنوح للبلديات للاستغلال المحالات التجارية للعرض السينمائي، ج ر، العدد 26، لسنة 1967
- 8- المرسوم 67-167، المؤرخ في 24 أوت 1967، يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرق الدولة للبلديات، ج ر، العدد 75 لسنة 1967.
- 9- المرسوم التنفيذي 92-414 مؤرخ في 14/11/1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج ر عدد 82 لسنة 1992، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16/11/2009، الجريدة الرسمية عدد 67 لسنة 2009.
- 10- المرسوم التنفيذي 91-313 المؤرخ في 7 سبتمبر 1991 يحدد إجراءات المحاسبة التي يمكها الآمرون بالصرف و المحاسبون العموميون و كفييتها ومحتوها، ج.ر عدد 43 لسنة 1991 معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي 11-332 المؤرخ في 19 سبتمبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 2011.
- 11- المرسوم التنفيذي 94-294 المؤرخ في 25 سبتمبر 1994، يتضمن كفيات حل وتصفية المؤسسات العمومية غير المستقلة، ج ر، العدد 63، لسنة 1994.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 94-41، المؤرخ في 29 يناير 1994، المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر، العدد 07، لسنة 1994.
- 13- المرسوم التنفيذي رقم 94/322 المؤرخ في 29 جانفي 1994، المتضمن لتعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر عدد 12، لسنة 1994
- 14- المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتضمن منح امتيازات الطرق السريعة، ج ر، العدد 55 لسنة 1996.
- 15- المرسوم التنفيذي رقم 97-483 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997 المحدد لكفيات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه، ج ر، العدد 83 لسنة 1997
- 16- المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المؤرخ في 21 أبريل 2001 المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر، العدد 24 لسنة 2001.

- 17- المرسوم التنفيذي رقم 02-40 المؤرخ في 14 يناير 2002 المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال الخدمات الجوية الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر، العدد 04 لسنة 2002.
- 18- المرسوم التنفيذي رقم 07-121، المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر، العدد 27 لسنة 2007.
- 19- المرسوم التنفيذي رقم 07-23، المؤرخ في 28 يناير 2007، المحدد كيفيات إعادة بيع الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية أو منح حق الامتياز عليها، ج ر العدد 08، لسنة 2007.
- 20- المرسوم التنفيذي رقم 10-275 المؤرخ في 4 نوفمبر 2010 بحد النظام القانوني للموافقة على اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه، ج ر العدد 68، لسنة 2010.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 11-381 مؤرخ في 21/11/2011، يتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج ر عدد 42 لسنة 2011.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 14-116 المؤرخ في 24 مارس 2014 المتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، ج ر العدد 19، لسنة 2014.
- 23- المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ج عدد 48 لسنة 2018 .
- 24- المرسوم تنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج ر، العدد 15، لسنة 2020
- 25- المقرر مؤرخ في 10 رمضان عام 1443 الموافق 11 أبريل سنة 2022، يحدد التنظيم الداخلي لهياكل المحكمة الدستورية وأجهزتها، ج ر، العدد 25، لسنة 2022.
- 26- التعليم رقم 06 مؤرخ في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام.
- 27- ظهير شريف رقم 15.06.1 لـ 14 فبراير 2006، يتضمن الموافقة على القانون رقم 54.05 المتعلق بالتسيير المفوض للمرافق العامة، www.sgg.gov.ma/.

Ouvrages en langue française:

1. Ouvrages généraux de droits

2. Léon Duguit, *Droit constitutionnel, 3 ème édition, Tome 2, Ancinne librairie fonte oing, Paris, France, 1928.*
3. Henry Berthelemy, *Traité élémentaire de droit administratif, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, France, 1908.*
4. Waline Marcel, *Manuel élémentaire du droit administratif, Rec Sirey, Paris, France 1963.*
5. Jean rivero ,*Droit administratif, librairie dalloz, Paris, France ,1962.*
6. Andre Delaubadere, *Manuel du droit administratif, LGDJ, Paris, France, 1969.*
7. Letourneur,*Les principes generaux du droit dans conseil d'etet, etudes et documents 1951. Conseil d'Etat, Assemblée, 22 juin 1951, Daudignac, requête numéro 00590, rec. .*
8. Guibal M, *La justification des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie », A.J.D.A, juin 1972.*
9. Mabrouk Mouhieddine, *traite de droit administratif tunisienne, tome1, Tunis, 1974*
10. Perelman Ch, *logique juridique nouvelle rhétorique, collection "Méthode du droit" édition Dalloz, paris, France, 1976.*
11. Misssoum SBIH, *les institutions administratives au Maghreb, le gouvernement de l'Algérie, de Maroc et de la Tunisie, Hachette 1977*
12. Jean-Marie Auby, Robert Ducos-Ader, *droit administratif, Dalloz, 4eme édition paris, France1977,.*
13. Michel andre, *droit administratif, lgdj, paris, France, 1978*
14. Yadh Benchour, Fadhel Moussa, *Réformes, élections municipales et discours decentralisateur en Tunisie, Editions du CNRS, Paris, France , 1979.*
15. Punnett.R.M, *British gouvemement and politics, heinemen, London, 4th ed.1978.*
16. André Delaubadere, *Traite de droit administratif ,8eme édition t1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, France, 1980*
17. Rivero j *Droit administratif, 9eme édition Dalloz, Paris, France, 1980.*
18. André Delaubadere, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J, paris, France, 1983.*
19. Bruno Remond, Jacques Publisher, *les collectivités locales, Dalloz, Paris, France, 1992.*

20. VEDEL George, DELVOLVE Pierre, *Droit administratif, tome 2*, PUF, Paris, France, 1992.
21. Suzanne Savey, *Espace Territoire Développement Local, cahiers options, méditerranéennes, vol3, n3*, 1994.
22. Jacques Blanc, Bruno Rémond, *Les collectivités locales*, Dalloz, Paris, 1995.
23. Thierry M, *Etat nation et prospective des territoires », sous la direction de A.Sedjari, éditions l'Harmattan Gret*, 1996.
24. Ben Ali D, *L'Etatnation à l'heure des mutations politico économiques et de libéralisation politique, in, Etatnation et prospective des territoires, sous la direction de A.sedjari, éditionsL'Harmattan Gret*, 1996.
25. Georges Vedel, Pierre Delvolve, *Droit administratif, paris, Presses universitaires de France*, 1982.
26. André DELAUBADERE, Jean Claude VENEZIA, *Traité de droit administratif, tome 3, LGDJ, Paris, France*, 1997
27. Charles DEBBASCHet JeanClaude RICCI, *Contentieux administratif, 7édition, DALLOZ, Paris, France*, 1999.
28. jean Michel de forges, *Droit administratif, puf 6 eme, édition courigee paris, France*, 1999
29. Martis Lombard, *Droit administratif, Dalloz, 3eme édition, paris, France*, 1999
30. Jean Rivero, Jean Waline , *Droit administratif ,18eme édition, Dalloz, paris, France*, 2000.
31. Mouloud Sabri , K.Aoudia, M.Lallem, *guide de gestion des marches public, sahel, Alger*, 2000
32. SOCIETE JEANLOUIS BERNARD, *CONSULTANTS CE, Rec.Leb, 8 novembre 2000*.
33. Rene CHAPUS, *Droit administratif général, Tome1, 15édition, Montchrestien, paris, France*, 2001
34. Charles Débâche, Jean-Claude Ricci ,*contentieux administratif ,8ème édition, Dalloz, paris, France*, 2001
35. Stéphane Braconnier, *Droits des services publics, PUF, France*, 2004.
36. Marie Christine Rouault, *Contentieux administratif, Mémentos LMD, 3e édition, Goualino éditeur Paris, France*, 2006.
37. Raymond Guillien, Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques, 16bdition, Dalloz, Paris, France*, 2007.
38. Bernard Drobenko, *droit de l'eau, Mémentos LMD, édition Gualino, Paris, France*, 2007.

39. Marine Lombard, Gilles Dumont, *Droit administratif*, 9e édition, Dalloz, Paris, France, 2011.
40. Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20e édition tome DALOZ, Paris, France, 2015.
41. Thierry Debard, *Lexique Des Termes Juridique*, 25 édition, Chamonix et Lyon, Dalloz, Paris, France, 2017.

Articles spécialisés.

1. Gilbert Gidel, *Des effect de l'annexion sur les concessions* L. Larose, Paris France, 1904.
2. René Chapus, *le service public et la puissance publique*, RDP, France, 1968.
3. Auby J.F., *Les services publics locaux*, PUF, Paris, France, 1982.
4. Jeanneau Benoit, *droit services public et des entreprises nationales*, Dalloz, Paris, France, 1984.
5. Joel Carbojo, *Droit des services publics*, Dalloz, Paris, France, 1990.
6. Gilles J. Guglielmi, *Introduction au droit des services public*, LG.DJ, Paris, France, 1994.
7. Jean François AUBY, *la délégation de service public*, Presses Universitaires de France, Paris, France, 1995.
8. MARCOU Gérard, *Les Modes de Gestion des Services Publics Locaux en Allemagne et le Problème de l'ouverture à la Concurrence* », RFDA, édition Dalloz, Paris, France, N° 03, 1995.
9. Subra De Bieusses Pierre, *la spécificité de l'affermage*, A.J.D.A, France, 1996.
10. Delvolvé P, *les contradictions de la délégation de Service Public*, A.J.D.A, France 1996.
11. Finger.(M) et Rossiand(E), *Service public et globalisation, dynamiques organisationnelle et processus d'apprentissage*, in *Management territorial*, éditions Romandes, 1996.
12. Jacques Chevallier, *le service public*, P.U.F Collection, que sais -je, Paris, 1997.
13. Jean-François Auby, *la délégation de service public*, Guide pratique, Edition Dalloz, Paris 1997.
14. CARBAJO Joel, *Droit des servises publics*, 3eme Ed, Mémentos et Dalloz, 1997.
15. L.Richer, *Remarques sur les entreprises privées du service public*, AJDA 1997

16. Jean Bouirot, *comment assurer l'égal Elle peut etre contractuelle ou unilaterale aces à l'information juridique technique et économique avant le contrat en cours de contrat et lors de sou renouvellement*, RFDA, 1997.
17. Amel Aouij MRAD, *droit des services publics, E N A centre de recherche et l'étude administratives tunis* 1998.
18. Blanleuil et Vemaadon générale, *Edition Montchrestien* 1998.
19. Pierre auby, *reconstruire l'action publique en au service de qui ? édition SYROS Paris* 1998.
20. B- Boiteau, *les conventions de délégation de service public : transparence et service public local*, 1999.
21. Gérard.Drou, *Négociier Gérer et controler une délégation de service public, Institut de la gestion déléguée, la documentation française, Paris, 1999.*
22. Muriel Dreifuss, *l'immixation du droit privé dans les contrats administratifs, AJDA, 2002.*
23. Jean-François Auby, *le service public, édition du Moniteur, Paris, 2003.*
24. Claudie boiteau, *les conventions de délégations de services publics, imprimerie nationale, Paris, France, 2007.*
25. COURBIS Camille, *La délégation des services publics d'eau potable, un mode de gestion efficace, séminaire «services publics et sphère privée : le nouveau partenariat, du 8 septembre, 2008.*
26. Rachid Zouaimia et Marie-Christine, *Rouault, Droit administratif, Berti édition, Alger, Dely Ibrahim, 2009.*
27. Simoun, *AYRAULT, Service public Nécessité et limites du contrôle des délégués, Juridique analyse, La gazette, N°48 Septembre 2012.*
28. Rachid Zouaimia, *La délégation de service public au profit de personnes privées, maison d'édition Belkais, Alger, 2012.*
29. Rachid Zomaimia, *la délégation de service public au profit de personnes prives, Edition Belkais, Alger, 2013.*
30. AUBY Jean-François, *Les contrats de gestion du service public, LGDJ, Paris, 2016.*

Les revue

- 1- .AHMED MAHIOU: *Commentaire de l'arrêt de la cours suprême, chambre administratif, du 8 mars 1980, SN SEMPAC contre O.A.I.C, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Volume 18; N° 1, mars 1981.*
- 2- Carole Chenaud Frazier, *la notion de délégation de service public, revue de droit public, N° 1, 1995.*

- 3- Alexandre carpentier, *le contrat de régie intéressé, Un labyrinthe juridique, petites affiches/29/09/1997.*
- 4- KUMARASWAMY Mohan M, MORRIS David A, *BuildOperate Transfer type procurement in Asian Megaprojets », Journal of construction engineering and management, ASCE, Reston, Virginie, ÉtatsUnis, Vol 128, N° 02, March April 2002.*
- 5- Stéphane Duroy, *la remise en cause anticipée de délégation de service public revue A J D A 5 mais 2003*
- 6- MOMAMED KOBTAN; *Introduction à l'étude du droit des marchés publics, Revue du conseil d'Etat, N° 3, Année 2003.*
- 7- B – RAHAL, *la concession de service*
- 8- M.ALFONSI Jean, *La notion de marché public, revue du conseil d'Etat, N°3; année 2003.*
- 9- Kouroughli Mokdad, *quelques pratiques déviantes dans l'application du code des marches publics, l'intervention au colloque " la justice administrative", Alger, 19 et 20 novembre 2005.*
- 10- Mr Kouroughli Mokdad; *quelques pratiques déviantes dans l'application du codes des marches publics, l'intervention au colloque organisé par le conseil d'Etat sous le thème " la justice administrative", Alger, 19 et 20 novembre 2005.*
- 11- Era Dabla Norris, *The challenge of fiscal decentralisation in transition countries, comparative economic studies, n48, Washington, DC 20431, USA ,2006.*
- 12- SHRESTHA Santish Kumar, *,Prospects of BOT (Build Operate Transfer) projects for infrastructure development in Nepal », Journal of the Institute of Engineering, Tribhuvan Univercity, Nepal, Vol 8, N° 1, 2011.*
- 13- ZOUAMIA Rachid, *« La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015», in Revue Académique de la Recherche Juridique, Faculté de droit et sciences politiques, Université Muloud Mammeri, Tiziouzo. Volume 7, Numéro1,2016 .*
- 14- OCDE(, *Revue du système de passation des marchés publics en Algérie: Vers un système efficient, ouvert et inclusif,Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Éditions OCDE, Paris,2019 ,.*

Thèses et mémoires.

- 1- BENNADJI CHERIF: *Evolution de la réglementation des marchés publics, thèse de doctorat, faculté de droit, université d'Alger; 1991.*

- 2- Louise JARE, *La notion d'affaires locales en droit administratif français, these de doctorat d'Etat en droit, université de paris 2.1972.*
- 3- Laetitia JANICOT, *Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, thèse pour le doctorat en droit public, pour territoriales, thèse économique, Sciences sociales, université PantheonAssas, Paris 2, 2002.*
- 4- Carl IRANI *La compétence judiciaire en matière administrative en droit libanais et en droit français THÈSE Pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES Spécialité: Droitpublic Université Grenoble Alpes, 2014.Français*
- 5- Essaid Taib, *Introduction au Management Public, cour au management public, majistère « L'Etat et les institutions02 2001 , p, BENAkoun faculté de la droit, publics 2008/2007*
- 6- Amel Aouij Mrad, *droit des services publics, centre de recherches et d'études administratives, Tunis, 1998.*
- 7- Achagui (A), *De la déconcentration administrative à la déconcentration économique », mémoire du cycle supérieur de l'ENA, 2003.*

Taxtes juridiques

- 1- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat,
- 2- L'ordonnance n°201-665 du 29 janvier2016, relative aux contrats de concession, JORF du 30 janvier 2016. Loi 62/157 du 31 décembre 1962 tendant à la recondition jusqu'à nouvelle order delalegislation en vigueur au 31 décembre 1962.
- 3- Loi d'orientation n° 92 125 du 06 février 1992 relative à l'administrztion territoriale de la république.
- 4- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n°25 du 30 janvier 1993 Modifiée et complétée.
- 5- Loi n°92.125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. JORF n°33 du 8 février 1992.
- 6- Loi n°95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF du 4 Février 1995.
- 7- loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de reformes à caractère 288 du 12 décembre 2001.modifiée et complétée.La loi économique et financière, JORF 93.
- 8- Loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune.
- 9- - Loi n° 12-07 du 21 février 2012 relative à la wilaya.

- 10- Code général des collectivités territoriales, dernière modification le 29 janvier 2017.
- 11- Arrêté du 29 Août 2021 JORA N° 73 du 26 Septembre 2021, Modifiant et complétant l'arrêté du 9 décembre 2014 fixant la nomenclature des opérations financées dans le cadre des subventions d'équipement et d'investissement de la caisse de solidarité et de garantie des collectivités locales.
- 12-Directive européenne n° 89-440 du 18 juillet 1989 n°89440 modifiant la directive 71-305 CEE, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, J.O.C.E du 21 juillet 1989.

III SITES INTERNET

1. <http://www.coursupreme.dz>
2. <http://www.legifrance.gouv.fr>.
3. <http://www.ouarsenis.com/vb/showthread.php?t=65007>
4. <http://www.marocdroit.com/.html>
5. http://fr.jurispedia.org/index.php/Condition_de_validit%C3%A9_de_l%27acte_administratif_relatives_au_but_de_l%27acte_%28fr%29
6. <http://ta3lime.com/showthread.php?t=14745>
7. <https://doi.org/10.1787/49802cd0-fr>
8. <https://maqam.najah.edu/legislation/158/>
9. <https://www.britannica.com/event/Maastricht-Treaty>.
10. <https://www.vie-publique.fr/fiches/19604-definition-dune-collectivite-territoriale-ou-locale> .
11. www.secteurpublic.asso.fr.
12. www.univ-rouen.fr.
13. www.adrets-asso.fr.pdf
14. www.dsp_consept.pdf

الموضوع:	الصفحة
مقدمة	1
الباب الأول: الآليات الموضوعية لتفويض المرفق العام المحلي	9
الفصل الأول: تفويض المرفق العام عقد إداري	12
المبحث الأول: تطبيقات تفويض المرفق العام من الوحدة إلى التعدد	14
المطلب الأول: الامتياز جوهر عقد تفويض المرفق العام	15
الفرع الأول: التطور التاريخي لفكرة الامتياز	15
الفرع الثاني: التأصيل القانوني لفكرة الامتياز	36
الفرع الثالث: خصائص عقد الامتياز	54
المطلب الثاني: تفويض المرفق العام كآلية جديدة في النظام الإداري الجزائري	63
الفرع الأول: تأصيل عقد تفويض المرفق العام	64
الفرع الثاني: تحديد مفهوم آلية تفويض المرفق العام	77
المبحث الثاني: التكيف القانوني لعقد تفويض المرفق العام	91
المطلب الأول: انسحاب نظرية العقد الإداري على عقد التفويض	92
الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري ومعايير تمييزه	93
الفرع الثاني: إنطباق الخصائص الذاتية للعقود الإدارية على عقد التفويض	102
المطلب الثاني التفويض والتصرفات القانونية المشابهة	106
الفرع الأول: التفويض وما يشابهه من تصرفات قانونية في نطاق القانون العام	106
الفرع الثاني: التفويض وما يشابهه من تصرفات قانونية في نطاق القانون الخاص	117
الفصل الثاني: تفويض المرفق العام آلية لإدارة الجماعات المحلية	131
المبحث الأول: توزيع الاختصاص بين السلطة المركزية والجماعات المحلية	133
المطلب الأول: معايير إسناد الاختصاص للجماعات المحلية	135
الفرع الأول: ماهية المصالح المحلية	136
الفرع الثاني: إختصاص المشرع في تحديد المصالح المحلية	147

153	المطلب الثاني: صلاحيات الجماعات المحلية في تفويض المصالح المحلية
155	الفرع الأول: إختصاصات البلدية
167	الفرع الأول: إختصاصات الولاية
172	المبحث الثاني: مساهمة أسلوب تفويض المرفق العام التمويل المحلي
174	المطلب الأول: مصادر التمويل المحلي
174	الفرع الأول: المصادر الخارجية
183	الفرع الثاني: التمويل الذاتي
187	المطلب الثاني: مساهمة عقود تفويض المرفق العام في تمويل الميزانية المحلية
188	الفرع الأول: الضرائب المباشرة على عقود تفويض المرفق العام
194	الفرع الثاني: الضرائب الغير المباشرة على عقود تفويض المرفق العام
178	الباب الثاني : الآليات الإجرائية لتفويض المرفق العام المحلي
199	الفصل الأول آليات إبرام عقد تفويض المرفق العام المحلي بين الحرية والتقييد
200	المبحث الأول: السلطة المقيدة للجماعات المحلية خلال مرحلة الإبرام
201	المطلب الأول مبادئ تفويض المرافق العامة
202	الفرع الأول إشهار مسبق وإجراء منافسة
184	الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون أساس مبادئ تفويض المرافق العامة
212	الفرع الثالث: التفويض بين المساواة بين المترشحين و إنشاء الاحتكار
222	المطلب الثاني: القيود التي ترد خلال مرحلة إبرام عقود التفويض
223	الفرع الأول: القيد الخاص باختيار إجراءات التفويض
227	الفرع الثاني: القيد الخاص بتحديد مدة وبيانات اتفاقية التفويض
230	الفرع الثالث: مرحلة تأهيل المترشحين المقبولين للتفاوض
237	المبحث الأول: السلطة التقديرية للجماعات المحلية خلال مرحلة الإبرام
238	المطلب الأول: تصنيف عقود التفويض المرفق العام على أساس الرقابة
239	الفرع الأول: العقود المشمولة بالرقابة الجزئية
246	الفرع الثاني: العقود المشمولة بالرقابة الكلية

253	المطلب الثاني:آلية تحديد المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام
253	الفرع الأول: تعريف المقابل المالي
256	الفرع الثاني : سلطة الجماعات المحلية في تحديد المقابل المالي
263	الفصل الثاني آثار التفويض وتسوية منازعاته
264	المبحث الأول: آثار عقد التفويض
264	المطلب الأول: حقوق والتزامات السلطة المفوضة
257	الفرع الأول:حقوق السلطة المفوضة
276	الفرع الثاني :التزامات السلطة المفوضة
280	المطلب الثاني: حقوق والتزامات المفوض له
280	الفرع الأول:حقوق المفوض له
285	الفرع الثاني :التزامات المفوض له
288	المبحث الثاني:انتهاء عقد التفويض وتسوية منازعاته
289	المطلب الأول: انتهاء عقد التفويض
289	الفرع الأول:النهاية الطبيعية لعقد التفويض
285	الفرع الثاني:النهاية الغير الطبيعية لعقد التفويض
303	المطلب الثاني حل منازعات عقد التفويض
304	الفرع الأول: لجنة تفويضات المرفق العام كآلية لحل النزاعات
309	الفرع الثاني: حل منازعات عقد التفويض أمام القضاء
318	الخاتمة
323	قائمة المراجع
355	الفهرس

الملخص:

جسد المشرع الجزائري دور أشخاص القانون الخاص في مجال تسيير المرفق العمومي من خلال إصدار نصوص قانونية مستحدثة في النظام القانوني، تتعلق بتنظيم آليات تسيير المرفق العمومي، والتي يبدو الاتجاه من خلالها إلى تفعيل الأخذ بأسلوب عقد التفويض مع أشخاص القانون الخاص كنمط مواكب للتطورات.

هذه المقاربة لم تكن محل إهتمام السلطات العمومية ولا حتى من قبل الباحثين والدارسين خاصة فيما يتعلق بتسيير المرفق العمومي المحلي عكس المرفق العمومي على المستوى الوطني الذي لقي اهتماما كبيرا، بالرغم من أن تحقيق الأهداف المنشودة خاصة فيما يتعلق بتحسين إدارة المرافق العامة يتطلب إلى جانب الإدارة المركزية وجود إدارة محلية فعالة وعالية الأداء.

Abstract:

The Algerian legislator embodied the role of private law persons in the field of the managing the public service by issuing the new legal texts in the legal system, related to the regulation of the public service management mechanisms, through which it tends to activate the adoption of the delegation contract with persons governed by private law as a pattern that keeps pace with developments.

This approach did not interest the public authorities, not even researchers and academics, particularly as regards the management of the local public service, unlike the public service at national level, which has been the subject of great attention, although that achieving the desired objectives, particularly in terms of improving the management of public services, requires, in addition to the central administration, the existence of an efficient and effective local administration.