

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

معايير تميز عقود تفويض المرفق العام

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية

فرع: القانون العام

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالبة:

علام لياس

مغاري سعاد

لجنة المناقشة:

❖ الأستاذ(ة): بوشنة ليلي..... رئيسا

❖ الأستاذ: علام لياس..... مشرفا ومقررا

❖ الأستاذ(ة): تياب نادية..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2014 - 2015

يقول العماد الاصفهاني:

" إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو

غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد لكان يستحسن، ولو قدم هذا

لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء

النقص على جملة البشر "

فإذا كان هذا قول الإنسان لنفسه فكيف يقول غيره فيه

شكر وتقدير

مصداقا لقول سيد الخلق محمد صلى الله عليه وسلم: " من لا يشكر الناس لا يشكر الله "

الحمد والشكر لله عزوجل الذي أعانني ووفقني على إنجاز هذه المذكرة .

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ " علام الياس " على مساعدته لي فرغم انشغالاته والتزاماته الكثيرة فقد قبل الإشراف على هذا العمل ومراجعته مع تقديمه ملاحظات قيمة أنارت لي طريق البحث، فله كل عبارات الشكر والتقدير عرفنا مني بالجميل.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين شرفوني بقبولهم وحضورهم لمناقشة هذا العمل.

كما أشكر أساتذة كلية الحقوق بالأخص الأستاذ "علام"، الأستاذ "عيساوي"، الأستاذ "موري"، الأستاذ "بودريوه".

وكل من ساهم من بعيد أو من قريب في إنجاز هذا العمل .

إهداء

اهدي هذا العمل :

إلى مبلغ الرسالة وهدى الأمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من دفئ حضانها أول مأوى سكن.

إلى من لم تبخل علي بالدعاء بعد كل صلاة " أمي " .

إلى من أتعب نفسه ليريحني وإلى من كلله الله بالهيبة والوقار " أبي " .

إلى من لا تحلى الدنيا إلا بوجودهم وقربهم " أخواتي و أخي " .

إلى من جمعني بهم القدر وأحببتهم وأحبوني " أصدقائي " .

إلى من جمعني أسوار الجامعة وطلب العلم.

إلى من يجمعني بهم صلة الرحم فخرا واعتزازا أعمامي وأخوالي.

إلى كل من تمنى لي النجاح.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي .

سعاد

قائمة لأهم المختصرات:

أولا : باللغة العربية.

ج ر ج ج : جريدة رسمية جمهورية جزائرية.

ص : الصفحة.

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

د ب ن: دون بلد النشر.

د د ن: دون دار النشر.

د ط: دون طبعة.

د س ن: دون سنة النشر

ثانيا: باللغة الفرنسية:

A.J.D.A : Actualité Juridique Droit Administrative

C.E : Conseil d'Etat

Concl : Conclusion

E.D.C.E : Études et Document du Conseil d'Etat

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

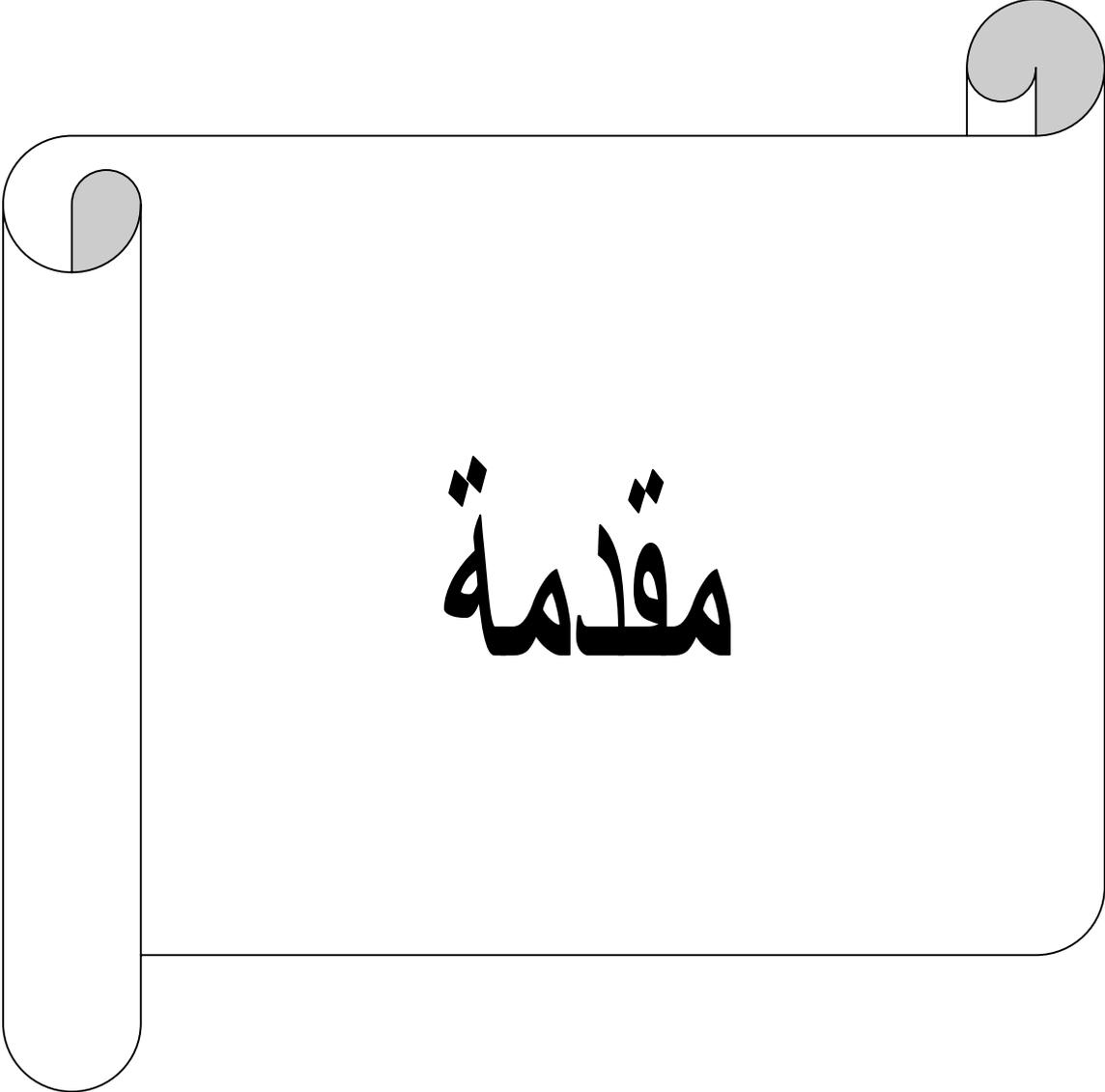
N : Numéro

OP .CIT : Ouvrage Précédemment cité.

P : page.

TC : Tribunal des Conflits

RDP : Revue du Droit Publique



مقدمة

من أهم المواضيع التي تثيرها تقنية تفويض المرفق العام، لدى الفقه و القضاء هو كيفية تحديد معيار تميز هذه الزمرة من العقود، فمنذ انبثاق فكرة التفويض و الفقه يبحث، في إمكانية إيجاد معايير من خلاله تتميز عقود المرفق العام.

وفي الجزائر نجد أن المرفق العام لم تكن له أهمية على غرار الدول الأخرى، إلا ابتداء من سنة 1975 أين أعيد له الاعتبار من طرف المشرع الجزائري وبدأ بذلك مبينا طريقة تسييره⁽¹⁾.

ففي أول وهلة كان الفقه متفق على معيار و هو المرفق العام، إلا أن تطور تدخل الدولة وتعدد أدوارها وتزايد المرافق من طرفها البحث عن المردودية المالية والاقتصادية، جعل الدولة تواجه صعوبة في تسييرها مما أدى بها إلى إيجاد طرق أخرى جديدة أكثر نجاعة لتسيير المرفق العام وترتقي فعلا بالخدمة العمومية لمواكبة الإنفتاح السياسي والإقتصادي.

فحتى نكون بصدد تفويض مرفق عام يجب أن يكون النشاط الذي يتم تفويضه مرفقا عاما مع إمكانية أن تعهد أنشطة المرفق العام للغير من أجل تحقيقه، و لقد تبين أن هذا المعيار غير مطلق و غير جدي بالنظر إلى أنه ليس كل المرافق قابلة للتفويض، كما أن التفويض لا يرد على كل النشاطات وعليه أصبح ينظر إلى هذا المعيار على أنه شرط من شروط تحقق التفويض، و ليس كمعيار مميز له بالتالي تحول هذا المعيار إلى معيار آخر و هو معيار امتيازات السلطة العامة.

بمعنى أنّ التفويض يحدد مجرد كون المتعامل له امتيازات السلطة العامة، حيث أن هذا الأخير يمارس نشاط بقصد تحقيق المصلحة العامة ، و أنه يتعلق بالفكرة الموضوعية أم الوظيفية للمرفق العام ، فهي تتعلق بالهدف من النشاط على حد تعبير الفقيه R. Chapus ، و لكن في هذا الإطار تدخل مجلس الدولة في قضية Ville de melun لسنة 1990، أين أكد أن امتيازات السلطة العامة ليست بالضرورة تشكل مرفقا عاما وليس بالضرورة أن يخص تقنية تفويض المرفق العام فقط و إنما يمكن أن يمتد إلى العقود الإدارية الأخرى ، فلهذه الأسباب انبثق معياران أساسيان من خلال قانون Sapin فالأول تعتمد على موضوع هذه العقود و هي فكرة استغلال

¹ - أنظر: محمد أمين بوسماح، ترجمة رحال بن أعمر ورحال مولاي إدريس، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص . 4.

المرفق و التي تمتد أساسا على أهمية الاستغلال و ليس المساهمة، أما الثاني فهو يبقي فكرة ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال الذي انبثق منه أو تحول إلى معيار المخاطر المالية الاستغلال، ويبدو أنّ هذه المعايير قابلة للتغيير والتطور بتطور تقنيات التفويض وبالتالي يحتمل ظهور معايير أخرى في المستقبل، كما أن هذان المعياران يظهران أنّ تفويض المرفق العام يتميز ولو نسبيا، عن العقود الإدارية الأخرى حيث أنّ هذه الأخيرة هدفها وموضوعها يختلف تماما كما أنّ الجانب المالي في هذه العقود لا تعتمد على نتائج الإستغلال.

فمنه نتساءل فيما تتمثل معايير تميز عقود تفويض المرفق العام ؟

و لمعالجة هذا الموضوع و الإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على منهج وصفي مقارنة وارتأينا تقسيم بحثنا هذا إلى فصلين ، نحاول تحديد معيار المرفق العام و امتيازات السلطة العامة (الفصل الأول) ، المعايير الحديثة لتفويض المرفق العام (الفصل الثاني).

أهمية البحث:

تكمن أهمية دراسة هذا الموضوع، في محاولة ضبط معايير تميز عقود تفويض المرفق العام بحيث أنه موضوع يتسم بالحدائثة، و بذلك فإن البحوث و الدراسات في هذا المجال قليلة، لذلك سنحاول معرفة هذه المعايير.

الفصل الأول:

معيار المرفق العام وامتيازات السلطة
العامة

ظهر المرفق العام كأساس للقانون الإداري ، في نهاية القرن التاسع عشر و قد لعبت هذه النظرية دورا كبيرا في نطاق تأسيس أحكام هذا القانون إلى درجة دعى بعض فقهاء القانون الإداري إلى تسميته بقانون المرافق العامة و لا تزال هذه النظرية تؤدي دورا هاما في مجال تطبيق القانون الإداري ، و لقد برز المرفق العام كمعيار لتوزيع الاختصاص منذ صدور قرار بلانكو الشهير الصادر في 08 فيفري 1873⁽¹⁾، أين أصبحت الدولة مسؤولة عن أضرارها و هذا دليل أن القاضي لم يهمل الدور العملي للمرفق إلا أن معيار المرفق العام تعرض في الأخير إلى أزمة وذلك نتيجة تطور الحياة الاقتصادية، و ظهور الدولة المتدخلة، و اهتزاز الأساس الفلسفي والإيديولوجي أدى إلى هدمها ، و عدم كفاية فكرة المرفق العام و عدم شمولها كأساس لتحديد القانون الإداري ، مما أدى تحول هذا المعيار إلى معيار امتيازات السلطة العامة.

و قصد الإحاطة بكل جوانب الموضوع سنحاول دراسة أسلوب معيار المرفق العام من خلال التطرق إلى مفهومه (المبحث الأول) و كذا أسلوب معيار امتيازات السلطة العامة (المبحث الثاني).

¹ - T.C. 8 février 1873, Blanco, concl. David, les grands Arrêtés de la jurisprudence administrative, 10eme édition, SIREY, France, p.1.

المبحث الأول

معيار المرفق العام

تعتبر فكرة المرفق العام من الأفكار الأساسية في بناء الأساس الذي قامت عليه نظريات القانون الإداري، و مازالت تشكل مفهوم أساسي من مفاهيم القانون الإداري، و هي أكثر مفاهيم القانون الإداري إثارة للجدل.

في أواخر القرن التاسع عشر بدأ الفقه و القضاء في فرنسا في ربط القانون الإداري، ومن ثم اختصاص القضاء الإداري بفكرة المرفق العام باعتباره موضوع النشاط الإداري، ولتحديد معيار المرفق العام ، سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى النقاط التالية: مضمون معيار المرفق العام (المطلب الأول) ، هجر معيار المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون معيار المرفق العام

باعتبار الدولة تؤدي خدماتها للأفراد عن طريق المرافق العامة ، فهي تعمل وفق قواعد ملائمة لمقتضيات المرافق العامة ، و بذلك يرتبط هذا القانون بالمرفق العام ، و التي تعتبر أساس وجوده و محل تطبيقه ، و يعني معيار المرفق العام أن كل تصرفات الإدارة و أعمالها المتعلقة بمرفق عام تأخذ صيغة إدارية محضة و من الجدير بالذكر أن الفقه قد استمد و استنبط هذا الأساس أو المعيار من أحكام القضاء الإداري الفرنسي ، و لقد تبني مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة تنازع الاختصاص فكرة المرفق العام ، كأساس تطبيقي للقانون الإداري منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر في سلسلة من الأحكام⁽¹⁾، حكم محكمة التنازع في قضية بلانكو (الفرع الأول) حكم مجلس الدولة في قضية تيريه (الفرع الثاني) حكم مجلس الدولة في قضية تيرون (الفرع الثالث).

¹ - نواف كنعان ، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري) ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2006 ، ص. 84 .

الفرع الأول

حكم بلانكو Blanco

تتلخص وقائع القضية : "في أن الفتاة أنياس بلانكو أثناء قيامها بالعمل في مصنع للتبغ تملكه الدولة في مدينة بوردو ، صدمتها شاحنة تابعة للمصنع و أحدثت لها ضرر، فرفع والدها دعوى للحكم على الدولة أمام المحكمة المدنية، فاعترض المحافظ على الاختصاص معتبرا الدعوى إدارية مما أدى إلى إحالتها على محكمة التنازع للبت في مسألة اختصاص القضاء الإداري معتمدة على القواعد التي طبقتها مجلس الدولة بعدد المرافق العامة و مسؤولية الإدارة⁽¹⁾".

و يكون بذلك قرار بلانكو ، قد استبعد بصفة صريحة و نهاية اختصاص القضاء العادي انطلاقا من نظرية الدولة المدنية "L'Etat débiteur".

ولقد أيدت محكمة التنازع موقف اتجاه مجلس الدولة الفرنسي ، من خلال قرار بلانكو الشهير الصادر في 08 فيفري 1873، و كان أول من إعتنق و تبني هذا المعيار و الذي يعد أهم تكريس قضائي للمسؤولية الإدارية للمرفق العام.

حيث قررت أن المسؤولية التي تقع على عاتق الدولة عن جراء الأضرار التي يسببها للأفراد أشخاص تستخدمهم في المرافق العامة ، لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي وضعتها المجموعة المدنية (Code Civil) للعلاقات بين الفرد و الفرد.

حيث أن لها قواعد الخاصة التي تتغير حسب حاجات المرفق و ضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد ، ومن هنا فإن الاختصاص ينعقد لمجلس الدولة و ليس للقضاء العادي وهكذا مكنت من تحويل فكرة المرفق العام ، كفكرة قانونية هي الأساس و المعيار المعتمد في مجال تأسيس قواعد القانون الإداري و تحديد نطاق تطبيقه ، و كذا مجال اختصاص القضاء الإداري.

¹ - فريجه حسين ، شرح القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010 ، ص. 70 .

الفرع الثاني

حكم تيريه Terrier

وتتلخص وقائع القضية أن المجلس العام لمحافظة ساوون و لورا (Saone-et-Loire) وعد بتقديم مكافأة لكل من يأتي برأس أحد الأفاعي المنتشرة في المحافظة ، و رصد المجلس مبالغ مالية لذلك من ميزانية المحافظة وتقديم عدد من المواطنين ومن بينهم السيد (Terrier) للحصول على مكافأتهم لاصطيادهم عدد من الأفاعي ، و لكن لم يحصلوا على مكافأتهم لنفاذ المبالغ المخصصة لذلك ، فتقدم السيد (Terrier) لمجلس الدولة بدعوى ضد المجلس العام مطالبا بمكافأته ، قرر المجلس أنه مختص بنظر هذه الدعوى على أساس أن الوعد بالمكافأة يعتبر (إيجابا) من قبل المجلس العام ، و قيام السيد (Terrier) باصطياد عدد من الأفاعي (قبولا) ومن ثم يكون بينهما عقد إداري و هذا العقد يتعلق بمرفق عام⁽¹⁾.

بعد ثلاثين سنة من صدور حكم (بلانكو) أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه في قضية تيريه الصادر في 06 فيفري 1903⁽²⁾، مقرر اختصاصه بالنزاع المتعلق بمجلس بلدي على أساس معيار المرفق العام ، حيث أكد المجلس في هذا الحكم على أن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة وطنية أو محلية يكون نشاط إداري هو بطبيعته من اختصاص القضاء الإداري وأن كل المنازعات بين الأشخاص العامة و الغير ، أو بين هذه الأشخاص العامة نفسها ، مؤسسة على تنفيذ مرفق عام أو عدم تنفيذه أو سوء تنفيذه ، يشكل نشاط إداري يعود بطبيعته لاختصاص القضاء الإداري⁽³⁾.

¹ - هاني علي الطهراوي ، القانون الإداري : (ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006 ، ص. 102 .

² - C.E, 06 février, 1903. Terrier. Rec 94. Concl, ROMIEU, les grands arrêts de la jurisprudence Administrative, 10eme édition, SIREY, France, 1993, p.66.

³ - نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص. 86 .

الفرع الثالث

حكم تيرونند Thérond

حكم مجلس الدولة في قضية السيد تيرونند Thérond 04 مارس 1910⁽¹⁾، في قراره أن أي إجراء ينصب على عدم تنفيذ عمل المرفق العام أو تنفيذه بشكل معيب ، أو عدم تنفيذ العقد المبرم و الضامن لنشاط المرفق العام ، يشكل في حقيقة الأمر عملية إدارية تخضع لاختصاص القضاء الإداري.

أما بالنسبة لموقف محكمة العدل العليا فقد صدر عنها العديد من الأحكام التي تعتمد على فكرة المرفق العام ، كأساس لتحديد نطاق القانون الإداري من ذلك قولها : " حيث أن مؤسسة عالية قد أنشئت بمقتضى قانون و أنها تدير مرفقا عاما هو مرفق النقل الجوي ، فهي من المؤسسات العامة و القرارات التي تصدر عنها قرارات إدارية"⁽²⁾.

الفرع الرابع

مفهوم معيار المرفق العام

لقد لحق مفهوم المرفق العام الكثير من التطور ، فلم يعد قاصرا على المجالات التقليدية بل شمل العديد من النشاطات التي كانت لا تدخل تقليديا في مفهوم المرفق العام ، و فكرة المرفق العام لها مكانة هامة في القانون الإداري رغم تطور أساليبه ، إلا أنه لم يتمكن الفقهاء من وضع تعريف شامل للمرفق العام ، و هذا بدوره جعل محاولات فقهية كثيرة تتضارب بشأنه ، ولكن يتفق أغلب الفقهاء عند القيام بتحديد مفهوم المرفق العمومي ، أنّ هذا الأخير يعكس إحدى تصورات الدولة⁽³⁾ إذ نجد قواعد القانون العام، و قواعد القانون الخاص أصبحت تعمل في مجال واحد سواء في المشروعات الخاصة ذات النفع العام أو المرافق العامة الصناعية و التجارية و من خلال

¹ - C.E, 4 mars 1910, THEROND, Cancl. Pichat, les grands Arrêts de la jurisprudence administrative, 10eme édition, SIREY, France, 1993, p.121.

² - هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص.102.

³ - لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 183 .

مفهوم معيار المرفق العام تناول تعريف معيار المرفق العام (أولا) ، أركان و عناصر المرفق العام (ثانيا) .

أولا : تعريف معيار المرفق العام:

تتمثل محاولة تعريف المرفق العمومي في اتجاهين أساسيين، حيث أن اتجاه يركز على المعيار العضوي الشكلي و هو ما يسمى المرفق العمومي "مؤسسة" و اتجاه يركز على المعيار الموضوعي المادي و هو ما يسمى بالمرفق العمومي "نشاط".

أ- المعيار العضوي Le critère organique :

المعيار العضوي هو الذي يقضي بأنّ المرفق العام هو منظمة عامة، تكفل القيام بخدمة معينة تسدها للجمهور على نحو منتظم⁽¹⁾ و مطرد أي بصورة مستمرة في تلبية الاحتياجات الدائمة والقائمة ومن هذا المنظور يقصد بالمرفق العام الأجهزة الإدارية و المؤسسات الإدارية بشكل عام فالمرفق العمومي للعدالة يتمثل في الأجهزة أو المؤسسات القضائية بصفة عامة، أي المحاكم المجالس القضائية، وزارة العدل... إلخ⁽²⁾

ف نجد أحيانا أن تطبيق القانون الخاص هو المبدأ العام الذي تخضع له بعض المرافق العامة الاقتصادية و الصناعية و التجارية ، من هنا تراجعت فكرة أنّ القانون الإداري يجد أساسه في المرفق العام، وهكذا لم تعد القاعدة الثلاثية القديمة صحيحة و المتمثلة في (المرفق العام، تطبيق نظام قانوني استثنائي ، اختصاص القضاء الإداري) .

اعتنق المشرع الجزائري المعيار المادي، لمدة من الزمن و لكن استبدل هذا المعيار القديم المتمركز على طبيعة النشاط الإداري، بمعيار آخر و هو المعيار العضوي، و لم يعد يأخذ بعين

¹ - بعلي محمد الصغير، القانون الإداري: (التنظيم الإداري - النشاط الإداري) ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2010 ، ص. 183 .

² - لباد ناصر، المرجع السابق، ص. 187 .

الاعتبار صفة الأشخاص المعنيين⁽¹⁾، ومن خلال هذا المعيار فإنه كل مرفق عام يؤدي نشاط وفقا للمعيار العضوي فتعتبر نشاطاته التعاقدية من قبيل عقود تفويض المرفق العام.

ب- المعيار الموضوعي Lecriter matériel :

أما من هذا المنظور يقصد بالمرفق العمومي كل نشاط شرع فيه بهدف تحقيق مصلحة عامة و منه نستنتج أن نشاط المرفق العام يتميز عن النشاط الخاص ، فالأول تحركه المصلحة العامة و يجب أن لا يهتم بتحقيق ربح مادي ، أما الثاني فتحركه المصلحة الخاصة و ذلك سعيا وراء تحقيق الربح ، فالتعليم 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 : "نشاط يجب أن يكلفه و ينظمه الحكام لأن الإطلاع بجوهر هذا النشاط لا غنى عنه لتحقيق التضامن الاجتماعي و لتطور بحيث لا يمكن تحقيقه على أكمل وجه ، إلا عن طريق تدخل السلطة الحاكمة"⁽²⁾.

إذا كان المعنيان يلتقيان أحيانا في تدخل الإدارة للوفاء بحاجة ما ، فاستحدث لها جهاز عام يتولى هذا النشاط و أحيانا ، لا يكون النشاط دون نفع عام ، و كذا مشاريع الإدارة ليست كلها ترمي إلى تحقيق النفع العام و لهذا ظهر معيار ، يدعو إليه الفقه الحديث و هو المعيار المركب⁽³⁾، أو التعدادي ومن خلا هذا المعيار فإن كل مرفق عام يؤدي نشاط أو خدمة وفقا لمعيار موضوعي وبالتالي تعد نشاطاته تعاقدية ضمن زمرة عقود تفويض المرفق العام.

¹ عوايدي عمار ، القانون الإداري ، الجزء الأول (النظام الإداري) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1990 ، ص. 56 .

² عوايدي عمار ، المرجع نفسه، ص. 57 .

³ محيو أحمد، ترجمة محمد صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2006 ، ص. 430 .

ج- المعيار المركب:

هو معيار يجمع بين المعيارين معا أي الجهاز و النشاط ، و في هذا الصدد عرفه الأستاذ " محمد سليمان الطماوي " على أنه : " مشروع ذو نفع عام خاضع للهيمنة أو الإدارة العليا الحاكمة ، و يهدف إلى إشباع حاجات عامة للجمهور بسبب عدم كفاية أو عدم وجود مشروعات خاصة لتحقيق هذه الأغراض ، و يخضع لحد أدنى من القواعد الخاصة أي لنظام قانوني خاص واستثنائي"⁽¹⁾.

و تجدر الإشارة إلى أن المرفق العمومي في الجزائر ، يكتسي أساسا مدلولين يتمثل في أنه مؤسسة أي الجهاز الذي يسير الشؤون العمومية و يقصد بهذا المفهوم ، الإدارة العمومية بشكل عام أو أي مؤسسة إدارية معينة ، أما المدلول الثاني هو اعتبار المرفق العمومي نشاط ، أي النشاط الذي تقوم به أجهزة خاصة أو عمومية بهدف تحقيق المصلحة العامة ، و على سبيل المثال لقد أشير إليه بهذا المعنى في القانون 01-02 المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز عن طريق القنوات⁽²⁾ و قد نصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يلي: "يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة على النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء و نقل الغاز و توزيعه و تسويقه بواسطة القنوات" كما نصت المادة 72 من نفس القانون على : " تمنح الدولة الضامنة للمرفق العمومي الامتياز في ميدان الكهرباء و الغاز ... "

و 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

¹ - محمد سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري (نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة العامة - دراسة مقارنة) ، الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ، 1979 ، ص. 24 .

² - قانون رقم 02 - 01 مؤرخ 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ، ر ، ج، ج ، عدد 08 ، صادر في 06 فيفري 2002.

تحقيق المصلحة العامة و خاضعا في ذلك و لو جزئيا إلى قواعد القانون العام⁽¹⁾.

ثانيا : أركان و عناصر معيار المرفق العام:

للمرفق العام أربعة أركان و عناصر، تميزه عن غيره من المنظمات والأجهزة، والمؤسسات العامة⁽²⁾، و الخاصة على حد سواء ، كما أنّ هذه العناصر تبين وتؤكد مدى فعاليته و نسردها على النحو التالي:

أ- المرفق العام مشروع عام:

المرفق العام هو مشروع عام، و المشروع عبارة عن نشاط منظم و متناسق تمارسه مجموعة بشرية قيادية و توجيهية و إدارية و تنفيذية، بوسائل مادية و فنية و قانونية لتحقيق غرض محدد⁽³⁾.

ب- المرفق العام مشروع ذو نفع عام:

إنّ الهدف الأساسي لوجود المرفق العام ، هو تحقيق مصلحة عامة عن طريق إشباع الحاجات العامة المادية والمعنوية والمستقبلية، لأفراد المجتمع ومواطني الدولة، و ذلك في نطاق السياسة العامة المرسومة و المحددة في موثيق و مصادر النظام القانوني ، الساري المفعول في الدولة ، فالمرفق العام يعمل بانتظام و اطراد لتوفير الخدمات الصحية و التعليمية مثلا و كذا خدمات البريد و المواصلات ، خدمات الأمن...⁽⁴⁾ .

فبما أن المرفق العام هو وسيلة السلطة الإدارية العامة في تقديم السلع و الخدمات اللازمة لإشباع الحاجات العامة بانتظام و اطراد و على أفضل وجه فإنّ هدفها تحقيق المصلحة العامة

¹ - لياد ناصر، المرجع السابق، ص ص. 192 - 193 .

² - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، د ط، دار النشر والتوزيع ، الإسكندرية ، 2006 ، ص. 183 .

³ - محمود حافظ، نظرية المرفق العام، د ط ، د د ن ، القاهرة، 1964 ، ص. 18 .

⁴ - ثروت بدوي ، القانون الإداري ، د ط ، دار النهضة العربية ، د ب ن ، 1974 ، ص. 145 .

وهو ركن جوهري و عنصر أساسي من أركان و عناصر المرفق العام، وكذا تمييز عقود تفويض المرفق العام عن غيرها من العقود.

ج- المرفق العام مشروع مرتبط بالدولة و الإدارة العامة:

لا يكفي لاكتساب صفة المرفق العام على منظمة إدارية ما أن يكون مشروع يستهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، بل ولا بد أن يكون المشروع مرتبط ارتباطا عضويا ومصيريا و وظيفيا بالدولة و الإدارة العامة، كما أن ارتباط المشروع بهذه الأخيرة هو ركن و عنصر جوهري لوجود المرفق العام و تمييزه و معنى ارتباط المرفق العام ، هو خضوع المرفق العام للسلطات العامة المختصة في الدولة انشاء و تنظيم و تسييرا.

فالمرفق العام يخضع للسلطات العامة التشريعية و التنفيذية و الإدارية من حيث الإنشاء والتنظيم و الرقابة والإشراف و هذا ما يزيد في تحديد المرفق العام و تمييزه عن المشروعات والمنظمات الخاصة (1).

د- خضوع المرفق العام لنظام قانوني خاص و استثنائي:

تعتبر عملية خضوع المرفق العام لنظام قانوني و استثنائي و غير مألوف في مجال النظم القانونية للمشروعات و المنظمات الخاصة، من حيث الإنشاء و التنظيم و الرقابة و من حيث الإلغاء وفض المنازعات، تعتبر هذه العملية ركن و عنصر أساسي و جوهري من أركان وعناصر المرفق العام (2).

و المقصود بالنظام القانوني الخاص و الاستثنائي الذي يحكم المرفق العام، هو مجموعة

¹ - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري: (تنظيم السلطة الإدارية والإدارة المحلية التنظيم القانوني للوظيفة العامة)، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2009، ص. 520 .

² - عوايدي عمار ، القانون الإداري ، الجزء الثاني (النشاط الإداري) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2000 ، ص. 61 .

الأحكام و المبادئ القانونية، التي تختلف اختلافا جذريا عن قواعد القانون الخاص بصفة عامة وعن قواعد النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة بصفة خاصة.

المطلب الثاني

هجر معيار المرفق العام

بتطبيق معيار المرفق العام على موضوعات القانون الإداري ، يتضح لنا أن الكثير منها تكسب صفتها الإدارية من خلال ارتباطها بفكرة المرفق العام ، فالموظف العام مثلا يكتسب هذه الصفة لأنه يعمل في خدمة المرفق العام ، و العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة مختلفة عن القواعد التي تطبق على العقود المدنية لأنها تتعلق بنشاط المرافق العامة ... إلا أن معيار المرفق العام في الأخير تعرض لجملة من الانتقادات ، التي تبرز عجزه و قصوره ، كمعيار لتمييز عقود تفويض المرفق العام و في هذا المطلب سوف نتناول مدرسة المرفق العام (الفرع الأول) ، تقدير فكرة المرفق العام (الفرع الثاني) ، أزمة معيار المرفق العام و الانتقادات الموجهة له (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مدرسة المرفق العام

نجم عن صدور هذه الأحكام القضائية التي تقرر، و تؤكد أن فكرة المرفق العام هي أصل ومحور و أساس القانون الإداري ، الذي يجمع كل نظرياته و مبادئه و قواعده المتناثرة ، و أن أساسه هو الذي يبرر وجود قواعده الإستثنائية و المختلفة عن قواعد القانون الخاص ، و معياره هو الذي يحدد نطاق تطبيقه ، و ظهرت مدرسة المرفق العام بزعامة الفقه ليون دوجي **L.Duguít** (أحكام القضاء الإداري)، و كذلك الفقيه جاستون جيز **G jeze** و بونار **Bonnard** رولاند **Rolland** .

و قد أكد دوجي **Duguít** أن الدولة هي في الحقيقة مجموعة من المرافق العامة و ليست شخصا صاحب سلطة و سيادة ، أي أن الدولة ليست سلطة أمر أو نهي و امتيازات بل هي

مجموعة من المرافق العامة ، يديرها الحكام باعتبارهم عمال مرافق عامة ، و ذلك من أجل تحقيق أهداف التضامن الاجتماعي.

و قرر **جيز jeze** أن المرافق العامة ما هي إلا وسيلة فنية مرادفة للنظام الإداري و أن هدف نظريات القانون الإداري المختلفة تتمثل أصلا في تسهيل التشغيل المنتظم المستمر للمرافق العامة لإشباع حاجات المصلحة العامة بأكبر سرعة و كفاءة ممكنة⁽¹⁾.

و يرى أنصار هذه المدرسة أنها الفكرة الوحيدة لقيام نظرية القانون الإداري، فكل عمل متصل بالمرفق العام يعد عملا إداريا يدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري⁽²⁾.

الفرع الثاني

تقدير فكرة المرفق العام

بالرغم من أن فكرة المرفق العام، قد أدت ومازالت تؤدي دورا كبيرا لخدمة نظرية القانون الإداري، حيث قامت هذه الفكرة كأساس و محور وأصل القانون الإداري وحققت وحدة القانون الإداري وأحكامه ومبادئه، إلا أن معيار المرفق العام قد إكتنفته عيوب ونقائص، لذا تعرض لبعض الانتقادات التي تبرر عجزه وقصوره و من بين هذه العيوب والنقائص نذكر على سبيل المثال ما يلي:

* إمكانية تحقيق الهدف من المرافق العامة (المصلحة العامة) عن طريق المشروعات الخاص وتدعيمها لتحقيق النفع العام دون تحويلها إلى مرافق عامة.

* إن بعض أعمال المرافق العامة تخضع في بعض النواحي لقواعد القانون الخاص كالعقود التي تبرمها الإدارة دون تضمينها لشروط استثنائية، فتكون كمثلها في العقود المبرمة بين الأفراد.

¹ - نقلا عن ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص. 59 .

- JEZE (w), principes généraux du droit administratif, il: R .D . P N° 3, France,1914 , p154.

² - عوابدي عمار ، المرجع السابق ، ص. 140 .

فالبيرغم من هذه الانتقادات ، إلا أن المبادئ القانونية للمرفق العام ، تحكم إنشاء و إدارة وتسيير المرافق العامة في الدولة ، أدت و لعبت و مازالت تلعب دورا كبيرا في تأسيس و تبرير نظريات القانون الإداري و مبادئه (نظرية الظروف الطارئة ، فكرة الإضراب ، الاستقالة ...) فاعتبار هذه النظريات قد أسست و بنيت على أساس المبادئ القانونية للمرافق العامة، و مازالت هذه المبادئ تساهم مع فكرة السلطة العامة في تأصيلها و تأسيسها⁽¹⁾.

الفرع الثالث

أزمة معيار المرفق العام و الانتقادات الموجهة له

إنّ ظهور المرافق العامة الاقتصادية الخاضعة لقواعد ، القانون الخاص قد ضاعفت من الإنتقادات الموجهة لمعيار المرفق العام ، حيث لجأت الإدارة في تشغيلها في حدود كبيرة إلى وسائل القانون الخاص مع ما يستتبع من الخضوع للقضاء العادي ، كما ثبت أنه من المصلحة أحيانا تستخدم الإدارة بإرادتها وسائل القانون الخاص و تخضع لأحكامه و فضلا عن ذلك تبلورت المشروعات الخاصة ، ذات النفع العام ومنحت امتيازات المرافق العامة في مقابل خضوعها لرقابة إدارية مشددة و تطبيق بعض مبادئ المرافق العامة عليها لمبدأ استمرار تشغيلها بانتظام⁽²⁾.

سنحاول في هذا الصدد أن نتناول أزمة فكرة المرفق العام (أولا) ، الانتقادات الموجهة له

(ثانيا).

أولا : أزمة معيار المرفق العام:

سادت فكرة المرفق العام كأساس مميز للقانون الإداري، و لاختصاص القضاء الإداري حينما كان يسهل التعرف على المرفق العام ، أي حينما كانت المرافق العامة ذات طابع إداري بحت وهي عبارة عن مجرد مشروعات عامة تتولاها الإدارة و تقوم بنشاط يهدف إلى إشباع حاجات الجمهور العامة بحيث تباشر نشاطها وفقا لأحكام القانون الإداري .

¹- نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص. 90 .

²- ماجب راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2006 ، ص. 58 .

ولكن على الرغم من الأهمية و الدور الكبير الذي لعبته فكرة المرافق العامة في بناء وتأسيس القانون الإداري، فإنّ عوامل التطور أدت إلى حدوث أزمة لفكرة المرفق العام و لم تعد تكفي كمعيار، لتمييز عقود تفويض مرفق العام و اختصاص القضاء الإداري، و أصبحت عاجزة أن تكون على الأقل المعيار الوحيد و الكافي و الجامع و المانع للقانون الإداري، بل تحولت إلى فكرة مطاطة، لذلك نادى البعض بأن فكرة المرفق لا تصلح كأساس للقانون الإداري واستندوا في ذلك إلى حجج كثيرة.

ثانيا : الانتقادات الموجهة لمعيار المرفق العام:

إنّ معيار المرفق العام تعرض لبعض الانتقادات التي تبرز عجزه و قصوره ، كمعيار لتمييز القانون الإداري وعقود تفويض مرفق العام عن استيعاب التطورات و التغييرات، في مجال النشاط الإداري عامة و النشاط المرفقي بشكل خاص و من أهم هذه الانتقادات نذكر :

أ- فكرة المرفق العام فكرة ضيقة لا تكفي لتمييز نطاق عقود العام:

إنّ عدم كفاية المرفق العام و عدم شمولها كأساس لتمييز نطاق عقود المرفق العام، يعتبر سبب غموض هذا المعيار، فالنشاط الإداري لا يقتصر على إدارة المرفق العام، و إنما يشمل تنظيم نشاط الأفراد الذي يتم عن طريق الضبط الإداري و الذي يعتبر مرفقا عاما.

ويضاف إلى ذلك أن إدارة المرفق العام لا يقتضي بالضرورة استخدام أساليب القانون الإداري بل تلجأ إلى أساليب القانون المدني و خاصة في مجال العقود ، حيث تقوم المرافق العامة بإبرام عقود ، واستخدام العاملين فيها طبقا ، لشروط القانون المدني أو التجاري رغبة من هذه المرافق بإغراء الأفراد على التعامل معها (1).

ب- فكرة المرفق العام أصبحت غير واضحة المعالم في الوقت الحاضر:

أدت هذه الميزة إلى ضعف الفصل بين المرافق العامة و المشروعات الفردية الخاصة وسبب

¹ - نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص. 88 .

ذلك يعود إلى تدخل الإدارة في ميادين النشاط الفردي و في ميدان الصناعة و التجارة ، مما عمل على زيادة المرافق الصناعية و التجارية و مثال ذلك تلجأ الإدارة إلى استغلال مشروع كمؤسسة لبيع المواد الغذائية أو إقامة مصنع لسد الحاجات الجماعية العامة ، دون أن تهدف من وراء نشاطها إلى تحقيق أرباح مالية ، و تستعمل في إدارة هذه المرافق الاقتصادية بعض أساليب القانون الخاص ، أي الأساليب التي يستعملها في إدارة مثل هذه المشروعات مما يؤدي إلى تدخل جانب أحكام القانون الخاص ، في نطاق المرافق العامة و طرق إدارتها (1).

و من الجدير بالذكر أنه على الرغم من الأزمة التي تمر بها فكرة المرفق العام ، فإن مجلس الدولة الفرنسي، مازال يستند إليها في بعض أحكامه كأساس للقانون الإداري و لاختصاص القضاء الإداري.

المبحث الثاني

معيار امتيازات السلطة العامة

إنّ أزمة نظرية المرفق العام، أدت إلى ظهور أصوات تنادي بالبحث عن أفكار بديلة لفكرة المرفق العام و استبعادها، كفكرة مهيمنة على القانون الإداري (2) و كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري و بدأ الفقه يتجه مرة أخرى نحو فكرة السلطة العامة.

و لكن بغير الصيغة المعروفة من قبل في معيار السلطة الآمرة (3)، حيث تم تجديدها مما

¹ - هاني علي الطهراوي ، المرجع السابق ، ص. 104 .

² - حمدي القبيلات ، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري) ، الجزء الأول ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2008 ، ص . 272 .

³ - تطورت فكرة السلطة العامة في القانون الإداري من مفهوم تقليدي، حيث كانت السلطة العامة تتحصر في قوة وسلطة الإخضاع والبطش وإجبار المحكومين على الخضوع وإطاعة أوامر وتوجيهات الحكام، ثم تطور مفهوم فكرة السلطة العامة خلال القرن التاسع عشر، و أصبح يعني حق استعمال سلطة وقوة الأمر والنهي بإرادة الإدارة العامة المنفردة ، ثم تطور مفهوم فكرة السلطة العامة خلال القرن العشرين فأصبحت فكرة السلطة العامة مجرد فكرة فنية وقانونية تتضمن مجموعة الأساليب والامتيازات والقيود التي تستعين بها الإدارة العامة في أداء مهام وظائفها لتحقيق الأهداف العامة بما يحقق المصلحة العامة في المجتمع نقلا عن عوابدي عمار، المرجع السابق، ص.137.

يتفق مع مقتضيات الصالح العام و حقوق الأفراد و حرياتهم مع مراعاة واقع النشاط الإداري وأساليبه ، و حقيقة ما تتمتع به الإدارة من اختصاصات و امتيازات.

و لتحديد معيار امتيازات السلطة العامة ، سوف نحاول في هذا الصدد التطرق إلى مضمون معيار امتيازات السلطة العامة (المطلب الأول) ، و تقييم معيار امتيازات السلطة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون معيار امتيازات السلطة العامة

يقوم هذا المعيار على أنّ السبب من خروج قواعد القانون الإداري و تميزها عن قواعد القانون الخاص، يرجع إلى عدم المساواة بين الإدارة و الأفراد، و عدم المساواة هذه ترد من كون الإدارة تتمتع بسلطات و امتيازات لا يتمتع بها الأفراد و ذلك بغرض تمكينها من أداء وظائفها و تحقيق الصالح العام و القصد من تقرير امتيازات لا يتمتع بها الأفراد و ذلك بغرض تمكينها أيضا من تقرير هذه السلطة للإدارة، ليس منح الجهات الإدارية مركزا أسمى من الأفراد واستبدالها اعتمادا على ذلك و إنما منح للإدارة سلطة تستخدم لصالح الأفراد.

كما أنّ الإدارة لا تتمتع فقط بامتيازات و سلطات، و إنّما تفرض عليها قيود والتزامات⁽¹⁾ والتي تكون أشد وطأة من القيود و الالتزامات المفروضة على النشاط الخاص.

و هكذا تتضمن فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة ، و تمارسها في تحقيق أغراضها امتيازات لصالح الإدارة، و قيودا تحد من حرياتها، و لابد أن تتضمن السلطة العامة الأمرين معا.

سنحاول في هذا الصدد أن نسرّد تعريف امتيازات السلطة العامة (الفرع الأول) ، و كذا التطرق إلى تحديد أهم سلطات و امتيازات السلطة العامة و القيود الواردة عليها (الفرع الثاني).

¹ - نواف كنعان ، المرجع السابق، ص. 91 .

الفرع الأول

تعريف امتيازات السلطة العامة

يقصد بفكرة امتيازات السلطة العامة ، أنها مجموعة الاختصاصات و السلطات الاستثنائية وغير المألوفة التي تتمتع بها الإدارة العامة ، و مجموعة الأساليب الفنية و مجموعة الالتزامات والقيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة ، و تجعل هذه الأخيرة باعتبارها سلطة عامة تمارس مظاهر السلطة في مركز أسمى لا تتساوى مع مراكز الأفراد ، و بالتالي تحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية و الخارقة و الغير المألوفة في مجال قواعد الشريعة العامة لتحكم و تنظم السلطة الإدارية و نشاطها و أعمالها الإدارية⁽¹⁾.

كما عرفها الفقيه هوريو HOURIOU: أنها كافة الإمتيازات و الوسائل التي تجعل الإدارة في مركز أسمى من ذلك الذي يتمتع به الأفراد في القانون الخاص.

و من ثم فإنها ليست مجرد أوامر و نواهي، تصدرها السلطة الإدارية و إنما هي حقوق ووسائل غير مألوفة في القانون الخاص تتمتع بها السلطة الإدارية أما حقوق السلطة العامة، فإنها حقوق تتمتع بها غير مألوفة في القانون الخاص مثالها حق الدولة في تجنيد مواطنيها أو حقها في فرض الضرائب أو في تنظيم الأنشطة الفردية⁽²⁾.

الفرع الثاني

سلطات وامتيازات السلطة العامة والقيود الواردة عليها

استنادا إلى المدلول الحديث لفكرة السلطة العامة، أنها لا تحتوي على مجموعة الامتيازات والسلطات الخارقة والاستثنائية، التي تمارسها السلطة الإدارية في مواجهة الأفراد بشكل تجعل

¹ عوايدي عمار ، المرجع السابق ، ص. 146 .

² -نقلا عن هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص.109. HOURIOU (m) : op.cit.pp.13-14

³ كانت نقطة البدء في بحث وتطور نظرية السلطة العامة من جديد على يد الفقيه العميد « فيدل » في أوائل الخمسينات من القرن العشرين ، لذلك عرف القانون الإداري بأنه : مجموعة القواعد المطبقة على نشاط السلطة التنفيذية حين تستخدم أساليب السلطة العامة نقلا عن هاني علي الطهراوي، المرجع نفسه، ص.157.

الإدارة العامة في مركز أسمى من مراكز الأفراد، فإنها في المقابل تتضمن مجموعة أخرى من القيود والالتزامات، التي تلزم الإدارة العامة بصورة أثقل وأحكم تقيد هذه الحرية حتى لا تتغول على حقوق الأفراد وحياتهم، وسنفصل هذه الامتيازات والقيود فيما يلي:

أولاً: سلطات وامتيازات السلطة العامة:

تتمثل سلطات وامتيازات السلطة العامة، في اتخاذ القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة وامتيازاتها في تنفيذ قراراتها جبراً أو مباشرة عند الاقتضاء ودون إذن من القضاء ومن أمثلة على ذلك: امتيازاتها في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، امتيازاتها في مجال الضبط الإداري الذي يقوم على تقييد حرية الأفراد بهدف حماية النظام العام حيث لا يمكن للإدارة ممارسة بدون امتيازات وسلطات خاصة ، لا يستطيع الأفراد استخدامها فهي تمثل وسيلة الإدارة (البولسية) لتحقيق أهداف الضبط الإداري .

امتيازاتها في مجال العقود الإدارية والتي تتمثل في سلطتها في تعديل بعض أحكام العقد الإداري أثناء تنفيذه بإرادتها المنفردة لمقتضيات المصلحة العامة (1).

وكذا سلطتها على إجبار المواطنين على أداء بعض الالتزامات كالضرائب والخدمة العسكرية والمصادرة... (2)

ثانياً : القيود الواردة على امتيازات السلطة العامة:

بالرغم من السلطات والامتيازات التي تتمتع بها السلطة العامة، إلا أنها تفرض عليها جملة من الالتزامات التي تقيد حريتها.

كما تتمثل هذه القيود والضوابط المفروضة على الإدارة في ممارستها لسلطاتها التي تستهدف دائماً تحقيق المصلحة العامة ومن هذه القيود، نذكرها على سبيل المثال ما يلي:

¹ - نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص ص . 89 - 90 .

² - محيو أحمد ، المرجع السابق ، ص . 20 .

- القيود المفروضة على الإدارة في مجال الوظيفة العامة والتي تشمل تعيين الموظفين وترقيتهم وتأديبهم.
 - القيود الخاصة بإبرام العقود الإدارية حيث يحدد المشرع قيودا والتزامات خاصة باختيار المتعاقد مع الإدارة.
 - القيود المفروضة على الإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية، والتي تتمثل في المبادئ العامة التي وضعها القضاء الإداري، للحد من مباشرة الإدارة لحريتها التقديرية حتى لا تغدو سلطة مطلقة من كل قيد حقيقي⁽¹⁾.
- وهكذا يتضمن معيار السلطة العامة كمعيار لتمييز عقود تفويض مرفق العام، جانب خاص بامتيازات السلطة العامة وجانب خاص بقيود وضوابط تحد من حرية الإدارة، فالارتباط وثيق بينهما وأن السلطة العامة لا بد أن تتضمن الأمرين معا.

المطلب الثاني

تقييم معيار امتيازات السلطة العامة

- إنّ فكرة السلطة العامة في مفهومها، ومدلولها الحديث تتألف من عنصرين إثنين أحدهما عنصر ايجابي بالنسبة للإدارة العامة ، والآخر عنصر سلبي بالنسبة لها.
- ولتقييم معيار امتيازات السلطة العامة سنحاول في هذا الصدد التطرق إلى العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة (الفرع الأول) ، العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة (الفرع الثاني) نقد معيار امتيازات السلطة العامة (الفرع الثالث).

¹- نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص. 90 .

الفرع الأول

العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة

تعتبر فكرة السلطة العامة محور ومناط ومعيار النظام الإداري، من حيث أنها تتضمن مجموعة الامتيازات والاختصاصات والسلطات الاستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص وتمارسها في مواجهة الأفراد ، مثل امتيازها في إصدار القرارات الإدارية، وامتياز التنفيذ المباشر والتنفيذ الجبري، وامتياز نزع الملكية للمنفعة العامة، ونظرية الشروط الاستثنائية التي تجعل الإدارة العامة في مركز أسمى من مراكز الأفراد⁽¹⁾.

الفرع الثاني

العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة

حينما تقوم الإدارة العامة بأعمال التسيير، فهي لا تخضع للنظام الإداري، بل أنها تخضع في نشاطاتها ووظائفها للقانون العادي، ويختص القضاء العادي بالمنازعات التي تنور بشأنها. وهو يتضمن مجموعة القيود والالتزامات من الحدود التي تقيد وتلزم السلطة الإدارية عند القيام بوظائفها و أعمالها، هذه القيود والالتزامات التي لا مثيل لها في مجال القانون العادي، ومن هذه الالتزامات و القيود التي تحد وتقيد حرية الإدارة العامة بشكل أثقل وأحكم هي ضرورة احترام هدف المصلحة العامة، وكذا احترام قواعد وأساليب اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة ووجوب التزام الإدارة العامة بقيود و أساليب اختيار عمال الدولة...⁽²⁾

¹ - عوايدي عمار ، المرجع السابق ، ص. 147 .

² - المرجع نفسه ، ص. 147 .

الفرع الثالث

نقد معيار امتيازات السلطة العامة

قد لاقى معيار السلطة العامة أنصارا له في الفقه الإداري دافعوا عنه لاعتقادهم أنه المعيار الوحيد الذي يصلح لتحديد مجالات القانون الإداري ، و أن فكرة السلطة العامة هي التي تؤسس قواعد القانون الإداري ، بل وتبرر وجوده وبقاءه.

إلا أنّ معيار السلطة العامة تعرض لبعض الانتقادات أهمها: أنّ الأخذ بمعيار السلطة العامة يؤدي حتما إلى تضيق القانون الإداري تضيقا شديدا، إذ يجعل مجال أعمال أحكام وقواعد القانون الإداري قاصرا على أعمال السلطة العامة فلا يدخل في هذا النطاق، إلاّ كل ما يتعلق بأعمال الإدارة الشبيهة بأعمال الأفراد، كمسؤولية الإدارة عن أفعالها الضارة⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن معيار السلطة العامة في الدولة الحديثة ينظمها القانون الإداري، ويرسم خط عملها، بما تتضمنه قواعده من امتيازات للإدارة من ناحية وقيود وضوابط على حريتها من ناحية أخرى ، وكلها تستهدف تحقيق المصلحة العامة وإشباع الحاجات العامة ، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة الفصل بين الهدف و الوسيلة ويقنضي بالتالي إيجاد أكثر من فكرة لتحديد نطاق القانون الإداري.

يتبين لنا من خلال عرض المعيارين السابقين، (معيار المرفق العام - معيار السلطة العامة) أنّ أحدهما يغلب النشاط الإداري، وهو يقوم على فكرة المرفق العام، في حين يغلب الثاني الوسائل المستخدمة لتحقيق هذا الهدف وهو يقوم على فكرة السلطة العامة ، وكذلك الصعوبات التي تواجه كل منهما في الواقع العملي على ضوء المآخذ والانتقادات التي سبق ذكرها ، حول كلا المعيارين مما أدى إلى قصور المحاولات التي جرت في الفقه والقضاء الإداريين لتأسيس القانون الإداري وتحديد معيار تمييزه على ضوء فكرة واحدة ، وهو أمر لا يتفق مع متطلبات النشاطات الإدارية ومع طبيعة القانون الإداري المرنة، والذي يجعله لا يقبل الخضوع لمعايير محددة وثابتة،

¹ - نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص. 92 .

وكل هذا أدى إلى ظهور معيار آخر جديد يقوم على الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة⁽¹⁾.

¹ - نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص. 92 .

² - تعرضت نظرية السلطة العامة في صورتها الجديدة لكثير من النقد : ذلك أنها تؤدي إلى إطلاق يد السلطة الإدارية في مباشرة نشاطها ، على أساس فكرة السلطة العامة وفي استخدام وسائل السلطة في أداة وظائفها ، وقد يترتب على ذلك إسرافها في مباشرة أعمال السلطة إزاء الأفراد وفرض الكثير من القيود على حقوقهم وحررياتهم العامة، نقلا عن عوابدي عمار ، المرجع السابق، ص.140.



الفصل الثاني:
المعايير الحديثة لتفويض المرفق
العام

يعتبر تفويض المرفق العام أحد أوجه الشراكة الاقتصادية بين القطاع العام في ميدان المرافق العمومية، والقطاع الخاص تهدف من خلاله السلطات العمومية، إلى دعم مجالات تتطلب تعبئة رؤوس أموال مهمة، وخلق نوع من المنافسة داخل الاقتصاد الوطني.

كما أنّ عدم قدرة الجماعات العمومية والمحلية على تسيير كل المرافق وكثرة العبء المالي عليها، دفع الدولة إلى محاولة التقليل من تدخلها المفرط في تسيير المرافق العامة خاصة في المجال الصناعي والتجاري، وهو ما ألزمها على التفكير في أطر أخرى وسيطة بين خصوصية المرافق العامة والتخلي عن القطاع الخاص وبين التسيير المباشر من طرف القطاع العام من خلال إشراف الدولة على المرفق العام ، مع التخلي عن تسييرها لشخص آخر ، ولا يمكن أن يتم ذلك إلا من خلال تفويض المرفق العام لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص دون التنازل الكلي عن المرفق العمومي.

وقصد الإحاطة بجوانب الموضوع سنحاول دراسة أسلوب معيار استغلال المرفق العام

(المبحث الأول) ، معيار ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال (المبحث الثاني).

المبحث الأول

معيار استغلال المرفق العام

حتى نكون بصدد تفويض المرفق العام، يجب أن يتولى المشروع المفوض إليه إدارة **gestion** / أو استغلال المرفق نفسه، فلا يكمن دوره على مجرد المساهمة في تسيير المرفق، كما هو معروف ومألوف بالنسبة لطائفة من العقود الإدارية، كعقد التوريد والأشغال، ففي هذه العقود فإن المتعاقد يساهم فعلا في تقديم معاونة للمرفق ولكن ليس مكلفا بإدارته ولا بتسييره⁽¹⁾.

لذلك سنحاول في هذا الصدد التطرق إلى مضمون معيار استغلال المرفق العام (المطلب الأول) وتحديد موضوع تفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون معيار استغلال المرفق العام

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 مثلا فلا تعد عقود تفويض تسيير المرافق العامة⁽²⁾.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرافق العامة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 79 .

² - فروج نوال، عمران صارة ، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص.19.

ويعتبر معيار استغلال المرفق العام معيارا مهما، لتمييز عقد المرفق العام عن العقود الأخرى ولا يعتبر في أي حال من الأحوال شرط صحة التفويض ، وقد لا يكون كافيا لوحده من أجل تمييز عقد التفويض إلا إذا اقترن بمعايير أخرى نظرا لنسبيته وعدم كماله، ومن أجل اكتمال الدراسة في مجال موضوع التفويض يستوجب علينا البحث عن المرافق القابلة للتفويض (الفرع الأول)، المرافق المستبعدة من التفويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المرافق القابلة للتفويض

نعني بالمرافق القابلة للتفويض، تلك التي تشكل ميدانا لتطبيق تقنية التفويض في إدارة وتسيير المرفق العام، وتشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري المجال الأساسي لموضوع التفويض، على اعتبار موضوع الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفيدين من خدماته وهذا ما عبر عنه أغلب الفقهاء⁽¹⁾.

إنّ من أهم العقود المعروفة في مجال التفويض تنحصر في نوعين أساسيين باعتبارهما النموذجين الأساسيين لعقود تفويض المرفق العام هما ، عقد التزام المرفق العام وعقد إيجار المرفق العام، وهذا نظرا للتداول الواسع في استعمال هاذين النموذجين أما النوعين الآخرين، فلا يوجد أساسا إجماع بشأنهما وهما عقد مشاطرة الاستغلال وعقد الإدارة أو التسيير.

وإذا كان قانون **SAPIN**⁽²⁾ قد كرس فكرة تفويض المرفق العام فقد فتح المجال لظهور نماذج أخرى غير معروفة، فيكفي أن تتحقق فيها معايير التفويض وشروطه الأساسية⁽³⁾.

وعلى المستوى المحلي نجد أن المشرع الجزائري قد حدد المرافق العامة القابلة للتفويض

وذلك:

¹- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص. 444.

²-Loi N° 93-192 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publics JORF N° 20 1993.

³- محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 58.

بمقتضى قانون البلدية رقم 10-11⁽¹⁾، وقانون الولاية رقم 07-12⁽²⁾ وتوجد مجموعة من العقود المنصوص على اعتبارها من عقود تفويض المرفق العام كعقد الامتياز، عقد الإيجار، عقد التسيير، عقد مشاطرة الاستغلال.

أولا : عقد الامتياز:

يعتبر عقد الامتياز من أهم العقود المسماة لصلته الوثيقة بتسيير المرفق العمومي، لأن الأصل أن الإدارة هي المكلفة بإدارته وليس الأشخاص الآخريين، وبهدف تسليط الضوء على عقد الامتياز يقتضي منا الأمر بداية التطرق إلى تعريف عقد الامتياز، ومعرفة جملة من الخصائص المميزة له.

1- تعريف عقد الامتياز:

يعتبر عقد الامتياز أسلوبا من أساليب تسيير المرفق العام، وهو توكيل المهمة الأصلية للشخص العام (تسيير المرفق) إلى شخص آخر لتأمين تسيير هذا المرفق العام. سوف نتناول أولا التعريف التشريعي لعقد الامتياز لننتقل إلى التعريف الفقهي لعقد الامتياز وأخيرا التعريف القضائي لعقد الامتياز.

أ- التعريف التشريعي لعقد الامتياز:

لقد عرّف المشرع الجزائري عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية أهمها ما يلي:
- قانون المياه لسنة 1983 (القانون رقم 83-17): عرفت المادة 21 منه عقد الامتياز كما يلي: "عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء

¹- قانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37 صادرة في 03 جويلية 2011. فطبقا للمادة 155 من القانون 10-11، تحيلنا إلى المادة 149 من القانون السالف الذكر فإن المصالح العمومية البلدية التي يمكن أن تكون محل التفويض هي " ... التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة، النفايات المنزلية والفضلات الأخرى، صيانة الطرقات وإشارة المرور، الإنارة العمومية، الأسواق المغطاة والموازين العمومية، الحظائر ومساحات التوقف، المحاشر، النقل الجماعي...".

²- أنظر المادة 41 من قانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12 صادرة في 29 فيفري 2012.

الخدمات للصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات العمومية.

- عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري خاضعا كان للقانون العام أو الخاص قصد استعمال الملكية العامة للمياه⁽¹⁾.

- الأمر رقم 96-13⁽²⁾ الذي يعدل ويتمم القانون 83-17 السالف الذكر، حيث أتى بتعريف جديد لعقد الامتياز من خلال المادة 04 التي تنص... "عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية. يلاحظ من خلال نص المادة أنّ المشرع أدمج أشخاص أخرى يمكن أن يمنح لها الامتياز وهي الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الخاص.

- قانون المياه لسنة 2005 (القانون رقم 05-12): جاء هذا القانون ليكرس أكثر مجال عقد الامتياز، حيث أصبح عقد الامتياز وسيلة تقنية لاستغلال الموارد المائية⁽³⁾، ونجد أن المادة 76 منه عرفت عقد الامتياز كما يلي: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص...".

¹ - قانون رقم 83-17 مؤرخ في 16 جويلية، يتعلق بالمياه، ج، ر، ج، ج عدد 30، صادر في 19 جويلية 1983، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 96-13 مؤرخ في 15 يونيو 1996، ج، ر، ج، ج عدد 37، صادرة في 16 يونيو 1996، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، ج، ر، ج، ج عدد 60، في 04 سبتمبر 2005.

² - أمر 96-13 مؤرخ في 15 يونيو 1996، يعدل ويتمم القانون 83-17 المتعلق بالمياه، ج، ر، ج عدد 37 صادرة في 16 يونيو 1996.

³ - 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.

-المرسوم التنفيذي (رقم 94-41)⁽¹⁾ المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية واستعمالها واستغلالها حيث نجد أن المادة 23 منه: تطرقت لعقد الامتياز وعرفته كما يلي : "يعتبر عقد امتياز المياه المعدنية عقدا إداريا، يمنح بمقتضاه الوزير المكلف بالحمامات المعدنية بصفته السلطة مانحة الامتياز لشخص معنوي أو طبيعي عمومي أو خاص، صاحب الامتياز حق استغلال هذه المياه المعدنية لمدة مقابل أجر".

-التعليمية الوزارية (رقم 94-03/842)⁽²⁾ المتعلقة بامتياز المرافق المحلية وتأجيرها قد جعلت من عقد الامتياز الأسلوب الأكثر استعمالا و ملائمة لتسيير المرافق العامة وعرفته كما يلي: "هو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب الامتياز "الملتزم" وعلى مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق".

- من خلال النصوص القانونية والتنظيمية السالفة الذكر، يتضح لنا مدى اتجاه المشرع الجزائري نحو اعتبار عقد الامتياز من العقود الإدارية التي تبرم بين الإدارة مانحة الامتياز من جهة وبين أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص كصاحب امتياز من جهة أخرى وذلك لتسيير واستغلال مرفق عمومي مقابل إتاوات يتقاضاها من المنتفعين.

ب- التعريف الفقهي لعقد الامتياز:

لقد اجتمع فقهاء القانون الإداري على أن عقد امتياز المرافق العمومية هو أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله من أهمها على الإطلاق في الدول الليبرالية، و سنحاول في هذا الصدد نسرد بعض التعريفات الهامة لأبرز الفقهاء:

¹- مرسوم تنفيذي رقم 94-41 مؤرخ في 29 جانفي 1994، يتضمن تعريف المياه المعدنية وتنظيم حمايتها استعمالها واستغلالها، ج ر عدد 7 صادرة في 6 فيفري 1994.

²- التعليمية رقم 94-03/842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، المؤرخة في 7 ديسمبر 1994، صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية.

يعرّف الأستاذ أحمد محيو عقد الامتياز أنه هو "اتفاق تكلف الإدارة بموجبه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام، يسمى صاحب الامتياز خلال فترة زمنية، فيتحمل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق"⁽¹⁾.

أمّا الأستاذ "ناصر لباد" فيعرف عقد الامتياز على أنه: "عقد أو اتفاق تكلف الإدارة مانحة الامتياز سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي المقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الامتياز مقابل الدفع مبلغ مالي يحدد في العقد، يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق " ⁽²⁾.

وهناك من عرفه بأنه: " اتفاق بين أحد أشخاص القانون العام، وأحد أشخاص القانون الخاص، أين يلتزم المتعاقد وهو الملتزم بتسيير المرفق العام على نفقته الخاصة مقابل ما يتقاضاه من رسوم من المنتفعين وتحمله كل المخاطر والخسائر واكتسابه لكل الأرباح"⁽³⁾.

كما عرفه الأستاذ <<Zouaimia Rachid>>⁽⁴⁾ على أنه: عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، يسمى صاحب الامتياز، لتسيير مرفق

¹ - نقلا عن بارة زيتوني، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 17، 2006 / 2009 ، ص. 16.

² - لباد ناصر، المرجع السابق، ص. 221.

³ - شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية -التنظيم والتسيير - مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع دولة ومؤسسات عمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2005، ص. 73.

⁴ -ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public (au profit des personnes privées), édition belkeise, ALGER , 2012, p.74.

عمومي في إطار احترام دفتر الشروط، مع تحمل صاحب الامتياز مخاطر وأعباء تسيير المرفق⁽¹⁾.

ج- التعريف القضائي لعقد الامتياز:

من خلال تفحص العمل القضائي في الجزائر، نجد أن الاجتهادات القضائية في مجال منازعات عقود الامتياز قليلة جدا إن لم نقل نادرة، وذلك مقارنة بباقي المنازعات الإدارية الأخرى المطروحة على الجهات القضائية الإدارية، ومقارنة بباقي الدول كفرنسا ومصر. عرّف مجلس الدولة الفرنسي عقد الامتياز بموجب القرار الصادر بتاريخ 30 مارس 1916⁽²⁾ الفاصل في نزاع الشركة العامة للإنارة في بوردو وبين مدينة بوردو⁽³⁾، (ARRET GAZ BOURDEAUX)، حيث عرفه بأنه: "العقد الذي يخول لفرد أو شركة تسيير مرفق عام على نفاقتهم الخاصة، مع أو بدون دعم، مع الحق في جمع الإتاوات على المستخدمين أو أولئك الذين يستفيدون من المرفق العام".

وفي الجزائر نجد أهم قرار عرف عقد الامتياز، القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري الغرفة الثالثة بتاريخ 09 مارس 2004⁽⁴⁾ في قضية بين شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" وبين

¹-والنص جاء باللغة الفرنسية على النحو التالي:

« Il s'agit du mode de gestion le plus ré pond u qui consiste pour une collectivité publique à confier par contrat à une personne, physique ou morale , publique ou privé, dit le concessionnaire , la gestion d'un service public dans le respect d'un cahier des charges ».

²- C.E : Arrêt du 30 mars 1916, N° 59928, "compagnie générale d'éclairage de bordeaux ".

Voir : www.conseil d'état.fr

³- تعود وقائع القضية إلى نزاع قائم بين الشركة العامة للإنارة في بوردو وبين مدينة بوردو، بحيث أن الشركة العامة للإنارة كانت تريد أن تحمل بلدية بوردو زيادة الكلفة التي ترتبت عليها بفعل الارتفاع الكبير في أسعار الفحم التي تضاعف خمس مرات منذ إبرام عقد الامتياز بين الطرفين في سنة 1916، بمناسبة هذه القضية قضى مجلس الدولة بأنه من المفروض أن عقد الامتياز يحدد بصفة نهائية التزامات الطرفين، لكن في حالة اضطراب التوازن المالي للعقد إلى درجة لا يمكن للملتزم أن يضمن سير المرفق العام، في هذه الحالة تستمر الشركة بضمان سير المرفق العام، مع تعويضها عن النتائج المالية المترتبة عن الاضطراب المالي.

⁴- مجلس الدولة الجزائري الغرفة الثالثة، قرار رقم 11952/11950، الصادر بتاريخ 09/03/2004، شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران.

رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران⁽¹⁾، بعد استئناف قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران حيث تناول عقد الامتياز كما يلي "... وحيث أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجب السلطة، الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..." من هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الامتياز، بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها تجاه الطرف المتعهد.

2- خصائص عقد الامتياز:

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

- أ- يعتبر الامتياز عقدا إداريا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، بل لعل أهم العقود الإدارية وعلى الأخص في الدول التي تأخذ بهذا الأسلوب لإدارة مرافقها المهمة⁽²⁾.
- ب - هو عقد يتم بين سلطة إدارية مركزية أو مركزية (محلية أو مرفقية) كمانع للامتياز وبين أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص (صاحب الامتياز) لإدارة وتسيير مرفق عمومي وتتمتع الإدارة هنا بسلطات استثنائية حولها القانون حتى ولم يتضمنها العقد، قصد الحفاظ على المصلحة العامة دون مراعاة برضا الطرف الآخر، رغم أن هناك من الفقه الكلاسيكي من انتقد هذه السلطات الاستثنائية المسلم 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.

¹ - تعود وقائع القضية بين رئيس بلدية وهران "مدعي" وشركة نقل المسافرين "مدعى عليها"، حيث يتعلق النزاع بمطالبة المدعي رئيس البلدية مسير الشركة نقل المسافرين بإخلاء المحطة لانتهاؤ مدة عقد الامتياز، فبموجب عقد الامتياز تم الترخيص لهذه الشركة باستغلال محطة نقل المسافرين لمدة ثلاثة سنوات، وقد قررت البلدية عدم تجديد عقد الامتياز لعرض المحطة للمزايدة، لكن مسير الشركة بقي يستغل المحطة رغم انقضاء مدة العقد.

² - خطر شطناوي علي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص. 272.

ج- إنّ المشروع محل الامتياز يبقى محتفظا بصفته مرفقا عاما رغم أنّ تسييره قد تم من طرف أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، ولكن تحت الرقابة الدائمة للإدارة مانحة الامتياز.

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

هـ- الملتزم يتقاضى أتعابه مقابل تسيير للمرفق العام من المنتفعين به، كما يمكن أن تحمل الإدارة مانحة الامتياز دفع كل المقابل أو جزء منه لصاحب الامتياز، كما في حالة المرافق العامة المجانية.

ثانيا : عقد الإيجار:

عقد الإيجار هو من بين العقود التي عرفت انتشارا موسعا في الجزائر نظرا لبساطة إجراءاته، في هذا الصدد سنتناول تعريف عقد الإيجار (1)، ثم ذكر جملة من خصائصه (2).

1- تعريف عقد الإيجار:

سنحاول أن نسرد بعض التعريفات الفقهية والتشريعية الواردة لعقد الإيجار.

أ- التعريف التشريعي لعقد الإيجار:

في غياب نص تشريعي يؤطر عقد الإيجار، يتحتم علينا الأمر العودة إلى التعليمة رقم 842/03-94 الصادرة عن الوزارة الداخلية والجماعات المحلية، المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية وإيجارها والتي قدمت تعريف لعقد الإيجار كالآتي: "هي تلك الاتفاقية التي يخول من خلالها شخص عام تسيير مرفق عام لشخص آخر والذي يضمن استغلاله تحت مسؤوليته، وفي المقابل يدفع المستأجر للمؤجر مقابل الإيجار"⁽¹⁾.

من خلال نص التعليمة يتضح، لنا أن عقد الإيجار هو عقد يكلف بموجبه شخص عمومي يسمى المؤجر شخص آخر يسمى المستأجر باستغلال مرفق عمومي تحت مسؤوليته بمقابل مالي يحدده الشخص المعنوي.

¹- التعليمة وزارية رقم 842/03-94، المرجع السابق.

ب- التعريف الفقهي لعقد الإيجار:

هناك جانب من الفقه عرف عقد الإيجار كما يلي: "الإيجار هو عقد بين شخص معنوي عام مع شخص آخر يكون عاما أو خاصا لاستغلال مرفق عام لمدة محددة"⁽¹⁾، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المنتفعون من استغلال المرفق⁽²⁾.

وهناك من عرفه أيضا على أنه: الإيجار عقد تكلف بموجبه الجماعات المحلية شخص (من القانون الخاص أو القانون العام) مهمة تسيير مرفق عام، مع تحمله مخاطر التسيير⁽³⁾.

وهناك من عرفه كذلك بأنه عقد إداري مبرم بين الدولة أو الهيئة العمومية وشخص معنوي عام أو خاص يتولى بمقتضاه هذا الأخير استغلال مرفق موجود لمدة زمنية محددة، حيث يلتزم المستأجر بأن يدفع للهيئة العمومية المؤجرة المبلغ المتفق عليه في عقد الإيجار، وفي المقابل يتلقى المستأجر المقابل المالي ويحقق الأرباح عن طريق الرسوم التي يدفعها المنتفعون نتيجة استغلال المرفق⁽⁴⁾.

2- خصائص عقد الإيجار:

نستنتج من خلال مختلف التعاريف السابقة ، بأن لعقد الإيجار خصائص تميزه عن غيره من عقود تفويض المرفق العام ، تتمثل فيما يلي :

¹- DUPUIS Georges, GUÉDON Marie-José, patrice CHRÉTIEN, Droit Administratif, 6^{ème} édition, Dalloz, paris, 1999, p. 495.

²- ضريفي نادية ، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة ، دار بلقيس ، الجزائر، 2010، ص ص. 156-155.

³-WILLY Brandt, La délégation de service public : un model à repenser ?, École National D'administration, promotion, France, 2007-2009, p.06.[enligne]www.Ena.fr/idex.php?La_délégation_de_service_public.

⁴-سيدومو ياسين، طرق إدارة المرافق العمومية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 19، 2011، ص 44.

أ- مدة العقد:

غالبا ما يكون عقد الإيجار متوسط المدى (من 07 إلى 12 سنة)⁽¹⁾، ولا يحق للمستأجر أن ينشأ هياكل أساسية وتجهيزات للمرفق، فهو يقوم فقط باستغلالها ويمكن له القيام ببعض أعمال الصيانة والهدف من قصر مدة العقد هو إمكانية المؤجر من تجديد عقد الإيجار مع متعاملين آخرين، لكن هذا لا يمنع من وجود عقود إيجار طويلة المدى خاصة إذا تطلب استغلال المرفق ذلك.

ب- مصاريف المنشآت وأعمال الصيانة:

في عقد الإيجار مصاريف إنجاز وإقامة المنشآت لا تقع على المستأجر⁽²⁾، إنما تقع على المؤجر، أما تكاليف الصيانة فهي تقع على المستأجر، بحيث يقوم بالصيانة اللازمة وذلك لحسن سير المرفق العام وتسهيل استغلاله⁽³⁾.

ج- مسؤولية المستأجر :

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

د- أجره المستأجر:

أجره المستأجر عبارة عن إتاوات يدفعها المرتفقين أو المستفيدين من خدمات المرفق العام⁽⁴⁾، ولا يحتفظ بها لنفسه بكاملها، إنما يدفع للمؤجر مقابل مالي ناشئ عن استغلال المرفق وهذا المقابل عبارة عن رسوم مخصصة لتغطية نفقات الإدارة أو الهيئة المؤجرة.

¹ - حددت التعليمات رقم 94-03/842، تتعلق بامتياز المرافق العامة وتأجيرها مدة عقد الإيجار بـ 12 سنة.

² - RENAN, Droit du service public, Galino, France , 2003, p. 125.

³ - بن بركان أسماء، حروف زهرة، تفويض المرافق العامة المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص. 23.

⁴ - بن بركان أسماء، حروف زهرة، المرجع السابق، ص. 23.

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع لم يشر كثيرا إلى عقد الإيجار إلا ما نظمته تعليمة وزير الداخلية لسنة 1994، المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق المحلية، كما نجد أن عقود الإيجار استعملتها البلديات فيما يخص الأسواق، المذابح... إلخ.

ثالثا : عقد مشاطرة الاستغلال:

عقد مشاطرة الاستغلال طريقة من طرق تسيير المرافق العامة وهو عقد تبرمه إحدى السلطات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، سنحاول بدقة ضبط تعريفه وذكر أهم خصائصه.

1- تعريف عقد مشاطرة الاستغلال:

هو نظام تعهد بمقتضاه السلطة العامة لشخص طبيعي أو معنوي بإدارة مرفق عام، غالبا ما يكون مرفقا عاما تجاريا، وذلك وفقا للشروط التي تحدد في العقد، حيث تعود العائدات المتحصل عليها من استغلال المرفق إلى الهيئة العمومية المالكة للمرفق⁽¹⁾، بينما يتحصل المسير في مقابل أعماله على نسبة مئوية من أرباح المشروع⁽²⁾، وعادة ما يكون هناك حد أدنى تدفعه الهيئة العمومية في حالة عدم تحقق أرباح، كما يقع على الهيئة العمومية المالكة عبء انجاز البناء والصيانة والتجهيز في مقابل ذلك بصلاحيات واسعة في مجال الرقابة.

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن هذا الأسلوب في التسيير يحتل مركز الوسط بين الاستغلال المباشر من جهة وبين الامتياز من جهة أخرى فهذا الأسلوب يقترب من الاستغلال المباشر في أن السلطة العامة هي التي تتحمل مخاطر المشروع، وتتحمل مسؤولية المرفق بنفقاته ويختلف عنه في أن الهيئة الإدارية لا تتولى بنفسها إدارة المرفق العام، بل يقوم بذلك شخص أو شركة خاصة، ويقترب هذا الأسلوب من عقد الامتياز، بحيث تكون الإدارة في حال الامتياز تمارس رقابة على الشركة، ولكن رقابتها أقوى في عقد مشاطرة الاستغلال، نظرا لأن الإدارة هي التي تتحمل مخاطر المشروع أما الشركة فمخاطرها محدودة⁽³⁾.

¹ - سيدمو ياسين، المرجع السابق، ص. 44.

² - مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د س ن، ص. 401.

³ - محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص. 210.

2- خصائص عقد مشاطرة الاستغلال:

- من التعريف السابق يمكن استنتاج خصائص هذا العقد وهي:
- مخاطر الاستغلال مشاطرة بين الهيئة العمومية المالكة للمرفق وبين المسير .
- الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة .
- الهيئة العمومية مكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات لسير المرفق العام.
- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط باستغلال المرفق ويكون عن طريق الحصول على نسبة مئوية من رقم الأعمال، إضافة إلى علاوات الإنتاج، وكضمان للمسير هناك حد أدنى مضمون يحدد له جزافيا مسبقا.
- مخاطر الاستغلال تتحملها الهيئة العمومية والجزء الآخر يتحملها المسير، لأنه مرتبط بنتيجة الاستغلال.

- إمكانية إضافة علاوات مرتبطة بالتسيير الفعال و بالمردودية الإنتاجية⁽¹⁾.

رابعا : عقد التسيير:

سنحاول ضبط تعريف عقد التسيير ثم ننتقل إلى تحديد جملة من خصائصه.

1- تعريف عقد التسيير:

هناك تعريف تشريعي وفقهي لعقد التسيير وهي كما يلي:

أ- التعريف التشريعي لعقد التسيير:

لم يتم تقنين عقد التسيير في التشريعات المقارنة حتى في الدولة التي ظهر فيها وهي الولايات المتحدة الأمريكية، وبعد أيضا عقد غير مسمى في الدول الأوروبية التي انتشر فيها خاصة في فرنسا وانجلترا وتونس والمغرب إضافة إلى عدم نص قوانينها على خصوصية 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⁽²⁾، وإذا كان عقد التسيير يهتم بالنشاطات

¹- ضريفي نادية ، المرجع السابق ، ص ص. 157 - 158 .

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

الاقتصادية فإنه لا بد 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 تتلاءم طبيعته مع مراعاة قواعد النظام العام التي تحمي المعاملات الاقتصادية.

ب- التعريف الفقهي لعقد التسيير:

إنّ الدراسة الفقهية المتعلقة بعقد التسيير جد قليلة ويعود السبب إلى حداثة العقد والدراسات المتحصل عليها، فنجد من أهمها تلك التي قام بها الفقيه الفرنسي **PhilipMerle** الذي تمحورت دراسته لعقد التسيير في سنة 1975، 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 عضوا في المؤسسة الأجنبية" (1).

2- خصائص عقد التسيير:

من خلال التعريفات السابقة نستنتج الخصائص التالية لعقد التسيير:

- المسير يسير المرفق لحساب الجماعة العمومية يضمن السير و تقديم 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 والمسير عبارة عن شخص بسيط لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق.
- المقابل المالي غير مرتبط بنتائج الاستغلال وكيفية التسيير بل هو مقابل مالي جزافي محدد مسبقا في العقد (2).

تجدر الإشارة إلى أنّ عقد يشبه إلى حد بعيد عقد مشاطرة الإستغلال، غير أنّ الفارق بينهما يكمن في أنّ الشخص المتعاقد في إطار مشاطرة الإستغلال، يتحصل على نسبة مئوية من

1- أيت منصور كمال، المرجع نفسه، ص. 7.

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

الأرباح المحققة ويتحمل المخاطر في حالة عدم تحقيق ربح، بينما المسير في إطار عقد التسيير يتحصل في مقابل تسيير المرفق العام على مبلغ مالي جزافي محدد مسبقا في العقد، كأجرة لتسيير المرفق ولا يتحمل المسير الخسائر، فالهيئة العمومية المالكة للمرفق هي من تتحمل مخاطر التسيير لوحدها.

الفرع الثاني

المرافق غير القابلة للتفويض

يرى الأستاذ "جون ماركو" بأن تفويض المرفق العام لا يخص المرافق الإدارية بل هي مستبعدة من التفويض لكن تبقى المعايير غير واضحة لتمييز المرافق الإدارية القابلة للتفويض. حيث توجد زمرة من العقود تستبعد من تفويض المرفق العام وذلك نظرا لخصوصيتها وطبيعتها وهي:

أولا : المرافق السيادية:

فالمرافق السيادية تعتبر من المرافق الوطنية الإدارية غير قابلة للتفويض، باعتبارها تضطلع بوظائف ترتبط بسيادة الدولة⁽¹⁾، مثل: مرفق الدفاع الوطني، العدالة، الشرطة، الدرك الوطني... إلخ وهذا يعود إلى أنّ ميزة وطبيعة هذه العقود التي تدخل في السلطة العامة للدولة لا يمكن توكيلها للخواص نظرا لحساسيتها وأهميتها.

ثانيا : المشروعات المجانية:

هذا النوع من المشروعات تلتزم أن تكون مجانية وعلى حساب عائق الدولة مثل: مجال التعليم، مجال الصحة... إلخ بحيث تقوم الدولة بتقديم خدمات للمواطن مجانا دون دفع مقابل مالي حيث أنّ في هذا الإطار أو المجال لا يمكن أن تكون هذه المجالات محلا للتفويض.

¹- لكن هذا لا يمنع من تفويض بعض الأنشطة الملحة بالمرافق العامة الدستورية، كأن يتم تفويض إدارة المطاعم في مرفق التعليم.

ولقد أبدى مجلس الدولة رأيا في هذا الشأن في 14 أكتوبر 1980، حيث أكد وأقر على أنّ هذا النوع من العقود لا تشكر التزامات مرفق عام، لأنها تفتقد إلى العنصر الأساسي ألا وهو أن يدفع المستفيدون مقابلا للملتزم مقابل تقديم خدمة لهم ، وأنّ هذا العنصر هو الذي يميز التزام المرفق العام، وانتهى الرأي إلى اعتبار هذه العقود من عقود الخدمات (1).

ثانيا : العقود المستثناة بإرادة المشرع:

إنّ هذه العقود لا يمكن تفويضها باعتبارها مستوحاة من إرادة المشرع ومن المرافق العامة المحلية غير قابلة للتفويض نجد المرافق المكلفة من قبل الجماعات المحلية كممثلة للدولة (2). وهي نشاطات تدخل ضمن امتيازات السلطة العامة للدولة وبذلك لا يمكن أن تنفذ إلا من طرف الجماعات المحلية ومن الأمثلة على ذلك : المصالح المكلفة بتنظيم الانتخابات، الأحوال الشخصية، الخدمة الوطنية...إلخ. وما يمكن استخلاصه هو أن كل المرافق العمومية قابلة للتفويض سواء كانت ذات طابع صناعي أو إداري أو تجاري، إلا القليل من المجالات مستبعدة من نطاق تفويض المرافق العامة نظرا لخصوصيتها وطبيعتها الخاصة (3).

المطلب الثاني

تحديد موضوع تفويض المرفق العام

لقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة التمييز بين إدارة وتسيير المرفق العام وكذا التعاون والمساهمة في تنفيذ مهمة المرفق العام، فأكد وأقر على أنه إذا كانت الجمعية تساهم وتتعاون في مهمة المرفق العام فإنها لا تكون مكلفة بإدارة مرفق عام.

¹ - نقلا عن محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق، ص. 90 .

C.E, a vis, section de l'intérieur, 14 octobre 1980, E.D.C.E, Claudie p.196.

² - ضريفي نادية، المرجع السابق، ص. 136.

³ - إدير نصيرة ، إعزوقن نصيرة ، إستحداث طرق جديدة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري (التركيز على عقد الامتياز)، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام ، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص. 17.

يبدو جلياً في ذات القرار أن معيار تسيير وإدارة المرفق من طرف المفوض إليه، عنصر جوهري، وفي غيابه لا يمكن إضفاء صفة التفويض على العقد وإنما يأخذ صوراً أخرى لاسيما عقود الصفقات العمومية.

لذلك سنحاول أن نسرد في هذا الصدد المقصود بإدارة المرفق والمساهمة في تفويض المرفق (الفرع الأول) ثم ننتقل إلى معايير التمييز بين استغلال المرفق والمساهمة في تسيير المرفق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بإدارة المرفق و المساهمة في تفويض المرفق

إنّ إدارة المرفق، تقتضي أولاً أن يعهد العقد إلى المتعاقد بمهمة، وبالتالي لا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام في الحالات التي يخضع المتعاقد لبعض القيود التي تتعلق بالمصلحة العامة مقابل الحصول على مقابل مالي من الإدارة.

ومثال على ذلك : استقرار أحد التجار، في أحد الأماكن الإدارية، مقابل أن يخضع لبعض الشروط المتعلقة بالمواعيد أو بيع بعض المنتوجات، لكنه قد ينقلب هذا العقد إلى التفويض في حالة ما إذا عهد إلى المتعاقد بشيء آخر غير هذه "المهمة المحددة"، ولكن كيف يمكن التعرف على أن القيام بمهمة تكمن في إدارة المرفق وليست مجرد المساهمة في تسيير المرفق⁽¹⁾.

فموضوع عقد تفويض المرفق العام، يقتضي تسيير وإدارة المرفق معاً وليس فقط في مجرد التعاون في تسيير المرفق ، والمشاركة البسيطة ذلك أن وجود المرفق العام، مفروض مبدئياً وبالتالي يكفي اجتماع الأسس الثلاثة لتحقيق التفويض، المصلحة العامة، إشراك الدولة وجود نظام قانوني ينظم العلاقة وبالتالي فالشخص المعنوي عام أو خاص يلعب دور الوسيط بين المرفق العام والمصلحة العامة حيث يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة لصالح المرفق العام.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 58.

الفرع الثاني

معايير التمييز بين استغلال المرفق والمساهمة في تسيير المرفق

إنّ التمييز بين عقود التفويض والعقود الإدارية الخاصة يبدوا صعبا جدا في بعض الأحيان وذلك نظرا لوحدة الأداء، بين عقود التفويض الذي موضوعه الاستغلال وعقود أخرى، خاصة عقود الصفقات العمومية، فالأداء قد يكمن في النوعين، في التوريد أو الأشغال أو الخدمات.

حيث أنّ هذه العمليات منصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بقانون

الصفقات العمومية⁽¹⁾، وتتصّ المادة 13 منه على ما يلي:

"تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية: انجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، انجاز

الدراسات، تقديم الخدمات".

ومن أجل التمييز بين عقود التفويض وعقود الصفقات العمومية يتطلب الاستناد إلى معايير

عدة لكنّها ليست قاطعة من جهة وليست من الضروري أن تجتمع في آن واحد من جهة أخرى

ويمكن أن نستشف ونستخلص هذه المعايير على النحو التالي:

أولا : معيار مركز المستفيد من الأداء:

من مميزات تفويض المرفق العام هو أنّ العلاقة بين المفوض له والمستفيد هي علاقة

مباشرة، حيث يستفيد هو شخصا من المشروع أو الخدمة المقدمة، أما المستفيد في العقود الأخرى

خاصة عقود الصفقات العمومية فهو الشخص العام.

فالمتعاقد في عقود تفويض المرفق العام، تكون له علاقة مباشرة بالمنتفع من المرفق

وباعتبارهم هم الذين يطلبون منه الأداء الأفضل ، ومقابل ذلك يدفعون له مقابل ويتظلمون لديه

بينما في الحالات التي يستفيد الجمهور من الأشغال العامة لا توجد علاقة بينهم وبين المقاول

¹- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج،ر، عدد 58 صادرة

في 08 أكتوبر 2010، معدل ومتم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 ، مؤرخ في 01 مارس 2011 ، ج ر عدد 14

صادرة في 06 مارس 2011، معدل ومتم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد

34 صادرة في 19 جوان 2011، معدل ومتم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، معدل

ومتتم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 جانفي 2013، ج ر عدد 02.

المتعامل مع الإدارة ، ويرى بعض الفقه أن وجود علاقة قوية ومباشرة بين المتعاقد مع الإدارة والمنتفع من المرفق العام هي أكثر العناصر التي تميز تفويض المرفق العام⁽¹⁾.

ثانيا: معيار استغلال المتعاقد للمرفق:

من المتفق عليه أن المفوض إليه، في عقود تفويض المرفق العام له الحرية الكاملة في تأدية العمليات وتنظيم المرفق، وذلك طبقا للشروط التعاقدية المتفق عليها بين أطراف العلاقة (صاحب التفويض - المفوض له)، على غرار العقود الإدارية الأخرى التي تخضع في تأديتها وتنظيمها لرقابة وسلطة الشخص العام (الإدارة)، حيث ينفذ المتعامل المتعاقد العمليات المفوضة له وفق الأوامر والتعليمات، الصادرة من الجهة المتعاقدة⁽²⁾ عكس عقود التفويض التي يكون للمفوض إليه حرية في تحديد نظام المرفق، وذلك وفقا لكل ما يتعلق بوجه خاص بكيفية تقديم الخدمة والأداء للمنتفعين.

كما له المرونة التي تسمح له بالتصرف حسب الظروف الملائمة⁽³⁾.

وعليه فإن استقلالية المفوض إليه، ليس مجرد استقلال قانوني فقط أي له شخصية معنوية مستقلة وإنما يتمتع أيضا باستقلالية إدارية ومالية، فالأولى تتمثل في مسؤوليته عن قيادة وتنظيم واستغلال المرفق، وأما الثانية فتتمثل في إدارة المرفق على مسؤوليته المالية، واستنادا إلى ذلك، أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بمشروعية القرارات الصادرة من إحدى الجمعيات المكلفة بإدارة مرفق نقل التلاميذ للمدارس، حيث رأت الجمعية على ضرورة اتخاذها وذلك من أجل السير والتنظيم الحسن للمرفق⁽⁴⁾.

¹-LAURENT, (D), Convention de délégation de service public Local et loi sapin, les petites Affiches, N°30, France, 1994, p.7.

²- TEMEYRE (ph), La notion de convention de délégation, AJDA, N°4, 1992, p. 594.

³- DEVOLVE p, les contradictions de la délégation de service public, AJDA N° 2, 1996, p.690.

⁴- ضريفي نادية ، المرجع السابق، ص ص.138-139.

ثالثاً: المعيار المستمد من تكرار الأداء:

مؤدي هذا المعيار أن عقود تفويض المرفق العام، يستوجب الاستمرارية والتكرار في الأداء خلال مدة العقد ودون انقطاع، مثل تزويد المواطنين بالمياه والكهرباء والغاز ونقل الركاب، وتطهير المياه،... إلخ .

لكن على غرار العقود الأخرى، لاسيما عقود الصفقات العمومية فإنه ليس بالضرورة تكرار العمل نفسه، وإنما تنتهي مهمة المتعاقد المتعامل مع الإدارة بمجرد تسليم العمل أو الأداء المطلوب والمتفق عليه من قبل، كتسليم مثلاً المنشآت أو تقديم التجهيزات... إلخ.

تجدر الإشارة إلى أنّ هذا المعيار ليس صحيحاً بصورة مطلقة، وذلك أنّه في كثير الأحوال قد تكتسي العقود الأخرى الطابع المتكرر والمستمر، بالإضافة إلى ذلك أن هذا المعيار غامض وغير دقيق، لاسيما في بعض الأحيان لا يمكن الاعتماد عليه بصورة منفردة بل ويستوجب تحقق معايير أخرى، وإلا فلا يمكن في أي حال من الأحوال، إضفاء صورة التفويض على هذا العقد.

ومن أبرز التطبيقات في هذا الشأن، ما ورد في قضية الكازينوهات في تاريخ 04 أبريل 1995 الذي رأى مجلس الدولة أنّه حقيقة تضطلع بمرفق عام، فحين تقوم بالمساهمة في الإنعاش الثقافي والسياسي والسياحي للمدينة،... فدورها في الحقيقة يقتصر على مجرد المساهمة في خدمة ومهمة المرفق العام لكن لا تقوم بإدارة المرفق أو استغلاله رغم التكرار المستمر في الأداء وبالتالي فإن الحدود الفاصلة بين عقود تفويض المرفق العام والعقود الأخرى ليست واضحة بعض الأحيان⁽¹⁾.

كما يمكن أن نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، حتى وإن عهد المفوض إليه إدارة المرفق

بصورة جزئية، ولقد أكد ذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية بمدينة Clermont-Ferrand في تاريخ 30 مارس 1993، الذي قضت فيه بأن العقد الذي أحيل إليها هو عقد أشغال عامة يستبعد، في أي حال من الأحوال مهمة استغلال الطرق العامة في المدينة، وبالتالي فلم يعهد

¹ - المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المرجع السابق.

إلى المشروع بأية مهمة إدارة في موقف عام إداري، حتى ولو كانت هذه المهمة جزئية⁽¹⁾ هذا يعني أن المحكمة نفت وجود أية مهمة، استغلال حتى ولو كانت جزئية. ويفهم من ذلك أنه يمكن أن يستند عقد التفويض للمفوض إليه مهمة استغلال وإدارة المرفق ولو بصورة جزئية، ولكن يشترط في المقابل أن يكون الجزء الذي عهد للمتعاقد ضئيلة جدا، وذلك حتى لا يفقد استقلاله بالمقارنة بالمرفق كله.

المبحث الثاني

معيار ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

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

ولقد أكد الفقه والاجتهاد على أن عقد تفويض المرفق العام يتضمن ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الاستثمار ويعني ذلك 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 وهذا الأخير يساهم في دعم المرفق.

لا يعتبر عقد تفويض مرفق عام إلا إذا كان المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة يرتبط جوهريا بنتائج الاستغلال وهذا عكس المقابل المالي في العقود الإدارية الأخرى، فإنه يأخذ شكل الثمن ويتم

¹ - المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المرجع السابق.

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

تحديده وفقا للتكاليف التي يتحملها المشروع أو الصفقة بالإضافة إلى هامش ربح معقول، وهذا المقابل المالي لا يختلف وفقا للعائدات الاقتصادية للمرفق الذي يقدم المشروع المعاونة له واستبعد مجلس الدولة الفرنسي من نطاق عقد تفويض المرفق العام للاتفاقات 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⁽¹⁾.

لذلك سنحاول في هذا الصدد إعطاء صورة واضحة عن مضمون معيار ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال (المطلب الأول) ثم نتناول صور ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون معيار ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

إنّ المعايير المعتمدة لتحديد المقابل المالي في عقود تفويض المرافق العامة تتمثل في تحديد الثمن وفقا للتكاليف، ونتائج الاستغلال بالإضافة إلى هامش الربح، كما يدرج في الحسابان المخاطر الاقتصادية المرتبطة بالمرفق لذلك سنحاول في هذا المطلب ، تحديد تكاليف ونتائج الاستغلال (الفرع الأول) ثم ننتقل إلى تحديد معيار المخاطر الاقتصادية الناتجة عن استغلال المرفق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تكاليف ونتائج الاستغلال كمعيار جوهري لتمييز عقود التفويض (قانون Sapin)

لقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ 10 أبريل 1996، أن ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج الاستغلال معيارا لعقود التفويض، ويعد هذا الحكم من أهم الأحكام التي صدرت في هذا الشأن، وتتلخص وقائع القضية في أنّ محافظ Bouches-du-Rhone طعن في حكم المحكمة الإدارية بمرسيليا الذي رفض إحالة، قرار أحد المجالس البلدية، والذي تضمن أن تعهد

¹ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص. 450-451.

إلى إحدى الشركات بجمع وتصريف النفايات المنزلية في المدينة وإدارة مخالفات البلدية فقد رأى المحافظ أن هذا العقد ليس عقد تفويض مرفق عام وإنما هو عقد من عقود الصفقات العمومية **Marchés publics** وكان من المفروض أن يخضع في إبرامه لقانون الصفقات العمومية وليس قانون Sapin 29 جانفي 1993 الخاص بالرقابة من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادي⁽¹⁾ والإجراءات العامة.

وقد استند المحافظ في ذلك إلى أن:

- المقابل المالي للمتعاقد عبارة عن أجر أو ثمن **prix** يقدر جزافيا وسنويا بمبلغ محدد ويتم تسديده على أقساط ودفوعات شهرية.

- أن المقابل المالي، لم يدفع من طرف المستفيدين أو المنتفعين، وإنما يدفع من طرف المصلحة المتعاقدة ذاتها.

وعليه قضى المجلس بأن العقد حل النزاع والذي يتضمن أن المقابل المالي للمتعاقد يدفع في صورة ثمن تدفعه المصلحة المتعاقدة، وبالتالي ينظر إلى العقد على أنه يخضع للقواعد العامة التي تنظم العقود الإدارية، ونظرا لعدم احترام هذه القواعد، فإن العقد وقرار المجلس البلدي الذي يتعلق به قد خالف القانون⁽²⁾، ويعود أصل فكرة الحصول على المقابل المالي إلى فرنسا وذلك من خلال قانون **sapin**.

أما في الجزائر فتفويض المرفق العام، لم ينظم بالطريقة اللازمة حيث نجد المشرع يتردد، في تبني هذه الوسيلة، وإلى يومنا هذا تبقى طريقة التسيير المباشر عن طريق المؤسسة باعتبارها الوسيلة المفضلة، وبالتالي لا نجد نصوص خاصة تدل على مميزات تفويض المرفق العام إلا ما نجده بطريقة ضمنية لاسيما ما ورد مثلا في قانون المياه.

¹ - La loi N°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la loi 2001-1168 du 11 décembre 2011.

² - C.E, 7 Avril 1999, commune de Guillerand-Grange CanBergeal, voir : www.légifrance.gouv.fr

الفرع الثاني

معيار المخاطر الاقتصادية الناتجة عن استغلال المرفق

إنّ المعايير التي أتى بها قانون **sapin** لم تكن مستقرة ، باعتبارها نسبية وليست مطلقة وذلك يعود إلى أنها لم تضع حدا للتمييز بين تفويض المرفق العام والعقود الأخرى على أساس ارتباط المقابل المالي بالنتائج المالية للاستغلال لا سيما بعد قضية **Silim Environnement** ومقاطعة **Lambesc** في دفاعها في قضية **prefet des bouches du-Rhone**، أين استند في ذلك إلى حجج ومن بينها، أن القواعد الخاصة بإبرام العقود العامة، لم تعد قابلة للتطبيق ذلك أن التمييز بينها وبين عقد التفويض، يمكن في أن المسؤولية تعهد كاملة لتنفيذ المرفق عن طريق مشروع خاص، أما العقود العمومية فإن الإدارة يتطلب منها تنمية إيرادات معنية، ولكن اليوم نجد مثلا عقود مشاطرة الاستغلال يتطلب دفع المقابل المالي، فيها عن طريق الشخص العام وإن كان هذا العقد ينتمي إلى طائفة عقود التفويض، وعليه كان لازما إضافة معايير أخرى التي يمكن من خلالها تميز عقد تفويض المرفق العام تضاف إلى المعايير التقليدية لدعمه أكثر، لاسيما في حالة وجود تشابه مطلق بين عقد من طائفة عقود التفويض وعقد طائفة العقود الأخرى ومن بين هذه الأسباب التي أدت إلى ظهور معايير حديثة نجد:

أولاً: عدم استقرار وثبات معيار المقابل المالي:

إنّ معيار المقابل المالي لم يعد، يلعب دوره التقليدي في تمييز عقد التفويض حيث أن هذا المعيار في سنوات التسعينات كان مقسما بسبب عدم وجود تعريف تشريعي لتفويض المرفق العام وبالتالي فالسبيل الوحيد لتمييز المرفق العام هو المقابل المالي حيث أن هذا الأخير يستلزم أن يدفع من طرف المنتفعين.

نقد: من الانتقادات الموجهة إلى هذا المعيار، أنه معيار غير ثابت، والسبب يعود إلى القول في أن المقابل المالي يستلزم أن يدفع من طرف المستفيدين، ولكن إذا دفع المقابل المالي من غير المنتفعين، نتساءل عن مصير هذا العقد وعلى هذا الأساس هجروا هذا المعيار وانتقلوا إلى معيار آخر وهو معيار المخاطر الناتجة عن استغلال المرفق، كما أكد أيضا مجلس الدولة في إحدى

قراراته أن المعيار المالي، لا يكفي لوحده أن يكون معيارا مميزا لتفويض المرفق العام، وإنما يستلزم الأمر في هذا الشأن أن يشاركه خطر اقتصادي محقق يتحمله المتعامل⁽¹⁾

ثانيا : حتمية التحول من معيار المقابل المالي إلى معيار مخاطر الاستغلال:

يرى الفقه أنّ معيار مخاطر الاستغلال ينبثق من المعيار التقليدي المتمثل في المعيار المالي، ويرى هؤلاء أن مخاطر استغلال المرفق ما هي إلا نتيجة المقابل المالي الناتج عن الاستغلال، وبين أنه لا يمكن الحصول على مقابل مالي عن طريق الاستغلال المرفق إلا من خلال تحمل المخاطر المالية للمشغل، وهذا ما أدى بالفقه⁽²⁾ إلى هجر المعيار المالي كليا، وفي حالة استعماله يستوجب أن يحاط المعيار بالمخاطر المالية، وبالتالي في عقود الصفقات العمومية المتعاقد لا يتحمل كل المخاطر وإنما جزء منها على عكس عقود التفويض أين يتحمل المفوض له المخاطر الاقتصادية للمشروع ، وبالتالي كان على أطراف العلاقة التعاقدية تصور كل المخاطر المحتملة وإدماجها في بنود العقد (والتي تتعلق إما بالفائدة أو الربح المنتظر في العقد أو حتى عواقب ومخاطر المتعلقة بتنفيذ العقد)⁽³⁾.

المطلب الثاني

صور ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

يرتبط المقابل المالي في عقد تفويض المرفق بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق العام وقد يتحصل عليه من مصادر أخرى⁽⁴⁾.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.60.

² - "Concession est caractérisé par le fait que le contractant de la personne publique est ummunéri en tout ou partie, par des redevances qui lui sont directement versée par les usagers du service ou de l'ouvrage public dont le contrant lui confie l'exploitation" voir : BRANDI.WILLY, op.cit p. 12 et 13.

³ - T.A, 2 Novembre 1994, grand stade .voir : www.legiFrance.gouv.Fr

⁴ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص. 470.

لذلك سنحاول أن نتطرق إلى إعطاء صورة واضحة عن تقنية الحصول على المقابل المالي من المستفيدين عن طريق الإتاوة (الفرع الأول) ثم سنتناول تقنية الحصول على المقابل المالي من الإدارة السانحة للالتزام (الفرع الثاني) ، حصول المتعاقد على مقابل استغلال من غير الإدارة والمستفيد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الحصول على المقابل المالي من المستفيدين عن طريق الإتاوة

إنّ المقابل المالي في عقد التفويض له علاقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق، كما يقول الأستاذ CLAUDIE BOITEAU : "ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه باستغلال المرفق لا غيره، وفي أغلب الأحيان هي إتاوات مقدمة من طرف المرتفقين مقابل الخدمة"⁽¹⁾.

رغم أن هناك من الأساتذة من يقول أن المقابل المالي في تفويض المرفق العام، يكون دائماً مصدره الإتاوات المتحصل عليها من المرتفقين وإلا لسنا بصدد تفويض المرفق العام، إلا أن ليس صحيحاً دائماً⁽²⁾.

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي، على أنّ المتعامل المتعاقد يتحصل على المقابل المالي مقابل أداء الخدمة من المنتفعين، وذلك من خلال رأيه في تاريخ 19 ديسمبر 1995 أين أقر على: أن الإلتزام يتميز بأن المتعاقد مع الشخص العام يحصل مباشرة على مقابل مالي، كلياً أو جزئياً من المنتفعين من المرفق العام أو المنشآت العامة التي تعهد إليها العقد باستغلالها⁽³⁾.

ولكن مع ذلك يبقى المقابل المالي الذي يتحصل عليه، المتعامل المتعاقد من المستفيدين غير كافي بشكل خاص في عقود التفويض، بل ويمكن أن يتقاضى المتعامل المتعاقد، مقابل مالي من خلال صور أخرى، هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قضية الأستاذ الكبير "GrandStade" في تاريخ 2 نوفمبر 1994، حيث أن الاتفاق الذي عهدت بموجبه الدولة بمهام

¹ -BOITEAU Claudie, les conventions de délégation de la service public, imprimerie nationale , France, 1999, p. 92.

² -ضريفي نادية ، المرجع السابق، ص 138.

³ -محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 69.

تصميم وبناء وصيانة واستغلال مجموعة تجهيزات رياضية، هو التزام يتقاضى المتعامل مقابلته المالي من إيرادات هذا الاستغلال ومن الإعانات والإيجارات، وبالتالي تكون له صفة تفويض مرفق عام، أن المفوض إليه سوف يستفيد في تمويل هذا المشروع.

وهذا ما أقر به رأي مفوض الحكومة في قضية توزيع التزام القناة الخامسة والسادسة للتلفزيون الفرنسي أن تحصيل المقابل من المستفيدين ليس معيارا مطلقا لعقد التفويض، وإنما يمكن أن يمتد إلى صور أخرى⁽¹⁾.

وعليه فإن المتعاقد يمكن له الحصول على مقابل تكميلي، بشرط أن يكون هذا المبلغ محدودا بالمقارنة مع المقابل المالي الذي يتحصل عليه من طرف المنتفعين.

الفرع الثاني

الحصول على المقابل المالي من الإدارة السانحة للالتزام

إن ما يميز تمويل عقود الصفقات العمومية هو الثمن أو السعر، حيث أن الإدارة المتعاقدة نفسها هي التي يستوجب عليها تقديم هذا المقابل للمتعاقد، ويكون هذا التمويل على شكل تمويل إداري والذي يقدم من طرف المصلحة المتعاقدة أو عن طريق البنوك أو المؤسسات المالية والذي يعرف بالتمويل البنكي أو الإحالة إلى هيئة مختصة أنشأت لهذا الغرض وهي صندوق ضمان الصفقات العمومية، كما نستنتج أنه في عقود الصفقات العمومية لا يمول المتعاقد إلى من طرف أشخاص غير المستفيدين وبالتالي فإن عقود التفويض، يمكن بدورها أن تمول من طرف أشخاص أخرى غير المستفيدين.

ومع ذلك فإن المقابل المالي للتفويض يمكن أن يكون مبلغا يدفعه الشخص المسؤول عن المرفق (الجهة المانحة للالتزام)، بشرط ألا يكون هذا المبلغ في شكل أو صورة ثمن أي لا يقدر وفقا لتكاليف الأداء وإنما يستوجب أن يقدر وفقا للتكاليف والنتائج المالية لاستغلال المرفق وكذا المخاطر الاقتصادية المحتملة، ولقد استقر القضاء الفرنسي منذ حكم ستقر القضاء الفرنسي منذ

¹ - بن زمام عبد الغني، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر " بن يوسف بن خدة "، الجزائر، 2008، ص 11.

حكم ville de colombe⁽¹⁾ الصادر في 11 ديسمبر 1963 على أنه يعتبر من العقود العامة العقود التيلا يتقاضى المتعاقد فيها المقابل المالي من استغلال المرفق نفسه. ولكن بالمقابل، فإن عقود مشاطرة الاستغلال Régie intéressée وعقد الإدارة أو التسيير la gérance، من عقود تفويض المرفق بالرغم من أن المتعاقد يتقاضى المقابل المالي من الإدارة المسؤولة عن المرفق، لأن المقابل المالي يتم تحديده وفقا للاقتصاد في استغلال المرفق ومخاطر تكاليف الأداء.

ذلك أن عندما يتعلق الأمر بمشاطرة الاستغلال، فإن المتعاقد régisseur يتقاضى من الإدارة مبلغا جزافيا، ومقدرا وفقا، إما لرقم أعمال المرفق، إذا كان هناك مستفيدون يدفعون مقابلا أو وفقا للتكاليف الفعلية للاستغلال وهذه الحالة في حالة إذا لم يوجد مستفيدون يدفعون مقابلا⁽²⁾. أما فيما يتعلق بعقد الإدارة فإن المتعاقد gérant يتقاضى مبلغا جزافيا من الإدارة ومع ذلك فإنه من عقود تفويض إذا اقترن تقاضي حافز Prime d'intéressement المرتبط بنتائج الاستغلال⁽³⁾.

الفرع الثالث

حصول المتعاقد على مقابل استغلال من غير الإدارة والمستفيدين

قد يقوم المتعاقد باستغلال مرفق عام، دون أن تقوم الإدارة بدفع مقابل نظير هذا الاستغلال على أن تترك الإدارة المتعاقدة أن يختار وسائل أخرى من أجل الحصول على مقابل مالي، حيث يستغل المتعامل حصيلة الإعانات التي تتولد عن الاستغلال، حيث أن الفقه في أول وهلة يرون أن هذا العقد أنه عقد تقديم خدمات يخضع في إبرامه لتقنين العقود العامة⁽⁴⁾.

¹ نقلا عن محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 59.

C.E 11 décembre 1963, "ville de colombes, Rec, p.611".

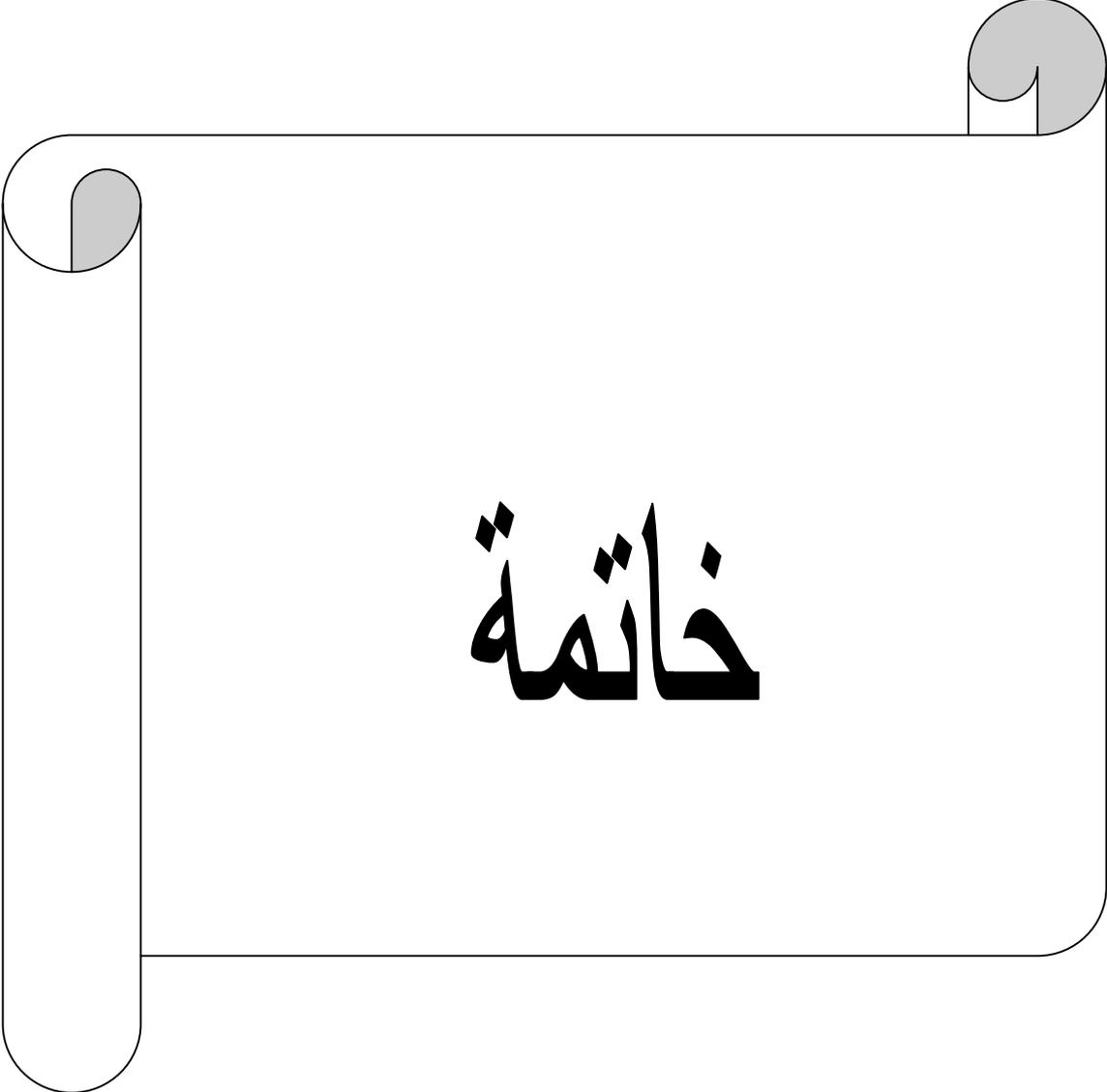
² - TERNEYRE, Ph., op-cit, p.595.

³ - J.B Auby, op-cit, p.11.

⁴ - CCA Paris, 11 octobre 1994, Edition Terrongc ./commune de Houilles, Rec, p.663; AJDA, 1994, p.901 ; concl.J.P. Paitre ; Jcp, 1995, 11, 672, note M.Guibal.

ولكن في قضية *des prefert bouches du-Rhone* نجد مجلس الدولة فصل في الأمر حيث أدخل هذا العقد في زمرة عقود التفويض، طالما أن حصيلة الإعانات تشكل جزءا جوهريا كمقابل مالي للمشروع⁽¹⁾.

¹- J.B.AUBY-ch. Mauge, J.C.P, 1996, précité, 3941, n17.



خاتمة

خاتمة

من خلال ما سبق التطرق إليه يتضح لنا جليا أن تطور مفاهيم المرفق العام أدت إلى تعدد وتنوع أساليب إدارته سعيا وراء إشباع الحاجيات العامة وتحقيق المصلحة العامة والاستجابة لمتطلبات الأفراد المتزايدة كما ونوعا.

ونظرا لأهمية المرفق العام، ومدى ارتباطه بحاجات المواطن فقد سعى المشرع إلى تكريس عدة طرق لتسيير المرفق العام، ويعتبر أسلوب التسيير الكلاسيكي التقليدي بمثابة خطوة أولى في تسيير المرفق العام في الجزائر، لكن مع مقتضيات التحولات الجديدة والانفتاح الاقتصادي أدى بالدولة إلى إحداث طرق جديدة تتلاءم مع النظام الجديد من خلال تفويض المرافق العامة كأسلوب ومعيار جديد يغطي النقائص والعيوب التي عرفها التسيير الكلاسيكي وتسوية واستكمال الثغرات للوصول إلى التسيير الفعال.

وما يمكن ملاحظته هو غياب نظام قانوني موحد بتقنية التفويض، ونجد أنه أشار إليها المشرع في نصوص قانونية متناثرة.

من هذا كله يمكننا أن نخرج بمجموعة من التوصيات والاقتراحات تتمثل فيما يلي:

- وضع نظام قانوني عام وموحد يحكم تقنية تفويض المرافق العامة، وتحديد بشكل دقيق أساليبه خاصة عقد الإمتياز وإجراءات منح الإمتياز وطرق إبرامه بصفة عامة.

- تحديد طرق منح التفويض وفق إجراءات دقيقة وصارمة لتفادي التحايل والرشوة وضمان الشفافية التي يفرضها النظام، ووضع دفتر الشروط نموذجيا كما هو الحال في قانون الصفقات العمومية.

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

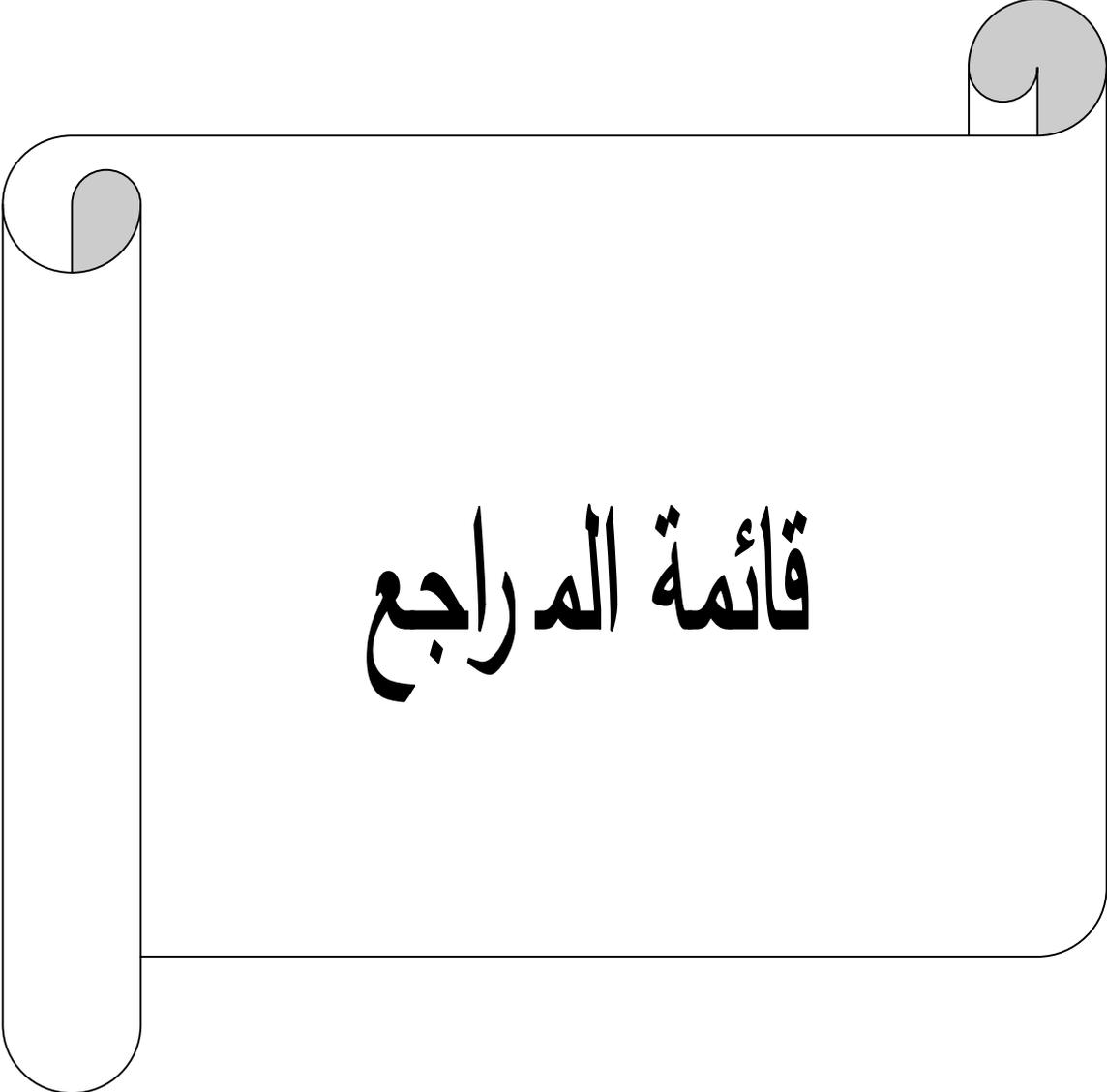
- وضع أساليب أخرى مجدية تحكم تقنية معايير عقود المرفق العام.

- ضبط المرافق القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض ووضع معايير التفرقة بينهما.

خاتمة

- يجب قبل البدء في تسيير أي مرفق عام، إجراء دراسة معمقة حول المشروع للتأكد من الأسلوب المناسب لتسيير واستغلال المرفق.

وما يمكن أن نختم به بحثنا هذا هو القول أنّ المشرع الجزائري، لم يوفق إلى حد كبير في تكريس طرق حديثة لتفويض المرفق العام، وهذا ما اتضح لنا من خلال تطرقنا إليه سابقاً، إلاّ فيما يخص عقد الإمتياز الذي يعتبر الآلية المفضلة في تسيير المرافق العامة في الجزائر، إن لم نقل الوسيلة الوحيدة التي تهدف إلى الوصول الأكثر مردودية وتحقيق السير الحسن للمرفق العام وذلك دون التخلي عن الطرق الكلاسيكية للتسيير المرافق العمومية، بالتالي نأمل أن يعيد المشرع النظر في المنظومة القانونية لهذه الأخيرة .



قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- 1- آيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
- 2- بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، القانون الإداري: (التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
- 3- ثروت بدوي، القانون الإداري، د ط، دار النهضة العربية، د ب ن، 1974.
- 4- حمدي القبيلات، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري-التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، الجزء الأول، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.
- 5- خطار شنطاوي علي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2003.
- 6- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري: (تنظيم السلطة الإدارية و الإدارة المحلية-التنظيم القانوني للوظيفة العامة)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2009.
- 7- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- 8- عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الأول (النظام الإداري) ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 9- _____ ، القانون الإداري، الجزء الثاني (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 10- فريجة حسين، شرح القانون الإداري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 11- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
- 12- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.

- 13- محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رجال بن أعرم مولاي إدريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 14- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 15- محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (نظرية المرفق العام و أعمال الإدارة العامة- دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، د ب ن، 1979.
- 16- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، د ط، دار النشر و التوزيع، الإسكندرية، 2006.
- 17- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرافق العامة، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 18- محمود حافظ، نظرية المرفق العام، د ط، د د ن، القاهرة، 1964.
- 19- محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 20- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز- الشركات المختلطة- Bot- تفويض المرق العام)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 21- مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، د س ن.
- 22- نواف كنعان، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري- التنظيم الإداري- النشاط الإداري)، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006.
- 23- هاني علي الطهراوي، القانون الإداري: (ماهية القانون الإداري- التنظيم الإداري- النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، د ب ن، 2006.

ثانيا: المذكرات الجامعية

أ- مذكرات الماجستير:

- 1- بن زمام عبد الغني، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق "بن يوسف بن خدة"، الجزائر، 2008.

2- شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية- التنظيم و التسيير -
مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع دولة و مؤسسات عمومية، كلية الحقوق، جامعة
الجزائر، 2004-2005.

ب- مذكرات الماستر:

1- إدير نصيرة، إعزوقن نصيرة، استحداث طرق جديدة لتسيير المرافق العامة في التشريع
الجزائري (التركيز على عقد الامتياز)، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام،
تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية،
جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011.

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

3- فروج نوال، عمراني صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة،
مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم
السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

ج- مذكرات تخرج المدرسة العليا للقضاة:

1- بارة زيتوني، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا
للقضاة، الجزائر، الدورة 17، 2006-2009.

2- سيدمو ياسين، طرق إدارة المرافق العمومية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة،
الجزائر، الدورة 17، 2005-2008.

ثالثا: النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية:

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

- 2- أمر رقم 96-13، مؤرخ في 15 يونيو 1996، يعدل ويتم القانون رقم 83-17 المتعلق بالمياه، ج، ر، عدد 37 صادرة في 16 يونيو 1996.
- 3- 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.
- 4- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج، ر، ج، ج عدد 60، صادر في 04 ديسمبر 2005، معدل ومتم بموجب قانون رقم 08 - 03، مؤرخ في 23 جانفي 2008، ج، ر، ج، ج عدد 04، صادر في 27 جانفي 2008، معدل و متم بموجب الأمر رقم 09 - 02، مؤرخ في 22 جويلية 2009، ج، ر، ج، ج عدد 44، صادر في 22 جويلية 2009.
- 5- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج، ر، ج، ج عدد 37 صادر في 03 جويلية 2011.
- 6- قانون رقم 12 - 07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج، ر، ج، ج عدد 12 صادر في 29 فيفري 2012.

ب-النصوص التنظيمية:

- 1- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج، ر، عدد 58 صادرة في 08 أكتوبر 2010، معدل ومتم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 ، مؤرخ في 01 مارس 2011 ، ج ر عدد 14 صادرة في 06 مارس 2011، معدل ومتم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد 34 صادرة في 19 جوان 2011، معدل ومتم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، معدل ومتم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 جانفي 2013، ج ر عدد 02.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 94 - 41، مؤرخ في 29 جانفي 1994، يتضمن تعريف المياه المعدنية و تنظيم حمايتها و استعمالها و استغلالها، ج ر عدد 07، صادرة في 06 فيفري 1994.

ج- التعليم:

التعليم رقم 94-03/842، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية والمحلية و تأجيرها، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994، صادرة عن وزير الداخلية.

خامسا: الاجتهاد القضائي

مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار رقم 11952/11950 الصادر بتاريخ 09 مارس 2004، شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران.

II- باللغة الفرنسية:

1-Ouvrages:

- 1-BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service publique, imprimerie nationale, France, 1999.
- 2-DUPUIS Georges, Marie-José Guédon, patrice chrétien, droit administratif, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1990.
- 3-RENAN, Droit du service publique, Galino, France, 2003.
- 4-ZOUAMIA Rachid, la délégation de service publique au profit de personne privées, maison d'édition Belkeise, Alger, 2012.

2-Textes juridiques :

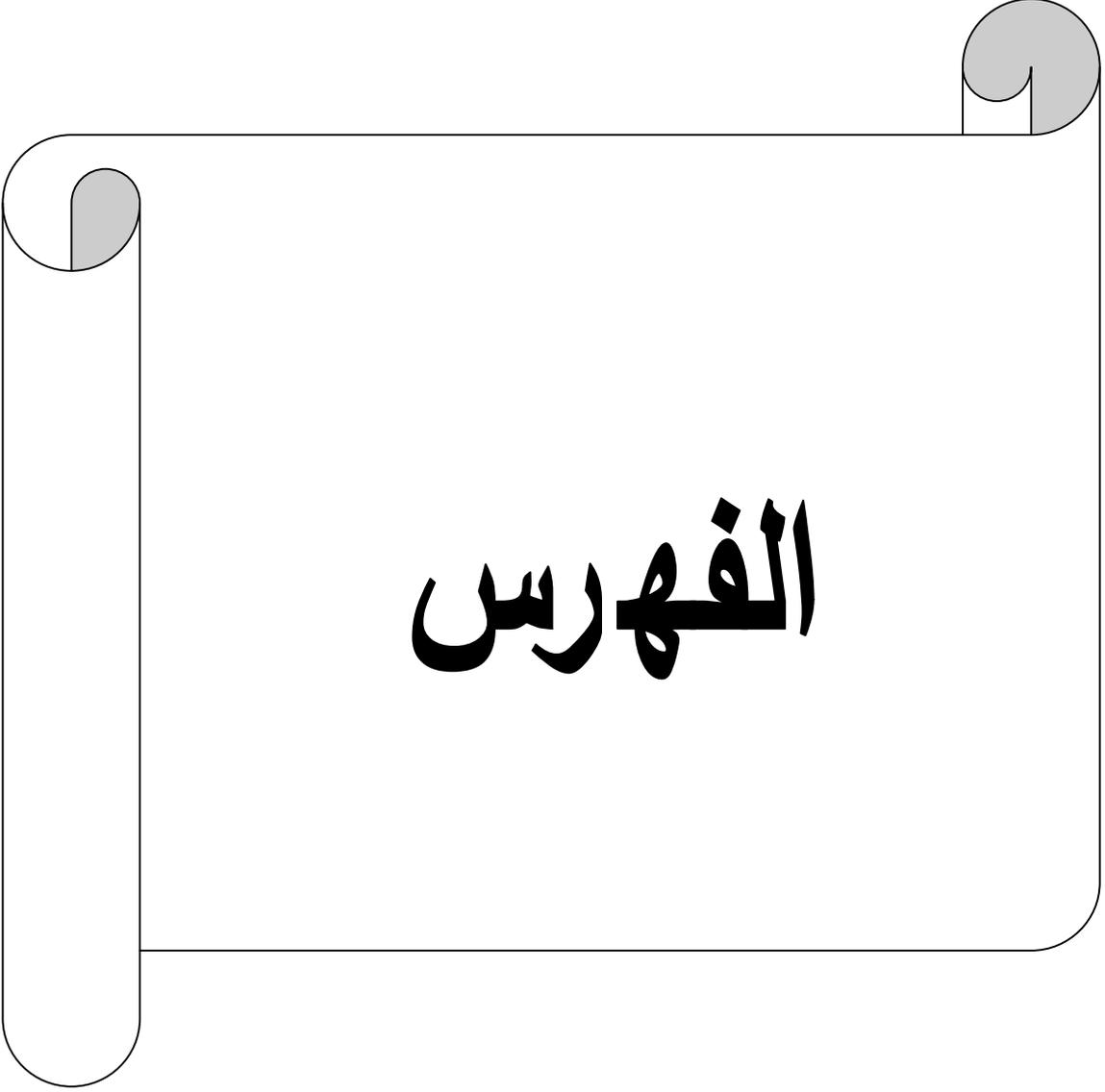
1-La loi n°93-122 du janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001.

Référence web:

1. Arrêt de 30 mars 1916, n°59928, compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.www.conseil d'Etat.fr

2. Willy Brand, la délégation de service publique : un model à repenser ?, Ecole National d'administration, promotion 2007–2009.

[www.Ena.Fr/idex.php?«la délégation de service publique»](http://www.Ena.Fr/idex.php?«la_délégation_de_service_publicue»).



الفهرس

1	مقدمة
3	الفصل الأول: معيار المرفق العام وامتيازات السلطة العامة
3	المبحث الأول: معيار المرفق العام
3	المطلب الأول: مضمون معيار المرفق العام
4	الفرع الأول: حكم بلانكو
5	الفرع الثاني: حكم تيريه
6	الفرع الثالث: حكم تيرونند
6	الفرع الرابع: مفهوم معيار المرفق العام
7	أولاً: تعريف معيار المرفق العام
10	ثانياً: أركان وعناصر المرفق العام
12	المطلب الثاني: هجر معيار المرفق العام
12	الفرع الأول: مدرسة المرفق العام
13	الفرع الثاني: تقدير فكرة المرفق العام
14	الفرع الثالث: أزمة معيار المرفق العام والإنتقادات الموجهة له
14	أولاً: أزمة معيار المرفق العام
15	ثانياً: الإنتقادات الموجهة لمعيار المرفق العام
16	المبحث الثاني: معيار امتيازات السلطة العامة
17	المطلب الأول: مضمون معيار امتيازات السلطة العامة
18	الفرع الأول: تعريف امتيازات السلطة العامة
18	الفرع الثاني: سلطات وامتيازات السلطة العامة والقيود الواردة عليها
19	أولاً: سلطات وامتيازات السلطة العامة
19	ثانياً: القيود الواردة على امتيازات السلطة العامة
20	المطلب الثاني: تقييم معيار امتيازات السلطة العامة
21	الفرع الأول: العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة
21	الفرع الثاني: العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة

- 23..... الفرع الثالث: نقد معيار امتيازات السلطة العامة
- 24..... الفصل الثاني: المعايير الحديثة لتفويض المرفق العام**
- 24..... المبحث الأول: معيار استغلال المرفق العام
- 24..... المطالب الأول: مضمون معيار استغلال المرفق العام
- 25..... الفرع الأول: المرافق القابلة للتفويض
- 26..... أولاً: عقد الامتياز
- 32..... ثانياً: عقد الإيجار
- 35..... ثالثاً: عقد مشاطرة الاستغلال
- 36..... رابعاً: عقد التسيير
- 38..... الفرع الثاني: المرافق غير القابلة للتفويض
- 38..... أولاً: المرافق السيادية
- 38..... ثانياً: المشروعات المجانية
- 39..... ثالثاً: العقود المستثنات بإرادة المشرع
- 39..... المطالب الثاني: تحديد موضوع تفويض العام
- 40..... الفرع الأول: المقصود بإدارة المرفق والمساهمة في تفويض المرفق
- 41..... الفرع الثاني: معايير التمييز بين استغلال المرفق والمساهمة في تسيير المرفق
- 41..... أولاً: معيار المركز المستفيد من الأداء
- 42..... ثانياً: معيار استغلال المتعاقد للمرفق
- 43..... ثالثاً: المعيار المستمد من تكرار الأداء
- 44..... المبحث الثاني: معيار ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال
- 45..... المطالب الأول: مضمون معيار ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال
- 45..... الفرع الأول: تكاليف ونتائج الاستغلال كمعيار لتمييز عقود التفويض
- 47..... الفرع الثاني: معيار المخاطر الاقتصادية الناتجة عن استغلال المرفق العام
- 47..... أولاً: عدم إستقرار وثبات معيار المقابل المالي
- 48..... ثانياً: حتمية التحول من معيار مقابل مالي إلى معيار مخاطر الاستغلال

- المطلب الثاني: صور ارتباط المقابل المالي للنتائج الاستغلال48
- الفرع الأول: الحصول على المقابل المالي من المستفيدين عن طريق الإتاوة.....49
- الفرع الثاني: الحصول على المقابل المالي من الإدارة السانحة للالتزام50
- الفرع الثالث: حصول المتعاقد على مقابل استغلال من غير الإدارة والمستفيدين51
- خاتمة:53

ملخص

تعتبر التحولات الجديدة التي عرفتها الجزائر من خلال انتهاجها للنظام الليبرالي الذي فرض عليها، ضرورة وحتمية اللجوء إلى تبني طرق جديدة مكملة للطرق التقليدية الكلاسيكية لتسيير المرفق العام، تتلاءم مع النظام الجديد ألا وهو معيار تفويض المرفق العام الذي ساهم إلى حد بعيد في تسوية واستكمال الثغرات والنقائص الذي عرفها التسيير الكلاسيكي.

Résumé

Les nouvelles transformations qu'à connu l'Algérie en adaptant le système Libérale, qui l'impose sur la nécessité et l'inévitabilité de recourir à adopter de nouvelles méthodes en améliorant les méthodes traditionnelles et classiques en vue d'une bonne conduite du service public, qui s'adapte avec e nouveau système ce qu'est la norme du mandat du service public et ce qui contribue de manière significative à l'établissement et l'achèvement des lacunes et insuffisances qu'à connu la gestion classique.