جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام.

مكانة البنود التنظيمية والتعاقدية في البناء القانوني لاتفاقيات تفويض المرفق العام في الجزائر

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الإداري

من إعداد الطالبتين:
واسن صارة.
مقراني رابحة.

تحت إشراف:
د.بوزاد ادريس.

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة):	ميزاري صبرينة	رئيسا.
الأستاذ:	بوزاد ادريس	مشرفا ومقررا.
الأستاذ (ة):	ميسون يسمينه	ممتحنا.

2023_2022

إهداء

الحمد لله كثيرا على توفيقه لنا في إتمام هذا العمل المتواضع

وأهدي ثمرة جهدي إلى أغلى ما أملك في الحياة

قدوتي في الحياة ومعلمي الأول

إلى من أعطاني ولازال يعطيني بلا حدود

ورفعت رأسي عاليا افتخارا به **أبي العزيز**

إلى التي رآني قلبها قبل عينيها

إلى النجمة التي تنير دربي

إلى التي آوي إليها في كل حين **أمي الحبيبة**

إلى كل عائلتي كل باسمه، إلى اخوتي مريم، فاطمة الزهراء، ماسينيسا

إلى كل الأصدقاء والزملاء اللذين أحمل لهم المحبة والتقدير

إلى كل من حفظهم القلب ولم يكتبهم القلم.

صارة

إهداء

الحمد للهوكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى وأما بعد:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من حملتني وهن على وهن، وتخطت من أجلي كل المحن، إلى من رسمت لي إبتسامتها صميم الأمل إلى منبع العطف والحنان والى أعز مخلوقة على قلبي "**أمي الغالية**" أدام الله عليها صحتها ورعاها.

إلى من أتشرف بحمل إسمه، إلى من تاهت الكلمات والحروف في وصفه، ويعجز القلم عن كتابة أي شيء عنه، وفي صلاته كم أكثر من الدعوات، والذي كان سندا لي في حياتي ولم يبخل علي يوما بشيء، إلى "**أبي العزيز**" الذي وقف معي في العسر واليسر حفظه الله و أدام عليه صحته.

إلى اللذين لم أتصور الدنيا بعيدة عنهم "إخوتي" **ليلى ونعيمة** قرة عيناي وأخي الوحيد الغالي **رياض** حفضهم الله.

إلى روح عمي الغالي رحمه الله

إلى الذي ساندني طيلة فترة إعدادي لمذكرة تخرجي

إلى أعز الناس على قلبي أبناء إخوتي **أيوب، سامي، ادم وأميرة** رعاهم الله

رابحة

الشكر والتقدير

اللهم إني أسألك ايمانا وقلبا خاشعا وعلما نافعا ويقينا صادقا ودينا قيما وأسألك دوام العافية وأسألك الشكر على العافية.

قبل كل شيء نتوجه بالشكر الى الأستاذ المشرف "بوزاد ادريس" الذي قدم لنا يد العون ولم يبخل علينا بوقته وبنصائحه القيمة.

ونشكر كل من ساعدنا في إتمام هذا العمل من قريب أو بعيد.

نتوجه بالشكر والعرفان للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.

قائمة بأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ص: صفحة.

ص ص: من صفحة الى صفحة.

ط: طبعة.

د ط: دون طبعة.

د س ن: دون سنة النشر.

د ب ن: دون بلد النشر.

د د ن: دون دار النشر.

ثانيا: باللغة الفرنسية

OP.CIT : Référence Précédemment Citée.

N° : Numéro.

P : Page.

مقدمة

يعتبر المرفق العام الخلية الأساسية في الدولة وأهم حلقة فيها، فمن خلاله تمارس الدولة نشاطاتها المختلفة من أجل تحقيق المصلحة العامة وتلبية الحاجيات الضرورية للأفراد، وهذا يعود لكون المرفق العام هو النشاط الإيجابي الذي تمارسه الإدارة بهدف ضمان إستمرارية الخدمات المقدمة في مختلف المجالات خاصة مع تطور الحياة الإقتصادية وزيادة الوعي المدني.

كانت الدولة تعتمد على الأسلوب المباشر الذي يعتبر من الأساليب الكلاسيكية لإدارة المرافق العامة، لكن بعد فشله في تحقيق الأهداف المرسومة نتيجة عجز الخزينة العمومية على تمويل كل المشاريع ذات الصلة بالمرفق العام، وصعوبة تغطية الدولة على المستوى الوطني بالتسيير، نتيجة للتحولات التي مست مؤسسات الدولة لتغير النظام السياسي والتوجه الإقتصادي بتبني إقتصاد السوق القائم على مبدأ تحرير الإقتصاد من بعض الإحتكارات، والتسيير المباشر للمرافق العمومية.

لذلك عمدت الدولة على تبني طرق جديدة تعد الأكثر نجاعة لمواكبة التحولات ضمانا للسير الحسن للمرافق العامة والمحافظة على المال العام، بترشيد النفقات العامة عن طريق وسائل تمويل جديدة، من أجل خلق الثروة خاصة في سياق تراجع المداخيل النفطية الوضع الذي يفرض تنويع مصادر تمويل المشاريع العمومية بإبرام عقود بأقل تكلفة في ظل إحترام معايير الجودة والفعالية لتحسين الخدمة العمومية من خلال تقنية حديثة تُعرف بتفويض تسيير المرافق العمومية بالإنتقال من نمط التسيير العمومي التقليدي إلى نمط التسيير العمومي الحديث.

تتمثل هذه التقنية المستحدثة في قيام شخص من أشخاص القانون العام، الدولة، أوجماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، بتفويض تسيير مرفق عمومي معين لشخص معنوي عام أو خاص بإعتباره الأكثر دراية وتخصصا وخبرة في ميدان التسيير من الإدارة، والتي لديها وظائف أخرى تضطلع بها، فتفويض المرفق ليس

تخلي الدولة عن هذه المرافق، بل فوضت تسييرها فقط لتحقيق نجاعة في تسيير هذه المرافق من جهة، ومن جهة أخرى خلق الثروة خاصة أن المرفق العام يمثل أحد مصادر الجباية المحلية.

إن أسلوب التعاقد بموجب إتفاقية التفويض لتسيير وإستغلال المرافق العامة، لم يتم تكريسه بصفة رسمية في الجزائر إلا بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1]، فنظم المشرع تقنية التفويض من خلال هذا المرسوم بصفة عامة، حيث إكتفى بذكر الأشكال والمبادئ التي تخضع لها اتفاقية التفويض.

لكن بالإحالة إلى التنظيم صدر المرسوم التنفيذي رقم 18_199 المتعلق بتفويض المرفق العام[2]،الذي فصّل أكثر في كيفيات وإجراءات الإبرام وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام ودفتر الشروط المنظم لتلك العقود ومكانته باعتباره جزء لا يتجزأ من العقد، وكذلك أطراف العلاقة التعاقدية متطرقا إلى أهم إجراء المميز لعقود التفويض عن عقود الصفقات العمومية، وهو إعطاء هامش من الحرية في التفاوض لأجل اختيار المفوض له الأكفأ والأجدر بمنح أهمية كبيرة للشخص المتعاقد مع الإدارة، الذي سيعهد له مهمة تسيير وإستغلال المرفق العام لمدة محددة تحقيقا للأهداف المرسومة وعلى رأسها الحفاظ على المصلحة العامة.

تقوم إتفاقية تفويض المرفق العام على نوعين من البنود والمتمثلة في البنود التنظيمية، وعلى السلطة المفوضة إحترامها في مرحلة الإبرام تكمن في مجموعة من القواعد التقنية والمالية كضمانة لسير المرفق العام والتي توضع من طرف السلطة المفوضة دون

[1]– مرسوم رئاسي رقم 247-15 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015.

[2]–مرسوم تنفيذي رقم 18_199 مؤرخ في 2 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ج ج، عدد 48، صادر في 5 أوت 2018.

تدخل إرادة المفوض لـه، وعليه أن يقبلها فهي تعد من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، لأنها تنظم عملية الإبرام من أجل إرساء الإتفاقية على المفوض لـه، الذي يتوفر على الكفاءة و يستجيب للضمانات والمعايير المحددة مسبقا في دفتر الشروط، وبنود تعاقدية المبينة للحقوق والإلتزامات المتبادلة لكلا طرفي عقد التفويض، التي يجب إحترامها في تنفيذ إتفاقية التفويض بمجرد الموافقة عليها لتحفيز كل الفاعلين على تحقيق المهام المنوط به والتوفيق بين مصلحتين متناقضتين.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية دراسة هذا البحث في تبيان مكانة البنود التنظيمية والتعاقدية في البناء القانوني لإتفاقيات تفويض المرفق العام وفق المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الذي يتعلق بتفويض المرفق العام، وتبيان مدى فعالية هذه البنود ومكانتها في إتفاقيات التفويض من خلال أشكالها المختلفة، شكل الإمتياز، شكل الإيجار، الوكالة المحفزة، التسيير، مع تبيان مجمل الإجراءات والتنظيمات في مرحلة الإبرام بالإضافة إلى مكانة البنود التعاقدية في مرحلة تنفيذ عقد التفويض.

أسباب إختيار الموضوع

إنطلاقا من الأسباب الذاتية وصولا إلى الأسباب الموضوعية.

الأسباب الذاتية

_ رغبتنا في دراسة بحث يتعلق موضوعه بالعقود الإدارية بصفة عامة، مع تسليط الضوء على عقود تفويض المرافق العامة بصفة خاصة.

الأسباب الموضوعية

_باعتبار أن تقنية تفويض المرفق العام هي من الأساليب المستحدثة في إدارة وتسيير المرافق العامة، ولكون جوانب عدة لم تحض بقدر كاف من الدراسة نظرا لحداثة التجربة الجزائرية من خلال صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199المتعلق بتفويض المرفق العام، فهو أول مرسوم في مجال عقود تفويض المرفق العام.

_ استعراض مكانة السلطة المفوضة والمفوض له في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام، وإظهار مكانة البنود التنظيمية والتعاقدية المشكلة للبناء القانوني لإتفاقيات تفويض المرفق العام.

صعوبات البحث

أثناء قيامنا بهذا الموضوع صدفنا عدة صعوبات منها:

_ قلة المراجع المتخصصة في مجال عقود تفويض المرفق العام، فهناك جوانب من الدراسة تتوفر فيها مراجع معتبرة، وجوانب أخرى تكاد تنعدم فيها المراجع.

_ هناك صعوبات في ضبط مصطلحات قانونية تخص مباشرة تقنية التفويض لتمييزها خاصة مع عقود الصفقات العمومية.

طرح الإشكالية

ما هو دور البنود التنظيمية والتعاقدية في البناء القانوني لإتفاقيات تفويض المرفق العام في الحفاظ على مقتضيات الطابع العام لإتفاقية التفويض، وضرورة حماية مبدأ التعاقد لتحفيز كل الفاعلين الإقتصاديين للعب الدور المنوط بهم؟

منهج الدراسة

لمعالجة هذا الموضوع اعتمدنا على المنهج التحليلي والإستقرائي للنصوص القانونية التي نظمت موضوع إتفاقية تفويض المرفق العام، وعلى ضوء ذلك قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين: ندرس مكانة البنود التنظيمية في البناء القانوني لإتفاقيات تفويض المرفق العام في **(فصل أول)**، في حين ندرس مكانة البنود التعاقدية في البناء القانوني لإتفاقيات تفويض المرفق العام في **(فصل ثاني)**.

الفصل الأول:

مكانة البنود التنظيمية في البناء القانوني لإتفاقيات تفويض المرفق العام

إن عقود تفويض المرفق العام باعتبارها من العقود الإدارية فهي بذلك تخضع لنظام قانوني خاص ومستقل عن القواعد التي تحكم العقود الخاصة [1]فلإدارة عندما تتعاقد مستهدفة الصالح العام تخضع لقيود والتزامات تقيد حركتها وتحدد لها الطرق لإختيار المتعاقد معها والإجراءات التي يتعين عليها إتباعها.

فرض المشرع على السلطة المفوضة جملة من الضوابط والقيود التي يجب الإلتزام بها في مرحلة الإبرام لضمان المنافسة والشفافية في إختيار أفضل عرض ذلك أن الإدارة لا تتمتع بما يتمتع به الأفراد من حرية سواء فيما يتعلق بإختيار الطرف المتعاقد أو فيما يتعلق بإختيار إجراءات إبرامه[2].

تتمثل هذه الضوابط في مجموعة من الأحكام والبنود التنظيمية المأطرة لعملية الإبرام التي تخضع لها السلطة المفوضة لإختيار وإنتقاء أفضل المتعاملين حماية للمصلحة العامة والمال العام.

لدراسة مكانة البنود التنظيمية في البناء القانوني لعقود تفويض المرفق العام، يجب التطرق إلى البنود العامة التحضيرية لإبرام إتفاقية تفويض المرفق العام **(مبحث أول)** والبنود العامة الإجرائية المتبعة في مختلف مراحل الإبرام **(مبحث ثاني)**.

[1]–نواف كنعان، القانون الإداري: الكتاب الثاني، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2003، ص 332.

[2]– عبد القادر باية، الوجيز في العقود الإدارية، مكتبة الدراسات الأكاديمية، الإسكندرية، 2022، ص 145.

المبحث الأول: البنود العامة التحضيرية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

إن الأسس العامة المحددة مسبقا في دفتر الشروط هي بمثابة شروط عامة يتم وضعها من طرف السلطة المفوضة استنادا إلى نصوص تنظيمية حددها المشرع.

فمن أهم الإجراءات التي ألزم بها المشرع السلطة المفوضة لضمان مبدأ المنافسة من جهة وتكريس شفافية أعمال الإدارة من جهة أخرى هو الإعداد المسبق لدفتر الشروط [1]هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 9 من الأمر 06_01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المعدل والمتمم المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[2] على أنه " ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء التي تحددها دفاتر الشروط ".

إن التنظيم القانوني لعملية الإعداد المسبق لدفتر الشروط يعتبر مرحلة مهمة، فهو مجموعة من البنود والقواعد القانونية التي تسبق العملية الإجرائية أو أي إجراء لمباشرة الدعوى إلى التعاقد، تقوم السلطة المفوضة بتحديدها لتوضيح عدة شروط لإبرام اتفاقية التفويض، كتلك المتعلقة بالصيغ التنظيمية لاختيار أفضل عرض، لذا يستلزم الأمر التطرق إلى الصيغ التنظيمية لإبرام عقود تفويض المرفق العام **(مطلب أول)** ومن ثم تبيان مكانة البنود التنظيمية في دفتر الشروط **(مطلب ثاني)**.

---

[1]– سلامي نوال، الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15–247، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف–مسيلة، 2015–2016، ص 55.

[2]–الأمر رقم 06–01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 14 صادر بتاريخ 8 مارس 2006.

المطلب الأول: الصيغ التنظيمية لإبرام عقود تفويض المرفق العام

تعتبر الصيغ أو الطرق التنظيمية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام من الآليات التي وضعها المشرع من أجل ضمان تكريس فعال لمبدأ المنافسة الحرة، وذلك مرتبط أن نجاح مثل هذا النوع من أساليب تسيير المرافق العامة يكون أساسا بالاختيار الأفضل للمفوض له والاختيار الأفضل للطرف المتعاقد لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال التكريس الفعال والواضح لمبدأ المنافسة [1]، فبعدما أن كانت الإدارة حرة في اختيار المفوض له دون أن تخضع لأي قيد استنادا لمبدأ الإعتبار الشخصي لعقود التفويض أصبح النظام القانوني الجديد يفرض على الإدارة المفوضة مجموعة من القيود منها طرق الإبرام إعمالا بمبدأ المنافسة .لأن مقتضيات المنافسة و تطور هذا المبدأ أدى إلى ضرورة تقييد حرية السلطة المفوضة في اختيار صاحب التفويض[2]، ضمانا لحسن الاختيار لتحديث و إصلاح تسيير المرافق العامة من خلال تفويضات المرفق العام.

تهدف عقود تفويض المرفق العام إلى خلق مناخ تنافسي بين المترشحين لتسيير المرفق العام واستغلاله، بإبرام عقود متوازنة بين الطرفين[3]، فبالرغم من تنوع واختلاف الأشكال القانونية لتفويض المرافق العامة امتياز –إيجار–وكالة محفزة –التسيير، إلا أنها تخضع لنفس القواعد القانونية لتفويض المرافق العامة التي تنظم طرق إبرامها وباستقراء نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 نجد إن اتفاقية تفويض المرفق العام تبرم وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

_ الطلب على المنافسة الذي يمثل القاعدة الأساسية

[1]– وناس ايمان، فاطمة الزهراء الفاسي، "مبدأ المنافسة في ابرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر"، مجلة أبحاث، مجلد 6، عدد 2، 2021، ص 138.

[2]– سلامي سمية، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2020–2021، ص 849.

[3]– وناس ايمان، فاطمة الزهراء الفاسي، مرجع سابق، ص 138.

_والتراضي الذي يمثل الاستثناء والذي نجده أيضا مقيد بجملة من الشروط القانونية الواجب توافرها لضمان اللجوء إلى إحدى أنواعه.

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في **(الفرع الأول)** صيغة الطلب على المنافسة ومن ثم صيغة التراضي كاستثناء **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: صيغة الطلب على المنافسة كقاعدة عامة

لم يضع الأمر 03-03المتعلق بالمنافسة تعريفا شاملا لمبدأ المنافسة،[1] بل اكتفى فقط بالنص على الهدف المرجو من تطبيقه، فحسب المادة الأولى منه نصت على ما يلي:

"يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف المستهلكين "، ونفس الأمر بالنسبة للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا المرسوم التنفيذي رقم 18-199 حيث لم يضع المشرع في كلا النصين القانونيين تعريفا لمبدأ المنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام على الرغم من أنه تم تكريسه عند إبرام هذا النوع من العقود الإدارية.

وعليه يمكن تعريف المنافسة في مجال عقود تفويض المرافق العامة بأنها فتح المجال للمنافسة لكل من يود المشاركة ويتوفر على الشروط القانونية بهدف تحقيق جودة أكبر في شخصية المفوض له ويزيد من مجال اختيار الإدارة تماشيا مع التوجه الاقتصادي الذي يدعو إلى وضع عدة مترشحين في منافسة بتقديم عدة عروض ليتم دراستها من طرف السلطة المفوضة استنادا إلى المعايير الموضوعة مسبقا حتى يتسنى لها اختيار أفضل المتعاقدين.

[1]- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر العدد 43، صادر في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم.

أولا: مفهوم الطلب على المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

تضمن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تعريفا لصيغة الطلب على المنافسة ومراحله التنظيمية كما حدد حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة وإقصاء المتعاملين من المشاركة.

أ: تعريف أسلوب الطلب على المنافسة:

تعد صيغة أو أسلوب الطلب على المنافسة (الدعوة للمنافسة) تحقيقا وتجسيدا لمبدأ المساواة بين المترشحين للتعاقد مع الإدارة العامة[1]، حيث يلزم القانون هذه الأخيرة على اختيار أفضل المتقدمين على أساس كل من المعيارين المالي والفني، "إذ يعتبر اختصاص الإدارة في المناقصة اختصاصا مقيدا يجرى على قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء وبقصد كفالة مبدأ المساواة بين المناقصين"[2].

عرفته المادة 11من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره المتعلق بتفويضات المرفق العام بأنه:" إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة بغرض المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة"[3].

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن المشرع استعمل عبارة "طلب العروض "ولم يستعمل "الطلب على المنافسة "، لكن على الرغم من الاختلاف في المصطلح إلا أن الهدف يبقى واحد حيث يمنح التفويض للمترشح الذي يقدم أفضل عرض من حيث الضمانات المهنية والتقنية والمالية حسب الفقرة 2 من المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18_199: "يمنح تفويض

[1]- عبد القادر باية، الوجيز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 202.

[2]- نواف كنعان، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، المرجع السابق، ص 334.

[3]- المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

المرفق العام للمترشح الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط"[1]، وهو نفس الأمر الذي نجده في طلب العروض الذي يخصص للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

نرى أن هذا التباين اللغوي الذي قام به المشرع لا يؤثر من حيث مضمون كليهما وبأنهما يؤديان نفس المعنى، بينما يمكن تفسير ذلك أن صيغة الطلب على المنافسة يمكن من استقبال عدد كبير من العروض ويتضمن أكبر قدر ممكن من الشفافية خاصة أن المنظم لم يقم بتحديد الأشكال التي يمكن أن يتخذها الطلب على المنافسة مثلما قام به في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال نصه في هذا التنظيم للأشكال التي يتخذها طلب العروض وهو الأمر الذي يساعد –عدم التحديد للأشكال–على توسيع مجال المنافسة.

قامت المادة 10من المرسوم التنفيذي 18–199السالف ذكره بحصر الطلب على المنافسة وطنيا أي أنها مفتوحة للمتعاملين الاقتصاديين الوطنيين فقط وذلك بنصها "يكون الطلب على المنافسة وطنيا" كما أن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18–199 موجهة بالدرجة الأولى إلى الجماعات المحلية من أجل خلق تنمية محلية مستدامة[2]، هذا ما أكدته أيضا تعليمة وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية الصادرة تحت رقم 006_2019 المؤرخة في

9 جوان 2019 الموجهة للولاة ورؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية[3]التي تضمنت كيفيات تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18–199.

[1]– المادة 11 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 المتعلق بتفويضات المرفق العام السالف ذكره.

[2]–انظر المادة 10 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 المتعلق بتفويضات المرفق العام.

[3]–تعليمة رقم 006 مؤرخة في 9 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18–199 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام.

مؤكدة في نفس الوقت بأن الجماعات المحلية هي من بين الهيئات المعنية أكثر بتفويض تسيير المرافق العامة بحيث يمكنها اللجوء الى هذا النمط من التسيير لتنفيذ مختلف مهام الخدمة العمومية المنوط بها حسب المادة 4 من نفس المرسوم[1].

ب: المراحل التنظيمية للطلب على المنافسة:

وضحت المادة 12من المرسوم التنفيذي بأن أسلوب الطلب على المنافسة يتم وفق مرحلتين، المرحلة الأولى تتمثل في الاختيار الأولي والمرحلة الثانية تتجسد في دعوة المترشحين المقبولين إلى سحب دفتر الشروط.

1-مرحلة انتقاء المترشحين:

تشرع السلطة المفوضة من خلال هذه المرحلة إلى اختيار المترشحين على أساس ملفات الترشح في الطلب على المنافسة لإبرام عقود تفويض المرفق العام، حيث تنص الفقرة 1 من المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199: " أن الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح، يجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط، عنوانه دفتر ملف الترشح، في لوح الإعلان عن العروض".

تقوم السلطة المفوضة بدراسة ملفات الترشح من حيث الضمانات والمؤهلات المهنية والفنية والمالية للمترشحين، وكفاءاتهم لضمان استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد، انطلاقا من هذه المرحلة تعد السلطة المختصة قائمة للمترشحين المؤهلين المستوفون لشروط التأهيل بعد التحقق من مركزهم المالي والتقني[2].

[1]- أنظر المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 التي نصت على أطراف اتفاقية تفويض المرفق العام.

[2]-محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 121.

تكمن مكانة الشروط التنظيمية في هذه المرحلة بضبط قائمة المترشحين المقبولين الذين تم اختيارهم والمستوفون للشروط المحددة في ملف الترشح المتضمن لما هو مطلوب في دفتر الشروط، من أجل تقديم عروضهم وإعدادهم للمنافسة حول العقد المراد إبرامه[1].

2-مرحلة دعوة المترشحين إلى سحب دفتر الشروط:

تتمثل المكانة التنظيمية لهذه المرحلة حسب الفقرة 2 من المادة 12 من المرسوم التنفيذي السالف ذكره والتي تنص:" المرحلة الثانية تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم أثناء المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشروط"، حيث يعتبر سحب دفتر الشروط من الشروط الضرورية للمشاركة في الطلب على المنافسة المتعلق بموضوع التفويض، فمن خلاله يتيح الفرصة للطرف المتعاقد مع الإدارة بالاطلاع على كل ما يخص المشروع محل التفويض وكذا كيفية إنجازه. فان بمجرد سحب دفتر الشروط هو بمثابة القبول بكل الأعباء والالتزامات التي تقع على المتعامل المتعاقد ويتحملها عند تنفيذه للعقد[2].

كما أضاف المشرع في المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199[3]: " تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين، بكل وسيلة ملائمة إلى سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم".

ج-حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة:

نص المشرع على أسس تنظيمية لإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة في المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره وبين الحالات كما يلي:

---

[1]-يوسف خوجة حسان، بن يديري بيلال، مكانة الشروط التنظيمية في عقود تفويض المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية، 2018-2019، ص 13.

[2]-المرجع نفسه، ص14.

[3]- المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

حصرت المادة ثلاث حالات:

1-عدم استلام أي عرض وانتهت الآجال وميعاد إيداع الملفات ولم تتلقى السلطة المفوضة أي عرض.

2-حالة استلام عرض واحد.

3-عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

هنا لابد من الإعلان عن عدم جدوى إجراء الطلب على المنافسة للمرة الأولى ويعاد إجراء الطلب على المنافسة للمرة الثانية، إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية عدم استلام أي عرض، أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط فان السلطة المفوضة ملزمة بالإعلان للمرة الثانية عن عدم جدوى الطلب على المنافسة، لكن في حالة تلقي عرض واحد ويكون مطابق لدفتر الشروط فانه سيقبل لمتابعة باقي الإجراءات.

يتم الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة من طرف لجنة اختيار وإنتقاء العروض بتحرير محضر عدم الجدوى عند الاقتضاء يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال جلسة فتح العروض وفحصها[1].

د-حالات الإقصاء من المشاركة:

نظم المشرع حالات الإقصاء من المشاركة في صيغة الطلب على المنافسة في المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره، التي نصت على نوعين من الإقصاء المؤقت والنهائي من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام للمتعامل الذي يرتكب فعلا

[1]- المادة 77 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

أو عملا محل إجراء ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1].

حيث يلاحظ من خلال استقرائنا لنص المادة أعلاه من المرسوم التنفيذي بأن المشرع قام بتكريس حالات الإقصاء من المنافسة في عقود تفويض المرفق العام بالإحالة إلى المادة 75 من المرسوم الرئاسي بالإضافة إلى القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، حيث قام بتبيان نوعين من الإقصاء المؤقت التلقائي والإقصاء المؤقت بموجب مقرر، وينطبق نفس التقسيم على الإقصاء النهائي.

1-الإقصاء المؤقت التلقائي:

حسب المادة 3 من القرار الوزاري المتعلق بكيفيات الإقصاء من المنافسة [2]فانه يتخذ الإقصاء المؤقت التلقائي من طرف كل المصالح المتعاقدة ضد المتعاملين الاقتصاديين حيث يتم استبعادهم تلقائيا وبصفة مباشرة بإقصائهم من المشاركة في الطلب على المنافسة متى توفرت الحالات التالية:

-المتعاملون الاقتصاديون الذين هم في حالة التسوية القضائية أو الصلح.

-الذين هم محل إجراء التسوية القضائية أو الصلح.

في هذه الحالتين يتم السماح للمتعاملين الاقتصاديين أن يشاركوا في الطلب على المنافسة، إذا أثبتوا بأنهم مرخصون من قبل العدالة لمواصلة نشاطاتهم بصفة قانونية.

-المتعاملون الاقتصاديين الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه جبائيه، ولم يستوفوا الإيداع القانوني لحساب شركاتهم.

---

[1]- المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره.

[2]- المادة 3 من القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من الصفقات العمومية، ج ر، عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

-الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب غش جبائي أو تصريح كاذب أو مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية والمدانون بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب مخالفة بعض الأحكام القانونية.

2-الإقصاء المؤقت بموجب مقرر:

نصت المادة 6 من القرار الوزاري[1] المذكور أعلاه على حالات الإقصاء بموجب مقرر، ففي هذه الحالات لا يكون الإقصاء تلقائيا بل يتم بموجب مقرر يصدر عن رئيس السلطة المفوضة أي من الوزير المعني بالقطاع أو مسؤول الهيئة أو الوالي، الذي سيبين من خلاله وضعية المتعاملون الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها بعد أن كانوا محل مقررين اثنين للفسخ، تحت مسؤوليتهم مع تبليغ هذا المقرر للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين.

3-الإقصاء النهائي التلقائي:

هذا النوع من الإقصاء من المنافسة نصت عليه المادة 7 من القرار الوزاري[2] المذكور سلفا المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بأنه يطبق الإقصاء النهائي التلقائي على المتعاملين الاقتصاديين بمجرد ثبوته دون الحاجة إلى مقرر إلا إذا تم رد الاعتبار لهم حسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول به وتتمثل وضعيتهم فيما يلي:

-المتعاملون الاقتصاديين الذين هم في حالة إفلاس أو التصفية أو توقف عن النشاط.

-الذين هم محل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط.

[1]- المادة 6 من القرار الوزاري لوزارة المالية، المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف ذكره.

[2]- المادة 7 من نفس القرار الوزاري.

– المسجلون في البطاقية لمرتكبي الغش والمخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم المعمول به في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

4-الإقصاء النهائي بموجب مقرر:

يطبق هذا النوع من الإقصاء بالنسبة للمتعاملين الأجانب الذين أخلو بالتزاماتهم المذكورة في دفتر الشروط والمحددة في المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 [1]المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جزاء عن المخالفة إبعادهم من المنافسة بإصدار مقرر من الجهة المختصة.

إن مكانة التنظيم للإقصاء من المشاركة في عقود تفويض المرفق العام تكمن بانتقاء مترشحين نزهاء للمشاركة في صيغة الطلب على المنافسة والذين هم في وضعية قانونية ضمانا للمصلحة العامة وحفاظا على المال العام.

ثانيا: المبادئ التنظيمية الواجب احترامها في مرحلة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام:

ألزم المشرع السلطة المفوضة بوجوب احترام المبادئ الأساسية المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لإبرام عقود تفويض المرفق العام التي تنص على: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام هذا المرسوم"، و هي نفس المادة التي أكدت على تطبيقها المادة 209 من نفس المرسوم، بالإضافة للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بهذه الاتفاقيات لتقرها و تأكدها من جديد، فمن خلال تحليلنا لنصوص هذه المواد نستنتج بأن إخضاع عقود تفويض المرفق

[1]– أنظر المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.

العام لنفس المبادئ المنصوص عليها في عقود الصفقات العمومية يعود لارتباطها الوثيق بالمال العام و المصلحة العامة التي تتطلبها المرافق العمومية بمختلف مجالاتها، لهذا كان حرص المنظم جليا لسعيه لتوفير نظام قانوني متكامل ينظم من خلاله العملية التعاقدية[1]التي تقوم بها الإدارة أساسها التقيد بالمبادئ التي تعتبر الإطار العام الذي لا يجب أن تخرج عنه الإدارة حال إبرامها لتفويضات المرفق العام.

أ-مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية:

يعد مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية la liberté d'accès à la commande public من أهم المبادئ الأساسية المكملة لمبدأ المنافسة الحرة ويقضي هذا المبدأ على حرية الولوج إلى الطلب العمومي عن طريق فتح المجال للمنافسة لكل أشخاص القانون العام والخاص على حد السواء والمختصين بنوع واحد من النشاط الذي تسعى المصلحة المتعاقدة تفويض تسييره[2]، و تتوفر فيهم الشروط القانونية حيث تتسع فرص اختيار أفضل المتعاقدين للوصول لأفضل عرض من الناحية المالية أو الفنية بعيدا عن تحيز الإدارة في استخدام سلطتها في مجال عقود تفويض المرفق العام.

ب-مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:

يعتبر مبدأ المساواة من القيود التي تحد من حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها بغية الوصول إلى أفضل العروض، أين يقتضي مبدأ المساواة في معاملة المترشحين إعمال مبدأ تكافئ الفرص بين المتنافسين فالإدارة يجب عليها ألا تقوم بأي إجراء تمييزي غير

[1]– عبد القادر باية، المرجع السابق، ص 149

[2]– زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر 1، عدد 32، جزء أول، 2018، ص 501.

منصوص عليه قانونا[1]بل تكون المساواة بين العارضين على أساس معايير موضوعية محددة مسبقا وأن يتم معاملة كل مترشح بنفس الطريقة التي يعامل بها مترشح آخر يكون في نفس الوضعية القانونية[2]فالمساواة في العقود الإدارية بين الذين تماثلت مراكزهم القانونية.

لذلك لا يجوز للسلطة المفوضة أن تخصص العقد لمتنافس دون غيره لأسباب شخصية لا تخدم المصلحة العامة[3].

ج-مبدأ الشفافية:

يحتل مبدأ الشفافية مكانة مهمة في إبرام عقود تفويض المرفق العام فهو من المبادئ الجوهرية التي تضمن صحة العملية التعاقدية ومشروعيتها من خلال كل المراحل التي تمر من خلالها اتفاقية التفويض، سواء ما تعلق بحدود مبدأ الشفافية على طرق الإبرام وكذا إضفاء هذا المبدأ على إجراءات إبرام عقد التفويض[4].

الفرع الثاني: صيغة التراضي كاستثناء

يعتبر التراضي أسلوبا استثنائيا لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام أين تتفادى السلطة المفوضة إتباع الإجراءات المعقدة المقررة في أسلوب الطلب على المنافسة وتلتزم بإتباع إجراءات شكلية بسيطة[5]فصيغة التراضي تمثل الاستثناء عن القاعدة العامة المتمثلة في "الطلب على المنافسة" واستثناء على مبدأ المنافسة بصفة عامة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام.

---

[1]– عبد القادر باية، المرجع السابق، ص 155.

[2]– المادة 78من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 التي تنص على: "أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة".

[3]– نواف كنعان، المرجع السابق، ص 334.

[4]–العصيص مزيان، زواقري الطاهر،" بث الشفافية في مسار إبرام عقود تفويض المرفق العام–دراسة مقارنة في ضوء المرسوم التنفيذي 18–199"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 1، 2022، ص 3،6.

[5]–زياد عادل، الوجيز في القرارات والعقود الإدارية، آلفا للوثائق للنشر والتوزيع، د ب ن، 2022، ص 128.

اعتمد المشرع الجزائري على قاعدة الطلب على المنافسة كأصل لتكريس مبدأ المنافسة الحرة ويكون مجال واسع للمشاركة والاختيار بالنسبة للإدارة، بالمقابل ولأسباب موضوعية وقانونية[1] أقر للسلطة المفوضة استثناء اللجوء إلى أسلوب التراضي للتعاقد مع مفوض له مؤهل أو مفوض له من بين مترشحين مؤهلين حسب صيغة التراضي وهذا حسب نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، لذا سنتطرق إلى تعريفه وتبيان أنواعه **(أولا)** من ثم تحديد الحالات التنظيمية للجوء لإحدى أنواعه**(ثانيا)**.

أولا: تعريف التراضي و أنواعه:

قدم المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 18-199، تعريفا للتراضي باعتباره استثناء عن القاعدة العامة **(أ)** وكذا صيغتيه المتمثلتين في التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط **(ب)**.

أ-تعريف التراضي:

أسلوب التراضي في إطار عقود تفويض المرفق العام هو الطريق الاستثنائي لإبرام اتفاقية التفويض، فمن خلاله يتم تخصيص ومنح الاتفاقية لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، حيث تتحرر بموجبه السلطة المفوضة من الإجراءات التي تحكم الطلب على المنافسة وتعقيدها[2].

[1]- المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تنص: "عند الإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية ووفق الإشكال نفسها، وفي حال الإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي".

[2]- حديد جمال، تفويض تسيير المرفق العام وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي 18-199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزوو، 2020، ص، 61.

ولا يجب أن يفهم من هذا الأسلوب أن الإدارة حرة بصفة مطلقة في أن تتعاقد مع من تشاء وكيف ما تشاء بل العكس من ذلك ففي إطار هذا الأسلوب وضع المشرع قواعد إجرائية وجب على الإدارة إتباعها حتى ولو كان يغلب عليها طابع التراضي.

ب-صور التراضي:

لقد حددت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 صور صيغة التراضي في شكلين، التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط، وهما صيغتان يقتربان من حيث التعبير والمصطلح لما ورد في تنظيم الصفقات العمومية إلا أنهما يختلفان في المضمون والحالات المحددة حصرا مقارنة بالحالات التي نص عليها في مجال إبرام اتفاقيات تفويض المرافق العامة.

1-التراضي بعد الاستشارة:

التراضي بعد الاستشارة إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار المفوض له لتسيير مرفق عام من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل ومن يمتلك أحسن عرض هو الذي ترسى عليه اتفاقية تفويض المرفق العام[1].

فالتراضي بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه السلطة المفوضة لإبرام عقودها بإقامة منافسة بين مترشحين مدعوين خصيصا لذلك، ومن الملاحظ أنه يكرس ولو جزئيا مبدأ المنافسة بحكم أن السلطة المفوضة تستدعي على الأقل ثلاثة مترشحين مؤهلين وتفاوضهم وتفتح المجال للمنافسة بينهم[2]، لتقوم في الأخير على إرساء الاتفاقية على المترشح الذي تراه مؤهلا لتسيير مشروع مرفق عام.

---

[1]- المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[2]- حديد جمال، المرجع السابق ص 61.

1-التراضي البسيط:

التراضي البسيط في مجال إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير المرفق العام بعد التحقق من قدراته ومؤهلاته المالية والمهنية والتقنية وتمنح له مباشرة اتفاقية تفوض المرفق العام[1].

يعتبر إجراء التراضي البسيط كاستثناء عن الاستشارة، لأنه[2] بموجبه السلطة المفوضة تتعاقد مع متعامل اقتصادي وحيد بمجرد تطابق إرادتيهما على محلها، ووفقا لدفتر الشروط معد مسبقا من طرف السلطة المتعاقدة، دون اللجوء إلى أي وسيلة من وسائل الإشهار أو الدعوة إلى المنافسة.

ثانيا: الحالات التنظيمية للجوء إلى التراضي:

نظم المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199، حالات اللجوء إلى التراضي على سبيل الحصر وفقا لصيغتيه، وهذا على النحو التالي:

أ-تقيد السلطة المفوضة ببنود تنظيمية عند اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة:

نصت عليها المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على ما يلي:" تلجأ السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة فيما يلي:

1-عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له من المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.

[1]- المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[2]- حديد جمال، المرجع السابق ص 62.

2-عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة[1]، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير الكلف بالجماعات الإقليمية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.

ب-تقيد السلطة المفوضة بحالتين عند اللجوء الى التراضي البسيط:

نظم المشرع حالتين للجوء إلى التراضي البسيط في المادة 20 من المرسوم التنفيذي السالف ذكره وهي كالأتي: يتم اللجوء إلى التراضي البسيط:[2]

1-إما في حالة الخدمات التي لا يمكن لها أن تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل مرتبة احتكارية

2-وأما في حالات استعجالية وحسب المادة 21 تعتبر الحالات الاستعجالية[3]

- عندما تكون اتفاقية تفويض المرفق العام السارية المفعول محل إجراء فسخ.
- استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.
- رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.

ويتعين على السلطة المفوضة، في جميع الحالات، اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني.

سعى المنظم في صيغة التراضي إلى وضع تنظيم قانوني في حالات محددة قانونا التي تقيد السلطة المفوضة في اختيار المتعامل المتعاقد وفي نفس

[1]- المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[2]- المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[3]- المادة 21 من نفس المرسوم.

الوقت تعد ضمانة للحفاظ على استمرارية الخدمة المقدمة من المرفق العمومي المعني محل اتفاقية التفويض، لكن نلاحظ أن المنظم سواء في التراضي البسيط أو بعد الاستشارة حرر السلطة المفوضة نسبيا في اختيار شكل التراضي ومن بعض الشكليات التي تخضع لها في صيغة الطلب على المنافسة مما يجعل السلطة المفوضة تختار المفوض له لأجل غاية واحدة هي استمرارية المرفق العام دون مراعاة جودة و نجاعة الخدمات المقدمة من قبله[1].

المطلب الثاني: مكانة البنود التنظيمية في دفتر الشروط

تتميز عملية الإبرام في عقود تفويض المرفق العام بالإعداد المسبق لدفتر الشروط المنظم للعقد المراد إبرامه، فإعداد دفتر الشروط نفسه هو مرحلة وجوبية و إلزامية من مراحل التعاقد فهو إجراء مسبق من إجراءات التعاقد ومصدر قانوني داخلي للقواعد المتعلقة بأساليب اختيار المفوض له[2]، لاسيما في العقود الإدارية ومنها عقود تفويض المرفق العام التي يشترط فيها المشرع على المصلحة المتعاقدة وجود دفتر الشروط كشرط تنظيمي لإبرام العقد وعلى إخضاع نفس العقد لأسلوب معين في اختيار المفوض له.

إن دفتر الشروط كشرط تنظيمي أساسي تلتزم السلطة المفوضة بأعداده باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات المصلحة العامة يمر بمراحل معينة لإعداده فهو عمل قانوني يتكون من مجموعة من البنود التنظيمية المتصلة بموضوع اتفاقية التفويض.

---

[1] – شريط فوضيل، رباحي مصطفى،" كيفيات اختيار المفوض له وفقا للمرسوم التنفيذي 18-199"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد، 32، العدد 3، 2021، ص 85.

[2] – جوادي نبيل، دفتر الشروط في القانون الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)، مذكرة ماجستير في الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، 2005-2006، ص 60.

سندرس مكانة هذه البنود من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، سنتطرق إلى تعريف دفتر الشروط (**الفرع الأول**)، ثم المراحل التنظيمية لإعداده (**الفرع الثاني**)، والتقسيمات التنظيمية لدفتر الشروط (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: تعريف دفتر الشروط

من خلال تحليلنا للنصوص الفقهية التي تناولت دراسة دفتر الشروط وأهميته في تكوين العقود الإدارية سواء في مجال عقود تفويضات المرفق العام أو الصفقات العمومية، فإننا سنحاول إعطاء تعريف لدفتر الشروط، التعريف الفقهي(**أولا**)، وثم إعطاء التعريف التشريعي لدفتر الشروط المتعلق باتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 (**ثانيا**).

أولا: التعريف الفقهي:

تعددت التعاريف الفقهية حيث لا يوجد تعريف جامع مانع لدفتر الشروط وهذا يعود للمجال الواسع الذي يتدخل فيه، فهو عمل قانوني مركب باعتباره وسيلة لتنظيم جزء كبير من نشاط الإدارة.[1] لكن هذا لا يعني عدم وجود محاولات وجهود فقهية كبيرة وهامة لتحديد مفهومه القانوني، من أبرزها مرجع الأستاذ الدكتور "أحمد محيو" فهو أول فقيه جزائري طرح سؤالا بالغ الأهمية حول الطبيعة القانونية لدفتر الشروط في القانون الجزائري.

أين اعتبر أن دفتر الشروط يتضمن نوعين من البنود:

[1]- جوادي نبيل، المرجع السابق، ص 44.

منها الشروط التي تكتسي الصبغة التنظيمية والتي تستند على الطريقة التي يتم عن طريقها إعداد دفاتر الشروط والتي تصدر بصورة انفرادية من طرف المصلحة المتعاقدة، التي تلتزم بمفاوضة المتعامل المتعاقد

إلى جانب بنود تعاقدية التي بالرغم من الإعداد الانفرادي لها لا تتناقض مع فكرة التعاقد التي تقوم عليها دفاتر الشروط، حيث أنها تتحول بعد تمامها إلى عقود تشبه عقود القانون الخاص خضوعا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1].

وعرف الدكتور عمار عوابدي دفتر الشروط أنها عبارة عن وثائق إدارية مكتوبة ومعدة مقدما بواسطة سلطات إدارية مختصة باردتها المنفردة وتشمل على شروط العقود الإدارية من شروط الإبرام والانعقاد وشروط التنفيذ[2].

وعرف أيضا على أنه: "الكراسة التي تضعها السلطة المختصة والتي تتضمن الشروط العامة والشروط الخاصة للعقد المراد إبرامه، زيادة على الشروط والمواصفات الفنية المتمثلة في قوائم الأعمال المراد إنجازها، ونسخة من مشروع العقد المزمع إبرامه والمعايير التي يتم الاستناد عليها في إرساء الاتفاقية، زيادة على بيان الحقوق والالتزامات التي ترتبها على كلا طرفي العقد بعد إبرامها"[3].

نستنتج من خلال التعاريف الفقهية السابقة أن دفتر الشروط هو وسيلة قانونية مكونة لعقود تفويض المرفق العام باعتبارها عقودا إدارية تتولى الإدارة المفوضة إعداده بصفة انفرادية لما لها من امتيازات السلطة العامة، تحدد من خلاله مجموعة من البنود أو الشروط

[1]– أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 371.

[2]– عوابدي عمار، القانون الإداري، ج 2: النشاط الإداري، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 214.

[3]–حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015، ص 81.

التي ستقوم عليها اتفاقية التفويض على كامل مسارها التنفيذي من شروط الإبرام و الانعقاد التي تتسم بالطبيعة التنظيمية لاختيار و انتقاء أفضل عرض و التفاوض في حدود ما يسمح به هذا الأخير للتوصل في النهاية إلى ضبط شروط التنفيذ فهذه الشروط الواردة في دفاتر الشروط تعتبر تعاقدية في طبيعتها حتى و لو تم التوقيع على وثيقة متميزة عنها، و ذلك بمجرد تلاقي معالم الإيجاب و القبول، فالإيجاب يتقدم به العارض استنادا للشروط التي أقرتها السلطة المفوضة في دفتر الشروط و القبول يكون من طرف الجهة الإدارية المفوضة، ففي هذه الحالة تتضح الحقوق و الالتزامات التي تقع على كلا طرفي عقد التفويض بما يضمن الصالح العام للمرفق المعني محل الاتفاقية.

ثانيا: التعريف التشريعي:

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا دقيقا ومحددا لدفتر الشروط المتعلق باتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية و الذي يعد من الإجراءات القبلية التي يتم التحضير لها قبل الشروع في إبرام هذه الاتفاقية التي تعد من العقود الإدارية بصريح نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي[1] ، واكتفى على غرار تنظيم الصفقات العمومية 15-247 السالف الذكر بالتطرق إلى مضمونه وأشكاله، حيث نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام على أنه: " يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض

المرفق العام وتنفيذها "، كما أوضحت نفس المادة على أن دفتر الشروط ينقسم إلى جزئين:

[1]- تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام على ما يلي: "اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم".

الجزء الأول بعنوان" دفتر ملف الترشح" يتضمن البنود الإدارية العامة والتي تلتزم السلطة المفوضة بتنفيذها وتطبيقها على المترشحين فهي تعتبر لوائح تنظيمية عامة من صنع الإدارة فقط بإرادتها المنفردة[1]، أما الجزء الثاني من دفتر الشروط فيأخذ عنوان "دفتر ملف العروض" (les offres) المتضمن للشروط الإدارية والتقنية والبنود المالية، وهي تلك الشروط التي يجيز فيها القانون لطرفي الاتفاقية التفاوض في شأنها فيمكن تسميتها (بالبنود التعاقدية التفاوضية) لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام.

استنادا لنص المادة 13 المذكورة أعلاه يمكن تعريف دفتر الشروط الخاص باتفاقية تفويض المرفق العام على أنه: وثيقة أو ملف تعده السلطة المفوضة يتضمن بنود إدارية عامة توضح فيه كيفية الإبرام وشروط تأهيل المترشحين وكيفية انتقائهم وأخرى تنظيمية تعاقدية بما فيها حقوق والتزامات الأطراف، والأهداف المراد بلوغها فعلى أساسه تبرم وتنفذ اتفاقية تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: المراحل التنظيمية لإعداد دفتر الشروط

تكتسي عملية إعداد دفتر الشروط أهمية بالغة في مجال إبرام العقود الإدارية وخاصة عقود تفويض المرفق العام، فهو من أهم الوسائل القانونية المكرسة لمبادئ الحكم الراشد[2] خاصة منها مبدأ شفافية الإجراءات لتحقيق حرية في الوصول إلى الطلب العمومي والمساواة عن طريق خلق مناخ تنافسي بين المترشحين، فإعداد دفتر الشروط لا يقتصر فقط على صيغة الطلب على المنافسة بل يجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعداده حتى ولو في

[1]– عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 215.

[2]– مسقم مريم، "دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية "، مجلة المقار للدراسات الاقتصادية، العدد 3، 2018، ص 117.

حالة التعاقد عن طريق التراضي ليتم وضعه تحت تصرف المتنافسين لإعلامهم بمضمون العقد وشروطه[1].

يعتبر دفتر الشروط من العناصر المكونة للعقد، فهو يشمل بصفة عامة على كل الشروط المتعلقة بموضوع العقد، فتتولى السلطة المفوضة بتحديد كافة الحاجات الضرورية ذات الصلة بالمشروع محل العقد مسبقا و إدراجها في دفتر الشروط قبل الشروع في أي إجراء من إجراءات إبرام عقد التفويض، و لا يجب أن يتم إدراج أي شرط أو شروط ضمنية من شأنها إضفاء اللبس و الغموض بغرض التمييز بين المتعهدين[2]، فعملية إعداد دفتر الشروط تتضمن ثلاث عمليات على الأقل و هي وضع المواصفات المطلوبة، وضع الشروط العامة و الخاصة لاتفاقية التفويض، و تحديد معايير الانتقاء.

أولا: وضع المواصفات المطلوبة.

تعتبر الخطوة الأولى من خطوات إعداد دفتر الشروط، وتختلف عملية وضع المواصفات المطلوبة بحسب نوع الاتفاقية المراد إبرامها، فيتعين على السلطة المختصة أن تحدد المواصفات الفنية المطلوبة بصورة دقيقة ومفصلة للصنف المراد اقتناءه أو العمل المراد إنجازه ليتم إدراجها في دفتر الشروط وتعتبر بعد ذلك أساسا في تقييم العروض المقدمة من طرف المتنافسين[3].

والأساس القانوني المنظم لعملية تحديد المواصفات المطلوبة هو نص المادة 64[4] من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث جاء في الفقرة الثالثة:" أنه

---

[1]– مسقم مريم، المرجع السابق، ص، 121.

[2]– طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013، ص، 21.

[3]– فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري–تيزي وزو–، 2018، ص، 29.

[4]–المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

يجب أن تتضمن الصفقة العمومية وصفا دقيقا لموضوع الصفقة"، يقصد بالمواصفات مختلف العناصر الجزئية والتقنية الدقيقة المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه، أو تلك المعطيات المتعلقة بالعمليات التي يلتزم المتعهد القيام بها وتتولى السلطة المختصة بتحديدها بدقة وضبطها حسب الأهداف المسطرة وكذا الخصائص الكمية والنوعية.

إن وضع المواصفات المطلوبة المتعلقة بالمشروع محل الاتفاقية المراد إبرامها، هي التي تشكل موضوع العقد الذي ترمي الجهة الإدارية المختصة تحديدها بدقة قبل الشروع في أي إجراء لإبرام اتفاقية التفويض.

ثانيا: وضع الشروط العامة والخاصة لاتفاقية التفويض.

في المرحلة الثانية من إعداد دفتر الشروط، تقوم الجهة المختصة بعملية الإعداد وضع الشروط العامة والخاصة لاتفاقية التفويض المراد إبرامها، هذه العملية تتطلب القيام بمجموعة من الأعمال الإدارية والفنية والتقنية اللازمة لإعداد دفتر الشروط[1] المتمثلة في تحضير الوثائق والنماذج الإدارية التي يتعين على المتعامل المتعاقد الراغب في المشاركة ملأها والتوقيع عليها ويتعلق الأمر هنا بنماذج 03: رسالة العرض، التصريح بالاكتتاب والتصريح بالنزاهة، حيث يتعين على السلطة المفوضة خلال عملية إعداد دفتر الشروط تحضير نماذج هذه الوثائق الإدارية الثلاثة طبقا لما جاء به القرار الوزاري المتعلق بها.

ثالثا: وضع الشروط المتعلقة بمعايير الانتقاء.

تقوم السلطة المفوضة في هذه المرحلة بوضع واعتماد مجموعة من الشروط والمعايير الموضوعية التي سيتم على أساسها تأهيل المترشحين وتقييم عروضهم حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط، أين تلتزم السلطة المختصة بوضع معايير الانتقاء بصفة

[1]– جبلاحي سليم، دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية (دراسة حالة دفتر الشروط لمديرية الأشغال العمومية لولاية المسيلة)، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف – المسيلة–، 2014–2015، ص، 33.

مسبقة في إطار ما تضمنته نص المادة 13 التي حددت معايير اختيار المترشحين[1] لتقديم عروضهم وتتمثل في القدرات المهنية والتقنية والمالية، و يجب الإشارة أن الشروط التي يتضمنها كل معيار من المعايير تتغير حسب الحاجات و المواصفات المحددة مسبقا و التي يحتاجها المشروع محل اتفاقية التفويض و هذا ما يفسر أهمية هذه المرحلة في أعداد دفتر الشروط، فالسلطة المفوضة ملزمة بتحديد معايير الانتقاء في دفتر الشروط و في نفس الوقت ستكون مقيدة بتطبيق هذه المعايير على المترشحين بغرض اختيار أفضل عرض مطابقا للمعايير المحددة مسبقا.

إن أعداد دفتر الشروط لإبرام عقود تفويض المرفق العام من الشروط التنظيمية التي تعطي للسلطة المفوضة صلاحية أعداده لأنها الأجدر في تحديد مقتضيات المرفق العام وكيفيات تنظيمه وتسييره عن طريق اتفاقية تفويض الرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة وحفاظا على المال العام.

الفرع الثالث: مضمون دفتر الشروط

كما سبق الإشارة إليه أن المشرع قد حدد مضمون دفتر الشروط في المادة 13 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، حيث أنه يتضمن البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها.

أولا: البنود التنظيمية.

إن البنود التنظيمية هي بمثابة قواعد عامة مجردة تتشابه مع القانون من الناحية المادية[2]، فهي لا تشمل فقط علاقة السلطة المفوضة والمفوض له بل تمتد إلى المرتفقين لأن

[1]– أنظر المعايير المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18–199 المتعلق بتفويضات المرفق العام.

[2]– وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة:(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص، 133.

السلطة المفوضة لا يقتصر دورها في تأمين العقد وإنما عليها أن تضمن كذلك تأمين المرفق العام للمنتفعين لضمان الصالح العام[1].

بالرجوع إلى التعليمة رقم 848/394 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية عرفت الشروط التنظيمية بأنها تلك الشروط التي تملك السلطة المفوضة مانحة الامتياز حق تعديلها كلما دعت الضرورة تنظيم المرفق العام، ذلك بأن الشروط التنظيمية في العقد تحدد طريقة وشروط استغلال المرفق العام وتسييره وكيفية تنظيمه[2]، و ما يبرر ذلك بأن الإدارة المفوضة تبقى دائما مسؤولة عن تنظيم المرفق العام مهما كانت طريقة تسييره لان عقود تفويض المرفق العام ليست تنازلا عن المرفق بل تبقى الإدارة محتفظة بمهمة التنظيم، كالشروط الخاصة بتنظيم الأشغال و سيرها، تحديد الإتاوات التي يجوز تحصيلها و بيان كيفية تقديم الخدمة للمستخدمين و الشروط الكفيلة بسلامتهم[3].

تنقسم البنود التنظيمية بدورها إلى:

1-البنود التنظيمية المتعلقة بعملية الإبرام

تعتبر هذه البنود التنظيمية من صنع المشرع وتلتزم بها الهيئة المفوضة، من خلال تحديد كيفيات إبرام العقد، فهذه البنود بطبيعتها تنظيمية ملزمة ومقيدة لا يمكن للسلطة المفوضة الاستغناء عنها نظرا إلى أن التعاقد في عقود تفويض المرفق العام مبنية على القرارات واللوائح المنظمة للمنافسة وكيفية إبرام الاتفاقية والتي يترتب على مخالفتها بطلان إجراءات العقد[4].

---

[1]– شرميطي محمد، "حدود ومضمون المفاوضات في ابرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد1، 2020، ص 631.

[2]– بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، 2021، ص، 96.

[3]– فوناس سهيلة، المرجع السابق، ص 92.

[4]– طيبش حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف – المسيلة–، 2015–2016، ص 18.

2-البنود التنظيمية المتعلقة بتنفيذ العقد

هي بمثابة نماذج ملزمة للمفوض بمجرد التوقيع عليها، يشار إليها في دفتر الشروط وبذلك دفتر الشروط يعتبر جزء لا يتجزأ من العقد، فهي بذلك شروط تنظيمية لائحية ولا يغير هذه الصفة عليها إذا تمت الإشارة إليها أو تضمينها في العقد وتكون ملزمة لجهة الإدارة والمتعاقد معها[1]، يترتب على مخالفتها بصفة عامة البطلان وذلك لحياد وسلامة العملية التعاقدية، فهذه الشروط باعتبارها لائحية ليس باستطاعة السلطة المفوضة تعديلها إلا في حدود سلطاتها التي يسمح بها القانون في دفتر الشروط.

ثانيا: البنود التعاقدية

يقصد بها تلك البنود التي تنظم العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والمفوض له، فهي الشروط المبينة للالتزامات والحقوق التي تقع على كلا طرفي عقد التفويض مما يستدعي إشراك الطرف المتعاقد مع الإدارة في التفاوض في شأنها بحدود ما يسمح به دفتر الشروط، لاسيما منها الالتزامات المالية لأطرافها كالمقابل المالي من وراء استغلال وتسيير المرفق العام عن طريق الامتياز والمساهمة في إعادة التوازن المالي للعقد لضمان تقديم الخدمات محل العقد[2]، أيضا المدة التي تسمح للمتعاقد تحقيق هامش من الربح

(تقوم في دفتر الشروط بنود تعاقدية يترتب عنها نشوء أوضاع قانونية نهائية خاصة لمصلحة صاحب الامتياز)[3]، وبالتالي فان اتفاقية التفويض هو عقد ينشأ آثار قانونية لا يمكن تعديلها من طرف الإدارة بصفة منفردة عملا "بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين".

من خلال دراستنا لمضمون دفتر الشروط المكون من بنود تنظيمية وبنود تعاقدية فإننا نستنتج بان عقود تفويض المرفق العام تأخذ شكل اتفاقية تجمع بين طرفين في العلاقة

[1]- طيبش حسينة، المرجع السابق، ص 18.

[2]- بالجيلالي خالد، المرجع السابق، ص 96.

[3]- وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 135.

التعاقدية تبرم وفق التشريع والتنظيم المعمول بهما بإعطاء امتيازات للسلطة المفوضة لتحقيق المصلحة العامة، إلى جانب بنود تعاقدية منتجة لأثار قانونية من حقوق والتزامات على كلا طرفي عقد التفويض، لان هناك علاقة متكاملة بين البنود التنظيمية والتعاقدية في تبيان كيفيات الإبرام وتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام.

الفرع الثالث: التقسيمات التنظيمية لدفتر الشروط

من خلال نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر نجد أن المشرع قسم دفتر الشروط الخاص باتفاقية تفويض المرفق العام إلى قسمين أو جزئين، يتعلق الجزء الأول بدفتر ملف الترشح **(أولا)**، الجزء الثاني بدفتر العروض **(ثانيا)**.

أولا: دفتر ملف الترشح

باعتباره جزء من دفتر الشروط نصت عليه المادة 13 الفقرة الثانية[1] من المرسوم التنفيذي السالف ذكره، يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشح وكذا كيفيات تقديمها، ويحدد هذا الجزء الأول من دفتر الشروط المعايير الموضوعية التي تلتزم بها السلطة المفوضة لاختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يلي:

_القدرات المهنية: تتمثل في ضرورة تقديم المترشح لمجموعة من الوثائق المتضمنة للشهادات المهنية المطلوبة لتسيير المرفق العام والمثبتة لاستطاعته ومقدرته المهنية وكفاءته، فهي ضمانة أساسية لاختيار أفضل عرض.

[1]- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

_ القدرات التقنية: وهي تقديم المترشح لمجموعة من الوثائق المبررة لمدى توفره على الوسائل البشرية ذات الكفاءة، إلى جانب الوسائل المادية والمراجع المهنية التي تثبت كذلك مقدرته التقنية في تسيير المرفق العام المعني بالتفويض.

_ القدرات المالية: تعد كذلك من العناصر التي لابد تتوفر في ملف الترشح، تشمل مختلف الوسائل والإمكانات المادية كالتوفر على الآلات، شاحنات، آلات ذات طابع تقني والإمكانات المالية التي تبرر مدى استطاعة المترشح تسيير المرفق العام، لذلك يتعين إرفاق ملفه بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية المبررة لوضعيته المالية.

تهدف البنود أو الشروط الإدارية العامة إلى توضيح شروط التأهيل وإبراز الوثائق الإدارية المطلوبة التي يشترطها دفتر الشروط في ملف الترشح والقدرات التي يجب أن تتوفر في المترشح كمعايير لانتقائهم والتي تشكل ضمانات لتسيير المرفق العام.

لقد نصت المادة 30 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر[1] على ملف الترشح، بحيث يتضمن الوثائق التالية:

_ التصريح بالنزاهة.

_ القانون الأساسي للشركة.

_ مستخلص السجل التجاري.

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

_ كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين المذكورة في دفتر الشروط.

[1]- المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

ثانيا: دفتر ملف العروض

يعتبر الجزء الثاني من دفتر الشروط تلتزم السلطة المفوضة في هذا الجزء بتحديد البنود التنظيمية والتعاقدية المتعلق بتفويض المرفق العام، يتضمن كل من البنود الإدارية والتقنية إضافة إلى البنود المالية.

_ البنود الإدارية والتقنية:

أشار المنظم إلى هذه البنود في نص المادة 13 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي 18-199[1]، حيث تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم ملفات العروض لاختيار المفوض له، وكذا البنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام مع الإشارة إلى البيانات الوصفية والتقنية الضرورية التي يتم على أساسها تفويض المرفق العام المعني.

ما يلاحظ من خلال استقراء نص المادة، فانه على الرغم من أهمية تحديد هذه البنود في اختيار المترشح الذي يقدم أفضل عرض، إلا أن المرسوم التنفيذي قد أغفل تحديد هذه البنود بدقة باستعماله لمصطلحات عامة فضفاضة.

إن البنود التقنية طبقا لنص المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر[2] التي يمكن تطبيقها على عقود تفويض المرفق العام والتي تتمثل فيما يلي:

_ التصريح بالاكتتاب ممضي ومختوم.

_ كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني، كالمذكرة التبريرية.

_ كفالة التعهد.

[1]- أنظر المادة 13 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

[2]- المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

_ البنود المالية:

تهدف إلى تحديد كيفيات حساب الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه مستفيدون من خدمات المرفق العام محل التفويض وبحسب شكل الاتفاقية، كما يجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وطرق حسابه.

تتضمن البنود المالية حسب المادة 67 من المرسوم الرئاسي السالف ذكره الوثائق التالية:

_ رسالة التعهد.

_ جدول الأسعار بالوحدة.

_ تفصيل كمي وتقديري.

_ تحليل السعر الإجمالي والجزافي.

كما يمكن للسلطة المفوضة المطالبة ببعض الوثائق المتمثلة:

_ التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة.

_ التفصيل الوصفي التقديري.

وليس باستطاعة الهيئة المفوضة الطلب من المتعهدين أو المتنافسين الوثائق المصادق عليها طبق الأصل إلا باستثناء عندما ينص على ذلك نص تشريعي أو مرسوم رئاسي، وعندما يتحتم على السلطة المفوضة طلب وثائق أصلية فانه يجب أن يقتصر ذلك على حائز التفويض[1].

[1]– المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف ذكره.

كخلاصة يمكن إبراز مكانة البنود التنظيمية من خلال منح الهيئة المفوضة صلاحية إعداد دفتر الشروط، لتحديد كافة البنود التنظيمية والتعاقدية الخاصة بعقد التفويض هذا من جهة ومن جهة أخرى إن البنود التنظيمية هي التي تنظم سير المرفق العام وتحكم جزء هام من قواعد المنافسة لتقييم عروض وقدرات المترشحين بتضمين دفتر الشروط ملف العروض وملف الترشح، الذي تهدف من خلاله السلطة المفوضة تنقيط العروض وتأهيل المترشحين لاختيار المترشح الأكفأ لإدارة المرفق العام، و على الرغم من أن اتفاقية التفويض في حد ذاتها هي العقد الذي يربط بين الطرفين و هو الشريعة التي تحكم العلاقة التعاقدية الناشئة ينهما، غير أن الاتفاقية تبنى أصلا على دفاتر الشروط تتم الإشارة إليها في صلب العقد مما يعطي لدفتر الشروط أهمية كمرجع من مراجع الاتفاقية تفويض المرفق العام و جزء لا يتجزأ من العقد.

المبحث الثاني: البنود العامة الإجرائية لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

سعى المنظم إلى وضع إطار إجرائي لإتمام عملية إبرام عقود تفويض المرفق العام باعتبارها عقود تفتح المجال للمنافسة أمام كل من يود المشاركة مع ضمان احترام المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عملية الإبرام الواجب تجسيدها في إطار إجرائي بوضع قواعد إجرائية دقيقة تهدف بمجملها إلى ضمان الشفافية والموضوعية في اختيار المفوض له.

فالسلطة المفوضة مقيدة من جهة باحترام الصيغ التنظيمية وخاصة أنها ملزمة بمراعاة مبدأ هام وجوهري عند القيام بعملية التفويض وهو مبدأ المنافسة الحرة إلى جانب إخضاعها لضوابط إجرائية تتمثل في كافة الإجراءات ذات الطابع الشكلي و الموضوعي المدرجة مسبقا في دفتر الشروط من طرف الهيئة المفوضة لانتقاء و اختيار أفضل عرض لتسيير المرفق العام ، فكل صيغة من الصيغتين و تحكمها إجراءات خاصة بها فبالرغم من أن التراضي هو الصيغة الاستثنائية عن القاعدة العامة المتمثلة في الطلب على المنافسة، إلا انه قيده المشرع بجملة من قواعد إجرائية موضوعية تتجسد بها المنافسة ولو بصفة ضئيلة في التراضي بعد الاستشارة و التراضي البسيط الذي يمثل الاستثناء عن الاستثناء، فأسلوب التراضي لا تفرض عليه الإجراءات المعقدة التي تتطلبها الصيغة الأولى، وسنحاول دراسة و ضبط الإجراءات القانونية التي يجب إتباعها في إطار إبرام هذه الطائفة من العقود من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الإجراءات المتبعة في صيغة الطلب على المنافسة **(المطلب الأول)**، وإجراءات الإبرام المتبعة في صيغة التراضي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: إجراءات صيغة الطلب على المنافسة

يتم في صيغة الطلب على المنافسة إتباع مجموعة من الإجراءات الخاصة بهدف الحفاظ على مبدأ شفافية الإجراءات ومبدأ المساواة لتسهيل عملية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، ولان تقنية المرفق العام تستهدف إدارة واستثمار مرفق عام هدفه تحقيق المنفعة العامة فمن البديهي أن تمر هذه التقنية بمراحل وإجراءات تنظيمية[1]، التي تتمثل في مرحلة الإعلان عن الطلب على المنافسة **(الفرع الأول)**، بعد ذلك إبراز مكانة الشروط التنظيمية للجنة لانتقاء و اختيار العروض **(الفرع الثاني)**، و البنود التنظيمية الملزمة للسلطة المفوضة في مرحلة المفاوضات **(الفرع الثالث)**، من ثم الإعلان عن النتائج المنح المؤقت وصولا إلى إرساء اتفاقية التفويض **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول: مرحلة الإعلان عن الطلب على المنافسة

يعتبر الإعلان إجراء جوهري وضروري لتكريس مبدأ الشفافية لضمان منافسة نزيهة بين عدة مترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها السلطة المختصة بصفة مسبقة والذي سيسمح للإدارة إلى إجراء مقاربة فعلية بين العروض المقدمة من طرف المترشحين[2]،

فكان حرص المشرع جليا من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر على ضرورة احترام شفافية الإجراءات أثناء إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وذلك بدءا بعملية الإعلان عن المنافسة، فقد أشار إلى كيفيات إجراء الإعلان **(أولا)**، وبيانات الإعلان **(ثانيا)**، وكذلك على إلزامية الإعلان والاستثناء الوارد عليه **(ثالثا)**.

---

[1]- وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص، 146.

[2]- أيت وارت توفيق، سوفلاح عبد الرحمان، إجراءات إبرام عقد تفويض المرافق العامة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية-، 2022، ص، 16.

أولا: كيفية إجراء الإعلان

تقوم السلطة المفوضة بالإفصاح عن نيتها في البحث عن متعامل متعاقد من أجل الحصول على أفضل عرض ويتم هذا الإجراء بمختلف الوسائل الإعلامية المخولة قانونا، فحسب ما أشارت إليها المادة 25 من المرسوم التنفيذي 18-199[1]، "فانه يجب على السلطة المفوضة نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة ويجب إشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية".

من خلال استقراءنا لنص المادة أعلاه فانه يتم إجراء الإعلان بالاعتماد على مختلف وسائل الإعلان من صحافة وإعلانات حائطية، وبوسائل الإعلان والإشهار[2]، فإلى جانب الوسائل التقليدية التي تعتمد عليها الهيئة المفوضة التي تتم عادة ضمن الصحف اليومية والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور، خاصة مقرات الهيئات المحلية التي تقوم بتقديم خدمات مرفقية، يمكن الاعتماد أيضا على الإشهار الالكتروني بعد تبني المشرع إمكانية التعامل عن طريق وسائل الكترونية.

نصت المادة 204 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره على أنه:" تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوى للمنافسة تحت تصرف المتعهدين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية حسب جدول زمني...، يرد المترشحين على الدعوى للمنافسة بالطريقة الالكترونية"[3].

من الملاحظ أن المشرع لم يقيد السلطة المفوضة بإلزامية الاعتماد على وسيلة محددة، وإنما ترك سلطة تقديرية في اختيار ما تراه مناسبا ويحقق الغرض لإعلام جميع

---

[1]- المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

[2]- عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 204.

[3]- المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.

الراغبين في تقديم طلبات المنافسة وهذا ما قصده المشرع من عبارة" بكل وسيلة مناسبة" لكن لم يعفي من إلزامية الإشهار على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية.

ثانيا: بيانات الإعلان

لأجل إضفاء الشفافية جعل المشرع الجزائري الإدارة المفوضة تلتزم بشروط شكلية يتضمنها الإعلان عن طلب المنافسة، وهي مجموعة من البيانات التي يجب توافرها في الإعلان وملف الترشح، حددتها المادة 27 من المرسوم التنفيذي 18-199 على غرار:[1]

_ تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي ان وجد.

_ صيغة الطلب على المنافسة.

_ موضوع وشكل تفويض المرفق العام.

_ المدة القصوى للتفويض.

_ شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.

_ قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح.

_ آخر أجل لتقديم ملف الترشح.

_ مكان إيداع ملف الترشح وسحب دفتر الشروط.

_ دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة.

_ كيفيات تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض).

_ يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة، إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع

[1]- المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

الملفات وساعة فتح الاظرفة، ويجب أن ينشر الإعلان إلى آخر يوم لإيداع العروض.

وتجدر الإشارة إلى أنه ولأجل إضفاء الشفافية في حالة تمديد تاريخ إيداع العروض فهو يخضع لنفس قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 المشار إليها سابقا.

ثالثا: إلزامية الإعلان والاستثناء الوارد عليه

بالرجوع إلى نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي السالف ذكره[1] فان السلطة المفوضة ملزمة بإعلان عن المنافسة و هذا ما نستشفه من خلال استعمال المشرع لعبارة "يجب نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع"، فهو إجراء ضروري لتكريس مبدأ الشفافية و لضمان منافسة أكبر بين المترشحين تحقيقا لحرية الولوج إلى الطلب العمومي و المساواة في معاملة المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة بصفة مسبقة و تدرج في الإعلان، تحقيقا لنجاعة في الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام[2]، فلا يجوز كقاعدة عامة أن تحيط الإدارة إجراءات التعاقد بالسرية إلا في حالات استثنائية[3] فأول إجراء يترجم الشفافية يكمن في العلانية في عملية إبرام العقد مما يخلق نوع من الثقة المتبادلة بين الإدارة و المتعاقدين معها عن طريق إلزامية إشهار الطلب على المنافسة الذي يجب أن يكون موضوعيا، شفافا يحقق المساواة بين المتقدمين بالعطاءات[4].

ولكن كاستثناء عن القاعدة العامة فانه يمكن إعفاء بعض المرافق العمومية من إجبارية الإشهار في الجرائد نظرا لحجمها ونطاق نشاطها شريطة ضمان إشهار واسع وبكل

---

[1]– المادة 25 من المرسوم التنفيذي 18–199 السالف الذكر.

[2]– جليل مونية، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، د. ط، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017، ص، 69.

[3]– محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، ط، 3، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2016، ص، 264.

[4]–**ZOUAIMIA Rachid**، la délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015، université Abderrahmane Mira Bejaïa N°.41، P21.

وسيلة أخرى، حسب ما جاء في المادة 26 من المرسوم التنفيذي[1] فعلى السلطة المفوضة أن تعلل لجوئها لهذا الإجراء والغرض من ذلك مراقبة مدى ملائمة المصلحة العامة ومبدأ سيرورة المرافق العامة[2].

ان عدم احترام إلزامية الإشهار والإعلان عن المنافسة سيؤدي الى عدم شرعيته وبالتالي بطلان اتفاقية التفويض[3].

الفرع الثاني: إبراز مكانة الشروط التنظيمية للجنة انتقاء واختيار العروض

أسندت مهمة انتقاء واختيار العروض للجنة متخصصة في مجال اتفاقيات تفويض المرفق العام والموجودة داخل كل قطاع، التي يتولى كل مسؤول سلطة المفوضة صلاحية تعيين أعضائها من بين الموظفين المعروفين بكفاءتهم في ميدان تحليل العروض[4].

تمارس لجنة انتقاء واختيار العروض رقابة داخلية على تفويضات المرفق العام عن طريق جملة من الصلاحيات التنظيمية المحددة في المادة 77 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف ذكره[5].

بعد الإعلان عن المنافسة وتمكين المتنافسين من الوثائق الضرورية المكونة لملف الترشح واطلاعهم على كل المعلومات المتعلقة بموضوع وشكل تفويض المرفق العام، يتقدم المتعهدون بعطاءاتهم لدى الجهة الإدارية المعلنة للمنافسة وفقا للشروط المطلوبة حيث يتم

---

[1]- أنظر المادة 26 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف ذكره.

[2]- حضري حسان، جروني فايزة، ضوابط وإجراءات منح تفويض مرافق الجماعات الإقليمية في التشريع الجزائري، (دراسة في ظل المرسوم التنفيذي 18-199)، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17، العدد 1، 2020، ص، 174.

[3]- سلامي سمية، صيغ وإجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق المحلي،(دراسة في أحكام المرسوم التنفيذي 18-199)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 3، 2022، ص، 855.

[4]- أنظر المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199السالف ذكره.

[5]- أنظر المادة 77، المرجع نفسه.

تقديم العروض خلال مدة محددة يبدأ سريانها من يوم الأول للإعلان إلى غاية اليوم الذي حددته السلطة المفوضة كآخر أجل لتسليم العروض، وإذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية فيمكن تمديدها إلى يوم عمل موالي، كما يمكن تمديد آجال الإيداع مرة واحدة بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب معلل من أحد المترشحين حسب ما تنص عليه المادة 28 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف ذكره[1].

يظهر بعد استيفاء إجراء الإعلان دور لجنة انتقاء واختيار العروض في ممارسة سلطاتها في إطار الرقابة الداخلية على تفويضات المرفق العام التي تقوم بمهامها على مرحلتين عند فتح الأظرفة وفحص ملفات الترشح **(أولا)**، ثم عند فحص العروض وانتقائها **(ثانيا)**.

أولا: عند فتح الأظرفة وفحص ملفات الترشح

تقوم لجنة انتقاء واختيار العروض باستلام ملفات الترشح كمرحلة أولى تشرع بفتح الأظرفة في جلسة علنية وتسجل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين[2]، وتعد قائمة اسمية للمترشحين الذين تم انتقائهم حسب الحالة و تاريخ وصول الأظرفة[3]، ثم في اليوم الموالي تقوم اللجنة كمرحلة ثانية في جلسة مغلقة دون حضور المترشحين بدراسة ملفات الترشح من حيث الضمانات و المؤهلات المالية، المهنية و التقنية للمترشحين و قدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط، انطلاقا من هذه المرحلة تعد اللجنة قائمة أخرى للمترشحين المقبولين المستوفون لشروط التأهيل و تبليغها للسلطة المفوضة طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط و المعايير المحددة في الطلب على المنافسة، و إقصاء الملفات الغير المطابقة لدفتر الشروط ليتم بعد ذلك دعوة المترشحون المؤهلون

[1]- المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

[2]- المادة 31، المرجع نفسه.

[3]- المادة 77، المرجع نفسه.

لسحب دفتر الشروط من أجل تقديم عروضهم، و لا يمكن للمترشح المقبول أن يقدم أكثر من عرض واحد[1].

ثانيا: عند فحص العروض و انتقائها

خلال هذه المرحلة تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين وتقييمها حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط، لتضع بعدئذ قائمة اسمية مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب النقاط المتحصل عليها فتقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين عروضهم وإقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط[2]، أما المتعهدون الذين تم انتقائهم كتابيا فيتم دعوتهم عن طريق مسؤول السلطة المفوضة لاستكمال عرضهم عند الاقتضاء، ثم تبليغهم بكل وسيلة ملائمة لمفاوضة العروض المعنية.

في جميع المراحل تقوم اللجنة بتحرير محضر اجتماع يوقعه جميع الأعضاء الحاضرين خلال كل جلسة، وتحرير محضر عدم الجدوى عند الاقتضاء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره، وتسجل أشغالها المتعلقة بدراسة ملفات التعهد في كل مرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة وهذا ما نصت عليه المادة 77 في جميع فقراتها.

[1]- أنظر المادة 33 من المرسوم التنفيذي 18-199.

[2]- أنظر المادة 77 الفقرة 2، المرجع نفسه.

الفرع الثالث: البنود التنظيمية الملزمة للسلطة المفوضة في مرحلة المفاوضات

بعد استيفاء المراحل والإجراءات السالف ذكرها من إيداع العروض وتقييمها يمكن للسلطة المفوضة عن طريق لجنة انتقاء واختيار العروض القيام بمفاوضة العارض أو العارضين الذين قدموا أحسن العروض، لأن إجراءات اختيار المفوض له في عقود تفويض المرفق العام تعتمد على آليتين متكاملتين وهي إجراءات تنافسية مع مفاوضات، وما يطلق عليها أحيانا "بالحوار التنافسي"[1]، فعلى عكس ما هو معمول به في عقود الصفقات العمومية التي تعتمد على آلية الإرساء التي ترتكز على المنافسة لوحدها، فان منح عقود تفويض المرافق العامة حسب المرسوم الجديد يكون باشتراط المنافسة على حساب الاعتبار الشخصي الذي كان سائدا من قبل إلى جانب إعطاء مرونة في التعاقد و ذلك بإقرار مرحلة المفاوضات[2]، للحصول على إيضاحات حول عروضهم بغرض الوصول في النهاية إلى اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض، الذي على السلطة المفوضة منحه التفويض من أجل ضمان إدارة سليمة للمرفق العام.

تعد المفاوضات مرحلة مهمة في إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، تقودها السلطة المانحة على أساس برنامج مهني مدون في دفتر الشروط الذي يكون قد احتوى على متطلبات السلطة المفوضة و على أساس هذا البرنامج يبدي المترشحون اقتراحاتهم[3]، نص عليها المرسوم التنفيذي 18-199 في المادتين 35 و 40 كما يلي وعلى التوالي (تقوم لجنة اختيار و انتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين المؤهلين كتابيا كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية)، (تتفاوض لجنة اختيار و انتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط لاسيما على ما يأتي: مدة تفويض المرفق عند الاقتضاء، التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها

[1]- سلامي سمية، المرجع السابق، ص، 857.

[2]- شرميطي محمد، المرجع السابق، ص 632.

[3]- مرجع نفسه، ص 633.

مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض)[1].

كما يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام، ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي حال من الأحوال الى موضوع التفويض، وكذلك معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط[2]، فعلى لجنة اختيار وانتقاء العروض تحرير محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة بالإضافة إلى ذلك تقديم اقتراحات للسلطة المفوضة بخصوص المترشح الذي تم انتقاءه وقدم أحسن عرض.

لكن من خلال الرجوع إلى القسم الثاني من المرسوم التنفيذي 18-199 يلاحظ أن المشرع نظم الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة تفويض المرفق العام والأتاوى التي يتقاضها المفوض له أو السلطة المفوضة وكيفية تطبيقها، ما يجعل أطراف العقد يتفاوضون في حدود الشروط التنظيمية والمحددة قانونا، لذا سنحاول عرض الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة تفويض المرفق العام **(أولا)**، والشروط المتعلقة بالتعريفات والأتاوى **(ثانيا)**.

أولا: الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة التفويض

إن اتفاقية تفويض المرفق العام من العقود المقترنة بمدة زمنية معينة وهذا بتبني المنظم الجزائري في ظل المرسوم التنفيذي 18-199 بصريح العبارة مبدأ تأقيت عقود تفويض المرافق العمومية من خلال المادة 2 من المرسوم التنفيذي[3] حيث ربط نقل بعض المهام غير السيادية للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية الإدارية لشخص آخر بمدة محددة، و كل هذا من منطلق أن عقود التفويض بكل أشكالها ليست أبدية و لا تنازلا عن

[1]- المادة 35 و40 من المرسوم التنفيذي رقم18-199 السالف ذكره.

[2]- المادة 40 الفقرة 2، المرجع نفسه.

[3]- المادة 2، المرجع نفسه.

المرفق، بل تختلف المدة من عقد لآخر و ذلك باختلاف طبيعة الأعمال المراد إنجازها من المفوض له و كذلك تقدير حجم الاستثمارات[1].

1_ الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة عقد الامتياز

تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين فيما يخص الغموض من خلال توضيح الفترة التي لابد أن تكون معلومة للمترشحين المؤهلين المعنيين، أما مدة تفويض المرفق العام فتعتبر كشرط تنظيمي حددها القانون ب 30 سنة كحد أقصى، ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بإرادة السلطة المفوضة بأربعة سنوات[2].

تعتبر عقود الامتياز من العقود طويلة المدى نظرا لطبيعة الأعمال والأعباء التي يتحملها صاحب الامتياز والتي ستسمح له باسترجاع قيمة الاستثمارات، وكذلك كل الأعباء المتعلقة بنفقات الاستثمار المرتبطة بطبيعة المرفق مع تحقيق الربح الذي يبحث عنه الخواص.

2_ الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة عقد الايجار

باعتبار أن عقد الإيجار من عقود المعاوضة حدد المنظم مدته ب 15 سنة وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر في الفقرة 4 من المادة 54، أن المدة القصوى لاتفاقية التفويض للمرفق العام في شكل الإيجار تحدد بخمسة عشرة سنة، أين يمكن تعديلها بالتفاوض والتشاور مع المترشحين المقبولين في حدود المدة القصوى، ويمكن تمديدها بطلب السلطة المفوضة إلى 3 سنوات مرة واحدة بموجب ملحق[3].

---

[1]- مخلوف باهية، "المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 3، 2019، ص، 101.

[2]- أنظر المادة 53 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[3]- المادة 54 الفقرة 4، المرجع نفسه.

وكذلك بالنسبة لعقد الوكالة المحفزة والتسيير لقد حدد المشرع المدة القصوى[1]، وهي قابلة للتفاوض في حدود الحد الأقصى المفروض من المنظم الجزائري.

ثانيا: الشروط التنظيمية المتعلقة بالتعريفات والأتاوى

يقصد بالتعريفات القيمة السعرية التي تأذن بها السلطة المفوضة للمفوض له بتحصيلها من المنتفعين بخدمات المرفق العام ويطلق عليها اتاوة، وهذه الشروط في الأصل ذات طبيعة لائحية تملك الإدارة تعديلها تبعا لمقتضيات المصلحة العامة[2].

ولكنها ليست معينة بشكل حر من طرف المفوض، بل تخضع للتفاوض بغرض إقامة التوازن المالي للعقد وبطريقة تسمح بتغطية نفقات الاستغلال وتمكين المفوض له من الحصول على قدر كافي ومرض من الربح، مع توفير خدمة عالية الجودة للمنتفعين والمساواة في السعر المدفوع[3]، إلى جانب ذلك هناك عقود لا تلجأ الإدارة للتفاوض مع المترشح المقبول للتشاور في تحديد هذه التعريفات ويقع الأمر هنا حسب شكل عقد التفويض.

في شكل الامتياز تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المفوض له حول إعانات التجهيز وإعانات التوازن التي تقدمها السلطة المفوضة لأن هذا الشكل من العقود تتطلب نفقات استثمار ضخمة تقع على صاحب الامتياز[4]، ولكن الأساس هنا هي تلك الإتاوات المقدمة من المنتفعين حسب ما نصت عليه المادة 53 الفقرة 2 من المرسوم

---

[1]– أنظر المواد 55 و56 من المرسوم التنفيذي رقم 18–199، السالف ذكره.

[2]– شرميطي محمد، المرجع السابق، ص، 636.

[3]– المرجع نفسه، ص، 637.

[4]– ضريفي نادية، سلامي سمية، "المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العامة"، مجلة صوت القانون، المجلد 7، العدد2، 2020، ص 848.

التنفيذي 18-199[1]، "أن صاحب الامتياز يتقاضى أتاوى من مستعملي المرفق"، وتستقل السلطة المفوضة بتحديد المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب الامتياز[2].

أما في شكل الإيجار حدد المشرع الأتاوى التي يدفعها المستأجر للسلطة المفوضة، ويتصرف المفوض له لحسابه وتحمله لجميع المخاطر، كما يتقاضى المفوض له أتاوى في شكل رسوم يدفعها المنتفعون من خدمة المرفق وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 54 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي[3]، وتكون هذه الإتاوات محددة مسبقا في دفتر الشروط ولا يمكن التفاوض في شأنها[4].

شكل الوكالة المحفزة يتولى المفوض له تحصيل التعريفات من المستفيدين من خدمات المرفق لحساب السلطة المفوضة و هو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 و المادة 55 من المرسوم التنفيذي" تشترك السلطة المفوضة مع المفوض له في تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام حسب نص المادة 55 من المرسوم التنفيذي:" تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام"[5] و يتم التكفل بأجر المفوض له مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية و حصة من الأرباح عند الاقتضاء.

شكل التسيير لا تتفاوض السلطة المفوضة مع المفوض له بخصوص التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، حيث يتم تحديدها مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة لوحدها والتي تحتفظ كذلك بالأرباح، فالمفوض له يقوم بمهمة تحصيل هذه

---

[1]- أنظر المادة 53 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[2]- ضريفي نادية، سلامي سمية، المرجع السابق، ص 847.

[3]- أنظر المادة 54 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

[4]- ضريفي نادية، سلامي سمية، المرجع السابق، ص 848.

[5]- المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم18-199.

التعريفات لحساب السلطة المفوضة وأما في حالة العجز التي من الممكن أن تلحق بالمفوض له خلال تسييره للمرفق العام فان السلطة المفوضة تقوم بتعويض المسير بأجر جزافي، حسب نص المادة 56 الفقرة 3:" أن السلطة المفوضة تدفع الأجر مباشرة للمفوض له في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية، و يتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحدد الأرباح"[1].

من خلال ما سبق يلاحظ أن المشرع نص صراحة في المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف ذكره حول إمكانية الهيئة المفوضة في التفاوض في ما يخص المدة في المراحل اللاحقة لإبرام اتفاقية التفويض و يكون ذلك في حدود الحد الأقصى المفروض من المنظم، و عليه عنصر المدة يتم تحديده مبدئيا من قبل السلطة المفوضة و قابل للتفاوض في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، بالإضافة إلى الشروط الخاصة بتحديد التعريفات و الأتاوى تعتبر أيضا من الأحكام التنظيمية و أساس ذلك هو مقتضيات حسن سير المرفق العام أين نجد أن المشرع سمح للسلطة المفوضة بالتفاوض مع المتعاقد معها حول التعريفات في عقد الوكالة المحفزة، أما أشكال عقود التفويض الأخرى فان الأتاوى محددة مسبقا بشروط تنظيمية.

[1]- أنظر المادة 56 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

الفرع الرابع: الإعلان عن نتائج المنح المؤقت وإرساء اتفاقية التفويض

إثر انتهاء المفاوضات تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض باقتراح المترشح الذي تم انتقاءه على السلطة المفوضة، ولها في ذلك صلاحية قبول أو رفض هذا الاقتراح وفي حالة قبولها تقوم بالإعلان عن نتائج المنح المؤقت للتفويض وذلك باختيار المتعامل المتعاقد بصفة مؤقتة وتقوم بمنح التفويض وفق إجراءات معينة للتوصل في الأخير إلى إرساء اتفاقية تفويض المرفق العام، وبهذا سنقوم بعرض مرحلة الإعلان عن نتائج المنح المؤقت **(أولا)**، ثم إرساء اتفاقية التفويض **(ثانيا)**.

أولا: الإعلان عن نتائج المنح المؤقت

بعد قيام لجنة اختيار وانتقاء العروض بفتح الأظرفة وتصفية العروض المقدمة من طرف المترشحين، تقوم هذه الأخيرة باقتراح المترشح الذي تم انتقاءه على السلطة المفوضة، وفي حالة قبولها تقوم باتخاذ قرار المنح المؤقت للتفويض وفقا للمادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1]، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره، و يعتبر المنح المؤقت تتوجا لكل الإجراءات التي سبقت من بداية الإعلان عن الطلب على المنافسة من طرف السلطة المفوضة، مرورا بالإجراءات إلى غاية الوصول إلى انتقاء الفائز المؤقت حيث نصت المادة 41 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أنه: "يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض وفقا لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي"، أين يمكن إلغاء المنح أثناء كل مراحل إبرام الصفقة، إذا تعلق الأمر بالصالح العام و لا يمكن للمتعهدين طلب التعويض عن هذا القرار[2].

[1]- المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.

[2]- راجع المادة 41 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

يتم إشهار قرار المنح المؤقت وفق نفس الكيفيات المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر[1].

1_ الطعن في قرار المنح المؤقت

نصت المادة 42 من المرسوم التنفيذي السالف ذكره على ما يلي: " يمكن أي مترشح شارك في قرار المنح المؤقت للتفويض، أن يرفع طعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام المنصوص عليها في المادة 78 من هذا المرسوم، في أجل لا يتعدى عشرون (20) يوما ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض"[2]، تقوم هذه اللجنة بدراسة الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرون يوما ابتداء من تاريخ استلامها للطعن، التي تبلغ قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن[3].

2_ حالات إلغاء قرار المنح المؤقت

يمكن إلغاء قرار المنح المؤقت وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199 في الحالات التالية:

_ اتخاذ قرار لفائدة صاحب الطعن: إذا أسفرت دراسة طعون المترشحين إلى صحة ادعاءاتهم تأمر لجنة تفويضات المرفق العام السلطة المفوضة بإلغاء قرار المنح المؤقت، ومنحه للمترشح المؤهل قانونا[4].

_ رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفضه توقيعها، وفي هذه الحالة للسلطة المفوضة بعد إلغاء المنح المؤقت اللجوء إلى المترشح

---

[1]- راجع المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

[2]- أنظر المادة 42، المرجع نفسه.

[3]- عكورة جيلالي، تفويض المرفق العام في ضوء المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مذكرة ماستر في القانون العام، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2018-2019، ص، 75.

[4]- المرجع نفسه، ص، 75.

الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات وتقييم العروض الذي أعدته لجنة اختيار وانتقاء العروض[1].

ثانيا: إرساء اتفاقية التفويض

بعد انقضاء آجال الطعون المذكورة في المادة 42 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، وتسلم نسخة من الاتفاقية للمترشح للتوقيع عليها[2].

المطلب الثاني: إجراءات صيغة التراضي

سبق القول بأن إجراء الطلب على المنافسة يمر بإجراءات معقدة وطويلة المدة، مما يجعل السلطة المفوضة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الظروف، بالإضافة إلى أن بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات، لهذا تم الترخيص دائما للسلطة المفوضة بإمكانية التعاقد بأسلوب التراضي، حيث تخضع صيغة التراضي بنوعيها إلى إجراءات إبرام خاصة، ودون الدعوة الشكلية للمنافسة في اختيار المتعامل المتعاقد ، لذا سنقوم بالتطرق إلى إجراءات التراضي بعد الاستشارة (**الفرع الأول**)، و إجراءات التراضي البسيط (**الفرع الثاني**)، ثم مرحلة إعداد و إبرام اتفاقية التفويض (**الفرع الثالث**).

[1]- المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[2]- المادة 44، المرجع نفسه.

الفرع الأول: إجراءات التراضي بعد الاستشارة

وفقا لأسلوب التراضي بعد الاستشارة فان السلطة المفوضة مقيدة بإجراء الاستشارة، حيث تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في خطوة أولى بدعوة ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين على الأقل، ويكون هؤلاء المترشحين من الذين شاركوا في الطلب على المنافسة لتقديم عروضهم وفقا لدفتر الشروط، وقد ألزم المشرع في المادة 38 السلطة المفوضة باعتماد نفس دفتر الشروط بعد عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية[1].

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

ما تم ملاحظته هو أن المشرع لم ينص على كيفية الاستشارة، ولم يوضح المدة الفاصلة بين إجراء الاستشارة وإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، إضافة إلى عدم توضيحه لمحتويات الاستشارة، فقد كان من الأولى أن يتم النص على الأقل على الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن تتضمنها الاستشارة[2].

وتكريسا لمبدأ العلانية والشفافية، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج إعلان المنح المؤقت للتفويض[3]،وهذا ما نصت عليه المادة 41 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي السالف

[1]– أنظر المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 السالف ذكره.

[2]– كرميش ايمان، طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 18–199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019، ص، 64.

[3]– المرجع نفسه، ص، 38.

ذكره، على قرار المنح المؤقت بتفويض المرفق العام في حالة التراضي بعد الاستشارة، ويتم إشهار القرار بجميع الوسائل المتاحة، حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام[1].

فمن خلال إجراء التراضي بعد الاستشارة اشترط المشرع على السلطة المفوضة أن تختار كحد أقصى ثلاثة مترشحين مؤهلين تختار منهم متعامل واحد توافرت فيه الشروط المطلوبة لتسيير المرفق العام في ظل توافر حالة من الحالات التي تستدعي أسلوب التراضي في التعاقد[2]، ويمكن أن نستخلص إجراءات التراضي بعد الاستشارة في ثلاثة نقاط أساسية كالآتي:

_ إعلان قرار المنح المؤقت.

_ تقديم طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام.

_ ميعاد الطعن في المنح المؤقت.

الفرع الثاني: إجراءات التراضي البسيط

إن التراضي البسيط إجراء يستخدم في حالات استثنائية محددة بموجب نص قانوني وذلك في حالة احتكار المتعامل للخدمة محل التفويض وكذلك في الحالات الاستعجالية الواردة في المادة 21 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف ذكره. فالتراضي البسيط يرد كوسيلة للتخفيف من القيود الموجودة في الأساليب الأخرى التي تستوجب شكليات معينة وإجراءات معقدة لا تتناسب مع بعض الظروف والحالات، وعليه فان هذا الإجراء يبرم وفقه العقد دون أي منافسة يلزم فيها المشرع على السلطة المفوضة بالإعلان في الصحف والجرائد، وما يترتب عن ذلك من مواعيد وإجراءات قانونية، أي تحرير الهيئة المفوضة من الخضوع للإجراءات الشكلية طويلة المدة المفروضة في الطلب على المنافسة.

[1]- المادة 41 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[2]- مريجي فاطمة الزهراء، تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 18-199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020، ص، 56.

تقوم السلطة المفوضة في مرحلة أولى باختيار مفوض له تراه مؤهلا لضمان سير المرفق العام، وذلك بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية، ليأتي دور لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوتها للمترشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه[1].

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

الفرع الثالث: مرحلة إعداد و إبرام اتفاقية التفويض

بالاستناد لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تعتبر اتفاقية تفويض المرفق العام عقدا إداريا، أي تخضع لمبدأ الشكل الكتابي في إبرامها[2]، بهدف إضفاء الصيغة الرسمية للعملية التعاقدية وحماية اتفاقيات التفويض من الانزلاقات المحتملة التي قد تكون سببا في نشوء النزاعات[3].

باستقراء المادة 44 من نفس المرسوم نستنتج أن اتفاقية التفويض تعد من طرف السلطة المفوضة[4]، حيث تقوم بإبرامها مع المرشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض وتسلم له نسخة من الاتفاقية وهذا بعد انقضاء آجال الطعون، بحيث تقوم السلطة المفوضة بإعداد اتفاقية التفويض التي يتم صياغتها وفق شكل محدد قانونا، بالاعتماد على مجموعة من البيانات **(أولا)**، وتبيان السلطة المؤهلة للتوقيع على اتفاقية التفويض **(ثانيا)**، وأخيرا المصادقة على اتفاقية التفويض **(ثالثا)**.

---

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

[2]- حديد جمال، المرجع السابق، ص 73.

[3]- حادري غيلاس، مهدي كوسيلة، الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2021، ص 90.

[4]- راجع المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

أولا: بيانات اتفاقية التفويض

جاء نص المادة 48 من المرسوم 18-199 بصيغة الوجوب[1]، مما يعني الاتفاقية ستكون ملغاة بقوة القانون في حال لم تتضمن الأساس القانون لإبرام الاتفاقية وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي أعلاه، ناهيك عن البيانات المبينة أدناه:

_ تحديد بوضوح النطاق الموضوعي للتفويض أي السلطة المفوضة والمفوض له، وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لتوقيع الاتفاقية والصفة القانونية التي يمتلكونها للتوقيع.

_ تحديد النطاق الموضوعي للتفويض المتعلق باستغلال المرفق العام موضوع التفويض، وذلك بأن يتم تحديد أي نوع من الاستغلال وهل هو كلي أم جزئي.

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

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

_ تحديد المقابل المالي أو الإتاوات التي يدفعها المنتفعين بخدمات المرفق العام محل التفويض مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، ناهيك عن تحديد السبل والطرف التي يمكن من خلالها تحسين ومراجعة هذه الإتاوات.

_ تحديد مدة التفويض التي تختلف حسب شكل التفويض فإذا كان في شكل امتياز فمدة التفويض تكون 30 سنة قابلة للتمديد لمدة أربع سنوات كحد أقصى، أما الإيجار فمدته تكون محددة ب 15 سنة كحد أقصى تكون قابلة للتمديد ثلاث سنوات، أما الوكالة المحفزة

[1]- المادة 84 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

مدتها 10 سنوات قابلة للتمديد لمدة سنتين كحد أقصى والتسيير مدته 5 سنوات قابل للتمديد لسنة واحدة.

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

_ تحديد حقوق و التزامات طرفي الاتفاقية، السلطة المفوضة و المفوض له كالالتزامات المتعلقة بنشر و إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية الخاصة باستخدام و الانتفاع بالمرفق العام لاسيما ما يتعلق منها بالإتاوات و التعريفات و ساعات العمل و طبيعة المستفيدين من خدمات المرفق، و كذا الالتزام بفتح سجل خاص لتدوين و تسجيل الشكاوي و الاقتراحات و يكون مؤشر عليه من السلطة المفوضة، و هي أحدى الآليات التي تمكن السلطة المفوضة من معرفة ما إذا كان هناك إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له أو وجود حالة عدم احترام الشروط المتعلقة باستخدام المرفق أو سوء استغلاله، فهذا السجل من شأنه أن يجعل السلطة المفوضة تتحرك لاتخاذ التدابير الملائمة لتدارك الوضع في حق المفوض له كفتح لجنة تحقيق.

_ جرد المنشآت والمعدات المسخرة للخدمة العامة عند الاقتضاء، وانجاز واقتناء ممتلكات المرفق العام، ناهيك عن ضرورة تحديد البنود المتعلقة باستغلال تلك المنشآت وصيانتها.

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

_ تحديد حالات التوقع وآليات حساب التعويضات والتأمينات والواجبات الواقعة على عاتق المفوض له اتجاه مستخدمي المرفق، وتحديد الجهة المسؤولة عن التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار قد تكون مست بمنشآت المرفق، ثم تحديد تدابير الأمن والنظافة والسلامة وحماية البيئة، وكذا تحديد التفويض الباطن في اتفاقية تفويض المرفق العام.

_ الإشارة إلى البنود الخاصة باليد العاملة وكيفيات مرافقته تنفيذ الاتفاقية، بموجب المواد من 74 إلى 83 من المرسوم التنفيذي 18-199[1].

_ تحديد كيفيات تنفيذ اتفاقية التفويض في حالات القوة القاهرة الخارجة عن إرادة الطرفين.

_ تحديد كيفية تسوية النزاعات، سواء ودية أو قضائية، مع تحديد الجهة القضائية المختصة.

_ تحديد الجزاءات المالية المفروضة على المفوض له لعدم التزامه بتنفيذ الاتفاقية وتحديد كيفيات تطبيقها.

_ تحديد التعويض لصالح السلطة المفوضة الذي يلتزم المفوض له في حال الاستعمال غير العقلاني والتعسفي لممتلكات المرفق العام.

ثانيا: السلطة المؤهلة للتوقيع على اتفاقية التفويض

تملك الجماعات الإقليمية البلدية والولاية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها صلاحية تفويض المرافق العمومية، وهذا حسب نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 18-199.

[1]- أنظر المواد 74 و83 من المرسوم التنفيذي18-199 السالف ذكره.

يتمتع الوالي بصلاحية التوقيع على اتفاقية التفويض في حالة كون السلطة المفوضة هي الولاية ورئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة كون البلدية هي السلطة المفوضة، والمدير العام للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري التابعة سواء للبلدية أو الولاية.

ثالثا: الموافقة والمصادقة على اتفاقية التفويض

يرى الأستاذ زوايمية أن رئيس البلدية يقوم بالتوقيع على اتفاقية التفويض بعد مداولة المجلس الشعبي البلدي[1]، كذلك على مستوى الولاية فالوالي يوقع على الاتفاقية بعد مداولة المجلس الشعبي الولائي، أما بالنسبة للمؤسسات العمومية فيقوم المدير العام بالتوقيع على الاتفاقية بعد مداولة من مجلس التوجيه والرقابة[2].

بخصوص المصادقة على المداولات المتضمنة الموافقة على اتفاقيات تفويض المرفق العام، فيتبين من قانون البلدية رقم 11-10 المادة 56 منه[3]، وقانون الولاية رقم 12-07 المادة 54 منه[4]، أنها خاضعة لمصادقة الوالي بالنسبة للبلدية والوزير المكلف بالداخلية بالنسبة للولاية، حيث تصبح قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد 21 واحد وعشرون يوما من تاريخ إيداعها بالولاية، هذا الأجل سيسمح للوالي بالنظر في مدى مطابقة هذه المداولات للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

---

[1]- تنص المادة 52 من قانون البلدية رقم 11-10، على ما يلي:" يعالج المجلس الشعبي البلدي الشؤون التي تدخل في مجال اختصاصه عن طريق المداولات".

[2]-**ZOUAIMIA Rachid**، la délégation de service public au profit de personnes privées، édition BELKISE، Alger، 2012، p.p.، 77،78.

[3]- المادة 56 من قانون 11-10، مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37 صادر في 3 جويلية 2011، المعدل بموجب الأمر رقم 21-13 المؤرخ في 31 أوت 2021، ج ر، عدد 67، الصادرة بتاريخ 31 غشت 2021.

[4]- المادة 54 من قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12 صادر في 29 فيفري 2012.

يتبين من خلال تفحص محتوى المرسوم التنفيذي رقم 18-199، عدم تطرق المشرع إلى موافقة المجالس الشعبية البلدية والولائية على اتفاقيات تفويض المرفق العام بموجب مداولة، على خلاف ما هو معمول به في تنظيم الصفقات العمومية، أين اشترط في حالة البلديات إخضاع مشروع الصفقة العمومية والملحق لمداولة المجلس الشعبي البلدي، قبل إرسالها إلى لجنة الصفقات المختصة وفقا لنص المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره، حيث أن إجراءات التصديق تخرج العقد إلى حيز الوجود القانوني، و هذا ما يتم إعماله في اتفاقية تفويض المرفق العام حيث لا يدخل العقد حيز التنفيذ إلا بعد المصادقة عليها من قبل لجنة تفويضات المرفق العام عن طريق منح التأشيرة للاتفاقيات المبرمة[1].

لم يتم الإشارة كذلك إلى مصادقة السلطة الوصية على اتفاقيات تفويض المرفق العام والذي يعتبر في الحقيقة أمرا ضروريا ويتوافق مع الأحكام والأهداف التي تصبو إليها إجراء المصادقة على أعمال المجالس الشعبية البلدية والولائية وهذا للمبررات التالية:

قياسا على مضمون المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 94-215[2]، الذي يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها، التي تنص على ما يلي:" يتولى رئيس الدائرة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، تحت سلطة الوالي وبتفويض منه، على الخصوص ما يأتي: ... تعريفات حقوق مصلحة الطرق وتوقف السيارات والكراء لفائدة البلديات، شروط الإيجار التي لا تتعدى مدتها تسع (9) سنوات.

وكذلك ارتباط اتفاقيات تفويض المرفق العام بالجانب المالي، بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له، لذا السلطة الوصية تسعى إلى توجيه المجالس الشعبية في

[1]- المادة 81 الفقرة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[2]- المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 94-215 المؤرخ في 23 جويلية 1994، الذي يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها، ج ر، عدد 48 صادر في 27 جويلية 1994.

كل ما يتعلق بالمسائل المالية وهذا ما نستخلصه في المصادقة الصريحة التي كرسها المنظم في الحالات المنصوص عليها في المادتين 57 من قانون البلدية، و55 من قانون الولاية، حرصا منها على تثمين الموارد المالية لهذه الجماعات أثناء موافقتها على الاتفاقيات، وذلك للحفاظ على المال العام والمصلحة العامة.

نظرا لكون عقود تفويض المرفق العام من العقود التي تنصب على تسيير واستغلال مرفق عمومي يؤدي خدمة عمومية للجمهور، يستدعي من الإدارة السهر والحرص الدائم على حماية الصالح العام وتلبية حاجات المرتفقين، وذلك وفقا لخططها وبرامجها التي لا يمكن تحقيقها إلا من خلال تفعيل الرقابة الوصائية على اتفاقيات التفويض، فإجراء المصادقة هو الذي يضفي المشروعية على عقود تفويض المرفق العام ويضمن مطابقتها للنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها ويصبح عقد التفويض نهائي بمجرد المصادقة عليه.

خلاصة الفصل الأول

بعد دراستنا للنظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في مرحلة الإبرام، وتبيان مكانة البنود التنظيمية في البناء القانوني لاتفاقيات التفويض سواء في المرحلة التحضيرية التي قمنا من خلالها بتسليط الضوء على الصيغ التنظيمية لإبرام اتفاقية التفويض سواء الطلب على المنافسة باعتباره القاعدة العامة، بحيث وضع المنظم المراحل التنظيمية المنظمة للطلب على المنافسة وألزمها بإعلانه في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر، بالإضافة إلى تنظيمه لإجراء التراضي وجعله صيغة استثنائية لإبرام عقود تفويض المرفق العام، محددا أنواعه، و الحالات المقيدة للجوء إليه، سواء في التراضي بعد الاستشارة أو في التراضي البسيط، و حاولنا الإلمام بالدور الذي تلعبه البنود التنظيمية في دفتر الشروط الذي يعتبر عنصرا جوهريا ضروريا لإبرام هذا النوع من العقود، بحيث تقوم السلطة المفوضة بإعداده استنادا لمقتضيات المصلحة العامة، و يتضمن كل ما يتعلق بالمعايير و المواصفات التي تسمح بتقييم قدراتهم المالية، المهنية و التقنية.

علاوة على ذلك فقد تناولنا في المبحث الثاني، البنود العامة الإجرائية من خلال تبيان مكانة الإطار الإجرائي في الطلب على المنافسة بدءا بالإعلان و من ثم مرحلة إيداع العروض، و تقوم لجنة اختيار و انتقاء العروض بفتح و فحص العروض أو ملفات التعهد لاختيار المترشحين المؤهلين، و إجراء المفاوضات معهم للوصول إلى المنح النهائي أو إرساء الاتفاقية، و تطرقنا أيضا إلى الإجراءات التنظيمية المتبعة في صيغة التراضي كاستثناء و الإشارة في الأخير إلى مرحلة إعداد و إبرام اتفاقية التفويض عن طريق إجراء المصادقة بمنح التفويض للمترشح الذي يضمن إدارة سليمة و على أكمل وجه.

الفصل الثاني
مكانة البنود التعاقدية في البناء القانوني اتفاقيات تفويض المرفق العام

بعد إبرام عقود تفويض المرفق العام من طرف السلطة المفوضة، وفقا للطرق المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، مع مراعاة الإجراءات والأشكال القانونية اللازمة، تدخل اتفاقية التفويض حيز التنفيذ والتطبيق، وينتج عنها آثار ونتائج قانونية بالنسبة للأطراف المتعاقدة" السلطة المفوضة" و"المفوض له".

إن اتفاقية تفويض المرفق العام باعتبارها من العقود الإدارية، فهي بذلك تكون باتفاق بين طرفين لتكوين علاقة تعاقدية تحكمها اتفاقية التفويض، التي تبين كيفيات تنفيذها استنادا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، فإن تقنية تفويض المرافق العامة إلى جانب البنود التنظيمية المبينة لكيفيات الإبرام، تتضمن أيضا بنود تعاقدية تنظم عملية التنفيذ التي ترتب آثار قانونية، منها ما يتفق مع حقوق وسلطات لصالح السلطة المفوضة تمارس من خلالها صلاحيات تتعلق بالمصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام، وهي سلطات تتمتع بها الإدارة سواء نص عليها العقد أو لم ينص، إلى جانب الحقوق المكفولة للمفوض له نظرا لما يلعبه كدور مهم في تسييره وإدارته للمرفق العام، ومن أبرزها حقه في اقتضاء المقابل المالي وإعادة التوازن المالي للعقد، وتنتج كذلك آثار قانونية تتعلق بالالتزامات التي تقع على عاتق كلا طرفي عقد تفويض المرفق العام، تضمن تنفيذ العقد على أكمل وجه مراعاة للاستمرارية والنجاعة في التسيير.

وبما أن عقود تفويضات المرفق العام من العقود الزمنية، حيث تنتهي من خلالها العلاقة التعاقدية سواء بانتهاء مدة التفويض أو كعقوبة للمفوض له كجزاء لمخالفته للأحكام التعاقدية، كما يمكن كذلك للهيئة المفوضة استرداد المرفق العام لغرض مقتضيات المصلحة العامة.

في هذه الدراسة، نستعرض مكانة العلاقة التعاقدية في مرحلة تنفيذ اتفاقية التفويض **(مبحث أول)**، ثم نهاية العلاقة التعاقدية للاتفاقية **(مبحث ثاني)**.

المبحث الأول: مكانة العلاقة التعاقدية في تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام

تدخل اتفاقية تفويض المرفق العام حيز التنفيذ، لتنشأ علاقة تعاقدية تبين الحقوق والالتزامات التي تقع على كلا طرفي العقد، و نظرا إلى أن عقد تفويض المرفق العام يتصل بالمصلحة العامة وضرورة تلبية حاجات الجمهور، فالسلطة المفوضة تتمتع بمجموعة من الحقوق و الامتيازات، كحقها في الرقابة والإشراف وتعديل العقد بإرادتها المنفردة، كذلك حقها في توقيع الجزاءات على المفوض له عند الاقتضاء، إلى جانب المفوض له الذي يمنح له عقد التفويض مجموعة من الميزات والأفضليات من أهمها المزايا المالية، تحقيقا لهامش من الربح الذي يبحث عنه خاصة الخواص.

تقابل هذه الحقوق جملة من الالتزامات يتقيد بها كلا الطرفين في العقد، منها ما هو على عاتق السلطة المفوضة، كما أن هناك التزامات واجبة الاحترام من طرف المفوض له، لتنفيذ عقد التفويض على أكمل وجه تحقيقا للمصلحة العامة والنفع العام.

على ذلك ونحن بصدد دراسة مكانة العلاقة التعاقدية في مرحلة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، يكون لزاما علينا التطرق إلى البنود التعاقدية المتعلقة بحقوق طرفي اتفاقية التفويض **(مطلب أول)**، والبنود التعاقدية المتعلقة بالتزامات طرفي عقد التفويض **(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول: البنود التعاقدية المتعلقة بحقوق طرفي اتفاقية التفويض

يتمتع أطراف عقد تفويض المرفق العام بمجموعة من الحقوق التي يرتبها العقد لكلا المتعاقدين، سواء للسلطة المفوضة باعتبار أنها تبقى المسئولة عن المرفق العام حتى ولو تم تفويضه، و تتمثل هذه الحقوق في مجمل السلطات و الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة المفوضة وتمارسها لضمان حسن تنفيذ العقد من طرف المفوض له عن طريق الرقابة والإشراف وحق تعديل العقد بإرادتها المنفردة، نظرا لأن عقود تفويض المرفق العام من العقود الإدارية التي تضمن شريعة المتعاقدين في حدود تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى حقها في توقيع الجزاءات في حال إخلال المفوض له بالتزاماته التعاقدية، ومن جانب آخر يتمتع المفوض له بجملة من الحقوق المضمونة له في الاتفاقية، من أهمها الحق في اقتضاء المقابل المالي والحفاظ على توازنه، كذلك تعويضه من طرف الإدارة المفوضة في حال توفر شروط معينة.

من هذا المنطلق سوف نتطرق إلى الحقوق التي تتمتع بها السلطة المفوضة باعتبارها صاحبة المرفق العام **(الفرع الأول)**، ثم حقوق المفوض له باعتباره صاحب التفويض والمكلف بإدارته واستغلاله **(الفرع الثاني)**، وفي الأخير أداء الإدارة للتعويض في إطار وجوب توافر الشروط **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الحقوق التي تتمتع بها السلطة المفوضة

تتمتع السلطة المفوضة بمجموعة من الحقوق والامتيازات لا مقابل لها في القانون الخاص، باعتبارها المسئولة عن المرفق العام أمام المنتفعين بتحقيق المصلحة العامة، وتتمثل هذه الحقوق في حق الرقابة والإشراف **(أولا)**، حق تعديل العقد بالإرادة المنفردة **(ثانيا)**، إلى جانب حق توقيع الجزاءات باختلاف أنواعها **(ثالثا)**.

أولا: حق الرقابة والإشراف

تستمد هذا الحق من طبيعة المرفق العام لأن الإدارة دائما مسؤولة عن المرفق العام بالرغم من تفويض تسييره، فتبقى سلطة الرقابة والإشراف في يدها لكون العقد ينفذ تحت مسؤوليتها، فهي تسعى دائما لتحقيق الخدمة العامة بجودة عالية، "وتحظى الإدارة بهذه السلطة سواء تم تقريرها لها صراحة في دفتر الشروط أو دون ذلك"[1].

إن اتفاقية تفويض المرفق العام نظرا لارتباطها الوثيق بالمال العام والمصلحة العامة، وينصب موضوعها على إدارة المرفق العام وممتلكاته التي تخضع للقانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك العمومية[2]، قد سعى المنظم من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام السالف الذكر، إلى تحديد رقابة على تفويضات المرفق العام أثناء تنفيذ اتفاقية التفويض، أين تمارس هذه الرقابة من خلال صورتين:

_ رقابة ميدانية تنتقل من خلالها السلطة المفوضة إلى المرفق المعني وتقوم برقابة ميدانية، وعن مدى احترام المفوض له للجودة ونوعية الخدمة المقدمة، أو ما يسمى بالرقابة الفنية.

---

[1]- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة فقهية تشريعية وقضائية)، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، د س ن، ص 186.

[2]- القانون رقم 90-30 مؤرخ في 1 ديسمبر 1990، يتعلق بالأملاك الوطنية، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-14 مؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر، عدد 44، صادر في 3 أوت 2008.

_ رقابة على الوثائق، حقها في الاطلاع على كافة الوثائق ذات الصلة بإدارة واستغلال المرفق، بالإضافة إلى التزام المفوض بإرسال تقارير دورية خلال كل سداسي من السنة وفق الكيفية المحددة في اتفاقية التفويض.

تتنوع الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة، من رقابة إدارية، فنية، مالية في إطار الرقابة البعدية على تفويضات المرفق العام، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام.

ينبغي على الهيئة المفوضة ممارسة حقها في الرقابة على إدارة المرفق عن قرب، وأن تتخذ الإجراءات اللازمة لضمان وفاء المفوض له بالتزاماته المتعلقة باستغلال وبتسيير المرفق والمنصوص عليها في دفتر الشروط، ولها بمقتضى هذه السلطة الحق في مراقبة تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد بضرورة الالتزام بالتنفيذ وفقا لما نص عليه في عقد التفويض، عن طريق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لحسن التنفيذ[1].

ثانيا: حق تعديل العقد بالإرادة المنفردة

من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، حقها في تعديل بعض بنود اتفاقية التفويض بإرادتها المنفردة تطابقا مع مقتضيات سير المرفق العام والمصلحة العامة، فهي سلطة ثابتة لها حتى ولو لم يرد ذكرها في العقد،" بل تعد بحسب فلسفة القضاء الإداري مسألة من النظام العام إذ يقع باطلا كل اتفاق أو شرط يقضي بمخالفتها"[2].

تحدث عادة التعديلات التي تقوم بها السلطة المفوضة على الشروط التنظيمية، فهي التي تقوم بوضعها وتستأثر بحق تعديلها كلما دعت المصلحة العامة ذلك، مع مراعاة عدم

[1]– يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، (دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق، 2010، ص 168.

[2]– بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 187.

التعديل الجذري للعقد بشكل يطال مضمونه جوهريا ويغير طبيعته، بجعل المفوض المتعاقد أمام عقد جديد لا يتلاءم مع قدراته ولا تطلعاته[1].

بل تملك الهيئة المفوضة الحق في التعديل في أي وقت، ومتى ألزمت المصلحة العامة ذلك، دون تدخل الملتزم كونه يتمتع بمركز ممتاز مستمد من صفة المصلحة العامة التي يقوم على أساسها المرفق العام، بما لا يسمح له أن يجني أرباحا من استغلاله على حساب المنتفعين لضرر قد ينصب عل النفع العام[2].

حسب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أجاز المنظم للسلطة المفوضة تعديل عقد التفويض من خلال إصدار ملحق وفق شروط محددة، حيث تنص المادة 58 منه على ما يلي:" يمكن للسلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه، ولا يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية"[3].

ثالثا: حق توقيع الجزاءات وتنوعها

استقر القضاء على أن للإدارة إمكانية فرض عقوبات على المتعاقد " المفوض له" في حالة عدم تنفيذه للالتزامات المنصوص عليها في العقد كالتأخير في التنفيذ والإهمال، وعلى هذا الأساس تستطيع الإدارة الحصول على تعويضات وفوائد من المفوض له العاجز عن تنفيذ التزاماته[4].

تأخذ الجزاءات المحتمل توقيعها على المفوض له المتعاقد مع الإدارة، والتي لا تؤدي إلى إنهاء العقد بل لتدارك الأخطاء المسجلة، ويمكن تقسيمها إلى صنفين، توقيع الجزاءات المالية **(أ)**، وجزاءات الضغط والإكراه **(ب)**.

---

[1]- بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 188.

[2]- آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2013، ص 102.

[3]- أنظر المادة 58 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199السالف ذكره.

[4]- بوعلي سعيد، شريفي نسرين، عمارة مريم، القانون الإداري (التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، ط.5، دار بلقيس، الجزائر، 2022، ص 127.

أ: توقيع الجزاءات المالية

للسلطة المفوضة الحق في توقيع بعض الجزاءات المالية على المفوض له المخل بالتزاماته، لتحميله على تصحيح وتدارك الإخلالات التي اعترضت تنفيذ العقد بصفة سليمة وألحقت أضرار بالسلطة المفوضة، وتنقسم هذه الجزاءات إلى تعويضات **(1)**، والغرامات التأخيرية **(2)**.

1: التعويضات

يعتبر التعويض جزء من الجزاءات المالية التي تستطيع السلطة المفوضة تطبيقه تجاه المفوض له، في إطار جبر الضرر الذي أصاب الإدارة المفوضة من خلال إخلال المفوض له بالالتزامات الواقعة على عاتقه أو المخالفات العقدية المرتكبة[1]، ومن الناحية المنطقية لابد من إثبات وقوع الضرر ليحكم القاضي بالتعويض، بالتالي يجب أن يكون التعويض متناسبا مع الضرر الذي لحق بالإدارة، كما يشترط أيضا تحديد الأضرار التي تصيب الإدارة جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته[2].

2: الغرامات التأخيرية

غرامة التأخير هي مبلغ من المال متفق عليه في اتفاقية التفويض، يدفعه الطرف المتعاقد مع الإدارة " المفوض له" لصالح السلطة المفوضة كعقوبة لعدم وفائه بالتزاماته التعاقدية، خلال المهلة المنصوص عليها في شروط العقد وكذلك الفترة الإضافية التي وافقت عليها الإدارة لتدارك فيها الأخطاء المرتكبة[3].

تستطيع الإدارة المفوضة أن تلجأ إلى توقيع غرامات التأخير على المفوض له، نتيجة تأخره في انجاز الأعمال المتعلقة بالمرفق العام محل عقد التفويض، وذلك لضمان إدارة

---

[1]– زياد عادل، الوجيز في القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 143.

[2]– عاشوري دونية، بلخير موسى، امتيازات السلطة العامة في عقود تفويض المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، ص 50.

[3]– بوعلي سعيد، شريفي نسرين، عمارة مريم، المرجع السابق، ص 127.

المرافق العامة واستمراريتها في تلبية الاحتياجات العامة للجمهور، حيث تتميز غرامة التأخير بالخصائص التالية:

_ غرامة التأخير هي غرامة اتفاقية.

_ تستحق غرامة التأخير بمجرد إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية في الآجال المحددة ودون الحاجة إلى إثبات حدوث الضرر.

_ غرامة مالية تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة[1].

ب: جزاءات الضغط والإكراه

لا يستهدف هذا النوع من الجزاءات تحميل الملتزم" المفوض له" أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وإنما تسعى للضغط عليه لإجباره على التنفيذ[2]، ويقصد بالجزاءات الضاغطة إرغام المفوض له المتعاقد مع السلطة المفوضة على تنفيذ ما عليه من التزامات، عن طريق حلول السلطة المفوضة محل المفوض له عن طريق وضع محل العقد تحت الحراسة **(1)**، أو أن تعهد بتنفيذها إلى الغير بواسطة التنفيذ عن طريق مفوض له آخر **(2)**.

1: وضع محل العقد تحت الحراسة

يقصد به وضع المرفق العام محل عقد التفويض تحت الحراسة، حيث تقوم السلطة المفوضة بالحلول محل المفوض له بصفة مؤقتة لضمان سير المرفق العام دون تدخل المفوض له وعلى حسابه[3]، ويتم استغلال المرفق العام المعني تحت الحراسة وفقا للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، فهذا الإجراء لا يؤدي إلى فسخ العقد ولا لإسقاط حقوق

[1]– سلامي سمية، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 204.

[2]– آكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 110.

[3]– محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 199.

المفوض له الأصلي إنما كل ما يترتب عليه هو رفع يد المفوض له مؤقتا عن إدارة المرفق محل عقد التفويض.

يتم إبعاد المفوض له عن إدارة المرفق العام بصفة مؤقتة، على أن تقوم السلطة المفوضة تولي إدارته بنفسها أو تعهد بذلك لحارس مؤقت تختاره[1]، وذلك على نفقة ومسؤولية المفوض له طالما أن وضع المرفق تحت الحراسة قد وقع كجزاء على تقصيره.

2: التنفيذ عن طريق مفوض له آخر

في حالة إخلال المفوض له بالتزاماته التعاقدية الواردة في نص الاتفاقية، كأن يقصر في تنفيذ الأعمال المرتبطة بإدارة واستغلال المرفق العام، فإن السلطة المفوضة مانحة التفويض تقوم باختيار متعاقد آخر حتى يستكمل تنفيذ العقد.

تعتبر وسائل الضغط والإكراه بمثابة جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد، وإنما توكل مهمة تنفيذه إلى غير المفوض له الأصلي وعلى مسؤولية هذا الأخير وتستهدف تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا[2].

[1]– آكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 111.

[2]– بوتعية سارة، دباش آسية، وضعية الأطراف المتعاقدة في عقد تفويض المرفق، مذكرة ماستر في القانون العام، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي–جيجل، 2018–2019، ص 37.

الفرع الثاني: حقوق المفوض له في إطار اتفاقيات تفويض المرفق العام

يهدف المفوض لـه المتعاقد مـع السلطة المفوضـة إلـى تحقيـق كسـب مـادي معـين وهامش من الربح، خاصـة إذا كـان شخص من أشخاص القانون الخـاص، وهو بذلك يتمتـع بمجموعة من الحقوق خلال تنفيذه لعقد تفويض المرفق العام، معترف بها دون الحاجة إلى النص عليها صراحة في العقد، وإلا فما الدافع الذي يجعله متعاقد مع الإدارة، وترتكز هذه الحقوق في حق اقتضاء المقابل المالي **(أولا)**، حقه في اقتضاء بعض التعويضات **(ثانيا)**، كذلك حقه في إعادة التوازن المالي للمشروع محل العقد **(ثالثا)**.

أولا: الحق في اقتضاء المقابل المالي

الحق الأول والهدف الأساسي الذي يهدف إليه المفوض له والمترتب عن عقد تفويض المرفق العام، هو الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد[1]، كونه يستهدف تحقيق الربح، يكون مرتبطا بنتائج الاستغلال وهو على شكل إتاوات وتعريفات يتحصل عليها من طرف المنتفعين من المرفق العام والسلطة المفوضة مانحة التفويض، وهذا ما حدده المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

من خصائص المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام ما يلي:

_ ارتباط المقابل المالي مباشرة بنتائج استغلال المرفق العام، وهي الميزة التي ينفرد بها عقد التفويض عن باقي العقود الإدارية كالصفقات العمومية.

_ مرتبط بتشغيل المرفق واستغلاله من طرف المفوض له، سواء اقتصر دور صاحب التفويض على تسيير المرفق العام بصفة جزئية دون تحمل كافة المخاطر، وهذا ما نجده في شكل التسيير والوكالة المحفزة مع رقابة كلية من طرف السلطة المفوضة، أو تسييره من قبل المفوض له بصفة كلية بتحمله لكافة الأعباء المالية لاستغلاله، كما هو الحال في شكل الامتياز والإيجاز مع رقابة جزئية من الهيئة المفوضة.

[1]- بوتعية سارة، دباش آسية، المرجع السابق، ص 48.

_ يختلف المقابل المالي في عقود التفويض حسب شكل العقد، فيكون على شكل إتاوة يتقاضاها المفوض له مباشرة من المنتفعين في شكل الامتياز والإيجار، أو يقوم بتحصيل التعريفات من طرف مستخدمي المرفق ثم السلطة المفوضة تتولى دفع الأجر في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، وتضاف إليها منحة الإنتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء، من خلال تسيير المرفق العام بشكل الوكالة المحفزة والتسيير.

انطلاقا مما تم عرضه نستنتج أن المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام باختلاف أشكاله، يتم تحديده طبقا لنتائج الاستغلال وليست في صورة تكاليف الأعمال المنفذة التي يتطلبها المرفق، فارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام هو العنصر الجوهري لهذه العقود[1]، ويعد ضمانة مالية للمفوض له في ظل تحقيق أهداف المرفق العام محل عقد التفويض.

ثانيا: الحق في اقتضاء بعض التعويضات

بالإضافة الى المقابل المالي يحق للمفوض له أيضا الحصول على التعويض عن الأضرار التي قد يتكبدها نتيجة لإجراءات السلطة المفوضة المانحة للتفويض، حيث يتعين على هذه الأخيرة تعويض المفوض له في حالة مخالفتها لشروط اتفاقية التفويض، أو عند إساءتها في استخدام الصلاحيات الممنوحة لها، كما أن الجهة المتعاقدة " السلطة المفوضة" مسئولة عن تعويض المفوض له عن الأضرار التي لحقته دون خطأ من جانبها، فبناء على ذلك يجوز تحميل مسؤولية السلطة المفوضة عن تعويض المفوض له المتعاقد معها على أساس الخطأ أو بدونه[2].

إن الحق في تعويض المفوض له من طرف السلطة المفوضة يقوم إما على أساس المسؤولية العقدية، وذلك في حالة إخلال الإدارة المتعاقدة بعدم وفائها بالتزاماتها التعاقدية تجاه المفوض له مثلما هي محددة في العقد، وإما على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة

[1]– ضريفي نادية، سلامي سمية، المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 72.

[2]– بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 204.

ارتكاب الإدارة المفوضة لخطأ وألحقت ضررا بالمفوض له أي بوجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر[1].

ثالثا: الحق في إعادة التوازن المالي للمشروع محل العقد

يعتبر الحق في التوازن المالي من الحقوق الأساسية في اتفاقية تفويض المرفق العام فهو كضمانة للمتعاقد مع الإدارة " المفوض له" في حالة وجود خلل باقتصاديات العقد الناتج عن بعض الأعمال التي قامت بها السلطة المفوضة، أو في حالة وجود ظروف طارئة، يتم بذلك الحصول على تعويض من الهيئة المفوضة يساوي الأعباء الإضافية التي يتحملها المفوض له في هذه الظروف[2].

حيث أن المفوض له يقبل الدخول في علاقة تعاقدية بسبب العائد العرضي الذي يحققه له العقد، الأمر الذي يتطلب استمرار نوع من التناسب بين حقوق والتزامات المفوض له في حالة تعديل تلك الالتزامات والأعباء إما بالزيادة أو النقصان.

فالمفوض له أثناء تنفيذه للعقد قد تتدخل الإدارة " السلطة المفوضة" التي تملك سلطة التعديل بزيادة الالتزامات أو إنقاصها، وقد يصادف المتعاقد أيضا عند تنفيذ العقد ظروف استثنائية، وصعوبات لم يكن يتوقعها أو قد تعترضه مخاطر إدارية أو اقتصادية، ينشأ عنها زيادة بالتزاماته، وبالتالي زيادة أعبائه المالية ويختل معها التوازن المالي للعقد، ويكون في حقه من الإدارة أن تساهم معه بقدر معين، فتعوضه تعويضا عادلا عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الإدارة المفوضة[3].

لا تعني هذه الفكرة التوازن الحسابي بوضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات، ولكنها تعني التوازن الشريف بينها، فتغليب ضروريات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس بمعناه التضحية بهذه المصالح بتحمل المفوض

[1]– بوتعية سارة، دباش أسية، المرجع السابق، ص 54.

[2]– حادري غيلاس، مهدي كوسيلة، المرجع السابق، ص 107.

[3]– محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية، سوريا، 2018، ص 118.

له لوحده جميع هذه الأضرار[1]، بل هناك علاقة وثيقة بين التزامات المفوض له وحقوقه وهذا ما يعبر عنه بالتوازن المالي، وتلتزم الإدارة بضمانه سواء أكان ذلك بفعلها أو بفعل خارج عن إرادتها.

الفرع الثالث: أداء الإدارة للتعويض في إطار وجوب توافر الشروط

تقوم الإدارة المفوضة بتعويض المفوض له المتعاقد معها في حالة ما إذا توافرت بعض الشروط لإعادة التوازن المالي للعقد، وإن أصبحت هذه الأخيرة فكرة مسلم بها وحق من الحقوق الأساسية المقررة للمفوض له في عقد تفويض المرفق العام باعتباره من العقود الإدارية، فإن الصعوبة تكمن في تحديد مدلولها و شروط تطبيقها، لذا لابد من الوقوف على الحالات التي يقتضي بها تعويض المفوض له أثناء تنفيذ العقد وفقا لما استقر عليه القضاء الإداري، و التي تم إجمالها في ثلاث حالات ضمن ثلاث نظريات والتي تتمثل في نظرية فعل الأمير (**أولا**)، شروط نظرية الظروف الطارئة (**ثانيا**)، ونظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة (**ثالثا**).

أولا: نظرية فعل الأمير

تقوم نظرية فعل الأمير عندما يختل التوازن المالي للعقد بسبب إجراء عام أو خاص صادر عن السلطة المفوضة، كأن تتخذ تدابير قانونية من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة وصعوبة، ففي هذه الحالة تتصرف السلطة المفوضة بصفة غير صفتها كمانحة للتفويض، وذلك بإصدار قرارات فردية أو تنظيمية تؤثر على التوازن المالي للعقد[2].

يقصد بفعل الأمير الإجراءات والأعمال الصادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة، والتي تؤدي إلى زيادة أعباء المفوض له عما هو محدد في العقد دون خطأ من جانبها، أو يمكن تعريفه أيضا بأنه ذلك العمل المشروع الصادر من جهة عامة " السلطة المفوضة" يمس

---

[1]– مرجع نفسه، ص 119.

[2]– مؤدن مامون، حقوق والتزامات المفوض له في عقود تفويضات المرفق العام في الجزائر، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 1، 2021، ص 203.

نصوص العقد ويجعل تنفيذه مرهقا، فهذه الإجراءات قد تؤثر في شروط العقد أو قد تؤثر على ظروف تنفيذ العقد مما يؤدي إلى تحميل المتعاقد " المفوض له" أعباء جديدة لم تكن متوقعة وقت تنفيذ العقد[1].

إن نظرية فعل الأمير تستمد أساسها من المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره[2]، التي نصت على: «إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف،

_ التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع العقد.

_ الحصول على تسوية نهائية أسرع بأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة."

يمكن أن نستنتج من خلال ما تم عرضه خصائص الفعل الأمير كالآتي:

_ كل إجراء يصدر من الإدارة دون خطأ ويكون غير متوقع الوقوع لحظة إبرام العقد.

_ إجراء من شأنه أن يزيد من الأعباء المادية للمفوض له أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد.

_ يمكن أن يأخذ فعل الأمير شكل القرار الفردي أو شكل قاعدة قانونية عامة تؤثر في العقد تأثيرا مباشرا أو غير مباشر.

_ إجراء يجعل تنفيذ العقد مرهقا للمفوض له ويترتب عليه حق هذا الأخير في التعويض الكامل يضمن إعادة التوازن المالي للعقد[3].

تتخذ نظرية فعل الأمير عدة صور: تأخذ صورة العمل الفردي أو القرار التنظيمي العام، كما قد ينتج عنه تعديل مباشر في شروط العقد، أو يؤثر بصفة غير مباشرة في

[1]- محمد العموري، المرجع السابق، ص 121.

[2]- أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.

[3]- محمد العموري، مرجع سابق، ص 121.

ظروف تنفيذه، ولكي تساهم الإدارة في إعادة التوازن المالي يجب أن تتوفر شروط وضعها القضاء الإداري المتمثلة فيما يلي:

_ أن يتصل الإجراء الصادر عن الجهة العامة بعقد إداري " عقد تفويض المرفق العام" باعتباره من العقود الإدارية، وذلك بأن تتقدم السلطة المفوضة على تعديل العقد بإرادتها المنفردة وبدون موافقة المفوض له، من أجل تلبية احتياجات المرفق العام محل عقد التفويض.

_ يجب أن يصدر الإجراء من السلطة المفوضة، أي أن تكون الجهة التي قد صدر عنها الإجراء هي نفسها الجهة المفوضة المتعاقدة.

_ أن يكون الإجراء صادر عن السلطة المفوضة بدون خطأ من جانبها بمعنى أن يكون مشروعا، وذلك بأن تتصرف الإدارة في حدود سلطاتها في تعديل العقد.

_ أن يكون الإجراء غير متوقع لحظة إبرام العقد، وشرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، إنما ينصرف إلى حدود التعديل ومداه، وتطبق نظرية فعل الأمير في حالة ما إذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق.

_ أن ينشأ عن الإجراء الذي تتخذه الهيئة المفوضة ضرر للمتعاقد معها، يمكن أن يكون الضرر فعلي أو قد يكون مجرد إنقاص في الربح[1].

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة

ومفادها أنه كلما طرأت حوادث خارجية مستقلة عن إرادة المفوض له المتعاقد، فتكون هذه الحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد الإداري، فتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد دون أن تجعل تنفيذه مستحيلا، ويترتب عنه إلحاق خسارة للمتعاقد، فإنه يمكن لهذا الأخير البقاء على تنفيذ العقد والتزاماته مع حقه في أن يطلب المساعدة من السلطة المفوضة كي يتغلب

[1]– مؤدن مامون، المرجع السابق، ص 203.

على هذا الظرف الطارئ، وذلك بأن تأخذ على عاتقها جزءً من الخسارة الناجمة عن هذه الظروف[1].

تتحمل السلطة المفوضة في هذه الحالة جزء من التكاليف والأعباء الإضافية، بما يضمن له تعويض جزء من الخسارة التي لحقت به، فالإدارة المفوضة تدفع تعويضا بمنع تجاوز عتبة اختلال التوازن المالي الذي لا يحتمل وليس تعويضا عن كل الأضرار، ومثال عن ذلك الارتفاع الشديد للأسعار أو تخفيض العملة، ومن أجل ذلك يجب أن يستمر المفوض له في تنفيذ التزاماته التعاقدية بالرغم من وقوع الاختلال المالي الذي أصاب اقتصاديات العقد[2]، لأن الظرف الطارئ لا يؤدي إلى استحالة التنفيذ عكس القوة القاهرة.

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بد من توافر جملة من الشروط التي أوجب القضاء توافرها مجتمعة وهي:

_ أن يحدث الظرف الطارئ خلال تنفيذ عقد التفويض، وأن يأخذ الظرف الطارئ أحداث سياسية أو اقتصادية.

_ أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن المتعاقدين ومستقلا عن إرادتيهما في وقوعه، ذلك أن الظرف الطارئ إذا كان راجعا إلى خطأ تعاقدي بفعل المفوض له، فإنه يتحمل المسؤولية دون تعويضه.

_ ألا يكون الظرف الطارئ متوقعا وداخلا في حسبان الطرفين فلا يمكن تداركه أو دفع حدوثه، فالتوقع من عدمه يقدره القاضي على ضوء الظروف والملابسات التي فيها ابرام العقد، فلا يمكن المطالبة بالتعويض إذا أصبح تنفيذ العقد مرهقا نتيجة لارتفاع الرسوم الضريبية لأن ذلك الحدث لا يعتبر غير متوقع[3].

[1]– محمد جمال ذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 274.

[2]– مؤدن مامون، المرجع السابق، ص 204.

[3]– محمد جمال الذنيبات، المرجع السابق، ص 275.

_ أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أثقل عبئا وأكثر تكلفة، ذلك نتيجة لإلحاقه لخسائر قد أدت إلى قلب اقتصاديات العقد وشكلت إخلالا في توازنه.

ويترتب عن نظرية الظروف الطارئة النتائج التالية:

_ بقاء التزامات المفوض له كما هي، فلا يعفي المفوض له في حالة ظرف طارئ من تنفيذ التزاماته، بل يواصل في تنفيذها رغم هذا الظرف، ما دام التنفيذ ممكنا ولم يتحول إلى قوة قاهرة تحول دون تنفيذه وتحرر المتعاقد من التزاماته.

_ حق المتعاقد " المفوض له" في الحصول على معاونة من السلطة المفوضة بصفة جزئية لضمان إعادة توازنه المالي في العقد.

_ تكون هذه المعاونة مؤقتة، فإذا زالت الظروف عادت الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوعها، أي يتولى كل من الطرفين لالتزاماته المتفق عليها وقت إبرام العقد[1].

[1]– محمد جمال الذنيبات، المرجع السابق، ص 246.

ثالثا: نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلق القضاء الإداري، والخلاف المثار حولها من حيث مدى استقلاليتها عن نظرية الظروف الطارئة، مفادها أنه إذا ما واجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية غير مألوفة ولا يمكن توقعها وقت إبرام العقد فتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فللمتعاقد الحق في مطالبة السلطة المفوضة بالتعويض الكامل عما سببته له هذه الصعوبات المادية من أضرار، ومثال هذه الصعوبات المادية التي تصادف المتعاقد أثناء تنفيذ العقد حدوث زلزال شديد مثلا، وأساس تعويض المتعاقد مع الإدارة في هذه النظرية هي اعتبارات العدالة المجردة حسب الرأي الراجح في الفقه[1].

عرفها الفقيه سليمان الطماوي بأنه:" إذا صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا فان من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببت هذه الظروف من أضرار"[2].

ويشترط لتطبيق وأعمال نظرية الصعوبات المادية توفر الشروط التالية:

_ يجب أن تكون الصعوبات مادية، أي ترجع هذه الصعوبات المادية إلى ظواهر طبيعية (كطبيعة الأرض، أرض صخرية).

_أن تكون هذه الصعوبات استثنائية غير عادية، وليست مجرد صعوبات عادية أو يسيرة يمكن التغلب عليها بسهولة.

[1]– عوابدي عمار، القانون الإداري (النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص228.

[2]– حسن محمد علي البنان وآخرون، "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري، (دراسة مقارنة)"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 41، 2022، ص 112.

_ أن تكون الصعوبات طارئة لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد، فإن كان في الوسع توقعها عند الإبرام فلا يعتد بها[1].

يترتب عن تطبيق نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة جملة من الآثار وهي:

_ استمرار المفوض له المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد، فهذه الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تضع نهاية لتنفيذ الالتزامات التعاقدية، لأن التنفيذ يكون مرهقا وليس مستحيلا.

_ الحق في التعويض الكامل وإعفاء المفوض له من الغرامة التأخيرية[2].

نخلص في هذا العرض أن نظرية الظروف المادية غير المتوقعة تتشابه مع نظرية الظروف الطارئة في وجوه عديدة أهمها، أن كليهما يتعلقان بإعادة التوازن المالي للعقد بعد حدوث ظروف طارئة واستثنائية غير متوقعة ولا يمكن دفعها، ينتج عنها إرهاق المفوض له وعدم تمكنه من تنفيذ التزاماته من دون النفقات الإضافية.

تقوم السلطة المفوضة بالتعويض في كلتا النظريتين، بينما يختلفان في أن الظرف الطارئ تتعدد مصادره فقد يكون مصدره اقتصادي، سياسي، أو طبيعي، في حين تقتصر الصعوبات المادية غير متوقعة على الظواهر الطبيعية أو البشرية أحيانا، ويكون التعويض كامل في حين أن في نظرية الظروف الطارئة يكون جزئيا.

ونجد أيضا أوجه الخلاف بين نظرية الصعوبات غير المتوقعة وبين نظرية فعل الأمير في مصدر الفعل الذي تحققه، تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تشترط صعوبات خارجة عن إرادة الطرفين، أما إذا كانت الصعوبات التي اعترضت التنفيذ ناجمة عن تدخلات الجهة الإدارية، فتطبق نظرية فعل الأمير، بينما يتشابها في كون أن كل منهما يمنحان للمتعاقد التعويض الكامل.

[1]– ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 179.

[2]– حسن محمد علي البنان، المرجع السابق، ص 123.

المطلب الثاني: البنود التعاقدية المتعلقة بالتزامات طرفي عقد التفويض

إن الحقوق الناتجة عن عقد تفويض المرفق العام تقابلها التزامات، تقع على عاتق السلطة المفوضة صاحبة التفويض وعلى المفوض له كذلك، لأن عقد التفويض نظيره نظير العقود الإدارية الأخرى يُحمِّل التزامات لطرفي العقد سواء للإدارة مانحة التفويض **(الفرع الأول)** أو المفوض له **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التزامات ملقاة على الإدارة في اتفاقية تفويض المرفق العام

على الإدارة المفوضة صاحبة التفويض أن تلتزم بتنفيذ الالتزامات التعاقدية والمتمثلة في منح محل عقد التفويض" المرفق العام" للمفوض له، من أجل تسييره واستغلاله، وعلى الإدارة المانحة للتفويض أن تسهر كذلك على احترام وتنفيذ حقوق المفوض له المتمثلة في التعويضات المالية من أجل الحفاظ على التوازن المالي للعقد، وذلك في حالة الاختلالات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد وتعرقل استغلال وتسيير المرفق العام[1].

كما تلتزم أيضا السلطة المفوضة بدفع أجر المفوض له بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء، ويظهر هذا أثناء اتخاذ شكل الوكالة المحفزة في إبرام اتفاقية التفويض[2].

نستنتج من خلال عرضنا لالتزامات الإدارة المانحة للتفويض أن علاقة المفوض له مع السلطة المفوضة هي علاقة تعاون وتساند من أجل تسيير المرفق العام الذي من أجله أبرم عقد التفويض، وتظهر هذه العلاقة بوضوح من خلال التزام الإدارة بتعويض المتعاقد

[1]– فروج نوال، عمراني صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2013، ص 69.

[2]– حاشمي سامي، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة–بجاية، 2017، ص، 61.

معها عن الأضرار التي قد تصيبه أثناء تنفيذه للعقد، مع التزامها باحترام القواعد المقررة للوفاء بالثمن المستحق للمفوض له خلال مدة معينة[1].

الفرع الثاني: التزامات ملقاة على عاتق المفوض له

تتحدد الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق المفوض له في عقد تفويض المرفق العام إلى أربعة نواحي منها، الالتزام بتسيير واستغلال المرفق العام **(أولا)**، والالتزام باحترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام **(ثانيا)**، الالتزام بدفع إتاوة للجهة المفوضة **(ثالثا)**، وأخيرا الالتزام بالمثول لرقابة الإدارة المفوضة عند تنفيذ العقد **(رابعا)**.

أولا: الالتزام بتسييرواستغلال المرفق العام

يقتضي على المفوض له أن يقوم باستغلال المرفق العام محل التفويض بنفسه ويتحمل على مسؤوليته تسييره واستغلاله، فالمفوض له مسئول عن التنفيذ الشخصي للمرفق العام فيجب عليه أن يضمن التسيير الفعال والجدي للمرفق المعني بالتفويض، حيث أن التزام المفوض له مع السلطة المفوضة بالوفاء بالتزاماته التعاقدية بنفسه من القواعد العامة المقررة في العقود الإدارية منها عقد الامتياز، وعليه يكون تنفيذ هذا الالتزام قائما حتى ولو لم يتم النص عليه صراحة في العقد، أين تستمد هذه القاعدة مصدرها من طبيعة العقود الإدارية التي يلتزم فيها المتعاقد بالتكفل بتسيير المرافق العامة بانتظام و اطراد[2].

أوجب المنظم الجزائري على المفوض له بالتنفيذ الشخصي لالتزاماته، وبالطريقة المتفق عليها ووفقا للشروط الواردة في اتفاقية التفويض، حيث نصت المادة 7 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره[3]، بأنه:" لا يمكن للمفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر"، فهو المسئول بعد توقيع العقد عن التنفيذ الكامل والنهائي للعقد، ولكن هذه المادة وضعت استثناء بالسماح للمفوض له

[1]- بوتعية سارة، دباش آسية، المرجع السابق، ص 12 و14.

[2]- المرجع نفسه، ص 21 و22.

[3]- أنظر المادة 7 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السابق ذكره.

الاستعانة بأشخاص آخرين ومنح لهم تنفيذ جزء من الاتفاقية، ويكون ذلك بواسطة ما سماه "عقد مناولة" أو ما يصطلح عليه "بالتعاقد من الباطن"، أين يقوم من خلاله المفوض له بمناولة جزء من المرفق العام لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى "المناول" يتولى هذا الأخير تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة و المفوض له، حيث نصت المادة 7 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق ذكره بأنه:" غير أنه إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير يمكن للمفوض له اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة".

غير أن هذه المناولة لا يمكن أن تكون بصفة كلية للمرفق العام الذي خص به موضوع تفويض المرفق العام، أين عرفت المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر[1]، المناولة بأنها: "الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى المناول بتنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له"، شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية المبرمة انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامه المرفق أو تسييره، وذلك في حدود 40% من اتفاقية التفويض.

يترتب عن المناولة بقاء المفوض له المسؤول الوحيد والمباشر تجاه السلطة المفوضة عن الجزء الذي يكون محل مناولة، فلا تكون أية علاقة بين السلطة المفوضة والمناول، بمعنى أنه لا يمكنه أن يتنازل أو يلقي بالمسؤولية على المناول، بل يبقى المسؤول الوحيد والأساسي عن التنفيذ الكلي والتام لاتفاقية تفويض المرفق العام اتجاه السلطة المانحة للتفويض[2].

[1]- أنظر المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

[2]- أنظر المادة 61، المرجع نفسه.

ثانيا: الالتزام باحترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام

يقع على المفوض له أيضا وجوب احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العام، فقد ذكر المشرع هذه المبادئ في نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره على أنه:" تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من نفس المرسوم، وزيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكيف"[1]، (أ) فإلى جانب هذه المبادئ التقليدية أضافت المادة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف ذكره[2]، تم تدعيم هذه المبادئ بمبادئ حديثة متمثلة في مبدأ نوعية و جودة الخدمة العمومية، مبدأ النجاعة والفعالية الاقتصادية والاجتماعية، بالإضافة لمبدأ الشفافية (**ب**).

أ: المبادئ التقليدية لسير المرفق العام

تخضع المرافق العمومية في تسييرها لمجموعة من المبادئ التي تضمن استمرارية وديمومة الخدمة العمومية، لتلبية حاجيات الأفراد أو المواطن داخل المجتمع، لذلك نجد خضوع اتفاقيات تفويض المرفق العام في مرحلة تنفيذ مشروع المرفق العام لهذه المبادئ، حيث تسهر السلطة المفوضة خلال استغلال المرفق العام من طرف المفوض له على احترام هذا الأخير للمبادئ الكلاسيكية التي يعرف بها، والمتمثلة في مبدأ الاستمرارية، مبدأ المساواة، ومبدأ قابلية المرفق العام للتكيف والتطور.

1: مبدأ استمرارية المرفق العام

[1]- راجع المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره.

[2]- راجع أيضا المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

استمرارية الدولة تقتضي استمرارية مرافقها، وهو من المبادئ العامة للقانون المتعلقة بعملية تنظيم وسير المرافق العامة، يقتضي هذا الأخير حتمية ديمومة وسيرورة المرفق بصورة جيدة ومنتظمة[1].

فمبدأ دوام سير المرافق العامة يقصد به استمرارية النشاط الذي يقوم به المرفق بصورة منتظمة دون توقف أو انقطاع، لأن الغرض من إنشاء المرافق العامة في الدولة هو لتقديم الخدمات الضرورية والوفاء بالحاجات العامة للجمهور، وعليه يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الجوهرية والأساسية التي لا تحتاج تقريرها بنص تشريعي خاص، لأن طبيعة المرافق العامة وارتباطها بالمصلحة العامة تستلزم ضمان سيرها باطراد، فإن توقفت أو تعطل سيرها تعرض المجتمع والنظام العام لأضرار بالغة الخطورة[2].

تتوقف الحياة العامة للمجتمع وترتكز على السير المنتظم والمضطرد للمرفق العام، وأي توقف أو خلل أو اضطراب سيؤدي لا محالة إلى شلل، ومن ثم التوقف الكلي للخدمة العامة، والاستمرارية تفرض التطبيق الجيد للالتزامات على عاتق كل من السلطة المفوضة والمفوض له الملتزم بإدارة المرفق، والموظفين المكلفين بتشغيله[3]، فبالنسبة للمفوض له المتعاقد مع الإدارة فهو يلتزم بإدارة واستغلال المرفق العام والمحافظة على هذا المبدأ، ويعتبر التزاما أساسيا يقع على عاتقه خاصة في شكل الامتياز والإيجار، أين يتحمل المفوض له المسؤولية الكاملة في إدارته للمرفق محل اتفاقية التفويض، وتحرص الإدارة على أن تضمنه في دفتر الشروط إلى أن عدم النص عليه لا يحول دون تطبيقه لارتباطه بالنظام العام الذي يحكم سير المرفق العام، أما بالنسبة للموظفين وحفاظا على مبدأ الاستمرارية فقد قيد حقهم في الإضراب ونظم حقهم في الاستقالة.

---

[1]– فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 230.

[2]– هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، ماهية القانون الإداري: التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د، ب، ن، 2009، ص 296.

[3]– فروج نوال، عمراني صارة، المرجع السابق، ص 66.

2: مبدأ المساواة أمام المرفق العام

يعتبر مبدأ المساواة أمام المرافق العامة امتدادا للمبدأ العام المتمثل في المساواة أمام القانون، الذي يعد حقا من الحقوق المكرسة دستوريا ويستمد وجوده من جهة بارتباطه بسير المرفق العام، ومن جهة أخرى يستمد أسسه من نصوص إعلانات حقوق الإنسان والدساتير ومن المبادئ القانونية العامة[1].

يقتضي مبدأ المساواة وجوب معاملة المرفق لكل المنتفعين معاملة واحدة دون حياد أو تفضيل البعض عن البعض الآخر، لأسباب تتعلق بالجنس أو اللون أو الدين أو الحالة المالية أو غيرها[2]، بل يجب على المفوض له المكلف بتسيير وإدارة المرفق أن يحترم هذا المبدأ من خلال استغلاله للمرفق محل التفويض، ويتكفل بتأدية الخدمات لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوفر فيهم شروط الاستفادة منها، ويترتب على هذا القول نتائج تتمثل في مبادئ فرعية وهي:

_ المساواة أمام المنتفعين من خدمات المرفق العام: كتحديد رسم معين مقابل خدمة، أو تقديم بعض الوثائق.

_ كذلك المساواة في تحمل الأعباء العامة والالتزامات: وعليه ليس للسلطات العامة في الدولة، والسلطات الإدارية على وجه الخصوص أن تفرق وتميز بين الأفراد فيما بينهم، وإلاّ كانت قراراتها مشوبة بعدم المشروعية[3].

إن الالتزام بمبدأ المساواة لا يعني المساواة المطلقة بين جميع المواطنين، وإنما يعني أن على المرفق العام أن يضع شروط عامة موضوعية يلزم توافرها في كل من يريد الانتفاع بخدمات المرفق العام كتحديد رسم معين مقابل الخدمة أو تقديم وثائق معينة، بحيث

---

[1]– هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 310.

[2]– بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 439.

[3]– بالراشد أمال، فرشة حاج، تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية في ظل المرسوم التنفيذي 18–199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة، 2019، ص 29.

يستوجب على الأفراد أن تتحقق فيهم الشروط التي فرضها المرفق العام لتمكينهم من الاستفادة من الخدمات المقدمة من المرفق العام، وذلك باختلاف المراكز القانونية من فرد لآخر حسب نوع الخدمة التي يؤديها المرفق العام[1].

3: مبدأ قابلية المرفق العام للتغير والتكيف

يتضمن مبدأ القابلية للتكيف أو ما يصطلح عليه أيضا بالقابلية للتطور والتعديل، إمكانية مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية، التقنية والقانونية التي تدخل في الإطار العام للبيئة التي أنشأ فيها المرفق العام تفرضها ضروريات المصلحة العامة، التي تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور حاجات المنتفعين[2].

سبق القول بأن المرافق العامة تخضع للقوانين والتنظيمات التي تحكم المرفق العام من حيث تنظيمه وهيكلته، ولجهة الإدارة سلطة في وضع هذه الأنظمة لضمان السير المنتج والمنتظم للمرفق العام، كما لها أن تعدل هذه الأنظمة بما تراه متفقا مع الصالح العام، ولا يقتصر التغيير على القواعد المنظمة للمرفق فقط، بل يمتد أيضا ليشمل أسلوب إدارته[3]، فيجوز تغيير أسلوب الإدارة من الإدارة المباشرة إلى المؤسسة العامة، أو من المؤسسة العامة إلى شركة مختلطة عن طريق أسلوب التفويض لصالح الأشخاص الخاصة لتحقيق نجاعة أكثر وتطور في الخدمة المقدمة، وللمرفق أيضا أن يفرض رسوما لقاء الخدمات التي يقدمها أو أن يخفض من هذه الرسوم إذا رأى في ذلك مصلحة.

ترتيبا على ذات المبدأ فإنه يقع على المفوض له المتعاقد مع الإدارة في عقود تفويض المرفق العام أن يلتزم باحترام هذا المبدأ، ولا يحول دون ممارسة حقها في تغيير بعض بنود العقد بما يتماشى ومصلحة المنتفعين، مع الاحتفاظ بحقه في التوازن المالي على نحو سبق شرحه، لأن الهدف من إنشاء المرافق العامة هو تحقيق وإشباع الحاجات العامة

[1]– هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 312.

[2]– بالراشد أمال، فرشة حاج، المرجع السابق، ص 29.

[3]– بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 455.

وعليه جاز للسلطة المفوضة حق تعديل بعض البنود المتعلقة مباشرة بعلاقة المنتفعين بالمرفق العام، أو حتى تعديل طرق تسيير المرفق العام و إلاّ أصبح هذا الأخير غير قادر على تحقيق المنفعة العامة المرجوة منه، ومن هنا جاء مبدأ قابلية المرفق العام للتبديل والتغيير كمبدأ يحكم المرفق العام ويلتزم المفوض له بتطبيقه واحترامه أثناء تنفيذه لعقد التفويض.

ب: المبادئ الحديثة لسير المرفق العام

تم تدعيم المبادئ التقليدية للمرافق العامة وتعزيزها بمبادئ حديثة، إلا أن هذه المبادئ تبقى غير شاملة كونها لا تزال غير محددة لعدم إعلان الاجتهاد القضائي الإداري عليها بعد، إضافة إلى أن بعضها يطبق على نمط معين من المرافق دون الآخر واقترانها كذلك باعتبارات المصلحة العامة، كما يمكن أن ترد هذه المبادئ كبنود ضمن دفاتر الشروط في بعض عقود التفويض ذات الطابع الاقتصادي متى دعت الضرورة إلى ذلك[1].

حسب المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام السالف ذكره[2]، فإنه إلى جانب المبادئ الكلاسيكية التي يخضع لها المرفق العام عند استغلاله، فانه يقع لزاما على المفوض له ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية التي تعتبر من المبادئ المستحدثة، وتتمثل هذه المبادئ الجديدة فيما يلي:

1: مبدأ شفافية المرفق العام

يجد هذا المبدأ تطبيقه في مرحلة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، فيرد بذلك كالتزام يقع على عاتق المكلف بتسيير المرفق العام، يعرفه الأستاذ **MICHEL BAZEX**بأنه:" وسيلة لمراقبة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام، بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين أو المستهلكين قد روعيت فعلا من قبل المكلف بتسيير المرفق العام"، وبالتالي

---

[1]- زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 510.

[2]- راجع المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

تشكل الشفافية مركز صراع بين المنتفعين و المفوض له، إذ من مصلحة المنتفع أن يكون على علم بكيفية تأدية المرفق العام لنشاطه خصوصا من ناحية النوعية و الرسم المرتبط بها، و مدى الرقابة المفروضة على المفوض له هل هي رقابة كلية أو جزئية، أما بالنسبة للمفوض له فمن مصلحته عدم إعلام المنتفعين عن كيفية تحقيقه للنشاط المرفقي وإخفاؤه كذلك للوضع المالي والاقتصادي للمشروع[1].

2: مبدأ جودة الخدمة العمومية

يستلزم أن تكون الخدمة المقدمة من المرفق العام ذات جودة، سواء من حيث النوعية أو السعر، بحيث يحق للمنتفع من خدمات المرفق العام في الحصول على أفضل الخدمات وأجودها نظير أفضل الأسعار.

_ نوعية الخدمة المقدمة: يقصد بنوعية الخدمة المقدمة قدرتها على إشباع وتلبية حاجات الجمهور، والاستجابة للأهداف المسطرة في السياسة العامة للدولة، وهي رهان يلعب عليه المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين قصد جلب أكبر عدد من المستهلكين.

_ الخدمة الشمولية: تتجسد الخدمة الشمولية من خلال جعل ثمن خدمات المرفق العام في متناول الجميع، بهدف التحاق الكل بالمرفق بغض النظر عن الحالة الاجتماعية والمالية للفرد، وعليه تعد وسيلة لحماية المصلحة العامة[2].

3: مبدأ الفعالية الاقتصادية والاجتماعية للمرفق العام

ترتبط الفعالية الاقتصادية بنجاح النشاط المرفقي وبالتالي استمرار يته، ويقصد بها القدرة المادية للشخص المكلف بالإدارة والاستغلال، وهي تدل على وجود صلة بين تقنية التفويض من جهة وفكرة المنافسة التي تهدف إلى تأمين المرفق العام لشخص أكثر فعالية لتحقيق النشاط المرفقي من جهة أخرى، أما الفعالية الاجتماعية فهي الضمانة التي تمكن

[1]– زمال صالح، مرجع سابق، ص 510.

[2]– فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 237.

الجمهور من الاستفادة من الخدمات بنوع من المساواة وضمن الشروط التي تحكم سير المرفق العام[1].

بالتالي تشكل الفعالية الاقتصادية والاجتماعية التزاما في ذمة المكلف بتسيير المرفق العام، تستهدف تأمين الخدمة بأفضل الوسائل والشروط، وإن كان من الصعب أن يتم تضمينها ضمن نصوص قانونية إلا أن الفعالية الاجتماعية والاقتصادية قد تكون أحد الالتزامات التي ترد ضمن دفتر الشروط لاتفاقية التفويض لتحقيق النجاعة حسب كل نمط من أنماط المرافق العامة وخصوصيتها.

ثالثا: الالتزام بدفع الإتاوات أو التعريفات للجهة المفوضة

فمن التزامات المفوض له دفع إتاوات أو تعريفات لصالح الهيئة صاحبة المرفق العام محل التفويض، وتكون هذه الإتاوات نتيجة لاستغلاله وتسييره للمرفق العام.

_ عقود الوكالة المحفزة والتسيير في مثل هذه العقود يتولى صاحب التفويض بتحصيل التعريفات من المستفيدين لمصلحة السلطة المفوضة، أي أن التعريفات المحصلة لا تدخل في الذمة المالية للمفوض له، وإنما يتم تحصيلها من طرف المفوض له ويقوم بتحويلها إلى السلطة المفوضة التي تدخلها في ذمتها المالية، وبالتالي يقع عليه الالتزام بدفعها في وقتها بالقدر المتفق عليه.

_ في عقود الإيجار فالإتاوة توجد بالضرورة في مثل هذه العقود، فالمفوض له في شكل الإيجار لا يقوم بإنشاء المرفق ولا بتمويله، وإنما يقوم باستغلاله فقط وكذلك تحمله لتكاليف الصيانة، أما السلطة المفوضة هي التي يقع عليها مصاريف إقامة وإنشاء المرفق العام، مما يستوجب على المستأجر بأن يقوم بدفع إتاوة سنوية للسلطة المفوضة تعوضها على ما أنفقته في عملية إنشاء المرفق محل التفويض[2].

[1]– وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 96.

[2]– مؤدن مامون، المرجع السابق، ص 208.

رابعا: الالتزام بالمثول لرقابة الإدارة المفوضة عند تنفيذ اتفاقية التفويض

يلتزم المفوض له بالمثول لرقابة السلطة المفوضة عند تنفيذه للعقد، وهذا ما أكدته نص المادة 110 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه:" يتعين على المفوض له أن يضع تحت تصرف صاحب الامتياز كل الوثائق التقنية والمالية والمحاسبة الضرورية لتقييم تفويض الخدمة العمومية"[1].

فيلتزم بذلك المفوض له للرقابة بإرسال تقارير دورية كل سداسي من السنة وفق الكيفية المحددة في اتفاقية التفويض، على أن يتم عقد اجتماع كل 3 ثلاثة أشهر على الأقل لتقييم نجاعة التسيير، والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام[2]

[1]- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 أوت 2005 يتعلق بالمياه، ج.رعدد 60، صادر في 4 سبتمبر 2005 معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-03 مؤرخ في 15 جانفي 2008، ج رعدد 4، صادر في 23 جانفي 2008 معدل ومتمم بموجب أمر 09-02 مؤرخ في 22 جويلية 2009، جر عدد 44، صادر في 22 جويلية 2009.

[2]- المادة 82، 83 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

المبحث الثاني: نهاية العلاقة التعاقدية في اتفاقيات تفويض المرفق العام

عقود تفويض المرفق العام بأشكالها المختلفة هي عقود مؤقتة بمدة زمنية معينة، فالإدارة عندما تعهد إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو القانون العام بمهمة إنشاء أو تسيير واستغلال مرفق عام، فهذا لا يعني أنها عهدت بهذه المدة بصفة نهائية ومطلقة، لأن عقود تفويض المرفق العام هي ليست تنازلا عن ملكيتها وإنما عهدت فقط تسييرها لمدة معينة لابد من زوالها.

يتسنى للمفوض له في عقود تفويض المرفق العام، خلال طول مدة التفويض من استعادة الأعباء التي أنفقها في سبيل إقامة المرفق وتهيئته لتقديم الخدمات للجمهور فضلا عن تحقيق هامش من الربح، وأن يسود في العلاقة التعاقدية مبدأ حسن النية طول مدة العقد أي من وقت الإبرام إلى غاية التنفيذ الكلي والتام لعقد التفويض أو انقضاء المدة المحددة لاتفاقية التفويض، وهو ما يجعل نهاية عقد تفويض المرفق العام بطريقة عادية **(المطلب الأول)**، إلا أن هذا المبدأ قد يخالفه أحد أطراف العقد وهو ما يجعل نهاية العلاقة التعاقدية قبل حلول أجلها أو ما يسمى بالنهاية المبسترة الغير عادية لعقد تفويض المرفق العام **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: النهاية العادية لاتفاقية تفويض المرفق العام

بما أن اتفاقيات تفويض المرفق العام من العقود الإدارية فهي بذلك من العقود الزمنية المؤقتة، إذ يعتبر الزمن عنصرا جوهريا في عقود تفويض المرفق العام، لأنه يعبر عن علاقة قانونية بين طرفين أحدهما ممثل في السلطة المفوضة التي تعهد بتسيير واستغلال المرفق العام طوال المدة المتفق عليها في العقد للمفوض له الذي يلتزم أيضا بدوره بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو حتى القانونية لإتمام العقد وتحقيق الغاية المرجوة منه لكلا طرفي الاتفاقية، وهناك عدة صور لنهاية هذا الأخير نهاية عادية وذلك إما بتنفيذ موضوع العقد **(الفرع الأول)**، أو بانتهاء المدة المقررة له **(الفرع الثاني)**، وكما أن بمجرد تحقق النهاية العادية لعقد التفويض بإحدى الصورتين فإننا نتساءل عن مصير مجموع الأملاك العقارية والمنقولة المتصلة باستغلال المرفق العام **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: نهاية اتفاقية التفويض بانتهاء تنفيذ موضوع العقد

تنتهي عقود تفويض المرفق العام بمجرد تنفيذ موضوعه، ومنه تنحل العلاقة التعاقدية ذلك بأداء كل من الطرفين لالتزاماته التعاقدية[1]، حيث يقوم المفوض له باستغلال المرفق العام موضوع التفويض، أين يكون محل العقد إما إنشاء المرفق أو اقتناء ممتلكات ضرورية واستغلاله كما هو الحال في شكل الامتياز، وإما صيانته واستغلاله كالإيجار، أو تسيير وصيانة حسب نوع وشكل اتفاقية التفويض، وبالمقابل تبادر السلطة المفوضة كذلك بالتزاماتها تجاه صاحب التفويض" المفوض له".

فتكون النهاية طبيعية لعقد تفويض المرفق العام خلال ما سبق من خلال التنفيذ الكامل للالتزامات التي تقع على طرفي عقد التفويض، وذلك في المدة الزمنية المحددة في

[1]– عبد العالي حفظ الله، إبراهيم بوعمرة، "نهاية عقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم رقم 18–199 المتعلق بتفويضات المرفق العام"، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 2، العدد 2، 2021، ص 104.

العقد، والتي يبدأ سريانها من تاريخ المصادقة النهائية على اتفاقية التفويض[1]. نستنتج بأن انقضاء العقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفية تنفيذا كاملا لبنوده، هو الوضع الغالب في العقود الإدارية بما فيها عقود تفويض المرفق العام، ولا بد من الإشارة إلى أن على المفوض له إعلام السلطة المفوضة كتابيا بانتهاء وتنفيذ العقد ذلك بغرض تحديد نتائج العملية التي تجرى قبل الاستلام[2].

الفرع الثاني: نهاية اتفاقية التفويض بانقضاء المدة المحددة لتنفيذه

تنقضي اتفاقيات تفويض المرفق العام بانتهاء المدة المقررة، باعتبار أن عقود التفويض بمختلف أشكالها عقود إدارية محددة المدة الزمنية، وتنتهي بذلك جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عنه، ويتحلل كل من طرفي العقد من التزاماته نحو الآخر، حيث تتولى الإدارة استرداد نشاط المرفق بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد، ما لم يتم تجديد الرابطة العقدية.

فمتى كان العقد محدد المدة فان انتهاء المدة يستتبعها انتهاء العقد، مثلما هو الحال في عقود الالتزام، فهي تنقضي بانقضاء المدة المحددة لها في العقد، حتى ولو لم يتم انتهاء جميع الأعمال التي يفترض أن يقوم بها المفوض له المتعاقد مع الإدارة، بمعنى أن إرادة الأطراف هنا تعطي الأولوية للوقت لا لحجم الأعمال ومقدارها، وعليه فإذا ما حددت الأطراف مدة زمنية معينة لتنفيذ ذلك العقد وحل ذلك الأجل، فان نهاية الأجل بمثابة نهاية لذلك العقد وانقضاء له[3].

بانتهاء مدة العقد تستعيد السلطة المفوضة إدارة المرفق بكامله وبإمكانها أن تختار نمط استثمار آخر وذلك حسب رغبتها فلها مطلق الحرية في ذلك، ويمكن للإدارة تجديد

---

[1]– ادير ديهية، أقروش كهينة، آثار تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2021، ص 65.

[2]– عبد العالي حفظ الله، إبراهيم بوعمرة، المرجع السابق، ص 104.

[3]– مازن ليلو راضي، القانون الإداري (القرار الإداري، العقود الإدارية)، الطبعة 3، د د ن، د ب ن، د س ن، ص 297.

العقد وإعطائه لمتعاقد آخر، كما يمكن للإدارة أن تتعاقد مع المفوض له السابق بالاستناد إلى عقد جديد دون الادعاء بحق الأفضلية[1].

فالأصل في عقود تفويض المرفق العام أنها لا يجوز تمديدها ضمنيا لما تقتضيها من منافسة وضرورة الإعلان والمساواة بين المترشحين، وإذا قررت السلطة المفوضة الاستمرار في تسيير المرفق المعني عن طريق التفويض، ينبغي عليها لزاما إبرام عقود جديدة حتى وإن وقع الاختيار على نفس الشخص المفوض له[2].

أجاز المنظم في المرسوم التنفيذي رقم 18-199، تمديد المدة بالنسبة لكافة أشكال تفويض المرفق العام، وذلك بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل لحاجات استمرارية المرفق العام[3].

الفرع الثالث: مصير الأموال المتصلة باستغلال المرفق العام

بعد النهاية الطبيعية لعقد تفويض المرفق العام نتساءل عن مصير الأملاك العقارية والمنقولة المتصلة باستغلال المرفق العام؟ وعليه يمكن تقسيم تلك الأموال والتي تتنوع بحسب طبيعتها ومصدرها إلى ثلاث (3) أنواع: الأموال التي تعود إلى السلطة المفوضة مجانا وبقوة القانون، والتي تشكل جزءا لا يتجزأ من المرفق العام محل عقد التفويض وتسمى بأملاك العودة **(أولا)**، وأملاك الاسترجاع **(ثانيا)**، وأخيرا أملاك خاصة **(ثالثا)**.

---

[1]- بولكور عبد الغاني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الأعمال، كلية الحوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2019، ص 61.

[2]- مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على المرفق العام، المرجع السابق، ص، ص71-72.

[3]- راجع المادة 57 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر.

أولا: الأملاك التي تؤول إلى الإدارة مجانا (أملاك العودة)

تتمثل في مجموع من الأملاك والأموال المملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية، فهي ضرورية فيما يتعلق باستغلال المرفق العام وتسييره، تشمل كل هذه الأملاك في مجموع المنقولات والعقارات المتصلة بالمرفق المفوض والأساسية لاستغلاله طوال مدة العقد[1].

بالتالي نستنتج بأن الأموال التي تؤول للسلطة المفوضة قد تشمل العقارية منها الأراضي، العقارات بالتخصيص وتوابعها، كما قد تكون في طبيعتها منقولات كالآلات، الشاحنات، إلخ إذ يرد تحديد لهذه الأموال في دفتر الشروط فتعتبر هذه الأموال هي التجهيزات أو الإنشاءات الضرورية لمتابعة الاستغلال، فتعود هذه الأملاك عند نهاية العقد للسلطة المفوضة دون أن تكون ملزمة بتعويض المفوض له.

فمثلا في مجال تفويض قطاع المياه فإنه يدخل ضمن الأملاك العودة كل التجهيزات والوسائل الضرورية لتوزيع المياه الصالحة للشرب وكذا أنابيب توزيعها[2].

نجد أن المادة 66 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره قد بيّنت مصير الأموال بعد نهاية عقد تفويض المرفق العام إذ تنص على ما يلي:"*تحول ممتلكات المرفق العام المعني إلى السلطة المفوضة عند نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام، بعد جرد يقوم به الطرفان وفقا لبنود اتفاقية التفويض*"[3].

---

[1]- عاقلي محمد، تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018-2019، ص 69.

[2] – ZOUAIMIA Rachid. La délégation de service public au profit de personnes privées. Op. Cite. p 99.

[3]-أنظر المادة 66 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

إن رجوع هذه الأموال للسلطة المفوضة بصورة مجانية دون تعويض المفوض له بعد انقضاء مدة عقد التفويض أمر طبيعي، على اعتبار أن المفوض له خلال هذه المدة يكون قد استوفى بالكامل تكاليف الاستثمارات التي يكون قد أنجزها[1].

ثانيا: الأملاك التي تبقى ملكا للمفوض له (أملاك الاسترجاع)

هي الأملاك المستعملة أثناء التفويض من طرف المفوض له، طوال المدة فهي الأملاك ذات فائدة لتسيير المرفق واستغلاله، وعند نهاية عقد التفويض يمكن للإدارة استرجاعها إذا وجدت أن هذه الأملاك لا يمكن الاستغناء عنها في تسيير المرفق العام، لكن في هذه الحالة الإدارة ملزمة بتعويض المفوض له[2].

_ التمييز بين أملاك العودة وأملاك الاسترجاع:

_ أملاك العودة توصف على أنها ضرورية لاستغلال المرفق العام، ولا يمكن قيام المرفق بنشاطه من دونها، فهي أملاك لا يمكن الاستغناء عنها، أما أملاك الاسترجاع فهي مهمة ولكن يمكن تجاوزها والاستغناء عنها في حالة ما إذا كانت غير ضرورية ويمكن فصلها عن المرفق العام.

_ أملاك العودة ملكيتها تظل للسلطة المفوضة طيلة مدة التفويض حتى وان كان المفوض له هو من أوجدها وأنشأها، بينما أملاك الاسترجاع فملكيتها تعود للمفوض له خلال مدة التفويض وبعد نهايته.

_ عند نهاية التفويض أملاك العودة تعود للسلطة المفوضة بقوة القانون وبصفة مجانية، في حين تلتزم السلطة المفوضة بدفع تعويض للمفوض له إذا ما قررت استرجاع الأموال التي تدخل ضمن أملاك الاسترجاع[3].

---

[1]- مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، المرجع السابق، ص 79.

[2]– فروج نوال، عمراني صارة، المرجع السابق، ص 72.

[3]– حديد جمال، المرجع السابق، ص 95.

ثالثا: الأملاك التي يمكن للإدارة شرائها (الأملاك الخاصة)

هي مجموعة من الأموال المملوكة لصاحب التفويض والتي تعود إليه بعد انتهاء أو استنفاذ مدة العقد، فهذه الأموال لا ينص عليها دفتر الشروط وبالتالي تعود إلى مالكها عند نهاية العقد، يمكن للسلطة المفوضة شرائها إذا اقتضت الضرورة بالاتفاق مع صاحب التفويض، لكون أن هذه الأموال خاصة بصاحب التفويض لأنها تكون مستقلة عن استغلال المرفق العام ومنفصلة عنه، تتمثل في الأموال الشخصية الخاصة بصاحب الامتياز مثل المكاتب، السيارات التي لا يمكن شراءها ما لم يوافق صاحب الامتياز على ذلك[1].

فهي إذاً تمثل مجموعة الأملاك الخاصة بالمفوض له، ونجد أنها ليست ضرورية ولا أساسية في استغلال المرفق العام، وتشمل هذه الأملاك من حيث طبيعتها كل المنقولات التي تساعد على استغلال المرفق العام محل التفويض، والتي تؤول للسلطة المفوضة بمقابل من خلال شراءها.

المطلب الثاني: النهاية غير العادية لاتفاقية تفويض المرفق العام

إذا كانت عقود تفويض المرفق العام تنتهي كأصل عام بتنفيذ موضوعها، وهذا هو الوضع المألوف أو بانتهاء المدة المقررة، إلا أنه من الممكن أن ينتهي هذا العقد قبل انتهاء مدته أي هذا ما يعني قبل إتمام تنفيذه، وهذه الحالة أيا كانت أسبابها والدوافع المؤدية إليها فهي تظل نهاية غير عادية أو ما يطلق عليها أيضا بالنهاية المبسترة، والتي تأخذ أشكالا متعددة، انتهاء العقد بقوة القانون **(الفرع الأول)**، أو عن طريق استرداد المرفق العام **(الفرع الثاني)**، وأخيرا بفسخ عقد التفويض **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: انتهاء العقد بقوة القانون

تتحقق نهاية العقد بقوة القانون في حالتين، إما بسبب القوة القاهرة **(أولا)** أو بوفاة المفوض له **(ثانيا)**.

[1]– بولكور عبد الغاني، المرجع السابق، ص 47.

أولا: حالة القوة القاهرة

تتمثل القوة القاهرة في ذلك الحادث الخارجي المفاجئ والغير متوقع، والذي لا يمكن رده أو مقاومته ولا التغلب عليه فهو خارج عن إرادة الطرفين وعن مسؤوليتهم، كالزلزال أو الحرائق التي تؤدي إلى الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد، وبذلك يزول الهدف من إبرامه وتنتهي آثاره بالنسبة للطرفين، سواء السلطة المفوضة أو المفوض له، ويعفى المفوض له من كل مسؤولية تعاقدية تجاه السلطة المفوضة.

أما في حالة ما إذا كانت القوة القاهرة مؤقتة لا تؤدي إلى الاستحالة المطلقة بزوال محل العقد، فيمكن تعليق العقد إلى حين زوالها[1].

ثانيا: حالة وفاة المفوض له

بما أن عقد تفويض المرفق العام يقوم على قاعدة الاعتبار الشخصي فإن وفاة المفوض له يؤدي إلى انقضاء العقد لأن شخصية المفوض له لها أهمية ودور كبير في العقد إذ أنه ذو طابع شخصي، وتطبيقا لهذه القاعدة فإن وفاة المفوض له يؤدي إلى انقضاء العقد من جهة ومن جهة أخرى تؤدي إلى نهاية عقد التفويض.

إلاّ في حالة ما إذا وجد نص في دفتر الشروط يحمل في مضمونه إمكانية مواصلة الورثة باستغلال المرفق العام[2].

الفرع الثاني: استرداد المرفق العام

استرداد المرفق العام محل اتفاقية التفويض قبل نهاية المدة المحددة له، هو عبارة عن إجراء انفرادي من جانب السلطة المفوضة، وسببه ليس تقصيرا أو بناء على خطأ من

[1]- عاقلي محمد، المرجع السابق، ص 66.

[2]- المرجع نفسه، ص 66.

طرف المفوض له الملتزم بإدارته، وإنما رغبة من السلطة المفوضة في تحسين تسيير المرفق العام وإدارته بطريقة أكثر ملائمة[1].

بالتالي نستنتج هنا بأن الاسترداد هو إجراء انفرادي تفرضه الهيئة المفوضة، ويختلف عن الحالات الأخرى لكونه طريقة لإعادة تنظيم المرفق العام تحقيقا لمقتضيات الصالح العام، وتلتزم الإدارة المفوضة في هذا الإجراء بتعويض المفوض له بدفع مقابل مالي لتعويضه لما لحقه من خسارة وعلى ما فاته من ربح نظرا أن الإدارة لجأت إلى إنهاء عقد التفويض قبل انتهاء مدة تنفيذه العادية.

يتم الاسترداد بقرار إداري حتى ولو تضمن العقد على حق الإدارة للالتجاء إليه، لأن الاسترداد يمثل أحد تطبيقات حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما تطلبت مقتضيات المصلحة العامة ذلك، ويمكن أن يتحقق استرداد المرفق العام في ثلاث صور كالآتي:

أولا: الاسترداد التعاقدي

تتحقق هذه الصورة من الاسترداد عندما ينص في العقد على حق الإدارة في استرداد المرفق العام قبل انتهاء الآجال المحددة له في العقد، وقد يتقرر الاسترداد التعاقدي من دون وجود نص قانوني يقرر وينظم كيفية ممارسته، وذلك بأن ينص الأطراف في عقد التفويض على هذا الحق للإدارة مع بيان كيفية ممارسته[2].

ويشترط في الاسترداد التعاقدي توافر مجموعة من الشروط وهي:

_ يجب أن يكون حق الاسترداد منصوصا عليه في العقد.

_ يجب على الإدارة قبل تقرير الاسترداد اعذار المتعاقد معها (المفوض له).

---

[1]– بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد–تلمسان، 2019، ص 246.

[2]– ادير ديهية، أقروش كهينة، المرجع السابق، ص 67.

_ إذا تضمن العقد شرط عدم استرداد المرفق خلال مدة معينة فيجب احترام هذا الشرط من طرف السلطة المفوضة.

_ إذا تضمن العقد تحديد أسباب استرداد المرفق العام، فلا يجوز ممارسة الاسترداد إلا في حالة تحقق الأسباب المنصوص عليها، أو الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة[1].

نستنتج من خلال ما سبق أن إرادة الأطراف في العقد هي التي تحقق هذا النوع من الاسترداد لوجود بند في اتفاقية التفويض تجيزه وتقرره تطبيقا للعقد شريعة المتعاقدين لتوافق إرادتين السلطة المفوضة والمفوض له المتعاقد مع الإدارة في اللجوء لهذا الاسترداد على أساس توافر شروط تعاقدية معينة في اتفاقية التفويض.

ثانيا: الاسترداد غير التعاقدي

هو الاسترداد الذي تقرره السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد من دون وجود نص في العقد يقرره، ويعد الاسترداد على هذا النحو تطبيقا لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة خلال المدة التي حظر العقد ممارسة الاسترداد خلالها، ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد غير التعاقدي للمرفق العام أن تدفع مقابل كتعويض عما لحقه من ضرر وعلى ما فاته من كسب بالنسبة للمفوض له، نظرا لضخامة المبالغ المالية التي يتكبدها المفوض له في إنشاء المرفق وتشغيله، والتي يستحقها في حالة استرداد المرفق من الإدارة، فهذه الأخيرة غالبا ما تتردد في القيام بهذا الإجراء[2].

ثالثا: الاسترداد التشريعي

يتحقق هذا النوع من خلال تدخل المشرع بإصدار قوانين خاصة، ينظم بها استرداد المرفق العام محل عقد التفويض، ويعتبر هذا الأمر طبيعي طالما أن التفويض يتم منحه

[1]– بركيبة حسام الدين، المرجع السابق، ص 247.

[2]– المرجع نفسه، ص 248.

بقوة القانون، وغالبا ما يرتبط هذا النوع من الاسترداد بالظروف السياسية والاقتصادية للدولة مما يتطلب إصدار قانون خاص يتضمن استرداد الدولة لمرفق معين[1].

استنادا لما تم عرضه نستخلص بأن استرداد المرفق العام يختلف عن الفسخ كعقوبة لأنه عبارة عن إعادة تنظيم المرفق العام بطريقة أكثر ملائمة، رغبة من السلطة المفوضة في تحسين سير المرفق العام محل التفويض، وذلك دون وجود أي تقصير من صاحب التفويض في قيامه بأعباء المرفق، وكما يقتضي الاسترداد أن تدفع السلطة المفوضة للمفوض له تعويضا يغطي الضرر الذي لحق به.

[1]– بركيبة حسام الدين، المرجع السابق، ص 249.

الفرع الثالث: فسخ اتفاقية التفويض

يقصد بالفسخ بأنه ذلك الجزاء الذي يضع نهاية للعقد قبل انقضاء المدة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية في اتفاقية التفويض، فهو عقوبة توقعه الإدارة على الطرف الذي تماطل في التزاماته التعاقدية ويتم إقرار هذا الإجراء عادة في حالة ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم لم تفلح الجزاءات السابقة في تقويمه من توقيع غرامات أو استعمال وسائل الضغط، فحسب ما نصت عليه المادة 62 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره فإنه: "...بانقضاء هذه الآجال تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام، وفي حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته، يمكن السلطة المفوضة من جانب واحد إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام دون تعويض المفوض له"[1].

ذلك أنه بالرغم من أن السلطة المفوضة وقّعت غرامات على المفوض له، إلا أنه بقي مخل بالتزاماته فيمكن للهيئة المفوضة أن تلقي عليه جزاء أخطر من ذلك والمتمثل في فسخ اتفاقية التفويض، كما تنص الاتفاقية على حالات الفسخ وهو ما يدل على أن للإدارة حق في توقيع جزاء الفسخ على المفوض له الذي يقصر بالتزاماته، وفي حالة عدم وجود نص فإن امتياز التنفيذ المباشر يخول للسلطة فسخ العقد دون حاجة للّجوء للقضاء من أجل الحصول على حكم بفسخ العقد[2].

إن النص في دفتر الشروط على بعض حالات الفسخ لا يعني عدم وجوبه لحالات الخطأ الأخرى، لأن حق الإدارة ثابت سواء نص عليها العقد أو لم ينص[3]، فالفسخ هي سلطة منحها القانون للإدارة في إطار امتيازات السلطة العامة، وهي خاصية لا نجدها في العقود الخاضعة للقانون الخاص.

---

[1]- أنظر المادة 62 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

[2]- بالراشد أمال، فرشة حاج، المرجع السابق، ص 61.

[3]- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008، ص 132.

أدرج المشرع أحكام فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام ضمن القسم الخامس بعنوان انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام وفسخها، حتى يبين أن للسلطة المفوضة حق في فسخ عقد تفويض المرفق العام بإرادتها المنفردة في حالة إخلال المفوض له بالالتزامات التعاقدية، أو عند تحقق ظروف خارجة عن إرادة المفوض له تحول دون تنفيذ العقد، أو لدواعي المصلحة العامة وذلك من جانب واحد **(أولا)**، أو بالاتفاق معه بالتراضي على فسخ العقد **(ثانيا)**، لكن هذا لا يعني في حال من الأحوال عدم إمكانية فسخ العقد دون تدخل أحد طرفيه و ذلك إما عن طريق الفسخ القضائي **(ثالثا)**، أو بصفة تلقائية بقوة القانون **(رابعا)**.

أولا: الفسخ الإداري لاتفاقية التفويض

تملك الإدارة " السلطة المفوضة" القدرة على إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وهذا ما يطلق عليه بسلطة الفسخ من جانب واحد دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد " المفوض له"، أو في حالة وقوع خطأ من طرفه. فهذه السلطة بالرغم من أنها أصلية إلا أنها ليست مطلقة لأنها تمارس وفقا للقانون، وفي مقابل ذلك نجد حق المتعاقد" المفوض له" في التعويض متى تم إنهاء العقد امتثالا للمصلحة العامة.

يجد أساسه القانوني في نص المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199السالف الذكر:" يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء من جانب واحد قصد ضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام"[1].

يرى جانب من الفقه أن الفسخ الإداري يقوم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرفق العام، فالإدارة استنادا إلى مقتضيات السير الحسن للمرفق العام، قد يتبين لها بعد التعاقد أن المرفق العام محل اتفاقية التفويض لم يعد في حاجة لهذا العقد، وهذا ما يؤدي إلى نتيجة حتمية مفادها أن من مصلحة المجتمع إنهاء هذا العقد الذي أصبح يتنافى مع

[1]- المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

المصلحة العامة، وعليه فإن الإدارة لها الحق في فسخ عقودها متى اقتضت المصلحة العامة ذلك[1].

نظرا لما تتمتع به العقود الإدارية من امتيازات السلطة العامة يمكن للسلطة المفوضة أن تقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالتين تتجلى فيهما مظاهر الشرط الاستثنائي غير المألوف وهما:

أ: الفسخ التقديري:

مراعاة لمبدأ الملائمة والتكيف الذي يحكم المرافق العامة يمكن للمصلحة المتعاقدة " السلطة المفوضة" أن تنهي العقد الذي أبرمته وذلك إعمالا لسلطتها بالإرادة المنفردة، وذلك دون تقصير من طرف المفوض له إذا ما قدرت ذلك بما تقتضيه المصلحة العامة.

قياسا على الصفقة العمومية نجد النص واضح في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادة 105 التي نصت على أنه:" يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبرر سببه المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد"[2]، وهو ما أيدته أحكام المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام في مادته رقم 64 التي سبق ذكرها التي نصت على أنه يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ الاتفاقية "عند الاقتضاء" كأن يبدو للسلطة المفوضة أن الاستمرار في تنفيذ الاتفاقية لا يؤدي إلى نتيجة معينة، أو أن الاستمرار في تنفيذها سيؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة والنفع العام، فاستعمال المنظم لمصطلح عند الاقتضاء يفتح مجال للسلطة التقديرية للإدارة بفسخ الاتفاقية من جانب واحد، ولم يُعطِ هذا المصطلح مفهوم دقيق بل تركه فضفاضا فيمكن أن تقدر كما تشاء استنادا لسلطة الملائمة يمكن إنهاء وفسخ اتفاقية المرفق العام.

لتحقيق هذه السلطة التقديرية للإدارة في الفسخ لابد من تحقيق الشروط التالية:

---

[1]- عبد العالي حفظ الله، إبراهيم بوعمرة، المرجع السابق، ص 111.

[2]- أنظر المادة 105 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.

_شرط المصلحة العامة: لابد من قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطتها في الفسخ الانفرادي للعقد، فهو شرط جوهري وضروري لقيام هذا الفسخ، ويتوجب على المصلحة المتعاقدة تحت طائلة البطلان تعليل قرارها بالفسخ وذلك لأمرين:

_ ارتباط التسبيب ارتباطا وثيقا بمصالح الطرفين وذلك لضمان حقوق المتعاقد" المفوض له" والتأكد من نية الإدارة الرامية إلى تحقيق المصلحة العامة.

_ وجود وقيام رقابة قضائية صارمة خاصة لأن قرار الإنهاء فيه من الخطورة ما يوجب التسبيب والتعليل، لأن قرار الفسخ التقديري يصلح لأن يكون محل دعوى أمام القضاء الإداري، دعما للرقابة على الأعمال الإدارية.

_ شرط المشروعية: إن الفسخ الذي تقوم به الإدارة مثله مثل بقية الأعمال الإدارية، وذلك لتجسيده عبر القرار الإداري، ومن هذا المنطلق يجب أن يستوفي قرار الفسخ أركانه الشكلية والموضوعية كي يكون قرارا مشروعا.

وعلى الإدارة مراعاة كافة الإجراءات المنصوص عليها في العقد والقوانين واللوائح التي تتعلق بصحة القرار سواء من الناحية الخارجية (الاختصاص، الشكل، الإجراءات)، أو من الناحية الداخلية (السبب، المحل، الغاية)، فعدم توفر هذه الشروط يمكن للمتعاقد المطالبة بإلغاء قرار فسخ العقد لعدم مشروعيته نظرا لإصابته بعيب انحراف السلطة[1]، وحيث أن في هذه الحالة من خلال فسخ الاتفاقية عند الاقتضاء بدافع المصلحة العامة نجد أن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أقر التعويض لحساب المفوض له، وحساب مقدار هذا التعويض منصوص عليه مسبقا في اتفاقية تفويض المرفق العام وقيمة التعويض تكون نسبة لدرجة الضرر التي لحقت بالمفوض له، بحيث يتم التعويض بتناسب والتلائم مع درجة الضرر[2].

[1]- عبد العالي حفظ الله، إبراهيم بوعمرة، المرجع السابق، ص 112.

[2]- راجع المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

ب: الفسخ الجزائي: (الإسقاط)

نجد أن السبب الرئيسي لهذا الفسخ وإنهاء العقد عائد إلى الإخلال بالالتزام القانوني أو التعاقدي من طرف المفوض له.

_ الإخلال بالالتزام القانوني: يخول التشريع المتعلق بالصفقات العمومية وقياسا على ذلك تفويضات المرفق العام للسلطة المفوضة سلطة فسخ العقد، نظرا لقيام المفوض له بتصرفات وأفعال تشكل إخلال بالتزام قانوني يقتضي التقيد به لضبط المصداقية والنزاهة على تنفيذ اتفاقية التفويض، ودليل ذلك ما نصت عليه المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره هي التي فصلت في مضمونها على هذا الإخلال[1].

_ الإخلال بالالتزام التعاقدي: يكون هذا الإخلال في حالة قيام المفوض له بالإخلال بالتزاماته التعاقدية التي سبق ذكرها في متن العقد وفي دفتر الشروط، وهذا ما نجده في مضمون المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر قياسا على الصفقات العمومية[2]، وأكد المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام من خلال المادة 62 التي تنص:" يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته، وفق ما تنص عليه الاتفاقية"[3].

في هذا النوع من الجزاء لا تكون سلطة الإدارة مطلقة، لأنها تخضع لشروط تتمثل في:

_ شرط الخطأ الجسيم: يفترض وقوع أخطاء جسيمة من طرف المفوض له يترتب عليها الفسخ من جانب الإدارة، أي يكون الخطأ المرتكب من جانبه على درجة كبيرة من الخطورة حتى يكون مبررا مقبولا تستند إليه الإدارة في توقيعها لجزاء الفسخ.

---

[1]- المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.

[2]- المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.

[3]- المادة 62 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

وهناك عدة حالات تتوفر فيها الجسامة، إما أن تتصل بتنفيذ العقد كعدم التنفيذ المطلق للأعمال المتفق عليها أو لتماطل في إنجازها، وهناك حالات أخرى تتصل بالشخص المتعاقد مع الإدارة " المفوض له" أي تتعلق بتصرفاته بالتنازل عن العقد أو إسناده إلى شخص آخر دون موافقة السلطة المفوضة والتأشير عليها[1].

_ شرط اعذار المفوض له: إن الإدارة في مجال فسخ العقد بالإرادة المنفردة تلتزم بإعذار المفوض له قبل توقيعها للجزاء، وهو إجراء تمليه العدالة والمصلحة العامة، وذلك لمنحه مهلة لتنفيذ التزاماته وتدارك الأخطاء المرتكبة ومعالجتها بدلا من إجراء الفسخ.

فإعذار المفوض له المخل بالتزاماته يعتبر كضمانة، وهو قرار وقائي لتصحيح الأخطاء المسجلة في الآجال المحددة قبل اللجوء إلى الفسخ حماية لحقوق المفوض له في عقد تفويض المرفق العام، فحسب المادة 62 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السابق ذكره[2]، نصت على أنه يجب على السلطة المفوضة قبل اللّجوء إلى فسخ الاتفاقية القيام بإجراءات معينة قبل اللّجوء إلى هذه السلطة وذلك بمعاينة أولا إخلال المفوض له لالتزاماته، ثم تلتزم بإرسال إعذارين للمفوض له لتدارك هذه الاختلالات، وبانقضاء هذه الآجال يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى توقيع غرامات تهديديه، وهذه الغرامات تكون محددة مسبقا في دفتر الشروط أو في نص الاتفاقية، وفي حالة استمرار المفوض له بالإخلال تقوم الهيئة المفوضة بفسخ اتفاقية التفويض دون تعويض المفوض له.

هناك حالات تعفى السلطة المفوضة من إجراء الاعذار وهي:

_ إذا ورد نص صريح يعفي الإدارة من توجيه الاعذار قبل توقيع الجزاء.

_ إذا أعلن المفوض له عدم التنفيذ صراحة.

_ إذا تنازل المتعاقد" المفوض له" عن العقد.

---

[1]- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 274.

[2]- أنظر المادة 62 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

_ في حالة ظروف مؤكدة لعدم جدوى الاعذار كاستعمال المتعاقد للغش في التنفيذ.

_ إذا جاء الفسخ تاليا لجزاء سابق.

هنا لابد من التأكيد على أنه لا يوجد شكل مميز للإعذار لأن الوزير المكلف بالمالية هو المنوط به تحديد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره، إذ يجب أن يتضمن الإعذار بيانات إلزامية دون أن يترتب جزاء في حال إغفال السلطة المفوضة لأحد البيانات، حسب ما تنص عليه المادة 62 الفقرة 3:" تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"[1].

بعد التبليغ الشخصي للمفوض له بقرار الفسخ، يمكن له أن يحتج على قرار الفسخ بتقديم طعن إداري أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المذكورة في المادة 71 من نفس المرسوم التنفيذي[2]، والتي ينشئها مسؤول الهيئة المفوضة، وذلك في أجل لا يتعدى (10) أيام من تاريخ استلام نسخة من قرار الفسخ، تقوم اللجنة بعد استلامها للطعن بدراسة الملف وتتخذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى (20) يوما ابتداء من تاريخ استلامها للطعن[3].

كرّس المنظم في المرسوم التنفيذي من خلال المادة 70 منه[4]، الطريقة الأولى لحل النزاعات وألحّ على الأطراف على ضرورة البحث عن وسائل بديلة لحل النزاعات التي تنشأ بين الطرفين في حالة وجود خلاف بينهما باللّجوء للتسوية الودية قبل مرحلة القضاء.

[1]– راجع المادة 62 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 السالف ذكره.

[2]– أنظر المادة 71، المرجع نفسه.

[3]– أنظر المادة 63، المرجع نفسه.

[4]– أنظر المادة 70، المرجع نفسه.

ثانيا: الفسخ الاتفاقي

يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال عقود تفويض المرفق العام باعتبارها عقود ملزمة للجانبين، اتفاق المتعاقدين على اعتبار العقد مفسوخ بقوة القانون، إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية دون اللّجوء للقضاء، بمعنى أنه مبدئيا يمكن للطرفين الاتفاق وديا على عملية الفسخ بشرط أن ينص عليه في اتفاقية تفويض المرفق العام، وتحدد أيضا كيفيات حساب التعويض لصالح المفوض له[1].

يجد الفسخ الاتفاقي أساسه القانوني في أغلب التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 18-199 من خلال المادة 65 بأنه:" يمكن أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام"[2].

تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية هي التي ستحدد من هو الطرف الذي سيدفع التعويض فيما إذا كانت السلطة المفوضة أو المفوض له، فالاتفاقية هي التي تحدد كيفيات منح هذا التعويض والجهة التي تلتزم بدفعه.

ثالثا: الفسخ القضائي

انطلاقا من مبدأ التقاضي المكفول للجميع، فإنه باستطاعة كلا المتعاقدين اللّجوء إلى القضاء لفسخ الرابطة التعاقدية، ويصنف الفسخ القضائي ضمن الحالات غير الطبيعية لانتهاء العقود التفويضية، أي قبل تنفيذ موضوعها وانتهاء الأجل المحدد لها، حيث يتم في هذه الآلية تقدم أحد طرفي العقد إلى القاضي الإداري للمطالبة بفسخ العقد[3]، عندئذ يتأكد

---

[1]- شهبة رشيد، يوسفي فايزة، "فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، المجلد 10، العدد 01، 2023، ص، 487.

[2]- أنظر المادة 65 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

[3]- لباد ناصر، الأساسي في القانون الإداري، دار مجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن، ص 216.

القاضي من سلامة ادعاءات المدعي ويحكم بفسخ العقد ابتداء من تاريخ تحريك الدعوى، وعادة ما يكون الفسخ في هذه الحالة نتيجة لعدم تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزاماته التعاقدية[1].

لا يجد هذا النوع من الفسخ أساسه القانوني في تنظيم تفويضات المرفق العام وكذا في الصفقات العمومية، بل أساسه القانوني جاء كامتداد لنظرية الفسخ في العقود الخاصة، على أنه في العقود الملزمة للجانبين في حالة لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك.

ويتم الفسخ القضائي في حالتين:

_بطلب من صاحب التفويض: والذي يحدث في حالة إخلال الإدارة المانحة للتفويض بالتزاماتها التعاقدية اتجاه صاحب التفويض، وإما بوقوع أضرار أثرت في التوازن المالي للعقد، بسبب استعمال السلطة المانحة للتفويض سلطتها في تعديل بنود العقد[2].

_ بطلب من السلطة المفوضة: حيث أنه يترتب على كل تقصير من طرف صاحب التفويض فسخ العقد بالمبادرة من الإدارة المانحة للتفويض، بعد استيفاء الإجراءات القانونية والمتمثلة أساسا في توجيه اعذار مسبق لصاحب التفويض، وإخطاره بالمخالفات المنسوبة إليه وطلب إزالة الأسباب المؤدية إلى فسخ عقد التفويض.

لا يترتب على الفسخ القضائي بطلب من السلطة المفوضة أي تعويض لصالح صاحب التفويض، كونه قد أخل بالتزاماته التي تم الاتفاق عليها مسبقا، ولم يبادر لتصحيح ما وقع عليه من مخالفات واختلالات في تنفيذ العقد[3].

---

[1]– عبد العالي حفظ الله، إبراهيم بوعمرة، المرجع السابق، ص 113.

[2]– مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 300.

[3]– عبد العالي حفظ الله، إبراهيم بوعمرة، المرجع السابق، ص ص، 249، 250.

رابعا: الفسخ القانوني

يقصد بهذا النوع من الفسخ وقوعه تلقائيا دون تدخل طرفي العقد وهذا طبقا لحالات يقررها القانون، ومنه ينقضي العقد قبل نهايته الطبيعية إذا ما تحققت الشروط المحددة قانونا، لا يوجد اعذار ولا يمكن الحكم بالتعويض نظرا أن الفسخ هنا خارج عن إرادة الطرفين، ولتحقق هذا الفسخ لابد من توفر مجموعة من الشروط:

_ يجب أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد أي بعد إبرامه.

_ يجب أن تكون استحالة التنفيذ استحالة كاملة ومطلقة ليست مؤقتة قابلة للزوال.

_ يجب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي غير متوقع وخارج عن إرادة الطرفين في عقد تفويض المرفق العام.

يترتب عن فسخ العقد بقوة القانون انقضاء التزام المتعاقد ومنه زوال العقد بقوة القانون، وينجم عن هذا النوع من الفسخ نفس الآثار السابقة التي ترتبها باقي أنواع الفسخ، حيث يعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

ينتهي عقد تفويض المرفق العام بقوة القانون لكونه عقدا من العقود الإدارية بتوفر الحالات التالية:

أ: هلاك محل العقد: ويقصد بمحل العقد العملية المراد تحقيقها، فيشترط فيه أن يكون موجودا وممكنا ومعينا ويشترط فيه أن يكون مشروعا، ويكون هذا الفسخ لسبب خارج عن إرادة طرفي العقد، ومنه ينقضي العقد بزوال محله، وليس من حق الطرفين المطالبة بالتعويض[1].

[1]– عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 230.

ب: تحقق شروط معينة منصوص عليها في العقد: وذلك بحدوث:

_ وفاة المفوض له المتعاقد مع الإدارة " المفوض له" وفكرة الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام.

_ إفلاس المفوض له المتعاقد أو إجراء التسوية القضائية.

ج: تحقق أسباب معينة منصوص عليها قانونا وتنظيما: حيث نجد أن الطرفان متفقان عند الإبرام على اعتبار العقد مفسوخ قانونا في حال تحقق وقائع معينة، كما وضحت في حالة وفاة المفوض له، والذي هو محل اعتبار في موضوع عقد التفويض وما تلعبه شخصيته في تسيير وإدارة المرفق العام محل عقد التفويض، أو إفلاسه أو خضوعه لتصفية قضائية، حالة القوة القاهرة حالت دون استمرار تنفيذ اتفاقية ، وهي حالة منصوص عليها في المادة 64 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره، أين يتم فسخ العقد من جانب واحد و بقوة القانون وبدون تعويض للمفوض له[1]، حيث جاء المصطلح عام ولم يفصل على الأقل في إعطاء لنا بعض الحالات التي إن تحققت يمكن للسلطة المفوضة أن تلجأ إلى فسخ العقد بقوة القانون من جانب واحد، ولم يكرس المرسوم أي طعن فهو يعتبر قرار بات غير قابل للطعن فيه من طرف المفوض له. وعليه يمكن توجيه انتقاد في هذا الصدد أنه فتح المجال للسلطة التقديرية للإدارة باعتبار حالات قوة قاهرة وأخرى لا، يجعل المصطلح عاما وفضفاضا دون مراعاة الدقة من طرف المنظم في ضبط حالات القوة القاهرة لفسخ الاتفاقية تفويض المرفق العام قانونا.

[1]- أنظر المادة 64 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف ذكره.

خلاصة الفصل الثاني

استخلاصا لهذا الفصل يمكن القول أن عقود تفويض المرفق العام كفئة من العقود الإدارية التي تنشأ بتطابق إرادتين على إنشاء علاقة تعاقدية تحكمها مجموعة من البنود التعاقدية المرتبة لجملة من الحقوق والالتزامات التي تمنح لكلا الطرفين في العقد، لحضنا أن حقوق السلطة المفوضة التي تمثل سلطات وامتيازات تجعلها في مكانة متميزة لكونها تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة بضمان العقد واستمرارية تنفيذه بصفة سليمة تضمن تلبية الاحتياجات العامة بالمنتفعين من المرفق العام، فهي بنود عقدية متصلة بسير المرفق العام وحاجته، كما كفل المنظم للمفوض له في إطار عقد تفويض المرفق العام ضمانات مالية، فالمفوض له في تعاقده مع السلطة المفوضة يسعى إلى تحقيق الربح، لذلك من الطبيعي أن تتمحور حقوقه كلها حول هذا الهدف، لذلك منحت له ضمانات مالية في ظل خصوصية عقد تفويض المرفق العام.

من جانب آخر يقع على عاتق كلا طرفي عقد التفويض التزامات يتوجب التقيد بها واحترامها سواء من طرف السلطة المفوضة أو من المفوض له، بصفته صاحب التفويض والمكلف بإدارته للمرفق العام لاحترام خاصة المبادئ التي تحكم سير المرفق العام بانتظام واطراد.

علاوة على ذلك فقد خلصنا إلى نهاية العلاقة التعاقدية في اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك إما نهاية عادية تنتهي فيها الالتزامات بانقضاء المدة المحددة أو بتنفيذ موضوع عقد التفويض، وإما بنهاية غير عادية بقوة القانون أو باسترداد المرفق العام أو عن طريق الفسخ كجزاء الإخلال بالالتزامات التعاقدية.

خاتمة

لا شك أن الغاية الأساسية من إنشاء المرافق العامة هو تحقيق المصلحة العامة، بحيث تقدم خدمات عامة للجمهور في مختلف مجالات الحياة، وتسعى لتلبية حاجاتهم الضرورية، هذه الأخيرة التي تتزايد وتتطور في ظل تطور الوعي المدني، مما دفع الدولة لتواكب مختلف التطورات المتعلقة بالمرفق العام، خاصة تلك المتعلقة بطرق تسييره بعدما أن كانت تحتكره في إطار ما يسمى بالتسيير الكلاسيكي.

بعد فشل هذا الأسلوب في التسيير ومع التغيرات التي مست الدولة الجزائرية في أواخر الثمانينات، ساهمت في إحداث طرق جديدة لتسيير وإدارة المرافق العامة، ولقد تبنت بذلك فكرة التفويض والتي ترتكز على فكرة تنازل السلطة المفوضة عن استغلال المرافق العامة لصالح القطاع الخاص، مع إبقائها تحت مسؤولية السلطة المفوضة، معتمدة على تقنية تفويض تسيير المرفق العام بأشكالها المختلفة (امتياز، إيجار، الوكالة المحفزة، التسيير)، التي نظمها المشرع لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لكن بالمقابل لم يُفصِّل أكثر في إجراءات هذه التقنية، إلاّ بصدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام كأول مرسوم تنظيمي يتضمن طرق إبرامها وجميع الإجراءات الأخرى، وأخضع عقود تفويض المرفق العام للمنافسة عند إبرامها من خلال صيغتي الطلب على المنافسة كقاعدة عامة، والتراضي كاستثناء محددا بدقة حالات اللجوء إليها، كما أعطى مكانة هامة للبنود التنظيمية في دفتر الشروط، بالإضافة إلى وضع إطار إجرائي دقيق تكريسا للشفافية والمساواة بين المتنافسين.

أما في مرحلة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، فتبرز مكانة البنود التعاقدية في البناء القانوني لاتفاقيات تفويض المرفق العام، لارتباط هذه التقنية بالحقوق والالتزامات التي تقع على كلا الطرفين في العقد، منها ما هو معترف به كالامتيازات والسلطات الممنوحة للهيئة المفوضة في مجال الرقابة والإشراف، وكذا حق تعديل بعض البنود التعاقدية المتعلقة

بتسيير وتنظيم المرفق العام، وتمتعها أيضا بحق توقيع الجزاءات لضمان حسن سير تنفيذ اتفاقية التفويض، إلى جانب الحقوق المضمونة للمفوض له باعتباره المكلف بتسيير وإدارة المرفق العام، حيث تتلخص حقوقه كلها في المقابل المالي ضرورة المحافظة على توازنه المالي لتحقيق هامش من الربح.

كما يرتب عقد التفويض التزامات تقع على عاتق كل من السلطة المفوضة والمفوض له بصفته صاحب التفويض، فيلتزم في ذلك بجملة من الالتزامات واجبة الاحترام لضمان المصلحة العامة واستمرارية المرفق العام بانتظام واطراد، كما أشار أيضا المنظم في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 إلى نهاية اتفاقيات تفويض المرفق العام ونهاية العلاقة التعاقدية، التي تنقسم إلى نهاية عادية بانقضاء مدته أو بتحقيق أهداف وموضوع التفويض، ونهاية غير عادية بقوة القانون، باسترداد المرفق العام أو عن طريق الفسخ للحفاظ على المصلحة العامة والمال العام في عقود تفويض المرافق العمومية.

بالرغم من صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي اعتبر خطوة إيجابية، وحدد من خلاله المنظم جميع البنود أو الشروط التنظيمية المتعلقة بكيفية إبرام عقود تفويض المرفق العام ومكانتها في دفتر الشروط باعتباره جزء لا يتجزأ من العقد وبين مكانة السلطة المفوضة في وضع البنود التنظيمية، وعدم تساويها في المركز القانوني لتمتعها بحق أو بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة في مرحلة التنفيذ بخصوص البنود المتصلة بسير المرفق العام وحاجته، إلا أنه ما يمكن تسجيله من خلال هذا المرسوم إغفال المنظم تحديد البنود المالية والتقنية بصفة دقيقة كجزء يتضمنه دفتر الشروط، وهي الشروط العقدية ذات الصلة بالمرفق العام كالميزات والأفضليات الممنوحة للمفوض له من أهمها المزايا المالية، وعدم إبرازه لمكانة هذه البنود التعاقدية لما لها من آثار تنصب على عاتق أطراف العقد، خاصة على المفوض له المتعاقد الذي يتمتع بجملة من الحقوق التي تضمن مكانته في عقد التفويض واستمراريته في تحقيق الربح.

خاتمة

تكمن نجاعة البنود التنظيمية والتعاقدية في البناء القانوني لاتفاقيات تفويض المرفق العام، في محاولة المنظم السعي إلى تحقيق توازن بين مقتضيات الحفاظ على الطابع العام لاتفاقية التفويض باعتبارها وسيلة في يد الدولة تفوض من خلالها تسيير المرافق العامة الإقليمية، وبين ضرورة الحفاظ على مبدأ التعاقد بعدم المساس بالبنود التعاقدية المتفق عليها بإرادة كلا الطرفين وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لتحفيز كل الفاعلين الاقتصاديين "السلطة المفوضة" من جهة و"المفوض له" من جهة أخرى للعب الدور المنوط به تحقيقا للأهداف المرسومة بالتوفيق بين مصلحتين متناقضتين، إذ لابد من وجود تكامل بين البنود التنظيمية والتعاقدية من أجل نجاعة تقنية التفويض.

بعد دراستنا لهذا الموضوع خلصنا إلى تقديم بعض الاقتراحات التي من شأنها ملء الثغرات القانونية وتدارك النقائص، ورفع اللبس عن بعض النصوص القانونية الغامضة والتي من أهمها نذكر ما يلي:

_ إعداد دفتر شروط نموذجي مفصل خاص بعقود تفويض المرفق العام، وخاصة إبراز البنود المالية والتقنية التي يتضمنها ملف العروض كجزء من دفتر الشروط.

_ تخصيص قسم أو فصل في المرسوم التنفيذي متعلق بإبراز مكانة البنود التعاقدية وآثارها في تنفيذ اتفاقية التفويض، مع التطرق إلى إجراء الاسترداد وحالات لجوء السلطة المفوضة إليه، وكذا حالات اللّجوء لتطبيق الجزاءات المالية والضاغطة وأنواعها.

_ إضافة نص قانوني يوضح حقوق والتزامات أطراف عقد التفويض بشكل واضح، حتى لا يتم التلاعب بهذه الثغرات القانونية، بتفعيل خاصة صلاحيات المفوض له في اقتضاء حقه في التعويض.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية

أ: الكتب

1_ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.

2_ بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، ط 3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

3_ بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2021.

4_ بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة فقهية تشريعية وقضائية)، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، د.س.ن.

5_ بوعلي سعيد، شريفي نسرين، عمارة مريم، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، ط 5، دار بلقيس، الجزائر، 2022.

6_ جليل مونية، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، د.ط، دار بلقيس، الجزائر، 2017.

7_ حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015.

8_ زياد عادل، الوجيز في القرارات والعقود الإدارية، آلفا للوثائق للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2022.

9_ عبد القادر باية، الوجيز في العقود الإدارية، د.ط، مكتبة الدراسات الأكاديمية، الإسكندرية، 2022.

قائمة المراجع:

10_ عوابـدي عمـار، القـانون الإداري، ج2 (النشـاط الإداري)، ط 4، ديـوان المطبوعـات الجامعية، الجزائر، 2007.

11_ لبـاد ناصـر، الأساسـي فـي القـانون الإداري، دار مجـدد للنشـر والتوزيـع، الجزائـر، د.س.ن.

12_ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

13_ مـازن ليلـو راضـي، القـانون الإداري (القرار الإداري، العقـود الإداريـة)، ط 3، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.

14_ محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية، سوريا، 2018.

15_ محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، ط 3، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2016.

16_ محمـد محمـد عبـد اللطيـف، تفـويض المرفـق العـام، دار النهضـة العربيـة، القـاهرة، 2000.

17_ نـواف كنعـان، القـانون الإداري (الكتـاب الثـاني)، د.ط، مكتبـة دار الثقافـة، عمـان، 2003.

18_ هـاني علـي الطهـراوي، القـانون الإداري، (ماهيـة القـانون الإداري: التنظـيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2009.

19_ وليـد حيـدر جـابر، التفـويض فـي إدارة واسـتثمار المرافـق العامـة، (دراسـة مقارنـة)، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر، 2009.

20_ يعرب محمد الشرع، دور القطـاع الخـاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية (دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق، 2010.

ب: الأطروحات والمذكرات الجامعية

ب 1: الأطروحات الجامعية

1_ بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد–تلمسان، 2018–2019.

2_ سلامي سمية، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف–مسيلة، 2020–2021.

3_ فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري–تيزي وزو، 2017–2018.

ب 2: المذكرات الجامعية

_ مذكرات الماجستير

1_ أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري–تيزي وزو، 2013.

2_ بولكور عبد الغاني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي–جيجل، 2018–2019.

3_ جوادي نبيل، دفتر الشروط في القانون الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)، مذكرة ماجستير في الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، 2005-2006.

4_ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007-2008.

5_ طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2018.

_ مذكرات الماستر

1_ أيت وارت توفيق، سوفلاح عبد الرحمان، إجراءات إبرام عقد تفويض المرافق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية، 2019-2020.

2_ ادير ديهية، أقروش كهينة، آثار تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية، 2020-2021.

3_ بالراشد أمال، فرشة حاج، تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، 2018-2019.

4_ بوتعية سارة، دباش آسية، وضعية الأطراف المتعاقدة في عقد تفويض المرفق، مذكرة ماستر في القانون العام، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي-جيجل، 2018-2019.

5_ جبلاحي سليم، دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية (دراسة حالة دفتر الشروط لمديرية الأشغال العمومية لولاية المسيلة)، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف–المسيلة، 2014–2015.

6_ حاشمي سامي، النظام القانوني لاتفاقيات تفويض المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية والتهيئة الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة–بجاية، 2016–2017.

7_ حادري غيلاس، مهدي كوسيلة، الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18–199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة–بجاية، 2020–2021.

8_ حديد جمال، تفويض تسيير المرفق العام وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي 18–199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري–تيزي وزو، 2020.

9_ سلامي نوال، الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15–247، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص دولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف–مسيلة، 2015–2016.

10–طيبش حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف–المسيلة، 2015–2016.

11_ عاشوري دونيا، بلخير موسى، امتيازات السلطة العامة في عقود تفويض المرفق، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون عام الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة–بجاية،

12_عاقلي محمد، تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر –بسكرة، 2018–2019.

13_ عكورة جيلالي، تفويض المرفق العام في ضوء المرسوم التنفيذي 18–199، مذكرة ماستر في القانون العام، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة–بجاية، 2018–2019.

14_ فروج نوال، عمراني صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة–بجاية، 2012–2013.

15_ كرميش ايمان، طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18–199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف–المسيلة، 2019.

16_ مريجي فاطمة الزهراء، تفويض المرفق العام في ظل المرسوم 18–199، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر –بسكرة، 2019–2020.

17_ يوسف خوجة حسان، بن يديري بلال، مكانة الشروط التنظيمية في عقود تفويض المرفق العام، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الاداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة–بجاية، 2018–2019.

ج _ المقالات

قائمة المراجع:

1_ العصيص مزيان، زواقري الطاهر، " بث الشفافية في مسار إبرام عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة في ضوء المرسوم التنفيذي 18-199"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 1، 2022، ص ص، 906-922.

2_ حسن محمد علي البنان وآخرون، " نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة في العقد الإداري، دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 41، 2022، ص ص، 108-134.

3_ حضري حسان، جرونـي فايزة، " ضوابط وإجراءات منح تفويض مرافق الجماعات الإقليمية في التشريع الجزائري، دراسة في ظل المرسوم التنفيذي 18-199"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17، العدد 1، 2020، ص ص، 161-184.

4_ زمال صالح، " مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في أحكام المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247"، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الأول، 2018.

5_ سلامي سمية، " صيغ وإجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق المحلي، دراسة في أحكام المرسوم التنفيذي 18-199"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 3، 2022، ص ص، 847-862.

6_ شرميطي محمد، " حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 1، 2020، ص ص، 629-643.

7_ شريط فوضيل، رباحي مصطفى، " كيفيات اختيار المفوض له وفق للمرسوم التنفيذي 18-199"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 3، 2021، ص ص، 79-90.

8_ شهبة رشيد، يوسفي فايزة، " فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة"، المجلد 10، العدد 10 2023، ص ص، 481-493.

9_ عبد العالي حفظ الله، إبراهيم بوعمرة، " نهاية عقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام"، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 2، العدد 2، 2021، ص ص، 102-120.

10_ ضريفي نادية، سلامي سمية، " المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام"، مجلة صوت القانون، المجلد 7، العدد 2، 2020، ص ص، 837-855.

11_مؤدن مامون، " حقوق والتزامات المفوض له في عقود تفويضات المرفق العام في الجزائر"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 1، 2021، ص. ص، 198-212.

12_ مخلوف باهية، " المدة في عقود تفويض المرافق العامة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 3، 2019، ص ص، 90-107.

13_ مسقم مريم، " دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية"، مجلة المقار للدراسات الاقتصادية، العدد 3، ص ص، 116-130.

14_ وناس ايمان، فاطمة الزهراء الفاسي، " مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر"، مجلة أبحاث، المجلد 6، العدد 2، 2021، ص. ص، 137-153.

هـ: النصوص القانونية

هـ 1: القوانين

قائمة المراجع:

_ القوانين العادية

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

2_ قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 أوت 2005 يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60 صادر في 4 سبتمبر 2005 معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-03 مؤرخ في جانفي 2008، ج ر عدد 4 صادر في 27 جانفي 2008 معدل ومتمم بموجب أمر 09-08 مؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر عدد 44 صادر في 22 جويلية 2009.

3_ قانون رقم11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37 صادر في 3 جويلية 2011.

4_ قانون رقم 12_07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج رعدد 12 صادر في 29 فيفري 2012.

5_ الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 صادر في8 مارس 2006.

6_ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جوان 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36، صادر بتاريخ 2 جوان 2008، والقانون رقم 10-05 مؤرخ في 1 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010.

هـ 2: التنظيم

قائمة المراجع:

ـ مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015.

ـ مراسيم تنفيذية

1_ مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 2 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 48 صادر في 5 أوت 2018.

2_ مرسوم تنفيذي رقم 94-215 مؤرخ في 23 جويلية 1994، الذي يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها، ج ر عدد 48 صادر في 27 جويلية 1994.

ـ قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كيفيات الاقصاء من الصفقات العمومية، ج ر عدد 17 صادر في 16 مارس 2016.

ـ تعليمات

1_ التعليمة رقم 006 المؤرخة في 9 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام.

2_ التعليمة رقم 3. 94/ 848 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية، مؤرخة في 7 ديسمبر 1994 صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ouvrages

_ ZOUAIMIA Rachid. La délégation de service public au profit de personnes privées. Edition BELEKISE. 2012.

Article

قائمة المراجع:

_ ZOUAIMIA Rachid. La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015. Université Abderrahmane Mira Bejaia.

الفهرس

فهرس المحتويات

مقدمة:..... 1

المبحث الأول: البنود العامة التحضيرية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام..... 8

المطلب الأول: الصيغ التنظيمية لإبرام عقود تفويض المرفق العام..... 9

الفرع الأول: صيغة الطلب على المنافسة كقاعدة عامة 10

أولا: مفهوم الطلب على المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199. 11

أ: تعريف أسلوب الطلب على المنافسة: 11

ب: المراحل التنظيمية للطلب على المنافسة: 13

1-مرحلة انتقاء المترشحين:..... 13

2-مرحلة دعوة المترشحين الى سحب دفتر الشروط: 14

ج-حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة:..... 14

د-حالات الاقصاء من المشاركة: 15

1-الاقصاء المؤقت التلقائي:..... 16

2-الاقصاء المؤقت بموجب مقرر: 17

3-الاقصاء النهائي التلقائي: 17

4-الاقصاء النهائي بموجب مقرر: 18

ثانيا: المبادئ التنظيمية الواجب احترامها في مرحلة ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام:..... 18

أ-مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية: 19

ب-مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:..... 19

ج-مبدأ الشفافية:..... 20

الفرع الثاني: صيغة التراضي كاستثناء 20

أولا: تعريف التراضي وأنواعه:..... 21

أ-تعريف التراضي: 21
ب-صور التراضي: 22
1-التراضي بعد الاستشارة: 22
1-التراضي البسيط: 23
ثانيا: الحالات التنظيمية للجوء الى التراضي البسيط: 23
أ-تقيد السلطة المفوضة ببنود تنظيمية عند اللجوء الى التراضي بعد الاستشارة: 23
ب-تقيد السلطة المفوضة بحالتين عند اللجوء الى التراضي البسيط: 24
المطلب الثاني: مكانة البنود التنظيمية في دفتر الشروط 25
الفرع الأول: تعريف دفتر الشروط 26
أولا: التعريف الفقهي: 26
ثانيا: التعريف التشريعي: 28
الفرع الثاني: المراحل التنظيمية لإعداد دفتر الشروط 29
أولا: وضع المواصفات المطلوبة. 30
ثانيا: وضع الشروط العامة والخاصة لاتفاقية التفويض. 31
ثالثا: وضع الشروط المتعلقة بمعايير الانتقاء 31
الفرع الثالث: مضمون دفتر الشروط 32
أولا: البنود التنظيمية. 32
1-البنود التنظيمية المتعلقة بعملية الابرام 33
2-البنود التنظيمية المتعلقة بتنفيذ العقد 34
ثانيا: البنود التعاقدية 34
الفرع الثالث: التقسيمات التنظيمية لدفتر الشروط 35
أولا: دفتر ملف الترشح 35
ثانيا: دفتر ملف العروض 37
المبحث الثاني: البنود العامة الإجرائية لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام 40

المطلب الأول: إجراءات صيغة الطلب على المنافسة 41
الفرع الأول: مرحلة الإعلان عن الطلب على المنافسة 41
أولا: كيفية اجراء الإعلان 42
ثانيا: بيانات الإعلان 43
ثالثا: الزامية الإعلان والاستثناء الوارد عليه 44
الفرع الثاني: ابراز مكانة الشروط التنظيمية للجنة انتقاء واختيار العروض 45
أولا: عند فتح الأظرف وفحص ملفات الترشح 46
ثانيا: عند فحص العروض وانتقائها 47
الفرع الثالث: البنود التنظيمية الملزمة للسلطة المفوضة في مرحلة المفاوضات 48
أولا: الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة التفويض 49
1_ الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة عقد الامتياز 50
2_ الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة عقد الايجار 50
ثانيا: الشروط التنظيمية المتعلقة بالتعريفات والأتاوى 51
الفرع الرابع: الإعلان عن نتائج المنح المؤقت وإرساء اتفاقية التفويض 54
أولا: الإعلان عن نتائج المنح المؤقت 54
1_ الطعن في قرار المنح المؤقت 55
2_ حالات الغاء قرار المنح المؤقت 55
ثانيا: إرساء اتفاقية التفويض 56
المطلب الثاني: إجراءات صيغة التراضي 56
الفرع الأول: إجراءات التراضي بعد الاستشارة 57
الفرع الثاني: إجراءات التراضي البسيط 58
الفرع الثالث: مرحلة اعداد وابرام اتفاقية التفويض 59
أولا: بيانات اتفاقية التفويض 60
ثانيا: السلطة المؤهلة للتوقيع على اتفاقية التفويض 62

ثالثا: الموافقة والمصادقة على اتفاقية التفويض 63
خلاصة الفصل الأول 66
الفصل الثاني: مكانة البنود التعاقدية في البناء القانوني اتفاقيات تفويض المرفق العام 67
المبحث الأول: مكانة العلاقة التعاقدية في تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام 69
المطلب الأول: البنود التعاقدية المتعلقة بحقوق طرفي اتفاقية التفويض 70
الفرع الأول: الحقوق التي تتمتع بها السلطة المفوضة 71
أولا: حق الرقابة والاشراف 71
ثانيا: حق تعديل العقد بالإرادة المنفردة 72
ثالثا: حق توقيع الجزاءات وتنوعها 73
أ: توقيع الجزاءات المالية 74
1: التعويضات 74
2: الغرامات التأخيرية 74
ب: جزاءات الضغط والإكراه 75
1: وضع محل العقد تحت الحراسة 75
2: التنفيذ عن طريق مفوض له آخر 76
الفرع الثاني: حقوق المفوض له في إطار اتفاقيات تفويض المرفق العام 77
أولا: الحق في اقتضاء المقابل المالي 77
ثانيا: الحق في اقتضاء بعض التعويضات 78
ثالثا: الحق في إعادة التوازن المالي للمشروع محل العقد 79
الفرع الثالث: أداء الإدارة للتعويض في إطار وجوب توافر الشروط 80
أولا: نظرية فعل الأمير 80
ثانيا: نظرية الظروف الطارئة 82
ثالثا: نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة 85
المطلب الثاني: البنود التعاقدية المتعلقة بالتزامات طرفي عقد التفويض 87

الفرع الأول: التزامات ملقاة على الإدارة في اتفاقية تفويض المرفق العام 87
الفرع الثاني: التزامات ملقاة على عاتق المفوض له.....86
أولا: الالتزام بتسيير واستغلال المرفق العام 88
ثانيا: الالتزام باحترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام..... 90
أ: المبادئ التقليدية لسير المرفق العام 90
1: مبدأ استمرارية المرفق العام 90
2: مبدأ المساواة أمام المرفق العام..... 92
3: مبدأ قابلية المرفق العام للتغير والتكيف..... 93
ب: المبادئ الحديثة لسير المرفق العام..... 94
1: مبدأ شفافية المرفق العام..... 94
2: مبدأ جودة الخدمة العمومية 95
3: مبدأ الفعالية الاقتصادية والاجتماعية للمرفق العام 95
ثالثا: الالتزام بدفع الإتاوات أو التعريفات للجهة المفوضة 96
رابعا: الالتزام بالمثول لرقابة الإدارة المفوضة عند تنفيذ اتفاقية التفويض 97
المبحث الثاني: نهاية العلاقة التعاقدية في اتفاقيات تفويض المرفق العام 98
المطلب الأول: النهاية العادية لاتفاقية تفويض المرفق العام 99
الفرع الأول: نهاية اتفاقية التفويض بانتهاء تنفيذ موضوع العقد 99
الفرع الثاني: نهاية اتفاقية التفويض بانقضاء المدة المحددة لتنفيذه 100
الفرع الثالث: مصير الأموال المتصلة باستغلال المرفق العام 101
أولا: الأملاك التي تؤول إلى الإدارة مجانا (أملاك العودة) 102
ثانيا: الأملاك التي تبقى ملكا للمفوض له (أملاك الاسترجاع).....103
ثالثا: الأملاك التي يمكن للإدارة شرائها (الأملاك الخاصة) 104
المطلب الثاني: النهاية غير العادية لاتفاقية تفويض المرفق العام.....104

الفرع الأول: انتهاء العقد بقوة القانون.....104
أولا: حالة القوة القاهرة 105
ثانيا: حالة وفاة المفوض له.....105
الفرع الثاني: استرداد المرفق العام.....105
أولا: الاسترداد التعاقدي 106
ثانيا: الاسترداد غير التعاقدي 107
ثالثا: الاسترداد التشريعي.....107
الفرع الثالث: فسخ اتفاقية التفويض 109

أولا: الفسخ الإداري لاتفاقية التفويض 110
أ: الفسخ التقديري:.....111
ب: الفسخ الجزائي: (الإسقاط).....113
ثانيا: الفسخ الاتفاقي 116
ثالثا: الفسخ القضائي 116
رابعا: الفسخ القانوني 118
خلاصة الفصل الثاني 120
خاتمة:.....122
قائمة المراجع:.....126
الفهرس:.....138

ملخص

مكانة البنود التنظيمية والتعاقدية في البناء القانوني لاتفاقيات تفويض المرفق العام

تعتبر تقنية تفويض المرفق العام من الأساليب الحديثة لإدارة المرافق العامة عن طريق الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة.

تتضمن هذه التقنية على نوعين من البنود تتمثل في البنود التنظيمية والتعاقدية، التي تبين عملية إبرام اتفاقية التفويض وتنفيذها، فقد نظّم المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الطرق المقررة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وأوجب الهيئة المفوضة بإتباعها كما بين البنود التنظيمية لاختيار وانتقاء أفضل عرض لضمان استمرارية سير المرفق العام، وفقا لاحتياجات ومقتضيات الصالح العام.

في حين تكمن البنود التعاقدية المنتجة لآثار قانونية في حقوق والتزامات أطراف العقد التي تضمن حسن تنفيذ اتفاقية التفويض والالتزامات التعاقدية على أحسن وجه، لغرض المحافظة على المال العام والمصلحة العامة من جهة، وضرورة الحفاظ أيضا على مبدأ التعاقد الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

La place des clauses règlementaires et contractuelles dans la construction juridique des conventions de délégation de gestion des services publics.

La délégation de service public est considérée comme une technique moderne pour la gestion des services publics par des personnes morales publiques ou privées.

Cette technique de gestion se compose de deux types des conditions ou des clauses règlementaires et contractuelles qui doivent clarifier les modalités de conclusion de la convention de délégation de service public et son exécution.

Le décret exécutif n° 18-199 a réglementé les modes de passation des conventions de la délégation et éclaire les procédures à suivre pour choisir et sélectionner la meilleure offre afin d'assurer la continuité du service public selon les besoins et les exigences d'intérêt public.

Et les clauses contractuelles qu'il définir les droits et les obligations des parties ou contrat pour assurer sa bonne exécution, et pour forcer le délégataire à exécuter ses obligations contractuelles de la meilleure façon possible afin de préserver les fonds et l'intérêt publics et préserver le principe de la contractualisation qui stipule que le contrat est la loi des parties contractantes.