كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام للأعمال

تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة: قانون الأعمال **تخصص: القانون العام للأعمال**

من إعداد الطالبتين:

- **فروج نوال**
- **عمراني صارة**

إشراف الأستاذ الدكتور:

زوايمية رشيد

لجنة المناقشة

- **عيساوي عزالدين.....رئيسا**
- **زوايمية رشيد.....مشرفا ومقررا**
- **علام الياس.....ممتحنا**

السنة الجامعية 2012-2013

هذا العمل جهد متواضع نقول فيه ما قاله العماد الأصفهاني:

" إنّي رأيت أنه لا يكتب انسان كتابا في يومه إلّا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد لكان يستحسن، و لو قدم هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على إستيلاء النقص على جملة البشر ".

فإذا كان هذا قول الإنسان لنفسه فكيف يقول غيره فيه

كلمة شكر

اعترافا بالفضل نتقدم بجزيل الشكر و خالص الإمتنان إلى أستاذنا المشرف

الدكتور زوايمية رشيد

الذي أشرف على هذه المذكرة، وتعهدها بالتصويب، في جميع مراحل إنجازها، وزوّدنا بملاحظاته القيمة و توجيهاته التي على ضوئها سرنا حتى اكتمل هذا العمل.

فجزاه الله عنّا كلّ الخير وأبقاه لطلبته يمهد طريق العلم و المعرفة.

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل في كلية الحقوق.

وإلى كلّ من قدم لنا يد العون من بعيد أم من قريب لإتمام هذا العمل.

صارة و نوال

إهداء

إلى الأسرة الكريمة، كبيرها وصغيرها

إلى أساتذتي،

إلى كل الزملاء والزميلات،

إلى أصدقائي،

وإلى كل من ساعدني في دراستي،

إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي.

صارة و نوال

قائمة أهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج، ر، ج، ج : الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

ص: الصفحة

ص ص: من الصفحة ... إلى الصفحة...

ب س ن: بدون سنة النشر

ثانيا: باللغة الفرنسية

J.O.R.F : Journal Officiel de la République Française

N: Numéro

OP.CIT : Référence précédemment cité

P : Page

بات واضحا في كل الدول و بعد انتهاج سياسات اقتصادية كثيرة و متنوعة أن النهوض بالتنمية الشاملة في أي دولة، لا يمكن أن يضطلع به القطاع العام لوحده أياً كانت وسائله البشرية والمادية، بل ينبغي لضمان أطر ناجحة إفساح المجال للقطاع الخاص ليساهم في بناء الحركة التنموية ويدفع بها إلى الأمام، وترسخ الاعتقاد في كل الدول أن السياسة التنموية الهادفة والجادة هي التي تسعى إلى الرفع من المستوى المحلي و تهدف إلى جعل الجماعة المحلية البنية الأساسية للتنمية.

وقد إتخدت مساهمة القطاع الخاص أشكالا كثيرة في العملية التنموية، فالدولة حتى وقت قريب كانت تمارس وظائف تقليدية من أمن ودفاع وعدالة، غير أنها ونظرا لدواعي موضوعية اضطرت إلى التدخل في ميادين شتى اقتصادية واجتماعية وثقافية وغيرها، وشمل تدخلها كل المشاريع التي عرفت باسم المنافع الكبرى كالكهرباء والغاز والاتصالات وغيرها، وظهر على المستوى القانوني والاقتصادي مبدأ الحماية الاقتصادية التي استوجب هذا التدخل بهدف تلبية وإشباع الحاجات العامة.

لا أحد يستطيع أن ينكر أن التدخل المفرط للدولة في ميادين عدة وقطاعات متعددة سبب لها متاعب جمة، لذا بات لازما التفكير في أطر أخرى تحفز القطاع الخاص على الاضطلاع بأعباء التنمية وفتح سبل الشراكة بينه وبين القطاع العام.

الإدارة إلى جانب إصدارها لقرارات إدارية بإرادتها المنفردة لها كذلك أن تبرم تصرفات رضائية والمتمثلة أساسا في العقود الإدارية، وذلك بهدف تحقيق الإشباع العام لمواطنيها فيما يخص الخدمات العامة، ومن أهم هذه العقود نجد "عقد تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة " الذي أصبح وسيلة فعالة ودائمة في يد السلطات الإدارية لإشباع الحاجات العامة للمواطنين المتزايدة والمتطورة، وذلك عن طريق منح مهمة تسيير واستغلال بعض المرافق العامة لأشخاص من القانون الخاص.

فمنه نتساءل **عن ما مدى نجاعة مثل هذه الفنية في تسيير واستغلال المرافق العامة بالمقارنة مع أساليب تسييرها من قبل السلطة العامة؟**

أهمية البحث :

ترجع أهمية دراسةهذا الموضوع في محاولة ضبط مفهوم تقنية تفويض المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة بحيث أنه موضوع يتسم بالحداثة وبذلك فإن الدراسات والبحوث قليلة في هذا المجال خاصة على المستوى الوطني، لذلك سنحاول معرفة مدى تكريس مثل هذه التقنية الجديدة في المنظومة الجزائرية وكذا توضيح مضمونها وأساليبها.

كما تتضح أهمية تقنية تفويض تسيير المرافق العامة إلى مايترتب عنها من مزايا عديدة تتمثل عامة في:

– عدم تحمل ميزانية الدولة والجماعات المحلية أعباء إدارة المرافق العامة إذ يقتصر دورها على المراقبة والإشراف.

– تطوير المرافق العامة وتحسين جودة الخدمات وتسهيل إجراءات تلقيها إذ تتميز إدارة القطاع الخاص بالكفاءة والقدرة الفنية العالية والتخصص.

–إدارة المرافق العامة بواسطة القطاع الخاص تعتبر الأداة التي تحقق سياسة تحرير الاقتصاد.

ولمعالجة هذا الموضوع و الإجابة على الإشكالية المطروحة، اعتمدنا على المنهج التحليلي وارتأينا تقسيم بحثنا هذا إلى فصلين ، نحاول اكتشاف ماهية تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة (فصل أول) وتبيان مفهوم تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة (مبحث أول) وكذا مكانة تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة (مبحث ثان)، كما سنحاول تحديد أساليب تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة (فصل ثان) وذلك بالتطرق إلى أسلوب التفويض الانفرادي (مبحث أول) وأسلوب التفويض الإتفاقي (مبحث ثان).

الفصل الأول

ماهية تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

فكرة تفويض المرفق العام ليست بحديثة العهد، وإنما تعود إلى بداية القرن الماضي عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، بحيث مرّ تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة المرافق العامة الاقتصادية بفترات ازدهار وانحسار تبعا للظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تعرضت لها الدولة الفرنسية إلاّ أنها ازدهرت بشكل ملفت وملحوظ في منتصف العقد الثامن من القرن الماضي ويرجع دلك إلى الاعتبارات التالية:

- عودة أفكار التحرر الاقتصادي التي تعتبر أن إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة أكثر فعالية وإنتاجية، وإعطاء الأشخاص القانونية المحلية في فرنسا الحرية التعاقدية.
- فرض قيود وضوابط على الصفقات العامة لم تفرض على عقود المرفق العام، هذا ما شجع أشخاص القانون الخاص اللجوء إلى تقنية التفويض لتجنب هذه القيود والضوابط ، - تطور التقنيات المعتمدة في إدارة الأنشطة الاقتصادية أدى إلى تأسيس شركات كبيرة سيطرت على السوق، نفسها في مجال إدارة المرافق العامة الوطنية لسبب خبرتها وإتقانها لممارسة النشاط الاقتصادي[1]، فظهر تعبير تفويض المرفق العام للمرة الأولى في العام 1982 على يد Jean François AUBY ضمن دراسة تتعلق بالمرافق العامة المحلية، كما ورد في التعميم الصادر عن وزير الداخلية في العام 1987 المتعلق بإدارة الأشخاص للمرافق المحلية[2].

وعليه نتساءل عن المقصود بتقنية تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، وذلك بتحديد مفهوم تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة (المبحث أول)، وتحديد مكانة تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة (المبحث ثاني).

1- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز، الشركات المختلطة-BOT-تفويض المرفق العام)، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، ب س ن، ص ص. 434-436 .

2-Auby Jean François, la délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997, P.16.

المبحث الأول

مفهوم تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

نتيجة للتغيرات التي عرفتها الجزائر منذ 1989 واستجابة للتحولات الاقتصادية التي نجم عنها الانتقال من النظام الاشتراكي المعتمد على أساليب التسيير المباشر للمرافق العامة إلى النظام الليبرالي، قامت الدولة بإفساح المجال للقطاع الخاص بالمشاركة في تسيير المرافق العامة وذلك عن طريق البحث عن أسلوب فعال يغطي النقائص التي عرفها التسيير الكلاسيكي والإختلالات التي واجهته من حيث نوعية التسيير، الموارد البشرية...الخ، و ذلك عن طريق التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة.

لتحديد مفهوم تفويض تسيير المرافق العامة سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى النقاط التالية: تعريف تفويض تسيير المرافق العامة وأسباب ظهوره (المطلب الأول)، أسس تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف تفويض تسيير المرافق العامة وأسباب ظهوره

يعتبر تفويض المرفق العام أحد أوجه الشراكة الاقتصادية بين القطاع العام والقطاع الخاص في ميدان المرافق العامة بحيث تهدف السلطات العمومية من خلال تحفيز هذا النوع من الإدارة إلى دعم مجالات تتطلب تعبئة رؤوس أموال مهمة وكذا تشجيع وخلق نوع من المنافسة داخل الاقتصاد الوطني[1].

1- سيدومو ياسين، طرق إدارة المرافق العمومية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 19، الجزائر، 2008-2011، ص.30.

الفرع الأول: تعريف تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

إن لفكرة تفويض المرفق العام جذور تمتد إلى بداية القرن الماضي، إلا أن الفقه والاجتهاد مازال في طور بلورة هذا المفهوم وتحديد الأسس التي يقوم عليها، كما أن لتفويض المرفق العام صورًا متعددة فمن الصعب إيجاد تعريف جامع مانع له، لذلك تعددت التعريفات التي جاء بها الفقه والاجتهاد[1].

أولا: التعريف التشريعي:

نتناول في هذا الصدد التعريف التشريعي الفرنسي أولًا باعتباره السباق إلى تقنية التفويض، ثم التعريف التشريعي الجزائري وذلك بالرغم من غياب نص قانوني صريح ينظم ويؤطر هذه التقنية فهي نصوص قانونية متناثرة.

1- التعريف التشريعي الفرنسي:

كرست الدولة الفرنسية تقنية تفويض المرافق العامة منذ القرن الماضي عندما لجأت إلى تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري، لكن دون وضع نظام قانوني لضبط هذا الأسلوب إلا في مطلع التسعينات من خلال القوانين التالية:

- قانون 92-125 [2]، الذي أطلق عليه تسمية "Loi joxe" يتعلق بالإدارة المحلية.

- قانون رقم93-122[3]، يتعلق بمكافحة الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة لسنة 1993،الذي أطلق عليه تسمية "Loi sapin" ، وقد تضمن التنظيم الواضح لتفويض المرافق العامة.

من خلال هذا القانون أورد المشرع الفرنسي تعريفا واضحا لتفويض المرافق العامة في المادة 38 معدلة بموجب المادة 03 من قانون رقم 01-1168 وجاء كالآتي:

تفويض المرفق العام هو عقد يخول بموجبه شخص من القانون العام تسيير مرفق عام، بحيث يتولى

1- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.440.

2-la loi d'orientation n° 92-125, du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la république, JORF n° 33, du 8 février 1992.

3-la loi n° 93-122, du 9 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la loi n° 01-1168, du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes réformes caractère économique et financier, JORF n° 25, du 30 janvier 1993.

مسؤوليته شخص عام أو خاص، بمقابل مالي مرتبط باستغلال المرفق[1].

2-التعريف التشريعي الجزائري

المشرع الجزائري لم يضع نظام قانوني خاص بتقنية التفويض وإنما أشار إليها في نصوص قانونية متناثرة واستعمل المشرع الجزائري مصطلح "تفويض المرافق العامة " لأول مرة في قانون رقم 05-12 يتعلق بالمياه[2]، حيث تنص المادة 101 فقرة 2 منه على:"...يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام، على أساس دفتر الشروط ونظام الخدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم، كما يمكن تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام والخاص بموجب اتفاقية".

ما يمكن استخلاصه من مضمون هذا النص أن المشرع الجزائري استبق الأمور، وذلك بتكريسه لأسلوب من أساليب التفويض(الامتياز) في قانون رقم 05-12، وأغفل نقاط أساسية ألاّ وهي وضع تعريف دقيق لمصطلح التفويض، وضع نص قانوني صريح يؤطر فيه التفويض، فإذا كان المشرع الجزائري قد قلد المشرع الفرنسي، مع العلم أن تفويض المرفق العام في فرنسا يشمل كافة العقود بما فيها من امتياز وإيجار، وعقد مشاطرة الاستغلال، وعقد التسيير، فهل يا ترى يتم تسيير المرافق العامة بموجب كل هذه العقود في الجزائر، أم أن الأمر يتعلق فقط بعقد الامتياز الذي أورده المشرع في نصه واتفاقية التفويض.

ثانيا: التعريف الفقهي

يعرف الأستاذ Jean François Auby تفويض المرفق العام بأنه العقد الذي يهدف إلى تحقيق الأهداف التالية:

- أن يعهد إلى شخص آخر يطلق عليه تسمية (صاحب التفويض)، تنفيذ مهمة المرفق العام والقيام

1- النص باللغة الفرنسية جاء على النحو التالي:

« Une délégation du service public est un contrat par lequel une personne 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... »

2- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج، ر، ج، ج عدد 60، صادر في 04 سبتمبر 2005، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-03، مؤرخ في 23 جانفي 2008، ج، ر، ج، ج عدد 04، صادر في 27 جانفي 2008، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 09-02، مؤرخ في 22 جويلية 2009، ج، ر، ج، ج، عدد 44، صادر في 22 جويلية 2009.

باستغلال ضروري للمرفق.

– أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدى إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة.

– أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة والتي تعكس الإستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها[1].

كما يعرفه الأستاذ Stéphane Braconnier بأنه "عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى (المفوض)، لمدة محدودة تسيير مرفق عام، يتولى مسؤوليته لشخص معنوي خاضع للقانون الخاص يسمى (المفوض إليه)، فيخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التفويض المذكور أو بهما معًا[2].

الفرع الثاني: أسباب ظهور تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

إن الاتجاه إلى القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة يتزايد بشكل ملحوظ في عالمنا اليوم ويرجع ذلك إلى سببين أساسيين هما: انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، عدم جدوى الأساليب الكلاسيكية في تسيير المرافق العامة.

أولا: انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي

فرضت الأزمة الاقتصادية التي عرفتها الجزائر في فترة الثمانينات بعد انخفاض عائدات البترول وتدهور المستوى المعيشي والاجتماعي وحدوث تحولات جذرية، مست النشاط الاقتصادي والدخول في مفاوضات مع صندوق النقد الدولي الذي فرض عليها تبني إصلاحات اقتصادية لتنظيم الحياة الاقتصادية كالتخلي عن فكرة التسيير الإداري المركزي والانسحاب التدريجي من الحقل الاقتصادي ابتداء من سنة 1988 ، وذلك بالتفكير في وضع قواعد جديدة ذات طابع ليبرالي تختلف عما هو كان قائما في النظام الاشتراكي، حيث تتبلور هذه الظاهرة في خوصصة الاقتصاد وإزالة التنظيم.

1- Auby Jean François, Op.cit, p.44.

2-Braconnier Stéphane, droit des services publics, presse universitaire de France, paris, 2004, p.413.

1- خوصصة الاقتصاد الوطني:

إن النتائج السلبية التي لحقت بالاقتصاد الوطني قد فرضت على الدولة الاستعانة بالقطاع الخاص[1]، وإعطائه مساحة أكبر من العمل كخطوة بارزة تؤدي إلى خوصصة الاقتصاد الوطني[2].

بدأت عملية خوصصة الاقتصاد الوطني بصدور مرسوم رقم 88-201 [3] يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي يخول المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي الانفراد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ونتيجة لهذا الاتجاه شرعت السلطة العامة في تحرير العديد من النشاطات الاقتصادية مثل:

- قطاع البنوك والمؤسسات المالية بموجب القانون رقم 90-10[4] يتعلق بالنقد والقرض، الذي سمح للخواص بإنشاء بنوك أو مؤسسات مالية، بعدما كان إنشاؤها من صلاحيات الدولة لا غير، إذ تنص المادة 45 من هذا القانون على أنه: " يتخذ المجلس القرارات الفردية الآتية: الترخيص بإنشاء البنوك والمؤسسات المالية الجزائرية والأجنبية وتعديل هذه الترخيصات والرجوع عنها..."، وبذلك تم في عام1997 الترخيص لمتعاملين خواص جزائريين بإنشاء بنوك خاصة في الجزائر، كالخليفة بنك الذي يعد أول بنك وطني برأسمال مئة بالمئة، كما جلب قانون النقد والقرض انتباه العديد من البنوك الأجنبية ذات السمعة الدولية العالية، فتم الترخيص بإنشاء بنك البركة الجزائري في 1990 برأسمال مختلط.
- قطاع التأمينات بموجب الأمر رقم 95-07 [5]، قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية بموجب قانون رقم 03-2000 [6]، قطاع المياه بموجب قانون رقم 05-12 [7]

1-صافي عبد القادر، إشكالية خوصصة القطاع العام في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في التسيير، جامعة الجزائر، 1995 ، ص. 115.

2-الخوصصة تعني نقل ملكية أو إدارة نشاط اقتصادي بصورة كلية أو جزئية من القطاع العام إلى الخاص، و تهدف إلى بناء اقتصاد قائم على أساس قواعد المنافسة، أين يكون للدولة دور المنظم، مما سيسمح بتحقيق الفعالية الاقتصادية.

3-مرسوم تنفيذي رقم 88-201، مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي الإنفراد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج، ر، ج،ج عدد 42، صادر في 19 أكتوبر 1988.

4- قانون رقم 90-10، مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج، ر، ج، ج عدد 16، صادر في 18 أفريل 1990.

5-أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج، ر، ج، ج عدد 13، صادر في 8 مارس 1995، معدل و متمم بموجب قانون رقم 06-04، مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج، ر، ج، ج عدد 15، صادر في 12 مارس 2006.

6- قانون رقم 2000-03، مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج، ر، ج، ج عدد 48، صادر في 06 أوت 2000.

7- قانون رقم 05-12، المرجع السابق.

– قطاع النقل الجوي بموجب قانون رقم 98–06[1].

– قطاع الكهرباء والغاز بموجب قانون رقم 02–01[2].

2– إزالة التنظيم :

تتمثل ظاهرة إزالة التنظيم في انسحاب الدولة من مجال التنظيم الانفرادي للنشاط الاقتصادي بموجب القرارات والتدابير الانفرادية ليحل محل السلطة العامة قانون السوق[3]، وتظهر في:

– تكريس مبدأ حرية الاستثمار عن طريق إلغاء شرط الاعتماد المسبق بموجب الأمر رقم 01–03[4]، وبذلك تكون الدولة انسحبت بصفة تدريجية من تنظيم الاستثمارات التي أخضعتها لنظام قانوني استثنائي لتصبح بعد ذلك خاضعة لإجراءات بسيطة من شأنها تشجيع الخواص للاستثمار .

– تكريس مبدأ حرية الأسعار وذلك في إطار بناء اقتصاد السوق، بحيث يجب التخفيف من حجم تدعيم الدولة للأسعار لأسباب سياسية واجتماعية وقد تم التحرير الحقيقي للأسعار بموجب قانون المنافسة رقم 03–03[5] .

– انسحاب الدولة من تنظيم علاقات العمل ليحل محل التوجيهات والتنظيمات أسلوب جديد يتمثل في العقد، بعد أن كانت علاقات العمل تخضع لنظام قانوني استثنائي لم يكن باستطاعة المؤسسة أن تتفاوض مع عمالها.

1- قانون رقم 98-06، مؤرخ في 27 جوان 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج، ر، ج، ج عدد 48، صادر في 28 جوان 1998، معدل متمم بموجب قانون رقم 2000–05، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج، ر، ج، ج عدد 75، صادر في 10 ديسمبر 2000.

2– قانون رقم 02–01، مؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج، ر، ج، ج عدد 08، صادر في 06 فيفري 2002.

3– بن بركان أسماء، حرفوش زهرة، تفويض المرافق العامة المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص.11.

4– قانون 01–03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج، ر، ج، ج عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، معدل و متمم بموجب أمر رقم 06–08، مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج، ر، ج، ج عدد 47، صادر في 19 جويلية 2006.

5- قانون رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج، ر، ج، ج عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب: قانون رقم08-12، مؤرخ في 5جوان2008،ج،ر،ج،ج عدد36، صادر في 2جويلية2008، قانون رقم 10-05، مؤرخ في 15اوت2010، ج،ر،ج،ج عدد46، صادر في18 اوت2010.

– فتح المجال للتجارة الخارجية أمام المتعاملين الاقتصاديين بموجب قانون رقم 88–29[1]، الذي قلص من احتكار الدولة للتجارة الخارجية، حيث سمح للمؤسسات الخاصة الوطنية بالتدخل في مجال التجارة الخارجية، لكن قيده بشرط الحصول على رخصة الاستيراد، وقد تم التحرير الفعلي للتجارة بصدور نظام رقم 91–03[2]، حيث تنص المادة الأولى منه: " يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي مسجل قانونا في السجل التجاري أن يقوم ابتداء من أول أبريل 1991 باستيراد أية منتوجات أو بضائع ليست ممنوعة ولا مقيدة وذلك بمجرد أن يكون له محل مصرفي ودون أية موافقة أو رخصة قبلية".

ثانيا: عدم جدوى الآليات التقليدية في تسيير المرافق العامة

تتمثل الأساليب التقليدية التي اعتمدتها الدولة في تسيير المرافق العامة في أسلوب التسيير المباشر وكذا عن طريق المؤسسة العمومية، غير أن هذين الأسلوبين أثبتا إخفاقهما مما دفع إلى استحداث أساليب جديدة (تفويض المرافق العامة) لتفادي عيوب ونقائص الأساليب القديمة وذلك بهدف تحقيق التسيير الفعال.

1– عيوب ونقائص التسيير المباشر: مما لا شك فيه أن هذه الآلية في تسيير واستغلال المرافق العامة لها أهمية كبيرة لا يمكن الإستغناء عنها في تسيير بعض القطاعات التي تعتبر من الوظائف الكبرى للدولة، كقطاع الدفاع الوطني، العدالة، الأمن، غير أنه تعتريه بعض النقائص والعيوب كالآتي:

– يعرف هذا الأسلوب من الإدارة بثقله المالي وكثرة النفقات الموجهة في إطاره، بالإضافة إلى الرقابة المفروضة على نفقاته وما ينجرّ عنها من تعطيل لسير المرافق العامة، حيث يكلف إنجاز المرافق العامة نفقات باهضة، مما يؤدي بالضرورة إلى محدودية إنشاء المرافق العامة وأحيانا طول المدة الزمنية التي يستغرقها الإنجاز[3]، فالقدرة المالية للدولة وجماعاتها المحلية تشكل عاملا أساسيا في تقرير أهمية اللجوء إلى تقنية التفويض، خاصة أن تسيير المرافق العامة يتطلب عناصر مالية وبشرية ضخمة وكافية قد لا تقوى الدولة على الاستمرار في تحملها وهذا ما ينعكس سلبا على استمرارية المرفق العام[4].

1– قانون رقم 88–29، مؤرخ في 19 يونيو 1988، يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج، ر، ج، ج عدد 29، صادر في 20 يونيو 1988.

2–نظام رقم 91–03، مؤرخ في 20 فبراير 1991، يتعلق بشروط القيام بعمليات الاستيراد بالجزائر وتمويلها، ج، ر، ج، ج، عدد23، صادر في 25 مارس1991.

3– سيدومو ياسين، المرجع السابق، ص.9.

4– وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.302.

-عادة ما تفتقر المرافق العامة المسيرة مباشرة إلى الوسائل التكنولوجية الحديثة خاصة في مجال المعلوماتية والاتصالات[1].

-إضافة إلى نقص التخصص في الموظفين من جهة و نقص التحفيز من جهة أخرى، فالأجر في ظل التسيير المباشر محدد مسبقا وغير مرتبط بحجم العمل المبذول[2].

2- عيوب ونقائص التسيير عن طريق المؤسسة العمومية:

إن منح المؤسسات العمومية الشخصية المعنوية يكسبها نوعا من المرونة في اتخاذ القرارات، كما يمكنها من تخفيف العبء على الدولة والجماعات المحلية خاصة في إطار تخصصها الذي يجعلها تؤدي وظائفها بفعالية، غير أن هذه الامتيازات التي تتمتع بها المؤسسة لا تخلو من النقائص، منها:

- غياب إستقلالية حقيقية لهذه المؤسسات وخضوعها للوصاية الإدارية[3].

- التبعية المالية لهذه المؤسسات العمومية لميزانية الدولة، بحيث نجد أن ميزانية هذه الأخيرة نجدها تحتوي على إعانات خاصة الإدارية منها، وفي بعض الأحيان هي المورد الوحيد لها[4].

- غياب قواعد تسيير فعالة ودراسات تقييمية للمؤسسات العمومية وتطابقها مع حاجات المواطنين، ومدى تحسينها لنوعية الخدمة العمومية[5].

1- سيدومو ياسين، المرجع السابق، ص.10.

2- المرجع نفسه، ص.11.

3-حمدي القبيلات، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري-التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن ،2008 ، ص.22.

4-سيدومو ياسين، المرجع السابق، ص.25.

5- بن بركان أسماء وحرفوش زهرة، المرجع السابق، ص.15.

المطلب الثاني

أسس تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

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

الفرع الأول: وجود المرفق العام

تعتبر فكرة المرفق العام من الأفكار الأساسية في بناء الأساس الذي قامت عليه نظريات القانون الإداري، ومازالت تشكل مفهوم أساسي من مفاهيم القانون الإداري، وهي كذلك أكثر مفاهيم القانون الإداري إثارة للجدل، لهذه الأسباب وجب علينا طرح السؤال التالي: ماذا نعني بالمرفق العمومي؟ سنحاول الإجابة على هذا السؤال من خلال تناولنا لمفهوم المرفق العام.

أولا: مفهوم المرفق العام

يعد تفويض المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة، وبالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، وفي حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقًا عامًا فلا نكون بصدد عقد تفويض المرفق العام. وقد لحق بمفهوم المرفق العام الكثير من التطور، فلم يعد قاصرًا على المجالات التقليدية، بل شمل العديد من النشاطات التي كانت لا تدخل تقليديًا في مفهوم المرفق العام، وقد ساهم في هذا التطور، اعتماد تقنية التفويض في مجالات متعددة وبصورة واسعة إلا أن الدستور والقوانين النافذة منعت أشخاص القانون العام من تفويض إدارة بعض المرافق العامة نظرًا لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها[1] يأخذ النشاط الممارس من قبل أشخاص القانون الخاص صفة المرفق العام، في حال

1- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.442.

جرت ممارسته تحت رقابة وإشراف أحد الأشخاص العامة، على اعتبار أن نشاط المرافق العامة مرتبط بالأشخاص العامة، وهي تخضع لمجموعة من القيود والمبادئ العامة وأن تولى إدارتها أحد أشخاص القانون الخاص، والعكس صحيح أي في حال عدم وجود علاقة بين النشاط الممارس من قبل الأشخاص الخاصة والأشخاص العامة، فلا يأخذ النشاط صفة المرفق العام[1].

فكرة المرفق العام لها مكانة هامة في القانون الإداري رغم تطور أساليبه، غير أنه لم يتمكن الفقهاء من وضع تعريف شامل للمرفق العام وهذا بدوره جعل محاولات فقهية كثيرة تتضارب بشأنه ولكن يتفق أغلب الفقهاء عند القيام بتحديد مفهوم المرفق العمومي أن هذا الأخير يعكس إحدى تصورات الدولة[2]، إذ نجد أن قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أصبحت تعمل في مجال واحد، سواء في المشروعات الخاصة ذات النفع العام أو المرافق العامة الصناعية والتجارية، ونافست قواعد القانون الخاص قواعد القانون العام في هذه المجالات وتفوقت عليها في بعض الحالات.

وبرزت أزمة نظرية المرفق العام و ظهرت أصوات تنادي بالبحث عن أفكار بديلة لفكرة المرفق العام و استبعادها، كفكرة مهيمنة على القانون الإداري وبناءًا على ذلك ظهرت عدة محاولات كفكرة المنفعة العامة، وضلت فكرة المرفق العام تحتل الصدارة كمعيار وأساس للقانون الإداري[3]، وإن كان الأساس في تحديد ما إذا كان النشاط يشكل مرفقا عاما أم لا، هو طبيعة النشاط نفسه بحيث يكون محققا للمصلحة العامة إلا أنه يمكن للمشرع أن يعطي هذه الصفة لبعض الأنشطة ، بحيث نجد بعض المرافق الأساسية أعطيت لها صفة المرفق العام والتي تشكل بطبيعتها مرافق عامة كالدفاع، العدل، الشرطة، التعليم...ويطلق عليها تسمية المرافق العامة السيادية.

1-تعريف المرفق العام:

تتمثل محاولة تعريف المرفق العمومي في اتجاهين أساسين، اتجاه يركز على المعيار العضوي الشكلي وهو ما يسمى المرفق العمومي مؤسسة.

واتجاه يركز على المعيار المادي الموضوعي وهو ما يسمى بالمرفق العمومي نشاط.

1- مروان محي الدّين القطب، المرجع السابق، ص.443.

2-لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.183.

3-القبيلات حمدي، المرجع السابق، ص.272.

أ-المعيار العضوي: المرفق العمومي مؤسسة

المعيار العضوي هو الذي يقضي بأن المرفق العام هو منظمة عامة، تكفل القيام بخدمة معينة تسدها للجمهور على نحو منتظم ومطرد.

من هذا المنظور يقصد بالمرفق العام الأجهزة الإدارية والمؤسسات الإدارية بشكل عام، فالمرفق العمومي للعدالة يتمثل في الأجهزة أو المؤسسات القضائية بصفة عامة، أي المحاكم، المجالس القضائية، وزارة العدل....[1]

فنجد أحيانا أن تطبيق القانون الخاص هو المبدأ العام الذي تخضع له بعض المرافق العامة الاقتصادية والصناعية والتجارية، من هنا تراجعت فكرة أن القانون الإداري يجد أساسه في المرفق العام، وهكذا لم تعد القاعدة الثلاثية القديمة صحيحة والمتمثلة في (المرفق العام، تطبيق نظام قانوني استثنائي، اختصاص القضاء الإداري).

اعتنق المشرع الجزائري المعيار المادي لمدة من الزمن ولكن استبدل هذا المعيار القديم المرتكز على طبيعة النشاط الإداري بمعيار عضوي لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفة الأشخاص المعنيين[2]

ب- المعيار الموضوعي: المرفق العمومي نشاط

أما من هذا المنظور يقصد بالمرفق العمومي كل نشاط شرع فيه بهدف تحقيق مصلحة عامة، ومنه نستنتج أن نشاط المرفق العام يتميز عن النشاط الخاص، فالأول تحركه المصلحة العامة ويجب أن لا يهتم بتحقيق ربح مادي، أما الثاني فتحركه المصلحة الخاصة وذلك سعيا وراء تحقيق الربح، فالتعليم مثلا بمختلف أطواره هو ذلك النشاط الذي يقصد من ورائه إعطاء تكوين لأغلب المواطنين، فهو نشاط هدفه الأساسي هو تلبية مصلحة عامة.

بالإضافة إلى هذا التعريف هناك العديد من المحاولات الفقهية لتعريف المعيار الموضوعي، فقد عرف الأستاذ " ليون دوجي" المرفق العام على أنه: كل نشاط يجب أن يكفله وينظمه الحكام، لأن الإطلاع بجوهر هذا النشاط لا غنى عنه لتحقيق التضامن الاجتماعي ولتطوره، بحيث لا يمكن تحقيقه

1- لباد ناصر، المرجع السابق، ص.187.

2-عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص.56.

على أكمل وجه إلا عن طريق تدخل السلطة الحاكمة[1].

إذا كان المعنيان يلتقيان أحيانا في تدخل الإدارة للوفاء بحاجة ما، فاستحدث لها جهاز عام يتولى هذا النشاط وأحيانا لا يكون النشاط دون نفع عام، وكذا مشاريع الإدارة ليست كلها ترمي إلى تحقيق النفع العام ولهذا ظهر معيار يدعو إليه الفقه الحديث وهو المعيار المركب[2].

ج- المعيار المركب: هو معيار يجمع بين المعارين معًا أي الجهاز والنشاط، وفي هذا الصدد عرفه الأستاذ محمد سليمان الطّماوي على أنه : " مشروع ذو نفع عام خاضع للهيمنة أو الإدارة العليا الحاكمة ، ويهدف إلى إشباع حاجات عامة للجمهور بسبب عدم كفاية أو عدم وجود مشروعات خاصة لتحقيق هده الأغراض، و يخضع لحد أدنى من القواعد الخاصة أي لنظام قانوني خاص واستثنائي".

كما أضاف تعريف أخر حيث يقول بأنه : " مشروع يعمل باطراد وانتظام تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين"[3].

2-المرفق العمومي في الجزائر:

إن السلطات العمومية الجزائرية في بداية الاستقلال ولكي تستجيب للمطالب الاجتماعية التي كانت مقيدة أثناء الفترة الاستعمارية والتي تحررت بعد الاستقلال، كذلك حتى تتمكن من الانطلاق في عمل التنمية في جميع الميادين، سارعت إلى إعادة استعمال الآليات القانونية للمرفق العمومي أي إحدى أساليب النظام الليبرالي الموروث، وقد تم اللجوء لتحقيق هذا الغرض لكن باستعمالات متفاوتة لجميع أساليب المرفق العام أي تم اللجوء إلى نظام الاستغلال المباشر، المؤسسة العمومية، الشركة العمومية، نظام الامتياز، اشتراك الأفراد في تسيير المرفق العمومي، إذن فإن المشرع الجزائري قد مدد استعمال مفهوم المرفق العمومي الموروث أي كمعيار لتحديد طبيعة المنازعات وكوسيلة لتدخل الدولة [4] .

وبتمديده للتشريع الاستعماري، ما عدا ما يتنافى والسيادة الوطنية، فإن المشرع الجزائري قد أدخل على

1- عوابدي عمار، المرجع السابق، ص.57.

2- محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة العامة-دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، دار الفكر العربي, 1979، ص.24.

3- المرجع نفسه، ص.25.

4- لباد ناصر، المرجع السابق، ص.188.

النظام القانوني الجزائري الجديد ، القانون الفرنسي بكل مضمونه التقني وأساليبه الخاصة ونظامه القانوني الاستثنائي ووسائل عمله بما فيها المرفق العمومي، وإذا كان استعمال المرفق العمومي كمعيار لتوزيع الاختصاصات، فإن ذلك لم يعمر طويلا، نتيجة اعتماد المشرع الجزائري المعيار العضوي لتحديد الاختصاص القضائي .

يكتسي المرفق العمومي في الجزائر أساسا مدلولين، الأول يتمثل في أنه مؤسسة أي الجهاز الذي يسير الشؤون العمومية ويقصد بهذا المفهوم، الإدارة العمومية بشكل عام أو أي مؤسسة إدارية معينة، أما المدلول الثاني هو اعتبار المرفق العمومي نشاط ، أي النشاط الذي تقوم به الأجهزة المشار إليها أعلاه ، وكذلك أجهزة أخرى خاصة أو عمومية بهدف تحقيق المصلحة العامة، وعلى سبيل المثال لقد أشير إليه بهذا المعنى في القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات [1]، وقد نصت في هذا الإطار المادة الأولى من هذا القانون على مايلي : "يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة على النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه بواسطة القنوات.

يقوم بهذه النشاطات طبقا للقواعد التجارية، أشخاص طبيعيون أو معنويون خاضعون للقانون العام أو الخاص ويمارسونها في إطار المرفق العمومي".

كما تنص المادة 72 من نفس القانون على: " تمنح الدولة الضامنة للمرفق العمومي الامتياز في ميدان الكهرباء والغاز..."

يتضح مما سبق أن المعيار المستند إليه في هذا المجال هو المعيار المادي والوظيفي أي طبيعة النشاط مهما كان القانون الذي ينتمي إليه الشخص الذي يؤمن هذا النشاط.

من خلال هذين المعنيين، يمكننا إعطاء التعريف التالي للمرفق العام في الجزائر: المرفق العمومي هو نشاط تقوم به السلطة العمومية اتجاه المواطنين بصفة مباشرة أو غير مباشرة أي تحت رقابتها (في بعض الأحيان هو نفسه الجهاز العمومي الذي يقوم بهذا النشاط)، بهدف تحقيق المصلحة العامة وخاضعا في ذلك ولو جزئيا إلى قواعد القانون العام[2].

1- قانون رقم 02-01، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عن طريق القنوات، المرجع السابق.

2- لباد ناصر، المرجع السابق، ص ص.192 - 193.

ثانيا: المرافق المعنية بالتفويض والمرافق غير قابلة للتفويض

لا توجد قائمة محددة بالمرافق القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض، وبقيت لمدة طويلة النشاطات المعنية بالتفويض هي تلك النشاطات التجارية والصناعية.

يقول الأستاذ BOITEAU Claudie أن المرافق الصناعية والتجارية بحكم القانون المختلط المطبق عليها فإنها أسهل تفويضا، وتشجع الخواص لتسييرها بسبب ربحيتها، وأما المرافق العمومية الإدارية فإن لها بعض الإشكالات بالنظر لخصوصيتها.

ويقول الأستاذ "جون ماركو" بأن تفويض المرفق العام لا يخص المرافق الإدارية ولا يطبق عليها قانون 93-122 متعلق بالمنافسة والإشهار ، بل هي مستبعدة من التفويض[1].

بينما الأستاذ Jean François Auby يقول أن قانون سنة 1993 لا يفرق بين نوعي المرافق العمومية، و لم يحدد مجال التطبيق وبذلك تكون كل المرافق قابلة لتفويض سواء كانت إدارية، ثقافية، إجتماعية.

وجاء رأي مجلس الدولة الفرنسي في 07 أكتوبر 1986 كالآتي: "الطابع الإداري للمرفق العام لا يمنع الجماعة المحلية من توكيل تنفيذه لأشخاص خاصة، إلا بعض المرافق بسبب طبيعتها، أو إرادة المشرع أن تسير بطريقة مباشرة من طرف الجماعة المحلية"[2].

ما يمكن قوله أخيرا أن كل المرافق العمومية قابلة للتفويض سواء كانت إدارية أو صناعية أو تجارية ، لكن هناك بعض المرافق المستثناة بسبب طبيعتها الخاصة وكذا من المشرع مثلا المهام المتعلقة بالحالة المدنية، الانتخابات، التزامات الخدمة الوطنية ، فهي ذات طبيعة خاصة غير قابلة للتفويض، و نجد أيضا من المرافق الوطنية الإدارية غير قابلة لتفويض كمرفق العدالة والأمن والدفاع...الخ ، فطبيعتها الخاصة تدخل في السلطة العامة للدولة ولا يمكن توكيلها للخواص.

الفرع الثاني: وجود علاقة تعاقدية

إن للعلاقة القائمة بين مانح التفويض وصاحب التفويض طبيعة تعاقدية، يشكلها طرفين هما أساس العلاقة التعاقدية.

1- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر،2010 ، ص.135.

2- المرجع نفسه، ص ص.135-136.

أولا: أطراف عقد التفويض

أ- المفوض: يسمى كذلك مانح التفويض، وهو شخص معنوي من القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية) له اختصاص أصيل لتسيير المرفق المحدد قانونا.

ب- المفوض له: يسمى كذلك صاحب التفويض، لا يوجد شكل قانوني خاص به فيمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص، فالجمعيات تفوض عندما يخص التفويض المرافق والنشاطات الاجتماعية والثقافية.

يجب على المفوض له المساواة بين المرتفقين ، وضرورة تكييف المرفق مع التحولات والتغيرات الحاصلة في الساحة العمومية ، وضمان استمرارية وديمومته باعتباره المنفذ الحقيقي للخدمة[1].

يبرم عقد التفويض عادة بين شخص عام هو مانح التفويض وشخص خاص هو صاحب التفويض، ويطلب من الأخير إدارة واستغلال المرفق العام موضوع العقد، ويمكن أن يأخذ صاحب التفويض شكل شركة تجارية أو شركة مختلطة أو جمعية، كما يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما كأن يكون مؤسسة عامة يفوض إليها إدارة واستغلال المرفق العام.

يقتضي أن يكون مانح التفويض شخصا عاما سواء كان الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية، وفي حال كان مانح التفويض شخصا خاصا فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام إلا أنه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لحساب وباسم الشخص العام و تحت إشرافه وتوجيهه، فنكون بصدد عقد تفويض تسيير المرافق العامة بالرغم من إبرامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص[2].

ثانيا: طبيعة العلاقة

إن العلاقة القائمة بين صاحب التفويض والسلطة المانحة هي علاقة تعاقدية وبالتالي يخضع طرفا العقد إلى البنود والأحكام المدرجة في العقد، كذلك المتعلقة بإجراءات اختيار صاحب التفويض وتحديد التعريفات...، فيقتضي على طرفي العقد أن يخضع إلى هذه الأحكام القانونية.

1- بن بركان أسماء، حرفوش زهرة، المرجع السابق، ص.08.

2-Auby Jean François, Op.cit, p.36.

يشكل عقد تفويض تسيير المرفق العام عقدا إداريا لأن أحد أطرافه شخص من القانون العام هو مانح التفويض وموضوعه تنفيذ مرفق عام، ويتضمن امتيازات السلطة العامة كحق الدولة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة بدافع تحقيق المصلحة العامة ولعقد تفويض تسيير المرافق العامة نظام قانوني يختلف عن النظام القانوني للعقود الإدارية الأخرى كالصفقات العمومية، لذلك يقتضي تحديد طبيعة العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق، ويعمل القضاء الإداري على التحقق من توفر الأسس التي يقوم عليها عقد التفويض من أجل تحديد طبيعته وتطبيق النظام القانوني المرتبط به[1].

الفرع الثالث: استغلال مرفق عام

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض هو استغلال مرفق عام أي إدارة المرفق وتشغيله وفقا للغاية من إنشائه تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض، ويتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق العام واستغلاله كما يقتضي عليه أن يتحمل مخاطر التشغيل وإذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق العام دون تحمل مخاطر التشغيل بصورة كلية أو جزئية فلا نكون بصدد عقد تفويض المرفق العام، كأن يتولى الشخص الخاص إدارة المرفق العام لقاء بدل محدد دون أن يتحمل مخاطر استغلال المرفق كالعقود المبرمة مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل إنتاج الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء أو إدارة الحاويات في الموانئ، فلا تعد هذه العقود عقود تفويض تسيير المرافق العامة.

يلقى على عاتق صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال الضرورية لتنفيذ المرفق العام موضوع العقد ويجب أن يكون تحويل إدارة المرفق العام من الشخص العام إلى الشخص الخاص شاملا، بحيث يتولى الشخص الخاص أو صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال التي يقتضيها تأمين حسن تشغيل واستغلال المرفق العام.

يتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته كما يلقى على عاتقه تمويل عملية التشغيل و يقابل ذلك حصول صاحب التفويض على التعريفات الناتجة عن استعمال المستفيدين لخدمات المرفق العام أو على أجر محدد من قبل السلطة المانحة ويجب أن يكفي المقابل المالي نفقات تشغيل

1- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.447.

المرفق العام وأن تحقق لصاحب التفويض الأرباح التي يسعى إليها[1].

يشكل تحمل صاحب التفويض لمخاطر استغلال المرفق العام المعيار الذي يلجأ إليه القضاء الإداري لتمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود الإدارية وهذا المعيار من تطبيق النظام القانوني لتفويض على العقود التي تتضمن تنفيذ المرفق العام أو بعض المهام المرتبطة به دون أن تتضمن تحمل المتعاقد مع الإدارة أية مخاطر ناجمة عن هده الإدارة، ويترتب على ضرورة قيام صاحب التفويض لإدارة واستغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته مجموعة من النتائج أهمها:

1- يقتضي أن تعطي اتفاقية التفويض لصاحب التفويض الحق في تحديد القواعد والأنظمة الداخلية التي يخضع لها المرفق العام موضوع التشغيل والمتعلقة بتأدية خدمات وعمليات التشغيل.

2- يجب على صاحب التفويض استخدام الأجراء والعاملين من أجل تأمين الأعمال المتعلقة بالتشغيل و تقوم مع هؤلاء العاملين علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص لاسيما قانون العمل.

3- تقوم علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض من ناحية والمستفيدين من خدمات المرفق العام من ناحية أخرى و تخضع هده العلاقة لأحكام القانون الخاص.

4- يقتضي أن يمنح لصاحب التفويض بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضيها حسن تنفيذ المرفق العام، كحق طلب الاستملاك.

5- يجب على صاحب التفويض تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام، وهذه الأموال يقتضي إعادتها إلى الشخص العام عند الانتهاء من تنفيذ العقد لطالما أنها مرتبطة بتشغيل المرفق[2].

تجدر الإشارة إلى أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستغلال ليس على درجة واحدة، فقد يكون شاملا في بعض العقود كعقد الامتياز وعقد إيجار المرافق العامة وعلى درجة أقل في عقود الإدارة بشراكة ومشروع صفقة الأشغال العامة، كما أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار بمفرده قد طرأ عليه عدة تطورات فلم يعد صاحب التفويض يواجه هذه المخاطر بمفرده، بل أصبح هناك نوع من التضامن بين طرفي العقد وذلك بهدف تمكين صاحب التفويض من مواجهة مخاطر التشغيل ومواجهة الصعوبات.

1- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص ص.55-56.

2- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.149.

من أهم الوسائل التي تحقق التضامن المالي بين طرفي العقد نجد:

1- ضمان القروض التي يقترضها صاحب التفويض من المؤسسات المالية.

2- أداء السلطة المانحة مساهمات مالية إلى صاحب التفويض بهدف تأمين التوازن المالي للعقد وتغطية الخسائر التي تلحق بصاحب التفويض خصوصا بالمرافق التي يلحق بها خسائر دورية ومزمنة كمرفق النقل الحضري.

3- دفع الأشخاص العامة جزءا من المقابل المالي يكون متغيرا حسب نتائج الاستغلال و تطوره.

4- أداء التعويضات إلى صاحب التفويض عند حدوث ظروف طارئة غير متوقعة عند إبرام العقد[1].

الفرع الرابع: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

تعتبر كيفية دفع المقابل المالي لتسيير واستغلال المرفق العام معيارا محددا لوجود التفويض فيتحصل صاحب التفويض على إتاوات من قبل المرتفقين مقابل الخدمة المؤدية ويمكن أن يكون هناك إعانات من الهيئات العمومية، لكن هذا كاستثناء وبصفة تكميلية لأن الأساس يكون المقابل المالي مرتبط بالاستغلال[2].

لقد أكد الفقه والاجتهاد على أن عقد تفويض المرفق العام يتضمن ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الاستثمار ويعني دلك أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمارات الناتجة عن إدارته للمرفق وتشغيله على نفقته ومسؤوليته.

لا يعني ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال أن مصدر المقابل المالي هو المستفيدين من خدمات المرفق العام فقط، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من الشخص العام أو كان هدا الأخير يساهم في دعم المرفق.

لا يعتبر عقدا عقد تفويض مرفق عام إلا إذا كان المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة يرتبط جوهريا بنتائج الاستغلال، وهدا عكس المقابل المالي في العقود الإدارية الأخرى فإنه يأخذ شكل الثمن ويتم تحديده وفقا للتكاليف التي يتحملها المشروع بالإضافة إلى هامش ربح معقول، واستبعد مجلس الدولة الفرنسي من نطاق عقد تفويض المرفق العام اللإتفاقات التي يبرمها أشخاص القانون العام والتي تتضمن دفع مساهمات إلى الجمعيات مقابل الخدمات المؤدات على اعتبار أن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لأية مخاطر ما يعني أنه لا يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال[3].

1- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.450.

2- بن بركان أسماء وحرفوش زهرة، المرجع السابق، ص.9.

3- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص.450-451.

المبحث الثاني

مكانة تفويض المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

قد يختلط مفهوم تفويض المرفق العام ببعض المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري كالصفقة العمومية والوكالة في العقود الإدارية والخوصصة وأيضا عقود الامتياز الخاصة باستغلال أملاك تابعة للدولة والهيئات العمومية الإدارية لدلك يستوجب الأمر القيام بالتمييز بين هذه المفاهيم.

كما يقتضي مقارنة التفويض مع طرق إدارة المرافق العامة لاسيما إدارة أشخاص القانون العام وشركات الاقتصاد المختلط وعقود البناء والتشغيل والتحويل.

المطلب الأول

تمييز مفهوم تفويض المرفق العام لصالح الأشخاص الخاصة عن غيره

سنجري مقارنة بين مفهوم تفويض المرفق العام و بعض المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري والتي قد يختلط مفهومها بتقنية التفويض، بذلك سنجري مقارنة بين تفويض المرافق العامة و الصفقة العمومية (الفرع الأول)، والخوصصة (الفرع الثاني)، والوكالة (الفرع الثالث)، واتفاقية استغلال الأملاك الوطنية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تفويض المرفق العام والصفقة العمومية

تشترك الصفقات العمومية مع تفويض المرفق في الطبيعة التعاقدية، فالصفقة العامة تبرم غالباً مع أحد أشخاص القانون الخاص بهدف تأمين اللوازم والمواد وتقديم الخدمات وإعداد الدراسات بالإضافة إلى القيام بالأشغال التي تحتاج إليها الدولة مقابل ثمن محدد في دفتر الشروط، يؤدي إلى التعاقد مع الإدارة من قبل الشخص العام، أما التفويض فإنه يتضمن استغلال مرفق عام من قبل شخص آخر مقابل حصوله على مقابل مالي، يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال[1].

إن هذه التفرقة ضرورية جدا لمعرفة النظام القانوني المطبق على كل نوع من العقود، وإذا كان للصفقات العمومية قانون خاص بها[2]، إلا أن تفويض المرفق العام لا يوجد قانون واحد يحكمه بل هي

1- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.469.

2- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، ج، ج عدد 58 صادر في 8 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بموجب: مرسوم رئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، مرسوم رئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، مرسوم رئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2011، مرسوم رئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 جانفي 2013.

قواعد متناثرة، وفي فرنسا مثلا أطر القانون 93-122 تفويض المرفق خاصة ما يتعلق بالمنافسة والإشهار، فكل من الصفقة العمومية و تفويض المرفق هي عقود إدارية بين هيئة عمومية وشخص آخر هدفه تنفيذ خدمات عمومية (تستهدف المنفعة العامة)[1].

إذا كان الفرق واضحا في أغلب الأحيان إلا أنه في بعض الأحيان يتطابق المفهومان وهناك معيارين للتفرقة بين الصفقة العمومية وتفويض المرافق العامة وهما كالأتي:

أولا: معيار المقابل المالي

يرتبط المقابل المالي في عقد التفويض بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال، سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفدين من خدمات المرفق العام[2].

إنّ المقابل المالي في عقد التفويض له علاقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق، كما يقول الأستاذ CLAUDIE BOITEAU: "ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه بإستغلال المرفق المرفق لا غيره، وفي أغلب الأحيان هي إتاوات مقدمة من طرف المرتفقين مقابل الخدمة" [3].

إشترط القضاء الفرنسي في عدة قرارات أن يكون المقابل المالي متعلقاً باستغلال المرفق، ومنه إستبعد في عدة حالات عقد التسيير من عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل المالي في هذا العقد يحدد مسبقاً جزافياً، وليس له علاقة باستغلال المرفق[4].

رغم أن هناك من الأساتدة من يقول أن المقابل المالي في تفويض المرفق العام، يكون دائماً مصدره الإتاوات المتحصل عليها من المرتفقين، وإلا نحن لسنا بصدد تفويض المرفق العام، إلا أن هذا ليس صحيحاً دائماً [5]، أما في الصفقات العامة فإن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يشكل ثمناً للخدمات أو اللوازم أو الأشغال المنجزة، ولا علاقة له بنتائج إستغلال المرفق العام الذي ترتبط به الخدمات أو اللوازم أو الأشغال المنجزة.

1- ضريفي نادية، المرجع السابق، ص ص.136-137.

2- القطب مروان محي الدين، المرجع السابق، ص.470.

3-Claudie Boiteau, les conventions de délégation de service public, imprimerie nationale, 1999, p.92.

4- Ibid, p. 96.

5- ضريفي نادية، المرجع السابق، ص.138.

يتم دفع المقابل المالي في الصفقة العمومية عن طريق سعر تحدده الإدارة، بعد تقديم العروض من طرف المشاركين، ويكون هدا السعر محدد في العقد[1] وتدفعه الإدارة وليس له علاقة بمردودية إستغلال المرفق.

ثانياً: معيار الاستغلال:

إن موضوع التفويض هو استغلال مرفق عام، ولا يوجد عقد تفويض إن لم يكن موضوعه نشاطاً يشكل مرفقاً، أما الصفقات العمومية فموضوعها هو تأمين اللوازم والخدمات والأشغال التي تحتاجها الدولة، والمبادئ العامة للصفقات العمومية تسمح للمتعاقد مع الإدارة بأن يتولى تنفيذ جزء من المرفق، أي القيام بمهام أو خدمات المرفق العام، دون أن تبلغ حد إدارة واستغلال المرفق برمته، كإدارة محطة توليد الطاقة في مرفق الكهرباء أو تنظيم الحاويات في الموانئ البحرية [2].

إنّ العنصر الفاصل بين الصفقة العمومية وعقد تفويض المرفق هو استغلال المرفق العام، فالصفقة العمومية تهدف إلى تزويد الإدارة بوسائل المرفق العام دون أن يتدخل شريك الإدارة في استغلال المرفق العام وسيره، وبالرغم من أن صفقات الأشغال يكون موضوعها "بناء واستغلال" وبذلك تستهدف الصفقة استغلال المرفق، لكن نقول أن الأشغال ليست المهمة الرئيسية للصفقة بل هو المهمة الثانوية فاستغلال المرفق بطريقة مباشرة من طرف المفوض له واستعمال الوسائل الموفرة من طرف شريك الإدارة ، العلاقة المباشرة مع المرتفقين هي التي تميز تفويض المرفق[3] .

لقد أكد القضاء الفرنسي (مجلس الدولة) في عدة قضايا أن المعيار المميز لتفويض المرفق هو استغلال المرفق، وفي كثير من القضايا كيِّف عدة عقود على أنها صفقات عمومية، لأنها لا تحمل مهمة الاستغلال وتسيير، فالتسيير الكلي أو الجزئي أصبح معيار أساسي[4].

الفرع الثاني : تفويض المرفق العام والخوصصة

لو أردنا تعريف ظاهرة الخوصصة، فإنها تعني تحويل عدد كبير من القطاعات الاقتصادية والخدمات الاجتماعية التي لا ترتبط بالسياسة العليا للقطاع الخاص، فالدولة في مفهومها الحديث تهتم

1- المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق.

2- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.470.

3- ضريفي نادية، المرجع السابق، ص.138.

4- المرجع نفسه، ص.139.

بالأمور الكبيرة والأمور السياسية الإدارية والأمنية والاقتصادية والاجتماعية، التي ترتبط بسياستها العليا، أما سائر الأمور الأخرى فهي تؤمن من قبل القطاع الخاص وذلك في إطار القوانين والأنظمة التي تضعها وتنظم من خلالها عامل القطاع الخاص.

ولا يمكن فهم التخصيص إلاّ في ضوء تغير مفهوم الدولة في التسعينات، نعلم أن دور الدولة في القرن التاسع عشر كان محدودًا في توطيد الأمن وإرسال العدل وتحقيق العدالة الاجتماعية، ولكن الدولة في مطلع القرن العشرين اضطرت بحكم الظروف الموضوعية الداخلية والخارجية أن تتدخل في الكثير من الميادين الاقتصادية والاجتماعية وقد وسعت الدولة نشاطها وأخذت تهتم بأمور اقتصادية واجتماعية تأمينًا للمصلحة العامة، وتشمل تدخل الدولة في مرحلة لاحقة كل المشاريع المعروفة باسم المنافع العامة كالكهرباء والماء والاتصالات السلكية واللاسلكية وسواها، وقد أخد مبدأ الحماية الاقتصادية وتدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية يزداد انتشارًا في الحياة العملية حيث شمل أكثر الدول المتقدمة كفرنسا وألمانيا[1].

إن للخوصصة مفهومان: الأول، ضيق يتعلق بنقل الملكية، والثاني واسع يتضمن مجموعة من الإجراءات يدخل ضمنها إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية، وتعني الطرق الحديثة المشابهة لعقد الامتياز طرق إدارة المرفق العام التي تشكل أنواع تفويض المرفق العام، إلاّ في حال كان صاحب التفويض من أشخاص القانون الخاص،لأن التفويض يمكن أن يكون لأشخاص عامة أو خاصة، أمّا في حال كان التفويض إلى أحد أشخاص القانون العام فلا يشكل أحد أشكال الخوصصة [2].

إنّ ظاهرة ليبرالية النشاط الاقتصادي الممنوحة من السلطات العامة مند 15سنة، تأخذ اتجاه جديد بإزالة الاحتكارات في القطاعات المعنية إلى حد الآن، مثل نشاطات المرفق العام[3]، الذي أدخلت عليه تقنيات تسيير جديدة كتقنية التفويض.

الفرع الثالث: تفويض المرفق والوكالة

تتحقق الوكالة في العقد الإداري عندما يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص، باسم ولحساب الشخص العام، وهذه الوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية تضفي على العقد الطابع الإداري، وإن أبرمت بين

1- صافي عبد القادر، المرجع السابق، ص. ص.3-4.

2- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص. 472.

3- ZOUAIMIA Rachid, droit de la régulation économique, Berti édition, Alger, 2006, p. 7.

شخصين من أشخاص القانون الخاص، أصبحت فكرة الوكالة في العقد الإداري معروفة إلا أنها لم تحض باهتمام كبير من قبل الفقهاء وترجع بداية اهتمام الفقه بفكرة الوكالة إلى عشرينات هذا القرن، حيث أصدر مجموعة من الأحكام عن مجلس الدولة الفرنسي التي يمكن تفسيرها على أنها تأخذ صراحةٌ أو ضمنا لفكرة الوكالة[1].

وتختلف فكرة الوكالة في القانون الإداري عن فكرة التفويض، وأهم هذه الاختلافات :

1- أن موضوع الوكالة ليس محصورًا بإدارة واستغلال المرافق العامة، وإنما يمكن أن يمتد إلى مهام أخرى كالأشغال العامة، في حين يحصر عقد تفويض المرفق العام بإدارة واستغلال المرافق العامة، كما أن التفويض محصور في مجموعة من المرافق العامة والتي تعد مرافق عامة قابلة للتفويض، أما الوكالة فيجوز أن تتعلق بموضوع يتصل بمرافق سيادية، غير قابلة للتفويض كمرفق الشرطة، التعليم، الصحة.

2- يتحمل الشخص العام المسؤولية الكاملة عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل، كما يتحمل جميع النفقات اللازمة لقيامه بالمهام المطلوبة منه، أما في تقنية التفويض فإن صاحب التفويض يتحمل مسؤولية تشغيل المرفق العام، واستغلاله على نفقته ومسؤوليته.

3- يمكن للشخص العام إنهاء عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسبًا وفقًا لأحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، أما في تفويض المرفق العام ، فلا يحق لمانح التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا تحقيقًا للمصلحة العامة أو عند ارتكاب صاحب التفويض لخطأ جسيم، أو في حالة حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصورة نهائية.

4- يتقاضى الوكيل المقابل المالي في صورة ثمن محدد يدفعه إليه الشخص العام الذي وكله، أما في ظل تقنية التفويض فإن المقابل المالي يجب أن يرتبط بصورة جوهرية بنتائج إستغلال المرفق، سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق[2].

الفرع الرابع: تفويض المرفق العام واتفاقية استغلال الأملاك الوطنية

رغم التداخل القائم بين مفهوم المرفق العام وامتياز استغلال الأملاك الوطنية إلا أن المشرع الجزائري ميز بين مفهوم امتياز اتفاقية استغلال الأملاك الوطنية وامتياز المرافق العامة، فمثلا المادة

1- عبد المقصود سليم مصطفى، الوكالة في إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص.30.

2- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.469.

64 مكرر من قانون رقم 90-30[1] يتعلق بالأملاك الوطنية التي تنص على أنه: "يشكل منح امتياز الأملاك الوطنية المنصوص عليها في هدا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحب الملك المسماة بالسلطة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص آخر معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي".

ما نفهمه من مضمون نص المادة أعلاه أن امتياز الأملاك العمومية الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ليس دائما عقد امتياز المرافق العامة بحيث أن تحقيق المصلحة العامة لا يعود دائما إلى نشاط المرفق العام المتصل به، ففي مجال التفويض على الهيئة العمومية أن تعبر عن إرادتها عندما يكون هدف تفويض المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة[2]، هناك حالات أين يدخل امتياز الأملاك الوطنية في تفويض المرافق العامة وهذا ما نستنتجه من مضمون المادة 64 مكرر السالفة الذكر والتي تسمح للخواص الحق في تمويل، إنشاء أو استغلال منشأة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل الامتياز لدى السلطة مانحة الامتياز.

1- قانون رقم 90-30، مؤرخ في 1 ديسمبر 1990، يتعلق بالأملاك الوطنية، ج، ر، ج، ج عدد 52، صادر في 2 ديسمبر 1990، معدل و متمم بموجب قانون رقم 08-14، مؤرخ في 20 جويلية 2008، ج، ر، ج، ج عدد 44، صادر في 3 أوت 2008.

2-ZOUAIMIA Rachid, la délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées, 2011, p, 9-10.

المطلب الثاني: تمييز تفويض المرفق العام و طرق الإدارة الأخرى

تتولى الدولة في ظل الإدارة المباشرة، إدارة المرافق العامة المرتبطة بها، فتتولى وزارة العدل إدارة مرفق القضاء، والوزارة الداخلية تدير مرفق الشرطة، ووزارة الدفاع لها مهمة إدارة مرفق الجيش، ويمكن أن تعطي الإدارة التي تتولى المرفق العام استقلالا ماليًا مع بقائها تابعة للدولة من الناحية الإدارية.

كما يمكن أن تلجأ الدولة إلى إنشاء شخص عام مستقل عنها، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري تناط به إدارة المرفق العام كما هو حال المؤسسات العامة والبلديات، كما لجأت الدولة وأشخاص القانون العام إلى تفويض إدارة مرافقها العامة إلى شخص آخر غالبًا ما يكون من أشخاص القانون الخاص، بحيث يتولى صاحب التفويض إدارة المرفق باستقلال عن الشخص العام وعلى مسؤوليته ونفقته، مقابل حصوله على مقابل مالي يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال[1] .

بذلك سنجري مقارنة بين تقنية التفويض، والإدارة المباشرة والمؤسسة العامة والشركات المختلطة من ناحية وعقود البناء ولتشغيل والتحويل(Bot) من ناحية أخرى.

الفرع الاول: تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة

يتولى الشخص المعنوي العام الذي يتبعه المرفق العام إدارته إدارة مباشرة، إذا قام بتنظيمه داخليًا وتكفل بتسييره بأمواله وموظفيه، وتتحقق الإدارة المباشرة إذا تولت الإدارة بنفسها مهمة استغلال المرفق العام بأموالها و موظفيها مباشرة، وبذلك لا يكفي إطلاقًا لإدارة المرفق إدارة مباشرة أن للجهة الإدارية حق الإدارة العليا بل يجب أن تتولى زمام الأمور وتنظيم وتسيير المرفق العام بأموالها وموظفيها[2].

عرف العلامة walin الإدارة المباشرة كما يلي: ثمة إدارة مباشرة عندما يتولى الشخص العام مباشرة إدارة المرفق العام وعلى مسؤوليته، باستعمال الأموال العامة اللازمة وبواسطة جهاز يعينه ويشرف عليه، وبتأمين كل ما يلزم بتسيير المرفق والاتصال مباشرة بالمستفيدين من المرفق العام، ويتحمل المسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بالغير من جراء عمل المرفق العام[3].

1- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص. 472.

2- المرجع نفسه، ص.472.

3- هيام مروة، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى و طرق إدارتها- الأشغال العامة- التنظيم المدني)، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2003، ص.60.

أسلوب الإدارة المباشرة يسمى كذلك بالاستغلال المباشر، ويقصد به أن المجموعات العمومية الإقليمية (الدولة، الولاية، البلدية)، هي تتولى مباشرة بواسطة أعوانها وأموالها إدارة المرفق العمومي الذي أنشأته.

تجدر الإشارة أن الميزة الأساسية في أسلوب الإدارة المباشرة في مختلف أشكاله، أن المرفق العمومي ضمن هدا الأسلوب لا يتمتع بالشخصية المعنوية[1].

تشترك تقنية التفويض مع الإدارة المباشرة في أن موضوعها يكمن في إدارة واستغلال مرفق عام، وتختلفان في النقاط الآتية:

– يتولى إدارة المرفق العام في ظل الإدارة المباشرة، الشخص العام الذي يرتبط المرفق.

أما في ظل تقنية التفويض فيتولى إدارة المرفق العام شخص أخر، غير الشخص العام المرتبط به المرفق العام، قد يكون شخصًا خاصًا كشركة أو جمعية، أو شخصًا عامًا كمؤسسة عامة.

– يستطيع الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة التي ترتبط به دون قيود تتعلق بنوعية المرفق، فلا توجد مرافق عامة غير قابلة للإدارة المباشرة من قبل الشخص العام شرط التقيد بقواعد الاختصاص والصلاحية التي حددها الدستور والقوانين والأنظمة النافدة.

أما في ظل تقنية التفويض فيوجد مجموعة من المرافق ذات الطابع الدستوري التي لا يجوز تفويض إدارتها إلى شخص أخر غير الشخص العام.

– يتولى الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة المرتبطة به، وفقًا لقواعد القانون العام، ويمكن إعطاء الوحدة التي تتولى الإدارة استقلال مالي مع بقاء ارتباطها الإداري بالشخص العام.

أما في ظل تقنية التفويض، فيتولى صاحب التفويض إدارة المرفق باستقلال عن الشخص العام من الناحيتين الإدارية والمالية[2].

الفرع الثاني: تفويض المرفق العام والمؤسسة العامة.

المؤسسات العمومية الإدارية هي المؤسسات التي تمارس نشاطًا ذو طبيعة إدارية محضة، وتتخذها الدولة والجماعات المحلية (الولاية، البلدية) في الجزائر كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية، وتتمتع المؤسسة

1– لباد ناصر، المرجع السابق، ص.211.

2– مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق، ص.473.

العمومية بالشخصية المعنوية وتخضع في أنشطتها للقانون العام بحيث أن القضاء الإداري هو الذي يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بها، كما يخولها القانون مجموعة من الامتيازات ، ومن أهمها امتيازات السلطة العامة، ومنها اتخاذ القرارات الإدارية كما تعتبر أموالها أموالاً عمومية وعمالها موظفين عموميين[1].

المؤسسة العمومية شخص عمومي يقوم بنشاط متخصص، وتعتبر أداة للامركزية (المرفقية)، والسبب في اللجوء إليها هو البحث عن تحسين الخدمة العمومية لمنحها نوع من الاستقلالية القانونية والمالية والإدارية، إعطائها نوعًا من حرية التصرف[2].

كما تعرف بأنها شخص إداري مستقل عن الدولة والجماعات المحلية مكلف بتسيير مرفق عام أو مجموعة من المرافق العمومية من نفس الطبيعة، وهي منظمة عامة تتميز بمجموعة من امتيازات السلطة العامة (أملاك، إصدار قرارات...)، لكنها بالمقابل تخضع لقيود مرتبطة بالقانون العام مثل الرقابة[3].

قد يختلط مفهوم المؤسسة العامة بمفهوم التفويض على اعتبار أن الدولة في ظل طريقة المؤسسة العامة تنشئ شخصًا عامًا مستقلاً يعهد إليه بإدارة المرفق العام ، إلا أن المؤسسة العامة تتميز عن تقنية التفويض في عدة مسائل، أهمها:

– أن العلاقة القائمة بين صاحب التفويض والشخص العام مانح التفويض هي علاقة تعاقدية في حين أن العلاقة بين المؤسسة العامة والشخص العام الذي ترتبط به هي علاقة نظامية تخضع للقوانين والأنظمة ذات الصلة.

– يشترط في تقنية التفويض أن يرتبط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال، وهذا الشرط ليس قائمًا في ظل طريقة المؤسسة العامة، إذ يمكن أن يمول المرفق العام عن طريق المساهمات والدعم المالي من قبل الدولة.

1– لباد ناصر، المرجع السابق، ص.217.

2– لباد ناصر، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، مطبعة سارب، الجزائر، 2004، ص.182.

3– ضريفي نادية، المرجع السابق، ص.68.

– يخضع صاحب التفويض في ظل تقنية التفويض لرقابة وإشراف الشخص العام الذي يرتبط به المرفق العام موضوع التفويض، في حين تخضع المؤسسة العامة لوصاية إدارية، ومهما بلغت درجة رقابة الشخص العام على صاحب التفويض فإنها لا تبلغ درجة الوصاية على أعماله لأن صاحب التفويض يدير المرفق العام باستقلال عن الشخص العام وعلى نفقته ومسؤوليته.

– يتسم الشخص الذي يتولى إدارة المرافق العامة عن طريق المؤسسة العامة بالطابع العام، في حين يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما أو خاصا، ويمكن أن تكون المؤسسة العامة صاحبة تفويض المرفق العام.

– يخضع صاحب تفويض المرفق العام لبنود عقد التفويض للنظام القانوني المحدد من قبل المشرع، إنما المؤسسة العامة فإنها تخضع لنظام قانوني مختلف يحدده المشرع[1].

الفرع الثالث: تفويض المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلط

شاعت في العديد من الدول فكرة المشاركة بين الرأسمال العام والخاص لإدارة المرافق العامة، فقد أنشأت العديد من الشركات التي يسهم فيها الأفراد العادية والأشخاص المعنوية العامة معا وفي آن واحد، و تكون هذه الشركات في معظم الأحيان على شكل شركة مغفلة يمتلك الأفراد جزء من أسهمها وتمتلك الأشخاص المعنوية العامة الجزء الثاني وبذلك تتحقق فكرة المشاركة بين رأسمال العام والخاص ويتعاونان معا لتحقيق الغاية المرجوة.

هكذا يظهر أسلوب الاستغلال المختلط بأنه هيئة مشتركة بين الأشخاص المعنوية العامة والخاصة بهدف تحقيق هدف ينطوي على نفع عام[2].

وفقا لهذه الطريقة يدار المرفق العام بواسطة شركة تجارية يساهم فيها كل من السلطة العامة و الأفراد، وتتخذ هذه الشركة صورة شركة مساهمة تخضع لأحكام القانون التجاري، وتخضع لجميع المبادئ التي تحكم المرافق العامة.

ابتكرت هذه الطريقة كطريقة لإدارة المرافق العامة لتقيم نوعا من التعاون النافع بين الأشخاص العامة والخاصة بحيث تحقق مصالحها معا في حسن الإدارة و تحقيق الأرباح[3].

1– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص.473 – 474.

2– خطار شطناوي علي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، 2003، ص.310.

3– القبيلات حمدي، المرجع السابق، ص.330.

تشترك شركات الاقتصاد المختلط مع تقنية التفويض في أنهما من طرق إدارة المرافق العامة و تختلف في المسائل التالية:

1- تتسم العلاقة بين الشخص العام وصاحب التفويض بالطابع التعاقدي، في حين أن العلاقة بين الشخص العام و شركات الاقتصاد المختلط هي علاقة نظامية.

2- تعد شركة الاقتصاد المختلطة من أشخاص القانون الخاص، في حين يمكن أن يكون صاحب التفويض من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص.

3- تخضع الشركات المختلطة للقوانين والأنظمة الصادرة عن المشرع لنص إنشاؤها والنظام الأساسي موضوع لها، أما عقود التفويض فتخضع لبنود عقد التفويض والنظام القانوني الخاص بها[1].

الفرع الرابع: تفويض المرفق العام وعقد البناء والتشغيل والتحويل (البوت)

هو عقد إداري حديث يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية والأجنبية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص لمدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة أو الهيئة العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها[2].

اصطلاح البوت يدل على تلك المشاريع التي تمنحها الدولة عن طريق الامتياز إلى القطاع الخاص بهدف إقامة وبناء المرفق الذي قررت الدولة أن يكون مرفقا عاما يجب ضمانه من طرف الدولة ثم تشغيل هذا المرفق واستغلاله، وذلك لمدة معينة تسمح باسترجاع ما أنفق خاصة وأنه في أغلب الأحيان تهتم عقود البوت بالبنية التحتية والهياكل القاعدية الضخمة، تنتقل الملكية بعد هذه المدة إلى الدولة أو أحد أشخاص القانون العام[3].

إن عقود البوت يبرمها طرفان، أحدهما جهة إدارية من أشخاص القانون العام تتمثل في الدولة أو إحدى الوحدات التابعة لها وهي إما أشخاص إقليمية أو أشخاص مرفقية أما الطرف الثاني المتمثل في المستثمر ينتمي إلى القطاع الخاص في شكل شركة المشروع، غير أنه يمكن القول بوجود عقود البوت في غياب الإدارة كطرف فيها، كأن يكون طرفا العقد من القطاع الخاص[4].

1- مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق، ص ص.474-475.

2- ضريفي نادية، المرجع السابق، ص.142.

3- المرجع نفسه، ص.143.

4- نمديلي رحيمة، "ماهية عقد البوتBOT: بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية وخوصصتها"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 02، 2010، ص.121.

كما سبق أن أشرنا فإن عقد البناء والتشغيل والتحويل هو عقد امتياز مرفق عام وأشغال عامة في الوقت عينه، يقوم على وجود مرفق عام كالبنى التحتية والطرق العامة واستصلاح الأراضي والعلاقة القائمة بين شركة المشروع الشخص العام الذي يرتبط به المرفق العام موضوع التشغيل هي علاقة تعاقدية.

يقضي عقد البناء والتشغيل والتحويل بأن تتولى شركة المشروع إقامة وتشغيل مرفق العام مقابل حصولها على مقابل مالي يغطي نفقات البناء والتشغيل حيث يحقق مقدارا من الأرباح، وتحصل شركة المشروع المقابل المالي من المستفيدين من خدمات المرفق مباشرة بالتالي فإن عقد البناء والتشغيل والتحويل تتوفر فيه الأسس التي يقوم عليها عقد التفويض ويشكل إحدى صور تقنية التفويض[1].

2- مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق، ص.485 .

من خلال ما سبق التطرق إليه في الفصل الأول، نستنتج أنّ المشرع الجزائري عمل على مسايرة التحولات و التغيرات الجذرية التي عرفتها الجزائر خاصة مع إنتهاجها لنظام ليبرالي، يحمل في طياته طرق جديدة مكملة للطرق التقليدية في تسيير واستغلال المرافق العامة ويظهر ذلك من خلال تفويض المرفق العام لصالح الأشخاص الخاصة، كتقنية جديدة تغطي النقائص للوصول إلى التسيير الفعال وتحقيق المنفعة العامة.

لكن هذه الفنية الجديدة لم تسلم من النقائص والعيوب من الجانب التنظيمي خاصة إذ أن المشرع لم يضع نظاما قانونيا خاص به، بل أشار إليها في نصوص قانونية متناثرة، عكس المشرع الفرنسي الذي كان أكثر دقة ووضوح بوصفه معالم وأطر قانونية لتفويض المرافق العامة .

رغم التداخل القائم بين مفهوم تفويض المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة وباقي المفاهيم الأخرى المشابهة له وكذا طرق الإدارة الأخرى، إلاّ أن هذه التقنية الحديثة تنفرد بمجموعة من الميزات التي يمكن حصرها فيما يلي:

– موضوع تفويض المرفق العام لصالح الأشخاص الخاصة ينحصر في استغلال المرافق العامة،

– المقابل المالي يكون مرتبطا بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق.

– يعد تفويض المرفق العام إحدى صور الخوصصة بمعناها الواسع وذلك بشرط أن يكون صاحب التفويض من أشخاص القانون الخاص

– إنّ تفويض المرافق العامة محصور في مجموعة من المرافق العامة والتي تعد مرافق عامة قابلة للتفويض.

– صاحب التفويض يتحمل مسؤولية التشغيل واستغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته.

الفصل الثاني

أساليب تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

إنّ الأساليب الخاصة في إدارة المرافق العمومية تقتضي أن يسير المرفق العام بنفس الطرق والأساليب التي تدار بها المشاريع الخاصة، نظرا لطبيعة نشاط المرفق العام التجاري والصناعي التي تستدعي استفادته من أحكام القانون الخاص في إدارته وتسييره دون إعفائه من بعض الإكراهات التي يفرضها القانون العام[1].

هذا الأسلوب في التسيير يعتبر طريقة أكثر مرونة وفعالية خاصة مع التحولات التي عرفتها الجزائر بدخولها مرحلة أكثر انفتاحا تفرض فتح كافة المجالات وتفرض المنافسة في كافة المجالات، تبحث عن أكثر فعالية في التسيير وبأقل التكاليف، مع تحسين نوعية الخدمة العمومية.

إنّ الطرق العامة في التسيير سواء في إطار التسيير المباشر أو عن طريق المؤسسة العامة قد أثبت عجزها من خلال ندرة الموارد، في ظل تطور الوعي المدني لدى المواطنين، وظهور الجمعيات المدنية المطالبة بالرقي بالخدمة العمومية، فكان لزاما على الدولة التخلي عن بعض القطاعات، خاصة تلك التي تكتسي طابعا صناعيا وتجاريا للتسيير الخاص وذلك من أجل المرونة في التسيير والفعالية وكذا خلق مجال للمنافسة والتقليل من الأعباء التي يتكبلها التسيير العمومي[2].

يتحقق تدخل الخواص في تسيير المرافق العامة من خلال التنازل له عن مهمة التسيير، وذلك في إطار ما يسمى ب "التسيير المفوض للمرافق العامة" أو تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، صورتين:

- التفويض الانفرادي بموجب "نص تشريعي" أو "قرار إداري إنفرادي" (المبحث الأول).
- التفويض الإتفاقي "بموجب عقد" (المبحث الثاني).

1-RENAN le Mestre, Droit du service public, éditeur. EJA, paris, 2003, p.117.

2- سيدومو ياسين، المرجع السابق، ص.29.

المبحث الأول

التفويض الانفرادي لتسيير المرافق العامة

يقصد بالتفويض الانفرادي لتسيير المرافق العامة، منح تسيير المرفق العام لشخص خاص من جهة واحدة بصفة انفرادية ويكون سواء بطلب من الشخص الخاضع للقانون الخاص، بحيث يمكن لهذا الأخير أن يطلب من الشخص المعنوي العام المكلّف بتسيير المرفق العام أن يمنح له ترخيص أو اعتماد لتسيير جزء من المرفق العام. ويختلف الترخيص عن الاعتماد بحيث يعتبر الترخيص مجرد اعتراف بالحق، أما الاعتماد بالإضافة إلى الحق في التسيير، يمكن منح لصاحب الاعتماد مزايا إضافية تتمثل أساساً في المزايا الضريبية والتسبيقات المالية، ومنه يعتبر اعتماد منشئ لحق، كما يمكن أن يكون التفويض الانفرادي كنتيجة لقوة قاهرة أو لسبب خارج عن إرادة الشخص المعنوي المكلف بتسيير المرفق العام.

يعتبر التفويض الانفرادي غير أبدي إنّما محدّد بمدة معينة، مع العلم أن للشخص المعنوي الحق في الرقابة على الشخص الخاص أثناء فترة التفويض(الشروط العامة للتفويض)، كما يعتبر التفويض الانفرادي مظهر من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة العامة، كما أن التفويض الانفرادي وسيلة من وسائل الانتقال من احتكار الدولة إلى المنافسة الفعلية، إذ أنه في ضوء القوانين التي تنظم التفويض الانفرادي نجد السلطات العامة في محاولة لتحقيق التوفيق بين المصلحة العامة ومبادئ الليبرالية الاقتصادية، أو بعبارة أخرى إذا كان تسيير المرافق العامة يمنح للخواص، إلاّ أنه يبقى خاضعاً لنفس القواعد التي يخضع لها التسيير المباشر من طرف السلطة العامة أو في منح التسيير لمؤسسة عمومية، أي له نظام قانوني أو طبيعة خاصة لضمان استمرارية المرفق العام و تقديم الخدمات.

إذا كان التفويض الإتفاقي للمرفق العام أثار اهتمام الفقه، فإن التفويض الانفرادي لصالح الأشخاص الخاصة لم يحض بنفس الاهتمام، وهذا الإهمال تفسر حقيقته في أن المنظمات الخاصة المكلفة بمهمة المرفق العام بطريقة انفرادية تشكل مجموعة مركبة تضم منضمات مختلفة، تسير بأنظمة قانونية مختلفة بالإضافة إلى عدم التجانس في أعمال كل واحدة منها[1].

1- ZOUAIMIA Rachid , la délégation de service public au profit de personnes privées, maison d’édition belkisse ,Alger , p .7.

للتفويض الانفرادي صورتين، هما كالآتي:

- التفويض الانفرادي عن طريق نص تشريعي (المطلب الأول).
- التفويض الانفرادي عن طريق قرار إداري انفرادي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التفويض الانفرادي عن طريق نص تشريعي

يقصد بالتفويض الانفرادي عن طريق نص تشريعي وجود نص قانوني يسمح لجهاز أو متعامل اقتصادي بتسيير مرفق عام أو جزء جوهري منه، وفي السابق كان التفويض الانفرادي يمنح للمؤسسات العمومية، بحيث يبين عقدها تأسيس مهمة المرفق العام التي منحها القانون، فيمكن أن ينتج ذلك عن طريق نص قانوني أو تنظيمي، ونذكر على سبيل المثال المؤسسات العامة للتعليم العالي، المستشفيات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي مثل(OPGI)[1]، غير أنه يمكن أن يكون التفويض الانفرادي لصالح الأشخاص الخاصة، يحدده القانون بصفة صريحة لأشخاص القانون الخاص التي يعهد لها تسيير المرافق العامة، وعلى سبيل المثال الاتحاديات الرياضية الوطنية، التعاضديات الاجتماعية، والمنظمات المهنية.

الفرع الأول: الاتحاديات الرياضية الوطنية

تعتبر هذه الاتحاديات جمعيات وطنية تضّم كل النوادي والروابط الرياضية، بموجب المادة 51 من القانون رقم04-10[2]، فإن الاتحاديات الرياضية الوطنية تشارك في تنفيذ مهمة المرفق العام وعن طريق نشاطاتها وبرامجها لتربية الشباب وترقية الروح الرياضية وحماية أخلاقيات الرياضة وتقوية التضامن الاجتماعي، ومن بين مهام المرفق العام على سبيل المثال ما يلي:

- محاربة الإدمان تحت رقابة اللجنة الأولمبية بمشاركة وزير المكلّف بالرياضة والوزير المكلّف بالصحة.
- تحضير وتنظيم المنتخبات الوطنية لتمثيل الجزائر بالمشاركة في الاحتفالات الرياضية الدولية.

1- مرسوم تنفيذي رقم 91-147، مؤرخ في 12مايو1991، يتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية للدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كيفية تنظيمها وعملها، ج، ر، ج، ج عدد 25، صادر في 29 مايو1991.

2- قانون رقم04-10، صادر في10 أوت2004، يتعلق بالتربية البدنية والرياضة، ج، ر، ج، ج عدد52، صادر في 18أوت2004.

– القيام بمهمة التأديب على مستوى الروابط والنوادي.

– القيام بإعداد أنظمة تقنية عامة حول التأديب الرياضي والقيام بمنح التراخيص وميداليات وشهادات فيدرالية، تضيف المادة53 من القانون سالف الذكر عل أنه:" إذا اعترف لاتحادية رياضية وطنية بمصلحة عامة ومنفعة عامة من طرف الوزير المكلف بالرياضة فإنها تمارس مهامها عن طريق التفويض".

فالتفويض لا يتم بصفة آلية فيتم تطبيقه عن طريق نص قانوني وذلك بشرط أن تكون الاتحادية معترف بها وبأنها تقوم بمهمة المصلحة العامة والمنفعة العامة عن طريق قرار صادر عن الوزير المكلف بالرياضة[1]، وذلك بمراعاة مجموعة من المعايير التي نذكر على سبيل المثال ما يلي:

– التنظيم الأمثل للرياضة على المستوى الوطني والدولي، كثافة النشاطات وتنوعها بتنوع مختلف الرياضات ، النشر الواسع للثقافة الوطنية، التأثير الاجتماعي والثقافي لنشاطات الاتحادية، النتائج الرياضية التي تتحصل عليها مختلف النوادي والمنتخبات التي تكون تحت رقابتها وهذا طبقا للمادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 05–405[2].

فإذا اعترف بالاتحادية أنها ذات مصلحة عامة فإنها تقوم بمهمة المرفق العام كما أشرنا إليه سابقا، وذلك عن طريق نص قانوني أو المهام التي تمنح لها من طرف الوزير المكلف بالرياضة في إطار السياسة الوطنية للرياضة، بالإضافة إلى القواعد المحددة من طرف الاتحاديات الدولية التي تنتمي إليها، وممارسة هذه المهام تكون وفق إجراء التفويض.

فيما يتعلق بمضمون نشأة التفويض، فإن الأحكام التنظيمية لتطبيق القانون اكتفت بتحديد أن: التفويض هو العقد الذي بموجبه يقوم الوزير المكلف بالرياضة بتفويض من الاتحاديات الرياضية الوطنية التي اعترف لها بالمصلحة العامة والمنفعة العامة ممارسة كل أو جزء من مهام المرفق العام طبقا لنص المادة 51 من القانون رقم10–04 السالف الذكر.

1- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op, cit, p.09.

2– مرسوم تنفيذي رقم 05–405، صادر في 17أكتوبر2005، يحدد كيفيات تنظيم الاتحاديات الرياضية الوطنية وسيرها وكذا الشروط الاعتراف بالمنفعة العامة والصالح العام،ج،ر،ج،ج عدد70، صادر فيَ 19أكتوبر2005، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم11–22، صادر في 26 جانفي2011،ج، ر، ج ، ج عدد 06، صادر في 30جانفي2011.

يتم تنفيذ التفويض باستعمال وسائل مالية وبشرية ومادية[1]، عند تنفيذ إجراء التفويض فإن العلاقات بين الأطراف تخضع لميثاق الحكم الرشيد والشراكة القائمة بعد التشاور مع اللجنة الأولمبية الوطنية، والميثاق يتطابق مع:

– اتفاقية ثنائية التي لها مهمة المرفق العام وتقوم بممارستها الاتحاديات من أجل تنفيذ خطة اتحادية لعدة سنوات بهدف تطوير التربية الرياضية.

– دفتر المواصفات القياسية يحدد الشروط والالتزامات الواجب احترامها من طرف الاتحاديات المعنية.

تفويض المرفق العام له مجموعة من الايجابيات تكون في صالح الاتحاديات الرياضية الوطنية، ومثال عن هذه الايجابيات نجد الإعانات المالية التي تتلقاها من الدولة والجماعات المحلية، فهذه الأخيرة هي المسؤولة عن تغطية المصاريف المتعلقة بالعمليات والوسائل المرتبطة بالنشاطات التي تقوم بها الاتحاديات الرياضية الوطنية، وما يقابل هذه الايجابيات أن الاتحادية تكون خاضعة لمجموعة من الالتزامات، وهي بمثابة قيود لها فالاتحادية ملزمة باحترام الأنظمة والأحكام الداخلية المصادق عليها من طرف الوزير المكلف بالرياضة، كما نجد أيضا أن الاتحادية تكون خاضعة لرقابة السلطات العمومية لاسيّما فيما يتعلق باستخدام الأموال التي تقدمها الأشخاص العمومية وبذلك تكون الاتحادية ليست حرة في انفاقها[2] .

هذا ما نصت عليه المادة 35 من المرسوم التنفيذي 05–405[3]:

إن تفويض المرفق العام غير أبدي وغير دائم إنما محدّد بمدة زمنية معينة، بحيث يمنح للاتحادية مدة أربع سنوات قابلة للتجديد، لكن هذه المدة تكون قابلة للسحب وذلك لاعتبارات حددّتها أحكام المادة 44 من نفس المرسوم الحالات التي يمكن فيها سحب مدة التفويض وعلى سبيل الحصر، ونجد مثال عنها ما يلي:

– حالة عدم احترام القوانين والأنظمة الرياضية المعمول بها.

– حالة المساس باستقرار الاتحادية الرياضية.

1– المادة42 من المرسوم التنفيذي رقم05–405، المرجع السابق.

2-ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op . cit, p.11-12.

3– مرسوم تنفيذي رقم 05–405، المرجع السابق.

– حالة عدم احترام بنود الاتفاقية أو دفتر الأعباء.

كنتيجة لسحب التفويض تقوم الدولة والجماعات المحلية بإلغاء الإعانات المالية حتى يقوم مكتب الجمعية العامة للاتحادية بنزع التحفظات التي أدت إلى سحب التفويض[1].

الفرع الثاني: التعاضديات الاجتماعية

هي أشخاص معنوية خاضعة للقانون الخاص، قانون رقم 90-33 يتعلق بالتعاضديات الاجتماعية معدل ومتمم[2]، فتنص المادة 06 منه على أن:" يمكن أن تتكون التعاضدية الاجتماعية من عمال أجراء في المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية والمقاولات العمومية أو الخاصة أو من أشخاص يمارسون نشاطاً لحسابهم الخاص .

كما يمكن أن يكونها:

– أشخاص متعاقدين أو أصحاب معاشات أو ريوع بعنوان الضمان الاجتماعي.

– مجاهدون وأرامل الشهداء الذين لهم معاشات من الدولة وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

– ذو حقوق المتعاضدين المتوفين".

رغم أن هذه التعاضديات ليست هيئات عامة كصناديق التأمين الاجتماعي التي تقوم بمهمة المرفق العام، فالمشرع كلفها بممارسة مهمة المصلحة العامة لصالح مختلف شرائح المواطنين خاصة المتعلقة بالصحة العمومية. في المنظور العملي تقوم هذه التعاضدية بضمان الحماية الاجتماعية تكميلية, فردية و جماعية، وفي هذا المجال تضطلع هذه التعاضديات لضمان توفير ثلاثة أنواع من الخدمات لصالح أعضائها، وهي كالأتي: خدمات فردية، خدمات جماعية، خدمات إضافية، في إطار الخدمات الفردية التعاضدية مكلفة بتحقيق العمليات التالية:

– خدمات ذات طبيعة تكميلية وتعويضات يومية تكميلية في مجال التأمين عن الأمراض.

– خدمات على شكل مساعدات ذات طبيعة مالية أو عينية أو الإعانة أو منح قروض اجتماعية.

1-ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op . cit, p.12-13.

2- القانون رقم 90-33، صادر في 23ديسمبر1990، يتعلق بالتعاضديات الاجتماعية، ج، ر، ج، ج عدد 56، صادر في 26 ديسمبر1990، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-20، صادر في6جويلية1996، ج، ر، ج، ج عدد 4، صادر في7 جويلية1996 .

– دفع عن الدخل المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

في إطار الخدمات الاجتماعية تكلف هذه التعاضديات بتقديم خدمات تكميلية في مجال الصحة، ونشاطات اجتماعية للأعضاء ذوي الحقوق، النشاطات الثقافية ورياضية بالإضافة إلى مجال السكن، كذلك التعاضدية مكلفة بتقديم خدمات ذات طابع إضافي تتعلق خاصة بالاستفادة من السكن والخدمات ذات طابع سياحي، وكذلك من الإعانات في حالة المرض أو الحوادث المهنية أو الوفاة، بالإضافة إلى الإعانات عند التقاعد. أخيرا يمكن للتعاضديات تنفيذ كلّ عمل ذو طابع اجتماعي، له هدف صحي أو اجتماعي أو ثقافي وتسيره لصالح أعضائها[1].

بالنظر إلى المهام التي منحها القانون لهذه التعاضديات، نستنتج أن هذه الأخيرة تتشارك مع هيئات الضمان الاجتماعي بمجموعة من المهام، أي أن لهما مجموعة من المهام المشتركة ولذلك يجب التفرقة بين هذه التعاضديات وهيئات الضمان الاجتماعي، ويظهر الاختلاف في النقاط التالية:

– من حيث الانضمام: يكون الانضمام إلى هيئات الضمان الاجتماعي إلزاميا إذ أن الأفراد ملزمون بالانضمام إليها، أما بالنسبة للانضمام إلى التعاضدية فهو أمر اختياري، فالأفراد لهم الحرية المطلقة في ذلك[2].

– من حيث التسيير: إن أجهزة الضمان الاجتماعي عامة و تسيّر من أجهزة عامة "صناديق الضمان الاجتماعي"، التي نص عليها قانون 88-01[3] يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية إذ تنص المادة 49منه على أن :<< تعد أجهزة الضمان الاجتماعي هيئات عمومية ذات التسيير الخاص تحكمها القوانين المطبقة في المجال، يحدد التنظيم الاداري لأجهزة الضمان الاجتماعي عن طريق التنظيم>>.

1-ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p.14-15.

2-Ibid, p.15-16.

3- قانون رقم 88-01، صادر في 12جانفي1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج،ر،ج،ج عدد04، صادر في 13جانفي1988، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 95-25، صادر في 25سبتمبر1995، يتعلق بتسيير رؤوس أموال الدولة،ج،ر،ج،ج عدد 55، صادر في 27سبتمبر1995.

بعض أحكام القانون 88-01 مازالت حيّز التنفيذ بموجب قانون 95-25 المتعلق بتسيير رؤوس أموال الدولة، فتعتبر هيئات الضمان كمؤسسات عامة تخضع لنظام إزدواجي مثل المؤسسات العامة ذات طابع صناعي وتجاري، أما بالنسبة للتعاضديات الاجتماعية فإنها تخضع لنظام الجمعيات التي تسير عن طريق الجمعية العامة ومجلس الإدارة أين يعتبر الأعضاء منتخبين من بين المنضمين إلى التعاضدية.

إذا كان لهذه التعاضدية مهمة مرفق عام، فإن مركزها القانوني يختلف جوهريا عن المركز القانوني للأشخاص الخاصة التي تخول لها الجماعات المحلية العامة تفويض تسيير مرفق عام من عدة نواحي، منها ما يلي: التفويض يتم عن طريق نص تشريعي رغم أنه يتم عموما بموجب عقد أو اتفاقية.

إن الاطلاع بمهمة المرفق العام بالنسبة للتعاضديات، تطرح إشكالات قانونية بالنظر إلى نظرية المرفق العام، فنعرف أن تفويض تسيير المرفق يخضع لعدة شروط فإن لم يعترف بمهمة مرفق عام من قبل القانون، فلا بد من إحاطة هذا الإشكال بالاستعانة بالمبادئ الكلاسيكية للمرفق العام المتمثلة، فيما يلي:

– وجود سلطة عامة مسؤولة عن تنظيم المرفق العام والقيام بمصلحة عامة.

–خضوع النشاط كليا أو جزئيا لنظام غير مألوف في القانون الخاص في مجال التعاضديات، فبدون شك أنه يقوم بمهمة مصلحة عامة بالنظر إلى وجود سلطة عامة مسؤولة عن تنظيم المرفق، هنا أيضًا نجد هذا المبدأ أي السلطة العامة التي تخول للتعاضديات مهمة تسيير المرفق العام.

أخيرا يبقى معيار الصلاحيات غير مألوف في القانون الخاص غائب، ففي هذا المجال نلاحظ تطور القضاء فمجلس الدولة الفرنسي حول إشكال في قرار صادر عنه حول التسيير واستغلال قاعات السينما في هذه الدعوى يقرر مجلس الدولة أنه:" استقلالاً عن حالات أين المشرع نفسه يمنح صراحةً أو ضمنياً تسيير مرفق عام لشخص خاص حتى في حالة غياب صلاحيات غير مألوفة لدى الأشخاص الخاصة، فإنه لابد أن ينظر إلى هذه الأخيرة لأنها تقوم بمهمة مرفق عام وذلك بالنظر إلى معيار المصلحة العامة التي تقوم بها."

بالنظر إلى الحالة الصعبة التي تتخبط فيها التعاضديات فإن السلطات العامة الجزائرية ترى أنه من الأفضل أن تخضع لها بوصاية الوزير المكلف بالعمل[1].

1- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op.cit, p.17-18.

الفرع الثالث: المنظمات المهنية

إن المنظمات المهنية التي كيّفها المشرع على أنها تنظيمات مهنية وطنية تختلف عن الهيئات النقابية، فهي أشخاص معنوية تخضع للقانون الخاص تقوم بمهمة المرفق العام،"منظمة الأطباء، المهندسين المعماريين، الصيادلة، المحضرين القضائيين، المحامين، المترجمين، الموثقين..."

لكن خلافا عن الاتحاديات الرياضية فإن مهمة المرفق العام التي تتمتع بها هذه المنظمات ليست حتمية فالنصوص التي تنشئ هذه المنظمات لا تشير إلى هذه المهمة صراحةً لكن يمكن إيجاد إرادة المشرع في تنظيم هذه المهن بالنظر إلى معيار المنفعة العامة الذي تقوم به[1].

المادة 02 من القانون 85-05[2] يتعلق بحماية الصحة وترقيتها على ما يلي :<< تساهم حماية الصحة وترقيتها في رفاهية الإنسان الجسمية والمعنوية وتفتحه ضمن المجتمع ومن ثم تشكلان عملاً أساسياً في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلاد.

كما تنص المادة 03 من نفس القانون على: ترمي الأهداف المسيطرة في مجال الصحة إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والإخطار والتحسين من الظروف المعيشية والعمل.

من خلال هاتين الماديين نلاحظ رغبة المشرع في تنظيم مهنة الطب بالنظر إلى معيار المنفعة العامة الذي نستنتجه في مضمون النصين:

أما بالنسبة لقانون أخلاقيات مهنة الطب فإنه ينص على أن أصحاب مهنة الطب هم في خدمة الفرد والصحة العامة، يمارسون مهمتهم باحترام حياة الفرد والدفاع عن الصحة البدنية والعقلية واحترام كرامة الإنسان طبقا لأحكام المواد6-7 من المرسوم التنفيذي 92-276[3]، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

أما بالنسبة لمهنة المحاماة فإنها تسعى حماية والحفاظ على حقوق الدفاع التي يضمنها الدستور

1- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p .20-21.

2- قانون رقم 85-05، مؤرخ في16فيفري1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج، ر، ج، ج عدد08، صادر في 17 فيفري1985، معدل ومتمم بالقانون رقم 90-17، مؤرخ في 31 جويلية1990، ج، ر، ج، ج عدد35، صادر في 15أوت 1990، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-07، مؤرخ في 15جويلية2006، ج،ر،ج،ج عدد47، صادر في 19جويلية2006، معدل و متمم بالقانون رقم 08-13، مؤرخ في 20جويلية2008، ج،ر،ج،ج عدد44، صادر في 3أوت2008.

3- مرسوم تنفيذي رقم92-276، مؤرخ في 6جويلية1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج،ر،ج،ج عدد52، صادر في 8جويلية1992.

وخدمة العدالة، وتطبيق مبدأ سمو القانون، وضمان حقوق الأفراد وحرياتهم طبقا لنص المادة الأولى من القانون رقم 91-04[1] المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، فإن هذه المهن تقوم بمهمة مرفق عام،" الطب و العدالة"، ونظراً لاطلاعها بمهمة النفع العام فإن المشرع أخضع أصحاب هذه المهن لنظام المنظمات المهنية، لتتمتع هذه الأخيرة باختصاصات السلطة العامة بل يمكن لها أن تحلّ محل السلطة العامة للقيام بمهمة المرفق العام، وللقيام بهذه المهمة فإن المنظمات المهنية تتمتع ببعض الاختصاصات تشبه تلك التي تتمتع بها السلطة العامة، وتتمثل في سلطة اتخاذ قرارات ذات طابع فردي، يمكن أن تكون موضوع دعوى إلغاء أمام القاضي الإداري[2].

المطلب الثاني: التفويض الانفرادي عن طريق قرار إداري انفرادي

في هذه الحالة القانون يقضي بإمكانية ممارسة الأشخاص الخاصة مهمة المرفق العام دون أن تحضي بامتياز، بحيث منح النص التشريعي إمكانية منح السلطة العامة مهمة المرفق العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص وذلك عن طريق قرار إداري انفرادي الذي يأخذ شكل ترخيص أو اعتماد.

غالبا، ما تستمر السلطة العامة المتمثلة في الشخص المفوض بالتدخل في المرفق العام محل التفويض، مما أدى بها إلى فتح أنشطة على المنافسة والمبادرة الخاصة مثل:المرافق العامة الاقتصادية المسماة بالمرافق العامة الشبكية، نذكر منها: مرفق الكهرباء والغاز، مرفق البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية، مرفق الصحة والمرافق العامة التربوية[3]، وهذا ما سنحاول معالجته في هذا المطلب.

1- قانون رقم 91-04، مؤرخ في 8جانفي1991، يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، ج،ر،ج،ج عدد02، صادر في 02 جانفي1991.

2- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p.24.

3-Ibid, p .31.

الفرع الأول:المرافق العامة الشبكية

أولا: مرفق الكهرباء و الغاز :

يوضح القانون 02-01[1] المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عن طريق القنوات، بحيث ينص في مادته الأولى أن النشاطات المرتبطة بالإنتاج والنقل والتوزيع وتسويق الكهرباء، مضمونة من طرف أشخاص القانون الخاص والعام، حسب قواعد القانون الجزائري والتجاري، وذلك في إطار المرفق العام.

أما المادة 03 من نفس القانون تنص على أن نشاط توزيع الكهرباء والغاز هو نشاط المرفق العام، ويتمثل هذا الأخير في ضمان تزويد الكهرباء والغاز على كل مستويات الإقليم الوطني في أفضل الأحوال والأمن والجودة والسعر، وذلك مع احترام قواعد التقنية لحماية البيئة، بما أنها نشاطات المرفق العام فإنها لا تخضع مباشرةً لمبدأ حرية الصناعة والتجارة إنما تخضع لنظام غير مألوف فيما يخص الدخول إلى النشاط والقيام به وتنفيذه، إن القانون وضع شروط محددة للدخول في هذا النشاط فيما يتعلق بتوليد الكهرباء فإنه يخضع لنظام الترخيص المسبق من طرف سلطة ضبط القطاع، أما بالنسبة لنشاط التوزيع فإنه يخضع لنظام امتياز يمنح عن طريق مرسوم تنفيذي من اقتراح الوزير المكلف بالطاقة بعد أخذ رأي سلطة ضبط قطاع الكهرباء والغاز[2].

إن ممارسة نشاط التوزيع كنشاط مرفق عام المنظم عن طريق قوانين "رولاند" الذي يتضمن: مبدأ الاستمرارية، المساواة، التكييف وهذا ما نصت عليه المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المتعلق بمنح وسحب الامتياز على توزيع الكهرباء والغاز ودفتر الشروط المتعلق بالحقوق والتزامات صاحب الامتياز، تنص على:" مبادئ العامة لامتياز توزيع الكهرباء والغاز فهي تحدد:...التزام صاحب الامتياز باحترام مبادئ استمرارية وتكيّف المرفق محل التفويض، المساواة في معاملة الزبائن بالإضافة إلى الالتزامات الناتجة عن مهام المرفق العام"[3].

1- قانون رقم 02-01 ، مؤرخ في 05فيفري2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز عن طريق قنوات،ج،ر،ج،ج عدد 08، صادر في 6 فيفري2002.

2- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p.31-32 .

3- مرسوم تنفيذي رقم 08-114، مؤرخ في 09أفريل2008، يحدد طرق منح وسحب امتياز وتوزيع الكهرباء والغاز ودفتر الشروط المتعلق بحقوق والتزامات صاحب الامتياز، ج،ر،ج،ج عدد 20، صادر في 09 أفريل2008.

كما تنص المادة 12 من دفتر الشروط المتعلق بحقوق والتزامات صاحب امتياز توزيع الكهرباء والغاز، على:" صاحب الامتياز يلتزم طوال مدة الالتزام بضمان استمرارية المرفق..."[1].

تمارس الإدارة مجموعة من الرقابات والتي يجب أن يخضع لها صاحب الامتياز وهذا ما يبين أنها تحافظ على تسيير المرفق العام على سبيل المثال صاحب الامتياز تخضع للرقابة على التنفيذ الجيد لمرفق محل التفويض كما أن لجنة تنظيم الكهرباء والغاز والوزير المكلف بالطاقة يمارسون هذه الرقابة[2].

بالإضافة إلى ذلك، فإن المتعاملين في قطاع الكهرباء والغاز يتمتعون بامتيازات السلطة العامة كالاستيلاء على الأراضي من خلال المصادرة العامة أو الاستغلال المؤقت للأراضي وغيرها من امتيازات السلطة العامة[3].

ثانيا: مرفق البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية

كان نشاط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية يوصف دائماً بنشاط المرفق العام ومن حيث طرق تسييره فإنه كان مستغل عن طريق الاستغلال المباشر وكان تحت رقابة الإدارة المركزية(P.T.T) غير أنه بموجب تحول في القطاع وذلك سنة2000 أصدر المشرع القانون 2000-03[4]، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات فإن المشرع تخلى عن الاستغلال المباشر بمنح نشاط البريد لمؤسسة عامة ذات طابع تجاري وصناعي (بريد الجزائر)[5]، أما نشاط الاتصالات منح متعامل عام (اتصالات الجزائر)

1- دفتر الشروط يتعلق بالحقوق والالتزامات صاحب الامتياز ملحق بالمرسوم التنفيذي عدد 08-114، مؤرخ في 9أفريل2008، الذي يحدد منح وسحب امتياز توزيع الكهرباء والغاز ودفتر الشروط المتعلق بحقوق والتزامات صاحب الامتياز،ج ،ر،ج،ج عدد20، صادر في9 أفريل2008.

2- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées , Op .cit, p.34-35 .

3- Ibide, p.38.

4- قانون رقم2000-03، مؤرخ في 05 أوت2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج،ر،ج،ج عدد 48، صادر في 06 أوت 2000.

5- مرسوم تنفيذي رقم02-43، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن إنشاء " بريد الجزائر"،ج،ر،ج،ج عدد 04، صادر في 16 جانفي 2002.

التي كيفت بمؤسسة عامة اقتصادية spa وهذا لا يعني أن النشاطين غير مفتوحين للاستثمار الخاص. ففي ما يخص نشاط البريد فإن تنظيم واستغلال والقيام بخدمات البريد:(الصكوك البريدية، إعداد الطوابع ، الطرود، حوالة الدفع ...)، فإنه يمنح لبريد الجزائر في إطار عقد الامتياز القيام بهذه النشاطات، أما نشاط المراسلات الدولية واستغلاله فإنه يخضع لنظام الترخيص، ويمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يقوم به إذا استجاب للشروط المحددة من سلطة ضبط البريد والاتصالات (DHL) للمراسلات الدولية.

تعتبر الترخيص الشخصي ولا يمكن أن يكون محل تحويل لشخص آخر[1] ويخضع لدفع ثمن سنوي محدد ب20مليون دج[2] .

أما فيما يخص قطاع الاتصالات فإنه يخضع لأنظمة مختلفة فنجد النشاط الذي يخضع لرخصة الاستغلال، النشاط الذي يخضع لنظام الترخيص، النشاط الذي يخضع للتصريح البسيط، وتكون مدة التفويض في نظام النشاط الخاضع للنظام الرخصة لا تتعدي ل15سنة قابلة للتجديد ومثال عن ذلك ذلك:الرخصة الممنوحة للمتعامل الخاصORASCOM TELECOM¨

فيما يخص المرفق العام التي تقع على عاتق الشخص المفوض له فلا بأس بذكر المعايير الثلاثة التي تحكم المرفق العام:(المساواة، التكييف، الاستمرارية) وهذا ما تنص عليه المواد 8-9 من القانون2000-03 المحدد أن الشخص المفوض له يلتزم بوضع لمستعملي المرفق حد أدنى من الخدمة وذلك باحترام مبدأ المساواة، الاستمرارية والتكييف[3].

1- مرسوم تنفيذي رقم 01-418، مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل خدمة من خدمات البريد وكل أدائه،ج،ر،ج،ج عدد 80، صادر في 26 ديسمبر 2001.

2- مرسوم تنفيذي رقم 02-44، مؤرخ في 14جانفي 2002، يحدد مبلغ الإتاوات السنوية المطبقة على المتعاملين أصحاب التراخيص استغلال خدمات البريد، ج،ر،ج،ج عدد 04، صادر في 16 جانفي 2002.

3-ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit des personnes privées, Op .cit, p. 40-41.

الفرع الثاني: مرفق الصحة

سمحت السلطات العامة للأشخاص الخاصة في إطار تفويض المرافق العامة باستحداث مستشفيات خاصة بمرسوم تنفيذي رقم 88-204[1] المحدّد للشروط الخاصة لفتح وسير المستشفيات الخاصة، بعد ذلك قام المشرع بتحرير القطاع وذلك بتعديل القانون المتعلق بترقية الصحة لسنة 2006 أين يسمح لأصحاب المهنة (الأطباء) بإحداث مؤسسات استشفائية وتنص المادة 208من القانون الجديد أن المستشفيات الخاصة هي مؤسسات استشفائية تقام فيها عمليات الطب العام، الجراحة، نشاطات البحث. وتقوم بتسييرها شركات ذات شخص وحيد ومسؤولية محدودة(EURL) أو مرسوم التعاضديات الاجتماعية أو الجمعيات .

مرسوم تنفيذي رقم07-321[2] يتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات الاستشفائية الخاصة، وتخضع هذه الأخيرة لازدواجية إجراء الترخيص الإداري المسبق.

- ترخيص الوزير المكلف بالصحة الذي يخص إحداث مؤسسة استشفائية .
- ترخيص مديرية الصحة على مستوى الولاية، (قرار مطابقة) ونظراً لقيام هذه المؤسسات لمهمة مرفق عام فإنها تخضع لعدة شروط واعتبارات.
- تخضع كغيرها من المستشفيات العامة لمعيار الاستمرارية في الخدمة، وهو معيار يخص المرفق العام المادة 05 من المرسوم التنفيذي 07-321[3]، ويجب عليها أن تعلم الإدارة المركزية على كل تغيير يطرأ على مستوى إدارة المؤسسة الإستشفائية، كما تخضع لرقابة الإدارة المركزية مع إلزامها بإعداد تقرير عن نشاطاتها كل ثلاث أشهر وتقرير سنوي يودع لدى المديرية الولائية للصحة وتخضع لرقابة الوزارة حول جودة النشاطات المقدمة ومدى احترامها لمقاييس المهنة والقواعد التي تنظم مهنة الطب[4].

1- مرسوم تنفيذي رقم 88-204، مؤرخ في 19 أكتوبر 1988، يحدد الشروط الخاصة لفتح وتسير مستشفيات الخاصة، ج،ر،ج،ج عدد 75، صادر في 18اكتوبر1997.

2- مرسوم تنفيذي رقم07-321، مؤرخ في أكتوبر 2007، يتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات الاستشفائية الخاصة، ج،ر،ج،ج عدد 67، صادر في 24 أكتوبر2007.

3- مرسوم تنفيذي رقم 07-321، المرجع السابق.

4-ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit des personnes privées, Op .cit, p.45.

الفرع الثالث: المرافق العامة التربوية

إن قطاع التربية كان دائماً ممثلاً للمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري ولكن انطلاقاً من سنة 1991 السلطات العامة سمحت بإحداث مؤسسات التعليم لأشخاص خاصة المرسوم التنفيذي01-419[1]، الذي يحدد استحداث، فتح ومراقبة المؤسسات الخاصة للتعليم المهني والقانون 08-07[2] يتعلق بالقانون التوجيهي للتعليم المهني فإن هذا الخير أيضاً يسمح للأشخاص الخاصة باستحداث مؤسسات التعليم المهني التي تطلع على لمهمة المرفق العام وبالتالي فإن التسيير المفوض لقطاع التعليم المهني أصبح يخص ابتداءً من سنة 2003 قطاع التربية الوطنية وقطاع التعليم العالي، قانون رقم 08-04[3] يتعلق بالقانون التوجيهي للتربية الوطنية، الدولة تتحمل مسؤولية المرفق العام على هذا النحو ويجب عليها أولاً تحرير مهام المرفق العام التي تشكل عبئ عليها في حالة المؤسسات الخاصة للتكوين المهني، تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 01-419[4]على أنه: << تشارك المؤسسات الخاصة للتكوين المهني في تطبيق السياسة الوطنية للتكوين المهني الأولى والمتواصل وترقيته، وتقديم بهذه الصفة تكوينا يهدف إلى ضمان تأهيل مهني قصد شغل وظيفة مدفوعة الأجر أو حرة، تحسين تأهيل مهني أثناء الشغل>>.

أما المؤسسات الخاصة للتكوين العالي، يجب أن تستجيب إلى احتياجات المجتمع في مجالات التعليم العالي والبحث العلمي لهذا الغرض يجب المساهمة في إطار ممارسة مهام المرفق العام في تطوير البحث ونشر المعرفة ورفع المستوى العلمي والثقافي والمهني للمواطنين[5].

1- مرسوم تنفيذي رقم 01-419، مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يحدد شروط إحداث المؤسسات الخاصة للتكوين المهني وفتحها ومراقبتها،ج،ر،ج،ج عدد 80، صادر في 26 ديسمبر 2001.

2- قانون رقم 08-07، مؤرخ في23 فيفري 2008، يتعلق بالقانون التوجيهي للتكوين والتعليم المهني،ج،ر،ج،ج عدد11، صادر في 2مارس 2008.

3- قانون رقم 08-04، مؤرخ في 23 جانفي 2008، يتعلق بالقانون التوجيهي للتربية الوطنية،ج،ر،ج،ج عدد 04، صادر في 27 جانفي2008.

4- مرسوم تنفيذي01-419، المرجع السابق.

5-ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit des personnes privées, Op .cit, p.48.

فتنص المادة 3 من قانون رقم 99-05[1]، يتعلق بالقانون التوجيهي للتعليم العالي على ما يلي:<<...التطور التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعلمية والتكنولوجية للبلاد >>، كما يجب على الدولة أيضاً تحديد القواعد العامة لتنظيم المرفق العام والتي تبين مسؤوليتها. وعلى هذا النحو المشرع كالسلطة التنفيذية حدد شروط لفتح المؤسسات الخاصة التي تفوض لها الدولة إدارة المرفق العام، بالإضافة إلى تحديد القواعد التي تنظمها، إن فتح مؤسسات خاصة تخضع سواءً إلى نظام الاعتماد أو الترخيص الإداري المسبق وعلى سبيل المثال فإن الاعتماد يمنح من طرف الوالي للمؤسسات الخاصة بالتكوين المهني، وهذا باقتراح من اللجنة الولائية للاعتماد[2].

أما فيما يتعلق بالرخصة فتمنح من طرف الوزير المكلف بالتربية الوطنية للمؤسسات الخاصة للتربية والتعليم باقتراح من اللجنة الولائية، أو من طرف الوزير المكلف بالتعليم العالي بالنسبة للمؤسسات الخاصة.

أخيراً نجد المؤسسات الخاصة تخضع لنظام غير مألوف في مادة الرقابة، وعلى سبيل المثال: نجد المؤسسات الخاصة بالتكوين المهني تخضع للرقابة التقنية والبيداغوجية للوزير المكلف بالقطاع وهذا طبقاً لنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 01-419 السالف الذكر.

1- قانون رقم 99-05، مؤرخ في 04 أفريل 1999، يتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي،ج،ر،ج،ج عدد24، صادر في 07 أفريل 1999، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-06، مؤرخ في 23 فيفري 2008،ج،ر،ج،ج عدد 10، صادر في 27 فيفري 2008.

2- مرسوم تنفيذي رقم 01-419، المرجع السابق.

المبحث الثاني

التفويض الاتفاقي لتسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة

أما عن التقنية الثانية المتمثلة في التفويض الاتفاقي الذي يأخذ شكل العقد، ويقصد به تنازل شخص من القانون العام لشخص آخر من القانون الخاص، عن سلطة تسيير المرفق العام.

لم يعرف أسلوب تفويض تسيير المرافق العامة في الجزائر إلاّ خلال فترة ما بعد الإصلاحات الاقتصادية دون وجود أي نص قانوني يؤطر عقد التفويض كما هو الشأن في فرنسا [1].

التفويض الاتفاقي أسلوب جديد لتسيير المرافق العمومية، وذلك عن طريق اتفاق مبرم بين هيئة عمومية وشخص آخر من الخواص هدفه تقديم خدمات عمومية قصد تحقيق المنفعة العامة.

بالرغم من انعدام نص قانوني يؤطر عقد تفويض تسيير المرافق العامة في الجزائر، إلا أن هذا لا يمنعنا من البحث عن الطرق القانونية للتفويض الاتفاقي (المطلب أول)، وكذا عن نظامه القانوني(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطرق القانونية للتفويض إلاتفاقي

إن لتقنية التفويض الإتفاقي صوراً متعدد، فكل عقد تتوفر فيه الأسس التي يقوم عليها التقويض هو عقد تفويض مرفق عام، ويوجد مجموعة من العقود المتفق على اعتبارها من عقود تفويض المرفق العام كعقد الامتياز،(الفرع الأول)، عقد الإيجار(الفرع الثاني)، عقد التسيير(الفرع الثالث)، عقد مشاطرة الاستغلال (الفرع الرابع).

الفرع الأول: عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية المسماة لصلته الوثيقة بتسيير المرفق العمومي، لأن الأصل أن الإدارة هي المكلفة بإدارته وليس الأشخاص الأخيرين، وبهدف تسليط الضوء على عقد الامتياز يقتضي منا الأمر بداية التطرق إلي تعريفه تشريعياً وقضائياً وفقهياً، ومعرفة جملة الخصائص المميزة له.

1- تعتبر فرنسا أول دولة اعتمدت أسلوب التفويض الاتفاقي، لكن لم يتم وضع نظام قانوني لضبط هذا المفهوم إلا في سنة1992، بموجب قانون رقم92-125 يتعلق بالإدارة المحلية.وقانون رقم93-122 يتعلق بمكافحة الفساد والشفافية والحياة الاقتصادية الإجراءات العامة.

أولا: تعريف عقد الامتياز: يعتبر الامتياز أسلوباً من أساليب تسيير المرفق العام، هو توكيل المهمة الاصلية للشخص العام(تسيير المرفق) الى شخص أخر لتأمين تسيير هذا المرفق العام، فهو طريقة للتسيير تتماشى مع النهج الجديد الذي اتخذته الجزائر في 1989 [1].

سوف نتناول أولا التعريف التشريعي ثم التعريف القضائي ثم التعريف الفقهي:

1- التعريف التشريعي: عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية منها:

أ-قانون المياه لسنة1983: عرفت المادة21 منه عقد الامتياز كما يلي:<< يقصد بامتياز في مفهوم هذا القانون: -عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصاً 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].

ب- قانون المياه 2005: المادة101 منه تطرقت لمنح امتياز الخدمات العمومية للمياه دون تعريف عقد الامتياز ولكن بالرجوع إلى المادة 76 من نفس القانون المتضمنة النظام القانوني لامتياز استعمال الموارد المائية نجدها عرفت عقد الامتياز كما يلي:<< يسلّم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعة للمياه، الذي يعتبر عقد من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون ...>>[3].

ج- قانون الأملاك الوطنية المعدل المتمم: المادة 64 مكرّر منه عرفت عقد الامتياز في الفقرة الأولى منها كما يلي:<< يشكل منح امتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية، المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز، بمنح لشخص معنوي أو طبيعي يسمّى صاحب استغلال ملحق الملك العمومي لطبيعة أو تمويل أو بناء أو استغلال منشاة الامتياز>>.

1- قانون رقم83-17، مؤرخ في 16 جويلية1983، يتعلق بالمياه، ج، ر،ج،ج عدد 30، صادر في 19 جويلية1983 ، معدل ومتمم.

2- قانون رقم05-12، يتعلق بالمياه، المرجع السابق.

3- بن شعلال الحميد، "عقد الامتياز كأحد أساليب تدخل القطاع الخاص في تسيير المرفق العام"، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد02، 2012، ص.207.

كما تضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة 64 مكرّر من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم :<< في حالة استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية، يحصل صاحب الامتياز من أجل تغطية الاستثمار والتسيير وكسب أجرته على إتاوات يدفعها مستعملو المنشأة وفق تعريفات أو أسعار قصوى يجب أن تبين في ملحق دفتر شروط منح الامتياز>>[1].

د- قانون رقم 11-10 بتعلق بالبلدية والقانون 12-07 يتعلق بالولاية:

بالرجوع إلي قانون البلدية تنص المادة155 منه علي أنه:<< يمكن للمصالح العمومية البلدية الذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول ويخضع الامتياز لدفتر الشروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم>> [2].

وبالرجوع أيضا إلى قانون الولاية نجد المادة 149 تنص على ما يلي :<<إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا لتنظيم المعمول به>>[3].

لكن جاءت التعليمية رقم94 .03-842 صادرة عن وزير الداخلية للجماعات المحلية تتعلق امتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها لتضع نظام قانوني للامتياز وتجعل منه الأسلوب الأكثر ملائمة والمفضل لتسيير المرافق العامة المحلية[4]. من خلال النصوص القانونية والتنظيمية السالفة الذكر يتضح لنا مدى اتجاه المشرع الجزائري نحو اعتبار عقد الامتياز من العقود الإدارية يبرم بين الدارة كمانحة للامتياز من جهة، وبين أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص كصاحب امتياز من جهة أخرى، لتسيير واستغلال مرفق عمومي مقابل إتاوات يتقاضاه من المنتفعين .

1- قانون رقم90- 30، مؤرخ في ديسمبر1990،يتعلق بأملاك الوطنية،ج، ر،ج،ج عدد 52، صادر في 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم بموجب قانون رقم08-14، مؤرخ في 20جويلية2008،ج،ر،ج،ج عدد 44، صادر في 3 أوت2008.

2- قانون رقم11-10، مؤرخ في 22 جوان2011، يتعلق بالبلدية،ج،ر،ج،ج عدد37، صادر في 3 جويلية2011.

3- قانون رقم12-07، مؤرخ في21 فيفري2012، يتعلق بالولاية،ج،ر،ج،ج عدد12، صادر في29 فيفري2012 .

4- تعليمية رقم94. 03\842، مؤرخ في 7ديسمبر 1994، تتعلق بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها، صادرة عن الوزارة الداخلية والجماعات المحلية.

2-التعريف الفقهي:

لقد اجمع فقهاء القانون الإداري أن عقد امتياز المرافق العمومية هو أشهر العقود الإدارية المسّماة ولعله من أهمها على الإطلاق في الدول الليبرالية ونسرد هنا بعض التعريفات لبعض الفقهاء:

-يعرف الدكتور محمد سليمان الطمّاوي :

"عقد الامتياز هو عقد إداري يتولي الملتزم- فرداً كان أو شركة- بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي, واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لتسيير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز" [1].

- تعريف الأستاذ محيو:

" الامتياز هو اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام ورغم أنه عبارة عن صك تعاقدي فإن دارسته ترتبط أيضا بالنظرية العامة للمرفق العام لان هدفه تسيير مرفق عام، إنّ دراسته تدخل ضمن نطاق العقود ودارسة المرافق العامة وباعتباره أسلوباً للتسيير يكمن الامتياز بتولي شخص يسمى صاحب الامتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق [2].

ثانيا: خصائص عقد الامتياز

من خلال التعاريف السابقة الذكر لعقد الامتياز يتبين لنا أنه يتميز بجملة من الخصائص والمميزات والتي نوجزها فيما يلي:

1- يعتبر الامتياز عقداً إدارياً يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، بل لعل أهم العقود الإدارية وعلى الأخص في الدول التي تأخذ بهذا الأسلوب لإدارة مرافقها المهمة [3].

2-هو عقد يتم بين سلطة إدارية مركزية أو لامركزية (محلية أو مرفقية) كمانع للامتياز وبين احد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص (صاحب الامتياز) لإدارة وتسيير مرفق عمومي، وتتمتع الإدارة هنا

1- محمد سليمان الطمّاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين الشمس، طبعة الخامسة، 1991، ص. 106.

2- محيو أحمد، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، طبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1985، ص.144.

3-خطار شنطاوي علي، المرجع السابق، ص.272.

بسلطات استثنائية خولها القانون حتى ولو لم يتضمنها لعقد قصد الحفاظ على المصلحة العامة دون مراعاة برضا الطرف الأخر، رغم أن هناك من الفقه الكلاسيكي من انتقد هذه السلطات الاستثنائية المسّلم بها للإدارة لأنها تعتبر طرف في العقد، وبالتالي يجب احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لكن سرعان ما تراجعوا عن هذا الرأي، أن عقد الامتياز ليس مثل عقود القانون الخاص وإنما يعتبر عقد إداري مركب يتضمن شروط لائحية وأخرى تعاقدية.

3- إن المشروع محل الامتياز يبقى محتفظا بصفته مرفقًا عاماً، رغم أن تسييره قد تم من طرف أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، ولكن تحت الرقابة الدائمة للإدارة مانحة الامتياز.

4- يتحمل صاحب الامتياز نفقات ومخاطر استغلال المرفق العمومي وتحت مسؤولية الكاملة لكن هذا لا يمنع تدخل الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد عند إخلاله، حفاظاً على استمرارية المرفق العام.

5- الملتزم يتقاضي أتعابه مقابل تسييره للمرفق العام من المنتفعين به، كما يمكن أن تتحمل الإدارة مانحة الامتياز دفع كل المقابل أو جزء منه لصاحب الامتياز كما في حالة المرافق العامة المجانية [1].

الفرع الثاني: عقد الإيجار

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف عقد الإيجار أولا وثانيا إلى خصائصه وثالثًا إلى تمييزه عن عقد الامتياز.

أولا: تعريف عقد الإيجار

1- التعريف التشريعي:

جاءت التعليمة رقم94. 03\842 الصادرة عن الوزارة الداخلية والجماعات المحلية، المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية قدمت تعريف لعقد الإيجار كالأتي: "هي تلك الاتفاقية التي من خلالها يخول شخص عام تسيير مرفق عام لشخص آخر والذي يضمن استغلاله تحت مسؤوليته، وفي المقابل يدفع المستأجر للمؤجر مقابل الإيجار".

وما يمكن قوله عن هذه التعليمة أنها لم تكتفي بتفسير النصوص القانونية وإنما جاءت بأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة المحلية وأسلوب الإيجار، وبالتالي نتساءل عن القيمة القانونية لهذه التعليمة ؟

1- زيتوني بارة، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،2006-2009, ص ص.16-17.

التعليمة هي عبارة عن أوامر تصدر من الرئيس إلى المرؤوسين وتهدف إما إلى تبليغ الرئيس لمرؤوسين كيفية تسيير المصالح العمومية، وإما تفسير وتوضيح القوانين والتنظيمات، فالتعليمية مبدئياً هي عمل إداري داخلي يوجه أصلاً إلى أعوان المصالح وهم ملزمون باحترامه وتطبيقه، باعتبار أن هذه التعليمية لم تكتف فقط بتفسير النصوص وإنما جاءت بأحكام جديدة وغير موجودة في النص الأصلي موضوع التفسير، وبالتالي فقد تم تصنيفها ضمن القرارات التنظيمية القابلة للإلغاء [1].

2- التعريف الفقهي:

يعرف البعض عقد الإيجار بأنه :" ذلك العقد الذي بقوم بمقتضاه شخص معنوي عام يسمى "المؤجر" بتفويض شخص آخر يسمى "المستأجر"بتسيير مرفق عام على أنه يقدم له التجهيزات الضرورية، ويتلقى المستأجر مقابل مالي من المؤجر ويكون المقابل المالي مرتبط بالإتاوات التي يدفعها المنتفعين من المرفق".

يعرف كذالك بأنه :" الاتفاق الذي يكلف بموجبه شخص عمومي (مؤجر) شخص آخر يسمى مستأجر استغلال مرفق عمومي لمدة مع تقديم له المنشأة والأجهزة لتسيير واستغلال المرفق مستخدماً عماله وأمواله، وفي المقابل يتقاضي المستأجر مقابل مالي محددّ في العقد، يدفعه المنتفعين من المرفق في شكل إتاوات وذلك شرطاً أن يدفع المستأجر مساهمة مالية للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف المنشآت والأجهزة الأصلية "[2].

ثانيا: خصائص عقد الإيجار:

هناك بعض العناصر تميز عقد الإيجار وتسمح لنا بالتفرقة بينه وبين العقود الأخرى التي تشبهه:

1- مدة العقد:

غالبا ما يكون عقد الإيجار متوسط المدى (من 07 إلى 12سنة)[3]، ولا يحق للمستأجر إن ينشئ هياكل أساسية وتجهيزات للمرفق، فهو يقوم فقط باستغلالها ويمكن له لقيام ببعض أعمال الصيانة والهدف

1- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري ، المرجع السابق، ص ص.254-255.

2- بن بركان أسماء وحرفوش زهراء، المرجع السابق، ص.21.

3-حددت التعليمة رقم94. 03\842، تتعلق بامتياز المرافق العامة وتأجيرها مدة عقد الإيجار بمدة أقصاها 12سنة.

من قصر مدة العقد هو إمكانية المؤجر من تجديد عقد لإيجار مع متعاملين آخرين، لكن هذا ما يمنع من أن نجد عقود إيجار طويلة المدى لماّ يتطلب استغلال المرفق ذلك.

2-مصاريف المنشآت وأعمال الصيانة:

تقع مصاريف المنشأة على عاتق المؤجر، بحيث أن المستأجر لا يقوم إنشائها ولا تمويلها وإنما يقوم فقط بالاستغلال، أما عن تكاليف الصيانة فهي تقع على عاتق المستأجر بحيث يقوم بالصيانة اللازمة وذلك لحسن سير المرفق العام وتسهيل استغلاله.

3- مسؤولية المستأجر:

تقع على عاتق المستأجر المسؤولية كافة المخاطر التي يمكن حدوثها عند استغلاله للمرفق العام مقابل ذلك يتحصل على إتاوات يدفعها المنتفعين من المرفق.

4-أجرة المستأجر:

يتلقى المستأجر مقابل مالي من مجموع الإتاوات التي يدفعها المترفقين أو المستفيدين من خدمات المرفق العام، على أن يكون مسؤولاً عن استغلال المرفق وأن يتحمل كافة المخاطر المتوقع حدوثها، ولا يحتفظ لنفسه بكافة الإتاوات وإنما يدفع للمؤجر مقابل مالي ناشئ عن الاستغلال، وهذا مقابل عبارة عن رسوم مخصصة لتغطية نفقات الإدارة أو الهيئة المؤجرة.

ثالثا: تمييز عقد الإيجار عن عقد الامتياز

مما سبق نستنتج أن كل من عقد إيجار المرفق العمومي وعقد الامتياز يتفقان من ناحية التسيير وتحصيل المقابل المالي، لكنهما يختلفان في:

أن المستأجر يلتزم بدفع مقابل مالي للإدارة من استرجاع مصاريف المنشآت والتجهيزات الأصلية وهذه هي أهم خاصية يتمتع بها هذا الأسلوب، بينما في أسلوب الامتياز يحتفظ صاحبه بحصيلة ما يتقاضاه لنفسه. فالفرق القائم بين عقد الإيجار وعقد الامتياز، هو كون المستأجر يقوم باستغلال المرفق وتسييره فقط فهو غير مسؤول عن إنشاء الهياكل الأساسية وتجهيز المرفق، إذ نكون أمام عقد الايجار عندما تكون منشآت المرفق موجود قبل العقد ويتولي المستأجر بعض أعمال الصيانة فقط، في حين أنه عقد الامتياز، يقوم صاحب الامتياز بإنشاء المرفق ويستغله [1].

1- بن بركان أسماء وحرفوش زهرة، المرجع السابق، ص ص. 23-24.

الفرع الثالث: عقد التسيير

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف عقد التسيير (أولا) و(ثانيا) إلى خصائصه.

أولا: تعريف عقد التسيير:

أ- التعريف التشريعي:

نظم المشرع الجزائري عقد التسيير بموجب القانون رقم89-01[1]، وذلك ضمن الباب التاسع الذي يحمل عنوان " العقود الواردة على العمل"، وجاء تعريف في المادة الأولى كما يلي : "عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيراً إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييره ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع".

لم يتم تقنين عقد التسيير في التشريعات المقارنة حتى في الدولة التي ظهر فيها وهي الو.م.أ ويعدّ أيضا عقد غير مسمّى في الدول الأوروبية التي انتشر فيها، خاصة في فرنسا وانجلترا وتونس والمغرب إضافة إلى عدم نص قوانينها على خوصصة التسيير، فلا نجد أيضا نصوص متعلقة بعقد التسيير.

إن غياب تقنين خاص بعقد التسيير لا يعني عدم وجود نظام قانوني يخضع له المتعاقدون، فذلك يدفع إلى الرجوع إلى القواعد العامة، وإذا كان عقد التسيير يهتم بالنشاطات الاقتصادية، فإنه لابد من الرجوع إلى الأحكام المنظمة للمعاملات الاقتصادية والتي تحكم مختلف عقود الأعمال ويتمثل في قانون الأعمال الذي يقوم على الحرية العقدية، فعدم تقنين عقد التسيير في مختلف الدول يعني تكريس حرية المتعاملون الاقتصاديون في اختيار القواعد التي تحكم العقد والتي تتلائم وطبيعته مع مراعاة قواعد النظام العام التي تحمي المعاملات الاقتصادية[2].

1- قانون رقم89-01، مؤرخ في 7 فيفري1989، متمم بالأمر 75\58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج، ر،ج،ج عدد 6، صادر في 8 فيفري 1989.

2- أيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص ص. 5-6.

.

ب- التعريف الفقهي:

إن الدراسة الفقهية المتعلقة بعقد التسيير جد قليلة، ويعود السبب إلى حداثة العقد والدراسات المتحصلة عليها، فنجد من أهمها تلك التي قام بها الفقيه الفرنسي Philipe MERLE الذي تمحورت دراسته لعقد التسيير في سنة1975، في الشركات الأمريكية المتخصصة في مجال تنظيم واستغلال الفنادق المملوكة لها، ووفق ذلك يمكن تعريف عقد التسيير بأنه "هو ذلك العقد الذي يبرم بين الشركة الفرنسية (شركة مساهمة) ومجموعة أجنبية متخصصة في تنظيم واستغلال الفنادق عبر العالم ويكون الهدف هو استغلال الفندق وتعتبر المجموعة الأجنبية مدير مسير عام أو استغلال المؤسسة عضواً في المؤسسة الأجنبية [1].

ثانيا: خصائص عقد التسيير

من خلال التعريفات السابقة تستنتج الخصائص التالية لعقد التسيير:

-المسير يسير المرفق لحساب الجماعة العمومية يضمن السير وتقديم الخدمات.

-عقد التسيير من عقود التفويض بالنظر إلى هدفه المتمثل في التسيير وتقديم الخدمات.

-هو عقد تتحمل الهيئة العمومية من خلاله مخاطر التسيير المالية والتقنية والمسيّر عبارة عن شخص بسيط لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق.

-المقابل المالي غير مرتبط بنتائج الاستغلال وكيفية التسيير بل هو مقابل مالي جزافي محدد مسبقاً في العقد[2].

1- آيت منصور كمال، المرجع السابق، ص.7.

2- بن بركان أسماء وحرفوش زهراء، المرجع السابق، ص.26.

الفرع الرابع: عقد مشاطرة الاستغلال

أولا: تعريف عقد مشاطرة الاستغلال

هو طريقة أخرى من طرق إدارة المرافق العامة من قبل هيئة خاصة تعهد الإدارة فيها بموجب عقد إلى فرد أو شركة بالسهر على مرفق عام وإدارته ولكن لا لحساب هذا الفرع أو شركة، وإنما لحسابها هي أي لحساب الإدارة نفسها وعلى مسؤوليتها ونفقاتها، فالإدارة العامة هي التي تتحمل مخاطر المشروع، أما الهيئة الخاصة المديرة للمرفق فإنها تتقاضى وفق لأحكام العقد مبلغاً ثابتاً من المال سنويا لقاء قيامها بهذا العمل سواءً كان المرفق ناجحاً في نشاطه أم فاشلاً، رابحاً أم خاسراً فهي تتقاضى المبلغ المتفق عليه، كما تتقاضى في الغالب أيضا مبلغاً آخر متحركاً كجائزة يختلف مقدارها في حالة نجاح المرفق وتحقيقه بأرباح أو موارد أو أعمال معينة ومهما اختلفت الصّيغ المستعملة في عقود الإدارة أو الاستغلال غير المباشر فإنها تتفق كلها بأن الجهة القائمة على إدارة المرفق (الهيئة الخاصة: الفرد أو شركة) لا تتحمل شيئاً من نتائج نشاط المرفق من الربح أو الخسارة، وكل ما تتعرض له هو عدم حصولها على المكافأة أو الجائزة في حالة تحقيق المرفق لأرباح أو أعمال معينة[1].

ثانيا: خصائص عقد مشاطرة الاستغلال

1-الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة.

2- الهيئة العمومية مكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات الضرورية لسير المرفق العام.

3- استقلالية محدودية للمسير وبمقابل صلاحيات واسعة للإدارة.

4- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بالاستغلال بنسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى العلاوات الإنتاجية وبذلك فهو مرتبط بأرباح وخسائر تسيير المرفق العام، وفي بعض الحالات وكضمان للمسير فإن هناك حد أدنى مضمون يحدد جزافيا في العقد.

5-مخاطر الاستغلال تتحملها الهيئة العمومية والجزاء الأخر يتحملها المسير، لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال .

6- إمكانية إضافة علاوات مرتبطة بالتسيير الفعال وبالمردودية الإنتاجية[2].

1- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2000 ، ص.210.

2- ضريفي نادية، المرجع السابق ، ص ص.157-158.

المطلب الثاني: النظام القانوني للتفويض الإتفاقي

تستجيب اتفاقية تفويض المرافق العامة لمجموعة من القواعد التي تستمد خصوصيتها من طابع المرفق العام المستغل والمسير من طرف أحد الخواص، وتظهر القواعد الخاصة المطبقة على اتفاقية التفويض في العلاقة التعاقدية القائمة بين الإدارة أو السلطة العمومية وأحد الأشخاص من القانون العام أو الخاص، وفي تنفيذ عقد التفويض ألاتفاقي وأخيرا في نهاية العلاقة التعاقدية.

الفرع الأول: إبرام العقد

يعرف التفويض الاتفاقي، بأنه ذلك العقد أو الاتفاق المبرم بين أحد أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص.

باعتباره أسلوب جديد لتسيير المرافق العامة، فإنه يختلف عن العقود المعروفة سابقاً (الصفقات العمومية مثلاً) ويكمن الاختلاف في الجهة المختصة بالتفويض (أولا)، وفي إجراءات التفويض (ثانيا).

أولا: السلطة المختصة بالتفويض الاتفاقي

ليس هناك نص محدّد ينظم كيفية منح تفويض المرافق العامة عن طريق أحد أساليبه، وتحدد هذه الإجراءات بموجب التنظيم الذي تخضع له كل مرفق، فطبقاً لقانوني البلدية والولاية فإن بإمكان الجماعات المحلية أن تعهد تسير مرافقها العامة إلى متعاملين خواص سواءً كانوا أفراد أو شركات[1].

عندما تكون اتفاقية مبرمة باسم الدولة فإن السلطة المختصة مبدئيا بالإبرام تكون الوزارة المسؤولة عن القطاع فعلى سبيل المثال: في مجال النقل البحري فإن اتفاقية الامتياز تكون مبرمة من طرف الوزير المكلف بالنقل البحري وصاحب الامتياز وكذلك هو الأمر في مجال الطيران أين الدولة ممثلة بالوزير المكلف بالطيران المدني، فبمجرد امتياز مرافق النقل الجوي للأشخاص والسلع يجب أولا أن تكون مصادق عليها من طرف مجلس الحكومة.

1-ZOUAIMIA Rachid, la délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées, Op. Cit , p.13.

في إطار امتياز الطرق السريعة تكون اتفاقية التفويض مبرمة بين الوزارة المكلفة بالطرق السريعة وصاحب الامتياز ويجب أن تكون مصادق عليها من طرف مجلس الحكومة بمرسوم[1].

أما في مجال التطهير والتزويد بالماء الشروب، فالنشاطات المتعلقة بها تمثل نشاطات المرفق العام وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وله علاقة مباشرة وعضوية بالإدارة، ويخضع لنضام قانوني خاص هو القانون العام، أما بالنسبة للإعتراف القانوني تنص المادة 100 من القانون المتعلق بالمياه على: " يشكل تزويد بالمياه الشروب والصناعي والتطهير خدمات عمومية "[2].

وكما تنص الفقرة 2 من المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المتضمن إنشاء الجزائرية المياه على: " وتكلف المؤسسة بهذه الصفة عن طريق التفويض..."[3]، كما تنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 01-102 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير:" يضمن الديوان تسيير امتياز الخدمة العمومية للتطهير..." [4].

ففي هذا المجال فإن المدير المؤسسة له سلطة إبرام الاتفاقية وذلك بعد موافقة مجلس التوجيه والرقابة فيما يخص الجزائرية للمياه.

ثانيا: إجراءات التفويض الاتفاقي

تلتزم الهيئة المفوضة باحترام جملة من الإجراءات التي تضمن من خلالها الشفافية المساواة بين المتنافسين وذلك بهدف اختيار المفوض له وتتمثل هذه الإجراءات في الإعلان المسبق، الدعوة للمنافسة، احترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأمثل.

1-ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privée , Op.cit, p.77-78 .

2- قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه ، المرجع السابق.

3- مرسوم تنفيذي رقم 01-101، مؤرخ في 21 افريل 2001 ، يتضمن إنشاء الجزائريين المياه ،ج، ر، ج ،ج، عدد24، صادر في 22 أفريل 2001 .

4- مرسوم تنفيذي رقم 01-102، مؤرخ في 21 افريل 2001، يتضمن إنشاء ديوان الوطني لتطهير، ج، ر،ج،ج عدد 24، صادر في 22 أفريل 2001 .

1-الإعلان المسبق:

يعتبر الإعلان إجراء ضروري لتكريس مبدأ الشفافية ولضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية نضعها الإدارة بصفة مسبقة[1].

نجد أن الهيئة المفوضة ملزمة بالإشهار وذلك عن طريق نشر إعلان مسبق تكون مدته شهر واحد على الأقل فكل من يرغب في الترشح فهو حرّ في ذلك فلا يمكن للهيئة المفوضة أن تمنع أيا كان للمترشح كما يجب للإعلان أن يضمن مدة عضو التفويض تحت طائلة البطلان.

فالمشرع الجزائري كرّس هذا الإجراء في مجال تفويض تسير الخدمات العمومية للمياه والتطهير وذلك في نص 105 من قانون رقم 05-12:" يتم تفويض الخدمات العمومية عن طريق عرضها المنافسة..."

عندما تعلن الإدارة عن رغبها في تفويض تسير مرفق معين يجب أن يتضمن إعلانها مجموعة من البيانات ذكرتها المادة السالفة الذكر وهي: محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، شروط تنفذها مسؤوليته التي يتحملها المفوض له، كيفية دفع الأجر وتسعير الخدمة المدفوعة من المستعملين ومعايير نوعية الخدمة، ونشر أن هذه البيانات لم يرد ذكرها على سبيل الحصر بدليل أن المشرع استعمل عبارة << لاسّيما >> في المادة 105 السابقة الذكر.

كذلك أشارت التعليمة رقم94. 842/03 تتعلق بامتياز المرافق العامة وتأجير إلى ارتفاع كل من أجراء الإشهار والمفاوضة واحترام الجماعات المحلية لهذه القواعد عند إبرام كل من عقد الامتياز وعقد التأجير[2].

2- الدعوة للمنافسة:

تقوم عقود تفويض تسير المرافق العامة على فكرة أساسية هي حرية الهيئة المفوضة في اختيار المفوض له لكن يشترط احترام مبدأ المنافسة وذلك لضمان وضوح وشفافية إجراءات التفويض.

1- مخلوف باهية، تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام، ملتقى حول " التسيير المفوض للمرافق العامة للقطاع الخاص "، جامعة بجاية، الجزائر، 2011، ص.4.

2- بن بركان أسماء وحرفوش زهراء، المرجع السابق، ص.37.

من الالتزامات التي تقع على عاتق الهيئة المفوضة واحترام قواعد المنافسة الحرة في اختيارها للمفوض له بحيث استوجب المشرع الجزائري في تفويض تسير خدمات المياه عرض الأمر على المنافسة ومنح الامتياز للمتعاملين الإقتصادين الذين يملكون مؤهلات مهنية ويقدمون ضمانات مالية كافية[1]، ويضيف المشرع أن هذا النوع من العقود يبرم بالإحالة إلي دفتر الشروط والقيام بدعوة للمنافسة قصد ضمان المساواة بين المترشحين وشفافية العمليات وعدم التحيز في اتخاذ القرارات[2]، وتخضع عملية منح التفويض إلى طريقة المزايدة المفتوحة، التي تسمح لكل متعاقد من الاطلاع على دفتر الشروط للدخول في المزايدة، ويكون المنح وفقا لإجراء التراضي و ذالك في حالة ما إذا كانت المزايدة غير مجدية[3].

3-احترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأمثل

بعد إجراء كل من الإعلان المسبق والدعوة للمنافسة وتلقي الترشيحات، تقوم لجنة فتح الأظرفة بإعداد قائمة المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم بإرسال نسخة من دفتر الشروط لكل مترشح أين تبين له عرضاً دقيقا حول المرفق العام وكذا الخصائص الكمّية والنّوعية وشروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة المقدمة وذلك دون انحياز وعلى كل مترشح ورد اسمه في القائمة واستلم نسخة من دفتر الشروط أن يقدم عرضا دقيقاً وفق ما هو مبين سابقاً وذلك بطريقة حرة وبدون أي ضغوط من طرف الهيئة المفوضة، بعد تلقي العروض تقوم السلطة المسؤولة بإجراء تفحص في العروض دون تمييز أو انحياز، وفي الأخير تقوم الإدارة باختيار العرض الأمثل وذلك بناءاً على الاعتبار الشخصي أي يتم اختياره استناداً إلى اعتبارات مالية وفنية، كما تتأكد قاعدة الاعتبار الشخصي من خلال نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275[4] المحدّد الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير بحيث تشترط أن يتضمن الملف مجموعة من الوثائق من بينها مبرّر التأهيلات المهنية والضمانات المالية للمتعامل المقبول.

1- المادتين104و105 من قانون رقم05-12، يتعلق بالمياه، مرجع السابق.

2- المواد 78، 84، المرجع نفسه.

3- تعليمة وزارية 94. 842/03، المرجع السابق.

4- مرسوم تنفيذي 10-275، مؤرخ في 04 نوفمبر2010، يحدد كيفية الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، ج، ر، ج، ج عدد 68، صادر في 10 نوفمبر 2010.

ما يمكن قوله أن الإجراءات المتبعة لاختيار المفوض له في مجال التفويض الاتفاقي تذكرنا بالإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية فهي نفسها بدءًا بالإعلان المسبق، تليه الدعوة إلي تتم عن طريق إجراء المناقصة الذي يسمح للجميع بالترشح والتنافس وأخيراً اختيار المتعاقد الذي يقدم أحسن عرض، لكن رغم التشابه القائم بين هذه الإجراءات فلا يمكن تطبيق قواعد الصفقات العمومية على التفويض ألاتفاقي، لذلك فعلى المشرع الجزائري أن يكون أكثر وضوحًا ودقة بوضع نظام قانوني إجرائي يضم فيه كل ما يتعلق بتفويض المرافق العامة[1].

الفرع الثاني: تنفيذ العقد

لا يعني تفويض الشخص العام إدارة المرفق إلى شخص خاص تخليه عن هذا المرفق، وإنما يبقى مرتبطاً به ويمارس الشخص العام رقابته على تنفيذ العقد خصوصًا وأنه مالك له وسيعود إليه عند انتهاء تنفيذ العقد، وتشكل عقود تفويض المرفق العام عقودًا إدارية، تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها هذه العقود، التي تتميز بالعلاقات غير المتساوية بين صاحب التفويض والشخص العام مانح التفويض، فيتمتع الأخير بامتيازات السلطة العامة التي نجد مصدرها في موضوع العقد الذي يرتبط بتنفيذ مهمة مرفق عام، وهذه المهمة تبرز استخدام أساليب خاصة بهدف تأمين احترام المبادئ التي تخضع لها المرافق العامة ولاسيما مبدأ الاستمرارية[2].

يترتب على عملية تنفيذ التفويض الاتفاقي آثار قانونية هامة بين المفوض له اتجاه الهيئة (أولا)، وبين الهيئة المفوضة اتجاه المفوض له (ثانيا)، والشيء الجديد الذي يميز عقد تفويض عن باقي العقود الإدارية هو وجود طرف أخر في العقد غير الأطراف المتعاقدة وهم المنتفعين من خدمات المرفق (ثالثا).

أولا: التزامات وحقوق المفوض له

1-التزامات المفوّض له: تقع على عاتق المتعاقد (المفوض له) مجموعة من الالتزامات يمكن تقسيمها إلى ثلاث: الالتزام بتسيير واستغلال المرفق العام، الالتزام باحترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام، وأخير الالتزام بدفع إتاوات للجهة المفوضة.

أ-الالتزام بتسيير واستغلال المرفق العام: على المفوض له القيام باستغلال المرفق العام بنفسه فلا

1- بن بركان أسماء وحرفوش زهراء، المرجع السابق، ص ص. 39-40.

2- مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق، ص.498.

يجوز له التنازل عن هذا الالتزام للغير إلاّ بإذن من السلطة العمومية المفوضة، بالتالي فالمفوض له مسؤول عن التنفيذ الشخصي للمرفق العام فيجب عليه أن يضمن التسيير الفعال والمجدي للمرفق العام[1]، والمثول لرقابة لإدارة المفوضة عند تنفيذه لبنود العقد[2]، وهذا ما أكده نص المادة 110 من القانون رقم05-12 المتعلق بالمياه: " يتعين على المفوض له أن يضع تحت تصرف صاحب الامتياز، كل الوثائق التقنية والمالية والمحاسبة الضرورية لتقييم تفويض الخدمة العمومية ".

كما تلتزم المادة 141 من القانون نفسه، المفوضّ له تجاه الهيئة المفوضة أن يقدم عند كل عملية محاسبة التحليلية التي تسمح بتحليل الأعباء وذلك من أجل ضمان الشفافية.

ب-احترام المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة: تتمثل هذه المبادئ في المبادئ الكلاسيكية التي يقوم عليها المرفق العام والمتمثلة في كل من مبدأ الاستمرارية، مبدأ المساواة، مبدأ التحولية أو القابلية للتكيّف.

يعد مبدأ الاستمرارية من المبادئ العامة للقانون المتعلقة بعملية تنظيم وسير المرافق العامة، ويقضي هذا الأخير حتمية ديمومة وسيرورة المرفق بصورة جيّدة ومنتظمة لأن الحياة العامة للمجتمع تتوقف وترتكز على سير المنتظم والمضطرد للمرفق العام، وأي توقف أو خلل أو اضطراب يؤدي إلى شلل وتوقف الحياة العامة[3]، وتنص الأحكام المتعلقة بقطاع المياه على ضرورة عمل المرافق العامة المتعلقة بالتطهير وتوزيع الماء الشروب باستمرار ودون انقطاع إلا استثناءاً لحالات معينة مثل القوة القاهرة، التوقف الاضطراري من أجل التصليح[4].

1-ZOUAIMIA Rachid, la délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p.16.

2- بن بركان أسماء و حرفوش زهرة، المرجع السابق، ص. 41.

3- عوابدي عمار، القانون الإداري " النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص. 76.

4- المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم08-53، مؤرخ في 09 فيفري2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية ونظام الخدمة المتعلقة به، ج،ر،ج عدد 08، صادر في 13فيفري2008.

أما عن مبدأ المساواة فيمتد أساسه من الدستور الذي يؤكد أن معاملة المواطنين تكون سواسية أمام القانون والعمل على استبعاد التحيز والتمي[1].

ومن تطبيقات هذا المبدأ ضرورة تحقيق المساواة بين الأفراد في الانتفاع بخدمات المرافق العامة، ومع ذلك فعلى المرفق العام أن يضع شروطًا عامة موضوعية يلزم توفرها في كل من يريد الانتفاع بخدمات المرفق كتحديد رسم معين مقابل الخدمة، وليس له أن يضع أية شروط من شأنها الإخلال بالمساواة وإيجاد التفرقة[2].

أما عن مبدأ التحولية أو القابلية للتكيف، فيقتضي وجوب تطور المرفق العام حسب المتطلبات المصلحة العامة فلا الأفراد المنتفعين ولا الأعوان لديهم حق الاعتراض بل يجدون أنفسهم في وضعية قانونية وشرعية محدودة بالإدارة المنفردة للمرفق العام عن طريق القوانين والمراسيم وما عليهم سوى الخضوع مباشرة لهذه التغيرات والتعديلات.

ومن ثم فإنه, يحق للإدارة أن تتدخل في أي وقت لتعدل من قوانين سير المرافق العامة بإدارتها المنفردة بما تراه متفقاً مع المصلحة العامة دون أن يكون للمنتفع الادعاء بحق مكتسب له، لكن شرط ان يستهدف هذا التغير المصلحة ويكون نتيجة لتغيير الظروف.

ج- الالتزام بدفع إتاوات للجهة المفوضة: المفوض له ملزم بدفع إتاوات لصالح الهيئة صاحبة المرفق العام محل التفويض، ويجب أن تكون هذه الإتاوات نتيجة الاستغلال وتسيير المرفق العام من قبل المفوض له.

2-حقوق المفوض له:

أ- قبض المقابل المالي للتسيير والاستغلال: لما كان المتعاقد مع الإدارة (المفوض له) مكلف

1- المادتان23و29 من دستور الجزائري لسنة 1996، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل دستور،ج،ر،ج،ج عدد 76، صادر في 08 مارس 1996، معدّل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03، مؤرخ في 10أفريل2002 ،ج،ر،ج،ج عدد 25، صادر في 14 أفريل2002، معدل ومتمم بموجب قانون رقم08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر2008، ج،ر،ج،ج عدد63، صادر في 16 نوفمبر2008.

2-ZOUAIMIA Rachid, ROUAULT Marie Christine, Droit administratif, Berti Editions, Alger, 2009, p. 220.

بالتغطية الكاملة للمشروع فمن حقه الحصول على عائدات مالية، وهنا يجب التمييز بين نوعين من أساليب تسيير المرفق العام:

– لما يكون الاستغلال والتسيير محقق لصالح الإدارة المفوضة ومثال ذلك عقود المشاطرة وعقود التسيير، ففي هذه الحالة يتلقي المقابل المالي من الإدارة المفّوضة.

– ولما يكون استغلال المرفق وتسييره تحت مسؤولية المفّوض له متحملا كافة المخاطر كما في حالة عقد الامتياز، الإيجار، فإنه يحق له الحصول على المقابل من المنتفعين والمستفيدين من خدمات المرفق العام[1].

ب– الحق في استغلال المرفق طوال مدة العقد المتفق عليها:

من أهم حقوق المتعاقد مع الهيئة المفوضة، استغلال المرفق العام طيلة المدة الزمنية المحددة في العقد, وعلى المفوض له تنفيذ البنود المتفق عليها في تلك المدّة الزمنية، ويحدد القانون المتعلق بالمياه والتطهير مدة عقد الامتياز للأشخاص المعنوية من القانون العام ب30 سنة ولم ينص المشرع في هذا الصدد عن مدة عقد التفويض في هذا المجال لصالح الأشخاص الخاصة[2].

ج– الحق في التوازن المالي للمشروع:

إذا ما طرأت أحداث غير متوقعة أثناء تنفيذ عقد التفويض بصورة تكون فيها مواصلة العقد وإتمامه مرهقة جدا على المفوض له، مما يجعله في صعوبات مالية تهدد التوازن المالي للعقد، فإن الأمر يستلزم تدخل الجهة المفوضة لتدعيم المفوّض له ماليا، فالحفاظ على التوازن المالي للعقد يستند إلى نظريتان هما:

– **نظرية فعل الأمير**: يقصد بفعل الأمير أو العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها أثناء تنفيذ العقد والتي تؤدي إلى إرهاق المتعاقد معها بصورة جدية، الأمر الذي يقضي دعمه مالياً وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقاً للمصلحة العامة بغية مواصلة تقديم خدمات للجمهو[3].

1– ZOUAIMIA Rachid, ROUAULT Marie Christine, Droit administrative ,Op.cit, p.221.

2–ZOUAIMIA Rachid, la délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées, Op.cit, p.19.

3– بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر،2005، ص.89.

- **نظرية الظروف الطارئة:** يقصد بالظروف الطارئة (المخاطر الاقتصادية) قيام وظهور أحداث مفاجئة لدي تنفيذ العقد في شكل أزمات اقتصادية، حروب، زلزال، خارجة عن إدارة الطرفين وتجعل مواصلة تنفيذ العقد مكلفة ومرهقة بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة مما يقضي تحمل الإدارة المتعاقدة لبعض الأعباء المالية وذلك من أجل استمرارية وتقديم الخدمات العامة [1].

ثانيا: التزامات وسلطات الإدارة المفوّضة

1-التزامات الإدارة المفوّض: إن الالتزام الوحيد الذي يقع على عاتق الإدارة المفوضّة هو تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتمثلة في منح المرفق العام للمفوض له، من أجل استغلاله وتسييره، وعلى الإدارة كذلك أن تسهر على احترام وتنفيذ حقوق المفوّض له وتستجيب له، أن تقدم له التعويضات المالية من أجل الحفاظ على التوازن المالي للمشروع في حالة الإختلالات التي تعرقل استغلال وتسيير المرفق.

2-سلطات الإدارة المفوّضة: إن الإدارة المفوّضة تتمتع بمجموعة من الامتيازات باعتبارها المسؤولة عن المرفق العام، وتتمثل هذه السلطات فيما يلي:

أ-سلطة التعديل الانفرادي للعقد:

يمكن للإدارة أن تفوض كيفيات تنفيذ العقد(غير واردة فيه) وأن تعدل انفرادياً التزامات المتعاقد معها، ويستمد حق التعديل الانفرادي من مبدأ التحولية أو قابلية للتكيف، وذلك لتغير مقتضيات المصلحة العامة بحسب الظروف المحيطة[2] وعدم ثبات احتياجات المرفقين، ما يجدر الإشارة إليه أنه حتى ولو كانت الإدارة تتمتع بهذه السلطة إلاّ أنه يجب أنه يجب أن تكون في حدّ المعقول، بحيث لا يجب أن يكون التعديل جذرياً ولا يمسّ بالتوازن المالي للعقد.

يجب الإشارة إلى حالة ما إذا مسّت التعديلات الأحكام التنظيمية فيحق للمفوض له الحصول على تعويض أو مقابل مالي ناتج عن هذه التعديلات، أما عن الأحكام ذات الطابع التعاقدي فهي من صنع ورضا الطرفين، فلا يمكن تعديلها إلاّ بموافقة الطرفين[3].

1- بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص.90.

2-ZOUAIMIA Rachid, la délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées, Op.cit , p.22.

3-ضريفي نادية، المرجع السابق، ص.182.

ب- سلطة الرقابة:

هذا الحق مستمد من طبيعة المرفق العام فالسلطة العمومية لا تتنازل عن المرفق كلية، بل تبقى في يدها سلطة الرقابة لأنها المسؤولة الأصلية عن ضمان الخدمة العمومية[1]، فيكون لها حق الإشراف على المفوّض له أثناء استغلال المرفق وأن تجبره على تنفيذ كافة الشروط الواردة في المقابل فإنه يستوجب على المفوض له أن يضع تحت تصرف الإدارة المفوضة كافة الوثائق التي تطلبها ومثال ذلك ما جاء في أحكام المادة 110من قانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه: " أنه يتعين على المفوّض له أن يضع تحت صاحب الامتياز كل الوثائق التقنية والمالية والمحاسبة الضرورية لتقييم تفويض الخدمة العمومية ".

ج- سلطة توقيع الجزاءات:

يملك الشخص العام مجموعة من العقوبات التي يستطيع فرضها على صاحب التفويض فإذا ما أخل هذا الأخير بالتزاماته جاز للإدارة أن تستعمل هذه السلطة وتوقع بعض العقوبات، وهي سلطة غير مألوفة في عقود القانون الخاص وهي مستمدة من مبدأ خاص بضرورة الحفاظ على سير المرافق العامة وتنقسم هذه الجزاءات إلى الجزاءات القهرية والتي تتجسد في حلول السلطة المفوضة محل المفوّض له في تسيير المرفق العام، لكن بواسطة أموال هذا الأخير، وتحت مسؤولية، ويعتبر هذا الإجراء أشدّ عقوبة وينفذ من قبل الإدارة أو تكون الجزاءات عبارة عن غرامات مالية يدفعها المفوض له وتكون منصوصًا عليها في العقد.

بالإضافة إلى الجزاءات القهرية نجد فسخ العقد المتمثل في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة إذا لاحظت تقصير من طرف المفوّض له يكون جسيماً ولمدة طويلة، وبذلك تسقط الإدارة حقه في تسيير المرفق العام وقد يكون منصوصاً عليه في دفتر الشروط يسمى فسخاً عقدياً[2].

ثالثا: حقوق المنتفعين

إن الهدف من تفويض تسيير المرافق العامة هو تقديم خدمات عمومية للمترفقين وكذا البحث عن تحسين نوعية الخدمة العمومية، وهذا يؤدي إلى نشوء علاقة بين المترفقين والمفوض له وكذا السلطة العمومية.

1- سماعين نادية، المرجع سابق، ص.10.

2- مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق، ص.499.

1-حقوق المرتفقين في مواجهة السلطة العمومية:

يحق للأفراد المنتفعين في مطالبة الإدارة بإجبار المفوّض له على تنفيذ واحترام شروط عقد التفويض كتنفيذ التعريفات أو الرسوم المتفق عليها ومجال ومكان ومواعيد وشروط أداء الخدمات، وكذلك الحق في إجبار المفوّض له على تقديم الخدمة لمن يطلبها ممّن استوفت فيهم شروط الانتفاع بخدمات المرفق مع ومراعاة المساواة بينهم.

2-حقوق المرتفقين في مواجهة المفوّض له:

فيحق للأفراد مطالبة الإدارة بالتدخل لإجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته إذا ما قصر في كيفية أداء الخدمة أو عدم تقديمها وفقاً للشروط المتفق عليها، فمن واجب المفوض له أن يقدم خدمات المرفق على أحسن وجه للمنتفعين بالرسوم التي تقررها الإدارة، فإذا ما خل المفوض له بذلك جاز للمنتفعين طلب تدخل الإدارة لحماية مصالحهم، فعقود التفويض تحتوي على شروط تنظيمية والخروج عن هذه الشروط يعني مخالفة لقاعدة تنظيمية [1].

الفرع الثالث: نهاية العقد

تتحقق نهاية العقد إماّ بطريقة عادية وذلك بنهاية المدة الزمنية المحدّدة له، وإما بطريقة غير عادية وذلك بقوة القانون أو عن طريق الفسخ الإتفاقي.

أولاً : النهاية العادية:

تتحقق النهاية العادية للعقد عن طريق تنفيذ الالتزامات التي تقع على الطرفين وذلك في المدة الزمنية المحددة في العقد، وهنا نتساءل عن مصير مجموع الأملاك العقارية والمنقولة المتصلة باستغلال المرفق العام؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية يجب التمييز بين ثلاثة أنواع من الأملاك:

1-أملاك العودة :

تشتمل كلّ هذه الأملاك في مجموع المنقولات والعقارات المتصلة بالمرفق المفوّض والضرورية لاستغلاله طوال مدة العقد، وتعود هذه الأملاك عند نهاية العقد للإدارة المفوضة بكلّ حق دون أن تكون

1- سماعين نادية، المرجع السابق، ص. 22.

ملزمة بتعويض المفوّض له، فمثلاً في مجال تفويض قطاع المياه فأنه يدخل ضمن الأملاك العودة كل التجهيزات والوسائل الضرورية لتوزيع المياه الصالحة للشرب وكذا أنابيب توزيعها[1].

2-أملاك الاسترجاع:

هي الأملاك المستعملة أثناء التفويض له، طوال هذه المدة فهي أملاك ذات فائدة لتسيير المرفق واستغلاله، وعند نهاية الامتياز يمكن للإدارة أن تسترجعها وتأخذها إذا ما وجدت أن هذه الأملاك لا يمكن فصلها عن المرفق، لكن في هذه الحالة الإدارة ملزمة بتعويض المفوض له[2] .

3-الأملاك الخاصة:

هي مجموعة الأملاك الخاصة بالمفوّض له، ونجد أنها ليست ضرورية وليست أساسية لعقد تفويض تسيير المرفق العام، وتشمل هذه الأملاك كل العقارات والمنقولات التي تساعد على استغلال المرفق العام محّل التفويض[3].

ثانيا: النهاية غير العادية

نهاية العقد قبل المدّة المحددة في الاتفاق ومهما كانت الأسباب تكون نهاية غير طبيعية وغير عادية وهذه النهاية لها صورتين وهما كالأتي:

1-بقوة القانون:

أ- القوة القاهرة: وهي ذلك الحدث الخارجي غير المتوقع ولا يمكن رده ويحول دون تنفيذ العقد.

ب- حالة وفاة المفوّض له: بحيث أن شخصية المفوّض له لها أهمية كبيرة، وتطبيقهاً للقاعدة العامة فإن وفاة المفوّض له تؤدي إلى انقضاء عقد التفويض[4].

1-ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Op. cit, p. 99.
2-Ibid, p.100.
3- Ibid, p.101.

2- مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق، ص.518.

2- الفسخ الاتفاقي:

أ- بإتفاق الطرفين: قد يتفق طرفا العقد على إنهائه قبل حلول أجله، فيكون بإدارة الطرفين (المفوّض والمفوّض له) وفق الشروط والكيفيات المتفق عليها.

ب- من طرف المتعاقد مع الإدارة (المفوّض له): ويحدث ذلك في حالتين:

- إخلال الإدارة المفوّضة في تنفيذ التزاماتها تجاه المفوض له تطبيقاً للقاعدة العامة في العقود يجوز للمتضرر فسخ العقد.

- وجود أضرار تأثر على التوازن المالي للعقد، خاصة عند التعديل الانفرادي من طرف السلطة العمومية، وإذا تحققت إحدى الحالتين يمكن للمفوّض له طلب فسخ عقد الامتياز من القاضي.

ج-من طرف الإدارة المتعاقدة كعقوبة:

يسمى كذلك إسقاط الحق، وهو فسخ العقد من قبل الإدارة بإدارتها المنفردة كعقوبة بسبب قيام المفوّض له بخطأ جسيم وهو إجراء ينهي العقد بصورة قطعية وذلك بوجود خطأ جسيم في تسيير المرفق، إنذار صاحب الامتياز وكذا مراعاة الإجراءات التمهيدية وتعليل قرار الفسخ وفق ما يحدده دفتر الشروط.

د- استرداد المرفق:

هو إجراء انفرادي تفرضه الإدارة ويختلف عن الفسخ كعقوبة لأنه طريقة لإعادة تنظيم المرفق العام، وتدفع الإدارة مقابل مالي كتعويض عما خسره وعما فاته من ربح، كما يعرف كذلك أنه إجراء منفرد صادر عن الهيئة المفوضة أثناء تنفيذ الامتياز لغرض إنهائه قبل انقضاء مدته العادية مقابل دفع تعويض لصاحب الامتياز (المفوّض له) [1].

1- فهمي أبو زيد مصطفي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د. س. ن، ص.4.

من خلال ما سبق التطرق إليه في الفصل الثاني، نستنتج أن عملية تفويض المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة تتم عن طريق أسلوبين هما: – التفويض الانفرادي

–التفويض الاتفاقي

فما يمكن قوله عن الأسلوب الأول أنه يمنح تسيير المرافق العامة إلى شخص خاص من جهة واحدة بصفة انفرادية ويكون ذلك إما عن طريق نص تشريعي أو قرار إنفرادي الذي يأخذ شكل ترخيص أو اعتماد.

أما عن الأسلوب الثاني المتمثل في التفويض الاتفاقي الذي يأخذ شكل العقد الذي نجد أنه يتمتع بطابع خصوصي مقارنة بالعقود الإدارية الأخرى.

كما أن الإجراءات المتبعة لتنفيذ التفويض الاتفاقي هي تقريبا هي نفسها في مجال الصفقات العمومية بحيث تبدأ بالإعلان المسبق تليه الدعوة إلي المنافسة وأخيراً المساواة بين المترشحين واختيار العرض الأمثل، إذ يكمن الفرق في وضع المشرع إطار قانوني محدد ومنظم لصفقات العمومية وغيابه في مجال تفويض الاتفاقي.

أما الجديد الذي نجده في التفويض الاتفاقي وهو ما يميزه عن سائر العقود الإدارية الأخرى هو وجود طرف ثالث في العقد غير الأطراف المتعاقدة << الهيئة المفوضة >>، المفوضة له المتمثل في المنتفعين من خدمات المرفق، حيث يتمتعون بحقوق اتجاه الهيئة المفوضة واتجاه المفوض له إذ يجوز لهم أن يطلبوا من الهيئة المفوضة تدخل لحماية مصالحهم في حالة تقصير المفوض له في الأداء الحسن للخدمة أو إخلاله لأحد الالتزامات الواردة في إلاتفاق.

لقد إستعرضنا في هذا البحث التقنية الجديدة التي تسعى إلى تغطية النقائص والإختلالات التي عرفها التسيير الكلاسيكي للمرافق العامة، ألاّ وهي **تقنية تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاص،** بحيث يسعى المشرع الجزائري من خلال تكريسه لها إلى تسوية وإستكمال الثغرات للوصول إلى التسيير الفعال من جهة والإستجابة لمتطلبات الأفراد المتزايدة كمّا ونوعا من جهة أخرى.

إلاّ أنّ هذه الفنية التي تحمل في طياتها منح تسيير المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص، وذلك إما عن طريق أسلوب التفويض الإنفرادي أو الإتفاقي لا تخلى من العيوب والثغرات أيضا، إذ نجد أن المشرع الجزائري أغفل نقاط هامة وأساسية، نجد منها التي تخص الجانب التنظيمي لهذه الآلية إذ أنه لم يضع نظام قانوني موحد لها بل أشار إليها في نصوص قانونية متناثرة، كما أغفل نقطة هامة أخرى وهي وضع تعريف دقيق لمصطلح التفويض.

أما فيما يخص الجانب الإجرائي للتسيير المفوض للمرافق العامة، لاحظنا غياب نص قانوني صريح يحدد القواعد العامة المطبقة على مختلف عقود التفويض التي تبرم مع القطاع الخاص، كما نجد أن الإجراءات تختلف من مرفق إلى آخر سواء من حيث الاختصاص أو الإبرام وحتى من حيث آثار التنفيذ.

من هذا كله يمكننا أن نخرج بمجموعة من الإقتراحات تتمثل فيما يلي:

– وضع نظام قانوني موحد يحكم تفويض المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة.

– التمييز بين عقود تفويض المرافق العامة: عقد الامتياز، عقد مشاطرة الاستغلال، عقد الإيجار، عقد التسيير وتعريفها تعريفا دقيقا.

– تحديد طرق منح التفويض وفق إجراءات دقيقة وصارمة لتفادي التحايل والرشوة وضمان المنافسة والشفافية التي يفرضها النظام ووضع دفتر شروط نموذجيكما هو الحال في قانون الصفقات العمومية.

– ضبط المرافق العامة القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض ووضع معايير للتفرقة بينهما.

دراسة معمقة حول المشروع للتأكد من الأسلوب المناسب لتسيير واستغلال المرفق العام.

وما يمكن أن نختم به بحثنا هذا هو القول أن، المشرع الجزائري عند تكريسه لهذه الفنية لم يوفق إلى حد كبير في ذلك وهذا ما إتضح لنا من خلال ما تطرقنا إليه سابقا، بالتالي نأمل أن يعيد النظر في المنظومة القانونية لهذه الأخيرة.

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربيّة

- الكتب:

1- آيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

2- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

3- حمدي القبيلات، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري- التنظيم الإداري- النشاط الإداري)، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008

4- خطار شطناوي علي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

5- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010

6- عبد المقصود سليم مصطفى، الوكالة في إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،1999.

7- عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990

8- فهمي أبوزيد مصطفى، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د. س. ن.

9- لباد ناصر، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، مطبعة سارب، الجزائر، 2004

10- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010

11- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

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

13-محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة العامة- دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، 1979.

14-محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين الشمس، 1999

15- محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد صاصيلا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

16- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الإمتياز- الشركات المختلطة- BOT- تفويض المرفق العام)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 .

17-هيام مروة، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها- الأشغال العامة- التنظيم المدني)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2003 .

18-وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

2- الرسائل والمذكرات الجامعيّة

أ- الرسائل

1- صافي عبد القادر، إشكالية خوصصة القطاع العام في الجزائر، (رسالة لنيل شهادة الماجيستير في التسيير)، معهد العلوم الإقتصادية، جامعة الجزائر، 1995.

ب-المذكرات الجامعيّة.

1- بارة زيتوني، عقد الإمتياز في التشريع الجزائري، (مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء)، الدفعة 17، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006-2009.

2- بن بركان أسماء، حرفوش زهرة، تفويض المرافق العامة المحلية، (مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011.

3- سماعين نادية، عقد الإمتياز في المرافق العمومية، (مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء)، الدفعة 16، المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008.

4- سيدومو ياسين، طرق إدارة المرافق العمومية، (مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء)، الدفعة 19، الجزائر، 2008-2011.

3-المقالات والمداخلات.

أ-المقالات

1- نمديلي رحيمة، " ماهية عقد البوت: بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية و خوصصتها "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية صادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد الثاني، 2010، ص ص.119-132.

2- بن شعلال الحميد، "عقد الامتياز كأحد أساليب تدخل القطاع الخاص في تسيير المرفق العام"، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد02، 2012، ص ص.204-230.

ب-المداخلات

1- مخلوف باهية، تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام، ملتقى حول " التسيير المفوّض للمرافق العامة للقطاع الخاص"، جامعة بجاية، 2011.

4-النصوص القانونية

أ- النصوص التأسيسية

1- دستور28 نوفمبر1996 منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج، ر، ج، ج عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل 2002، ج، ر، ج، ج عدد 25، صادر في 14 أفريل 2002، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج، ر، ج، ج عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

ب- النصوص التشريعية

1- قانون رقم 83-17، مؤرخ في 16 جويلية1983، يتعلق بالمياه، ج،ر،ج، ج عدد 30، صادر في 19 جويلية 1983.

2- قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج، ر، ج، ج عدد 08، صادر في 7 فيفري 1985، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 90-17، مؤرخ في 31 جويلية 1990،ج، ر، ج، ج، عدد35، صادر في 15 أوت 1990، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-، مؤرخ في 20 جويلية 2008، ج، ر، ج، ج عدد 44، صادر في 3 أوت 2008.

3- قانون رقم 88-29، مؤرخ في 19 يونيو1988، يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج، ر، ج، ج عدد 29، صادر في 20 يونيو 1988.

4- قانون رقم 89-01، مؤرخ في 07 فيفري 1989، المتمم بالأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج، ر، ج، ج عدد 06، صادر في 08 فيفري 1989.

5- قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية،ج، ر، ج، ج عدد 04، صادر في 13 جانفي 1988، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 95-

25، صادر في 25 سبتمبر 1995، يتعلق بتسيير رؤوس أموال الدولة، ج، ر، ج، ج عدد 55، صادر في 27 سبتمبر1995.

6- قانون رقم 90-10، مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج، ر، ج، ج عدد 16، صادر في 18 أفريل 1990.

7- قانون رقم 90-30، مؤرخ في 1 ديسمبر 1990، يتعلق بالأملاك الوطنية ،ج،ر، ج، ج عدد 52, صادر في 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-14، مؤرخ في 20 جويلية 2008،ج، ر، ج، ج عدد 44، صادر في 3 أوت 2008.

8- قانون رقم 90-33، مؤرخ في 23 ديسمبر1990، يتعلق بالتعاضديات الاجتماعية، ج، ر،ج، ج عدد56، صادر في 26 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم96-20، مؤرخ في 6جويلية 1996، ج، ر، ج،ج عدد 04، صادر في 7 جويلية 1996.

9- قانون رقم 91-04، مؤرخ في 08 جانفي1991، يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، ج، ر، ج، ج عدد 02، صادر في 02 جانفي 1991.

10- أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات،ج، ر،ج، ج عدد 13، صادر في 8 مارس1995، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-04، مؤرخ في 20 فيفري 2006،ج، ر،ج،ج عدد15، صادر في 12 مارس 2006.

11- قانون رقم 98-06، مؤرخ في 27 جوان 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني،ج، ر،ج،ج عدد45، صادر في 28جوان 1998، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 2000-05، مؤرخ في 6 ديسمبر2000، ج، ر، ج، ج عدد 75، صادر في 10 ديسمبر 2000.

12- قانون رقم 99-05، مؤرخ في 4 أفريل 1999، يتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج، ر، ج،ج عدد 24، صادر في 7 أفريل 1999، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-06، مؤرخ في 23 فيفري 2008،ج، ر، ج، ج عدد 10، صادر في 20 فيفري2008.

13- قانون رقم 2000-03، مؤرخ في 05أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج،ر، ج،ج عدد 48، صادر في 06 أوت2000.

14- قانون رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج، ر،ج،ج عدد 47، صادر في 22أوت 2001، معدل ومتمم بموجب أمر رقم 06-08، مؤرخ في 15جويلية 2006،ج،

ر،ج،ج عدد 47، صادر في 19جويلية 2006، معدل ومتمم بموجب أمر رقم 09-01، صادر في 22 جويلية ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج، ر، ج، ج عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009،معدل و متمم بموجب أمر رقم 10-01، صادر في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج، ر، ج، ج عدد 49، صادر في 29 أوت 2010، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 11-16، صادر في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2012، ج، ر، ج، ج عدد 72 صادر في 29 ديسمبر 2011.

15- قانون رقم 02-01، مؤرخ في 05 فيفري2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عن طريق القنوات، ج، ر،ج،ج عدد 08، صادر في 06 فيفري 2002.

16- قانون رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية2003، يتعلق بالمنافسة،ج، ر،ج،ج عدد 43، صادر في 20جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب: قانون رقم 08-12، مؤرخ في 5جوان2008، ج، ر،ج، ج عدد36، صادر في 2جويلية2008، قانون رقم 10-05، مؤرخ في 15أوت2010، ج، ر، ج، ج عدد 46، صادر في 18أوت2010.

17- قانون رقم 04-10، صادر في 10أوت 2004، يتعلق بالتربية البدنية والرياضة، ج، ر، ج،ج عدد52، صادر في 18 أوت 2004 .

18- قانون رقم05 -12، مؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج، ر، ج، ج عدد 60، صادر في 04 ديسمبر 2005، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-03، مؤرخ في 23 جانفي 2008، ج، ر، ج، ج عدد 04، صادر في 27 جانفي 2008، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 09-02، مؤرخ في 22جويلية 2009، ج، ر،ج، ج عدد 44، صادر في 22 جويلية 2009.

19- قانون رقم 08-04، مؤرخ في 23 جانفي 2008، يتعلق بالقانون التوجيهي للتربية الوطنية، ج، ر، ج، ج عدد 04، صادر في 27 جانفي 2008.

20- قانون رقم 08-07، مؤرخ في 23 جانفي 2008، يتعلق بالقانون التوجيهي للتكوين والتعليم المهني، ج، ر، ج، ج عدد 11، صادر في 2 مارس 2008.

21- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج، ر، ج، ج عدد 37، صادر في 03 جويلية 2011.

22- قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعق بالولاية، ج، ر، ج، ج عدد 12، صادر في 29 فيفري 2012.

ج- النصوص التنظيمية:

1-المراسيم:

1- مرسوم رئاسي رقم10-236، مؤرخ في 7أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية, ج، ر، ج، ج عدد 58، صادر في 8 أكتوبر2010، معدل ومتمم بموجب: مرسوم رئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، مرسوم رئاسي 11-98، مؤرخ في 16جوان 2011، مرسوم رئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي، مرسوم رئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 جانفي 2013.

2- مرسوم رقم 88-01، مؤرخ في12 جانفي1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية, ج، ر، ج، ج عدد 42، صادر في 19 أكتوبر1988.

3- مرسوم تنفيذي رقم 88-204، مؤرخ في 19 أكتوبر 1988، المحدد لشروط الخاصة لفتح وتسيير مستشفيات الخاصة، ج، ر،ج،ج عدد 75، صادر في 18 أكتوبر 1997.

4- مرسوم تنفيذي رقم 91-147، مؤرخ في 12 مايو 1991، يتضمن تغيير الطبيعية القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كيفية تنظيمها وعملها، ج، ر، ج، ج عدد 25، صادر في 29 مايو1991.

5- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 6 جويلية1992 ، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج،ر، ج، ج عدد 52، صادر في8 جويلية 1992.

6- مرسوم تنفيذي رقم 01-101، مؤرخ في 21 أفريل 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج، ر، ج، ج عدد 24، صادر في 22 أفريل 2001.

7- مرسوم تنفيذي رقم 01-102، مؤرخ في 21 أفريل 2001، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير، ج، ر، ج، ج عدد 24، صادر في 22 أفريل 2001.

8- مرسوم تنفيذي رقم 01-418، مؤرخ في20ديسمبر 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل خدمة من خدمات البريد وكل أدائه ، ج،ر، ج،ج عدد 80، صادر في 26 ديسمبر 2001.

9- مرسوم تنفيذي رقم 01-419، مؤرخ في 20 ديسمبر2001، يحدد شروط إحداث المؤسسات الخاصة للتكوين المهني وفتحها ومراقبتها، ج،ر،ج، ج عدد80، صادر في26 ديسمبر 2001.

10- مرسوم تنفيذي رقم 02-43، مؤرخ في 14جانفي2002، بتضمن إنشاء بريد الجزائر، ج، ر، ج، ج عدد 04، صادر 16جانفي 2002.

11- مرسوم تنفيذي رقم 02-44، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يحدد مبلغ الإتاوات السنوية المطبقة على المتعاملين أصحاب تراخيص استغلال خدمات البريد، ج، ر، ج، ج عدد 04، صادر في 16 جانفي 2002.

12- مرسوم تنفيذي رقم 05-405، صادر في أكتوبر 2005، يحدد كيفيات تنظيم الاتحاديات الرياضية وسيرها وكذا شروط الاعتراف بالمنفعة العامة والصالح العام، ج، ر، ج، ج عدد ، صادر في 19أكتوبر 2005، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-، صادر في26 جانفي 2011، ج، ر، ج، ج عدد60، صادر في 30جانفي 2011.

13- مرسوم تنفيذي رقم 07-321، مؤرخ في 21 أكتوبر 2007، يتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات الإستشفائية الخاصة، ج، ر، ج، ج عدد 67، صادر في 22 أكتوبر 2007.

14- مرسوم تنفيذي رقم 08-53، مؤرخ في 9 فيفري 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية نظام الخدمة المتعلق به، صادر في 13 فيفري 2008.

15- مرسوم تنفيذي رقم 10-275، مؤرخ في 04 نوفمبر 2010، تحدد كيفية الموافقة على إتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، ج، ر، ج، ج عدد 68، صادر في 10 نوفمبر 2010.

5- التعليمات

التعليمة رقم 842/94.3، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994، الصادرة عن وزير الداخلية.

6- الأنظمة

نظام رقم 91-03، مؤرخ في 20 فبراير 1991، يتعلق بشروط القيام بعمليات الإستيراد بالجزائر وتمويلها، ج، ر، ج، ج عدد 23، صادر في 25 مارس 1991.

ثانيا- باللغة الفرنسية

1-Ouvrages :

1-AUBY Jean François, la délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997.

2-BRACONIER Stéphane, droit des services publics, presse universitaire de France, Paris, 2004.

3-CLAUDIE Boiteau, les conventions de délégation de service public, imprimerie nationale, Paris, 1999.

4-RENAN LE Mestre, droit de service public, edicteur, EJA, Paris, 2003.

5-ZOUAIMIA Rachid, droit de la régulation économique, Berti édition, Alger, 2006.

6-ZOUAIMIA Rachid, ROUAULT Marie Christine, droit administratif, Berti, Alger, 2009.

7-ZOUZIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, maison d'édition Belkeise, Alger, 2012.

2-Article :

ZOUAIMIA Rachid, la délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privée, Revue de l'Ecole Nationale d'Administration, N°41, 2011. p.07-31.

3-Textes juridiques :

1-la loi d'orientation n°92-125, du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la république, JORF n°33, du 8 février 1992.

2-la loi n°93-122, du 9 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la loi n°01-1168, du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes réformes caractère économique et financier, JORF n°25, du 30 janvier 1993.

4-sites internet :

www.légifrance.gouv.fr

مقدمة..... 1

الفصل الأول: ماهية تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة 3

المبحث الأول: مفهوم تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة 4

المطلب الأول: تعريف تفويض تسيير المرافق العامة وأسباب ظهوره 4

الفرع الأول: تعريف تفويض تسيير المرافق العامة..... 5

أولا: التعريف التشريعي 5

ثانيا: التعريف الفقهي 6

الفرع الثاني: أسباب ظهور تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة 7

أولا: إنسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي..... 7

ثانيا: عدم جدوى الآليات التقليدية في التسيير المرافق العامة 10

المطلب الثاني: أسس تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة.....12

الفرع الأول: وجود المرفق العام 12

أولا: مفهوم المرفق العام 12

ثانيا: المرافق المعنية بالتفويض والمرافق غير قابلة للتفويض 17

الفرع الثاني: وجود علاقة تعاقدية 17

أولا: أطراف عقد التفويض 18

ثانيا: طبيعة العلاقة 18

الفرع الثالث: استغلال مرفق عام..... 19

الفرع الرابع: إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستغلال 21
المبحث الثاني: مكانة تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة..... 22
المطلب الأول: تمييز مفهوم تفويض المرفق العام عن غيره 22
الفرع الأول: تفويض المرفق العام و الصفقة العمومية..... 22
أولا: معيار المقابل المالي..... 23
ثانيا: معيار الإستغلال 23
الفرع الثاني: تفويض المرفق العام و الخوصصة..... 24
الفرع الثالث: تفويض المرفق العام و الوكالة..... 25
الفرع الرابع: تفويض المرفق العام و اتفاقية استغلال الأملاك الوطنية..... 26
المطلب الثاني: تمييز تفويض المرفق العام و طرق الإدارة الأخرى 28
الفرع الأول: تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة..... 28
الفرع الثاني: تفويض المرفق العام والمؤسسة العامة 29
الفرع الثالث: تفويض المرفق العام وشركات الإقتصاد المختلط..... 31
الفرع الرابع: تفويض المرفق العام وعقد البناء والتشغيل والتحويل BOT 32
الفصل الثاني: أساليب تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة.....35
المبحث الأول: التفويض الإنفرادي لتسيير المرافق العامة 36
المطلب الأول: التفويض الإنفرادي عن طريق نص تشريعي 37
الفرع الأول: الإتحاديات الرياضية الوطنية 37

الفرع الثاني: التعاضديات الإجتماعية.....40
الفرع الثالث: المنظمات المهنية.....43
المطلب الثاني: التفويض الإنفرادي عن طريق قرار إداري إنفرادي.....44
الفرع الأول: المرافق العامة الشبكية.....45
أولا: مرفق الكهرباء والغاز 45
ثانيا: مرفق البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.....46
الفرع الثاني: مرفق الصحة.....48
الفرع الثالث: المرافق العامة التربوية 49
المبحث الثاني: التفويض الإتفاقي لتسيير المرافق العامة.....51
المطلب الأول: الطرق القانونية للتفويض الإتفاقي 51
الفرع الأول: عقد الإمتياز 51
أولا: تعريف عقد الإمتياز 52
ثانيا: خصائص عقد الإمتياز.....54
الفرع الثاني: عقد الإيجار 55
أولا: تعريف عقد الإيجار.....55
ثانيا: خصائص عقد الإيجار 56
ثالثا: تمييز عقد الإيجار عن عقد الإمتياز 57
الفرع الثالث: عقد التسيير 58

أولا: تعريف عقد التسيير 58
ثانيا: خصائص عقد التسيير 59
الفرع الرابع: عقد مشاطرة الاستغلال 60
أولا: تعريف عقد مشاطرة الاستغلال 60
ثانيا: خصائص عقد مشاطرة الاستغلال 60
المطلب الثاني: النظام القانوني للتفويض الإتفاقي 61
الفرع الأول: إبرام العقد..... 61
أولا: السلطة المختصة بالتفويض الإتفاقي..... 61
ثانيا: إجراءات التفويض الإتفاقي 62
الفرع الثاني: تنفيذ العقد 65
أولا: التزامات وحقوق المفوض له..... 65
ثانيا: التزامات وسلطات الإدارة المفوضة..... 69
ثالثا: حقوق المنتفعين 70
الفرع الثالث: نهاية الغقد 71
أولا: النهاية العادية 71
ثانيا: النهاية غير العادية..... 72
الخاتمة..... 73