وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

النظام القانوني
لتفويض المرافق العامة دراسة مقارنة

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق
تخصص دولة ومؤسسات

الطالب :

معمري المسعود

المشرف:

أ.د: دبيح زهيرة

لجنة المناقشة

د/ لعروسي حليم	أستاذ محاضر "أ"...	جامعة المدية.....	.....رئيسا
أ.د: دبيح زهيرة	أستاذ تعليم عالي...	جامعة المدية.....	.....مشرفا
د/ مصباح رشيدة	أستاذ محاضر "أ"...	جامعة المدية.....	.....عضوا
د/ دالي سعيد	أستاذ محاضر "أ"...	جامعة المدية.....	.....عضوا
د/ مهدي رضا	أستاذ محاضر "أ"...	جامعة المسيلة.....	.....عضوا
د/ دندن جمال الدين	أستاذ محاضر "أ"...	جامعة الجزائر1	.....عضوا

السنة الجامعية: 2022-2023



بسم الله الرحمن الرحيم



المجادلة(**11**)

صدق الله العظيم

شكر وعرفان

كل شكري وامتناني الكبيرين للأستاذة الفاضلة **دبيح زهيرة** على جهودها المبذولة في إشرافها على الأطروحة وتصويبها بكل دقة وإتقان، وحرصها الشديد على الانتهاء من إعدادها في الآجال المحددة وبالمستوى المطلوب.

كما أود أن أشكر جزيل الشكر أعضاء اللجنة المناقشة الموقرة على تجشمهم عناء قراءة هذا البحث وإبداء الرأي والملاحظات القيمة التي ساعدتني على تطوير البحث الخاص بي وتحسينه بشكل كبير.

فجزاهم الله خير الجزاء وجعل ما قدموه من عطاء علمي في ميزان حسناتهم.

أنا أعتقد أن هذا العمل الجماعي والتعاوني يعكس مدى قيمة العلم والبحث العلمي ودور الأساتذة والأكاديميين في نشره وتعزيزه.

وأخيراً، أتمنى للجميع التوفيق والنجاح في مسيرتهم العلمية المستقبلية.

وتقبلوا فائق الاحترام والتقدير

الإهداء

أهدي هذا العمل لـ:

– إلى روح زوجتي الطاهرة "**فاطمة الزهراء سعيداني**" التي غادرت هذه الدنيا إلى دار الخلود، التي كانت شريكة حياتي وصديقتي الأعز، والتي كان لها الفضل الأكبر في هذا الانجاز. أسأل الله أن يجمعني بها في الجنة. رحمها الله وأسكنها فسيح جناته، وجعل الجنة مثواها الأبدي.

– الوالد ، والدتي، أخواتي واخوتي؛ عائلة معمري.

– إلى أولادي الأعزاء **أشرف، عبد القادر، سيف الدين، لؤي**، أنتم فخري وفرحي الذي يملأ حياتي بالجمال. أحبكم من القلب.

– الى الصديق والاخ صاحب الفضل " **سليم مرزوقي**" على تحفيزه وتشجيعه. فقد أظهر حسًا رائعًا للتعاون والدعم، مما يعكس شخصيته الرائعة والمثابرة. لذلك، أريد أن أشكره على كلماته المحفزة والمشجعة.

– الى الصديق والاخ صاحب الفضل " **لخضر بن حرز الله** " ، الذي كان لنا عونا ونصيراً في كل الأحوال. شكراً جزيلاً لك على كل ما قدمته من جهد وعطاء.

إلى صديقنا وأخينا المخلص، "جلال محمد" الذي كان الدعم الحقيقي لنا في جميع الأوقات. نحن لا نستطيع أن نصل إلى هذه المرحلة من دون مساعدتك. نشكرك جزيلًا على كل جهودك .

– الى كل من **علمني** حرفا.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

- ج. ر : جريدة رسمية

- د. د. ن : دون دار النشر

-د. س. ن : دون سنة النشر

- د. م. ج : ديوان المطبوعات الجامعية

- ص : الصفحة

- ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

- ط : الطبعة

- ج : جزء

- ع : عدد

- ق. م. ج : القانون المدني الجزائري

- ق. إ. م. إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- Ed : Edition.

- Ibid. : (Ibidem), au même endroit.

- OP. Cite : (Opéré Ci Tatum), référence précédant cité.

- N° : Numéro.

- P : Page.

- P P : de la Page jusqu'à la Page.

- PUF : Presses universitaire de France

- RCDSP : Revue de concession et de délégation de service public.

- RDP : Revue de droit public.

- Rec. Leb : Recueil

مقدّمة

يعتبر المرفق العمومي جزءًا أساسيًا من النظام الإداري في أي دولة، إذ يشكل التجسيد الحي لنشاطات الحكومة وتدخلاتها في تلبية حاجيات المواطنين. فالمرافق العامة تشمل كل ما يتعلق بالخدمات العامة المقدمة للمجتمع، مثل الطرق والجسور والمدارس والمستشفيات والمكاتب الحكومية والحدائق وغيرها الكثير.

ويعد المرفق العمومي أيضًا المظهر الابرز لتدخل الجماعة العامة في تلبية حاجيات المواطنين باسم المصلحة العامة، ويعتبر الدليل على الجهود التي تبذلها الحكومة في تحسين معيشة المواطنين وتوفير بيئة مريحة وآمنة للعيش. ومن هذا المنطلق، فإن توفير المرافق العامة يعد إحدى الأولويات الرئيسية لأي دولة تسعى لتحسين جودة حياة مواطنيها وتحقيق التنمية المستدامة.

وفي سبيل ذاك، وبسبب الأزمات الاقتصادية التي تعرضت لها الاقتصاديات الليبرالية، والنتائج الاجتماعية المترتبة على الحروب العالمية، كانت الدول مجبرة على محاربة الاختلالات الاجتماعية المتزايدة. ولذلك، كان من الضروري تقديم مرافق عامة اجتماعية تعمل على حل المشكلات المترتبة على تلك الازمات.

بهذا يمكن القول بأن ظهور هذه المرافق العامة كان أمرا بديهيا، وذلك لأنها تتماشى مع تلك الأزمات الاقتصادية والظروف الاجتماعية الصعبة التي تواجهها المجتمعات الليبرالية. وكانت الدول بذلك قادرة على التصدي للمشكلات الاجتماعية المتزايدة، وتحسين حالة الناس بشكل عام.

لكن رغم فشل الاختيارات الاشتراكية في بعض الدول، شهدنا تطورًا كبيرًا في وظائف الدولة، حيث اعتمدت بعض الدول النظام الليبرالي الذي يركز على حرية المبادرة الخاصة ويعتبرها دعامة رئيسية للتنمية الاقتصادية. كما اتجهت بعض الحكومات إلى تطبيق برامج الخصخصة كحل للأزمة التي يعاني منها القطاع العام، الذي أصبح يشكل عبئًا ثقيلًا على ميزانية الدولة ويؤثر سلبًا على التنمية الاقتصادية.

لذا تخلت العديد من الدول عن احتكار تسيير المرافق العامة بسبب فشل طرق التسيير التقليدية[1] في تحقيق الأهداف المرجوة، حيث إن هذه الطرق تعتمد بشكل أساسي على تدخل الحكومة

[1] تتمثل إحدى طرق تسيير المرافق العامة في استخدام **الاستغلال المباشر**، والذي يعني أن الدولة أو الجماعات العامة تتولى تسيير هذه المرافق بنفسها باستخدام أموالها وموظفيها.

يتميز هذا النهج بأنه يضمن السيطرة الكاملة للحكومة على تسيير المرافق العامة، ويضمن توفير الخدمات العامة بشكل عادل ومتساوٍ للجميع، بما يضمن تحقيق المصلحة العامة.

ومع ذلك، يترتب على هذا النهج عدة عيوب، حيث يعاني من نقص في التمويل، مما يؤثر على جودة الخدمات المقدمة، كما أنه يعاني من البيروقراطية والتكاليف العالية، بسبب تضخم الإجراءات الإدارية وعدم الاهتمام بتحديث وتحسين المرافق.

كما أن الاستغلال المباشر للمرافق العامة يعتمد بشكل كبير على مهارات الموظفين وتخصصاتهم، وبالتالي يجب توفير التدريب والتطوير المستمر لهم، وهو ما يستلزم التكاليف والجهد والوقت. راجع المادة 151 من القانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان 2011 ، يتعلق بالبلدية ، ج رج ج عدد 37 صادر في 3 جويلية 2011.

في إدارة المرافق والخدمات العامة، مما يؤدي إلى تضخم الإجراءات الإدارية والبيروقراطية، وتباطؤ عملية التطوير والتحديث، وتقليل الكفاءة والجودة.

في هذا السياق، يعد اللجوء إلى الاشخاص الخاصة لتسيير بعض المرافق الصناعية والتجارية خيارًا آخر اتبعته الكثير من الدول. إذ يمكن أن يؤدي هذا الاختيار إلى زيادة فرص العمل وتحسين الخدمات التي يتلقاها المواطنون، وذلك من خلال تعزيز القطاع الخاص ودعم المبادرات الشخصية.

بالإضافة إلى ذلك، تعاني الكثير من الدول من أزمات اقتصادية ومالية، مما يجعل من الصعب على الحكومات توفير التمويل اللازم لتحديث المرافق العامة وتطويرها، مما يؤدي إلى تدهور حالتها وتراجع جودتها.

ومن هنا، يتجه العديد من الدول نحو اشراك الخواص في تسيير المرافق العامة، حيث يتم تحويل المسؤولية إلى قطاع الأعمال الخاص، وذلك لتحسين جودة الخدمات وتخفيض التكاليف، وتطوير المرافق وتحديثها.

وتعتمد هذه الطريقة على اعتماد أسلوب تفويض المرافق العامة، والذي يتمثل في منح الشركات الخاصة حق إدارة وتشغيل المرافق العامة ، وبالتالي يتمكن الخواص من تحقيق أرباح مالية وتحسين جودة الخدمات، بينما يتحقق للحكومة تخفيض التكاليف وتطوير المرافق.

ويتميز هذا النهج بالمرونة والسرعة في اتخاذ القرارات والتحديث، كما أنه يساعد في تعزيز المنافسة والإبداع في قطاع المرافق العامة، مما يؤدي إلى تحسين الجودة والكفاءة والفعالية.

لا يعد تفويض المرفق العام فكرة حديثة، إذ تمتد جذورها إلى منتصف القرن التاسع عشر، حيث اضطرت الإدارة الفرنسية إلى تفويض أشخاص من القانون الخاص لإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري. وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجه في عدة أحكام له. وعلى الرغم من اشتراكها في عدد من القواعد المنظمة لها، فإن تفويض المرفق العام لا يتحدد بشكل

- **أسلوب المؤسسة العمومية** يعد أحد الطرق الرئيسية لتسيير المرافق العامة، ويهدف هذا الأسلوب إلى تحويل المرافق العامة إلى مؤسسات عمومية ذات طابع إداري ومالي مستقل، يتمتعون بالشخصية المعنوية والاستقلالية في التصرف والإدارة.

وبموجب هذا الأسلوب، يتم تكليف مدير المؤسسة العمومية بتسيير المرفق العام، ويتمتع هذا المدير بالشخصية المعنوية ويخضع للقوانين والتشريعات العامة. كما يتم تحديد أهداف المؤسسة العمومية وسياساتها بواسطة الحكومة، ويتم تقديم التقارير والحسابات للسلطات المختصة بشكل منتظم.

يعتبر أسلوب المؤسسة العمومية أحد الأساليب الفعالة في تحقيق الأهداف العامة للمرافق العامة، حيث يضمن التسيير المستقل والفعال للمرفق العام، ويمكن أن يساعد على تحسين جودة الخدمات المقدمة وزيادة الكفاءة في الإدارة والتشغيل. ومع ذلك، يتطلب هذا الأسلوب توفير التمويل الكافي والمستمر للمؤسسة العمومية، وكذلك توفير الموارد البشرية المؤهلة والمدربة بشكل جيد. راجع المادة 153 من القانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان 2011 ، يتعلق بالبلدية ، ج رج ج عدد 37 صادر في 3 جويلية 2011.

واحد، ويمكن تحقيقه بأشكال متعددة. ولذلك، يمكن تفويض المرفق العام عن طريق صيغة امتياز، أو الايجار، وغيرها من الصيغ التي حددها القضاء الفرنسي والتي تعد مستقلة ومتنوعة.

وفي ظل التطورات المستمرة في العالم، والاتجاه نحو اقتصاد دولي جديد، لم تستطع الجزائر البقاء منعزلة عن الاختيارات الاقتصادية والاجتماعية التي تتبعها الدول. ولذلك، كان من الضروري للجزائر المشاركة في عملية فتح العديد من القطاعات الاقتصادية والاجتماعية أمام المستثمرين الخواص، وذلك لتحقيق هدفين: الأول هو تلافي التأخير الحاصل في تمويل المشاريع الأساسية للبنية التحتية العامة، والثاني هو ضمان تسيير أفضل وأكثر فعالية للموارد العامة.

وبما أن اختيار الدولة لاستراتيجية التنمية الاقتصادية والاجتماعية يمثل قرارًا استراتيجيًا مهمًا، فإن تبني سياسة الشراكة مع القطاع الخاص لا يمكن أن يتم دون أن يؤثر على السياسات العامة المحلية. فالانفتاح على الشراكة على المستوى المركزي قد منح الخواص فرصة لاستعادة مواقعهم على مستوى تسيير عدد من المرافق العامة المحلية، وذلك بإدارتهم وتشغيلهم بطريقة تسمح لهم بتحقيق الأرباح وتحسين الخدمات المقدمة للجمهور.

تعود فكرة تفويض المرافق العامة في التشريع الجزائري إلى مرحلة ما بعد الاستقلال، حيث تم اعتماد عقد امتياز المرافق العامة كوسيلة لإدارة الخدمات العامة. وعلى الرغم من تطوير القوانين والتشريعات المختلفة منذ ذلك الحين، إلا أن هذا النموذج ما زال الأكثر شيوعًا واستخدامًا في الجزائر.

تتضمن فكرة تفويض المرفق العام إتاحة الفرصة للشركات الخاصة لتولي مسؤولية تشغيل وصيانة المرافق العامة، بما في ذلك النقل والطاقة، والمياه، والاتصالات، وغيرها. ويهدف هذا الأسلوب إلى زيادة كفاءة الخدمات العامة وتحسين جودتها، بالإضافة إلى تقليل النفقات وتوفير الموارد اللازمة لتحسين البنية التحتية.

ومن المثير للاهتمام أن هذا الأسلوب يستخدم في العديد من الدول حول العالم، وهو يحظى بشعبية متزايدة في الوقت الحالي، حيث يساعد في حل مشاكل الخدمات العامة في الدول النامية والمتقدمة على حد سواء. وبالنسبة للجزائر، يمثل تفويض المرافق العامة نموذجًا ناجحًا للتعاون بين القطاعين العام والخاص في تحسين خدمات البنية التحتية والتنمية الاقتصادية بشكل عام.

وعند النظر إلى الواقع القانوني لتفويض المرافق العامة في الجزائر، نجد أنه يتمتع بترسانة قانونية ضخمة تتضمن العديد من النصوص التنظيمية. ومن الملحوظ أن هذه الترسانة القانونية القطاعية تتميز بتنظيم شامل لكل قطاع على حدة، مما يساعد في تنظيم العلاقات بين القطاعين العام والخاص.

وتتضمن هذا الترسانة القانونية العديد من العقود المنظمة للخدمات العامة، مثل عقد امتياز الكهرباء والغاز، والنقل السلكي والطيران والنقل البحري، وغيرها الكثير. وتعكس هذه النصوص

التشريعية المتخصصة المستوى المتطور لتفويض المرافق العامة في الجزائر، وتشكل إطارًا قويًا للتنظيم والتحكيم في العلاقات بين الشركات الخاصة والحكومة.

ومن الجدير بالذكر أن هذه الترسانة القانونية تجعل من تفويض المرافق العامة في الجزائر نموذجًا رائدًا في المنطقة، حيث يعتمد على تطبيق الأسس القانونية والتنظيمية الصارمة في جميع القطاعات المعنية. ويعد هذا النهج ضروريًا لتوفير خدمات عالية الجودة للمواطنين وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلاد.

تجاوباً مع الانتقادات التي رافقت تجربة التنظيم القطاعي لهذه للعقود، وحرصاً على توحيد النظام القانوني لهذا النوع من التسيير، قام المشرع بوضع تأطير قانوني واضح للتقنية من خلال المرسوم الرئاسي 15/247.[2] فأصبح بإمكان الحكومة تنظيم عقود تفويض المرفق العام بطريقة تسمح بتحقيق جودة عالية في أداء الخدمات العامة، وتفادي مشكلات التمويل التي كانت تواجهها في السابق.

ولتحقيق هذه الأهداف، صدر المرسوم التنفيذي 199/18.[3] الذي يحدد تفاصيل تفويض المرفق العام ويساعد على تطبيق هذه التقنية بنجاح وسلاسة. وبهذا الإطار، يتم تحديد شروط ومعايير واضحة لعملية تفويض المرفق العام وتنظيم العقود المتعلقة بها.

ومن خلال هذا التنظيم، يمكن للحكومة تحقيق جودة أفضل في خدماتها العامة، وتوفير التمويل اللازم لهذه الخدمات بطريقة فعالة ومستدامة. فالتقنية الحديثة التي تتماشى مع التطورات العالمية في مجال التعاقدات العامة، تمكن الحكومة من إدارة عملية تفويض المرفق العام بطريقة شفافة ومنصفة، وبهذا يتم تعزيز الثقة بين المواطنين والحكومة وتحسين الأداء الحكومي بشكل عام.

إن هذا النظام الجديد لتفويض المرفق العام يعد خطوة مهمة في تطوير الإدارة الحكومية، ويمثل فرصة لتحسين جودة الخدمات العامة وتحقيق الاستدامة المالية.

تبنّت تونس نهجًا مميزًا في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة، حيث تحرّكت تونس الى إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة، حيث أصدرت الحكومة قانون نظام اللزمات رقم (23) لسنة 2008 الذي يتضمّن أساليب تفويض المرفق العام بصورها المختلفة. وهذا يؤكد أن هناك توجّهًا عالميًا نحو تفويض المرافق العامة للقطاع الخاص للحصول على أفضل النتائج وتحقيق التنمية المستدامة.

[2] مرسوم رئاسي رقم 15/247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر. ع 50،صادرة في 20 سبتمبر 2015.

[3] المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ع 48 الصادر في 5 أوت 2018.

يكمن الهدف من وراء هذه الدراسة: تسليط الضوء على درجة نجاح الجزائر في استخدام هذه التقنية في تحديث المرافق العامة، مع المقارنة بين الجزائر والتجارب الدولية الأخرى، وتحديداً التجربة الفرنسية كنموذج للمقارنة.

ومن خلال هذه الدراسة، يتم التوصل إلى اقتراحات وحلول مستندة إلى التجارب الدولية، لتلافي ثغرات ومساوئ التجربة الجزائرية في عمليات تفويض المرافق العامة. وهذا يهدف إلى المساهمة في تحقيق مستوى من النجاح مشابه لتجارب الدول الأخرى في جعل المرافق العامة في مرتبة منافسة للقطاع الخاص.

بشكل أكثر تحديداً، فإن هذه الدراسة تركز على تحليل درجة نجاح التجربة الجزائرية في تقنية التفويض، وذلك في ظل ظاهرة تحديث المرافق العامة. ويتم ذلك من خلال دراسة تجربة فرنسا وتحليل المقارنة بين البلدين، مع التركيز على النقاط الضعيفة في تجربة الجزائر والعمل على تحسينها.

وباختصار، فإن الهدف الرئيسي لهذه الدراسة هو إيجاد حلول من شأنها تعزيز تجربة التفويض في الجزائر والمساهمة في تحقيق مستوى من النجاح يشابه تجارب الدول الأخرى في تحديث المرافق العامة.

أما عن أسباب اختيار الموضوع: فترجع الى عدة نقاط نوجزها في الآتي:

1- الاهتمام الشخصي: الباحث مهتم بموضوع المرفق العام ويريد التعمق فيه، والبحث عن حلول للمشاكل التي تخص هذا الموضوع.

2- الحاجة العلمية: حداثة القانون والحاجة لإجراء بحث علمي في متخصص، وذلك لتعزيز المعرفة العلمية والإسهام في البحث العلمي.

3- الأهمية العلمية والاجتماعية: الموضوع ذو أهمية علمية واجتماعية كبيرة، ويحتاج إلى دراسة وتحليل دقيق للوصول إلى نتائج مهمة ومفيدة.

4- التحديات العلمية: الموضوع يتضمن تحديات علمية كبيرة، لغياب المراجع والمصادر فيه، وهذا راجع لحداثته، وهذا شكل تحدياً مثيراً للاهتمام للباحث، حيث يمكن أن يساهم في تطوير المعرفة العلمية في هذا المجال.

من خلال ما سبق، يطرح الباحث اشكالية رئيسية لهذا البحث هي:

الى أي مدى تتماشى الأحكام المنظمة لعقد تفويض المرفق في التشريع الجزائري مقارنة بالممارسات الدولية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتحليل القواعد التقليدية التي كانت تحكم عقد تفويض المرفق العام ثم رصد التطورات التي لحقت به، ثم فحص ما إذا كانت القواعد السارية تتناسب مع

هذه التطورات؟ أم أن الأمر كان في حاجة ماسة لصدور القانون رقم 15-247 لسنة 2015م بشأن تفويضات المرافق العامة، وبعد صدور هذا القانون هل حقق الغرض المنشود منه في توحيد المبادئ والقواعد الواجبة التطبيق علي نفس النوعية من العقود أم أنه مازال هناك نوعان من القواعد التي تطبق علي هذه العقود ؟

وفي مقابل ذلك، قمنا بدراسة النظام القانوني لتفويض المرافق العامة في بلدان مختلفة من حيث المفاهيم والقواعد القانونية والإجراءات المتبعة، وتحديد الممارسات الأفضل والتحديات التي تواجهها هذه الدول في تطوير هذا النظام، مع التركيز على الممارسات الدولية والإقليمية في هذا المجال، ومقارنة هذه الممارسات بما يتم تطبيقه في الدول العربية، وإيجاد الحلول والتوصيات لتطوير النظام القانوني لتفويض المرافق العامة في هذه الدول.

وبغرض الإلمام بموضوع البحث قام الباحث باستخدام **المنهج الاستقرائي** في دراسة تحليلية منه للنصوص القانونية التي تنظم أسلوب تفويض المرفق العام، بهدف تقييم مدى فعالية المنظومة القانونية الجزائرية في تنظيم هذا الاسلوب الجديدة من التسيير. ولتحقيق هذا الهدف، تم الاستعانة بأدوات المنهج المقارن، لدراسة ممارسات الدول الرائدة في هذا الشأن، مثل فرنسا التي تعد مهد ومنشأ تقنية التفويض. وتناول الباحث أيضا تجارب من شمال افريقيا، مثل تونس وفي بعض الأحيان مصر، مرد ذلك لأسبقيتها في تنظيم وتكريس هذه الآلية.

يأمل الباحث أن تساعد هذه الدراسة في تحديد مكامن القوة والضعف في المنظومة القانونية الجزائرية، وتوفير النتائج اللازمة للمساهمة في تحسين هذه الآلية.

وللإجابة على إشكالية البحث كان لزاما علينا التعرض إلى خصوصية تفويض المرفق العام كأداة لتحسين الإدارة والتشغيل للمرافق العامة، ولاسيما بعد صدور ترسانة من النصوص القانونية المؤطرة له، والتي أبانت على خصوصية هذا النوع من العقود الادارية، والتي كانت موضعا لتفصيل مشمولا في الباب الأول. ثم التطرق بالدراسة لنظام القانوني المنظم لإبرام وتنفيذ هذه الطائفة من العقود ضمن الباب الثاني.

الباب الأول:
تفويض المرفق العام
كأداة لتحسين الإدارة
والتشغيل للمرافق العامة

تعدّ تفويض المرافق العامة واحدة من الطرق الحديثة التي يمكن للدول اللجوء إليها في تسيير مرافقها العمومية بطريقة أكثر كفاءة وفاعلية. وتعتمد هذه الطريقة على فكرة الانسحاب من الحقل الاقتصادي ودعم الشراكة بين القطاعين الخاص والعام في تسيير هذه المرافق. وتتمثل فكرة تفويض المرافق العامة في تحويل المسؤولية عن إدارة وتشغيل المرافق العمومية من الحكومة إلى شركات خاصة، مع الحفاظ على السيادة العامة على هذه المرافق.

ويتمتّع تفويض المرافق العامة بالعديد من المزايا، فهو يسمح بتخفيض النفقات الحكومية وتحسين جودة الخدمات التي تقدّم للمواطنين، كما يساهم في تحفيز القطاع الخاص على المشاركة في تطوير المرافق العمومية وتحسين أدائها. ويشكّل تفويض المرافق العامة أيضاً أحد الأساليب الحديثة لجذب الاستثمارات الأجنبية وتحسين المناخ الاقتصادي في الدول.

وبالتالي، فإن تبني الدول لنظام تفويض المرافق العامة يمثل خطوة هامة في تحسين الأداء الحكومي والاقتصادي، ويساهم في تطوير المجتمعات ورفاهية المواطنين.

منذ فترة طويلة، كانت إدارة المرافق العامة في الدول تتم بطرق تقليدية وغير فعالة، مما يؤدي إلى ارتفاع التكاليف وتدهور جودة الخدمات المقدمة للمواطنين. ومع تزايد التحديات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، بدأت الدول في البحث عن حلول جديدة ومبتكرة لإدارة هذه المرافق.

واحدة من هذه الحلول هي نظام تفويض المرافق العامة كأسلوب جديد لإدارة المرافق العامة، وقد اعتمدت هذه الطريقة من قبل عدد من الدول، مثل فرنسا، والجزائر، وتونس. ويعتمد هذا النظام على تفويض الإدارة والتشغيل والصيانة للشركات الخاصة، مع الحفاظ على ملكية المرافق العامة في يد الدولة.

وقد حقق هذا النظام نجاحًا كبيرًا في تحسين جودة الخدمات وتقليل التكاليف، وزيادة الإيرادات المالية للدول المعنية. ومن خلال (الفصل الأول) من هذه الدراسة، سندرس الأصول النظرية والقانونية لهذا النظام في تجربة هذه الدول في تطبيق التفويض، وما هي النتائج التي توصلوا إليها.

سنلقي نظرة عن كثب على هذا النظام الذي يعتبر خياراً محتملاً لتحسين خدمات المرافق العامة وتخفيض النفقات. سنتحدث عن التحديات التي يواجهها هذا النظام وكيفية التغلب عليها، وكذلك نلقي نظرة على تحديات هذا النظام وفرص نجاحه في المستقبل كحل لتحسين الخدمات العامة والحد من النفقات كخيار محتمل في (فصل ثان).

الفصل الأول: الأصول النظرية والقانونية لتفويضات المرفق العام

يعتبر انهيار الاتحاد السوفيتي ونهاية الحرب الباردة حدثاً تاريخياً هاماً ترك تداعياته على العالم بأسره. وقد شهد العالم بعد ذلك عدداً من المتغيرات السياسية والاقتصادية التي أدت إلى إعادة صياغة دور الدول وإعادة النظر في سياساتها الاقتصادية والاجتماعية.

في فترة ما بعد الحرب الباردة، ساد نمط الاقتصاد الحر والعولمة[1]، حيث تم إزالة العوائق التجارية وتحرير الأسواق، مما أدى إلى تنامي الشركات الكبرى وزيادة قوتها الاقتصادية. كما ساهمت تكنولوجيا المعلومات وتطور الإنترنت في تسهيل الاتصال والتبادل التجاري بين الدول.

ومع ذلك، فإن هذا النمط من الاقتصاد الحر قد أدى إلى انخفاض المدخرات والاستثمارات، حيث يتم التركيز بشكل أكبر على تحقيق الربح الفوري بدلاً من الاستثمار في المشاريع طويلة الأجل. وبسبب ذلك، فإن العديد من الدول تعاني من خلل في ميزانياتها، حيث يتزايد الدين المحلي وتصعب مهمة خفض الإنفاق المحلي.

بالإضافة إلى ذلك، فإن النمط الحالي من الاقتصاد الحر يؤثر على العديد من القطاعات الاقتصادية والاجتماعية، مثل القطاع الزراعي والصناعي والخدمي، ويؤدي إلى زيادة الفوارق الاجتماعية وتفاقم العديد من المشكلات الاجتماعية مثل البطالة والفقر.

على الرغم من هذه التحديات، فإن هناك جهودًا مستمرة لإيجاد حلول وسياسات اقتصادية واجتماعية جديدة لتجاوز هذه المشكلات. ومن أهم الخطوات التي يمكن اتخاذها هي تعزيز دور الدولة في تنظيم الاقتصاد وضمان حماية المستهلكين والعمال، وتشجيع الاستثمار في المشاريع طويلة الأجل ودعم القطاعات الصغيرة والمتوسطة.

وفي سبيل الخروج من الازمات الاقتصادية ظهر أسلوب جديد لإدارة المرافق العامة المتعثرة بادئ الامر، والمتمثل في تفويض هذه المرافق العامة الى أشخاص القانون الخاص للاستثمار فيها، حيث تبنت بعض الدول مثل فرنسا والجزائر هذه الاستراتيجية كحل للأزمات الاقتصادية المتتالية التي تعاني منها. ويقصد بهذا النهج تحويل إدارة المرافق العامة إلى قطاع خاص، بحيث تتم إدارتها وتشغيلها من قبل شركات خاصة بعد إبرام اتفاقيات بين الحكومة والشركات الخاصة.

يُفترض أن تحقق هذه الاستراتيجية العديد من المزايا، بما في ذلك تحسين جودة الخدمات المقدمة للمواطنين وتخفيض التكاليف، وتحسين إدارة الموارد العامة، وتحفيز الاستثمار وتوليد

1 العولمة "هي عبارة عن عملية متعددة الجوانب تؤثر على العالم بأسره، وتتمثل في توسع العلاقات والتفاعلات الاقتصادية والثقافية والسياسية والتكنولوجية بين دول العالم والمناطق المختلفة، مما يؤدي إلى زيادة الترابط والتداخل بينها. وهذا الاندماج العالمي يسهل التنقل وتدفق السلع والخدمات والمعلومات بين الدول والشعوب، ويؤدي إلى تكثيف التعاون والتفاهم والتضامن بين الدول، وتعزيز النمو الاقتصادي والاجتماعي في العالم بأسره." أنظر: كميل حبيب وحازم البني، من النمو والتنمية إلى العولمة والغات رؤية جديديه لنظام اقتصادي عالمي جديد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2000 ص 343.- ومع ذلك، فإن العولمة أيضًا قد تسبب في بعض التحديات والمشاكل، مثل تفاقم الفوارق الاقتصادية والاجتماعية بين الدول وداخلها، وتهديد بعض الثقافات والهويات الوطنية والمحلية بالاندثار.

الوظائف. ومن الممكن أيضًا أن تساعد هذه الاستراتيجية على تحسين كفاءة الإنتاج والإدارة والتخطيط.

إن تحقيق التنمية والتقدم في العديد من المجالات الحيوية يتطلب وجود مرافق عامة كبيرة ومعقدة، مثل المطارات والموانئ والطرق والجسور والسدود والمدارس والمستشفيات والمراكز التجارية والأماكن العامة الأخرى. وبما أن بناء وإدارة هذه المرافق يحتاج إلى مهارات وخبرات متخصصة وموارد كبيرة، فإنها غالباً ما تتطلب تفويضاً للقيام بهذه المهام إلى مؤسسات وشركات خاصة أو حكومية.

يتضمن التفويض المرفق العام تحويل مهام ومسؤوليات إنشاء وتشغيل المرفق العام من الجهة المالكة الحكومية إلى جهة أخرى مختصة بإدارة المشروع وتشغيله. وهناك العديد من الأشكال والصور المختلفة لتقنية تفويض المرفق العام، وتتطلب كل منها نوعًا مختلفًا من التحليل والدراسة.

من هذا المنطلق، تأتي أهمية هذا الفصل حيث سيتم تحليل الطبيعة القانونية لعقود تفويض المرفق العام وتفسيرها بشكل علمي، وذلك من خلال تقسيم الفصل إلى مبحثين. سيتم التركيز في المبحث الأول على الإطار النظري لعقود تفويض المرفق العام، وشرح المفاهيم والتعريفات المتعلقة بهذه التقنية. وفي المبحث الثاني، سيتم الاستعراض النظري للأشكال المفترضة لتقنية تفويض المرفق العام كأساس نموذجي، وسيتم تحليل ما يميز هذه الأشكال عن غيرها من أساليب التسيير.

المبحث الأول: الإطار النظري لتفويض المرفق العام: مقارنة بين النظم القانونية المختلفة

يعدُّ تفويض المرفق العام مفهومًا حيويًا في العديد من النظم المقارنة، حيث يشير إلى الآلية التي يتم بموجبها تحويل إدارة مرفق عام من القطاع الحكومي إلى القطاع الخاص أو إلى مؤسسة مستقلة. ويهدف هذا التفويض إلى تحسين أداء المرفق العام، وزيادة فاعليته، وخفض التكاليف الحكومية.

ولتحقيق هذا الهدف، يجب وضع شروط قيام تقنية تفويض المرافق العامة، والتي يتوجب عليها تلبية المعايير المحددة لهذا النظام. ويشتمل ذلك على تقنيات إدارة المشاريع، وتحديد المخاطر، وإدارة العقود، وضمان الجودة، والأداء.

ومن هنا، فإن دراسة هذا الموضوع تعد أمرًا بالغ الأهمية، حيث تحتاج إلى تحليل عميق للمفاهيم المرتبطة بالتفويض في (مطلب أول)، ومعرفة الشروط الأساسية التي يجب توفرها لتحقيق هذا النظام بنجاح. كما ينبغي علينا فهم المعايير المحددة لتطبيق هذا النظام وتحقيق أهدافه، والتعرف على الأدوات والتقنيات التي يمكن استخدامها في ذلك في (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام

يعتبر تفويض المرفق العام أحد المفاهيم الهامة في مجال القانون الاداري المقارن، حيث يتمحور حول الإجراءات القانونية التي يتم من خلالها إعطاء الجهات الحكومية صلاحيات لتنفيذ المهام والخدمات العامة المختلفة، وذلك بناءً على تفويض رسمي من السلطة التشريعية. ويعد هذا المفهوم محور الدراسة في البحث الذي سنقوم بتناوله في هذا السياق.

ولتسهيل الدخول في دراسة مدلول تفويض المرفق العام وفقاً للفقه المقارن، وذلك من خلال تحليل تعاريف الفقهاء من عدة دول في (فرع أول)، بالإضافة إلى التأصيل لفكرة تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة في (فرع ثان)، كفرنسا. ويتضمن البحث أيضًا استعراض الأدلة القانونية المتعلقة بتفويض المرفق العام، وتحليل الآثار والتحديات التي تواجه هذا المفهوم في المجتمعات الحديثة.

كما يهدف الباحث إلى توفير فهم شامل لمفهوم تفويض المرفق العام، وتوضيح دوره في تعزيز الحكم الراشد وتحقيق العدالة والمساواة في المجتمعات المختلفة. كما يتضمن تقديم توصيات واقتراحات لتطوير وتعزيز مفهوم تفويض المرفق العام، وتحسين استخدامه في الأنظمة القانونية المختلفة.

الفرع الأول: تعريف أسلوب التفويض وفقا للفقه المقارن

تفويض المرفق العام هو مصطلح قانوني يستخدم لوصف عملية منح السلطة أو الصلاحية لجهة خاصة لتسيير وإدارة المرفق العام. ومن المعروف أن المرفق العام هو المنشأة التي توفر خدمات أساسية للمجتمع كالماء والكهرباء والصرف الصحي والطرق والجسور، والمدارس، والمستشفيات، وغيرها. ومن خلال تفويض المرفق العام، يمكن للجهات الخاصة تقديم هذه الخدمات بدلاً من الجهات الحكومية.

ومع ذلك، فإن مفهوم المرفق العام قد يبدو غامضاً ومتغيراً، مما يؤدي إلى عدم وجود تعريف دقيق لتقنية التفويض. ولذلك، اهتم بعض أساتذة القانون الإداري بتحديد تعريف لتقنية التفويض المرتبطة بالمرفق العام.

وبناء على ما تقدم، سندرس تعريفات لتقنية التفويض المرتبطة بالمرفق العام وفقاً للفقه المقارن، بدءًا من الفقه الفرنسي (أولا) باعتباره مهدا لهذا الأسلوب، وصولا الى تعاريف أساتذة القانون في الجزائر (ثانيا). وسيتم في هذا البحث تسليط الضوء على هذه التعريفات وتحليلها وتقييمها، بهدف إيجاد تعريف دقيق وواضح لتقنية التفويض المرتبطة بالمرفق العام.

أولا: تعريف تفويض المرفق العام وفقا للفقه الفرنسي

يجمع الفقه على ان تقنية تفويض المرافق العامة كان منشأها الواقع العملي للإدارة، ويتضح هذا في المنشور الوزاري المؤرخ في 08 أغسطس 1987، اذ يتعلق بتفويض إدارة مرافق عامة محلية[1].

1 محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة،.2000، ص 16.

حيث احالنا هذا المنشور الى رأي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي في 07 أكتوبر 1986، يخص مجال تطبيق الإدارة المفوضة ومدى إمكانية جواز لسلطة محلية ان تفوض تسيير مرفق عام اداري محلي.

لم يكن مصطلح تفويض المرافق العامة شائعا فلم يستخدم هذا المصطلح الا نادرا فكان اول ظهور له على يد الاستاد JF.AUBI في كتابه الذي يعالج موضوعا يخص المرافق العمومية المحلية في ثمانينيات القرن الماضي واذ بهذا المصطلح يلقى اهتماما ورواجا لدى الفقه وأساتذة القانون بتجسيده في دراسات فقهية تلت بعضها بعضا بعد تكريسه من قبل الشارع الفرنسي.

فقد استخدم الأستاذ J.F.AUBY اصطلاح " الإدارة المفوضة"، وقصد به " إدارة المرفق العام بواسطة شخص معنوي غير الجهة المنظمة او المؤسسة العامة التي تنشأ لهذا الغرض، وأن المفوض إليه يكون عادة من أشخاص القانون الخاص، لكنه ليس كذلك بالضرورة[1].

فعُرف تفويض المرفق العام بانه" العقد الذي يعهد فيه الى شخص اخر يسمى -صاحب التفويض- تنفيذ مهمه مرفق عام والقيام بالاستغلال الضروري للمرفق، ويمكن ان يتضمن إقامة منشآت عامه، وان يتحمل صاحب التفويض مسؤوليه تشغيل المرافق وإقامه علاقه مباشره مع المستفيدين الذين تؤدى اليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محدده، وتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة في العقد التي تعكس الاستثمارات التي يهدف الى تغطيتها"[2].

بينما ذهب الأستاذ BRACONNIER الى انه " عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع لقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة تسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون الخاص يسمى المفوض إليه"[3].

يمكن القول أن تقنية تفويض المرفق العام عبارة عن عقد إداري يمكّن القطاع الخاص من استغلال مرفق عام بمقابل مالي، وذلك بصفته عنصراً أساسياً في تمويل المشاريع العامة. ومن الجدير بالذكر أن تقنية تفويض المرفق العام تختلف عن باقي العقود الإدارية في العديد من الجوانب، ومن بينها الجانب المالي. ويتمثل الفرق الأساسي في هذا الجانب في أنه في حالة تقنية تفويض المرفق العام، يتم تحصيل مقابل مالي مباشر ناتج عن استغلال المرفق العام، بينما يتم دفع المقابل المالي في باقي العقود الإدارية على شكل تعويضات عن الخدمات المقدمة، ولا يتم دفعها مقابل تسيير واستثمار مرفق عام محدد.

وبالتالي، يمكن اعتبار المقابل المالي الناتج عن استغلال المرفق العام كعنصر أساسي في تمييز تقنية تفويض المرفق العام عن باقي العقود الإدارية. وفي هذا الصدد نلاحظ في تعريف الأستاذ BRACONNIER انه اغفل المقابل المالي الناتج عن استغلال المرفق كعنصر أساسي لتمييز تقنية

1 J.F. AUBY, les services publics locaux, PUF, que sais-je ? n.2023,1982, P.39.
اورده محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص، 17.

2 د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة: دارسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت،2009، ص 58.

3 BRACONNIER Stefan, Droit de services publics, PUF, Paris, 2004, P 413.

تفويض المرفق العام عن باقي العقود الادارية، وهو ما قد يؤثر على تقييمه لهذه التقنية وقدرته على تمييزها عن العقود الإدارية الأخرى.

في حين اعتبرته الأستاذة Carole FRAZIER [1] على انه تقنية من شأنها تمكين التعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود الموجودة والمعروفة باسم الامتياز والتسيير، فهو مفهوم واسع يشمل كل العقود التي تتنازل الدولة من خلاله عن تسيير مصلحة عمومية، دون التنازل عنه كليا وبالتالي هو يعني تنازل سلطة أعلى لسلطة أدنى في مجال تسيير المصالح العمومية.

ويرى الأستاذ DROBENKO تفويض المرفق العام بأنه العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق العام بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له، يمكن أن يكون شخص عام أو شخص خاص، ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق[2].

الملاحظ من التعريفين السابقين انهم يبرزون الحاجة الضرورية للمقابل المالي المرتبط بنتائج الاستغلال لنكون امام تقنية التفويض. وقد سارت في نفس الاتجاه الأستاذة BOITEAU حيث عرفت عقد التفويض كما يلي : " عقد يتم من خلاله تسيير واستغلال مرفق عام بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض ويدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق"[3].

يتضح جليا ان الفقه الفرنسي أجمع على أن تفويض المرفق العام يعد طريقة من طرق التسيير التي بواسطتها تعهد جماعة عمومية إدارة أحد المرافق العمومية إلى أحد أشخاص يحكمهم القانون العام أو أشخاص خاصة.[4]

من خلال ما سبق يمكن الوقوف على بعض المرتكزات في مقاربة لمفهوم تفويض المرفق العمومي وفقا للفقه الفرنسي، وشروط الواجبة التحقق في تقنية التفويض نجملها فيما يلي :

- لابد من وجود مرفق عام موضوع التفويض، دون التميز اكان استثماريا (اقتصاديا) أو إداريا.

- ان يكون التنفيذ مباشرا للنشاط لا مجرد المساهمة أو المشاركة فيه.

- ان يتولى تحقيق النشاط المرفقي شخص غير الجماعة العامة مانحة التفويض دون التميز اكان شخصا عاما او خاصا.

وعليه فإن تفويض المرفق العام هو تقنية ترتبط بعقود النشاط الاقتصادي تتمثل في استغلال أنشطة ترتبط بمرفق عام وبمصلحة عامة من قبل شخص خاص[5].

1 Carole Chenuaud-Frazier – la notion de la délégation de service public – revue de droit public
2 DROBENKO Bernard, Droit de l'eau, édition Gualino, Paris, 2008, P222.
3 BOITEAU Claudie, Les conventions de délégation de service public, imprimerie nationale, Paris, 2007,
4 DOUENCE Jean Claude, «Les contrats de délégation de service public », RFDA, N°5, 1993, P 939.
5 BOITEAU Claudie, les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale,

يتضح مما جاء من تعريفات التي تأصل لمفهوم تفويض المرفق العام والتي اتفقت على كثير من المرتكزات التي تقوم عليها تقنية التفويض من ضرورة ان يكون التعاقد منصبا بشأن مرفق عمومي، تنفيذا لمهمة مرفق عمومي. ان يكون على المفوض له الاستثمار واستغلال المرفق بصفة فعلية. وان يتحمل مسؤولية التشغيل مقابل تعويضات يحصل عليها من خلال نتائج الاستثمار، وفق مدة محددة مسبقا في عقد التفويض تكون ملائمة لحجم الاستثمارات التي قام بها المفوض له، الا انها لم تخلص بنا الى معنى جامع مانع يمكن من خلاله ان نميز وبشكل جلي تفويض المرفق عن غيره من العقود التي تتنازل الهيئات العمومية من خلالها عن تسيير مرفق عام وتبيح اشراك الغير في تنفيذ هذه المهمة[1].

إنا هذا الغموض الذي أحاط بفكرة تفويض المرفق العام دفع بعض الفقهاء إلى التشكيك باستقلاليه هذه الفكرة، وأنها ليست إلا تطبيقا لامتياز المرفق العام وهو ما عارضه بشده اغلب الفقه الفرنسي والذي أكد على أن فكره التفويض لا تنحصر فقط كما إدعى البعض بامتياز المرفق العام، فالأخير لا يشكل سوى مظهرا خاصا في مجموعة أوسع تضم صيغ عقدية أخرى.[2]

ثانيا: تعريف تفويض المرفق العام وفقا للفقه الجزائري

عند مقارنة الوضع الفقهي لتقنية التفويض في الجزائر مع فرنسا، يتضح وجود فقر في الساحة الجزائرية من الدراسات الفقهية حول هذا الموضوع. ويعود ذلك جزئياً إلى حداثة هذه الآلية في النظام القانوني الجزائري. ومع ذلك، يساهم بعض أساتذة القانون في المساهمة والإثراء بمحاولة تطوير مقاربات تحدد مدلول هذه الآلية التي تجيز للدولة التنازل عن تسيير المرافق العامة. ومن بين هؤلاء الأساتذة، الأستاذة ضريفي نادية التي قدمت إسهامات مهمة في هذا المجال.

حيث عرفت تفويض المرفق العام على انه" العقد الذي من خلاله يخول شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية الإدارية)، تسيير واستغلال مرفق عام بكل مسؤولية وما يتحمله من أرباح وخسائر، يختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي. حيث يتحصل المفوض له على المقابل المالي للتسيير والاستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل أداء الخدمة أو عن طريق الإدارة. لكن يجب أن يكون المقابل مرتبطا باستغلال المرفق وناتجا عن تشغيله ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة. قد يشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية والتجارية، ويتم اختيار المفوض له وفق إجراءات واضحة تضمن كل من الشفافية والمنافسة لاختيار الأفضل " أفضل عرض"، بهدف ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المرتفقين وفق عقد يحدد حقوق المفوض له والتزاماته بكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية وضرورة التكيف مع المحيط الداخلي والخارجي"[3]

1 معمري المســـعود، دبيح زهيرة، تفويض المرفق العام، قراءة في المفهوم والاليات، مجلة افاق للعلوم، المجلد 5، العدد 18.

2 د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة: مرجع سابق، ص 62.

3 نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص41.

من التعاريف السابقة، يتضح أن التفويض هو إحدى الصور الجديدة في تسيير المرفق العام، وهو عقد إداري يتم منحه لمدة محددة للأشخاص أو الهيئات الخاصة بالقيام بنشاطات معينة بدلاً من المرفق العام. ويمتاز التفويض بأنه لا يمارس تحت صورة واحدة، بل يأخذ صور وأشكالاً عدة حسب نوع النشاطات المخولة وطبيعة المرفق العام الذي يتم تفويضه[1].

الفرع الثاني: التأصيل لفكرة تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة

تتعدد الآراء والنظريات حول التشريعات المتعلقة بتقنية التفويض في المرفق العام، ويعتبر هذا الموضوع من المواضيع الهامة والمثيرة للاهتمام في مجال القانون المقارن. ومن هذا المنطلق، يسعى الباحث من خلال هذا الفرع إلى تتبع بداية التأسيس التشريعي لتقنية التفويض في فرنسا، والجزائر على حد سواء، وذلك بهدف تحليل المفاهيم والمبادئ التي تم اعتمادها في هذه التشريعات، وتقييم فعالية هذه التشريعات في تطبيقها على أرض الواقع.

سنتناول من خلال دراستنا لتأصيل لفكرة تفويض المرافق العامة في التشريعات المقارنة، استعراض النظام القانوني المتعلق بتقنية التفويض في كل من فرنسا (أولا)، والجزائر (ثانيا)، ومناقشة التحديات التي يواجهها التطبيق العملي لهذه التشريعات في كل بلد. كما سيتم التركيز على دراسة المفاهيم القانونية والنظريات التي يستند إليها هذا النظام التشريعي في كل بلد، وتقييم مدى نجاح هذه التشريعات.

أولا: التأسيس التشريعي لتقنية التفويض في فرنسا

نظام تفويض المرافق العامة هو نظام يتيح للجهات الحكومية تفويض الإدارة والتشغيل والصيانة للمرافق العامة إلى أشخاص خاصة. ويتم تحديد المدة الزمنية التي يقوم بها المفوض اليه بإدارة المرفق، وكذلك الشروط والمتطلبات الواجب تلبيتها خلال فترة التفويض.

في فرنسا، تم تكريس هذا النظام في عدة قوانين ووضع لها تأطيرا تشريعيا مر بمراحل زمنية ساهمت تدريجيا في توضيح معالم تقنية التفويض. تهدف هذه القوانين إلى توسيع نطاق استخدام التفويض ليشمل جميع المرافق العامة بما في ذلك النقل والطاقة، والصحة، والتعليم، والرياضة.

يتضمن النظام في فرنسا مجموعة من الضمانات والقيود التي تهدف إلى حماية مصالح الجهات الحكومية والمواطنين. على سبيل المثال، يتعين على الشركة المفوضة تلبية معايير الجودة والأمان والبيئة، وتحتفظ الحكومة بالسيطرة الكاملة على الملكية العامة للمرافق المفوضة.

يعتبر نظام تفويض المرافق العامة في فرنسا أداة هامة لتحسين جودة الخدمات العامة وزيادة الكفاءة في تشغيل المرافق، ويشكل جزءًا من سياسة الحكومة الفرنسية لجذب الاستثمارات الخاصة

1 معمري المسعود، دبيح زهيرة، تفويض المرفق العام، قراءة في المفهوم والاليات، مرجع سابق، ص 341.

في مجال البنية التحتية وتطوير الخدمات العامة. وعليه كان لزاما على المشرع الفرنسي ان يؤطر هذه التقنية بمجموعة قوانين تنظم هذا النوع من التسيير لمرافق الدولة.

ومن هذا المنطلق، كان اول نص أتى على ذكر عبارة التفويض في إدارة واستغلال المرافق العامة ضمن النصوص التنظيمية من طرف وزير الداخلية إثر تعميم صادر عنه بتاريخ 8 آب 1987 حيث ذكر عبارة Délégation de service publicالذي يجيز للأشخاص العامة ان تعهد بمرافقها العامة ضمن آلية التفويض.

استند هذا التعميم على رأي لمجلس الدولة الفرنسي في جواز تفويض المطاعم المدرسية معتبرا إياها مرفقا عاما إداريا يجوز لشخص العام تفويضه الى أشخاص خاصة.

وعليه، طُرحت أثناء مرحلة الإعداد لتشريع Sapin عام 1993 العديد من التعريفات لتقنية التفويض من جانب نواب ووزراء وهيئات. لعل أبرزها ما أدلى به مقرر الجمعية الوطنية حول مشروع قانون Sapin حيث اعتبر ان: " تفويض المرفق العام يمثل كل الحالات التي يكون فيها تنفيذ المرفق العام معهودا إلى الغير مهما كان النظام الذي يخضع له أو شكل تحقيقه للعائدات.[1]

لقد كان لقانون Sapin الفضل الكبير في بلورة فكرة تفويض المرفق العام اذ وضع نظاما عاما لإجراءات ابرام هذا النوع من التسيير، فأصبح بذلك مرجعا وإطار قانونيا تستند اليه اتفاقيات تفويض المرافق العامة، بل ذهب لأبعد من ذلك اذ وسع مجال هذا الأسلوب من التسيير ليشمل طائفة كبيرة من عقود الإدارة او أي تصرف قانوني تهدف الدولة منه الى ابرام عقودها لتخفيف أعبائها في التسيير.

دعم المشرع الفرنسي أسلوب تفويض المرفق العام بترسانة من القوانين منها القانون الصادر في 02 فيفري 1995 المتعلق بتقوية حماية البيئة والقانون الصادر في 04 فيفري 1995 الخاص بتوجيه وإعداد وتنمية التراب، ثم القانون الصادر في 08 فيفري 1995 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام[2].

وأخيرا صدر القانون رقم (1168 – 2001) والمعروف بقانون مورسيف المتعلق بالتدابير الطارئة في سبيل تحقيق إصلاحات اقتصادية ومالية، إذ شمل هذا القانون بالتنظيم للصفقات العامة والتفويض في إدارة واستغلال المرفق العام، ولهذا القانون أهمية خاصة لأنه وضع ولأول مرة تعريفاً موحداً لصور تفويض المرفق العام كافة.[3] في المادة الثالثة من القانون رقم 1168-2001 الصادر في 11 ديسمبر 2001[4] وذلك بالطريقة التي تتلاءم والمبادئ التي ارساها قانون Sapin على انها: " عقد

1 بولكور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شـهادة الماجسـتير في القانون العام ـــــ فرع القانون العام للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، 2009-2010، ص 12.

2 فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بجاية، 2018. ص 19.

3- د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سابق، صـ 46.

4 La Loi Murcef du 11 décembre 2001, insérant un alinéa supplémentaire dans la loi Sapin n°93-122 du 29 janvier 1993, la DSP est l'ensemble « des contrats par lesquels une personne Morale de droit public confie la gestion d'un

يعهد بموجبه شخص يحكمه القانون العام بإدارة خدمة عامة يكون مسؤولا عنها إلى مفوض عام أو خاص يرتبط أجره ارتباطا جوهريا بنتائج استثمار المرفق. ويجوز للمفوض أن يكون مكلفا بتشييد البناءات أو اكتساب أموالا لازمة للمرفق."

"Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liées aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens ou services"

والجدير بالذكر الى ان قانون (Sapin) المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية قد ساهم دون شك وبشكل كبير في بلورة وتطور فكرة هذه الآلية الجديدة من التسيير. حيث وسع هذا القانون نطاق تطبيقها الى العقود التي يبرمها كل شخص عام. اذ أرسى نُظمًا قانونية أكثرا شمولا ومواكبة للتطور من أي نظام في القوانين السابقة. بحيث كرس كل القواعد التي من شأنها ان تضمن حسن سير هذه الآلية ابراماً وتنفيذاً ورقابةً.

ثانيا: التأسيس التشريعي لتقنية التفويض في الجزائر

على الرغم من ان آلية تفويض المرفق العام تعد أبرز تطبيقات اشراك القطاع الخاص في إدارة واستثمار المرفق العام. حيث تعتبر اهم روافد اقتصادات البلدان المتطورة، الا ان هذه العقود لم تعرف لها تنظيما تشريعيا سوى من وقت ليس ببعيد في القانون الجزائري.

لذا كرس المشرع الجزائري مصطلح الامتياز في تسيير مرافق الدولة بادئ الامر كشكل من اشكال تفويض المرفق العام ونلمس ذلك من خلال القانون رقم 83-17 المتضمن قانون المياه اذ تقوم المادة 21 منه بتبيان مدلول هذا الشكل من التسيير جاءت كالاتي:

" يقصد بالامتياز بمفهوم هذا القانون: - عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الادارة شخصا اعتباريا قصد ضمان اداء الخدمات للصالح العام. وعلى هذا الاساس لا يمكن ان يمنح الامتياز الا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية وكذا المجموعات المحلية،

- عقد اداري يبرم بين الادارة وشخص طبيعي او اعتباري خاضعا كان للقانون العام او الخاص، قصد استعمال الملكية العامة للمياه".[1]

تلاها الامر 96-13 لكي يعزز مشاركة اشخاص القطاع الخاص في عملية منح الامتياز، اذ نصت المادة 4 التي تعدل وتتمم أحكام البند الأول من المادة 21 من القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو سنة 1983 والمتضمن قانون المياه، حيث تنص على أنه:

service public dont elle a la responsabilité à un Délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat D'exploitation du service ».

1 القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو1983 المتضمن قانون المياه، ج. ر. ع. 30، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 1983 .

" عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية. وفي هذا الصدد، يمكن أن تمنح لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية والأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص يجب أن تتوفر في هؤلاء الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص المؤهلات الضرورية، وتحدد كيفيات تطبيق ذلك وشروطه عن طريق التنظيم. يمكن أن يشمل هذا الامتياز إنجاز هياكل أساسية للري قصد استغلالها من طرف صاحب الامتياز. ويكون الامتياز في جميع الحالات مرفقا بدفتر شروط"[1].

مما سبق يتضح ان المشرع الجزائري لم يستعمل مصطلح التفويض في مجال تسيير المرفق العام وكان اول تنصيص عليه بادئ الامر في قانون المياه لسنة 2005[2] حيث نص عليه في المادة 101 من الفقرة الثانية على انه :"... يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام على أساس دفتر الشروط ونظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم كما يمكن تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات الأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب اتفاقية"

ولعل من المناسب ان ننوه بان استخدام المشرع لمصطلح "التفويض" هنا يعد ردا على انصار الاتجاه الذي يعتبر ان التفويض نضير الامتياز، اذ يفرق المشرع في القانون السالف الذكر بين الامتياز وآلية التفويض بشكل لا يدع مجالا لشك، ويعده أسلوبا قائما بحد ذاته مستقلا عما يعرف بالامتياز.

وإزاء هذه الغموض الذي رافق تجربة تفويض المرفق العام في تسيير واستثمار المرافق العامة بالطرق التقليدية تدخل المشرع الجزائري بسن قانون ينظم منح هذه النوع الجديد من العقود وصدر بناء علي ذلك المرسوم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15 – 247 الذي يعد اول قانون يكرس تقنية التفويض حيث نصت المادة 207 من هذا القانون على انه: " يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية. وبهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام"[3].

1 القانون رقم 96-13 المؤرخ في 15 يوليو 1996 يعدل ويتمم القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983 المتضمن قانون المياه، ج. ر. ع. 37 الصادرة بتاريخ 16 يونيو 1996.

2 قانون 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، مرجع سابق.

3 المرسوم الرئاسي رقم15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج. ر. ع. 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ومن الجدير بالذكر ان المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لم يأتي بتفاصيل لهاته الالية الجديدة في القانون الجزائري، ولا صور تطبيقه، اذ يحيلنا ضمن مواده 207و 210 الى نص تأخر كثيرا منذ صدور هذا المرسوم ليترك فراغا في تفسير هذه الطريقة من التسيير.

بحلول سنة 2018 صدر النص التنظيمي الذي يزيل الغموض التي تلى المرسوم السلف الذكر، بموجب مرسوم تنفيذي رقم 18-199 الذي ينظم بدقة تفويض المرفق العام، ولكنه يتعارض مع المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في العديد من الجوانب، خاصة فيما يتعلق بنطاق التطبيق. حيث قام المرسوم الرئاسي بتوسيع نطاق تطبيقه، بينما حصر المرسوم التنفيذي العمل بهذا الأسلوب على الجماعات الإقليمية، كما أن السلطة المفوضة في المرسوم التنفيذي محصورة في الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها.

تم تنظيم تفويض المرفق العام في المنظومة القانونية الجزائرية بموجب نصين تنظيميين، وهو ما أثار انتقادات شديدة بشأن عدم وجود تنظيم تشريعي شامل ومفصل لهذا النوع من التفويض. ولحل هذه المشكلة، يجب على المشرع الجزائري إصدار نص تشريعي ينظم تفويض المرفق العام بشكل شامل ومتكامل، مع تضمين جميع الجوانب والتفاصيل اللازمة لتحقيق التأطير القانوني الفعال والشامل لهذا النوع من التفويض. ويجب أن يتم إصدار هذا النص بما يتوافق مع المعايير والممارسات الدولية، وباستشارة الخبراء والمختصين في هذا المجال للوصول إلى أفضل الحلول الممكنة.

المطلب الثاني: شروط قيام تفويض المرفق العام والمعايير المميزة له

علي وفق التشريعات المقارنة التي صدرت بصدد تفويض المرفق العام فان هذا الأخير يشترط لتحققه توفر مجموعة من الشروط التي من دونها لا نكون أمام أسلوب تفويض للمرفق العام. ويتعلق الشروط الأول بموضوع التفويض إذ يجب أن ينصب التفويض علي مرفق عام أما الشرط الثاني فيوجب أن يتم التفويض من خلال علاقة تعاقدية بين الجهة العامة صاحبة التفويض وبين المفوض

له، ويلزم الشرط الثالث أن تتضمن عملية التفويض استغلال المرفق العام وان يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال[1].

لذا سنناقش شروط قيام تفويض المرفق العام من خلال تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، نعرض في الفرع الأول شروط متعلقة بموضوع التفويض، ونبين في الفرع الثاني الشروط متعلقة بالسمة العقدية لتقنية تفويض المرفق العام، ونتناول في الفرع الثالث معايير المميزة لتقنية التفويض التي مؤداها استغلال المرفق العام وارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال.

الفرع الاول: شروط متعلقة بموضوع التفويض

حتى نكون امام تطبيق من تطبيقات تفويض المرفق العام، كان لزاما ان يكون موضوع هذا العقد تنفذا لمرفق عام. ومما لا شك فيه ان الأنشطة التي تقوم بها الإدارة او تتنازل عن تسييرها للغير ليست كلها من قبيل المرافق العامة. لذا فإن من الضروري تحديد النشاط الذي يتم تفويضه وهل يشكل مرفقا عاما (أولا) لما يمثله هذا العنصر في قيام عملية التفويض. وما مدى قابليته لان يكون محلا لتطبيق هذا التفويض (ثانيا).

أولا: اشتراط وجود مرفق عام

تحتل فكرة المرفق العام مكانة هامة في القانون الإداري، على الرغم من تطور أساليب إدارته. ومع ذلك، لم يتمكن الفقهاء حتى الآن من وضع تعريف شامل للمرفق العام، مما جعل الفقهاء يختلفون كثيرًا في تصورهم لهذا المفهوم. ومع ذلك، يوافق معظم الفقه على أن المرفق العام يعكس إحدى تصورات الدولة[2]. فعلى سبيل المثال، يرى البعض أن المرفق العام هو نشاط تقوم به السلطة العامة لتلبية الحاجات ذات النفع العام[3]، بينما يرى البعض الآخر أنها هيئة عامة تعمل بانتظام على تزويد الجمهور بالحاجات العامة وتستخدم سلطات الإدارة لتحقيق أهدافها[4]. حيث يركز جانب من الفقه على المفهوم المادي للمرفق العام ومؤداه العمل الذي يقوم به المرفق لتحقيق النفع العام، مثل التعليم والصحة والأمن، في حين الجانب الآخر من الفقه يستند في تعريفه الى المفهوم العضوي للمرفق العام مثل الجامعات والمستشفيات العامة[5].

إن المرفق العام يقوم على عنصرين يتمثل العنصر الأول بكون النشاط يشكل مشروعا عاما يخضع لإشراف الدولة، أما العنصر الثاني فيتمثل باستهداف هذا النشاط تحقيق النفع العام. وإذا كان

ابوبكر عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 83 وما بعدها.
لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.183.
3 -LICHERE François, Pratique des partenariats public-privé,2 éditions, LITEC, Paris, 2009, p60.
4 أبو زيد محمد عبد الحميد المرجع في القانون الإداري، الطبعة الثانية، مطبعة العشري، عمان، 2008، ص427.
5 فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 27.

العنصر الأول للمرفق العام لا يثير صعوبة في صدد تحديد كون النشاط يشكل مرفقا عاما، فإن العنصر الثاني، ألا وهو استهداف النفع العام قد تثير عملية تحديده صعوبة في بعض الحالات لأن فكرة النفع العام ليست بالفكرة الجامدة والثابتة وإنما تتسم بالمرونة فهي تتغير بتغير الزمان والمكان وتتأثر بالأفكار السائدة في المجتمع وهكذا فان اعتبار نشاط ما مرفقا عام يكون سهلا بالنسبة لبعض الحالات لأن توافر عنصر المرفق العام يبدو فيه واضحا. لذا فان النشاطات التي تتعلق بتوفير الخدمات العامة كالماء والكهرباء والاتصالات وغيرها لا تثير صعوبة بصدد اعتبارها مرافق عامة.

ولكن الأمر قد يكون غامضا بالنسبة لبعض النشاطات التي لا تظهر فيه فكرة النفع العام بصورة واضحة أو لا يوجد اتفاق علي تحقيقها لهذه الأخيرة وإزاء ما تقدم فان الكشف عن توفر صفة المرفق العام بالنسبة لهذه النشاطات يتطلب تحديد معيار يمكن من خلاله تمييز المرفق العام عن الأنشطة الأخرى.[1]

وحيث ان الثابت، في وجود نص في التشريع أو النظام المتعلق بالمشروع يحدد صفته أو طبيعته كمرفق عام، فإن ذلك يسهل على الفقهاء تحديد طبيعة النشاط الذي يقوم به المشروع، ويمكنهم الاعتماد على هذا النص كمعيار لتحديد صفة المشروع. ومن هذا المنطلق، يتفق غالبية الفقهاء على أن وجود نص يحدد صفة المشروع كمرفق عام يعد أمرًا مفيدًا ومساعدًا في تحديد طبيعة المشروع وتوصيفه، ويساهم في تقليل صعوبة وجهد البحث عن معيار لتحديد صفة المشروع[2].

يمكن القول أن المشرع الجزائري اعتنق المعيار المادي أو الوظيفي لتحديد طبيعة النشاط الممارس في حالة تمثيله كمرفق عام. وينطبق هذا المعيار على جميع الأشخاص (عامة او خاصة)، بغض النظر عن القانون الذي ينتمون إليه، حيث يتم التركيز على طبيعة النشاط ودوره في تحقيق المصلحة العامة بدلاً من الجانب القانوني الذي يختلف من شخص لآخر.

ويتأكد هذا التوجه [3] من خلال الاطلاع على القانون رقم 02-01 المتعلّق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الذي ينص في مادته الأولى على ما يلي:" يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة على النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه بواسطة القنوات.

يقوم بهذا النشاط طبقا للقواعد التجارية أشخاص طبيعيون أو معنويون خاضعون للقانون العام أو الخاص ويمارسونها في إطار المرفق العام".

وبهذا النحو، يتضح أن المعيار المادي أو الوظيفي يعد أساسًا مهمًا لتحديد طبيعة المشروع الذي يعمل كمرفق عام.

1 أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 85.
2 محمود محمد حافظ نظرية المرفق العام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، صـ 32.
3 فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 27.

يُرى في الفقه والقضاء خارج إطار التحديد التشريعي أنَّ العامل الحاسم في تحديد طبيعة المرفق العام هو النية الحقيقية للسلطة العامة[1]. ويعتمد القضاء على الأدلة المختلفة، بما في ذلك الظروف المحيطة بإنشاء المرفق والقواعد التي تنظمه وتديره. وتختلف أحكام القضاء الإداري الفرنسي في تقييم هذه الأدلة والظروف المختلفة، ومن بين هذه الأدلة إنشاء المشروع والتبعية الكاملة للسلطة العليا والتمتع بامتيازات السلطة العامة وتحمل بعض الأعباء الاستثنائية والتركيز على استهداف النفع العام. وعادةً ما يستخرج القضاء الفرنسي النية الحقيقية للسلطة العامة من مجموع هذه الأدلة والظروف[2].

يُعد معيار نية السلطة العامة أكثر فعالية في تحديد طبيعة المرفق العام من معيار طبيعة النشاط الذي اعتُمد في الماضي. فالاعتماد على معيار طبيعة النشاط كان يعني أن بعض المشروعات قد تكون قابلة للتحويل إلى مرافق عامة، في حين أن معيار نية السلطة العامة يستبعد تمامًا هذا الاحتمال ويؤكد على أهمية النية الحقيقية للسلطة العامة في تحديد المرفق العام[3].

ويساعد استخدام معيار نية السلطة العامة القضاء في تكييف فكرة المرفق العام وفقًا للظروف والأحوال السائدة. وبالتالي، فإنه يمكن تجنب تحويل المشروعات التي لا تسمح طبيعتها بأن تصبح مرافق عامة، وبالتالي تجنب إضافة المزيد من المرافق العامة غير الضرورية.

يمكن القول بأن القضاء الإداري الفرنسي نجح في تحقيق تكييفه لفكرة المرفق العام من خلال استخلاص نية السلطة العامة كمعيار شخصي لتحديد المرفق العام[4]. وقد أثار هذا الأمر جدلاً حول

---

1 زهدي يكن، التنظيم الإداري، دار الثقافة، بيروت، 1975، صـ 129.

2 محمود محمد حافظ نظرية المرفق العام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 45.

3 زهدي يكن، مصدر سابق، صـ 130.

4 فيما يتعلق **بنشـاط المسـارح الوطنية**، فقد تردد مجلس الدولة الفرنسـي في البداية في اعتبار هذه المسـارح مرافق عامة. ومع ذلك، بدءًا من عام 1923، قرر المجلس بأن يجب اعتبار هذه المسـارح مرافق عامة، بما أنها تسـاهم في ازدهار الفن في فرنسـا، وتعتبر جزءًا من وظيفة الدولة بتعزيز الثقافة والفن في المجتمع وتعزيز الحضـور الثقافي للمدينة. زهدي يكن، مصدر سابق، صـ 131.

-نشـاط الكازينوهات : ففي بداية الأمر ذهب مجلس الدولة في حكم معزول سنة 181 إلى إعطاء صفة المرفق العام لنشـاطات الكازينوهات إذ وصـف عقد اسـتثمار كازينو في داخل مؤسـسـة اسـتحمام بمياه معدنية بأنه مرفق عام ولكنه عاد وتراجع عن حكمه هذا بشكل ثابت منذ سنة 1922 فحكم بمناسبة الفصل في طبيعة عقد بناء كازينو مدينة سان مالو برفض الطبعة الإدارية للعقد لأن المؤسـسـة لم تكن مخصـصـة لتأمين مرفق عام، وفيما بعد عرض موضـوع عقد اسـتثمار هذا الكازينو نفسه علي القاضي الإداري الذي رفض أيضا وصفه بالعقد الإداري، إذ لك لم يكن الأمر يتعلق برأيه بامتياز مرفق عام. إلا أن تطورا حدث بعد ذلك في موقف مجلس الدولة وشهد علي الصعوبات المتصلة بالاعتراف بالنشاط المرفقي، ففي قراره في قضـية مدينة روان وآخرون، عاد المجلس سـنة 1966 إلى اجتهاد الأولى، ووضـح آن عقد اسـتثمار كازينو هو تفويض مرفق عام وقد أسـس حكمه هذا علي أن عقد الاسـتثمار له طابع مرفقي لأنه عقد لمصـلحة تنمية المحطة السـياحية ولاستحماميه، وبالنتيجة فان هناك أيضا صلة قوية جدا بين الكازينو والمصيف الذي من دونه سيكون وصفه بالمرفق العام مستحيلاً. وقد كرر المجلس رأيه سنة 1995 إذ أكد أن نشاط مستثمري الكازينوهات يساهم في " التنمية السياحية " وأخيرا في سنة 2003 وضح المفوض (متيجافيل) في مطالعته بقضية بلدية راماتويل التي اخذ المجلس بما ورد فيها من طلبات بان صفة المرفق العام يجب إلا تسحب من الكازينوهات لأنها تسهم في " التنشيط الثقافي والسياحي. ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 87.

عدد من النشاطات التي تم إضفاء صفة المرفق العام عليها، لكن الاستناد إلى معيار نية السلطة العامة يبدو أنه يعطي المرونة اللازمة لتكييف مفهوم المرفق العام وفقًا للظروف والأحوال المختلفة.

ولعل من المهم ان نؤكد أن الدول التي تعتمد على التفويض كطريقة لاشتراك الغير في تنفيذ المرافق العامة، يتم وضع شرط أساسي في كون محل التفويض يمثل مرفق عام وجوبا.

في تونس، يجب أن يكون محل اللزمة مرفق عمومي. ويعني ذلك أن التفويض لا يمكن أن يصدر لصاحب اللزمة للتصرف في ممتلكات خاصة أو غير عمومية. وهذا يأتي تماشيًا مع مفهوم التفويض والذي يتمحور حول استخدام القطاع الخاص في تنفيذ المرافق والخدمات العامة لصالح المجتمع. ولذلك، يتطلب التفويض أن يكون محل التفويض مرفقًا عامًا وليس ممتلكات خاصة أو غير عمومية.

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من قانون اللزمات رقم 123 لسنة 2008 في تونس على أن الغرض من التفويض هو تخويل المفوض له أو صاحب اللزمة بالتصرف في مرفق عمومي، أو استعمال، أو استغلال أملاك ،أو معدات عمومية.

وعلى ضوء ما سبق، فإن فكرة المرفق العام هي إحدى الأفكار التي يصعب تحديدها، بالنظر إلى عدم دقة المعايير القضائية. غير أن التعريف البسيط للمرفق العام، مؤداه أن نشاطا ما يشكل مرفقا عاما، إذا توافر شرطان:

أما الشرط الأول، فهو أن يرتبط النشاط، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، بشخص عام. أي أننا بصدد ارتباط عضوي بين النشاط وبين شخص عام.

أما الشرط الثاني، فهو أن يتم ممارسة النشاط بقصد تحقيق المصلحة العامة. وهذا الشرط يتعلق بالفكرة الموضوعية أو الوظيفية للمرفق العام، وهي فكرة تتعلق بالهدف من النشاط[1].

-**استغالا شبكة الكابلات** : إذ رأي مجلس الدولة أن استغلال شبكة الكابلات يشكل مرفقا عاما، إذا كان المتعاقد الذي عهد إليه بهذا الاستغلال يتمتع بعدم المنافسة علي الأقاليم الذي تغطيه الشبكة وإذا كان للأفراد المقيمين فيه حق المساواة في الحصول علي الخدمة، وان هذه العقود تعهد إلى المتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق، نعتبر بالتالي عقود مرفق عام.
محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مصدر سابق، صـ 28.

=== **استغلال الطاقة الهيدروليكية**: أقر مجلس الدولة في رأى بتاريخ 1995/11/28 أن امتيازات الطاقة الهيدروليكية تعهد دائما للملتزم بإدارة مرفق عام. واستند المجلس في هذا الرأي إلى عدة اعتبارات " فالقانون يلقى على عاتق الملتزم، من أجل ضمان أفضل استخدام للطاقة الطبيعية من مساقط المياه واشباع حاجات الجماعة، عددا من الالتزامات فيما تتعلق بتوريد التيار، والحد الأقصى للتعريفة، واحتياطي الطاقة الذي يجب وضعه بتعريفه تفضيلية للمرافق العامة وبعض الأنشطة المتعلقة بالمصلحة العامة، والأشغال التي يجب تنفيذها في اطار الهدف. كما يعهد القانون أيضا للملتزم بعدد من الامتيازات فيما يتعلق بالأشغال المؤقت والدائم للملكية الخاصة. كما يسمح القانون في بعض الأحيان بمساهمة الدولة في الالتزام، كما يتضمن النص أيضا على عودة المنشأت إلى الدولة في نهاية الالتزام. وكل هذه العناصر يشكل نظاماً قانونيا لمرفق عام. نفس المرجع، ص 40.

1 محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 33.

واذا كان اعتبار طبيعة المرفق شرطا جوهريا لنكون بصدد نظام التفويض، فإنه من الثابت أيضا اشتراط ان يكون هذا الأخير قابلا لتفويض. فما المقصود بهذا الشرط؟ هذا ما سوف نعالجه الآن.

ثانيا: اشتراط قابلية المرفق العام لتفويض

ان قوام تقنية تفويض المرافق العامة بُني وتأسس وفق عناصر وشروط ميزته عما يشابهه من عقود، فكان وجود المرفق العام أساسا في بناء حلقاته، ويُعد حجر الزاوية الذي يقوم عليه التفويض، غير أن المتتبع لتصنيف المرافق وفق طائفة التفويض يظهره له نوعين. منه ما يمكن اسناد تسييره الى جهات خاصة[1]، وهي مرافق معنية بالتفويض (1).ومرافق غير قابلة لتفويضها (2).

1. المرفق القابلة للتفويض

إن المرفق العام وقابليته لتطبيق التفويض يتوقف على تلاؤمها مع هذه التقنية. وتجدر الإشارة إلى أن المرافق العامة تتنوع وتنقسم وفقًا للاجتهاد والفقه إلى مرافق عامة اقتصادية استثمارية ومرافق عامة إدارية صرفة. وبناءً على ذلك، فإن السؤال المطروح هو هل تصلح جميع المرافق العامة لتطبيق تقنية التفويض، أم أن هذه التقنية ترتبط بطبيعة المرفق العام وتلاؤمه معها.

ام هناك منها من يتمتع بقابلية التفويض دون سواه من المرافق العامة؟

من حيث المبدأ، جميع المرافق العامة إدارية أم استثمارية قابلة لأن تكون موضوعا لتقنية التفويض، هذه القابلية قد يعبر عنها بالنص أو وفقاً للاجتهاد، وأيضاً بصورة عكسية إن أي قيد أو مانع على مبدأ جواز تطبيق تقنية التفويض على جميع المرافق العامة يأتي النص أو الاجتهاد ليعلن عنه[2].

فعلى الرغم من أن المرافق العامة الاقتصادية هي الأكثر قابلية للاستثمار وتحقيق العوائد المالية (أ)، إلا أن التقنية الحديثة للتفويض يمكن تطبيقها على مختلف أنواع المرافق العامة، بما في ذلك المرافق الإدارية (ب). فباستخدام هذه التقنية، يمكن تحسين إدارة المرافق العامة بصورة عامة، سواء كانت اقتصادية أو إدارية، وتحسين جودة الخدمات التي يقدمها هذه المرافق للجمهور.

أ- المقاربة بين المرفق العام الاقتصادي ولآلية تفويض المرفق العام:

يعتقد أغلب الفقه أن المرافق العامة الاستثمارية هي المجال الأنسب لتطبيق تقنية التفويض، بل ذهب لأبعد من ذلك اذ عده من بين المرافق العامة التي تتجلى فيها هذه التقنية تطبيقا وانتشارا. ويرجع السبب في ذلك إلى النتائج المالية الإيجابية المحصلة من منتفعي المرافق الناتجة من عوائد الاستثمار.

1 معمري المســـعود، زهيرة دبيح، تفويض المرفق العام قراءة في المفهوم والآليات، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 5/ العدد 18/(2020)، ص 342.

2 وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009. ص 222.

اذ تشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري الجزء الأكبر من المرافق العامة موضوع التفويض، على اعتبار أن الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفيدين من خدماته[1].

هذه الملاءمة الواسعة بين المرفق العام الاستثماري من جهة وتقنية التفويض من جهة أخرى دفعت بالبعض إلى إيجاد معادلة مفادها أن كل تفويض لإدارة واستثمار مرفق عام هو حتماً قرينة على أن المرفق العام موضوع التفويض له الطابع الاستثماري. هذا ما أعلنه مفوض الحكومة M.Meric في قضية Epoux Herbert حين استنتج من اتباع تقنية التفويض قرينة على وجود مرفق عام استثماري[2].

لعل الملاءمة بين تقنية التفويض والمرافق العامة الاستثمارية تجد أساسها في التالي:

- فكرة الاستثمار وما يرتبط بها من نتائج مالية.

– الأعباء والمخاطر التي يتحملها المستثمر، بحيث يصبح مسؤولاً مبدئياً عن كل الخسائر وبمعنى آخر عن نتائج الاستثمار.

- العلاقة بين المستثمر والمنتفعين الذين يساهمون مباشرة في تمويل استثمارات المستثمر من خلال الثمن الذي يدفعونه مقابل الخدمة المؤداة[3].

وعليه، فإن عوامل الربح والخسارة المتعلقة بالمشاريع الخاصة تنطبق بشكل كبير على المرافق العامة الاقتصادية، مما يجعل تقنية التفويض تتواءم للاستخدام في إدارتها واستثمارها بنفس الطريقة التي يتم بها تطبيق هذه التقنية في المشاريع الخاصة. وبالتالي، يسهل تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة الاستثمارية نظرًا لأنها تعتبر متشابهة إلى حد كبير مع المشاريع الخاصة في هذا الصدد.

ونفس الأمر بالنسبة للمنظومة القانونية الجزائرية فالمتتبع للنصوص القانونية التي تتيح إمكانية منح امتياز المرفق العام (باعتباره الوجه الأقدم لتقنية تفويض المرفق العام) يجد أن غالبية المرافق هي مرافق ذات طبيعة اقتصادية، بالرغم من أنه لا يوجد نص صريح يحضر الامتياز في المرافق الإدارية، إلا أن طبيعتها وعدم ربحيتها فرض واقع يقر بعدم إمكانية الاستثمار فيها[4].

ب- المقاربة بين المرفق العام الاداري وآلية تفويض المرفق العام:

لقد اعترف الفقه والاجتهاد القضائي بقابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض، ففي فرنسا كرس الاجتهاد ومنذ فترة طويلة هذه القابلية من خلال العديد من القرارات، أولها القرار الصادر في قضية Terrier حين وصف القضاء مهمة التعاقد مع البلدية من أجل التخلص من الأفاعي. قائلا بأنها امتياز

1 P. Limouzin-Lamothe: La pratique de la delegation de service public. AJDA. 1996. p 574.
2 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 230.
3 وليد حيدر جابر، نفس المرجع، ص 230.
4 بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 74.

لمرفق عام إداري. فمجلس الدولة الفرنسي أعلنها بصورة صريحة ومباشرة قابلية المرافق العامة الصناعية التجارية والإدارية للتفويض دون تمييز أو مفاضلة، وذلك بقوله " أن الطابع الإداري لمرفق عام لا يمنع الجماعة الإقليمية من اسناد تنفيذه لأشخاص خاصة[1]".

تم تفسير وتأكيد هذا الرأي من قبل وزير الداخلية الفرنسي في التعليمة التي صدرت في 7 أبريل 1987، حيث أشار إلى أن الجماعات المحلية وخصوصاً البلديات يمكنها اللجوء إلى التفويض، ليس فقط بالنسبة لمرافقها العامة الصناعية والتجارية، وإنما أيضاً بالنسبة لبعض مرافقها العامة الإدارية. ومع ذلك، لا يجب أن تؤدي هذه الإمكانية إلى جعل كل مرفق عام إداري قابلا للتفويض بالضرورة إلى شخص خاص، بل يتم النظر في كل حالة على حدى لتحديد ما إذا كانت هناك حاجة حقيقية للتفويض[2].

وفقًا لهذه الآراء، فإن القضاء الإداري[3] قد نفى صحة بعض أراء الفقهاء التي تربط بين نوع الوسيلة في إدارة المرافق العامة وطبيعته، حيث أكد أنه لا يوجد أي تفرقة بين المرافق الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية بشأن الملاءمة في تقنية تفويض المرفق العام، وذلك بزعمهم أن المرافق العامة الاقتصادية هي المثال الأبرز والوحيد لتطبيق تقنية التفويض في إدارتها. وبالتالي، يمكن استنتاج أنه لا يوجد أي تأثير لنوع الوسيلة المستخدمة في إدارة المرافق العامة على طبيعته، ويمكن تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة بغض النظر عن نوعها.

وعلى وجه آخر أرست عدة آراء لمجلس الدولة الفرنسي دعائم أماطت اللثام على التوجه الداعي بقابلية تفويض المرفق العام الإداري، نذكر منها:

- رأي لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1986:

"الطابع الإداري للمرفق العام لا يمنع الجماعة المحلية من توكيل تنفيذه لأشخاص خاصة، إلا بعض المرافق بسبب طبيعتها أو إرادة المشرع بان تسير بطريقة مباشرة من طرف الجماعة المحلية"

تلى هذا الرأي رأي أخر لمجلس الدولة ضمن نفس السنة أكد فيه ما سلف مع بعض التبيان جاء فيه:

"certains services publics administratifs ne peuvent être délégués qu'en partie lorsqu'ils associent un aspect " Marchand " à une activité non délégable". [4].

1 بركبية حسام الدين، نفس المرجع، ص 75.

2 Ibid. P47. " Les collectivités locales, et en particulier les communes, peuvent ainsi recourir à La gestion déléguée non seulement pour leurs services publics industriels et commerciaux Mais également pour certains de leurs services publics administratif. Cette faculté n'implique Pas évidement que la gestion de tout service public administratif susceptible d'être déléguée à Une personne privée doive l'être nécessairement".

3 Marcou, op. Cit, p 698

4 CE, 07 octobre 1986. Cité par BEZANCON Xavier, Op.cit., p 74..223 أورده وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص

اعتبر بعض الفقه، مثل الأستاذ G. Marcou، أنه لا يوجد توافق بين آلية التفويض المستخدمة في إدارة المرافق العامة وبين المرافق العامة الإدارية. ويرى الأستاذ أن المرافق العامة الاستثمارية هي المثال الأبرز والوحيد لتطبيق تقنية التفويض[1].

ومن ناحية أخرى، يتفق غالبية الفقهاء مع وجهة نظر القضاء الإداري بشأن قابلية التفويض للمرافق العامة الإدارية والاستثمارية، وذلك من حيث المبدأ. فقد اعتبر العميد دوجيه في تصوره، الذي تبعه فيما بعد العميد جيز، أنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون المرافق العامة الإدارية غير قابلة للتفويض موضوعا للامتياز. وبالمثل، اعتبر الأستاذ Negrin في أطروحته أن دور أشخاص القانون الخاص في تحقيق وتنفيذ المرافق العامة لا يقتصر على المرافق الاستثمارية فحسب، بل يمتد أيضًا ليشمل المرافق الإدارية[2].

رغم أن التشريع والعلم والاجتهاد قد وافقوا على تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة بغض النظر عن طبيعتها، إلا أن هذا التطبيق يظل نسبيًا في الواقع. فالمرافق العامة الاستثمارية تعتبر الميدان الأمثل والأوضح في تطبيق تقنية التفويض نظرًا لخصائصها والوسائل المستخدمة في تحقيقها.

كان لبعض الفقه موقفا مؤيد للاجتهاد في تحديد قابلية المرافق الإدارية للتفويض، حيث اعتبر الأستاذ Delvolvé أن المرافق العامة الاقتصادية تكون أكثر ملاءمة للتفويض، ولكن المرافق العامة الإدارية لها أيضًا مكانتها في تقنية التفويض[3]. إذا ما توفرت فيها بعض الشروط، مثل القدرة على تحقيق المصلحة العامة بطريقة أفضل. ومن هذا المنطلق، يمكن استنتاج أن تفويض المرافق العامة الإدارية ضرورية لتحسين عمل المؤسسات الإدارية وتحقيق المصلحة العامة.

أما في الجزائر فإن القانون لم يمنع أو يفرق بين المرافق العامة القابلة وغير القابلة للتفويض ولم يحدد مجال التطبيق، هذا ما يجعل جميع المرافق العمومية قابلة للتفويض سواء كانت إدارية، ثقافية أو اجتماعية، ما لم يكون هناك مانع قانوني من قبل المشرع صراحة[4].

حيث اعتبر المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري من المرافق العامة الأكثر قابلية للتفويض. كما أنه بموجب النص المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجده استعمل عبارات واسعة لطبيعة المرافق التي يتم تفويضها، إذ ترك السلطة التقديرية للإدارة لتحديد طبيعة المرافق العامة المراد تفويضها، وذلك باعتبار أن المرافق العامة الإدارية وكذلك المرافق الاجتماعية ممكن تفويض تسييرها إلى الغير[5].

---

1 G. Marcou. Op. Cit. RFDA 1994. P. 698.

2 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 224.

3 P. Delvolvé, Op Cit, P 675

4 بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 76.

5 عصـام صـبرينة، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصـناعي والتجاري في القانون الجزائري. أطروحة لنيل شـهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الجزائري. جامعة مولود معمري - تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2020. ص 38.

2. المرافق غير قابلة لتفويض

بشكل عام، يُعتبر تفويض المرافق العامة الاستثمارية والإدارية أمراً مقبولاً. ومع ذلك، فإن الفقه والاجتهاد قد وضعوا استثناءً على هذا المبدأ فيما يتعلق بالمرافق العامة الإدارية. ويعكس هذا الاستثناء رأياً أعطاه مجلس الدولة الفرنسي[1]، والذي يوضح أن بعض المرافق العامة الإدارية يجب أن تكون محفوظة للجهات الحكومية فقط، ولا يمكن تفويضها للقطاع الخاص. وهذا يعتمد على طبيعة المرفق العام وإرادة المشرع التي قد تتطلب الحفاظ عليها حصرا ضمن الجهة الحكومية المعنية.

وعلى ضوء ما سبق يتضح لنا بأن آلية تفويض المرفق العام لا تتلاءم مع جميع المرافق العامة الإدارية. فماهي المرافق التي لا تصلح ان تكون موضوعا لتفويض؟

وللإجابة على ذلك سندرس المرافق العامة الإدارية التي لا تصلح للتفويض، والتي تشمل بشكل رئيسي المرافق السيادية المرتبطة بسيادة الدولة (أ)، مثل القضاء والأمن والدفاع والضرائب، بالإضافة إلى المرافق غير السيادية (ب) التي تفتقر إلى عناصر جوهرية لآلية التفويض للمرافق العامة.

أ. مرافق سيادية

هي تلك المرافق التي يتم إنشاؤها وتشغيلها من قبل الدولة وتعتبر مسؤوليتَها الرئيسية، ولا يمكن تفويضها للجهات الخاصة. وتشمل هذه المرافق النوع الذي يرتبط ارتباطًا وثيقًا بنشاط الدولة ومهامها الجوهرية، ويتضح ذلك بشكل واضح من خلال ممارسات السلطة العامة والامتيازات الممنوحة لها. ومن هذه المرافق القطاعات الحيوية مثل القضاء والأمن والدفاع والضرائب، وغيرها من المرافق التي تحتاج إلى تدخل مباشر من الحكومة لتحقيق أهدافها.

تُعَدُّ المرافق التي تتولاها الدولة دستوريًا من أهم الأمثلة التي تظهر فيها امتيازات السلطة العامة، ولذلك فإنه لا يمكن تفويض إدارتها لأطراف اخرى، ولا سيما القطاع الخاص، وخاصةً إذا كانت تلك المرافق تتضمن مهاماً سيادية. فمثلاً، لا يمكن تسليم الأمن الداخلي أو الخارجي لصالح أفراد يخضعون للقانون الخاص، كما أنه من غير المنطقي تفويض إدارة المرفق القضائي لأطراف أخرى.

يعد استخدام حجة الاحتكار والاختصاص في تلك الأنشطة والخدمات مميزًا لصلاحية السلطة العامة التي لا يمكن التخلي عنها أو تسليمها للقطاع الخاص. فهذه الأنشطة والخدمات تتطلب مستوى عالٍ من الخبرة والمعرفة والمسؤولية والتحكم في الأمور الحساسة والإستراتيجية، وبالتالي لا يمكن تركها لأي كان، سواء كانوا من القطاع الخاص أو غيره. ولذلك فإن احتكار تسيير تلك المرافق والخدمات بيد الدولة هي مظهر آخر لصلاحياتها الحصرية في إدارة وحماية المصالح العامة.

---

1 Avis de 11 mars 1958 - AJDA 2002. P. 894.

جاء فيه: "Sous reserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle – même"

تتعلق هذا الرؤية بقرار وزير الداخلية الفرنسي الصادر في 7 أغسطس 1987[1]، والذي ينص على أن المرافق التي تدخل في جوهر امتيازات السلطة العامة، مثل مهام الشرطة والتدابير التنظيمية، لا يمكن تفويضها. وبمعنى آخر، يجب أن تؤدي هذه المهام الحكومية بشكل مباشر من قبل السلطات الحكومية المختصة ولا يمكن الاستعانة بمرافق خاصة أو شركات أمن خاصة لتأدية هذه المهام.

يأتي هذا القرار في إطار الجهود التي تبذلها الحكومة الفرنسية للحفاظ على الأمن والنظام العام، وتضمن الحفاظ على سيادة الدولة وسلطتها في تنظيم الشؤون العامة. ويهدف القرار أيضًا إلى ضمان عدم تدخل أي جهة خارجية في تنفيذ المهام الحكومية، وحماية الحقوق والحريات العامة للمواطنين.

ومن المهم الإشارة إلى أن هذا القرار لا يمنع الحكومة من الاستعانة بالشركات الخاصة لتأمين مرافق الأمن والحماية الخاصة، مثل تأمين الحدود والمطارات والمنشآت الحيوية الأخرى. ولكنه يحظر استخدام هذه المرافق لتنفيذ مهام حكومية أساسية، مثل مكافحة الجريمة والحفاظ على النظام العام.

هذا التوجه ايده الأستاذ Duez حيث ينبغي أن يكون من صلاحيات السلطة العامة فقط تحديد تنظيم الخدمات العامة وإدارتها، ولا يمكن للإدارة التخلي عن حقها في تغيير هذا التنظيم"[2].

يعكس هذا البيان مبدأ السيادة الوطنية والسلطة العامة، حيث تتولى الحكومة مسؤولية تنظيم الخدمات العامة وتحديد سياساتها وتنفيذها، ولا يمكن لأي جهة أخرى، بما في ذلك الإدارة نفسها، أن تتدخل في هذه الصلاحية.

وبشكل عام، فإن هذا المبدأ يعتبر جزءًا أساسيًا من النظام الدستوري للعديد من الدول، ويهدف إلى ضمان حماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين، وضمان تنظيم الخدمات العامة بشكل فعال وفقًا للمصالح العامة.

ومنه اتجه اغلب الفقه الى أن مرفق الشرطة يعد من المرافق السيادية التي لا يمكن تفويضها إلى أي طرف آخر غير الجماعة العامة. ويعتبر تفويض مهام الشرطة لأي شخص خاص خروجاً عن مهام الجماعة العامة ومسؤولياتها التنظيمية. وبالتالي لا يمكن القيام به. وتشمل خدمات الشرطة المتعلقة بالرقابة والإشراف والحراسة على الطرقات العامة ومحطاتها مهام تدخل في امتيازات السلطة العامة ولا يمكن تفويضها[3].

---

1 Circulaire du ministre de l'Intérieur du 07 Aout 1987, relative à la gestion des services publics locaux par les personnes publiques, J O N° 20 du décembre 1987.

2 P. Duez - Indépendance des autorités législatives et réglementaires. Thèse Lille 1914. P. 275.

النـــص : "C'est à la puissance publique seule qu'il appartient de fixer l'organisation des services publics et l'administration des services publics et l'administration ne peut renoncer au droit de modifier cette organisation''

3 أنظر في لك:

-A. De Laubadère. Traité de droit administratif. Tome 1. 3e édition. Paris 1963. N° 967.

- F. Gartner, l'extension de la répression pénale aux personnes publiques - RFDA. 1994. P. 134.

كما يعتبر الأستاذ Frier انه لا يمكن للجماعة العامة أن تتخلى عن مسؤولياتها في تقديم خدمات الشرطة وتنظيمها، ولا يجوز ان يكون مرفق الشرطة موضوعا لتفويض هذه المهام لأي شخص خاص، وإذا تم ذلك فإنه يعد مخالفة فاضحة، وبالتالي إن الاجتهاد يعاقب بشدة هذا النوع من التصرف اللامشروع[1]. يتمثل دور الشرطة في الحفاظ على النظام العام والأمن والسلامة العامة، وهو من مسؤوليات السلطات العامة والتي لا يمكن التنازل عنها لأي جهة أخرى.

وفي ذات السياق اعتنق الأستاذ Moreau حضر تطبيق التقنية التعاقدية في مهام مرفق الشرطة، وذلك لأنه يعتبر أنه غير مسموح بتعاقد الخدمات التي تتعلق بوظائف الدولة السيادية، ولا سيما في مرفق الشرطة[2].

ويتمثل السبب وراء هذا الاجتهاد في أن الخدمات التي يقدمها مرفق الشرطة هي جزء من وظائف الدولة السيادية، وتتطلب حماية وتحقيق المصالح العامة، وبالتالي يجب أن تتم تلك الخدمات من قبل موظفين عموميين يتم توظيفهم وتدريبهم وفقًا للمعايير والمقاييس التي تحددها الحكومة.

ومن هذا المنطلق، يعتبر الاجتهاد أن تعاقد الخدمات المتعلقة بوظائف الدولة السيادية، وخاصة في مرفق الشرطة، يشكل تهديدًا للمصالح العامة والأمن الوطني[3]، وبالتالي ينبغي أن يتم تنفيذ تلك الخدمات من قبل موظفين عموميين مدربين بشكل جيد ومتخصصين في مجالاتهم.

تتمثل القاعدة العامة فيما يتعلق بالمرافق المرتبطة بوظائف الدولة السيادية، مثل مرفق الشرطة ومهام التنظيم المدني والرقابة والإشراف في أنها ليست محلاً لتفويض. وهذا ينطبق على المهام التي تتطلب تطبيق امتيازات السلطة العامة وتؤثر على جوهرها.

فعلى سبيل المثال، فإن التقنية التعاقدية لا يجوز تطبيقها في مهام مرفق الشرطة، وكذلك فإن أعمال التنظيم المدني والرقابة والإشراف تشكل نشاطات مرفقية بطبيعتها غير قابلة للتفويض حتى ولو كان هذا التفويض يرد على الإدارة فقط. لأنه يتعلق بجوهر السلطة العامة[4]. ولا يمكن للإدارة التنازل عن حقها في تغيير هذه المرافق وتنظيمها كما تراه مناسباً لتحقيق الأهداف العامة.

وبالتالي، يمكن القول إن القاعدة العامة هي أن المرافق المرتبطة بوظائف الدولة السيادية ليست محلاً للتفويض، ولا يمكن للإدارة التنازل عن حقها في تنظيمها وتعديل تنظيمها بما يتناسب مع المصالح العامة.

وبخلاف ما جرت به العادة، يمكن للدول أن تتبنى سياسات وممارسات مختلفة فيما يتعلق بتفويض بعض المهام التي تعود بشكل تقليدي على مرفق الشرطة للقطاع الخاص، وذلك بناءً على طبيعة النظام القانوني والاجتماعي والاقتصادي والسياسي في تلك الدول.

---

1 P.L. Frier - Le droit de construire vendu aux enchères - RFDA 1989. P. 809.

2 Jacques Moreau. De l'interdiction faite à une autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuelle - AJDA 1965. P. 3.

3 CE 17 juin 1932. Ville de castelnaudary. Rec. Leb. P. 595.

4 معمري المسعود، دبيح زهيرة، تفويض المرفق العام، قراءة في المفهوم والاليات، مرجع سابق، ص 342.

فعلى سبيل المثال، يمكن أن يتم تفويض بعض المهام التي تتعلق بالأمن والسلامة إلى الشركات الخاصة في بعض الدول، مثل توفير حراسة أمنية للمنشآت الصناعية أو العامة. ومن الأمثلة الأخرى، فإن بعض الدول تسمح بتقديم خدمات الأمن والحماية من خلال شركات أمن خاصة في بعض المجالات مثل الحماية الشخصية أو الحماية الفعالة للممتلكات.

وهذا ما شهدته بعض الدول حقا، مثل سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية حيث تبنت اتجاهًا حديثًا يجيز للقطاع الخاص تولي بعض المهام التي يتولاها مرفق الشرطة، وذلك من خلال شركات خاصة. وقد أقرت ولاية فرانسيسكو بإتاحة خدمات الشرطة للأفراد بصورة خاصة مقابل دفع مبلغ مالي[1].

ومع ذلك، فإن تفويض بعض المهام التي تعود بشكل تقليدي على مرفق الشرطة إلى القطاع الخاص يتطلب دراسة دقيقة للمشكلات القانونية والأخلاقية والاجتماعية والسياسية المرتبطة بذلك. يجب أن تكون هذه الممارسات مرتبطة بالإطار القانوني والتنظيمي الذي يضمن حماية حقوق وحريات المواطنين والمصالح العامة، وذلك لضمان عدم انتهاك مبادئ العدالة والنزاهة والشفافية وحقوق الإنسان.

وعلى الرغم من ذلك، بدأ القطاع الخاص يتولى مهام حفظ الأمن في العديد من البلدان، وذلك من خلال ظهور شركات متخصصة في هذا المجال. وتشهد هذه الشركات نمواً استثنائياً، خاصة في الولايات المتحدة، حيث تشارك في مهام عسكرية وأمنية تفوق نطاق الأمن العام، حيث لجأ البنتاغون إلى تعاونها في العمليات العسكرية، بما في ذلك المهام الاستخباراتية وحماية المواقع الحساسة وحراسة القوات العسكرية التي تشارك في العمليات الخارجية. وقد لعبت هذه الشركات دوراً بارزاً في الحرب الأمريكية على العراق، حيث استخدمت أكثر من عشرين ألف عنصر أمني خاص[2].

وفي نفس الاتجاه لوحظ تغيرات طرأت على مرفق السجون في بعض الدول حيث يتم التفويض للقطاع الخاص لتنفيذ العقوبات بدلاً من الحكومة. ويعتبر هذا التغيير الذي يرمي إلى التمييز بين الحكم بالعقوبة وتنفيذ العقوبة، حيث ينبغي أن يتم الحفاظ على سيادة الدولة فيما يتعلق بالحكم بالعقوبات، ولكن تنفيذ العقوبات يمكن أن يتم بواسطة القطاع الخاص[3].

ويمكن تفسير هذا التغيير بأن القطاع الخاص يمكن أن يقوم بتنفيذ العقوبات بكفاءة أكبر، مما يتيح فرصة أفضل لإعادة تأهيل المساجين وتحويلهم إلى أعضاء فعالين في المجتمع. وبالإضافة إلى ذلك، يوفر التفويض للقطاع الخاص فرصة للحد من الاعتماد على الحكومة في تنفيذ العقوبات وتخفيف العبء الذي تتحمله الحكومة في هذا الصدد.

1 أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 39.
2 أبو بكر أحمد عثمان، نفس المرجع، ص 39 وما بعدها.
3 محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 48.

ويمكن استنتاج أن هذا النهج يتطلب مستويات عالية من التحكم والرقابة، وهذا ما تم التأكيد عليه في قانون السجون الفرنسي[1] الذي يسمح بتفويض إدارة السجون للأشخاص ذوي الخبرة في القانون، مع استثناء بعض الوظائف الرئيسية مثل القيادة والرقابة والإدارة التي يتم توليها بواسطة الحكومة.

ب. مرافق غير سيادية

تعتبر المرافق العامة غير السيادية من المرافق التي تقدم خدمات عامة للمواطنين والمقيمين في الدولة، وتشمل مرافق التعليم الرسمي والصحة والضمان الاجتماعي وإدارة السجون وغيرها من المرافق الضرورية، وتتميز هذه المرافق بأنها لا يمكن تفويضها كاستثناء على مبدأ قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض للقطاع الخاص للإدارة أو الاستثمار.

ويعود سبب عدم قابلية تفويض هذه المرافق للعوامل التقنية، والاقتصادية، والاجتماعية، والقانونية. فمن الناحية التقنية، فإن تقنية التفويض تستند إلى وجود عناصر محددة، مثل وجود ملكية واضحة للمرفق العام، وتحديد المسؤولية المالية والإدارية، وتحديد العائدات المتوقعة من الاستثمار. ومن الناحية الاقتصادية، فإن بعض المرافق العامة غير السيادية لا تحقق عائدات كافية لتبرير الاستثمار الخاص بها، وبالتالي لا يوجد دافع اقتصادي لتفويضها للقطاع الخاص.

ومن الناحية الاجتماعية، فإن المرافق العامة غير السيادية هي ضرورية لتوفير خدمات أساسية للمواطنين والمقيمين، وتعتبر من مسؤوليات الدولة توفيرها بشكل مباشر. ومن الناحية القانونية، فإن بعض المرافق العامة غير السيادية محمية بالقوانين والتشريعات التي تحظر تفويضها للقطاع الخاص.

بشكل عام، تعد المرافق العامة غير السيادية أحد الأسس الرئيسية للتنمية الاجتماعية والاقتصادية وتوفير حياة كريمة للمواطنين، ومن المهم أن توفرها الدولة بشكل مباشر.

وهذا ما تبناه الاجتهاد الفرنسي في هذا السياق حيث تمحور حول احترام النصوص القانونية التي تنص على منع تفويض بعض المرافق العامة الإدارية للقطاع الخاص. ففي حالة قرار فضائي مثل قرار Syndicat des psychiatres français، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض تفويض مرفق عام إداري لوجود حظر بموجب نص قانوني. وهذا يعني احترامه للقانون وتطبيقه بدقة.

1 Article 2 (abrogé) Abrogé par Ordonnance n°2022-478 du 30 mars 2022 - art. 7 Modifié par ORDONNANCE n°2015-899 du 23 juillet 2015 - art. 101 Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées, dans des conditions définies par un décret en Conseil d'Etat. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre d'un marché public prévu au 5° de l'article 35 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

ويمكن فهم هذا الاجتهاد الفرنسي على أنه يعتبر المرافق العامة الإدارية التي تندرج تحت نصوص قانونية محددة كمنعها من التفويض للقطاع الخاص، كأحد الأسس الرئيسية للحفاظ على سيادة الدولة واحترام نظامها القانوني والتشريعي.

ومن المهم أيضًا الإشارة إلى أن هذا الاجتهاد الفرنسي يأتي في إطار الدفاع عن المرافق العامة الإدارية وضمان توفير الخدمات العامة الأساسية للمواطنين، والتي يعد تفويضها للقطاع الخاص أمرًا محفوفًا بالمخاطر والتحديات فيما يتعلق بالمساءلة والشفافية وحقوق المواطنين. ولذلك، فإن الاجتهاد الفرنسي يؤكد على أهمية الاحتفاظ بالمرافق العامة الإدارية تحت إدارة الدولة وتمويلها وتشغيلها بما يحقق الفائدة العامة ويضمن حقوق ومصالح المواطنين.

وفي نفس السياق سار المشرع الجزائري حيث بادر بسن قوانين لمنع تفويض تسيير المرفق العام صراحة، وذلك من خلال أحكام المادة 2 من القانون 03-11[1] الخاص بالنقد والقرض. وينص هذا القانون على أن بنك الجزائر يحصل على امتياز إصدار النقد دون سواه، مما يعني أنه لا يمكن لأي جهة أخرى في الجزائر إصدار النقد.

تأتي هذه الخطوة ضمن الإجراءات التي يتخذها المشرع الجزائري لحماية المرفق العام والمحافظة على استقلاليته وتفادي أي محاولات للتدخل في إدارته. ويعتبر قانون النقد والقرض هذا أحد القوانين الرئيسية التي تسهم في تحقيق هذه الأهداف.

تدل هذه الخطوة على أن الحكومة الجزائرية تولي اهتمامًا كبيرًا بضمان استقلالية المرفق العام، وتحمي مكتسبات الشعب الجزائري، وتسعى جاهدة إلى تطبيق القوانين والتشريعات التي تساعد على تحقيق هذه الأهداف، مما يعكس حرصها على تحقيق العدالة الاجتماعية والحفاظ على مصالح الشعب الجزائري.

والمتتبع للقوانين الجزائرية يجد بأن هناك بعض المجالات التي تتميز بوجود حالات احتكار طبيعية حصرية، وهذا يعني أن هناك موردا أو مرفقا واحدا فقط يمكن للمستهلكين الحصول عليه من خلال مزود واحد ولا يوجد بدائل لهذا المورد أو المرفق.

من بين هذه المجالات، يأتي مرفق الغاز والكهرباء كمثال على الحالات الاحتكارية الطبيعية الحصرية. فقد وضع القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات[2] لعام 2002 إطارا تنظيميا لهذا المجال، ويتضمن هذا القانون العديد من الأحكام التي تهدف إلى ضمان توفير الكهرباء والغاز بشكل مستدام وبأسعار معقولة وبنفاذية عادلة للمستهلكين.

---

1 الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، تنص المادة 2 فق 2 و3 " **يعود للدولة امتياز إصـــدار العملة النقدية عبر التراب الوطني، ويفوض ممارسة هذا الامتياز البنك المركزي دون سواه...**

2 القانون رقم 02 /01 المؤرخ في 2002/02/5 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة الأنابيب.

وتنص المادة 29 من هذا القانون على أن شبكة نقل الكهرباء تعد احتكارا طبيعيا[1]، ويتم تسييرها من طرف مسير واحد، وهذا يعني أنه لا يمكن لأي جهة أخرى تسيير هذا المرفق. ويساعد هذا النص التنظيمي على ضمان استدامة ومرونة توزيع الكهرباء والغاز في الجزائر، وتوفير الاستقرار النقدي في هذا القطاع.

بشكل عام، قد تتواجد مرافق عامة غير قابلة للتفويض بسبب وجود نص قانوني يمنع التفويض في حالات محددة، أو بسبب عدم توافق طبيعة المرفق العام مع تقنية التفويض. ومن الجدير بالذكر أنه يمكن أن يكون المنع في الحالة الأخيرة بسبب عدم توافر الظروف اللازمة لاستخدام تقنية التفويض بكفاءة، وليس بسبب طبيعة سيادية للمرفق العام.

ومن الجدير بالذكر ان تقنية التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام قد تختلف في تطبيقاتها بين الدول، وذلك بناءً على الأوضاع القانونية والسيادية والاجتماعية السائدة في كل دولة. بالاعتماد على قاعدة التمييز بين المرافق العامة التي يمكن تفويضها وأخرى لا يمكن تفويضها، بينما في دول أخرى لا تكون هذه القاعدة ضرورية ولا مهمة.

فعلى سبيل المثال، في فرنسا والجزائر يتم التمييز بين المرافق العامة القابلة للتفويض وأخرى غير قابلة للتفويض، بينما في سويسرا وإيرلندا يمكن تفويض مرفق الشرطة، وفي بعض الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية يمكن للأفراد الحصول على خدمات الشرطة بصورة خاصة مقابل مبلغ من المال، وكذلك هناك بعض الولايات التي تفوض إدارة واستثمار مرفق التنظيم المدني إلى شركات خاصة وكذلك فيما يتعلق بمرفق السجون. ويرجع هذا التفاوت في تطبيق تقنية التفويض بين الدول إلى اختلاف النظم القانونية والسيادية والاجتماعية بينها.

الفرع الثاني: شروط متعلقة بالسمة العقدية لتقنية تفويض المرفق العام

إن تقنية التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام تتطلب وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، أي بين مانح التفويض والممنوح له. وتحتاج هذه العلاقة التعاقدية إلى إحكام تنظيمها من خلال بنود معينة يتم تضمينها في العقد المبرم بين الطرفين، والتي يتم الالتزام بها وفقاً لما جاء فيها. وبالتالي، يجب توافر شروط معينة لتحقيق هذه التقنية وضمان عملية التفويض وفقًا للإجراءات المنصوص عليها في العقد.

الأمر الذي يحتّم علينا دراسة أطراف عقد التفويض. المفوض له، والسلطة المانحة لهذا النوع من العقود(أولا)، وعرض العلاقة العقدية التي يخضع اليها الطرفان (ثانيا).

1 المادة (29)، القانون رقم 02 /01 المؤرخ في 2002/02/5 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة الأنابيب. تنص على انه: **"تعد شبكة نقل الكهرباء احتكارا طبيعيا، ويتم تسييره من طرف مسير وحيد. يتمتع مسير شبكة نقل الكهرباء برخصة للاستغلال يسلمها الوزير المكلف بالطاقة بعد اخذ رأى لجنة الضبط. وتعتبر هذه الرخصة غير قابلة للتنازل عنها."**

أولا: أطراف عقد تفويض المرفق

من المسلم به أن العقد هو اتفاق قانوني بين شخصين أو أكثر، يحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة للطرفين، ولا يمكن تأسيس أي عقد إلا بوجود أطراف متعاقدة، وهذا ينطبق على عقد تفويض المرفق العام كأي عقد آخر. وبالتالي، يتطلب وجود مفوض له ومانح التفويض في هذه الرابطة، حيث يكون طرفا العلاقة التعاقدية مقيدان بالالتزامات المتبادلة المحددة في العقد. ولتوضيح الأمر، سوف نشرح كل من مانح التفويض (1)، والمفوض له (2).

1. مانح التفويض

ان مانح التفويض يعد مناط هذه الالية، والحلقة الجوهرية في مكانة هذه العقود اذ يجب ان يكون شخصا عاما، حيث لا وجود لعقد التفويض بتخلف هذا الشرط على عكس المفوض له الذي يأخذ عدة اشكال كما سنرى لاحقا.

فنستطيع تعريف السلطة المفوضة: بأنها الجهة التي ينعقد لها الاختصاص في اصدار قرار المنح ولها صلاحية ابرام عقد تفويض هذا المرفق مع مفوض له، حيث يكون ضمن اختصاصاتها وتحت مسؤوليتها اشرافا وإدارة.

إن خضوع المرفق العام لتقنية التفويض يستوجب صدور قرار بإبرام عقد التفويض، بحيث تكون السلطة المختصة بإصدار هذا القرار هي تلك التي يدخل المرفق في صلاحياتها وهي كذلك مسؤولة عن إدارته[1].

يُعد شرط وجود الشخص العام طرفًا في عقد التفويض أحد المعايير المميزة للعقود الإدارية بشكل عام، وخاصةً لعقود تفويض المرفق العام. ويجب أن يكون المفوض شخصًا عامًا، مثل الدولة أو الجهات المحلية أو أي هيئة أخرى يمنحها القانون صفة الشخص المعنوي العام[2].

1 محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 105

2 Jean - David DREYFUS, op.cit., p. 39.
- Jean François AUBY, «Délégation de service public et marché public», op.cit., p. 21

يتمثل دور الشخص العام في تلك العقود في تحديد شروط التفويض والرقابة على الأداء والمتابعة المستمرة للشركاء الخاصين المفوضين لإدارة المرفق العام. كما يتحمل الشخص العام المسؤولية الأخلاقية والقانونية فيما يتعلق بتلك العقود وما ينجر عنها من نتائج.

ويمكن ان تكون السلطة مانحة التفويض في عدة صور سنقوم بشرحها تباعا على النحو التالي:

أ-الدولة:

تمارس الدولة جميع الأنشطة التي تتوافق مع وظائفها الأساسية ولها السلطة على جميع إقليم الجمهورية وبالتالي يمكن أن تقوم بتفويض المؤسسات الوطنية أو المرافق ذات الطابع الوطني، عدا تلك السيادية والدستورية أو المرافق غير القابلة للتفويض، والمرافق التي تفوضها الدولة تعرف بالمرافق الوطنية، فهي تشمل نشاط الدولة بكامله بحيث يستفيد أكبر عدد ممكن من الأفراد ولهذا فأغلب الأحيان نجد الدولة هي من تتولى إدارتها من أجل تحقيق أكبر استفادة من خدماتها وعلى أكمل وجه[1].

ب-الجماعات المحلية:

تحتل الجماعات المحلية مكانة بارزة في النظم القانونية لسائر الدول، وذلك للمهام المنوطة بها ودورها الفعال في تحقيق الأهداف المرجوة منها، مرد ذلك تمتعها بنظام قانوني يكفل لها الشخصية المعنوية وحرية تسيير وتدبير مرافقها العامة وفق متطلبات الحوكمة ومبادئ الديمقراطية.

حيث ان القانون مكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة" ان تفوض تسيير مرفق عام الى شخص معنوي عام او خاص، خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص " المفوض له" بموجب اتفاقية[2].

تعد الجماعات المحلية أحد الأشخاص القانونية في القانون العام، وهي مسؤولة عن توفير الخدمات العامة وتلبية احتياجات المجتمع المحلي. وتتمثل مهمة هذه الجماعات في إصدار القرارات التي تتعلق بالتخطيط الحضري والمرافق العامة مثل المدارس والمستشفيات والطرق والمياه والصرف الصحي والنفايات وغيرها، ويمكن للجماعات المحلية أن تصدر قرارات تفويض المرافق العامة إلى الجهات الأخرى في المجتمع المحلي مثل الشركات الخاصة لتشغيل هذه المرافق.

1 بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص 24.

2 انظر المادة: 04، من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام.

ومن أمثلة الجماعات المحلية في القانون العام: المجالس البلدية والمحافظات، والمقاطعات والبلديات. يتم انتخاب أعضاء هذه الجماعات اويتم تعيينهم أحيانا من قبل السلطات الحكومية ويتم تحديد صلاحياتهم واختصاصاتهم من خلال القوانين واللوائح الحكومية المحلية والوطنية.

ومن ثم، فالجماعات المحلية تعد شخص من أشخاص القانون العام التي ينعقد لها اختصاص إصدار قرارات تفويض المرفق العام وتتصف بأنها سلطة مانحة له.

إذا كان المرفق الذي يتعلق بعملية التفويض محلياً، فإن ممثل الهيئة المحلية يكون مؤهلاً قانوناً لإبرام وإصدار قرار التفويض. وفي حالة التفويض لمرفق عمومي بلدي، يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي هو الممثل القانوني للبلدية في هذه العملية ويوقع على الاتفاقية باسمها. ومن ثم، تتطلب القرارات التي يصادق عليها المجلس الشعبي البلدي لمصادقة الوالي المختص إقليمياً وفقاً للقانون البلدي رقم 11-10.[1].

في حالة التفويض لمرفق عمومي ولائي، فإن عقود التفويض (الامتياز) التي تتم حول هذا النوع من المرافق يتم توقيعها من قبل الوالي كممثل للولاية، ولكن بعد مصادقة المجلس الشعبي الولائي[2].

ج-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:EPA

هي شخص اداري عام تنشئه الدولة لإدارة وتسيير مرفق عام بحيث يتمتع بالشخصية المعنوية ويتبع في ادارته أساليب القانون العام.

حيث عرفها المشرع الجزائري في المادة 02 من الأمر 06 / 03 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية." يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجامعات والمؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع موظفوها لأحكام هذا القانون[3]."

حيث يكفل القانون لهذه المؤسسات العمومية حق تنازلها عن التسيير والتدبير اما لصالح اشخاص القانون الخاص او غيرها ممن يصلح لان يكون مفوضا له، من جمعيات او شركات ذات الطابع التجاري والصناعي.

د ـ المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي :

إذا كانت في الكثير من الأحيان هذه المؤسسات العامة تأخذ صيغة المفوض له فإنه يمكن أن تكون كجهة مفوضة بحيث لو نرجع إلى قانون المياه لوجدنا شركة الجزائرية للمياه والتي هي مؤسسة عامة ذات طابع صناعي وتجاري تلجأ إلى تفويض خدمة المياه إلى مؤسسات أو أشخاص خاضعة

1 قانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق.
2 المادة 149 من قانون رقم 12 - 07 مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية..
3 الامر 03 / 06، مؤرخ في 2006 / 07 / 15، المتضمن القانون الأساس للوظيف العمومي

للقانون الخاص، نفس الأمر بالنسبة لبريد الجزائر والمؤسسة الوطنية للكهرباء والغاز. كل هذه المؤسسات هي مؤسسات عامة ذات طابع صناعي وتجاري، لكنها تلجأ إلى تفويض الخدمة العامة في المجالات الخاصة بها إلى أشخاص سواء تابعة للقطاع العام أو القطاع الخاص ويعتبر تفويضا للمرفق العام عندما تتصرف هذه المؤسسات لحساب الجماعة العامة[1].

يرجع ذلك لاعتبارها من أهم المؤسسات العامة التي تلعب دورًا هامًا في الاقتصاد وتقديم الخدمات العامة للمواطنين. أتاح لها المشرع هذه الخاصية من أجل تحسين أدائها وتقديم الخدمات بشكل فعال، ومنه، فإن التفويض الذي يتم إجراؤه يعتبر تفويضًا للمرفق العام. ويمكن أن يكون هذا التفويض لفترة محددة، وذلك حسب اتفاقية التفويض المبرمة بين المؤسسة العامة والشركة أو الجهة المفوضة.

2. المفوض له (صاحب التفويض)

ان من مقتضيات قيام عقود تفويض المرفق العام ضرورة تنازل الإدارة عن مرفق عام يقع تحت مسؤوليتها لشخص آخر لتنفيذ هذه المهمة بغية استغلال وتسيير محل التفويض على الوجه المتعاقد عليه سلفا.

وبناء على ذلك نعرف المفوض له بأنه " الحلقة الثانية في عقد التفويض، أو الطرف المقابل لمانح التفويض "المفوض له"، المنوط به استغلال وتسيير هذا المرفق محل التفويض على الوجه المتفق عليه. وقد يتخذ هذا الطرف في الصورة التعاقدية اشكالا عدة، أشخاصا عامة أو خاصة، شخص طبيعي أو معنوي، شركة تجارية أو جمعية."[2]

وان كان المبدأ القاضي بأن يكون أحد اطراف التفويض شخصا خاضعا بالضرورة لأحكام القانون العام، فإن الحلقة الثانية في العلاقة التعاقدية – المفوض له- يمكن ان يأخذ عدة أشكال وصور سنحاول تبيانها وحصرها فيما يلي:

أ- مقاربة المفوض له والجمعيات:

الجمعيات الخاصة (les associations) بشكل عام لا تسعى إلى تحقيق الربح كهدف أساسي لأنشطتها، وغالباً ما تتمثل أهدافها في تحقيق مصالح المجتمع والعمل على تحسين حياة الناس والمساهمة في التنمية المستدامة.

ومع ذلك، فإن ذلك لا يعني أن الجمعيات الخاصة لا تتعامل مع الأمور الاقتصادية. فبعض الجمعيات الخاصة قد تنشط في مجالات تجارية، أو صناعية، أو زراعية، أو غيرها، وتسعى إلى

1[1] بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص 25.

2 معمري المسعود، دبيح زهيرة، تفويض المرفق العام، قراءة في المفهوم والاليات، مرجع سابق، ص 343.

تحقيق أهدافها من خلال تقديم منتجات أو خدمات تجارية، وبالتالي، خضوعها للقواعد الخاصة بمساعدة المشروعات[1].

وتخضع الجمعيات الخاصة التي تقوم بمثل هذا النشاط للقواعد الخاصة بالأنشطة الاقتصادية، مثل قوانين الشركات والضرائب وغيرها، ويتم مراقبة أنشطتها من قبل الجهات المعنية بهذه الأمور.

ويجب أن تحترم الجمعيات الخاصة القواعد واللوائح المتعلقة بنشاطاتها الاقتصادية، وتعمل على تحقيق أهدافها بشكل يتماشى مع قيمها ومبادئها، وتقوم بتوفير الخدمات والمنتجات التي تلبي احتياجات المستهلكين بطريقة عادلة وشفافة.

وفي هذا السياق، يقرر المجلس الدستوري أن حرية الجمعيات وفقاً للمبدأ الدستوري، لا تمنعها من الحصول على الإيرادات اللازمة لتحقيق أهدافها، والتي لا تتضمن توزيع الأرباح بين أعضائها، من خلال ممارسة أنشطة اقتصادية ربحية[2].

توجد في فرنسا العديد من الجمعيات التي تدير مرافق عامة، وفي هذه الحالات، يمكن أن تقوم هذه الجمعيات بتنفيذ مشاريع خاصة لإدارة المرافق العامة، حتى إذا كان المرفق العام الذي تديره الجمعية ليس من الطبيعة الصناعية أو التجارية.[3].

أما في الجزائر فإن هذه الجمعيات أو التجمعات المهنية، التي يمكن للسلطة المفوضة أن تمنح لها استغلال مرافق عام، ذات الصلة بالنشاط ونوعية التخصص الذي تمارسه هذه الجمعيات المهنية والتي يرتبط عملها بصورة قانونية بأعمال المؤسسة التي تقوم باستغلالها[4].

ب-المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري EPIC:

تعتبر المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري أو (Entreprise Publique à caractère Industriel et Commercial) من الشركات العامة التي تتميز بأنها تحظى بدرجة من الاستقلالية في إدارتها وتشغيلها، وذلك بالرغم من كونها تابعة للدولة.

1 C. E., 27 mars 199, Chambre d'agriculture des Alpes - Maritimes, AJDA, 1995, P. 921, note C. Braud ; T. A. Dijon, 27 nov. 1990, Préfet de Saône • et - Loire Rec, P. 512.

2 C. C., 25 Juillet 1984, n. 176 Dc, Rec, P. 55.

3 Giltard, L'association de la loi de 1901 et le SPIC, JCP, 1981, L. 3028.

4 بولكور عبد الغني، مذكرة لنيل شـــهادة الماجســـتير في القانون العام. فرع القانون العام للأعمال كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل, 2009 - 2010 – ص 26.

تتولى هذه المؤسسات عادةً القيام بنشاطات صناعية وتجارية مختلفة، مثل إنتاج السلع والمنتجات وتسويقها، وتوفير الخدمات للمجتمع بأسعار تنافسية. وتتميز هذه المؤسسات بمستوى عالٍ من الكفاءة والجودة، نظرًا لأنها تعمل بمبادئ الربحية والتحسين المستمر للأداء.

يتم تمويل المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري من خلال موازنة الدولة، كما يتمكنون من الحصول على القروض والتمويل من الجهات المالية الخاصة. ويتم إدارة هذه المؤسسات من قبل مجلس إدارة يتكون من خبراء في مجال الأعمال والإدارة، ويتم تعيين المدير العام من قبل الحكومة.

ويمكن الاعتماد على المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري في توفير الخدمات والمنتجات بأسعار معقولة، وتوفير الوظائف ودعم الاقتصاد المحلي. ومن بين الأمثلة الشهيرة على هذه المؤسسات العامة في العالم هي شركة بتروبراس البرازيلية، وشركة فرانس تيليكوم الفرنسية، وشركة الكهرباء الفنلندية.

ومن ثم، فهي مؤسسات تتمتع بالشخصية المعنوية خاضعة لنوعين من القواعد، من جهة لأحكام القانون العام من حيث الانشاء والتنظيم والالغاء، كان الباعث من انشائها تمكين الإدارة من ممارسة أنشطة معينة تستطيع فيها استخدام الأساليب المنتهجة من قبل المشروعات الخاصة، ومن جهة اخرى تخضع هذه الأخيرة لأحكام القانون الخاص بمناسبة الممارسة لأنشطتها التي أنشأت من اجل تلبيتها.

يمكن لهذه الأخيرة أن تكون مفوض له، تقوم بإدارة واستغلال مرفق عام، بحيث يكون إنشاء هذه المؤسسات من أجل إدارة مرفق عام[1].

ج- شركات الاقتصاد المختلط:

تتميز هذه الشركات بأنها تسعى لتحقيق أهداف عامة وخاصة، من خلال الاستفادة من موارد الدولة والتكنولوجيا والخبرات الخاصة بالقطاع العام، بجانب الاستفادة من القدرة على الإدارة الفعالة والمرونة والقدرة على التنافس الاقتصادي التي يتميز بها القطاع الخاص.

وتعمل شركات الاقتصاد المختلط على توفير الخدمات والمنتجات بأسعار معقولة وجودة عالية، وتعمل على تحقيق الربحية لتعزيز الاستقرار المالي والنمو المستدام. وتتميز هذه الشركات بأنها قادرة على التحول والتكيف مع التحديات الاقتصادية المختلفة، وتعمل على تعزيز الابتكار والتطوير والبحث والتطوير لتحسين جودة المنتجات والخدمات.

ومن بين الأمثلة الشهيرة على شركات الاقتصاد المختلط هي شركة أي بي إم في اليابان، وشركة ارامكو في السعودية، وشركة سامسونغ في كوريا الجنوبية، وشركة بريدجستون في الولايات المتحدة الأمريكية.

1 بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص 26.

هذه الشركات تتكون من رأسمال مشترك بين القطاع العام والقطاع الخاص، أي أنها مملوكة للدولة والمشاركة الخاصة المساهمة من طرف الخواص، وتعتبر المشاركة بين القطاعين المعيار والفاصل المميز لها عن الشركات الأخرى، هذه الأخيرة تتناول استغلال المرافق العامة الإدارية أو الاقتصادية على حد سواء، وليس بالضرورة أن تستخدم هذه الصيغة لإدارة مرفق عام، بل يمكن أن تكون أداة لتحقيق مهمة ذات نفع عام كأن تقوم بأشغال عامة[1].وعليه نجد في الكثير من الأحيان أن شركات الاقتصاد المختلط أصبحت تستعمل كأسلوب من أساليب تفويض خدمات وتسيير المرفق العام من اجل اجتناب طريقتي أسلوب الاستغلال المباشر والامتياز[2].

وهذا يقودنا الى ان شركات الاقتصاد المختلط يمكن استخدامها كأداة لتفويض خدمات وإدارة المرافق العامة بدلاً من الاستغلال المباشر أو منح الامتيازات. فباستخدام شركات الاقتصاد المختلط، يمكن للحكومات توفير الخدمات العامة بطريقة فعالة ومؤدية للربح، وبنفس الوقت الحفاظ على مراقبة دقيقة على المرافق العامة.

وعلى الرغم من أن شركات الاقتصاد المختلط لديها العديد من المزايا والفوائد، إلا أنه يجب مراقبة تحركاتها وممارستها بشكل دقيق من قبل الحكومات والجهات المختصة، وذلك لضمان عدم انتهاك حقوق المنتفعين والمستثمرين، وضمان عدم تحولها إلى أداة لتحقيق أهداف سياسية أو لتحقيق أرباح عالية دون مراعاة المصالح العامة.

ثانيا: طبيعة العلاقة العقدية

لا يتم نقل إدارة المرافق العامة إلى القطاع الخاص الا من خلال الاتفاقيات التعاقدية بين الدولة والشركات أو المؤسسات الخاصة المسؤولة عن إدارة هذه المرافق. ويعد النمط التعاقدي الأكثر ملاءمة لإسناد إدارة المرافق العامة إلى الأشخاص الخاصة، حيث تتضمن هذه العلاقة اتفاقية الشروط والضوابط التي يجب على الشركة الالتزام بها، بما في ذلك المسؤولية عن توفير خدمات المرافق العامة بكفاءة وفاعلية. ومن ثم لا يتأتى لنا ذلك من غير نمط تعاقدي في إسناد إدارة المرافق العامة.

وفي هذا الشأن تصدى المشرع الفرنسي لهذا الموضوع، حيث فرض نطاق ضيق على التفويض، اذ تقتصر هذه التقنية على العقود فقط[3].

وكان ذلك من خلال قانون سابان الذي صدر في فرنسا في عام 1993، والذي ينظم عملية التفويض للمرافق العامة. حيث ينص هذا القانون على أن التفويض لا يمكن أن يتم إلا من خلال علاقة تعاقدية بين الدولة المانحة للتفويض والشخص أو الجهة التي تمنحها التفويض، وأن الأسلوب

1 بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص 27.

2 ماجد راغب الحلو، القانون الإداري: ذاتية القانون الإداري- المركزية واللامركزية- الأموال العامة-الموظف العام- المرافق العام- الضبط الإداري- السلطة التقديرية- التنفيذ المباشر- نزع الملكية للمنفعة العامة- التحكيم الإداري الحجز الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2003،ص.33.

3 J.C. Douene Lcontrats de delegation de service public, pricete, p.947; G. Marcou, precite, P. 694; J. B. Auby, C. Maugue, Les contrats de delegation de service'public. J.C.P.. 1994. Doct. 3743, P. 116.

الأحادي الذي تستخدمه الإدارة والذي يعرف بأسلوب الترخيص لا يدخل في مفهوم التفويض الذي نظمه القانون[1].

يعني ذلك أنه بموجب هذا القانون، لا يمكن للإدارة أن تمنح تفويضاً للأفراد أو الجهات بدون وجود علاقة تعاقدية بين الدولة المانحة والممنوح له التفويض. وهذا يعني أن الشخص أو الجهة التي تحصل على التفويض يجب أن تكون قد وقعت على اتفاقية مع الدولة المانحة تحدد بالتفصيل ما يمكنها وما لا يمكنها القيام به في إطار التفويض.

ويهدف هذا القانون إلى تحديد مسؤولية الممنوح له التفويض وتحديد حدود سلطاته، وكذلك ضمان الشفافية والمساءلة في استخدام الموارد العامة. وعلى الرغم من أن الأسلوب الأحادي الصادر بالإدارة المنفردة والذي يعرف بأسلوب الترخيص قد يتم استخدامه في بعض الحالات لمنح تصاريح أو رخص لأفراد أو جهات معينة، إلا أنه لا يعتبر جزءاً من التفويض الذي ينظمه قانون سابان.

اذ أكد مجلس الدولة أن قانون 29 يناير 1993، لا ينطبق إلا على انتقال إدارة المرفق إلى الغير عن طريق التعاقد. ففي رأي له صادر في 9 مارس 1995، القائل إن اصطلاح " تفويض المرفق العام " الوارد في المادتين 38 و40 من قانون 29 يناير 1993. يتناول إلا الحالات التي يعهد فيها شخص عام، مسؤول عن مرفق عام، بإدارة هذا المرفق إلى شخص يختاره؛ وأن الشروط الواردة في هاتين المادتين لا تنطبق إلا إذ كان هذا التفويض تعاقديا، من ذلك شرط العلانية الذي يجب أن يسبق اختيار المفوض إليه. وبالتالي إذا كان اختيار المفوض إليه نتيجة قرار من جانب واحد، استنادا إلى نص في قانون أو لائحة، صادر عن السلطة المسؤولة عن تنظيم المرفق، فإن هذا القرار لا يخضع للإجراءات الواردة في المادة 38 من قانون 29 يناير 1993 [2].

واستنادا إلى ذلك أيضا، رأي قسم الأشغال أن التصاريح، الخاصة بنقل الغاز، وهي قرارات من جانب واحد، لا تخضع للإجراءات المنصوص عنها في المادتين 38 و40 من القانون السالف الذكر[3].

أما بالنسبة لطبيعة عقود تفويض المرفق العام، تعد عقود تفويض المرفق العام عقودا إدارية، حيث تتضمن شروطا ومتطلبات تنظيمية تتعلق بتنفيذ مقتضيات المرفق العام وتحمل المانح للتفويض امتيازات السلطة العامة في هذا الصدد. وعلى هذا الأساس، فإن العقود الإدارية هي عقود تعمل على تنظيم علاقة السلطة العامة بالجهات الأخرى، بما في ذلك الأفراد والشركات الخاصة، وهي تتميز بأنها تنظم العلاقة بين الأطراف على أساس الصالح العام وفي سياق مقتضيات القانون واللوائح.

ويتسم هذا النوع من العقود بأنه يمنح المفوض له صلاحية القيام بالأعمال المطلوبة لتنفيذ المرفق العام، ويكون ذلك بموجب شروط وضوابط محددة في العقد. بالإضافة الى انه يتطلب وجود

1 Gilles J. Guglielmi : Introduction au droit des services publics, LG. D.J. Paris 1994, P. 121.

2 محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 26.

3 محمد عبد اللطيف، نفس المرجع، ص 26.

جهة إدارية تمنح التفويض وتتولى المسؤولية عن تنظيم وإدارة عملية التفويض، كما يتطلب وجود متطلبات تنظيمية خاصة بتفويض المرفق العام، والتي يتم تحديدها بناء على نوعية المرفق وظروف تشغيله.

وبما أن تفويض المرفق العام يتصف بسمة عقدية ويتم بموجب شروط وضوابط تنظيمية، فإن العقود التي تنطوي على هذا النوع من التفويض تعد عقودا إدارية، حيث تنظم العلاقة بين المانح للتفويض والمتعاقد وفقا للمتطلبات القانونية والتنظيمية المعمول بها. وبالتالي، فإن عقود تفويض المرفق العام تستوفي الشروط المطلوبة لاكتساب الصفة الإدارية.

إن شرط السمة التعاقدية وبالرغم من وضوحه، إلا انه يثير في بعض الحالات صعوبة في التحقق من توفره. كالحالات التي يتطلب فيها عقد الحصول علي ترخيص أو إجازة من هيئة حكومية، وهذا ما حصل بصدد الاتفاقات التي تبرمها المقاطعات بشأن تركيب واستغلال شبكات الكابل إذ ذهب مجلس الدولة إلى تكييف الاتفاقيات التي تبرمها المقاطعات بشأن الكابل أنها تفويض لمرفق عام على وفق المادة (38) من قانون سابان لسنة 1993، وقد أسس المجلس حكمه هذا استنادا إلى أن المادة (34) من قانون حرية الاتصالات لسنة 1986 وضعت نظاما مزدوجا يميز بين إقامة شبكة الكابلات من جهة واستغلال هذه الشبكة من جهة أخرى، وان يتم الاستغلال من خلال اتفاق بين المقاطعات وبين المستغل بواسطة دفتر شروط يحدد حقوق والتزامات الأطراف ومن ثم فان هذه الاتفاقات يمكن أن تعتبر من عقود تفويض المرفق العام[1].

انتقد بعض الفقه هذا الرأي، وذلك لأن قانون 30 سبتمبر 1986 يسمح للمقاطعات بإنشاء شبكات الكابل، ولكنه لا يسمح لها باستغلالها، الا انه يتيح لها ان تقترح على المجلس الأعلى للاتصالات المسموعة والمرئية من يقوم بالاستغلال، وأنها صاحبة الولاية عن تصاريح الاستغلال. وبالتالي، لا يتحدث القانون عن اتفاق بين المقاطعة والمسؤول عن الاستغلال، وإنما يصدر القرار بالاستغلال من المجلس الأعلى للاتصالات المسموعة والمرئية. ومع ذلك، يتم عملياً عقد اتفاقات بين المقاطعات والمسؤول المحتمل عن الاستغلال لإنشاء واستغلال الكابل، ويعتبر هذا الاتفاق هو الأساس في الإجراءات[2].

وقد اجمل الفقه انتقاداته لحكم مجلس الدولة في النقاط الآتية[3] :

1. لا ينطبق قانون سابان لسنة 1993 إلا على التفويض التعاقدي للمرفق العام، ومن ثم فهو غير معني بالنسبة للحالات التي تتطلب الحصول علي ترخيص يصدر بقرار أحادي من جانب الإدارة.

1 - أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 90.
2 نفس المرجع، ص 26.
3 أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 91.

2. أن تكييف الاتفاقات التي تبرمها المقاطعات بشأن إنشاء واستغلال الكابل عقود تفويض مرفق عام يثير مشكلة تتعلق بتحديد العلاقة بين التصريح والاتفاق بشأن استغلال شبكة الكابل، فبحسب رأي المجلس فان هذين العملين كليهما مستقل أحدهما عن الآخر ومن ثم يمكن أن يظل أحدهما قائما بالرغم من انتفاء الآخر، فإذا ما تقرر فسخ الاتفاق فانه بحسب رأي المجلس ليس من شأنه إلغاء التصريح الصادر بالتشغيل كما انه في حالة إلغاء التصريح من المجلس الأعلى فان الاتفاق يبقي ولا شك أن هذه النتائج ما كان يمكن أن تحدث لو أن المجلس لم يكيف اتفاقات المقاطعات مع القائم بالاستغلال بأنها عقود تفويض المرفق العام.

الفرع الثالث: معايير تمييز تفويض المرفق العام

تعد دراسة معايير تمييز تفويض المرفق العام من المواضيع الهامة التي تهم القطاع العام والخاص على حد سواء، حيث يعتمد نجاح هذا الإجراء على عدة عوامل، منها وجوب إدارة واستغلال المرفق من قبل المفوض إليه بشكل كامل، وألا يقتصر دوره على المساعدة أو المساهمة في إدارة المرفق دون المشاركة الفعالة في تسييره (أولا). كما يجب أن يكون المفوض إليه مسؤولًا عن إدارة وصيانة المرفق وتحقيق أعلى مستويات الكفاءة والجودة في تقديم الخدمات والوظائف المتعلقة به.

ومن بين المعايير الأخرى التي ينبغي مراعاتها في تفويض المرفق العام، هو ضرورة ربط المقابل المالي للمفوض اليه بناتج الاستغلال للمرفق العام (ثانيا). ويأتي ذلك من أهمية تحفيز المفوض إليه على تقديم خدمات متميزة وفعالة، والتي يمكن أن تحقق مصلحة المجتمع بشكل أفضل.

أولا: استغلال المرفق العام

حتي نكون بصدد تفويض مرفق عام، يجب أن يتولى المفوض إليه إدارة واستغلال المرفق نفسه، لا أن يقتصر دوره على مجرد المعاونة أو المساهمة في تسيير المرفق، مثلما هو الشأن بالنسبة لطائفة من العقود مثل عقود التوريد والأشغال، ففي هذه العقود فإن المتعاقد يساهم فعلا في تقديم المعاونة للمرفق، لكنه بالرغم من ذلك ليس مكلفا بإدارته[1].

ولذلك وجب التمييز بين إدارة المرفق العام والتعاون في مهمة المرفق العام. فالأخيرة لا تكون مكلفة بإدارته. وهذا ما نجده في عدة أحكام صدرت من القضاء الفرنسي تكرس فكرة استغلال وإدارة المرفق على انها حجر الزاوية في تقنية تفويض المرفق العام، بل اعتبرتها معيارا جوهريا في تصنيف العقود من هذا الشأن.

1 محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 55.

حيث يجب ان يشكل موضوع عقد التفويض نشاط استغلال وإدارة لمرفق عام، عكس ما يشابهه من عقود التي يكون موضوعها تأمين اللوازم والخدمات والأشغال التي تلبي احتياجات الشخص العام.

وبناء على ذلك لا نكون امام عقد تفويض إذا تخلف شرط استغلال المرفق العام وادارته من طرف المفوض له، متحملا بذلك مخاطر تشغيله. إذ نكون امام عقود من نوع اخر تربط الدولة بالأشخاص[1]. إن ضمان تطبيق هذا المعيار ينأى بنا عن إنفاذ النظام القانوني المتعلق بتفويضات المرفق العام على ما يشابهه من عقود، قد تستعملها الإدارة بغية اشباع حاجياتها العامة[2].

على سبيل المثال، عندما توقع الحكومة عقدًا لتشغيل المرافق الكهربائية مع شركة خاصة، لقاء بدل محدد واقتصار دور المفوض هنا على إدارة المرفق من دون تحمل مخاطر تشغيله أو إدارته بصورة كلية أو جزئية، فإنه لا يمكن النظر إلى ذلك العقد كعقد تفويض مرفق عام.، حيث إن الشركة الخاصة لا تتحمل المخاطر المترتبة على تشغيل المرفق العام، بل تتحملها الحكومة.

بالإضافة إلى ذلك، فإن العقود التي تحتوي على بنود تحدد المخاطر التي يتحملها المفوض، تعد عقود تفويض مرفق عام، على سبيل المثال، عندما توقع الحكومة عقدًا لتشغيل مطار عام، ويحدد العقد أن المفوض له يتحمل مخاطر التأخير في الرحلات الجوية والحوادث الجوية، فإن هذا العقد يعد عقد تفويض.

تاريخياً، لم تكن فكرة تحميل المفوض إليه مخاطر استغلال المرفق شيئاً جديداً، بل كانت ترتبط بنشوء عقود امتياز المرفق العام. وقد أشار العديد من الفقهاء الفرنسيين، مثل جيز وفالين، إلى أن نقل مخاطر تشغيل المرفق وإدارته من السلطة المانحة للتفويض إلى المفوض إليه يشكل عنصراً من عناصر امتياز المرفق العام. في السابق، كان النظام يقوم على نقل كامل المخاطر للمفوض إليه بحيث تصبح الإدارة خالية من أية مسؤولية مالية، ولكن مصلحة المرفق العام أدى إلى التخفيف من تطبيق هذا العنصر، وتحول الأمر بشكل تدريجي إلى شراكة حقيقية بين الدولة والشخص المكلف باستغلال المرفق العام.

ويتمثل هذا التضامن المالي في أشكال متعددة، حيث تقدم الجهة العامة للمتعاقد القروض والإعانات المالية وتشارك في تمويل جزئي أو كلي للمنشآت اللازمة لتنفيذ المرفق. وقد تطور هذا النظام إلى أشكال مختلفة من الدعم، وهو ما يعكس التزام الدولة بتعزيز دور المرفق العام وتطويره في خدمة المجتمع[3].

1 معمري المسعود، دبيح زهيرة، تفويض المرفق العام، قراءة في المفهوم والاليات، مرجع سابق، ص 344.
2 نفس الرجع، ص 344.
3 وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سابق، ص 111.

وهذا ما جرت به العادة في القانون الفرنسي حيث أكد القضاء في اكثر من واقعة أن ما يميز هذا النوع من العقود عن غيرها من وسائل تنفيذ المرفق العام هو وجود عملية استغلال تؤدي بطبيعتها إلى احتمال كبير لحدوث مخاطر وأعباء يجب على الشخص المفوض بهذا الدور تحملها.

ومن زاوية أخرى، اقر المشرع الجزائري نصوصا تفيد بأن الشخص المفوض له قد يتحمل مخاطر مختلفة بتباين الانواع التي تشكل طائفة التفويض في العقود المختلفة التي يوقعها. وعلى سبيل المثال، قد يتحمل المفوض له كل المخاطر في عقود الامتياز وايجار المرفق العام[1]، وهذا يعني أنه يتحمل المسؤولية الكاملة عما قد يعترضه من مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات وتكاليف وأضرار أي عمليات استغلال تتم على المرفق العام.

بالمقابل، قد تقل نسبة المخاطر التي يتحملها المتعاقد في عقود أخرى مثل الوكالة المحفزة[2]، وعقود التسيير التي تنحسر فيها هذه المخاطر تماما[3]. وهذا يعني أنه في هذه العقود، تتشارك في المسؤولية عند حدوث أي مشاكل أو خسائر، وان المخاطر الملقاة على عاتق المفوض له ليست على درجة واحة.

وبالاطلاع على التوجه الذي اعتنقه المشرع التونسي بتضمينه شرط الاستغلال وتحمل ما قد ينجم عنه من مخاطر[4] في منظومته التي تحكم سير هذه الطائفة من العقود، حيث يلزم صاحب اللزمة بتحمل المسؤولية الرئيسية عن المخاطر التي قد تنشأ عن العقد المبرم بينه وبين صاحب التفويض. ويجب أن ينص العقد على كيفية توزيع المخاطر بين السلطة المانحة للزمة والمتعاقد معها. وبالتالي، إذا حدثت أي خسائر أو أضرار نتيجة لتنفيذ العقد، فإن صاحب اللزمة يجب أن يتحمل الجزء الأكبر من هذه المخاطر. ولكن يمكن توزيع المخاطر بشكل متساوي بين صاحب التفويض ومانح اللزمة في العقود التي تنص على ذلك.

بشكل عام، إن درجة تحمل المخاطر تختلف من عقد لآخر وفقًا لشروط العقد وطبيعة العمل والمشروع محل التفويض. ويجب على المتعاقدين دراسة شروط العقد بعناية وتقييم المخاطر المحتملة قبل الاتفاق على أي شيء.

ثانيا: ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج الاستغلال

ان من ابرز دوافع التعاقد مع الإدارة هي تقاضي مقابل مادي لقاء آداء خدمة، بل يعد الدافع الحقيقي من الرابطة العقدية مع الإدارة، اذ يعد المقابل المالي اهم حق يثبت للمتعامل المتعاقد الذي

1 المادة: 54و55، مرسوم تنفيذي، 199/18، السالف ذكره.
2 المادة: 55، مرسوم تنفيذي، 199/18، السالف ذكره.
3 المادة: 56، مرسوم تنفيذي، 199/18، نفس المرجع.
4 المادة 04، من قانون نظام اللزمات رقم 23 لسنة 2008 في تونس، السالف ذكره.

يتحصل عليه نظير تنفيذه للعقد. فهو من الحقوق المالية التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة إزاء المتعاقدين معها، والتي لا يمكن بمكان تعديلها بإرادة انفرادية لما تتمتع به من طبيعة تعاقدية.

غير انه في عقود تفويض المرفق العام يختلف هذا المقابل على ما قد يشبهه في العقود الإدارية الأخرى، التي تبرمها الإدارة مع اشخاص القانون الخاص، اذ يتمتع المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام بأنه عنصر جوهري في تكوينها، بل انه يمثل في اغلب الأحيان معيار لتصنيف العقد. حيث يرتبط فيها المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق.

وبناء على ذلك، وإن نص العقد، وفقا لموضوعه وشروطه. بمهمة إدارة المرفق العام إلى التعاقد، فإنه لا يعتبر عقد تفويض مرفق عام، إلا إذا كان المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة " يرتبط جوهريا بنتائج الاستغلال "، وهذا على عكس المقابل المالي في العقود الإدارية الأخرى[1]. الذي يكون في صورة ثمن Prix محدد سلفا ضمن عقد يربط الشخص العام بالمتعاقدين معه، يُدفع لهم نظير أعمال منجزة.

اما طائفة العقود التي يتحدد فيها المقابل المالي على ضوء نتائج الاستغلال فهي التي تقوم الإدارة بتفويض تسيرها واستغلالها من طرف مفوض له، حيث يتولى تشغيل المرفق واستغلاله وفقا للغاية من انشائه، متحملا في سبيل ذلك مخاطر تشغيله، تحت مسؤوليته عن كل الاخطار والاضرار التي قد تنجم عن الاستغلال والاستثمار في هذا المرفق.

فلا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يعهد للمفوض اليه بإدارة المرفق العام واستغلاله، وانما يجب أن يتحقق معه شرط آخر وهو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج الاستغلال، وهذا الشرط هو الذي يميز عقود تفويض المرفق العام عن العقود الادارية الأخرى. ولاسيما، عقد الاشغال العامة، وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، المعروفة في القانون الفرنسي[2].

هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكم له صدر بتاريخ 15 أفريل 1996، اذ اعتبر ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج الاستثمار يعد من بين احد المعايير المهمة والمميزة لعقود تفويض المرفق العام.

حيث قضى في حكمه بأن العقد محل النزاع والذي يتضمن ان المقابل المالي للمتعاقد يسدد في صورة ثمن، يقتضى ان هذا العقد يخضع لقواعد تنظيم العقود العمومية، وان هذا العقد خالف القانون[3].

1محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص65.

2 د. رجب محمود طاجن، ص 122.

3 " Considerant que le contrat litigieu.. prevoyait que la remuncration du cocontractant serait assuree au moyen d'un prix paye par la commune,..., cette stipulation obligeait à regarder ledit contrat comme un marché soumis aux regles regissant les marchés publics; qu'il n'est pas conteste que les regles dont il s'agit n'ont pas respectées, que par suite, ledit marché ainsi que la deliberation du Conseil municipal le concernant étaient entaches d'iregularite" C. E., 15 avril 1996, Preset des Bouches-du-Rhone, RFDA, 1996, 2.4. P. 715, Cond Ch. Chantepy; P. 718, note Ph. Terneyre.

وعلى ضوء ما سلف فإن تحصيل مقابل مالي من طرف منتفعي المرفق يمثل ولا شك اننا امام عقد تفويض مرفق عام. لكن لا يمنع من ان يكون هذا المقابل بالكلية من طرفهم، ففي بعض الأحيان تتحمل الجهة مانحة التفويض جزءا من تمويل الاستثمار والمخاطر المالية مع المفوض له.

فحصول من اسند له التفويض على مقابل تكميلي قد يرتبط بناتج الاستغلال او يأخذ صورة مساعدات في حالة خسارة هذا الأخير. كل هذا ليس من شأنه تغيير طبيعة عقد تفويض المرفق العام.

نخلص مما سبق إلى أنه إذا كان المتعاقد يتقاضى "ثمنا" من الإدارة المتعاقدة فإن العقد مهما كانت مدته طويلة يعتبر عقدا عموميا، والأمر يتعلق هنا بعقد أشغال عامة أما إذا كان المتعاقد الذي عهد إليه بإدارة مرفق عام، يحصل على مقابل مالي يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال، فإن الامر هنا يتعلق بعقد تفويض مرفق عام[1].

والجدير بالذكر، ان شرط المقابل المالي الذي يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال قد يحصل عليه المتعاقد من مصدر غير المرتفقين أو السلطة المانحة، وكمثال على ذلك تحصيل عائدات إشهارية يدرها المرفق محل التفويض بمناسبة تشغيله واستغلاله.

إن اشتراط ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال لا يعني أن يرتبط هذا المقابل بالكامل بنتائج الاستغلال وإنما يمكننا أن نتصور أن يشمل المقابل للمتعاقد علي أكثر من مصدر بعضها يرتبط بنتائج الاستغلال والبعض الآخر يكون بصورة ثمن يحصل عليه المتعاقد من الإدارة أو من مصادر أخرى. إذ أن القضاء الفرنسي وأيده بعد ذلك المشرع في قانون (Murcef) لسنة 2001 يتطلب أن يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال وهو ما يعني أن يكون حصول المتعاقد علي مقابل تكميلي كحصوله علي إعانات من الإدارة مثل المساعدات أو دعم في حالة وجود خسارة نتيجة الاستغلال أو ضمانات لافتراض أو ضمان حد ادني من الحصيلة، ليس من شأنه ينال من طبيعة عقد التفويض [(2)].

يتضح من قضية (Smitom) التي نظر فيها مجلس الدولة أنه لم يحدد بصورة واضحة ما يقصده القانون بـ "ارتباط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال "،حيث قام بالتعامل مع هذه الفكرة بصورة مرنة وعمل على تطويرها، فأكد على ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال على الرغم من أن الجزء المتغير من المقابل المالي والذي يُدفع من قبل المستفيدين هو الجزء الأقل. وملخص هذه القضية أن إحدى النقابات عهدت إلى شركة خاصة جمع النفايات ومعالجتها، وحدد العقد المقابل المالي بجزء ثابت يشكل سبعين بالمئة كأجر يدفع من قبل النقابة، وجزء آخر متغير يشكل ثلاثين بالمئة من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين من خدمات المرفق بالاستناد إلى نتائج معالجة النفايات. وبالرغم من أن الجزء الأصغر من المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستغلال، إلا أن مجلس الدولة أكد على أن العقد هو تفويض مرفق عام وليس صفقة عامة [(3)].

1 محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 67.
2 ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 99.
3 مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 452.

عمومًا، تخضع العقود الإدارية لمعايير محددة يجب توافرها حتى تصبح صالحة وملزمة قانونًا، ومن بين هذه المعايير هو تحديد طبيعة العقد ونوعه. وبما أن العقود التي تندرج تحت طائفة عقود تفويض المرفق العام تختلف عن العقود العمومية في العديد من الجوانب، فإن تحديد طبيعة العقد يساعد على تحديد الإطار القانوني الذي ينطبق على العقد ويحدد القواعد التي يجب اتباعها في إبرام وتنفيذ العقد.

وفي الأخير، يمكن القول أن دراسة معايير تفويض المرفق العام ستسهم في تحديد طبيعة العقود الإدارية وانتمائها نوعيًا، إذ سيتم تحديد ما إذا كانت العقود تنتمي إلى طائفة عقود تفويض المرفق العام أو إلى العقود العمومية.

ولذلك، يمكن القول إن الانتهاء من دراسة معايير تفويض المرفق العام يمثل خطوة هامة في تحديد طبيعة العقود الإدارية وتصنيفها، وبالتالي يمكننا من التعرف على أنواع عقود تفويض المرفق العام. وهذا ما سنتناوله بالدراسة الان.

المبحث الثاني: الاشكال المفترضة كأسس نموذجي في تقنية تفويض المرفق العام وما يميزها عن غيرها.

تتعدد أشكال عقود تفويض المرفق العام، وتختلف وفقًا لمدى مساهمة المفوض اليه في إنشاء المرفق واستغلاله، بالإضافة الى حجم المخاطر التي يتحملها ونطاق الرقابة التي تمارسها الجهة المانحة للتفويض على المرفق. وبسبب هذه الاختلافات، فإن فكرة التفويض لا يمكن تطبيقها بنفس الدرجة في جميع أنواع عقود تفويض المرفق العام.

فبعض أنواع العقود لا تثير أية مشكلة بصدد طبيعتها كعقد تفويض مرفق عام، في حين يثير البعض الآخر نقاشًا حول مدي توفرها على الشروط التي يطلبها المشرع الفرنسي في عقود تفويض المرفق العام[1].

وبالتالي، يجب دراسة كل ما يدخل في نطاق تقنية تفويض المرفق العام في (مطلب أول)، ومناقشة كل نوع من أنواع عقود تفويض المرفق العام بشكل منفصل، وفقًا لمدى مساهمة المفوض اليه في إنشاء المرفق واستغلاله، وحجم المخاطر التي يتحملها، ونطاق الرقابة التي تمارسها الجهة المانحة للتفويض على المرفق.

المطلب الأول: الاشكال التي تدخل في نطاق تقنية تفويض المرفق العام

نادرًا هي العقود التي يصفها المشرع الفرنسي بأنها عقود تفويض المرفق العام، أو على العكس يستبعدها من هذه الفكرة، لذا فإن القاضي هو الذي يلعب دورا كبير في تحديد ما إذا كانت هذه العقود عقود تفويض أم لا. لأن المشرع أقر أُسسًا وتبقى مهمة التكيف للإدارة وللقضاء، لكن المشرع الجزائري حدد العقود التي كُيفت في الاجتهاد القضائي الفرنسي على أنها عقود تفويض مرفق عام وهي على التوالي (عقد الامتياز، عقد الإيجار، عقد الوكالة المحفزة، عقد التسيير). ونشير إلا أن هذه العقود ليست على سبيل الحصر. فالتفويض يمكن أن يأخذ أشكالا أخرى، غير العقود التي تم الإشارة إليها، إذ يمكن أن توجد عقود إدارية غير مسماة تتضمن تفويض مرفق عام من قبل السلطة المفوضة إلى أحد أشخاص القانون العام أو الخاص، وهذا ما يستخلص من الفقرة الثانية من المادة 210والتي نصت على أنه".. يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى، غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم"[2].

الفرع الأول: عقد امتياز المرافق العامة كنمط جوهري لتقنية تفويض المرفق العام

تعتبر عقود امتياز المرفق العام من بين الأساليب الرئيسية التي يتم استخدامها لتفويض المرافق العامة، وتمثل جزءًا أساسيًا في تشييد وتشغيل المرافق العامة، وخاصة في مجال البنية التحتية. وتحسين جودة الحياة للمواطنين. ويتمتع هذا النوع من العقود بمكانة كبيرة في العديد من الدول حول

1 أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 100.

2 بركبية حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص 87.

العالم، وتاريخيًا، لعب هذا النوع من العقود دورًا بارزًا في التنمية الاقتصادية لها، حيث يستخدم بشكل واسع في القطاعات الحيوية مثل الكهرباء والغاز والمياه والنقل والاتصالات، ويساعد في تحسين جودة الخدمات وتقليل التكاليف

تتفاوت مكانة عقد امتياز المرافق العامة في الدول المختلفة، ففي بعض الدول يعتبر هذا العقد جزءاً أساسياً من السياسة الحكومية لتحسين البنية التحتية وتعزيز التنمية الاقتصادية، بينما في بعض الدول الأخرى يواجه هذا العقد تحديات وانتقادات عديدة بسبب سوء إدارة الشركات الخاصة وارتفاع الأسعار.

ولتوضيح مفهوم عقود امتياز المرفق العام، يمكن تقسيم هذا الموضوع إلى قسمين، حيث سنخصص القسم الأول لتعريف عقود امتياز المرفق العام، بينما سنناقش في القسم الثاني منه طبيعته القانونية.

أولا: تعريف عقد الامتياز

لم يتضمن القانون الفرنسي، ولا القضاء الفرنسي، تعريفاً واضحاً لعقد امتياز المرفق العام. ولذلك، فقد تولى الفقهاء هذه المهمة، حيث عرّف البعض عقد امتياز المرفق العام بأنه: "نظام ينص على إتاحة إقامة مرفق عام، وإدارته تحت إشراف مانح الامتياز (الجهة العامة)، بواسطة شخص طبيعي أو معنوي يسمى بصاحب الامتياز، وذلك مقابل مكافأة تعتمد في الغالب على العائدات التي يحصل عليها صاحب الامتياز من المستخدمين للمرفق العام"[1].

ويعرفه البعض على أنه "عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان او شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز" "[2].

وعرفه آخرون على انه " اتفاق تحمل فيه الإدارة الملتزم المتعاقد معها وهو شخص من أشخاص القانون الخاص بإدارة وتسيير مرفق عام على مسئوليته ومتحملا مخاطره مقابل الحصول على رسم من المنتفعين بالمرفق"[3].

وقد لحقت بتعريف عقد امتياز المرفق العام في فرنسا تطورات حديثة شملت جوانب متعددة منه يلخصها الفقيه(Rene Chapus) [4]:

1 جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، مصـــدر ســـابق، ص 571.اورده ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 102.
2 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.17
3 سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 123.
4 ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، 102 وما بعدها.

أ: لم يعد امتياز المرفق العام قاصرا على الشركات ذات رأس المال الخاص فمن الممكن منح امتياز المرفق العام لمؤسسات عامة أو شركات اقتصاد مختلط.

ب: إذا كانت المرافق العام الاقتصادية يمكن أن تدار بطريق الامتياز فان المرافق العامة الإدارية يمكن أيضا أن تدار بهذا الأسلوب.

ج: أن قاعدة تحمل الملتزم بمفرده لنفقات تشغيل المرفق العام المدار بطريق الامتياز قد تم التخفيف من صرامتها، وصار بالإمكان تصور المساهمة المالية للجهة مانحة الالتزام في نفقات إنشاء أو تشغيل المرفق محل لامتياز.

ونظرا لما لحق بعقد الالتزام من تطورات في فرنسا فقد أصبح التعريف القديم لهذا العقد غير جامع وغير مانع لهذه التطورات، الأمر الذي دعا الفقه في فرنسا إلى محاولة وضع تعريف جديد لعقد الالتزام يتسع ليشمل ما لحق بهذا العقد من تطور، لذا يقترح دولوبادير تعريفا حديثا لهذا العقد فيعرفه بأنه " اتفاق يكلف شخص عام شخصا أخر باستغلال مرفق عام مقابل مكافأة محددة تتحدد بناء على النتائج المالية لاستغلال المرفق.

La concession de service public est une convention par la quelle une personne publique charge une autre personne de l'exploitation d'un service public moyennant une rémunération déterminée par les résultats financiers de l'exploitation.

وهذا التعريف الجديد يتسع ليشمل أن يكون المتعاقد مع الإدارة شخصا من أشخاص القانون العام أو الخاص، كما يسمح بان يكون محل الالتزام متعلق بمرفق صناعي أو تجارى أو إداري، أو لجعل أسلوب مكافأة المتعاقد مزيجا من رسوم يدفعها المنتفعون أو مبالغ يدفعها آخرون أو تمويلاً من جهة الإدارة أو من جهة غير الإدارة وغير المنتفعين، وبصفة عامة يتسع ليشمل التطورات المتعلقة بأطراف العقد ومجال العقد ونظامه القانوني وبأسلوب مكافأة الملتزم[1].

اما في الجزائر وضع المشرع لأول مرة تعريفا عاما وشاملا لعقد امتياز المرفق العام[2]، فمن خلال المادة 210 نص على أن " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام. يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه"[3].

والملاحظ أن عقد الامتياز لم يخصص له المشرع الجزائري أحكاما خاصة في مراسيم الصفقات العمومية السابقة إنما تناوله بالذكر في كل من قانون الولاية والبلدية لسنة 1990، ويعد

1 حمادة عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 126 وما بعدها.
2 بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 88.
3 المادة 2/210 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

النص عليه وتخصيصه بإحكام خاصة ضمن نصوص المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام 15-247 من باب توسيع وتأكيد إدراجه ضمن العقود الإدارية في الجزائر[1].

كما جاء تعريف له من خلال المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام السالف ذكره، على ان "الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إمّا إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة. ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام. [2]»

وعليه، فإن الحكومة والقطاع العام يعهد للقطاع الخاص في أداء الخدمة أو استغلال الموارد إنتاج السلعة أو بيعها، وفي المقابل يدفع القطاع الخاص مقابل حق الامتياز، وهناك شكلان لحق الامتياز، حق الامتياز الخاص باستخدام الموارد الطبيعية للدولة مثل: حق استغلال الأراضي والبحار والأجواء، ويدفع مقابل هذا الاستغلال. وحق الامتياز إيجار الشركات الخاصة لممتلكات مادية وأصول ملموسة مملوكة للحكومة أو للقطاع العام، مثل إيجار المباني الآلات، الأراضي، ويدفع القطاع الخاص قيمة إيجار هذه الأصول.

وقد عرفه جانب من الفقه في الجزائر على أنّه "اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملتزم يتعهد بمقتضاه هذا الأخير - فردا كان أو شركة- بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين»[3].

اما بالنسبة للقضاء الجزائري فقدم تعريفا للامتياز بموجب قرار الصادر من مجلس الدولة على أن: " عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه للمستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع لأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..."[4].

في تونس، لا يوجد تعريف لعقود امتياز المرفق العام في القانون التونسي ولم يتم تعريفها من قبل القضاء. وبالتالي، قام الفقه ببذل جهده، فأدلى دلوه في تبيان مدلول هذه الطائفة من العقود. وبحسب بعض التعريفات، "فإن عقود امتياز المرفق العام تتضمن تقديم خدمات المرفق العام أو إنشاء البنية التحتية له باستخدام موارد المؤسسة الخاصة، وتحت مسؤوليتها، مقابل رسوم يتحملها المستفيدون من المرفق العام أو البنية الأساسية"[5]. ويلاحظ أن هذا التعريف يمكن أن يشمل مهامًا

1 ياسين حجاب. محرز مبروكة، الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1, العدد 2, جوان 2016. ص 144.

2 المادة 53، من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

3 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 86.

4 مجلة مجلس الدولة،العدد1004،5،ص57.

5 نبيل عجرود، التجربة التونسية في مجال التأطير القانوني لدفع لشراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل مشاريع البنية الأساسية، ص 3.

واسعة للملتزم، وليس مقتصرًا على إدارة أو استغلال المرفق العام، ولكن يمكن أن يتضمن أيضًا إنشاء المرفق العام واستغلاله.

واستخلاصا لما سبق، وعلى الرغم من اختلاف التعاريف التي تم عرضها بخصوص عقد امتياز المرفق العام، الا أن هناك مجموعة من الخصائص التي يتفق عليها كل منها. وتتمثل هذه الخصائص في أن عقد الامتياز يعد عقداً إدارياً ذو طبيعة خاصة، ويشمل إدارة واستغلال مرفق عام. كما يكون محدوداً في مدته، ويتم فيه تحميل المتعاقد جزء كبير من المخاطر المالية لنشاط المرفق. ويتم مراقبة إعداد المرفق وإدارته بواسطة السلطة المانحة للامتياز، كما يتوجب عليه اتباع القواعد التي تحكم سير المرافق العامة، بالإضافة إلى الحرص على تحقيق المساواة بين المنتفعين وتحديث المرفق لتلبية الاحتياجات المتغيرة. وعادة ما يتم دفع المقابل عن طريق جعالات يدفعها الأشخاص المستفيدون من المرفق.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق العامة

أثارت الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري جدلاً واسعاً في الفقه، حيث اختلف العلماء وتباينت آراؤهم بشأنه، وذلك بحسب وجهات نظرهم والأدلة التي قدموها، وتنوعت هذه الآراء بين من ينظر اليه على انه تنظيمًا (1)، وآخرون ينادون بالطبيعة التعاقدية الخالصة للعقد (2)، بينما يعتبر شق أخر من أهل الفقه أن العقد يحمل طبيعة مزدوجة (3)، ويرون آخرون أنه يعتمد على تركيبة من العناصر التنظيمية والتعاقدية وانه عمل مختلط (4).

1: نظرية الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز الإداري

في نهاية القرن التاسع عشر، انتشرت هذه النظرية، إذ ذهب الفقه الألماني يسانده الفقه الإيطالي في ترجيح جوانب القواعد المتعلقة بتسيير وتنظيم المرفق العام. واعتبر هؤلاء الفريقان أن المرفق العام، الذي يديره الملتزم، ينبغي أن يُدار بالطريق المباشر، وأن الخدمات التي يقدمها هذا المرفق هي من صميم اختصاصات الإدارة. وبالتالي، يرون أن عقد امتياز المرفق العام ينبغي أن يكون مصدره الإرادة المنفردة للسلطة العامة المانحة للالتزام، وأن هذه السلطة لها حق التدخل وتعديل قواعد الالتزام بمفردها، دون الحاجة للرجوع إلى إرادة الملتزم[1]. حيث تقر هذه النظرية ان الامتياز ليس عقدا أو اتفاقا بين صاحب الامتياز والإدارة المانحة له، بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ وإبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة[2].

علي الموقع الإلكتروني الآتي :www.oecd.org/dataoecd/21/7/37742146.pdf تاريخ زيارة هذا الموقع 2020/5/30

1- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 53.

2 بن شـــعلال الحميد، عقد الامتياز كآلية لخوصـــصـــة تســـيير المرفق العام في الجزائر، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست (جيجل) يومي 30 نوفمبر و01 ديسمبر 2011، ص 69.

يوجد فريق آخر من الفقهاء يرى أن عقد الامتياز الإداري يعتبر قراراً إدارياً ذا طبيعة اتفاقية يتم التفاوض حوله، وبالتالي، يعتبر الالتزام بموجبه تصرفاً قانونياً له نفس طبيعة القرار الإداري الذي يقضي بتعيين موظف، وعلى هذا الأساس يجب على صاحب الشأن (الملتزم) أن يوافق على القرار الذي تتخذه الإدارة، ولا يمكنه مناقشة بنود العقد. إنما كل ما له قبول أو رفض الوثيقة التي تصدرها الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة[1].

لم تسلم هذه النظرية من النقد الموجه لها، ويعاب على الرأي الأول المؤيد لهذه النظرية، إنكاره للطبيعة الاتفاقية للعقد، حيث تتعلق الاتفاقيات الفرعية التي يتضمنها بشكل أساسي بالعقد الرئيسي الذي يتم توقيعه بين الإدارة وصاحب الامتياز.

بالمقابل، يعاب على راي الفريق الثاني، أنه تجاهل تماما إرادة الملتزم والدور الذي يلعبه في إبرام العقد. وبالرغم من أنه يعترف بحق الإدارة في تعديل القواعد التي تحكم عقد الامتياز الإداري، فإنه قد يؤدي إلى تهرب الخواص من تلك العقود، نظرًا لأنها لا تعكس إرادتهم ولا تخدم مصالحهم[2]. وبسبب هذا العيب، تم هجر هذه النظرية وظهرت نظرية جديدة لتحل محلها[3].

2: نظرية الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز الإداري

في فرنسا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، كانت نظرية الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز الإداري هي السائدة. وتقوم هذه النظرية على فكرة أن الامتياز يتم بشكل حصري بناءً على اتفاق تعاقدي بحت بين الأطراف المتعاقدة، على الرغم من احتوائه على بنود غير مألوفة مقارنة بالعقود المدنية.

وبموجب نظرية الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز الإداري، يتم تعريف الالتزام كعملية تعاقدية بحتة[4]، تتطلب انابة من السلطة العامة لتنفيذها بشكل صحيح. ويتمثل الهدف الأساسي للعقد في تمكين الملتزم من الوصول إلى المال العام وجباية الإتاوات من المستفيدين من الخدمات التي يقدمها المرفق العام[5].

يرى أصحاب هذه النظرية أن الشروط التنظيمية التي تحكم سير المرفق العام تتميز بطبيعة تعاقدية، حيث يتحول دفتر الشروط المعد من قبل الإدارة من تنظيمي إلى تعاقدي بمجرد موافقة الملتزم على شروطه. ويرجعون هذا التفسير إلى استعارتهم فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، والتي

1 مهند مختار نوح الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 204.
2 بن شعلال الحميد، عقد الامتياز كألية لخوصصة تسيير إدارة المرفق العام في الجزائر، المرجع نفسه، ص 70
3 أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 72.
4 نفس المرجع، ص 73.
5 الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 205.

تعني أن المرفق العام يتم تنظيمه لصالح المستفيدين المستقبلين، وذلك بالنظر إلى أن الإدارة تشترط في عقود الامتياز الإداري تقديم الخدمة لصالح هؤلاء المستفيدين. ومن ثم، يتولى الملتزم بمثابة الواعد دوراً في تنفيذ هذه الشروط.

وبالرغم من محاولات أصحاب هذه النظرية لإثبات رأيهم، إلا أنها لم تحقق نجاحا كافيا للاستمرار.

حيث تعرضت هذه النظرية لانتقادات حادة من قبل فقهاء القانون الإداري أمثال هوريو، دوجي وجيز، من زاوية أن الأخذ بما يحول دون إمكانية تدخل الإدارة المانحة للامتياز لتعديل شروط الالتزام وهو ما يعرقل السير الحسن للمرفق العام، كما انه لا يمكن تقبل فكرة أن عقد الامتياز كعقد مدني لارتباطه بتسيير مرفق عام ويحتوي على أحكام غير مألوفة في القانون العادي، خاصة وأن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني للطابع التعاقدي للامتياز فكرة غير مقنعة، على أساس أن هذا الشرط وقت إبرام العقد لا يتسنى له تحديد المستفيد بصورة شخصية مباشرة، فضلا عن عدم ملائمة النظرية مع حق المنتفعين والغير من الطعن عن طريق الإبطال لتجاوز السلطة بالتدابير المتخذة خلافا للعقد وأحكام دفاتر الشروط، ما أدى إلى استبعادها، وبالمقابل ظهور نظرية أخرى حاولت هي الأخرى إعطاء تكييف لعقد الامتياز الإداري[1].

3:نظرية الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز الإداري

ظهرت نظرية جديدة تؤكد الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز الإداري بعد الانتقادات التي وجهت للنظريتين السابقتين وعدم استمرارهما. تقوم هذه النظرية على فكرة وجود مظهرين في العقد، وهما المظهر التعاقدي الذي يشير إلى العلاقة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز، والمظهر التنظيمي الذي يحدد العلاقة بين الملتزم والمستفيدين من خدمات المرفق. وبذلك، يمكن ترجمة الامتياز بصورة عقدية في إطار العلاقات بين الملتزم والإدارة، وتنظيمية في إطار العلاقات بين الملتزم والمستفيدين[2].

على الرغم من أن هذه النظرية تجمع بين الجوانب التعاقدية والتنظيمية، إلا أنها تمثل موضوع نقاش ونقد دائم. لأنها لا تول اهتماماً لإحداها على حساب الأخرى، واعترفت بضرورة اجتماعها في عقد الامتياز الإداري.

تتلخص الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز الإداري في اعتبارها العلاقة بين الإدارة المانحة للامتياز والملتزم علاقة عقدية بحتة، مما يمنع تدخل الإدارة في تعديل القواعد التنظيمية للمرفق العام ويؤدي إلى تجميد حسن سير المرفق. وعلى الرغم من اقتراب هذه النظرية من النظرية التعاقدية، فإنها لم تحظَ بنجاح كبير، نظرًا لاختلاف تكييف سريان أثار الالتزام

1 أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مرجع سابق، ص 74.

2 -DE LAUBADERE. (A) Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op. Cit.p374.

في مواجهة الغير، ولم يتسن لها الاعتماد على اشتراط مصلحة الغير. لذا ظهرت نظرية الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز الإداري كبديل محتمل، والتي يمكن أن تحظى بمزيد من القبول في الواقع[1].

4:نظرية الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز الإداري

اتجه فريق آخر من الباحثين إلى إعطاء تكييف مغاير لما تعرضنا له سالفا، وجعلوا منه عملا مختلطا في كون بعض شروطه تكتسي الطابع التنظيمي والبعض الآخر الطابع التعاقدي، بمعنى أن هذا التصرف في جزء منه تعاقدي وفي جزئه الأخر تنظيمي.

على الرغم من أن الطبيعة المركبة لعقد الامتياز، تختلف عن نظرية الطبيعة المزدوجة، إلا أنها تتماشى مع الشروط المختلفة التي يمكن ان نميزها من محتواها. وفي هذا الاطار فإن الشروط المتعلقة بتنظيم وسير المرفق، تعد ذات طبيعة تنظيمية تستوجب انفاذها على الملتزمين والمنتفعين على حد سواء.

ومن ناحية أخرى، فإن الشروط المتعلقة بالأفضليات والمميزات التي يتم منحها للملتزمين ذات طبيعة تعاقدية، حيث يمكن التفاوض بشأنها وتطبيق نظرية العقد شريعة المتعاقدين عليها. ويجب ملاحظة أن هذه الشروط لا تؤثر بالضرورة على المنتفعين وفقًا لمبدأ الأثر النسبي للعقد[2].

لم يسلم هذا التوجه من النقد[3]، ومؤداه ان الامتياز لا يتألف من عناصر لائحية وأخرى اتفاقية، بل يتعاداها الى إعمال أدوات القانون العام والخاص معا. ونتيجة لذلك، يتضح وبشكل جلي طبيعة وخصوصية عقد الامتياز في التشريع الجزائري، التي تختلف وبشكل واضح على تكييف العقد على انه ذا طبيعة مختلطة، ويضيف هذا الرأي على وجوب التفرقة بين العمل المختلط والعمل المركب.

ويترتب عن هذا الاتجاه أن عقد الامتياز في نشاط الإدارة الجزائرية في شقه التعاقدي يتضمن علاقة تعاقدية ذات طابع إداري بين الإدارة المانحة للامتياز والملتزم، وتُستمد هذه العلاقة من إرادة المشرع. ولهذا السبب، يطلق على هذا النوع من العقود وصف العقد الإداري، بجانب وجود علاقة تعاقدية ذات طابع مدني. والتي تظهر من خلال التعليمة الوزارية رقم 482/943، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، التي نصت تحت عنوان طبيعة وموضوع عقد الامتياز على أنه[4]: "... يتميز عقد الامتياز بكونه يحتوى على نوعين من الشروط شروط تعاقدية تخضع لقاعدة

---

1 أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مرجع سابق، ص 76.

2 صاحب الامتياز يكون **في وضعية قانونية موضوعية** عند تطبيق البنود التنظيمية، بالتالي يصبح امتياز المرفق العام بالنسبة إليه كعمل شرطي، يطبق العقد وفقا للقواعد المنصوص عليها التي يكون للجماعة العامة تعديلها وفقا المقتضيات المصلحة العامة مقابل تعويض جراء ما ينجم عن ذلك من أضرار، ويكون في **وضعية شخصية**، عند تطبيق البنود التعاقدية أين يصبح الامتياز بمثابة قانون بين أطرافه لمزيد من التفاصيل راجع :
- أكلي نعيمة، مرجع سابق، 76.

3 بن عليه حميد، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03 الجزائر، 2009، ص 135.

4 أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مرجع سابق، ص 78.

العقد شريعة المتعاقدين، بالإضافة إلى ما نصت عليه تحت عنوان أثار الامتياز: "الامتياز يعتبر عملا قانونيا مركبا يتضمن شروطا اتفاقية وشروط تنظيمية".

واستناد لما سبق، توصل الفقيه (ديكي) إلى استنتاج بعد تحليل نصوص العقد المتعلق بامتياز المرفق العام، وذلك بأنه يحتوي على نوعين من النصوص. النوع الأول يتعلق بالالتزامات المالية المتبادلة بين مانح الامتياز والملتزم، ويتضمن نصوصًا متعلقة بمدة الالتزام وطريقة استرداده، وتعد هذه النصوص تعاقدية ولا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين. أما النوع الثاني، فهو يتعلق بتنظيم وإدارة المرفق، ويتضمن نصوصًا مثل تحديد التعريفة وكيفية تقديم الخدمة، وتعد هذه النصوص تنظيمية، ويمكن للإدارة تعديلها بالإرادة المنفردة[1].

الفرع الثاني: عقد إيجار المرافق العامة

يعد عقد ايجار المرافق العامة من أبرز تطبيقات تسيير المرفق العام بتقنية التفويض. ولدراسة هذا النموذج من العقود سنقوم بتعريفه (أولا) ومناقشة خصائصه (ثانيا)[2].

أولا: تعريف عقد ايجار المرافق العامة

يشكل عقد إجارة المرفق تفويض إدارة المرفق العام من قبل أحد أشخاص القانون العام إلى أحد الأشخاص سواء كان شخصا عاما أو خاص ويتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته مقابل حصوله على المقابل المالي من المستفيدين من خدمات المرفق"[3]. وعرفه آخرون بأنه اتفاق بموجبه يعهد شخص عام بتكليف شخص آخر باستغلال مرفق عام تحت مسؤوليته مع تقديم المنشآت إليه، على أن يدفع المستأجر مقابلا للشخص العام المتعاقد"[4].

وعرفه المشرع الجزائري من خلال مرسوم رئاسي بأن " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى

1 سليمان الطماوي، العقود الإدارية، الأسس العامة للعقود الإدارية دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص 93 وما بعدها.
2 معمري المسعود، دبيح زهيرة، مرجع سابق، ص 346.
3 مروان محي الدين القطب طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز، الشركات المختلطة BOT تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية 2015، لبنان، ص 454.
4 A. de Laubadère, traité des contrat administratifs, LGDJ 1983, tome 1, n°260, p 317.
"Une convention par laquelle une personne publique charge d'un service public une autre personne, qui en assure l'exploitation sous sa responsabilité grâce aux ouvrages qui lui sont remis et verse en contrepartie des redevances à la personne publique contractante"

مسؤوليته تمول السلطة للفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر للمفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام"[1].

ويعرفه المرسوم التنفيذي -18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام حيث نصت المادة 54 منه على أنه "... هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة.

وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام.

تمّول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.»[2].

ولكيلا يختلط الامر في التمييز بين ان تكون الإدارة مستأجرة وليست مؤجرة

جرى الفقه على التمييز بصدد عقود الإيجار التي تكون الإدارة طرفا فيها في حالتين[3]:

1. ان تكون الإدارة مستأجرة: وهنا يطبق القضاء المعيار العام لتمييز العقود، والقاعدة ان عقود الإيجار التي تبرمها الإدارة بصفتها مستأجرة عقد من عقود القانون الخاص ما لم تتضمن شروطا غير مألوفة وهذه مسألة نادرة الحدوث.

2. ان تكون الإدارة مؤجرة: وهنا يكون التمييز بين ما إذا ورد عقد الإيجار على عين تتبع الدومين الخاص أو الدومين العام. في الحالة الأولى يعتبر عقد الإيجار من عقود القانون الخاص.

أما الحالة الثانية فقد قرر المشرع الفرنسي بالمرسوم بالقانون الصادر 1918 اختصاص القضاء الإداري بمنازعات هذا النوع من العقود وبذلك اعتبرها من العقود الإدارية، واقد اعتبر القضاء الفرنسي الاتفاقات التي تبرمها الإدارة من قبيل العقود الإدارية متى انصبت على شغل جزء من الدومين العام ومن ذلك شغل جزء من شاطئ البحر لبناء كبائن للاستحمام، وتخصيص أجزاء معينة من الأسواق العامة للباعة أو مساحات من الجبانات المدافن[4].

يمكن القول في مصر بأن العقود التي تتعلق بالمال العام لا يمكن أبدا أن تصنف كعقود مدنية، لأن هذا يتعارض مع طبيعة المال العام. بالعكس، فإن هذه العقود تصنف على نحو واضح كعقود إدارية مستمرة. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الأمر بشكل صريح.

1 المادة 210/ 2 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
2 المادة 54، المرسوم التنفيذي -18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام
3 حسن محمد علي البنان، مبدا قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير. منشور على موقع:
https://almerja.net/reading.php?i=5&ida=1947&id=973&idm=41956. تم الولوج اليه يوم: 2021/02/17.
4 عن حسن محمد علي البنان، مبدا قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير. منشور على موقع:
https://almerja.net/reading.php?i=5&ida=1947&id=973&idm=41956. تم الولوج اليه يوم: 2021/02/17.

بقولها " غني عن البيان ان العقد الذي يكون محله الانتفاع بمال عام هو بطبيعته من العقود التي تخضع لأحكام القانون العام لأنها توافق طبيعة المال العام لاتصالها الوثيق بمقتضيات النفع العام"[1].

ومن أبرز حالات تطبيق هذا النظام في العالم تأجير دولة التشيك لمرفق السكك الحديدية الإقليمية إلى القطاع الخاص عام 1997، ونصت في العقد على ان تبقى ملكية الأصول الثابتة للحكومة وتنقل ملكية الوحدات المتحركة إلى القطاع الخاص بنظام التأجير، وطبقت هذا النظام تايلاند وكولومبيا ومالي والهند والكاميرون وبوروندي، أما مرفق مياه الشرب والصرف الصحي ومرفق الكهرباء فقد تم تطبيق نظام التأجير بشأنها في كل من ساحل العاج، وجامبيا، وغينيا، والفلبين. وهذا الأسلوب يكون مناسبا عندما تكون هناك حاجة للتشغيل بكفاءة أعلى ولا تكون هناك حاجة ماسة لتمويل استثمارات جديدة[2]. ومن تطبيقات عقود إيجار المرافق العامة في مصر، عقود إدارة جراجات (مرآبات) السيارات المتعددة الطوابق (مرآب العتبة والأوبرا على سبيل المثال) فهذه الجراحات (المرآبات) مملوكة للمحافظة، وعهدت إلى شركات خاصة بإدارتها مقابل ان تقوم الأخيرة بدفع جعل سنوي، يسدد على أقساط شهرية، ومن أهم التطبيقات أيضا إيجار شركات قطاع الأعمال في مصر إذا كانت هذه الشركات تباشر نشاطا يشكل مرفقا عاما[3].

نستخلص من التعارف السلفة الذكر، أن لعقد الايجار ما يميزه عن غيره من طرق تسيير المرافق العامة بتقنية التفويض، وهذا ما سنناقشه الان.

ثانيا: خصائص عقد ايجار المرفق العام

بالرغم من التشابه بين عقد الايجار المرفق العام وعقد الامتياز، إذ يشتركان في كونهما وجهين من وجوه تفويض المرفق العام، وكليهما موضوعهما إدارة واستغلال مرفق عام، ويحصل كل منهما على مقابل مادي من المنتفعين، إلا أن هناك ما يميز عقد الايجار عن غيره من أساليب التفويض الأخرى، ولاسيما، الامتياز الذي يتقاطع معه في كثير الأحيان في عناصر مشتركة.

1-تمكين المستأجر من المنشآت اللازمة للاستغلال الفعال للمرفق العام:

تعتبر الجهة الإدارية المانحة لتفويض في عقد إيجار المرافق العامة مسؤولة عن توفير المباني والمنشآت اللازمة لتشغيل المرفق بشكل صحيح. ويشمل ذلك الالتزام بتنفيذ وصيانة أي منشآت تكون ضرورية لاستخدام المرفق، مثل المباني، والطرق، وأي مرفق من شأنه ان يكون ضمن محل هذا التفويض.

ويجب على الجهة الإدارية المتعاقدة أن توفر جميع المصادر اللازمة لتنفيذ هذه المنشآت والمباني، بما في ذلك التمويل اللازم لهذه الأغراض، دون اللجوء إلى المتعاقد الذي يستأجر المرفق.

1 حكم المحكمة الادارية العليا في 1962/3/31، السنة السابعة قضائية، ص535.
2 حسن محمد علي البنان، مبدا قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير، منشور في موقع https://almerja.net/reading.php?i=5&ida=1947&id=973&idm=41956، تاريخ التصفح: 2021/02/17.
3 محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مصدر سابق، ص82.

ويجب أن تستوفي المنشآت والمباني اللازمة لاستخدام المرفق جميع المعايير والشروط اللازمة وفقاً للقوانين واللوائح السارية.

وفي حالة عدم الالتزام بالشروط المذكورة أعلاه، يحق للمتعاقد اللجوء إلى القانون لحماية حقوقه، ويمكنه أيضًا تقديم شكوى إلى الجهات الحكومية المعنية، مثل اللجنة المركزية للمناقصات والمزايدات، أو الهيئة العامة للاستثمار والتخطيط، او لجنة تفويضات المرافق العامة، إذا اعتبر أن الجهة الإدارية المتعاقدة لم تلتزم بالشروط المتفق عليها في عقد الإيجار.

ان هذا المعيار المحدد لعقد الإيجار ودوره الهام في التمييز بينه وبين الامتياز، وما يمثله من أهمية بالغة، الذي مؤداه قيام صاحب الامتياز بتحقيق الإنشاءات التي يستخدمها بنفسه بينما يتولى الشخص العام بناء المنشآت في حالة الإيجار. ومع ذلك، فهذا المعيار ليس بالبساطة التي يبدو عليها حيث يتداخل العقدان في بعض الأحيان، ويمكن للشخص العام في الامتياز توفير المنشآت اللازمة لاستغلال المرفق أو تمويله، وكذلك يمكن للمستأجر أحيانا في الإيجار ان يتكفل بإقامة بعض المنشآت للاستفادة من المرفق.

والتمييز بينهما لم يتم إلا حديثا، وفقا لحكم مجلس الدولة في قضية Commune d'Elancourt في 29 أفريل 1987. وأساس التمييز بينهما أن عقد الايجار ليس موضوعه " الزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ انشاءات تتطلب استثمارات هامة. وقد أكد مجلس الدولة في حكم بتاريخ 3 نوفمبر 1995 معيار التمييز بين الالتزام والايجار

" Laquelle convention(l'affermage) n'a pas en l'espèce pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants du cocontractant"

غير أن ذلك لا يعني أن المستأجر لا يتحمل أية استثمارات، وإنما يعنى أنه لا يتحمل الجزء الأكبر من الاستثمارات اللازمة لتشغيل المرفق، فيجوز بالتالي تكليفه القيام بأشغال التوسع في الشبكة التي عهدت إليه[1].

1: التزام مستأجر المرفق العام بدفع مقابل مالي للشخص العام:

يتمثل التزام المستأجر في دفع مقابل استغلال المرفق العام في تحمله للتكاليف والنفقات المتعلقة بتشغيل المرفق والحفاظ عليه وصيانته التي بذلتها الإدارة في سبيل تحقيق هذا المرفق. وعادة ما يتم تحديد المبلغ المستحق للمستأجر في العقد الذي يتم توقيعه بين الجانبين.

1 محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 81.

من المسلم به، أن عقود الإيجار للمرافق العامة تختلف عن عقود الامتياز فيما يتعلق بتوزيع المسئوليات والأعباء بين الأطراف. في حين يتحمل الملتزم في عقد الامتياز كافة الأعباء والنفقات المتعلقة بتشغيل المرفق وصيانته وضمان ديمومته، فإن التزام المستأجر في عقود إيجار المرفق العام محدود بالتكاليف المتعلقة بتشغيل المرفق والحفاظ عليه فقط.

ومع ذلك، يمكن للجهة الإدارية المتعاقدة أن تطلب من المستأجر دفع مقابل مالي إضافي إذا تم توفير خدمات إضافية أو مزايا للمستأجر تزيد عن الخدمات المعتادة التي توفرها الجهة الإدارية. ويمكن أيضًا تضمين شروط محددة في العقد الذي يتم توقيعه بين الجانبين بشأن دفع مقابل إضافي في حالة استخدام المستأجر للمرفق لأغراض تجارية. أو للحصول على أرباح مالية غير مقررة من استخدام المرفق والهدف الذي أُنشأ من أجله.

وبالنظر الى التشريع المقارن[1] نجده ينص على انه يتعين على مستأجر المرفق العام دفع مبلغ مالي للجهة الإدارية، وذلك نتيجة للأرباح التي يحصلها من استغلال المرفق وجمع الأموال من المنتفعين. وعليه يسلم جزءًا من هذه العوائد للإدارة. ويبدو هذا المطلب معقولًا، نظرًا لأن الإدارة هي من تحملت التبعات المالية لإقامة المرفق من خلال توفير المنشآت أو الأعمال المتعلقة بالاستغلال.

2 ـ مدة عقد الإيجار:

تلعب الاستثمارات التي تم إنفاقها من قبل المفوض دورًا أساسيًا في تحديد مدة العقد، حيث يجب أن تكون كافية لتغطية تكاليف الاستثمار وتحقيق الأرباح المرجوة. وكلما كانت التكاليف أقل، كانت المدة اللازمة أقصر. هذا ينطبق على عقود إيجار المرفقات العامة، حيث تتضمن التكاليف نفقات التشغيل والصيانة والتجديد اللازمة للمنشآت العامة. وهذا ما فعله المشرع الجزائري[2] بتحديد مدة قصوى لعقود الإيجار بـ 15 عامًا، ونص على امكانية تمديدها مرة واحدة لمدة لا تتجاوز 3 سنوات، وذلك بناءً على طلب معلل من السلطة المفوضة لإنفاذ الاستثمارات المادية غير المشمولة في العقد.

الفرع الثالث: الوكالة المحفزة

مشاطرة الاستغلال عقد تعهد بموجبه الدولة لأحد أشخاص القانون الخاص من حيث المبدأ مهمة إدارة وتسيير مرفق عام معين، نظير مقابل مالي يتقاضاه المتعاقد من السلطة المانحة تحدد غالباً عن طريق النتائج المالية للاستغلال. ووفقا لحسن سير الاستغلال، على ان يتحمل الشخص العام ما قد يعترض المفوض له من أخطار تجارية بشأن إيرادات الاستغلال، وكذا المخاطر الصناعية التي تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام.

1 أنظر المادة 54، من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.
2 أنظر المادة 54، من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

ينصب موضوع عقد الوكالة المحفزة بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام، بالنيابة عن الشخص المعنوي العام الذي يمول إنشاء المرفق العام وجميع المنشآت التابعة له ويحتفظ بإدارته.

ويحدد المفوض له، بالتعاون مع السلطة المفوضة، التعريفات التي يجب دفعها من قبل المستفيدين من خدمات المرفق العام، ويتولى جمع هذه التعريفات عن طريق الوكالة المحفزة وتحويلها إلى الشخص المعنوي العام المانح للتفويض[1].

ويجنب هذا الأسلوب من التسيير عيوب كل من الاستغلال المباشر من جهة، وعقود الامتياز وإيجار المرفق العام من جهة أخرى، لأنه قصد بها علاج ما تتصف به طريقة الاستغلال المباشر من جهة وعقود الامتياز وإيجار المرفق العام من جهة أخرى، لأنه قصد بها علاج ما تتصف به طريقة الاستغلال المباشر من انعدام المصلحة الشخصية والدافع الشخصي لدي العاملين. وذلك بمنح القائمين علي إدارة المشروع بعض المزايا وتقرير المسئولية المادية مما يحملهم علي العمل والابتكار. ويحصل هذا من خلال تقرير نسبة من الأرباح أو مبلغ معين أو مبلغ من هذا المال تضاف إليه نسبة من الأرباح أي القدر الثابت المضمون من الربح والقدر الآخر المتفاوت وهو العائد الإضافي (جعالات أو أرباح) تقدر علي أساس الربح الصافي للمشروع أو علي أساس الدخل الإجمالي للمشروع كما أن جعل الإدارة بيد جهة خاصة يحررها من الأساليب المالية والإدارية والحسابية التي تقيد المشروعات التي تدار بطريقة الإدارة المباشرة[2].

وعلى المستوى التطبيقي، فإن طريقة مشاطرة الاستغلال يمكن أن تحد من بعض السلبيات التي قد تترتب على تسيير المرفق العام وفق أسلوب الامتياز، مثل التركيز الزائد على تحقيق الأرباح مع إرهاق المنتفعين والاستحواذ على أرباح المشروع. كما يمكن أن يتسبب في توقف العمل عند حدوث أزمة اقتصادية، أو الإهمال الذي قد يظهر من قبل المتعاقد بنظام الامتياز حال اقتراب مدة الامتياز من نهايتها. أما في عقود مشاطرة الاستغلال قد تخفف هذه العيوب نظراً لأن المدير يعمل بوصفه وكيلاً عن السلطة الإدارية ونيابة عنها لحسابها المالي[3].

يتشابه عقد مشاطرة الاستغلال وعقد الالتزام في عدة نقاط، ففي كلا العقدين يقوم فرد عادي (أو شركة خاصة) بإدارة واستغلال المرفق العام. وكذلك، فإن العمال المشاركين في إدارة واستغلال المرفق ليسوا موظفين عموميين، بالرغم من مساهمتهم في عمليات الإدارة والاستغلال للمرفق محل التفويض.

1 إلهام فاضل، " أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي،247/15، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، ع 25، ديسمبر 2018، ص7.

2 زهدي يكن، التنظيم الإداري، دار الثقافة، بيروت، 1975. ص 286 – 287. أورده ابوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 115.

3 زهدي يكن، التنظيم الإداري، دار الثقافة، بيروت، 1975. ص 286 – 287. أورده ابوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 116.

غير انهما يختلفان في بعض الأمور بينهما، حيث يتفاوتان في أن المتعاقد في عقد الالتزام هو الشخص الذي يوفر رأس المال اللازم لتأسيس وتشغيل المرفق، في حين أن المستغل في عقد المشاطرة لا يُساهِم في تمويل المرفق أو إعداده، بل يتولى مهمة إدارته واستغلاله فقط.

ويختلفان أيضاً فيما يتعلق بالمقابل المالي الذي يتلقاه المستخدم في سبيل إدارته المرفق، حيث يتم اقتضاء المقابل المالي للملتزم مباشرة من المنتفعين من المرفق، في حين يتلقى المستغل في عقد المشاطرة المقابل المالي من الإدارة، ويتم حسابه على أساس الأداء المالي للاستغلال.

الفرع الرابع: عقد التسيير

يطلق على هذا النوع من العقود اسم "عقد الإدارة" أو "المشروع التعاقدي". وهو عقد يتم بين الدولة والقطاع الخاص لإدارة مؤسسة عامة أو مشروع معين. يتعهد القطاع الخاص بإدارة المؤسسة أو المشروع بالكامل، بينما تتولى الدولة تمويل المشروع أو المؤسسة ودفع أموال مقابل الخدمات التي تقدمها الشركة الخاصة.

ومن الجوانب المهمة لهذا العقد أن المتعاقد الذي يدير المشروع أو المؤسسة، يتحمل المسؤولية الكاملة عن إدارته وتشغيله، بما في ذلك تحقيق الأهداف المتفق عليها في العقد، دون أن يتحمل أي خسائر أو مخاطر مرتبطة بالتشغيل.

يتم إبرام عقد الإدارة في العادة في الحالات التي تريد السلطة مانحة التفويض تحسين كفاءة إدارة المؤسسات العامة وتحقيق أفضل استغلال للموارد، بالإضافة إلى تقليل النفقات العامة. يكون العقد لفترة محددة، اعتمادًا على طبيعة المشروع والمؤسسة والاتفاق الذي تم التوصل إليه بين الطرفين.

يتم تحديد المقابل المالي الجزافي الذي يتقاضاه القطاع الخاص الذي يدير المؤسسة أو المشروع في إطار عقد التسيير (الإدارة)، بناءً على اتفاق بين الدولة والشركة الخاصة بنسبة مئوية من رقم الاعمال[1]. ويتم تحديد هذا المبلغ بناءً على عدة عوامل، مثل طبيعة المشروع أو المؤسسة، حجم الاستثمار المطلوب، والتحديات المحتملة التي قد تواجه الشركة الخاصة أثناء تشغيل المشروع أو المؤسسة.

ويمكن أن يتغير المقابل المالي الجزافي المتفق عليه في إطار عقد الإدارة من فترة لأخرى، حيث يمكن أن يتم تحديث العقد بناءً على النتائج المتحققة والأداء الفعلي للمؤسسة أو المشروع. كما يمكن أن تقرر الدولة إضافة حوافز إضافية للشركة الخاصة كمنحة الانتاجية[2]، وذلك اعتمادًا على مدى تحقيق المؤسسة أو المشروع الأهداف المحددة في العقد، مثل زيادة الإيرادات أو تحسين جودة الخدمات التي تقدمها المؤسسة أو المشروع.

1 المادة 56، الفقرة 3، المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.
2 المادة 56، الفقرة 3، المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

تتميز عقود الإدارة عن مشاطرة الاستغلال في ان القائم بالإدارة يتقاضى مقابلا ماليا جزافياً، قد يقترن أحيانا بحوافز تتعلق بنتائج المرفق، ولذلك يمكن ان يختلف المقابل الجزافي من فترة لأخرى. ومن ناحية أخرى فان الشخص العام يحدد بدقة شروط استغلال المرفق[1]. ومع ذلك فان القائم بالإدارة يقترب من المسؤول عن الإدارة في مشاطرة الاستغلال في انه يدير المرفق لحساب الشخص العام، وانه يبدو على صورة وكيل[2]. ويختلف عقد الإدارة عن عقد الإيجار في ان الدولة تستمر في تحمل المسؤوليات المالية الجارية والاستثمارية للمنشأة ولا يمكن تحميل مجموعة الإدارة أعباء الخسائر والديون التي تحققها المنشأة إلا في نطاق المسؤولية التقصيرية وحدها، كذلك لا تتأثر أوضاع العمال في المنشأة في ظل الإدارة الجديدة التي وان أعطيت كافة امتيازات السلطة الإدارية فإنها لا تملك الاستغناء عنهم أو استبدالهم بآخرين فهي تظل محكومة بأوضاعهم القانونية التي تحددها لوائح العاملين بالقطاع العام[3]. انما يميز طريقة عقد التسيير هو التخفيف من عبئ مسؤولية التسيير الملقاة على عاتق الإدارة، مع ضمان حفاظ الدولة على الملكية العامة والمراقبة الفعالة على أداء الشركة. مما يتيح لها القدرة على المراقبة والإشراف على أعمال المرفق. الذي يدار وفقًا لأسس وقواعد القطاع الخاص ونظم الشركات، وذلك يتيح للشركة المزيد من المرونة والحرية في اتخاذ القرارات التجارية والإدارية من جهة، كما يمتاز بقدرته على تخفيض تكاليف أداء النشاط وتحسين الخدمة، والتغلب على سوء الإدارة، وذلك لأن الشركات المديرة عادة ما تتمتع بالكفاءة والخبرة اللازمة لإدارة النشاط بفعالية. ويؤدي هذا العقد أيضًا إلى تحفيز روح المنافسة بين القطاعين العام والخاص، مما ينعكس على تحسين الجودة وتقديم خدمات أفضل، ويساعد في رفع الإنتاجية وتطوير الاقتصاد بشكل عام.

يمكن القول أن استخدام طريقة التفويض باستخدام عقد التسيير يعتبر سهل وبسيط، ويمكن استخدامه خصوصًا عندما تواجه المؤسسة محل التفويض مشكلات في الإدارة وعدم كفاءة الأجهزة الحكومية. ومع ذلك، تشير التجارب إلى أن هذا النوع من العقود لا يُسهم في تطوير الكفاءات المحلية ولا يرفع من أداء المؤسسات العامة. ويعتمد نجاح هذا النوع من العقود على قدرة الدولة على مراقبة التزام المفوض له بشروط الواردة في العقد، وهذا أمر صعب التنفيذ في الدول النامية.

استخدمت عدة دول في العالم أسلوب التعاقد على الإدارة لتحسين أداء بعض المؤسسات العامة، حيث استخدمت سريلانكا هذا الأسلوب في بعض مصانع النسيج، واستخدمت جامايكا هذا الأسلوب كمرحلة انتقالية نحو الخصخصة لإدارة 12 فندقًا. وقد استخدمت ماليزيا هذا الأسلوب بشكل أوسع، حيث تعاقدت مع شركات خاصة على إنشاء وإدارة طرق رئيسية ومحطة لتوليد الكهرباء. كما

1 محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998، ص46.

2 محمد عبد اللطيف، نفس المرجع، ص46.

3 B. Auby, et maugve: les contrats de delegation de service public J.C.P 1994 Doct. 3743, n50

اعتمدت مصر على هذا الأسلوب منذ فترة طويلة في إدارة فنادقها الكبرى بالتعاون مع شركات فندقية أجنبية[1].

وفي الأخير، وبنهاية عرضنا لطرق التسيير التي تدخل ضمن تقنية التفويض، يمكن القول بأن هذه الطرق تستخدم على نطاق واسع في إدارة المرافق العامة والشركات التجارية. ومع ذلك، فإن كل طريقة لها مزايا وعيوبها ويجب على المسؤولين عن الإدارة اختيار الأسلوب الذي يتناسب مع احتياجاتهم.

بشكل عام، فإن اختيار الطريقة المناسبة لإدارة المرفق العام يجب أن يتم بعناية ويجب النظر في جميع العوامل المتعلقة بالمرفق محل التفويض، بما في ذلك تكلفة التشغيل، والصيانة، والرقابة، وسمعت المفوض اليه. ويجب أيضًا أن يتم تقييم الخيارات بانتظام لضمان استمرارية النجاح والتحسين المستمر للمرفق العام.

المطلب الثاني: تمييز عقود تفويض المرفق العام عن غيره المفاهيم المشابهة والنظم الأخرى لتسيير

يُصنّف عقد تفويض المرفق العام كعقد إداري نظرًا لأن الشخص المفوض هو شخص من أشخاص القانون العام، ونظرًا لأن الموضوع المتعلق بإدارة وتشغيل المرفق العام يهدف إلى تلبية احتياجات المواطنين وتحقيق المصلحة العامة. ومع ذلك، يمكن أن يتم الخلط بين مفهوم عقد تفويض المرفق العام وغيره من العقود الإدارية التي تستخدمها الحكومات والإدارات العمومية في سبيل تسييرها لمرافقها، مثل عقود الصفقات العمومية والامتيازات العامة للممتلكات العامة (الفرع الاول)، أو لتنفيذ المشاريع التنموية والاستثمارية، من النظم الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحليل المفاهيم المشابهة لتفويض المرفق العام وتمييزها عنه

يجب تحديد الفروق بين تقنية تفويض المرافق العامة والمفاهيم الأخرى المتداولة في القانون الإداري في النظم القانونية. فالتفويض الإداري يشكل موضوعًا مشتركًا بين موضوعات القانون الإداري، مثل تفويض الاختصاصات الإدارية، والخوصصة. ويرتكز هذا التشابه على نقطة أساسية، وهي نقل الاختصاصات أو تحويلها، ولكنها تختلف في تفاصيلها وخصوصياتها. ولذلك، يجب توضيح هذه الفروقات وفقًا للمعايير القانونية المعمول بها.

أولا: تقنية تفويض المرفق العام وتفويض الاختصاصات: فروق وتشابهات

1 احمد جمال الدين موسى، فنون الخصخصة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني عشر، أكتوبر 1992، ص 538.

يشير مصطلح التفويض في اللغة القانونية بشكل عام إلى صلته بمهام السلطة العامة في مجال القانون الإداري. ولقد تم استخدام هذا المصطلح في السابق للإشارة إلى الموضوعات المتعلقة بالقرارات والاختصاصات الإدارية. ولكن مؤخراً، امتد استخدام هذا المصطلح إلى مجال جديد يتعلق بتسيير المرافق العامة، وتغيرت طبيعته القانونية ليصبح عقدًا إداريًا في مجال استثمار واستغلال المرافق العامة.

ومن المهم الإشارة إلى أن مصطلح التفويض يعد مصطلحًا جديدًا في الاستخدام القانوني، ولكنه قديم التطبيق. فقد كان يستخدم منذ ظهور عقود الامتياز، ويعبر عن العلاقة القانونية التاريخية المتبادلة بين السلطة العامة والمرافق العامة فيما يتعلق بتسييرها واستثمارها.

يعد موضوع التفويض في الاختصاصات الإدارية من أهم موضوعات القانون الإداري بشكل عام والإدارة العامة بشكل خاص، في مختلف دول عالمنا المعاصر، باعتباره أسلوب من أساليب التنظيم الإداري، ويتم بموجبه تخفيف أعباء المفوض من خلال تفويض مرؤوسيه بعض اختصاصاته أي أن يعهد صاحب الاختصاص الأصيل بممارسة جانب من اختصاصاته إلى شخص أخر أو هيئة أخرى وفقا للشروط والضوابط المحددة قانونا، وقد ظهرت أهمية التفويض في الاختصاص بعد ظهور المذاهب الاشتراكية وتعدد مهام الدولة وتشعبها، وتغير دورها من دولة حارسة إلى دولة متدخلة، فالتفويض في الاختصاص أضحى أمرا ضروريا في الدولة القانونية الحديثة نظراً لازدياد المسؤوليات على كاهل الإدارة تجاه الأفراد وتستوجبه الضرورات العملية لتخفيف العبء عن الجهاز الإداري في الدولة[1].

يقصد بالتفويض في الاختصاص أن يعهد صاحب الاختصاص الاصلي الى غيره، سواء كان في نفس مستواه الوظيفي أو أدنى منه، بمباشرة جزء من اختصاصه فيكون مفوضا والاخر مفوض اليه، وذلك بموجب نص قانوني يجيز له ذلك. وفي هذا النوع من التفويض تنتقل السلطة بأكملها إلى المفوض إليه، ويترتب على ذلك حرمان صاحب الاختصاص الأصيل من ممارسة الاختصاص الذي تم تفويضه أثناء سريان التفويض.

وفي هذه الحالة من التفويض يجب أن تكون قرارات المفوض إليه في نطاق التفويض، بحيث تصدر القرارات باسم المفوض إليه وليس باسم صاحب الاختصاص الأصيل، ويوجه تفويض الاختصاص إلى المفوض إليه بصفته لا بشخصيته، ويترتب

1 محمد علي الشباطات، ميثاق قحطان حامد، الشروط القانونية لصحة التفويض في الاختصاصات الإدارية، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 27 جوان 2017 السنة التاسعة.

على ذلك أن يظل التفويض سارياً وقائما، حتى لو تغير الشخص المفوض إليه لان التفويض للمنصب ذاته وليس لشاغله، ما لم يصدر قرار صريح بإلغائه[1].

تثير التشريعات التي تتبنى مصطلح "تفويض المرفق العام" استفسارات حول دقة استخدام هذا المصطلح، إذ يعتبر بعض الفقهاء استخدام المشرع الفرنسي لهذا المصطلح اختيار غير موفق[2]، نظرًا للخلط الذي يمكن أن يحدثه مع مصطلح "تفويض السلطة" الذي يتعلق باتخاذ القرارات الإدارية.

كما أن هذا المصطلح غير دقيق لأنه لا يتعلق بالمرفق العام نفسه، بل يتعلق بتفويض الإدارة العامة للمرفق. لذلك، من المناسب استخدام مصطلح "تفويض تسيير المرفق العام"، حيث لا يفقد الشخص العام صلاحيته في مواجهة المرفق العام الذي تم تفويضه للغير، ويبقى مسؤولاً عن مراقبة احترام المفوض له للقواعد والإجراءات المتعلقة بتسيير المرفق العام.

على الرغم من الانتقادات التي وُجهت لمصطلح "تفويض المرفق العام"، إلا أنه حظي بتكريس المشرع الفرنسي وأصبح هو المصطلح السائد في جميع التشريعات المقارنة[3]. ويعزى ذلك إلى الدقة النسبية للمصطلح وقدرته على وصف العلاقة بين الإدارة العامة والمرفق العام بشكل واضح ودقيق. كما أنه يحتوي على مفهوم الإشراف والرقابة التي يتحملها الشخص العام على المرفق العام المفوض إدارته للغير، وهذا يجعله مصطلحًا شاملاً ومفيدًا في القانون المقارن. ومع ذلك، يجب على المشرعين والفقهاء العمل على تحديد المفاهيم وتوضيح الاختلافات بين مصطلحات مماثلة لضمان استخدامها بطريقة صحيحة ودقيقة.

وعلى الرغم من أن كلاهما يستخدم عادةً لتحسين كفاءة الإدارة والإنفاق، وتقليل البيروقراطية والتعقيد في الإجراءات الحكومية، إلا أن هناك العديد الاختلافات الجوهرية بين تفويض الاختصاص وتفويض تسيير مرفق عام فيما يتعلق بطرق تنظيمه وتوجيهه، والأهداف التي يسعى لتحقيقها، والموارد التي يحتاجها، وغير ذلك من الجوانب التي تختلف بين الدول والأنظمة.

في هذا السياق، سنتحدث عن بعض أوجه الاختلاف، والتي تشمل مناقشة موضوعات مثل: إمكانية التعديل او الاسترداد، الطبيعة القانونية لكل منهما، والمسؤولية عن التصرف، النطاق، الاعتبار الشخصي في التنفيذ، وغيرها من الجوانب التي سنكتشفها معًا في التالي:

1: في إمكانية التعديل او الاسترداد على التصرف

يمكن للمسؤول الإداري أو المدير العام أو الشخص المخول بتفويض الصلاحيات الإدارية إجراء تعديلات على الصلاحيات الممنوحة للموظفين في إطار تفويض الاختصاص الإداري، بما يتوافق مع الضوابط والإجراءات القانونية المعمول بها.

1 محمد علي الشباطات، ميثاق قحطان حامد، الشروط القانونية لصحة التفويض في الاختصاصات الإدارية، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 27 جوان 2017 السنة التاسعة.

2 PIERRE DELVOLVER, "Les Contradictions de la délégation de service public" AJDA, N° 09, 1996, P678

3 عبد اللطيف محمد، المرجع السابق، ص 16.

وعند الحاجة، يحق للمسؤول الإداري أو المدير العام أو الشخص المخول بتفويض الصلاحيات الإدارية إلغاء التفويضات الممنوحة للموظفين، بشكل كلي أو جزئي، وذلك إذا تبين عدم الحاجة إلى استمرار تفويض هذه الصلاحيات أو في حالة مخالفة الموظف للشروط والضوابط المتعلقة بهذا التفويض.

ويتم إبلاغ الموظف المفوض بأي تعديلات أو إلغاء للتفويض الإداري، ويجب تسجيل هذه التغييرات في السجلات الإدارية المعنية.

أما تفويض المرفق العام وباعتباره عقد يتم بين الجهة المفوضة والمفوض له بهدف تمكين المتعاقد من القيام بمهمة معينة نيابة عن الجهة المفوضة. حيث من المتصور أيضا كما في تفويض الاختصاص من الممكن تعديل هذا التصرف القانوني (العقد)، ولكن يتطلب ذلك أن يكون التعديل بهدف تحقيق المصلحة العامة ودون أي تغيير جوهري في موضوع العقد أو طبيعته، ولا يجب أن يحدث اختلال كبير في العقد.

من جهة أخرى، يمكن إلغاء تفويض المرفق العام في حالات معينة، مثل إذا أخل المفوض له بالتزاماته، أو إذا تغيرت الظروف بشكل يجعل استمرار التفويض غير مجدي أو يتعارض مع المصلحة العامة. يجب أن يتم إلغاء التفويض بالطريقة التي حددتها الجهة المفوضة في العقد، ويجب أن يتم إعلام المفوض بذلك بشكل واضح ومباشر.

2: الطبيعة القانونية لكل منهما:

يتميز تفويض الاختصاص بطابعه الانفرادي والقانوني، حيث يتم إصداره بواسطة الإدارة بصفتها صاحبة السلطة والاختصاص في شكل قرار إداري. يتمثل الهدف من هذا التفويض في منح شخص ما، داخل المؤسسة الحكومية، سلطة خاصة ومحددة لاتخاذ القرارات واتخاذ الإجراءات المناسبة. ويختلف التفويض بحسب ما إذا كان يتعلق بتفويض السلطة أو تفويض التوقيع.

أما بالنسبة لتفويض المرفق العام، فيتميز بطابعه الاتفاقي، حيث يتم توقيع عقد تفويض المرفق بين الطرفين المعنيين بالتفويض. ويتم في هذا النوع من التفويض تحديد المهام والمسؤوليات التي يجب على المفوض تنفيذها، بما يتماشى مع الشروط المحددة في العقد.

3: قيام المسؤولية:

ففي تفويض الاختصاص يعتبر المفوض إليه هو المسؤول عن التصرفات التي مارسها في إطار الاختصاص الممنوح له، ذلك ان القرار الصادر عنه يعتبر قراره لا قرار المفوض، أما في تفويض التوقيع فان المسؤولية المدنية الناجمة عن الإضرار التي تلحق الغير من جراء الأعمال الموقع عليها ً على تفويض فإنها تنصرف

بنـــاءً للأصـــيل باعتبـــار أن المفـوض إليـه يتصـرف باسـم المفـوض ولحسـابه وتحـت رقابته ومسؤوليته، أما المسؤولية الجنائية فإنها تنصرف إلى المفوض إليه[1].

أما في حالة تفويض المرفق العام، فيتولى صاحب التفويض مسؤولية استغلال المرفق على نفقته وبمسؤوليته الكاملة. وعلى الرغم من ذلك، فإن الشخص العام الذي يتحكم في المرفق، لديه الحق في الإشراف والرقابة على كيفية إدارة وتشغيل المرفق العام قبل صاحب التفويض، وذلك لضمان تنفيذ المهام المحددة في العقد بشكل صحيح وفعال.

4: نطاق ومدى التفويض

لا يمكن تفويض كل الاختصاصات المتعلقة بمنصب معين في عملية تفويض الاختصاص، حيث يتم التفويض بشكل جزئي على قسم من الاختصاصات المحددة للمفوض فقط، حيث يكون التفويض صحيحا اذا ورد على جانب محدد من الاختصاصات الاصيل.

أما في حالة تفويض المرفق العام، فيتم تفويض جميع المهام والأعمال التي تتعلق بإدارة واستغلال المرفق العام، ولا يقتصر على مهمة أو عمل دون سواه.

5: نقل التفويض والتنازل عنه:

هذا المبدأ يعني أن المفوض إليه في تفويض الاختصاص لا يمكنه نقل هذا التفويض إلى شخص آخر بدون موافقة الجهة التي قامت بالتفويض.

على سبيل المثال، إذا كان لدى شخص (المفوض) اختصاص معين بموجب تفويض من جهة أخرى، فلا يحق له نقل هذا التفويض إلى شخص آخر دون موافقة الجهة التي قامت بالتفويض. وإذا قام بذلك، فإن التفويض الجديد يكون غير صحيح ولا يلزم الجهة المفوضة.

وهذا المبدأ يهدف إلى حماية حقوق الجهة المفوضة، وضمان عدم تعرضها لأي خسارة أو ضرر نتيجة تفويض الاختصاصات إلى شخص غير مؤهل أو غير موثوق به. ويأتي هذا الشرط للحفاظ على سلامة الإجراءات الإدارية وتفادي الأخطاء والتعارض في الصلاحيات. ولذلك، يتطلب التفويض الإداري عادة تحديدًا واضحًا للصلاحيات والإجراءات الموكلة، ومعرفة الشخص المحدد الذي سيتم تفويض الصلاحيات إليه والشروط والقيود التي يجب عليه الالتزام بها في تنفيذ المهمة الموكلة إليه.

1 محمـد علـــي الشـباطات، ميثـــاق قحطـــان حامـــد، الشروط القانونية لصحة التفويض في الاختصاصات الإدارية، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 27 جوان 2017 السنة التاسعة.

في حين يسمح تفويض المرفق العام للمتعاقد بتحويل جزء من العقد إلى طرف ثالث، وكذا ممارسة المناولة[1]، بشرط الحصول على موافقة مسبقة من الجهة المانحة للتفويض واحترام القواعد والأحكام المنصوص عليها في القوانين والأنظمة وبنود العقد.

بعد دراسة ومناقشة مفهوم وأوجه الاختلاف بين تقنية التفويض في المرافق العامة وتفويض الاختصاص والتفاوت بينهما، يمكن الاستنتاج بأن كل منهما له مزاياه وعيوبه. كما يمكن القول ان تقنية التفويض في المرافق العامة هي تقنية تستخدم في القطاع العام لتفويض مرفق عام من قبل الإدارة إلى جهة خارجية بأسلوب تعاقدي، تتيح المرونة في إدارة المرافق والحصول على خبرات ومهارات متنوعة، في حين يتيح تفويض الاختصاص تخصيص مهام محددة لشخص مختص فيها والتحكم بشكل أكبر للقيام بعمل محدد من قبل شخص ما لصالح الأصيل مستعملة فيها الإدارة الأسلوب الانفرادي (قرار اداري).

وبالتالي، يمكن اختتام هذه المناقشة بالقول بأنه رغم وجود بعض الاختلافات بين التقنيتين، إلا أن كلاهما يستخدمان في التصرفات الإدارية لتفويض السلطة من شخص إلى آخر، ويمكن استخدامهما بشكل فعال في القطاع العام لتحقيق أهداف محددة.

ومن هذا المنطلق، يمكن أن نستنتج أن الخيار الأمثل يعتمد على الغرض والمستوى المطلوب، وبالتالي يجب دراسة وتحليل الوضع بشكل دقيق لاختيار الطريقة المناسبة.

وبهذا نكون قد انتهينا من موضوع تفويض المرفق العام وتفويض الاختصاص، ونتطلع إلى مواصلة دراسة التصرفات القانونية المشابهة ذات الصلة.

ثانيا :عقد تفويض المرفق العام وعقد الوكالة

تتمحور فكرة الوكالة في القانون المدني الذي ينظم العلاقات بين الأفراد في القانون الخاص. ولذلك، فإن مفهوم الوكالة يستمد جذوره من هذا القانون. ورغم ذلك، فإن هناك تساؤلات كثيرة تثار حول إمكانية وجود مفهوم الوكالة في القانون الإداري، وخاصة فيما يتعلق بتنفيذ المرافق العامة. وفي حال تم الافتراض بوجود مفهوم الوكالة في القانون الإداري، فمن الضروري التساؤل عما إذا كان لها ذات المفهوم في القانون المدني أم أن لها خصوصية تميزها عن هذا الأخير؟

هذه التساؤلات بدأت في الواقع عقب صدور القرار الشهير لمحكمة حل الخلافات الفرنسية في قضية société entreprise Peyrot مع ان القاضي الإداري كان سبق وان طبق الوكالة كأساس

1 المادة 60 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام، السالف الذكر. تنص على : "يقصد بالمناولة، في مفهوم هذا المرسوم الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى "المناول"، تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية إنجاز منشأت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره، وذلك في حدود 40 % من اتفاقية تفويض المرفق العام."

-والمادة 61 : "يمكن المفوض له أن يعهد إلى مناول أو عدة مناولين إنجاز المنشأت واقتناء الممتلكات موضوع اتفاقية التفويض حسب درجة تعقيدها بعد الموافقة السلطة المفوضة على اختيار المناول أو المسبقة من المناولين.

ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة. لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك."

لوصف العقود الموقعة بين أصحاب الامتياز والغير بالعقود الإدارية معتبراً أن أصحاب الامتياز إنما يعملون باسم ولحساب الشخص المعنوي العام[1].

1: معنى الوكالة في الحق الإداري:

تتميز الوكالة الإدارية في القانون الإداري بقواعد ومميزات خاصة بالقانون العام، وتختلف عن مفهوم الوكالة في القانون المدني. ففي الحق الإداري، تعتبر الوكالة الإدارية عملًا قانونيًا له طابع تعاقدي، ويمكن التعبير عنها صراحة أو ضمنا. ويأتي التعبير الصريح عن الوكالة الإدارية في بنود تعاقدية ترد في عقد تفويض إدارة واستثمار المرفق العام بمعناه الواسع، كما قد ترد في عقد وكالة مستقل يكون ملحق بالعمل القانوني المتعلق بالتفويض[2]. وتخضع الوكالة الإدارية لقواعد خاصة بالقانون العام وتتمتع بمميزات تناسب طبيعة علاقات الإدارة والمرفق العام.

كما يمكن استخدام مصطلح الوكالة في القانون العام للإشارة إلى جهات أو هيئات مكلفة بتنفيذ مهام محددة في مجال معين[3]. وعلى هذا الأساس، يتم استخدام مفهوم الوكالة في النصوص التنظيمية واللوائح بشكل منفصل عن العقود. ويمكن اتخاذ مثال قطاع المياه في الجزائر، حيث يتم استخدام مفهوم الوكالة في هذا القطاع للإشارة إلى جهات مكلفة بتنفيذ مهام محددة فيما يتعلق بتوزيع وتسوية استخدام المياه، وذلك دون الرجوع إلى العقود.

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن عقد الوكالة في القانون الإداري يشير إلى اتفاق يتم بين الجهة الإدارية وشخص آخر (وكيل) للقيام بمهام أو تمثيل الجهة الإدارية في تنفيذ مهام محددة[4]. حيث يتمكن الوكيل من تنفيذ المهمات التي تتطلب تخصصًا خاصًا أو موارد إضافية أو تجارب سابقة في المجال، ويمكن للإدارة الاعتماد على الوكيل لتنفيذ هذه المهمات بدلاً من القيام بها بنفسها، مما يسمح لها بترشيد الوقت والجهد والموارد.

يتم إبرام هذا العقد بموجب القانون أو اللائحة الإدارية ويتضمن تفاصيل المهام التي يجب القيام بها والتي يتم تنفيذها من قبل الوكيل.

---

1 وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص380.

2 وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص380.

3 صونية نايل، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي التبسي- تبسة، 2018/2017، ص 107

4 نصت المادة 64 من قانون المياه 12-05 المعدل والمتمم، على أن " يمارس التسيير المدمج للموارد المائية على مستوى كل وحدة هيدروغرافية طبيعة من طرف وكالة الحوض الهيدروغرافي..."

وقد صدر تنفيذا لنص المادة المذكور المرسوم التنفيذي رقم 11-262، الذي نص في مادته الأولى على أن " تنشأ مؤسسة وطنية ذات طابع صناعي وتجاري تسمى الوكالة الوطنية للتسيير المدمج للموارد المائية، وتدعى في صلب النص (الوكالة الوطنية) "، حيث نرى من خلال هذا المرسوم أن العمل القانون المنشأ والمؤسس للوكالة هو التنظيم وليس العقد، وبالتالي يتسع نظام الوكالة ليشمل آليات عقدية وأخرى غير ذلك، يكلف من خلالها (الموكل)، أشخاص طبيعية أو معنوية خاصة أو عامة كوكلاء، للقيام بمهام باسمه ولحسابه والتي يختلف فيها التكييف القانوني للعلاقة القانونية بين الوكيل والأصيل حسب كل حالة. أنظر صونية نايل، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي التبسي- تبسة، 2018/2017، ص 108.

ويتضمن عقد الوكالة بالإضافة إلى ذلك، شروطًا وقيودًا على الوكيل، والتزامات مالية ومسؤوليات قانونية، وفترة العمل وأجره أو عمولته عن الخدمات التي يقدمها. كما يمكن للجهة الإدارية إنهاء عقد الوكالة في أي وقت إذا لم يتم الامتثال للشروط والتزامات المنصوص عليها في العقد.

وتستخدم الجهات الإدارية عقود الوكالة عادة لتنفيذ مهام خاصة أو تحقيق أهداف محددة، وتكون مهمة الوكيل تمثيل الجهة الإدارية في التعامل مع الجهات الأخرى واتخاذ القرارات بشأن المسائل المتعلقة بالمهام المحددة في العقد.

2: مقاربة بين الوكالة وعقد التفويض:

على الرغم من التشابه الكبير بين مفهومي التفويض والوكالة، حيث يمكن لنظام الوكالة أن يصل إلى درجة التطابق في بعض استعمالاته، إلا أن الوكالة تمثل مفهومًا قانونيًا مختلفًا عن تقنية التفويض، حيث يتم التعامل معها ككيان مستقل، وذلك رغم تحقيق تلك التطبيقات لعناصر عقد التفويض احيانا. الامر الذي يقتضي منا تبيان أوجه الاختلاف بينهما ليتضح الامر، وهذا ما سنناقشه الآن.

تحليل عناصر الاختلاف بين الوكالة والتفويض في تسيير المرافق العامة

الوكالة والتفويض هما مفاهيم قانونية تتعلق بتسيير المرافق العامة، ولكنهما يختلفان في بعض النواحي الأساسية. نوجزها كالتالي:

أ: أوجه الاختلاف في الصفة:

في الوكالة، يقوم الوكيل بتنفيذ مهمة تم توكيلها له من الجماعة العامة. ومع ذلك، فإن الجماعة العامة لا تتنازل عن صلاحياتها أو مهامها المتعلقة بالملكية، ولا يوجد أي تغيير في صفتها. يقوم الوكيل بدور الوسيط لحساب الجماعة العامة ويعمل على تنفيذ المهمة الموكلة إليه.

أما في التفويض، فإن الجماعة العامة تحتفظ بالسلطة على المرفق العام، لكن المستثمر يتحمل المسؤولية عن إدارة وتطوير المنشآت العامة. وبالتالي، يصبح المستثمر المسؤول الوحيد عن اتخاذ القرارات والعمل على تحسين أداء المشروع ويصبح فيها المفوض له دون سواه القيم في كل ما يتعلق بعملها وتنظيمها وتطويرها[1].

ب: الاختلاف في النطاق:

1 أنظر: وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص394.
هذا ما قضى به مجلس الدولة وقد جاء:
"la S.E.M.AA.D agissant en qualité de concessionnaire avait la qualité de maitre de l'ouvrage à l'égard des entreprises chargées des travaux jusqu'aux moments de la remise de ces ouvrages aux collectiv- ités publiques"

يجب الانتباه إلى أن موضوع الوكالة لا يقتصر على إدارة واستغلال المرافق العامة فقط، بل يمكن أن يمتد ويتعداها إلى مهام أخرى كالأشغال العامة وغيرها. ومن الجدير بالذكر أن عقد تفويض المرفق العام يتحدد بشكل أساسي لإدارة واستغلال المرافق العامة فقط. كما أن التفويض يشير إلى مجموعة محددة من المرافق العامة، والتي يمكن تفويضها للمستثمر.

بالمقابل، فإن الوكالة تتيح إمكانية التعاقد على مهام تتعلق بمرافق سيادية غير قابلة للتفويض مثل مرفق الشرطة أو التعليم أو الصحة. ويتم تنفيذ هذه المهام بموجب وكالة يتم تحديد نطاقها بشكل واضح بين الجماعة العامة والوكيل المنفذ للمهمة.

ت : الاختلاف في الموضوع:

وحرصا على توضيح الفرق بين تنفيذ المرفق العام باستخدام تقنية التفويض وتنفيذه باستخدام الوكالة. كان لزاما عند تنفيذ المرفق العام باستخدام تقنية التفويض، أن تجتمع فيه خاصية الإدارة والاستثمار بشكل مترابط. بينما عند استخدام الوكالة في تنفيذ المرفق العام، فإنه لا يمكن أن يتضمن الاستثمار، ويتقيد بالمهام المتعلقة بصيانته وإدارته وتشغيله. ويعزى ذلك إلى أن عنصر الاستثمار يتطلب استقلالية من الشخص المكلف تنفيذ المرفق تجاه الجماعة العامة، وهو ما لا يتوفر في حالة الوكالة، التي تعتمد بطبيعتها على توجيه الوكيل من قبل الجماعة العامة، وبالتالي فإنها لا تمكن من الوصول إلى مستوى تقنية التفويض، وذلك لأن الوكالة تتطلب عملية التوجيه في كل مرة يعمل فيها الوكيل المكلف بتسيير المرفق العام.

د: الاختلاف في الاستقلالية:

يتطلب استخدام تقنية التفويض من المكلف بتنفيذ المرفق العام أن يتمتع بالاستقلالية في اتخاذ قرارات الاستثمار، سواء تجاه الإدارة أو المنتفعين. ومع ذلك، يمكن فرض بعض القيود أو الضوابط على استقلالية المستثمر من قبل الجماعة العامة، وذلك لضمان المحافظة على مبدأ التوازن المالي الذي يحكم عملية التفويض، ويتمثل في تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على مستوى من الاستقلالية دون أن يصل الأمر إلى مستوى الخضوع الذي يحدث في الوكالة[1].

ث: الاختلاف في الانتهاء:

يتطلب التفويض وجود أصول وشروط محددة، ويمكن إنهاؤه فقط عند توفر تلك الشروط وبدفع تعويض للمستثمر. ومن الجدير بالذكر أن التفويض لا يمكن إنهاؤه قبل موعده المحدد إلا بموجب

1 أنظر: وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص395.

تلك الشروط والأصول المتفق عليها. وبالمقابل، في الوكالة يمكن إنهاؤها في أي وقت دون أي شروط أو تعويضات، وهذا يشكل تباينا كبيرا مع تقنية التفويض.

جـ : الاختلاف في طبيعة العائدات:

في تقنية التفويض، يتم تعيين مستثمر لإدارة أموال معينة بالنيابة عن مجموعة من الأشخاص القانون العام. وتعتمد عائد المستثمر في التفويض على نتائج الاستثمار، ومن الممكن احيانا تحديد نسبة مئوية محددة من الأرباح الناتجة عن الاستثمار كعائد للمستثمر. وبمعنى آخر، فإن عائد المستثمر في التفويض يعتمد على الأداء الحقيقي للاستثمار.

أما في الوكالة، فإن الوكيل يتلقى عائدًا ثابتًا بصورة ثمن مقطوع، ولا يتأثر بنتائج الاستثمار أو الأداء الحقيقي للاستثمار. ويتم تحديد هذا العائد الثابت بشكل مسبق في عقد الوكالة، ولا يتغير بالنسبة إلى نتائج الاستثمار.

وعلى هذا النحو، فإن الفرق الرئيسي بين تقنية التفويض والوكالة يتمثل في طريقة تحديد عائد المستثمر. ففي التفويض، يتم تحديد عائد المستثمر بنتائج الاستثمار بصورة جوهرية وفقا لمعدلات نسبية، في حين يتم تحديد عائد الوكيل في الوكالة بصورة ثابتة بصورة ثمن مقطوع.

حـ : الاختلاف في المسؤولية:

يتحمل المستثمر في التفويض مسؤولية كاملة عن أعماله ونتائجها، وهو مسؤول تجاه الجماعة العامة والأطراف الأخرى المتضررة من الاستثمار. ويتحمل المستثمر بمفرده تكاليف الاستثمار وأي خسائر أو مخاطر قد تحدث. بينما يقتصر دور الجماعة العامة في حالة التفويض على ضمانات محددة في حالة إعسار المستثمر وتحمل بعض المسؤولية المالية في حالة الأضرار الناتجة عن الاستثمار.

أما في الوكالة، فإن الجماعة العامة هي المسؤولة الوحيدة عن أعمال الوكيل وتصرفاته تجاه الغير والمنتفعين. وتتحمل الجماعة العامة جميع التكاليف والنفقات اللازمة لتنفيذ الوكالة، ويتم تغطية تلك التكاليف من قبل الجماعة العامة وليس من قبل الوكيل. وتتحمل الجماعة العامة المسؤولية الكاملة في حالة الخسائر أو الأضرار الناتجة عن الوكالة، وتلتزم بدفع المبالغ المستحقة للوكيل[1].

الفرع الثاني: تمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من نظم التسيير الأخرى

يتشابه العقد العام وعقود تفويض المرفق العام في طبيعتهما التعاقدية، إذ تعد الصفقات العمومية أداة فعالة في التسيير والاستعمال الأمثل للأموال العمومية، ووسيلة للمشاركة أو المساهمة في تنفيذ المرفق العام، وتقترب بذلك إلى حد كبير من عقود تفويض المرفق العام. وبالتالي، يصل التشابه الكبير بين الفئتين من العقود إلى حد التجانس في بعض تطبيقات الصفقة العامة، مثل صفقة مشروع

1 أنظر: وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص396.

الأشغال العامة (أولاً) ونظام الخوصصة (ثانياً). ومع ذلك، يوجد اختلاف كبير بين العقدين في بعض العناصر، التي سيتم بيانها فيما يلي:

أولا: صفقة الاشغال العامة

تُعدُّ عقود الأشغال العامة من العقود الإدارية الهامة التي تمكن الدولة من تنفيذ مشاريعها العامة وضمان استمراريتها وتحقيق الصالح العام. حيث تُعدُّ صفقات الأشغال العامة ذات أهمية بالغة في اقتصاديات الدول، ولذا يتطلب دراسة هذا الموضوع تحديد معنى الأشغال العامة (1) ثم التطرق بالتحليل والدراسة لصفقات الأشغال العامة (2).

1: مدلول الأشغال العامة:

يشير ارتباط مفهوم الأشغال العامة في فرنسا بمفهوم المصلحة العامة، والتي تهدف إلى تحقيق الفائدة العامة للمجتمع. وقد اعتبرت الأشغال العامة في فرنسا تلك التي تنفذ على عقار لحساب شخص عام، وذلك بهدف تحسين الخدمات العامة المقدمة للمجتمع، مثل توسعة الطرق وإنشاء المباني العامة، والمدارس، والمستشفيات، وغيرها.

ويشير التطور الذي استقر عليه القضاء الفرنسي إلى التغييرات التي طرأت على مفهوم الأشغال العامة في فرنسا، والتي يتم الآن تنفيذها بموجب عقد مع المقاولين ويشرف عليها مهندسون، وتشمل تحسين البنية التحتية وتقديم الخدمات العامة للمجتمع بشكل شامل.

وعليه بادر الفقه بتقديم عدة تعاريف لعقد الاشغال العامة، مستندا على عناصر مميزة له.

أ: مفهوم الأشغال العامة

يندرج مفهوم الأشغال العامة في فرنسا تحت مفهوم المصلحة العامة التقليدي، إذ تُعتبر هذه الأشغال وفقًا لهذا المفهوم أداة استراتيجية تستخدمها الدولة لتنفيذ سياستها الاقتصادية. ومن خلال هذا المفهوم، يمكن اعتبار فكرة الأشغال العامة مرنة وقابلة للتغيير والتطور[1].

يشير هذا المفهوم إلى أن الأشغال العامة هي تلك الأعمال التي تنفذ على العقارات من قِبَل الإدارة العامة أو تحت إشرافها أو لصالحها، بهدف تحقيق المنفعة العامة[2]. وتتضمن هذه الأعمال، على سبيل المثال، إنشاء الطرق والجسور والمباني العامة والأماكن العامة الأخرى التي تخدم المجتمع.

وسع القضاء الفرنسي بعدها مفهوم الأشغال العامة ليشمل جميع الأعمال المتعلقة بالعقارات، بما في ذلك الأعمال الخاصة بتنظيف الشوارع العامة، ونقل المواد اللازمة لتنفيذ الأعمال، وصيانة العقارات بما في ذلك عقارات بالطبيعة أو عقارات بالتخصيص مثل خطوط الهاتف والكهرباء،

1 فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 113.
2 فوناس سهيلة، نفس المرجع، ص 113.

وتركيب أجهزة التدفئة، وصيانة المصاعد في المباني التابعة لأشخاص من القانون العام[1]. وبالتالي، يتضح أن مفهوم الأشغال العامة في فرنسا أصبح يشمل جميع الأعمال المتعلقة بالعقارات التي تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة.

فعلى الرغم من أن عقود التوريد وغيرها من الاتفاقيات التي تندرج ضمن الأموال العامة وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، إلا أنها لا تصنف كأعمال عامة في الفكر التقليدي، وبالتالي لا تعد من باب الأشغال العامة. وذلك يرجع إلى أن الأشغال العامة ترتبط بشكل وثيق بالعقارات التي تمتلكها الإدارة العامة وتعمل عليها، وتشمل عمليات البناء والهدم والصيانة والتنظيف ونقل المواد اللازمة لتنفيذ الأعمال، وغير ذلك من الأعمال المرتبطة بالعقارات.

كما يعد انجاز الأشغال لحساب الإدارة كشخص من أشخاص القانون العام شرطا أساسيا لاعتبار الأشغال عامة (عقد المقاولة)[2].

ب : تعريف صفقة الاشغال العامة:

حاول الفقه والقضاء وضع تعريف دقيق لصفقة الأشغال العامة، ورغم أن هذا العقد ذو أهمية كبيرة، إلا أن المشرع لم يقدم تعريفًا واضحًا له سواء في فرنسا، او مصر، تاركا للفقه والقضاء مهمة وضع تعريف دقيق لهذا العقد. سنناقش في هذا الموضوع اجتهادات الفقه، ثم سنتطرق إلى محاولات القضاء في تعريف عقد الأشغال العامة.

تعريف الفقه:

عرفه الفقيه De Laubadère بأنه "عقد تبرمه الإدارة خاضع لنظام القانون العام من أجل القيام بأداء أشغال عامة على عقار لحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق نفع عام[3].

وعرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه "اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد"[4].

في حين عرفه آخرون بأنه " العقد الذي بمقتضاه تعهد الإدارة بتنفيذ الأشغال العامة إلى فرد أو شركة تأخذ على عاتقها تنفيذ هذه الأعمال طبقا لشروط محدده ومقابل ثمن يجدد في العقد"[5].

1 فوناس سهيلة، نفس المرجع، ص 114.
2 فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 114.
3 DE LAUBADERE(ANDRÈ) : traité des contrats administratif, tome 2, Paris, 1984, p.255.
4 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة"، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991، ص 125.
5 EL-ATTAR (FOUAD) : le marché de travaux publics, étude compare de doit administrative français et égyptien, thèse, Paris, 1953, et éd le Caire, 1955, P.11.

وانطلاقا مما سلف، تبين لنا أن جميع تعاريف الفقهاء سواء في مصر أو في فرنسا، تتفق في المضمون، ولكن الاختلاف كان فقط في صياغتها وألفاظها. ويمكن القول إن جميع التعاريف تصب في نفس المعنى الذي يفيد أن عقد الأشغال العامة يتضمن عدة عناصر أساسية يجب توفرها نوجزها في الآتي:

ان يرد على عقار: وهو المكان الذي ستتم الأعمال العامة عليه، سواء كان بناء جديد أو ترميم أو صيانة.

ان يتم لحساب الشخص المعنوي العام: وهو الجهة التي تستفيد من الأعمال العامة التي سيتم تنفيذها على العقار، وهذا الشخص عادةً ما يكون جهة حكومية أو مؤسسة عامة تحتاج إلى تنفيذ أعمال عامة من أجل تحقيق منفعة عامة.

الشخص الفردي أو الشركة: وهم الجهات التي تتعاقد مع الإدارة لتنفيذ الأعمال العامة على العقار، والتي تكون مسؤولة عن تنفيذ الأعمال بموجب الشروط المحددة في العقد.

وفق شروط: وهي القيود والشروط التي يتم تحديدها في العقد والتي يجب على الشخص أو الشركة الالتزام بها، مثل المدة الزمنية والتكاليف، والجودة، والمواصفات الفنية وغيرها.

مقابل ثمن: وهو المبلغ المالي الذي سيتم دفعه للشخص أو الشركة المتعاقدة مقابل تنفيذ الأعمال العامة المحددة في العقد.

تعريف القضاء لصفقة الاشغال العامة:

يمكن تعريف صفقة الأشغال العامة وفقًا لحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في حكمه في قضية commune de Monségur بتاريخ 10/09/1921 بأنها "الأشغال التي تنفذ لحساب شخص معنوي عام بهدف تحقيق غرض ذي نفع عام"[1].

يمكن القول أن التعريف الذي أتى به مجلس الدولة الفرنسي لعقد الأشغال العامة لم يوضح بشكل كافي أن الأشغال ترد على عقار معين، كما لم يحدد بوضوح أن المتعاقد يجب أن يكون من أشخاص القانون الخاص، مما يجعل هذا التعريف غير دقيق ويسمح بدخول العقود الأخرى غير عقد الأشغال العامة تحت نفس التصنيف. ومن المهم توضيح هذه العناصر الأساسية في أي تعريف لعقد الأشغال العامة لتحديد نطاق تطبيقه بشكل دقيق.

وفي ذات السياق عرفت محكمة القضاء الإداري المصري صفقة الأشغال العامة في حكم لها بأنه "... هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول

1 أورده وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2008، ص 80.

بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"[1].

يجب الإشارة إلى أن عقد الأشغال العامة هو صفقة عمومية ثابتة في قانون الصفقات الأول والتنظيمات اللاحقة له. وهذا يؤكد أهمية هذا العقد في نظام الصفقات في الجزائر وغيرها من الدول. وقد أثبتت الدراسات أن العقود الإدارية تشكل جزءًا هامًا من نشاطات الإدارة واستراتيجيتها، وتساهم بشكل كبير في تحريك عجلة الاستثمار وتلبية الحاجات العامة للأفراد في مختلف المجالات.

ومن الملاحظ في التشريع الجزائري في المرحلة السابقة لعام 2010، لم يتم تعريف عقد الأشغال بشكل خاص، مما أدى إلى وجود بعض الغموض حول موضوعه، حيث تم ذكره مع باقي صفقات العمومية بدون توضيح لطبيعته أو تعريف دقيق للعمل المشمول بالعقد. ويعزو بعض الباحثين هذا الأمر إلى صعوبة تحديد مجالات هذا العقد، نظرًا لتطوره وارتباطه بالمرفق العام[2].

ولما كان ذلك، نرصد أن صفقات الأشغال العامة تشبه في بعض النواحي عقود التفويض للمرافق العامة، حيث يتم التعاقد لإقامة وتشغيل منشآت عامة، ولكنهما يختلفان في كيفية تحصيل المقابل المالي. في صفقات الأشغال العامة، يحصل المتعاقد مع الإدارة على أجر ثابت محدد في العقد، ولا يرتبط هذا الأجر بنتائج الاستغلال، بينما في التفويض يتم تحصيل المقابل المالي بناءً على نتائج الاستغلال.

هذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي أكد على عدم اعتبار عقد الأشغال العمومية من تطبيقات الامتياز، وذلك استنادا إلى طريقة دفع المقابل المالي. حيث قضى مجلس الدولة أن عقد رفع النفايات والذي يتضمن أن يكون المقابل المالي للمتعاقد جزافيا، وليس في صورة إتاوة يدفعها المستفيدون لا يعتبر امتياز مرفق عام وإنما عقد صفقة أشغال عمومية[3].

ثانيا: نظام الخوصصة

يعد الإصلاح الاقتصادي والخصخصة من الموضوعات الهامة والمثيرة للجدل في العالم الحديث، حيث يتضمن هذا الموضوع تحويل الشركات والمؤسسات العامة إلى القطاع الخاص، وتخفيض دور الحكومة في الاقتصاد. وعلى الرغم من أن الخصخصة تعد حلاً مثالياً للتخلص من العجز المالي وتحسين الأداء الاقتصادي للدول، إلا أنها تتضمن أيضاً الكثير من المخاطر والتحديات القانونية والاجتماعية والاقتصادية التي يجب التفكير فيها بعناية.

سوف نسلط الضوء على نظام الخصخصة حيث سيتم التركيز على ماهية الخصخصة وأسباب تحويل المؤسسات العامة إلى القطاع الخاص(1)، والمزايا والعيوب التي يجب مراعاتها في هذه

1 حكم محكمة القضـــاء الإداري في الدعوى رقم 284، لســـنة 8 ق. ع، جلســـة 23/12/1957، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاما 1946 - 1961، ص 2010.

2 عبد الغني زعلان، المعيار الموضـوعي والمالي لصـفقة الأشـغال العامة في ضـوء المرسـوم الرئاسـي 15-247، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، ص 546، جوان 2018

3 فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 124.

العملية. وتسليط الضوء على النتائج الإيجابية والسلبية لهذه العمليات، ثم نبين الفروق بين هذا النظام وعقود تفويض المرفق العام(2).

1: مفهوم الخوصصة:

يفرق الفقه بين معنيين للخوصصة : الخوصصة بمعناها الضيق وبمعناها الواسع فالخوصصة بالمعني الضيق تعني نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، فالخصخصة هنا لا تعني إلا "نقل ملكية " المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص[1].

وعليه فإن الخوصصة بمعناها الضيق تشير إلى عملية بيع حصص من ملكية الدولة في الشركات والمؤسسات العامة إلى المستثمرين الخاصين، وبالتالي تحويلها إلى قطاع الأعمال الخاص. ويهدف هذا النوع من الخصخصة إلى تحسين أداء هذه المؤسسات وتعزيز الكفاءة والفاعلية في إدارتها.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بالنص في الأمر رقم 04/01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها[2]. من خلال ما جاء في المادة 43 بأنه «يقصد بالخوصصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية...»

أما الخوصصة بالمعني الواسع لا تقتصر على تحويل القطاع العام إلي الخاص، بل تشمل أي صورة من صور نقل وتحويل السيطرة علي إدارة وتشغيل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص، ولو تم ذلك بشكل مؤقت، فالخصخصة هنا تعني زيادة كفاءة إدارة وتشغيل المشروعات العامة من خلال الاعتماد علي آليات السوق والتخلص من الترتيبات البيروقراطية[3].

وفقا للأمر 22/95 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية المعدل والمتمم، أعطى المشرع للخوصصة مفهوم واسع إذ أنها تشتمل على نقل الملكية، ويقصد بها تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو بجزء منها أو كل رأسمالها أو جزء لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص[4].

2: تمييز عقود تفويض المرافق العامة ونظام الخوصصة

1 حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 76 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص87 وما بعدها.

2 الأمر رقم 04/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج ر ع 47، الصادرة في 23 أوت 2001.

3 حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 76 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص88.

4 سمية السلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 61.

نظام تفويض المرافق العامة والخوصصة هما اثنان من الأنظمة المختلفة المستخدمة لتحسين أداء المرافق العامة وتحسين الخدمات التي تقدمها للجمهور. ويمكن القول إن هناك بعض الشبه بين نظام تفويض المرافق العامة وعملية الخوصصة، إذ يهدف كل منهما إلى تحسين إدارة المرافق العامة وتوفير خدمات عالية الجودة للمستفيدين. ومع ذلك، هناك بعض الاختلافات الرئيسية بين النظامين، والتي سنناقش كلا منهما على النحو التالي:

أ: التفويض والخوصصة وأوجه الشبه بينهما

- هدف مشترك: يهدف كلا النظامين إلى تحسين الخدمات التي تقدمها المرافق العامة وتحسين أدائها.

- تحقيق كفاءة اقتصادية: يتم استخدام كلا النظامين لتحقيق كفاءة اقتصادية في تقديم الخدمات المرافق العامة وتحسين أدائها.

- توفير مزيد من الحرية: يتيح كلا النظامين مزيدًا من الحرية للقطاع الخاص في تقديم الخدمات المرافق العامة وإدارة المرافق.

- من ناحية الرقابة: عند اللجوء إلى الخوصصة والتفويض، لا يتم الإفراط في الحرية للقطاع الخاص، بحيث تتحول إلى حرية مطلقة في تسيير نشاطاته، بل تظل السلطة العامة مسؤولة عن الرقابة على هذه النشاطات والتدخل فيها إذا استوجبت المصالح العامة الحماية، حيث تُستخدم في الخوصصة فكرة السهم النوعي الذي يتيح للدولة المحافظة على مصالحها الوطنية[1].

- نقل الاستثمار: كلاً من الخوصصة والتفويض يؤديان إلى نقل عامل الاستثمار من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وذلك وفقًا لمجموعة من القواعد والإجراءات التي تحكم آليات اختيار المستثمر[2].

- من ناحية العائدات: تدخل عائدات الخوصصة والتفويض في السياسات المالية العامة للدولة والسلطة العامة. عندما تتبنى الدولة سياسة الخوصصة أو التفويض، فإنها تسعى إلى إيجاد حلول مالية لتوليد العائدات التي يمكن استخدامها لسد العجز في ميزانيتها وتقليل النفقات التي تتحملها الدولة أو الجماعة العامة في مشروع عام لا يحقق أرباحًا[3].

ب: مقارنة بين الخوصصة والتفويض: أوجه الاختلاف

1 أنظر المادة 19من الأمر -01-04 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسيرها وخوصصتها، ج ر العدد 47 الصادرة في 22 أوت 2001.

2 بركبية حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص 46.

3 مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 482.

نظام تفويض المرافق العامة والخوصصة هما اثنان من الأنظمة التي تستخدمها الحكومات لتحسين الأداء الاقتصادي للمؤسسات العامة، وتحقيق الكفاءة الاقتصادية والتحسين المستمر للخدمات التي تقدمها المؤسسات العامة.

إن تفويض المرافق العامة يشير إلى نظام يسمح بتحويل إدارة وتشغيل المرافق العامة من قبل الحكومة إلى القطاع الخاص، دون تحويل ملكيتها. ويمكن للحكومة أن تظل المالك الفعلي للمرفق العام، ولكن تتم إدارته وتشغيله من قبل شركة خاصة. ويتم الإشراف على عمليات التفويض من قبل السلطة المانحة.

أما الخوصصة، فهي تشير إلى عملية تحويل ملكية المؤسسات العامة إلى القطاع الخاص. ويتم ذلك من خلال بيع حصص المؤسسات العامة في الأسهم إلى المستثمرين الخاصين. ويتم إدارة المؤسسات المخوصصة من قبل شركات خاصة، وتكون الحكومة خارجة عن الملكية الفعلية لهذه المؤسسات. وتعمل هيئة خاصة بالخوصصة على إدارة عملية الخوصصة وتحديد الشروط اللازمة لإتمام عملية البيع.

في نظام تفويض المرافق العامة، يتم تحويل مسؤولية تشغيل وصيانة المرافق العامة من الحكومة إلى القطاع الخاص، وذلك من خلال منح تراخيص للشركات الخاصة لتشغيل هذه المرافق، وتقديم خدمات أفضل وأكثر كفاءة. بالإضافة إلى ذلك، يتميز بأنه لا يتضمن تحويل ملكية المرفق العام، بينما في الخوصصة، فإن المؤسسات العامة تتحول إلى ملكية القطاع الخاص، وذلك من خلال بيع حصصها في الأسهم للمستثمرين الخاصين، ويهدف ذلك إلى تحسين أداء المؤسسات المخوصصة وزيادة كفاءتها في تقديم الخدمات للمستفيدين.

بالإضافة الى ذلك، في نظام تفويض المرافق العامة، فإن المستثمر يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص[1]، حيث يمكن للحكومة أن تعطي الأولوية لشركات خاصة في الحصول على العقود المتعلقة بتشغيل المرافق العامة، ولكنها لا تمنع أيضًا مؤسسات القطاع العام من المشاركة في هذه العمليات.

أما في الخوصصة، فإن المستثمر يجب أن يكون من أشخاص القانون الخاص فقط، حيث يتم بيع حصة المؤسسة العامة في الأسهم إلى المستثمرين الخاصين فقط، ويتم إدارة المؤسسات المخوصصة من قبل شركات خاصة.

يعتبر هذا الفرق بين النظامين أحد الفروقات الرئيسية بينهما، حيث يسمح نظام تفويض المرافق العامة بإشراك مؤسسات القطاع العام في العملية، في حين أن الخوصصة تقتصر على المستثمرين الخاصين فقط.

وفقًا لعدد كبير من الفقهاء، يعتبر تحقيق المصلحة الخاصة أولوية في نظام الخوصصة، وذلك لأن الدولة تحاول التنازل عن ملكية المرافق بأعلى الأسعار لتحقيق مصلحة الخزينة وتجنب

1 مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 482.

الاتهامات المستقبلية بإهدار المال العام. بالمقابل، فإن مصلحة المستهلك تتمثل في دفع أقل سعر ممكن عند الاستهلاك، يتعارض هذا الأمر مع رغبة الدولة في ضبط أسعار الخدمات بعد الخوصصة وجعلها في المتناول. ومن ناحية أخرى، في حالة التفويض، يتدخل الجهاز المفوض في تحديد أسعار الخدمات بين المستثمر والمستهلك، وعادة ما يتم تحديد سعر الخدمة بشكل ملزم[1].

1 ركبية حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص 47.

الفصل الثاني: الحل الأمثل لتحسين الخدمات العامة والحد من النفقات: عقود تفويض المرفق العام كخيار محتمل.

تعاني العديد من الدول حول العالم من أزمات مالية واقتصادية تؤثر على الخدمات العامة المقدمة من قبل الدولة. وتتطلب هذه الأزمات تحديد الأولويات وتوجيه الاستثمارات وتحديد الاستراتيجيات الصحيحة لإدارة الموارد. فكان لزاما على هذه الدول التوجه الى اشراك القطاع الخاص في تسيير واستثمار بعض المرافق العامة لتقليل العبء الملقى على عاتق الدول.

ومن الأسباب الرئيسية للتحول نحو الشراكة والتعامل مع القطاع الخاص في تسيير وإدارة المرافق العامة، هو فشل الطرق التقليدية في تسيير المرافق العامة، حيث تعاني الدول من قدرة محدودة على توفير الخدمات العامة اللازمة للمواطنين بشكل كافي، بسبب الضغوط المالية والتحديات التي تواجه الدول. وبالتالي، يمثل الاستخدام المفوض للمرافق العامة وسيلة للتغلب على هذه المشاكل، حيث يتم تحويل مسؤولية الإدارة والصيانة إلى شركات خاصة.

إن تطور متطلبات الخدمة العمومية، وتطلع المواطنون إلى توفير خدمات عالية الجودة، مع تحديث التجهيزات والمعدات، والتكنولوجيا، وتحسين الإدارة يمثل احد العوامل التي دفعت الى تبني استخدام أسلوب تفويض المرافق العامة. لما يمثله من وسيلة لتحقيق هذه المتطلبات وتلبية احتياجات المجتمع.

وبسبب تحول الدول إلى تعزيز القطاع الخاص وتحسين الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تم تبني مصطلح قديم التطبيق وحديث المظهر وهو تفويض المرفق العام. وهو يعني تفويض المرافق العامة إلى شركات خاصة لتقديم الخدمات وإدارتها، وبالتالي تحقيق أفضلية في تقديم الخدمات وتحسين كفاءة الإدارة وتقليل التكاليف.

ومن الناحية الاقتصادية، يمكن للشراكة بين القطاعين العام والخاص أن تؤدي إلى توفير الاستثمارات اللازمة وتحسين البنية التحتية، وتحسين الإنتاجية والكفاءة، وتوفير فرص العمل وزيادة النمو الاقتصادي. وبالتالي، يمثل استخدام الأسلوب المفوض للمرافق العامة خيارًا جيدًا للدول التي تواجه تحديات مالية واقتصادية وترغب في تحسين الخدمات العامة وتوفيرها بشكل فعال وفعالية في التكاليف.

ومع تزايد التطور التكنولوجي والتحولات الاجتماعية والبيئية، يتطلب تحديث وتحسين المرافق العامة وإدارتها بطريقة مستدامة وفعالة، ويمكن تحقيق ذلك عبر استخدام الأسلوب المفوض للمرافق العامة والاعتماد على الخبرة والموارد التي توفرها الشركات الخاصة في هذا المجال. وبالتالي، فإن الاهتمام بتحسين تقنيات الإدارة والصيانة والتشغيل يمثل جزءًا هامًا من استخدام الأسلوب المفوض للمرافق العامة.

واستناد ا لما سبق، سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول دواعي تبني اسلوب تفويض المرفق العام، بينما سنناقش في المبحث الثاني تقييم فاعلية استخدام التفويض كأداة لتحسين الأداء المرفقي

المبحث الأول: دواعي اللجوء الى أسلوب تفويض المرافق العامة

تعتبر الخدمات والمرافق العامة من الجوانب الأساسية في حياة الناس، وتلعب دورًا حيويًا في توفير الخدمات الأساسية وتلبية احتياجات الجماهير. ومع ذلك، تواجه هذه المرافق تحديات عديدة في التسيير والإدارة، مما يؤدي إلى عجز في توفير الخدمات بطريقة فعالة وفي الوقت المناسب للمستفيدين.

من هنا، يأتي دور أسلوب تفويض المرافق العامة كأحد الأساليب الإدارية الحديثة التي تهدف إلى تحسين جودة الخدمات المقدمة وتحسين كفاءة التسيير والإدارة لهذه المرافق. ومن الملاحظ أن اعتماد هذا الأسلوب قد ارتفع بشكل كبير في السنوات الأخيرة، حيث أصبح اختيارًا شائعًا لإدارة المرافق العامة في العديد من الدول حول العالم.

وبالتالي، لا شك أن اختيار التفويض كأسلوب لإدارة المرافق العمومية لا يخرج عن الضوابط الواجب اتباعها، إذ اضطُرت الجماعة العامة إلى اتخاذ هذا الاختيار نتيجة لتداخلات اقتصادية واجتماعية معقدة تستوجب تكثيف الجهود لتلبية حاجيات المواطنين الزائدة، في ظل ظروف تسيير صعبة فرضت البحث عن حلول جديدة لتجاوز العيوب والعوائق التي تعترض الأنماط التقليدية للتسيير وفي ضوء ذلك، سنتطرق إلى استكشاف دواعي اللجوء إلى أسلوب تفويض المرافق العامة، وذلك من خلال مناقشة عجز الطرق التسيير التقليدية للمرفق العام في (المطلب الأول)، حيث يتم التعرف على ماهية هذا العجز وأسبابه والاثار المترتبة عنه.

كما يشير الأمر إلى أن التحولات العالمية الدائرة في العالم اليوم تتسم بطابع ديناميكي ليس مقتصراً على المستوى المحلي، بل يمتد إلى الأبعاد العالمية، ويتضمن اندماجاً وتكاملاً اقتصادياً ومالياً بين دول العالم. وتؤثر هذه التحولات على جميع القطاعات الاقتصادية المختلفة وتفتح باباً لرؤوس الأموال الخاصة للاستثمار فيها، خاصةً مع اتباع سياسات الخصخصة التي تدعم الاستثمار الخاص وتسعى لتحقيق الأرباح.

ويعكس ذلك أيضاً اتباع المؤسسات المالية الدولية مطالب وإملاءات محددة تسعى إلى تحقيق الأهداف المرجوة من خلال دعم الاستثمار والنمو الاقتصادي. وبالنظر إلى هذه التحولات، فإن تطوير القطاعات الاقتصادية والمرافق العمومية المحلية يتطلب بذل الجهود المشتركة وتنسيق العمل بين الجهات الحكومية والمؤسسات الخاصة والدولية، من أجل تحقيق التنمية المستدامة والاستجابة لاحتياجات المجتمعات المحلية والعالمية بشكل عام. لذا، نتناول في (المطلب الثاني) الأسباب الدافعة لتبني أسلوب تفويض المرافق العامة والتي تتركز حول مقتضيات محلية وعالمية تفرض هذا الاسلوب من التسيير.

المطلب الأول: عجز طرق التسيير التقليدية للمرافق العامة

يعد تفويض المرافق العامة أسلوبًا مبتكرًا في تسيير المرافق العمومية، والذي يعتمد على تحويل مسؤولية تشغيل وصيانة المرافق إلى القطاع الخاص. ولا يمكن اعتبار هذا الأسلوب كأي طريقة تسيير أخرى، حيث يتميز بأنه يركز على الفعالية والمردودية الاقتصادية للمرافق، مما يجعله أسلوبًا متميزًا يختلف عن الأساليب التقليدية.

وبفضل هذا الأسلوب، تمت المراهنة عليه لتأسيس فلسفة جديدة في التسيير، حيث يتم التركيز بشكل كبير على تحسين الأداء الاقتصادي والمالي للمرافق، والحصول على أفضل قيمة ممكنة للمال العام، وذلك من خلال تحويل إدارة المرافق إلى القطاع الخاص الذي يعتمد على نظام المقاولات. ويتضح أن الغاية الرئيسية من هذا الأسلوب هي جوهر التسيير المقاولاتي الخاص، حيث يتم تطبيق مبادئ إدارة المشاريع وإدارة المخاطر لتحقيق الأهداف المحددة.

صحيح أنه لا يمكن تطبيق فلسفة ومنهج القطاع الخاص بشكل كامل على تسيير المرافق العمومية، حيث يختلف الهدف الرئيسي لكل من القطاعين، إذ يسعى القطاع الخاص إلى تحقيق الربح وزيادة القيمة للمساهمين، بينما يسعى المرفق العمومي إلى تلبية احتياجات المجتمع وتحقيق المصلحة العامة.

ومع ذلك، يمكن الجمع بين الغايتين في بعض الحالات من خلال اتباع نهج متوازن في تسيير المرافق العمومية، حيث يتم الاهتمام بالجوانب الاقتصادية والمالية، بالإضافة إلى الجوانب الاجتماعية والبيئية. ويمكن استخدام بعض المبادئ والأساليب التي يستخدمها القطاع الخاص في تسيير المرافق العمومية، مثل إدارة المشاريع وتقنيات التحليل المالي، لتحقيق أفضل النتائج الممكنة.

ولقد شهدت التطورات المتلاحقة في مفهوم المرفق العمومي وطرق تسييره توجهاً نحو إيجاد نماذج جديدة لتسيير المرافق العمومية، تجمع بين الغايتين الاقتصادية والاجتماعية، وتستفيد من تجارب القطاع الخاص في تحقيق الفعالية والكفاءة في تسيير المرافق. وبالتالي، يمكن المزج بين الغايتين، والاستفادة منهما لتحقيق أفضل النتائج الممكنة.

بالرغم من أن تقنية التفويض ليست الطريقة الوحيدة التي يمكن استخدامها لتحسين أداء المرافق العمومية بمشاركة المستثمرين الخواص، إلا أنها وبالنظر إلى المزايا التي توفرها، يمكن القول أنها الأسلوب الأكثر فاعلية في التوفيق بين حفظ المصلحة العامة من جهة وضمان حقوق المستثمرين الخواص الذين يتحملون مسؤولية تحسين أداء هذه المرافق من جهة أخرى.

يشهد الاتجاه الحالي الاعتماد على تسيير مرافق الدولة بطريقة التفويض زيادة ملحوظة، حيث تتزايد نوعية وعدد المرافق العمومية التي يتم إدارتها بهذا الأسلوب، مما أدى إلى تراجع دور تسيير الإدارة بالطرق التقليدية المباشرة في عدد من هذه المرافق. ومن هنا، يتحتم علينا طرح تساؤلين؛ الأول حول : ما مدى فعالية نهج التسيير المباشر في تعزيز الإدارة الحكومية للمرافق العامة؟ وهل هي من بين الدوافع والأسباب التي دفعت الادارة إلى تبني أسلوب التفويض؟ في (فرع اول) وتقييم

نظام تسيير المرافق العامة عن طريق المؤسسات العمومية وما هي الآثار والانعكاسات التي يمكن أن يترتب على هذا النوع من التسيير؟ في (فرع ثاني).

الفرع الأول: تقييم طريقة التسيير المباشرة للمرفق العام في تحسين الأداء المرفقي

وتأتي هذه المسألة في ضوء التحولات الهائلة التي شهدتها الدول في العقود الأخيرة، والتي اتسمت بزيادة حجم تدخلها في الاقتصاد وتوسع مرافقها العامة. وفي ظل هذا التحول الكبير، ازداد الاهتمام بدور المرافق العامة في خدمة المجتمع وجعل هدف الجماعة العامة الوحيد تحقيق المردودية الاجتماعية، والتركيز على هذه الناحية. مع إغفال دور المردودية الاقتصادية في نجاح التسيير.

وبالرغم من أن التركيز على المردودية الاجتماعية هو أمر مهم وضروري، إلا أنه يجب أن يتوازن مع الاهتمام بالمردودية الاقتصادية. فالمرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي تحتاج إلى إدارة فعالة تراعي الجوانب الاقتصادية والمالية، وتعتمد على تحقيق الكفاءة في إنتاج الخدمات وتقديمها بأفضل جودة وبأقل تكلفة.

وبغياب دور الدولة في توفير بيئة إدارية ومالية ملائمة لتسيير المرافق العامة بطريقة فعالة ومربحة، وذلك بعدم مراعاة القيود المالية العامة التي يجب ان تفرض على المرافق العامة ضمن الاستغلال المباشر، يجعل من التسيير للمرافق العامة غير فعال.

ويجب أن يكون التسيير الحكومي للمرافق العامة مواكبًا للتطورات المعاصرة، ويتبنى مبادئ الشفافية والمردودية ونوعية الخدمة، ويسعى لتحقيق حرية الصناعة والتجارة، مما يجعل التسيير المباشر في ظل هذا الوضع لا يفي بما سبق وبالتالي، أثبت فشلا ذريعا.

ضف إلى ذلك الثقل المالي لتسيير المباشر للمرافق العامة بحيث أن إنشاء المرافق العامة يتطلب أعباء مالية ضخمة وإن تسييرها يحتاج أموال كبيرة. كل هذا يولد ضغط كبير علي ميزانية الدولة والجماعات المحلية[1].

ويمكن تقسيم الاختلالات التي تحد من مردودية المرفق العام عن طريق تسييره مباشرة في الجزائر كما يلي[2]:

أولا: الاختلالات التنظيمية

تعد من المشكلات الشائعة التي تؤثر على سلوك وأداء المؤسسات والمنظمات بطريقة غير مرغوبة. وتنجم هذه الاختلالات عن عدة أسباب، مثل عدم وجود نظام واضح للقيادة والإدارة داخل المؤسسة، والفساد وسوء الإدارة المالية والمحاسبية، وتعيين الأشخاص غير المؤهلين للمناصب

1 صبرينة عصام، تسيير المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسة العدد الخامس، ديسمبر 2017، ص 293.

2

الإدارية، وعدم وجود نظام فعال للرقابة والمراقبة، وعدم توفير الدعم اللازم للموظفين للقيام بعملهم بشكل جيد، وعدم وضوح الأهداف والرؤية وعدم تبني إستراتيجيات واضحة لتحقيق هذه الأهداف.

تؤثر الاختلالات التنظيمية على عدة جوانب في المؤسسة أو المنظمة، بما في ذلك تأثيرها على الأداء العام والإنتاجية، وتأثيرها على سمعة المؤسسة والثقة فيها، وتأثيرها على علاقاتها مع العملاء والشركاء التجاريين والجمهور بشكل عام. ولتفادي هذه الاختلالات، يجب على المؤسسات والمنظمات تطبيق نظام واضح للإدارة والقيادة، وتوفير الدعم اللازم للموظفين، وتوفير نظام فعال للرقابة والمراقبة، وتبني الأهداف والرؤية والإستراتيجيات الواضحة والملموسة لتحقيق هذه الأهداف.

وتجدر الإشارة، على ان تضخم الجهاز الإداري (1) وزيادة عدد الموظفين (2) على مستوى المرافق المسيرة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية يمثلان اختلالا تنظيميا آخر يؤثر على أداء المؤسسات الحكومية والجماعات المحلية. وبالتالي، يمكن أن ينتج هذا التضخم عن العديد من العوامل مثل الإجراءات الإدارية الزائدة والإجراءات التنظيمية غير الفعالة التي تؤدي إلى زيادة الإجراءات والخدمات المكررة، وتعيين الموظفين دون تحقيق الاحتياجات الفعلية للمؤسسات، والوظائف المكررة أو المهمات التي لا تحتاج إلى موظفين إضافيين، وعدم القدرة على تقييم الأداء بشكل فعال.

تؤثر هذه الاختلالات التنظيمية على الميزانيات الحكومية وتؤدي إلى زيادة تكاليف الإدارة وتقليل ميزانية الخدمات العامة الأساسية. وتؤدي أيضًا إلى تقليل الكفاءة والإنتاجية وتباطؤ العمليات الحكومية وتعطيل الخدمات الأساسية التي تقدمها المؤسسات الحكومية والجماعات المحلية.

للحد من هذا الاختلال التنظيمي، يجب على الحكومات والجماعات المحلية تحديد الاحتياجات الحقيقية للموظفين وتعيين العدد اللازم لتلبية هذه الاحتياجات بشكل فعال، وتقليل الإجراءات الإدارية الزائدة وتبسيط العمليات التنظيمية، وتقييم الأداء بشكل فعال لتحسين الكفاءة والإنتاجية، وتحسين الخدمات الحكومية المقدمة للمواطنين.

1: تضخم الجهاز الإداري:

تعدد مستويات بناء التنظيم هو اختلال تنظيمي آخر يؤثر على أداء المؤسسات الحكومية والجماعات المحلية. يتمثل هذا الاختلال في زيادة عدد الوزارات والمستويات الإدارية الأخرى، مما يترتب عليه العديد من المشاكل.

على سبيل المثال، يمكن أن يؤدي تعدد مستويات البناء التنظيمي إلى تشتت المسؤوليات وتعقيد الإجراءات، مما يؤثر على الكفاءة والإنتاجية. كما يمكن أن يؤدي إلى زيادة التكاليف وتضخم الجهاز الإداري، وبالتالي تقليل ميزانية الخدمات العامة الأساسية.

بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يؤدي تعدد مستويات البناء التنظيمي إلى تعقيد العلاقات بين المؤسسات الحكومية والجماعات المحلية، وعدم الوضوح في الاختصاصات والمسؤوليات، مما يؤثر على التعاون والتنسيق بينها.

بالإضافة الى كثرة أجهزة الرقابة وما يترتب عنها من تضارب بشأن مسائل محتوى التقارير التقييمية، وزيادة طول مدة الاتصالات وتعقيد الإجراءات بطريقة تنتهي إلى التقليل من الفعالية التنظيمية بشكل عام[1].

2: تضخم عدد الموظفين:

تضخم عدد الموظفين هو اختلال تنظيمي يتمثل في زيادة عدد الموظفين في المؤسسات الحكومية والجماعات المحلية دون وجود ضرورة واضحة لذلك. يمكن أن يؤدي هذا الاختلال إلى عدة مشاكل، بما في ذلك تكاليف إضافية، تعقيد الإجراءات، وتضخم الجهاز الإداري.

يتجلى هذا الوضع في كمية كبيرة من الموظفين الذين يفتقدون لمهام واضحة ودقيقة، والسبب الرئيسي يعود إلى غياب المنطق التسييري في عملية التوظيف. وبالتالي، يجب تشخيص الاحتياجات الحقيقية للموارد البشرية من خلال الاستناد إلى معايير موضوعية، حيث أن هذا النقص يؤثر سلباً على فعالية العمل الإداري وطريقة سيره[2].

على سبيل المثال، يمكن أن يؤدي تضخم عدد الموظفين إلى زيادة التكاليف، حيث يجب دفع أجور ومزايا لعدد كبير من الموظفين دون الحصول على عوائد إضافية مقابل ذلك. كما يمكن أن يؤدي إلى تعقيد الإجراءات وتباطؤ العمليات الإدارية، مما يؤثر على الكفاءة والإنتاجية.

وبالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يؤدي تضخم عدد الموظفين إلى تضخم الجهاز الإداري، حيث يزيد عدد الموظفين بشكل غير متناسب مع حجم المؤسسة أو الجماعة المحلية، مما يؤثر على جودة الخدمات المقدمة للمواطنين.

على عكس التسيير بأسلوب التفويض الذي يتم فيه الحد من هذا الاختلال التنظيمي، حيث يتم تحديد الاحتياجات الفعلية لعدد الموظفين والحرص على الحصول على الأفراد ذوي الكفاءات اللازمة والضرورية فقط. والعمل على الاستثمار في التكنولوجيا والحلول الذكية لتحسين الكفاءة وتبسيط الإجراءات، مما يمكنها من العمل بكفاءة أكبر مع أقل عدد من الموظفين.

ثانيا: الاختلالات المتعلقة بالتسيير

وتتمثل في الاختلالات المتعلقة بالجانب التشريعي وغياب الأساليب الحديثة وأيضا عدم التحكم في النفقات وارتفاع التكلفة الاقتصادية للخدمة[3].

1:الاختلالات المتعلقة بالجانب التشريعي

تعاني العديد من الأنظمة التشريعية في الدول من البطء والتعقيد في التطوير والتحديث، وهذا يؤثر سلبا على فعالية العمل الإداري ويعيق تنفيذ الخطط والبرامج بشكل فعال، مما ينعكس بالسلب

1 بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 117.
2 عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة، الطبعة الثانية، دار البصائر، الجزائر، 2008،ص 213 وما بعدها.
3 بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 117.

على تسيير المرفق العام وأداءه، لذا تعد الاختلالات المتعلقة بالجانب التشريعي من أبرز المشكلات التي تواجه الإدارة بشأن تسيير مرافقها في العديد من الدول. وتتمثل هذه الاختلالات في العديد من الأمور، ومن أهمها:

ضعف التشريعات: ففي العديد من الدول، تواجه الإدارة تحدياً في تحديث التشريعات وتطويرها لتلبية احتياجات العصر الحديث. وهذا يؤدي إلى تأخر في تطبيق بعض السياسات والبرامج الحكومية، وتعطيل عمل الجهات الحكومية.

عدم التنسيق بين التشريعات: فعدم التنسيق بين التشريعات يؤدي إلى وجود تضارب في القوانين واللوائح، مما يؤثر على فعالية العمل الإداري، ويجعل الجهات الحكومية تواجه صعوبة في تطبيق القوانين بشكل صحيح.

تعقيد الإجراءات: فالتعقيد في الإجراءات الإدارية يؤدي إلى بطء في تنفيذ الخدمات الحكومية، ويجعل الجهات الحكومية تواجه صعوبة في تنفيذ القوانين بشكل صحيح، ويؤثر على جودة الخدمات التي تقدمها الحكومة للمواطنين.

عدم تحديث التشريعات: فعدم تحديث التشريعات يؤدي إلى عدم مواكبة الحكومة للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية، ويؤثر على فعالية العمل الإداري ويجعل الحكومة غير قادرة على تقديم الخدمات الحديثة التي يحتاجها المواطنون.

التدخل السياسي: فالتدخل السياسي في صياغة التشريعات يؤدي إلى تشويه المفهوم الحقيقي للقوانين ويؤثر على الحيادية والمصداقية. والتي قد تؤدي إلى تعارض بينها، وصعوبة في فهمها وتطبيقها. كما أنها تؤدي إلى ضياع الوقت والجهد في إجراءات العمل الإداري وتباطؤ عملية اتخاذ القرارات الإدارية.

2:غياب أساليب الحديثة في التسيير

والمتمثلة في الاعتماد على المناهج التقليدية مما انعكس سلبا على أدائها ومردوديتها وشكل عائقا حقيقيا أمام التحولات الجديدة للمرافق العامة وما تفرضه المنافسة[1].

يمكن القول إن غياب الأساليب الحديثة في التسيير يعتبر اختلالا في الإدارة الحكومية مما يترتب عليه بطء عملية اتخاذ القرارات وتنفيذ الخدمات، ويعيق تطوير العمل الإداري والتحديث والتحسين المستمر.

1 خيري خليل الجميلي، التنمية الإدارية في الخدمات الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة الإسكندرية، 1997، ص 58، أورده بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 117.

ومن أهم الأساليب الحديثة في التسيير التي يتميز بها نظام التفويض عن التسيير المباشر استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإدارة وتبادل المعلومات، وتطوير البرامج والتطبيقات الحاسوبية المخصصة لتسهيل العمل وزيادة الكفاءة والفعالية فيه.

إضافة لتطبيق أساليب الإدارة الحديثة مثل التخطيط الاستراتيجي وإدارة المشاريع وتحليل البيانات، وتوفير التدريب اللازم للموظفين على استخدام هذه الأساليب وتطبيقها بفاعلية في العمل المرفقي. وذلك لتحسين عملية اتخاذ القرارات وزيادة الكفاءة والفعالية في العمل.

3:عدم التحكم في النفقات وارتفاع التكلفة الاقتصادية للخدمة:

عدم التحكم في النفقات وارتفاع التكلفة الاقتصادية للخدمات المقدمة من طرف المرفق العام يمكن أن يؤدي إلى العديد من المشاكل والتحديات، بما في ذلك:

زيادة الديون العامة: قد يؤدي الإسراف إلى زيادة الديون العامة، حيث تضطر الحكومة إلى اقتراض المزيد من الأموال لتغطية التكاليف الزائدة للخدمة.

تضخم الأسعار: يمكن أن يؤدي الإسراف إلى تضخم الأسعار، حيث يجب على المرفق العام زيادة أسعار خدماته لتغطية التكاليف الزائدة للخدمات المرفقية.

تدهور الخدمات: قد يؤدي الإسراف إلى تدهور الخدمات المقدمة، حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى عدم الاستثمار في الصيانة والتحديث، مما يؤدي إلى تدهور البنية التحتية وجودة الخدمات.

انحراف الميزانية: يمكن أن يؤدي الإسراف إلى انحراف الميزانية، حيث يتم تخصيص ميزانية أكبر للمرفق العام على حساب تحديات أخرى مثل التعليم والصحة.

تقليل الثقة في المرافق المدارة بأسلوب الاستغلال المباشر: يمكن أن يؤدي الإسراف إلى تقليل الثقة في المؤسسات الحكومية، حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى انتقادات من قبل الجمهور بسبب عدم كفاءة إدارة المال العام.

وهذا يقودنا الى طريقة التسيير بأسلوب التفويض للمرافق العامة التي تتجنب هذه المشاكل، التي يكون المفوض له حريصًا على تحديد أهدافه وتخطيط ميزانيته بعناية، وضمان أن النفقات تتماشى مع الموارد المتاحة. كما يوفر هذا الاسلوب تحفيز ثقافة الشفافية والمحاسبة والتحقق من الأداء المالي والأداء الإداري والمالي للمرفق العام بشكل دوري.

4:عدم التحكم في الاتصال:

إن الاتصال يلعب دورًا حيويًا في تسيير المرفق العام، حيث يمكن للمسؤول الذي يتمتع بشبكة واسعة من الاتصالات تحسين جودة وسرعة أداء وظيفته الرقابية. ومع ذلك، هناك عدة عوامل قد تؤثر سلبًا على نجاح عملية الاتصال، منها حجم المنظمة الإدارية، حيث يؤثر هذا الحجم بشكل واضح في نظام الاتصالات داخل المنظمة، وخاصة في المرافق الكبيرة التي تتميز بتعدد المستويات

وتشعب فروعها في أرجاء الدولة. ونتيجة لذلك، ينجم عن تشابك قنوات الاتصال العديدة زيادة احتمالية تأخير الاتصال أو تغيير مضمونه والإنقاص من محتواه. كما يتميز المسؤولون في بعض الأحيان بحجز المعلومات والوثائق الرسمية التي توضح أهداف المرفق الذي يسيره وطرق سيره، وذلك لتعزيز السيطرة على الموظفين وتقليل قدرتهم على تنفيذ مهامهم بشكل فعال، وبالتالي يؤثر ذلك سلبًا على جودة الاتصال ويقيد قدرة المسؤول على تحسين أدائه[1].

ثالثا: الاختلالات المتعلقة بالعنصر البشري

يمكن تعريف هذا الوضع بأنه "عدم الكفاءة" أو "الأداء السيئ"، والذي يشير إلى عدم قدرة المؤسسات العمومية على تحقيق الأهداف وتوفير الخدمات بشكل فعال، وذلك بسبب عدم القدرة على تحسين الأداء الوظيفي للموظفين وتطوير مهاراتهم، ويمكن أن يتسبب هذا الوضع في تدهور جودة الخدمات المقدمة للمنتفعين.

1:غياب الكفاءة وتأثيره على الخدمات العامة:

يمكن تعريف هذا الوضع بأنه "التوظيف غير الفعال" أو "توظيف غير المؤهلين"، والذي يشير إلى اختيار الموظفين الذين لا يتمتعون بالمهارات والخبرات اللازمة للقيام بالمهام المسندة إليهم، وذلك بسبب عدم وجود الأدوات والمفاهيم الحديثة المتعلقة بالتوظيف والتدريب والتطوير في المؤسسات العمومية، مما يؤدي إلى تراجع جودة الخدمات وعدم تلبية احتياجات المنتفعين، ويمكن أن يتسبب هذا الوضع في زيادة التكاليف والتأخير في تحقيق الأهداف المرجوة[2].

2: فقدان الحافز في أسلوب التسيير بأسلوب الاستغلال المباشر للمرافق

والذي يشير إلى عدم توفير البيئة المناسبة لتحفيز وتشجيع الموظفين على العمل بكفاءة وجدارة، وذلك بسبب عدم تقديم المكافآت المناسبة المعنوية منها والمادية، وعدم توفير فرص التطوير والتدريب والترقية، وهو ما يؤدي إلى تراجع الإنتاجية والإبداع وعدم الإحساس بالانتماء والشعور بالقيمة، ويمكن أن يتسبب هذا الوضع في زيادة معدلات الاستقالة والتغيير في العمل وتراجع رضا المنتفعين من الخدمات المقدمة.

حيث يعتبر التحفيز أهم عناصر فعالية المرفق العام وذلك في كونه العامل الذي يجذب الموظفين ذوي الكفاءة العالية ويجعلهم يفجرون طاقتهم وتقديم ما لديهم[3].

واستنادا لما سبق، نستنتج ان استخدام طريقة التسيير المباشر لإدارة المرافق الحكومية، دون الاستفادة من خبرات وموارد القطاع الخاص، يمكن أن يؤدي إلى العديد من المساوئ. على سبيل المثال، قد يكون الجهاز الاداري غير قادر على توفير الخدمات بشكل كافٍ وفعال، بسبب عدم وجود التكنولوجيا المناسبة أو الخبرة اللازمة. وبالإضافة إلى ذلك، قد يواجه الجهاز الاداري صعوبة في

1 بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 118.
2 بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 118.
3 بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص 119.

تلبية الاحتياجات المتغيرة للمجتمع، حيث إنه قد لا يكون لديه القدرة على تحديث المرافق بسرعة كافية.

ومن الأمور الأخرى التي يمكن أن تتسبب فيها هذه الطريقة هو انعدام المنافسة والتكافؤ في العرض والطلب، حيث إنه في غياب المنافسة فإن الأسعار قد ترتفع، بالإضافة الى تدهور وتدني جودة الخدمات المقدمة من المرفق المدار بأسلوب الاستغلال المباشر، وتقل المرونة في التعامل مع تغيرات السوق. بالإضافة إلى ذلك، قد تتسبب هذه الطريقة في انخفاض الكفاءة والفعالية في الإدارة، حيث إنه في ظل عدم وجود التحديات اللازمة للجهاز الحكومي فإنه يمكن أن يتراخى ويصبح أقل مرونة وفعالية في أداء مهامه.

وبالتالي، يمكن القول إن عدم اشراك القطاع الخاص في إدارة المرافق الحكومية، يمكن أن يؤدي إلى العديد من المشكلات والتحديات في توفير الخدمات للمجتمع، ويمكن أن يقوض الفعالية والكفاءة في الإدارة الحكومية. ولذلك، يجب أن تتعاون الحكومات مع القطاع الخاص في إدارة المرافق الحكومية، لتحقيق الكفاءة والفعالية في تقديم خدمة ذات نوعية وجودة عالية من خلال المرفق محل التفويض.

الفرع الثاني: تقييم نظام تسيير المرافق العامة عن طريق المؤسسات العمومية

إن تسيير المؤسسة العمومية للمرفق العام، وعلى الرغم من الفوائد التي يمكن أن تحققها في تقديم الخدمات العامة بشكل فعال، إلا أنها تعاني من بعض النقائص والاختلالات التي يمكن أن تؤثر على جودة الخدمات المقدمة وعلى فعالية التسيير، ومن أهم هذه النقائص والاختلالات:

أولا: البطء في اتخاذ القرارات والتنفيذ:

يمكن أن يتسبب التعقيد الإداري والإجرائي في تأخير عملية اتخاذ القرارات وتنفيذها، وهذا يؤثر على الفعالية والجودة في تقديم الخدمات.

ثانيا: البيروقراطية:

يتميز التسيير العمومي بالبيروقراطية في بعض الأحيان، وهذا يعني وجود إجراءات وإجراءات لا داعي لها، تزيد من الجهد والتكاليف دون فائدة ملموسة.

ثالثا: عدم الكفاءة:

يمكن أن يؤدي ضعف الكفاءة والخبرة في إدارة المؤسسات العمومية إلى تقديم خدمات ذات جودة منخفضة، ويمكن أن يتسبب في تضييع الفرص المتاحة والموارد المخصصة للمؤسسات.

رابعا: الفساد:

يمكن أن يؤدي الفساد والرشوة والتحيز في إدارة المؤسسات العمومية إلى تقديم خدمات ذات جودة منخفضة، ويمكن أن يتسبب في تضييع الفرص المتاحة والموارد المخصصة للمؤسسات.

خامسا: قلة الموارد:

يمكن أن تؤدي قلة الموارد المتاحة للمؤسسات العمومية إلى تقليل الفعالية في تقديم الخدمات وتقليل جودتها.

سادسا: عدم الشفافية:

قد يؤدي عدم الشفافية في إدارة المؤسسات العمومية إلى عدم الثقة بين المواطنين وال مؤسسات الدولة، كما يمكن أن يتسبب في إضعاف النظام الديمقراطي وعدم قدرة المواطنين على مراقبة ومراجعة عمل المؤسسات العمومية.

سابعا: عدم الانضباط المالي:

قد يؤدي عدم الانضباط المالي في المؤسسات العمومية إلى تبديد الموارد المالية والحياد عن استخدامها بشكل فعال، مما يؤثر على جودة الخدمات المقدمة.

ثامنا: الإدارة الضعيفة:

قد تؤدي الإدارة الضعيفة في المؤسسات العمومية إلى تقديم خدمات غير فعالة وذات جودة منخفضة، وقد يتسبب في ضياع الموارد والفرص المتاحة.

تاسعا: غياب الاستقلالية الحقيقية:

يعد غياب استقلالية حقيقية في تسيير المرفق العام عن طريق المؤسسة العمومية من النواحي المالية، التسيرية، والوظيفية، مشكلة حقيقية في العديد من الدول. ويمكن تعريف الاستقلالية على أنها الحرية في اتخاذ القرارات والتصرفات دون تدخل أو تأثير من الأطراف الخارجية. وعندما يكون هناك غياب للاستقلالية في تسيير المرفق العام عن طريق المؤسسة العمومية، فإن هذا يعني أن القرارات والتصرفات تتأثر بشكل كبير بالأطراف الخارجية، مما يؤثر سلباً على الكفاءة والفعالية في تسيير المؤسسة العمومية.

1- غياب استقلالية عضوية[1]

وتتجلى في عنصرين

أ- في الإنشاء:

1 نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008،2007، ص 62.

يتجلى غياب الاستقلالية الحقيقية في التسيير بأسلوب المؤسسة العمومية، بأن القانون أو التنظيم الذي ينظم إنشائها هو المسؤول الأساسي عن عملياتها واتخاذ القرارات الهامة التي تتعلق بإدارتها وتشغيلها. وعندما تكون المؤسسات العمومية تحت سيطرة الجهة المكلفة بإنشائها، فإنه يصبح من الصعب عليها تحقيق الاستقلالية في اتخاذ القرارات الهامة.

بالإضافة إلى ذلك، تكون المؤسسات العمومية التي تسيير المرافق العامة عادة ما تتمتع بحقوق خاصة وامتيازات تتيح لها العمل بشكل مستقل عن القطاع الخاص. ومع ذلك، إذا كانت هذه المؤسسات تابعة للجهة المكلفة بإنشائها، فإنها تفقد بعض من حقوقها وامتيازاتها وتصبح مجرد أدوات لتنفيذ سياسات الحكومة.

ومن المهم أن نلاحظ أن غياب الاستقلالية الحقيقية في تسيير المرافق بواسطة المؤسسات العمومية يؤدي أيضًا إلى ضعف الخصوصية، حيث يتم إنشاء هذه المؤسسات بواسطة القانون أو التنظيم، وبالتالي يكون هناك توحيد في طرق الإنشاء. وهذا يعني أن المؤسسات العمومية قد تكون عرضة للضغوط السياسية والتدخلات من قبل الجهات المسؤولة عن إنشائها.

على العكس من ذلك، في التسيير بأسلوب التفويض، حيث يكون مستقل وخاضع للرقابة العامة، يصبو الى تحقيق أهدافه ومهامه المرسومة له بفعالية وبدون تدخلات خارجية غير مبررة. ولذلك، يجب أن تكون الإجراءات القانونية المتعلقة بإنشاء المؤسسات العمومية مستقلة وتحمل مسؤولية تحقيق الاستقلالية والشفافية في إدارتها وتشغيلها. كما يتعين على المؤسسات العمومية أن تتمتع بالخصوصية الكافية لتمكينها من العمل بشكل مستقل وتحقيق أهدافها دون تدخلات غير مبررة من الجهات المسؤولة عن إنشائها.

علاوة على ذلك، يجب أن تتمتع المؤسسات العمومية بالحماية اللازمة للعملاء والمستفيدين من خدماتها، والتي يتم تحقيقها من خلال وجود آليات وقوانين تحمي حقوقهم وتحافظ على خصوصيتهم وتحميهم من التعرض لأي انتهاكات.

في النهاية، يجب على الدولة والحكومات المسؤولة عن إنشاء المؤسسات العمومية، أن تضمن حصول هذه المؤسسات على الاستقلالية الحقيقية والخصوصية الكافية، حتى يمكن لها أن تعمل بشكل مستقل وفعال وتحقق أهدافها المنشودة، وتوفر خدمات عالية الجودة للمستفيدين منها.

ب- غياب الاستقلالية من خلال الهياكل:

ففي بعض الأحيان يكون هناك غياب للاستقلالية من خلال الهياكل التنظيمية، حيث يتم تعيين أعضاء هذه الهياكل بشكل مباشر من قبل الحكومات أو الجهات المعينة، مما يؤثر على استقلالية وحيادية هذه الهيئات ويتعارض مع مفهوم اللامركزية التقنية.

ولتحقيق اللامركزية التقنية بشكل فعال، يجب أن يتم انتخاب أعضاء هذه الهيئات بطريقة ديمقراطية وشفافة، ولكن على الاغلب، وفي الدول التي تعاني من الفساد أو النظم السياسية المركزية. يتم تعيين أعضاء المجالس واللجان والمؤسسات العمومية من قبل السلطة أو الجهات المسؤولة عن

تعيين القيادات الإدارية لهاته المؤسسات. وبالتالي، يمكن للسلطة الحاكمة أن تتحكم في عمل هذه المؤسسات والتأثير في قراراتها، وبالتالي تصبح الاستقلالية المالية والإدارية والتشريعية للمؤسسات غير موجودة بالكامل [1]، ويجب أن يتم تمويلها بشكل كامل من مصادر مالية مستقلة وغير متداخلة مع الجهات المعينة، ويجب أن يتم توفير الإمكانيات اللازمة لهذه الهيئات لتحقيق أهدافها بشكل فعال.

وعلاوة على ذلك، يجب أن تكون هذه الهيئات مستقلة وغير تابعة لأي جهة حكومية أو مصلحة خاصة، ويجب أن تتمتع بصلاحيات واختصاصات واستقلالية إدارية ومالية تمكنها من تحقيق أهدافها بشكل فعال ومستقل. ويجب على الحكومات والجهات المسؤولة تعزيز هذه الاستقلالية والحفاظ عليها بجميع الوسائل الممكنة، من أجل تحقيق المزيد من اللامركزية التقنية في جميع المجالات.

وفي أحسن الظروف الجمع بين الطريقتين، التعيين من طرف الوصاية والانتخاب من طرف المستخدمين، وهي الطريقة المعتمدة لأغلب المؤسسات العمومية، لكن في الواقع نجد سيطرة واضحة للجزء المعين وهيمنته على قرارات هيئة المداولة، خاصة بالنظر للكفاءة، إلا أن التعيين يعتبر هو الطريقة الأكثر استعمالا. أما بالنسبة للجهاز التنفيذي، من المفروض أن يكون منتخبا، لكنه في أغلب الأحيان إن لم نقل كلها هو معين من طرف الوصاية، ولهذا تأثير كبير على استقلالية وفقدان لمعناها الحقيقي خاصة في مجال اتخاذ القرارات وتنفيذها[2].

كمثال على غياب الاستقلالية في تعيين مدراء المؤسسات العمومية[3]، والتي يجب أن تكون مستقلة عن التدخل السياسي. فالتدخل السياسي في تعيين المدراء يؤدي إلى تقليل الشفافية والمساءلة في عمل المؤسسات العمومية، كما يؤدي إلى اختزال دور المدراء في اتخاذ القرارات وتطبيق السياسات الملائمة للمؤسسة، بدلًا من الانتخابات الشفافة والمستقلة التي تعزز من استقلالية المؤسسات وتؤمن بأدائها المهني وفقًا لأفضل المعايير.

عاشرا: غياب استقلالية وظيفية:

أن المؤسسات العمومية في النظام الحالي لا تتمتع بالاستقلالية الإدارية، حيث إنها تخضع لنفس النظام الذي يخضع له موظفو الدولة والجماعات المحلية، مما يؤدي إلى غياب التحفيز وثقل الإجراءات. كما أن الوصاية (السلطة التنفيذية) هي التي تعين المسؤولين في المؤسسات العمومية، وبالتالي فإنها تحد من استقلالية المؤسسة عند اتخاذ القرارات، حيث يمكن للوصاية في أي لحظة إنهاء مهام المدير. لذلك، يجب تحديد مدة معينة مسبقًا لإدارة المؤسسة العمومية، حتى يضمن لها

---

1 Amel Aouij MRAD, op-Cit, p: 117.

2 ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 63.

3 فمثلا يعين المدير العام للديوان الوطني للأرصاد الجوية بمرسوم تنفيذي باقتراح من الوزير المكلف بالنقل، هذا قبل المرسوم الرئاسي،99 -244، الذي من خلاله أصبح يعين مدراء المؤسسات العمومية بمرسوم رئاسي من طرف رئس الجمهورية، وهذا من أهم إصابات استقلالية المؤسسات العمومية.

وفي تونس مثلا تنص المادة 10من المرسوم 89 -242، المؤرخ في 01/31/ 89، المؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الاقتصادي **"يعين المدير بمرسوم باقتراح من وزير الداخلية وبعد اقتراح من رئيس البلدية."** انظر ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 63.

نوعًا من الاستقلالية وعدم التبعية للهيئة التي عينتها. كما أن الوصاية تتحكم في العديد من الجوانب الإدارية في المؤسسة العمومية، مثل الميزانية والهيكل التنظيمي والموافقة على برنامج النشاط، مما يظهر تبعية المؤسسة للدولة وعدم استقلاليتها.

الحادي عشر: غياب الاستقلالية المالية في التسيير بأسلوب المؤسسة العمومية:

بالنسبة للمؤسسات العمومية، يمكن القول إن الاستقلالية المالية الكاملة غالبًا ما تكون صعبة الحصول عليها بالكامل، حيث تعتمد هذه المؤسسات على الدعم المالي من الحكومة أو الجهات الحكومية الأخرى. ومن المهم أن تكون هناك مصادقة مسبقة على ميزانية المؤسسة وخضوعها للمحاسبة العمومية والرقابة السابقة واللاحقة، وذلك لضمان الشفافية والمساءلة والمحاسبة.

ومن ناحية أخرى، فإن الوصاية قد تكون مثقلة من كثرة المرافق المدارة بهذا الأسلوب[1]، من حيث الإشراف والرقابة المشددة على المؤسسات العمومية، لاعتباره امرا ضروريًا للحفاظ على المصالح العامة وضمان الشفافية والمساءلة. ومع ذلك، يجب أن يتم تعامل الوصاية بطريقة تضمن تحقيق الأهداف المرجوة منها.

اثنا عشر: النظام القانوني غير الموحد على المؤسسات العمومية:

لا يوجد نظام قانوني موحد ومضبوط لكل المؤسسات العمومية، فقد تعددت أنواعها وأصنافها والنظام القانوني لسيرها، ورغم زيادتها المستمرة، فإنه لا يوجد نص قانوني يضبط أنواعها وأطرها وخصائصها بصفة دقيقة[2]. يشير الأستاذ محمد بوسماح إلى أن تحليل مختلف الأنظمة القانونية المنظمة للمؤسسات العمومية يكشف غياب إطار قانوني إجمالي منسجم يحدد قواعد إنشاء وتنظيم وسير المؤسسات العمومية. ويفضل نوعًا عن نوع عند الإنشاء ليس بسبب أسباب موضوعية في بعض الأحيان، وهناك تطابق بين هذه الأنواع في بعض الأحيان. يعود عدم تماشي أهداف ونشاط المؤسسة مع حاجيات المواطنين إلى عدم تطابق هذه الحاجيات مع الميزانية الموجهة لها. وعادة ما يبدو إنشاء المؤسسات العمومية بمثابة تكرار للهياكل المركزية وإعادة توليد لنقائصها دون إحداث تحسن حقيقي في طرق التسيير وتحسين نوعية الخدمة[3].

وعلى الرغم من وجود هذه النقائص والاختلالات، فإن تسيير المؤسسة العمومية المرفق العام لا يزال أحد الأساليب الأكثر فعالية في تقديم الخدمات العامة وتحسين جودة الحياة للمواطنين. ومن المهم العمل على تحسين الإدارة والتخطيط والشفافية في إدارة المؤسسات العمومية لتحسين جودة الخدمات المقدمة وتحسين فعالية التسيير.

---

1 محمد بوسماح، محاضرات في المؤسسات العمومية ألقيت على طلبة الماجستير - فرع :الدولة والمؤسسات العمومية-، بن عكنون،.2006 /2007، ص 15.

2 محمد بوسماح، محاضرات في المؤسسات العمومية ألقيت على طلبة الماجستير - فرع: الدولة والمؤسسات العمومية-، بن عكنون،.2006 /2007، ص 16.

3 محمد بوسماح، محاضرات في المؤسسات العمومية ألقيت على طلبة الماجستير - فرع: الدولة والمؤسسات العمومية-، بن عكنون،.2006 /2007، ص 16.

تعتبر المؤسسات الصناعية والتجارية مفتاحاً هاماً في تطوير الاقتصاد وزيادة النمو الاقتصادي، ويفترض أن تعمل هذه المؤسسات بصورة مستقلة، وتقوم بتوليد دخل مالي يغطي تكاليفها وتحقق أرباحاً لها. ومن المفترض أيضاً أن تكون هذه المؤسسات قادرة على تحمل مسؤولياتها المالية والتخلص من العبء المالي على ميزانية الدولة.

ولكن، عندما تحوي الميزانية العامة للدولة إعانات موجهة لهذه المؤسسات، فإن ذلك يعني أن الدولة تقوم بتحمل جزء من العبء المالي الذي ينبغي على هذه المؤسسات تحمله. وفي حالة اعتماد هذه المؤسسات بشكل كبير على هذه الإعانات، فإنها قد تصبح عاجزة عن توليد دخل مالي يغطي تكاليفها وتحقق الأهداف المرسومة لها. وهذا ما يبرر اللجوء الى أنظمة وأساليب مغايرة لتسيير هذه المرافق، ولعل أهمها هو أسلوب تفويض المرافق العامة، الذي يخلو من كل العيوب التي سلف ذكرها.

المطلب الثاني: الاستجابة للمقتضيات المحلية والعالمية بشكل عام

يعد تبني اسلوب التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة كنظام لتسيير مرافق الدولة أحد الموضوعات المهمة والحديثة في مجال الإدارة العامة، حيث يعتبر هذا الأسلوب أداة فعالة لتحسين أداء الجهات الحكومية وتحقيق الكفاءة والفعالية في تقديم الخدمات العامة للمواطنين. ولقد شهدت العديد من الدول تبني هذا الأسلوب وتطبيقه على نطاق واسع في إدارة المرافق العامة، وذلك نظرًا للفوائد الاقتصادية والإدارية التي يتمتع بها.

ومن هذا المنطلق، سنسلط الضوء على دراسة الأسباب المؤدية الى تبني اسلوب التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة كنظام لتسيير مرافق الدولة، وتحليل الأسباب الداخلية والخارجية التي دفعت إلى تبني هذا الأسلوب. نتناول من خلالها في (فرع أول) الأسباب الداخلية المحلية التي دفعت لتبني هذا الأسلوب والحاجة اليه، بينما نتناول في (فرع ثان) الأسباب الخارجية الداعية إلى اعتماد هذا النظام في التسيير.

الفرع الاول: الأسباب الداخلية للجوء الى تقنية التفويض

بسبب النمو الديمغرافي الذي يشهده العالم، وزيادة حاجات المواطنين، أصبحت الدول تضطر إلى إيجاد حلول لهذه المشكلات. ومن أجل ذلك، تسعى الدولة إلى البحث عن استثمارات وتقديم الأولوية للقطاع الخاص لإدارة بعض المرافق العمومية التي تساعد في تخفيف هذه الأزمات وتلبية

الحاجات المتزايدة للمواطنين. ويتم التعامل مع هذه المرافق العمومية الآن بوضع ضمانات للمستخدمين، بهدف تحقيق الأمن الاجتماعي والحفاظ على المصالح العامة[1].

تعتبر هذه الخطوة ضرورية ومناسبة في الظروف الحالية، حيث يواجه القطاع العام تحديات كبيرة في تلبية حاجات المواطنين في بعض المناطق، وذلك نتيجة النمو السكاني المرتفع وتزايد الحاجات. لذلك، يمكن للقطاع الخاص أن يلعب دورًا مهمًا في تقديم الخدمات الضرورية للمواطنين في هذه المناطق، مما يسهم في تلبية احتياجاتهم وتحسين جودة حياتهم.

ومن الجوانب الإيجابية لهذا النهج هو أن القطاع الخاص يمتلك الخبرة والمعرفة اللازمة في تقديم الخدمات بطريقة فعالة وبتكلفة منخفضة، كما أنه يمكن أن يجذب الاستثمارات ويوفر فرص عمل جديدة للمواطنين. ومع ذلك، يجب الاهتمام بضمان توفر هذه الخدمات بأسعار معقولة وتحقيق الشفافية في العقود والاتفاقيات المبرمة بين الحكومة والشركات الخاصة، وكذلك ضمان الجودة والموثوقية في تقديم هذه الخدمات.

علاوة على ذلك، يجب أن يكون هناك تنسيق فعال بين الحكومة والقطاع الخاص في تقديم هذه الخدمات، حيث يجب أن تحدد الحكومة المجالات التي يمكن للقطاع الخاص العمل فيها وتحدد الضوابط والشروط اللازمة لتقديم هذه الخدمات بشكل فعال.

إن الجماعات المحلية تواجه اليوم تحديا كبيرا في تلبية حاجات المواطنين وتوفير الخدمات العمومية، وذلك بسبب النمو الحضري المضطرد والنزوح السكاني المتزايدة، الذي يؤدي إلى زيادة الطلب على المرافق العمومية. لذلك، يجب عليها البحث عن حلول جديدة وبديلة، تمكنها من بناء بنية تحتية تتوافق مع الطلب المتزايد وتحافظ على سير مرافق الدولة بانتظام واضطراد في الوقت نفسه.

ويعتبر الاستثمار في القطاع الخاص وتشجيعه على تسيير بعض المرافق العمومية، من الحلول التي يمكن للإدارة اللجوء إليها لتحقيق هذا الهدف. وبذلك، يتم تخفيف العبء عن السلطة المركزية والهيئات الإقليمية، ويتيح للقطاع الخاص فرصة للمساهمة في تحسين الخدمات العامة وتلبية حاجات المواطنين في المناطق المختلفة.

هذه الأسباب وتلك، تندرج تحت مسميات مختلفة، ولكن يمكن تصنيفها على أنها عوامل تسبب في تراجع الخدمات الاجتماعية الأساسية وتدني جودتها، وعدم تلبية الطلب المتزايد عليها. ومن بين هذه العوامل، العجز في توفير الخدمات الأساسية، وانخفاض جودتها(أولا)، وأيضا إفلاس أنماط التسيير التقليدية(ثانيا). ويمكن القول أن هذه العوامل ترتبط بشكل متبادل ومتداخل، حيث تؤثر على بعضها البعض وتزيد من تعقيد المشكلة.

أولا: العجز في توفير الخدمات الأساسية وانخفاض جودتها

1 نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، المرجع السابق، ص 78.

يعاني العديد من البلدان حول العالم من عجز في توفير الخدمات الأساسية وانخفاض جودتها، ويمكن أن يعزى ذلك إلى عدة عوامل. من بين هذه العوامل نقص التمويل. يعد نقص التمويل من أهم العوامل التي تؤثر على القدرة الحكومية في توفير الخدمات الأساسية وتحسين جودتها. فعلى سبيل المثال، يمكن أن تواجه الحكومات صعوبة في تأمين الأموال اللازمة لتمويل البنية التحتية الضرورية لتوفير المياه والصرف الصحي والكهرباء والنقل والصحة والتعليم وغيرها من الخدمات الأساسية. حيث يصعب على الحكومات تأمين الأموال اللازمة لتمويل البنية التحتية الضرورية وغيرها من الخدمات الأساسية.

كما يمكن أن تؤثر الإدارة الضعيفة على توفير الخدمات الأساسية بشكل فعال، وتقليل جودتها، وذلك بسبب عدم القدرة على تخطيط وتنفيذ ومراقبة الخدمات بشكل فعال. وتزيد الزيادة السكانية السريعة من الطلب على الخدمات الأساسية، مما يجعل الحكومة غير قادرة على تلبية هذا الطلب الزائد، مما يؤدي إلى عجز في توفير الخدمات وانخفاض جودتها.

علاوة على ذلك، يمكن أن يؤثر الفساد على توفير الخدمات الأساسية وجودتها، حيث يمكن أن يتسبب الفساد في إضعاف الإدارة الحكومية وتضخيم التكاليف، مما يؤدي إلى عجز في توفير الخدمات الأساسية وانخفاض جودتها. ويمكن أن تتسبب الحروب والنزاعات في تدمير البنية التحتية الضرورية لتوفير الخدمات الأساسية، مما يؤدي إلى عجز في توفير الخدمات وانخفاض جودتها، ويزيد من حدة الأزمة الاجتماعية.

يعود سبب عجز الدولة في توفير الخدمات الأساسية وانخفاض جودتها إلى التخطيط الضعيف والتنظيم غير الفعال، والفساد والتلاعب بالموارد المالية المخصصة بالخدمات الأساسية، وزيادة الاستثمار في البنية التحتية والتكنولوجيا الحديثة، وتحسين الإدارة الحكومية والحد من الفساد، وتشجيع القطاع الخاص على المشاركة في تقديم الخدمات الأساسية، وتوعية المجتمع بأهمية المحافظة على هذه الخدمات وتحمل المسؤولية المشتركة في توفيرها.

وعلاوة على ذلك، يجب على الحكومات توفير الدعم والتمويل اللازم للبحث والتطوير في مجال تحسين الخدمات الأساسية وجودتها، وتشجيع الابتكار في هذا المجال، كما يجب تشجيع المشاركة المجتمعية في عمليات التخطيط والتنفيذ لتحسين جودة الخدمات.

كما يمكن لزيادة السكانية أن تؤدي إلى زيادة الطلب على الخدمات الأساسية، وبالتالي تصبح الحكومة غير قادرة على تلبية هذا الطلب الزائد، فزيادة السكان تعني زيادة الطلب على الموارد الأساسية مثل الماء والطعام والكهرباء والصحة والتعليم وغيرها، وتحتاج الحكومات والمؤسسات إلى توفير هذه الخدمات بمستوى جيد وبشكل مستمر لتلبية احتياجات المجتمع. ومع ذلك، إذا كان عدد السكان يتزايد بشكل سريع، فإن زيادة الطلب يمكن أن تتجاوز القدرة الإنتاجية لتلبية هذا الطلب، مما يؤدي إلى نقص في الخدمات وتدهور جودتها، ويمكن أن يؤثر هذا بشكل كبير على مستوى المعيشة والصحة والبيئة.

كما يمكن أن يكون للظروف الاقتصادية الصعبة التي تواجهها الدولة دور في تقليل الإنفاق الحكومي على الخدمات العامة، مما يؤدي إلى تراجع جودتها وتقليل كميتها.

ومن أجل تحسين الوضع، تحتاج الدولة إلى إعادة النظر في سياساتها وإصلاح التشريعات والتنظيمات المتعلقة بتقديم الخدمات العامة، بالإضافة إلى زيادة الاستثمار في البنية التحتية والتكنولوجيا الحديثة وتوفير الموارد المالية اللازمة لتحسين جودة الخدمات وتلبية الطلب المتزايد.

يتعين علينا جميعاً الاعتراف بأن الوضع الحالي للمرافق العامة يعاني من عجز حاد في التسيير، مما يؤثر سلباً على مستوى جودة الخدمات المقدمة للمواطنين ويؤدي إلى إفلاس أغلب المرافق. لذلك، فإن تحسين الخدمات وتلبية حاجيات المواطنين يتطلب تعبئة رساميل كبرى، تمكّن من تخطي هذا العجز الحاصل على مستوى جميع المرافق، وتحسين أدائها بشكل كبير.

ولما كان ذلك، كان من الضروري أن تنتهج الإدارة استراتيجية شاملة، تتضمن البحث عن حلول جذرية واستثنائية للأزمة التي تتخبط فيها هذه المرافق. وعليها أيضاً التفكير في طرق تسيير حديثة، تساعد في تجاوز هذا العجز وتحسين جودة الخدمات المقدمة. فلا بد من العمل على تحسين التوازن المالي لهذه المرافق، وتطوير العمليات والإجراءات الإدارية، وتحسين التخطيط والتنفيذ والمتابعة، وذلك لتحقيق مستوى أفضل من الخدمات ورفع جودتها لتلبية حاجيات المواطنين بشكل أكثر فاعلية.

أمام هذه الوضعية وما تواجهه الجماعات المحلية، وخاصة في المدن الكبرى، من تحديات كبيرة في تسيير المرافق العامة وتحسين جودة الخدمات المقدمة للمواطنين. كان لزاما وعلى وجه السرعة تبني أساليب تسيير جديدة، تلبي متطلبات الجودة والاستدامة وتواكب المعايير الدولية.

ومن بين الأساليب التي يمكن اعتمادها هو نظام التفويض، الذي يمنح القطاع الخاص مسؤولية تشغيل وإدارة المرافق العامة بما يتوافق مع المعايير والمتطلبات القانونية. ويتيح هذا النظام توفير الوقت والجهد والموارد المالية اللازمة لتحسين جودة الخدمات المقدمة وضمان استمراريتها، كما يساعد في توفير مصادر تمويلية بنفس المستوى المرتفع للطلب على الخدمات الاجتماعية العمومية.

ولكن يجب مراعاة أن هذا النظام يتطلب الالتزام بمعايير الجودة والشفافية والمساءلة، وتوفير آليات رصد ومتابعة فعالة، وتشجيع المشاركة المجتمعية والحوار المفتوح مع جميع الأطراف المعنية. وبهذا الشكل، يمكن تحقيق الاستمرارية والجودة في تقديم الخدمات العامة، وتلبية حاجيات المواطنين بشكل أفضل وأكثر فاعلية.

وفي النهاية، يجب على الحكومات أن تولي اهتماماً خاصاً بتوفير الخدمات الأساسية وتحسين جودتها، وأن تعمل على تقليل العجز في توفيرها وتحسين جودتها، لأن هذا يساهم في تحسين مستوى المعيشة للمواطنين وتعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتحقيق التنمية المستدامة في المجتمعات.

ثانيا: إفلاس أنماط التسيير التقليدية في التحديات الحالية للمرافق العامة

يعتبر إفلاس أنماط التسيير التقليدية أحد التحديات الحالية التي تواجه المرافق العامة، فتسيير المرفق العام يعد جزءاً من أزمة القطاع العام بشكل عام. وبالتالي، يتم تشجيع القطاع الخاص على الاضطلاع بمهمة إنقاذ بعض المرافق العمومية التي تعاني من سوء التسيير والتي وصلت إلى حد الإفلاس.

تستند المراهنة على نظام تفويض المرفق العام إلى تمكين الخواص من التدخل في بعض المرافق العمومية ذات المردودية الاقتصادية، وذلك بسبب تفاقم المظاهر السلبية للأنماط التقليدية التسيير. ويمكن إجمال هذه المظاهر السلبية في عدة نقاط، منها التسيير المالي غير المناسب وهيمنة البيروقراطية وضعف آليات الرقابة.

لذلك، يتعين على المسؤولين عن المرافق العمومية تبني أساليب تسيير جديدة ومتطورة تتجاوز الأنماط التقليدية، وذلك لتحسين التسيير المالي وتعزيز الشفافية وتطوير آليات الرقابة وتحسين جودة الخدمات المقدمة. كما يجب أن يتم تشجيع الابتكار والتطور التكنولوجي لتعزيز فعالية وكفاءة المرافق العمومية وتحسين خدماتها.

1-سوء التسيير المالي وتداعياته على المرافق العامة المدارة بالنظم التقليدية

يعاني قطاع المرافق العمومية المحلية ذات الطابع التجاري في العديد من الدول من مشكلة العجز المالي الذي أصبح سمة طاغية على إدارتها. ويعزى هذا العجز في العديد من الحالات إلى العشوائية في التسيير وعدم الاهتمام بالجانب الاقتصادي، مما يؤدي إلى عدم احترام الميزانيات المصادق عليها وتنفيذ مشروعات غير مدروسة وغير مضمونة المردودية. وبسبب هذه المشكلة، تتحمل الدولة والجماعات المحلية الوصية على هذه المرافق أعباء مالية إضافية، مما يؤثر على قدرتها على تقديم الخدمات الأساسية للمواطنين بشكل كامل وفعال.

إضافة إلى ما سبق، فإن بعض المرافق العمومية المحلية ذات الطابع التجاري لم تأخذ بعين الاعتبار الأثمان الحقيقية للتكلفة وتطور الأسعار، مما أدى إلى عدم القدرة على استرداد أموالها من الزبائن سواء كانوا من القطاع العام أو الخاص[1].

وهذا يعكس نقصًا في التخطيط والإدارة المالية الجيدة، ويؤثر على قدرة هذه المرافق على الاستمرار في تقديم الخدمات العامة بشكل مستدام.

---

1 حنان بنقاسم، المؤسسات العمومية بين الترشيد والتفويت، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس – أكدال، الرباط 2003/2002. ص 42 وما بعدها.

- وصل إجمالي مديونية القطاع الخاص لفائدة عدة مرافق عمومية، بما في ذلك وكالات توزيع الماء والكهرباء المستقلة، والمكتب الوطني للماء الصالح للشرب، والمكتب الوطني للكهرباء، والمكتب الوطني للنقل، والمكتب الوطني للسكك الحديدية، في نهاية النصف الأول من عام 1997 إلى 3312 مليون و100 درهم.

تتمثل النتيجة الطبيعية لهذه الوضعية في وجود عجز مالي متكرر، والذي يتطلب تحملات متزايدة ومرهقة على المالية العمومية. ومن أجل تحسين الوضع المالي لهذه المؤسسات، تم إنفاق مبالغ كبيرة على شكل مدفوعات وإمدادات شبه دائمة، بالإضافة إلى تقديم إعانات للتجهيز والتسيير[1].

2- التأثير السلبي للتسيير غير المحكم وهيمنة البيروقراطية على المرافق العامة المدارة بالنظم التقليدية

يعتبر تضخم هياكل المؤسسات العمومية التجارية والصناعية وعدم وجود أنظمة داخلية محكمة من أبرز مظاهر التسيير غير المحكم لهذه المرافق العمومية. فعدم وجود هذه الأنظمة يؤدي إلى عدم وضوح الإجراءات وغياب الاستقرار في تسيير المؤسسات، مما يعرضها لخطر الفشل والإفلاس.

وبسبب ذلك، كان هناك عدم توفير فرص تدريبية وتطويرية للعاملين وعدم تشجيعهم على تحسين مهاراتهم وزيادة خبراتهم المهنية، مما أثر سلبا على جودة العمل وتأثيرها على الخدمات التي تقدم للمواطنين. وبالتالي، فإنه من الضروري تطبيق أنظمة تحفيزية وموضوعية وإعداد برامج تدريبية متخصصة لتحسين مهارات العاملين ورفع مستوى أدائهم[2].

حيث أصبح تولي المناصب في المرافق العامة لا يتم بناءً على معايير الكفاءة والاستحقاق، بل بناءً على معايير الولاء والمحسوبية، حتى وصل الأمر أن تحمل المسؤولية لم تعد تكليفًا، بل أصبحت هدية تمنح لبعض الأفراد ويحرم منها البعض الآخر[3]. وتسببت هذه الظاهرة في إهدار الكثير من الكفاءات المؤهلة والمتميزة، إذ أصبح العمل في هذه المؤسسات يعتمد على الواسطة والمحسوبية بدلاً من الكفاءة والإنجاز، وبالتالي تراجعت روح الانتماء والتفاني في العمل، وأدى ذلك إلى إحباط المستخدمين وتراجع الإنتاجية والجودة[4].

ومنه فإن واحدة من المشكلات الرئيسية التي تواجهها هذه المرافق العمومية هي التحكم الزائد للبيروقراطية في عمليات اتخاذ القرارات والتركيز الزائد على التدبير الإداري على حساب الجوانب الاقتصادية والمالية للمؤسسات. وهذا قد يؤدي إلى إهمال مصالح المستخدمين وتقديم خدمات ذات جودة منخفضة[5].

وقد انعكست هذه الوضعية على مستوى تنظيم المرافق المعنية، والذي لم يكن يسمح بجودة الأداء التقني والمالي، ولم يكن يسمح بتطبيق سياسات لانتقاء العاملين المؤهلين لشغل وظائف

1 بوعشيق احمد: المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة. دار النشر، الطبعة الثامنة، الدار البيضاء 2004، ص 118.

2 حنان بنقاسم، المؤسسات العمومية بين الترشيد والتفويت، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس – أكدال، الرباط 2003/2002. ص 118.

3 حنان بنقاسم، المؤسسات العمومية بين الترشيد والتفويت، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس – أكدال، الرباط 2003/2002. ص 118.

4 بوعشيق احمد: المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة. دار النشر، الطبعة الثامنة، الدار البيضاء 2004، ص 118.

5

بالمرفق، كما لم يكن يوفر إمكانية وضع مخططات للتكوين وإعادة التكوين، وحال كذلك دون إدخال وسائل تكنولوجية حديثة من شأنها تطوير وسائل العمل وترشيد النفقات[1].

3 ـ ضعف آليات الرقابة وتداعياته على المرفق العمومي المدار بالنظم التقليدية

تعرضت المرافق العمومية إلى أزمة حقيقية نتيجة عدم تطبيق قواعد المحاسبة بشكل سليم وعدم تلائمها مع وضع هذه المرافق، بالإضافة إلى عدم وجود تحديد واضح للمسؤوليات والخلط بين مهام الإدارة والمراقبة[2]. على الرغم من توفر أطر قانونية للرقابة وتنوع أشكالها، إلا أنها لم تحقق نتائج فعالة وظلت تتأرجح بين المخالفة، اللامبالاة، والتغييب.

ويظهر هذا في عجز المجالس الإدارية للمؤسسات العمومية المسؤولة عن تدبير هذه المرافق عن أداء دورها المنوط بها في توجيهات وقرارات التدبير الأساسية، وتوفير الإطار اللازم لمدراء هذه المؤسسات لأداء اختصاصاتهم. كما أن المراقبة التي تمارسها المجالس المحلية المنتخبة تبقى محدودة وغير فعالة، وذلك بسبب عدم قدرتها على اتخاذ تدابير ناجعة وفعالة، وبعيداً عن منطق الصراعات الحزبية الضيقة التي تنخر المجالس الجماعية، وتجعلها بعيدة عن مهامها الحقيقية[3].

تمر المرافق العمومية في العديد من البلدان بوضعية متأزمة، حيث أن الأزمات المالية والتغيّرات الاقتصادية تسببت في تدهور وظيفتها الأساسية. وبسبب هذا التدهور، انحرفت هذه المرافق عن وظيفتها الاقتصادية الأساسية في بعض الأحيان، وتحولت إلى مجالات لتوزيع الريع والامتيازات وبدلاً من توفير خدمات عامة ذات جودة عالية للمواطنين، أصبحت المرافق العمومية مراكز لتوظيفات مشبوهة وتوزيع الأموال على أصحاب النفوذ. وهذا التحول السلبي يؤدي إلى تدهور المرافق وتضرر المجتمع بشكل عام.[4].

توضح المحاكمات التي استهدفت مدراء ومسؤولين في عدد من المؤسسات العمومية الاقتصادية والاجتماعية، وجود اختلاسات مالية كبرى وضعت مؤشرا واضحا على نمط تسيير مرافق عمومية متدهور، وهذا ما تحاول الادارة التغلب عليه الآن عن طريق تبني نهج جديد يرتكز على التعاقد مع القطاع الخاص بناء على مبادئ الفعالية والمردودية والشفافية.

كل هذه المؤشرات الداخلية أدت بالدول الى التسريع الى اعتناق أنظمة جديدة لتسيير مرافقها، ومن أهمها تبني أسلوب تفويض المرافق العامة، وإشراك القطاع الخاص في تحمل أعباء تسيير المرافق العامة. اذ تعد واحدة من أهم مزايا تبني اسلوب التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة. فعندما تتبنى الحكومة هذا الأسلوب، فإنها تمنح الشركات والمؤسسات الخاصة فرصة للمشاركة في

1 جلال باوشوش، التدبير المفوض للمرفق العمومي المحلي" إشكالية المفهوم وتحديات الممارسة"، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009/2008، ص 55 وما بعدها.

2 نشطاوي محمد المرافق العامة الكبرى. المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش 2002، ص 50.

3 جلال باوشوش، التدبير المفوض للمرفق العمومي المحلي" إشكالية المفهوم وتحديات الممارسة"، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009/2008، ص 56.

4 نشطاوي محمد المرافق العامة الكبرى. المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش 2002، ص 51.

تقديم الخدمات العامة وتشغيل المرافق العمومية، وبذلك يتم تحميل القطاع الخاص بجزء من المسؤولية والعناية بالمرافق العامة، مما يوفر على الدول تحمل المخاطر والسلبيات الناجمة عن تسيير مرافقها بنفسها.

وبالتالي، تتيح هذه الفرصة للقطاع الخاص إمكانية الاستثمار في مشاريع تطوير المرافق العامة، وذلك بتقديم الخدمات اللازمة والمساهمة في البنية التحتية للمرافق العامة. كما يمكن أن تؤدي هذه الفرصة إلى تحسين كفاءة المرافق العامة وتوفير خدمات أفضل للمواطنين، وذلك بفضل خبرة وكفاءة الشركات الخاصة في إدارة المشاريع وتطبيق أفضل الممارسات العالمية في هذا المجال.

الفرع الثاني: الأسباب الخارجية الداعية الى تبني اللجوء الى تقنية التفويض

في إطار التحولات الاقتصادية الكبرى التي غيرت من طبيعة الاقتصاد العالمي وهيمنة أفكار الانفتاح والليبرالية على معظم اقتصاديات دول العالم لم تجد الجزائر في ظل هذا الوضع الجديد إلا مسايرة الركب خاصة وأن اقتصادها في حد ذاته يشهد مرحلة انتقالية نحو اقتصاد السوق ويعاني من اختلالات هيكلية ووظيفية حادة، مما مهد الطريق لتبني نصائح صندوق النقد الدولي والتي من بينها منح الريادة في المجال الاقتصادي للقطاع الخاص، وتدعمت هذه النصائح بعد انضمام الجزائر إلى الشراكة المالية الدولية I.F.S التابعة للبنك الدولي للإنشاء والتعمير B.I.R.D. التي تهدف إلى تشجيع القطاع الخاص بحيث أن مساعداتها المالية مشروطة بتنفيذ برامج توسيع وتنمية دور القطاع الخاص[1].

تتعدد الاتفاقات والالتزامات التي تبرمها الهيئات المالية والنقدية الدولية مع الدول، وتتنوع هذه الاتفاقات بين اتفاقيات القروض والمنح والتمويل الإنمائي، ويتم توجيه جل برامج هذه الهيئات التنموية للبلدان النامية، والتي تفرض سياسة التخلي عن تسيير بعض المرافق العامة لصالح القطاع الخاص.

حيث تهدف هذه البرامج إلى تحفيز النمو الاقتصادي وتطوير البنية التحتية وتحسين الخدمات العامة في البلدان النامية، وتتضمن تنفيذ مشاريع تنموية في مختلف المجالات مثل الصحة والتعليم والطاقة، والمياه، والنقل، وغيرها.

وتتضمن هذه الاتفاقات والبرامج شروطا والتزامات تفرضها الهيئات المالية والنقدية الدولية على الدول المستفيدة منها، ومن أبرز هذه الشروط هي سياسة الخوصصة. وتعني سياسة الخوصصة في هذه السياق إجراءات تهدف إلى تحرير الاقتصاد من القيود الحكومية وتشجيع الاستثمارات الخاصة في القطاعات الحيوية مثل الصحة والتعليم، والطاقة، والمياه، وغيرها.

1طيبي حسين، التونسي فائزة، واقع الخوصصة في الجزائر -دراسة سوسيولوجية-، مجلة العلوم الاجتماعية – جامعة الأغواط- المجلد:7 عدد:82جانفي 2018، ص 140.

وتشمل سياسة الخوصصة إجراءات مثل بيع الشركات والمؤسسات الحكومية للقطاع الخاص، وتقليص حجم الدعم الحكومي للقطاعات غير الربحية، وفرض ضرائب على الدخل والاستهلاك، وتقليص حجم النفقات العامة والتحكم في التضخم.

صحيح أن الدول أصبحت تلعب أدواراً تحكيمية وتنظيمية أكثر في المجال الاقتصادي في العصر الحديث. ففي ظل التحولات الاقتصادية والتكنولوجية والاجتماعية السريعة، تحتاج الأسواق والشركات إلى بيئة تنظيمية وتحكيمية قوية تساعدها على التعامل مع التحديات المتزايدة.

وتتولى الدول اليوم دوراً أساسياً في إنشاء وتطبيق القوانين واللوائح التي تحكم عملية الإنتاج والتجارة والاستهلاك والاستثمار، وذلك بهدف ضمان الحماية والمصالح الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع. وتعمل الدول على تنظيم الأسواق وتحديد القواعد اللازمة لحماية المنتفعين وضمان المنافسة العادلة بين الشركات، كما تضع الدول العديد من السياسات الاقتصادية والضريبية التي تساعد على تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي.

ومن الجدير بالذكر أنه قد تختلف أدوار الدول في المجال الاقتصادي من بلد إلى آخر، حيث تعتمد على النموذج الاقتصادي المتبع ومستوى التطور الاقتصادي في البلدان المختلفة. ويمكن القول إن الدول النامية تعتمد بشكل أكبر على الدور التنظيمي والتحكيمي للحفاظ على استقرار الأسواق وحماية الاستثمارات، بينما تعتمد الدول المتقدمة بشكل أكبر على دور التحفيز، والتنمية الاقتصادية ودعم الابتكار والإبداع.

صحيح أن مفهوم المرفق العام قد تعرض لانتقادات عديدة من قبل المدافعين عن النظرية الليبرالية، الذين يرون أن تدخل الدولة في قطاعات الاقتصاد الرئيسية يعتبر عائقاً أمام التطور والنمو الاقتصادي. وبموجب هذا المنطق، يعتبرون أن المرافق العامة يمكن تسييرها بشكل أفضل من قبل القطاع الخاص، وبالتالي يجب على الدولة التخلي عن هذه القطاعات والسماح للقطاع الخاص بتسييرها[1].

ومع ذلك، يجب الانتباه إلى أن الدولة تلعب دوراً هاماً في توفير المرافق العامة التي تعد أساسية للحياة اليومية للمواطنين، مثل المياه والكهرباء والنقل العام والرعاية الصحية والتعليم والاتصالات والطرق والجسور، والمطارات، والموانئ، وغيرها. ومن المعروف أن توفير هذه المرافق يتطلب استثمارات ضخمة ومدروسة، ولا يمكن للقطاع الخاص بمفرده تحمل هذه التكاليف، خاصة في البلدان النامية التي تعاني من مشاكل اقتصادية ومالية.

ولذلك، يجب أن يتم النظر إلى المرافق العامة على أنها جزء من البنية التحتية الاقتصادية والاجتماعية التي يجب على الدولة توفيرها وتطويرها بما يضمن توفير خدمات عالية الجودة وبأسعار معقولة للمواطنين. ويمكن أن يكون التعاون بين القطاع العام والخاص من خلال أشكال التفويض المتنوعة في توفير هذه المرافق أمراً ضرورياً ومفيداً، وذلك من خلال الشراكات العامة-

1 BEKKALI Abdeslam, << la pratique de la gestion déléguée au Maroc », in Remald, série thèmes actuels n°30, 2001, P105

الخاصة والاستثمارات المشتركة. وبالتالي، يمكن القول أن مفهوم المرفق العام لا يزال مهماً وضرورياً في الحفاظ على مستوى المعيشة والخدمات الأساسية للمواطنين، ويجب على الدولة الاستمرار في دعم هذه المرافق وتطويرها، والعمل على تحسين كفاءتها وجودتها، مع الحفاظ على توازن مناسب بين الدور الذي تلعبه الدولة والقطاع الخاص في تسيير هذه المرافق.

ومن الجدير بالذكر أن بعض البرامج التنموية التي تم ابرامها مع الهيئات المالية والنقدية الدولية تنص على تطبيق سياسة الخوصصة في بعض المرافق العامة في البلدان النامية، وذلك بهدف زيادة كفاءة هذه المرافق وتحسين إدارتها، وتحسين الخدمات التي تقدمها للمرتفقين.

لقد كان للعولمة مع ما رافقها من حرية تنقل الأموال والخدمات والسلع الأثر الكبير في عولمة وسائل وتقنيات الإدارة المرافق العمومية، وسعت من نطاق أدوار القطاع الخاص على مستوى الإنجاز والتدبير، كما أن المؤسسات المالية الدولية، كان لها دور كبير في هذا الاتجاه حيث أصبح تدبير المرافق العمومية من طرف الخواص مطلبا أساسيا[1].

ان دور المؤسسات المالية الدولية في تشجيع وتبني أسلوب تفويض المرافق العامة يظهر جليا، ومنها صندوق النقد الدولي (I.M.F) وهو إحدى المؤسسات المالية الدولية الرائدة في العالم، والتي تتميز بدورها الحيوي في تعزيز الاستقرار المالي العالمي وتعزيز النمو الاقتصادي العالمي. وتتمثل مهمة الصندوق في تعزيز التعاون الدولي في المجالات المالية والنقدية، وتعزيز الاستقرار الاقتصادي والمالي العالمي من خلال توفير الدعم المالي والفني للدول الأعضاء.

واحدة من أهم الأدوات التي يستخدمها صندوق النقد الدولي لتحقيق مهمته من خلال الدورات التكوينية التي يشرف على تمويلها أو تنظيمها[2]، متبنيا أسلوب تفويض المرافق العامة للخواص وإشراكها في تسيير المرافق العمومية. ويتمثل هذا الأسلوب في إتاحة فرصة للقطاع الخاص والمجتمع المدني للمشاركة في إدارة وتشغيل المرافق العمومية، مثل المياه والكهرباء والنقل والاتصالات، وذلك بما يحقق تحسيناً في جودة الخدمات المقدمة وتقليل التكاليف، وبالتالي تحسين جودة الحياة للمواطنين.

يشجع صندوق النقد الدولي على تبني هذا الأسلوب بشكل واسع في الدول الأعضاء، ويوفر الدعم الفني والمالي اللازم لتحقيق ذلك، بما يتيح فرصة للشراكة بين القطاع العام والخاص في تحقيق التنمية المستدامة وتعزيز النمو الاقتصادي. ويعتبر هذا الأسلوب طريقة فعالة للتخفيف من العبء المالي على الحكومات وتعزيز قدرتها على تحقيق التنمية المستدامة وتحسين جودة الحياة للمواطنين.

ونفس الشيء ينطبق على البنك الدولي، وإن كان اهتمامه بنظام التفويض في مجال المرافق العامة يعتبر متأخرا بالمقارنة مع بدء الاهتمام به في فرنسا مثلا، فأول المشاريع التي أشرف على

1 جلال باوشوش، التدبير المفوض للمرفق العمومي المحلي" إشكالية المفهوم وتحديات الممارسة"، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009/2008، ص 61.

2 MECHERFI Amal: La gestion déléguée au Maroc : un nouveau mode d'exécution des services publics locaux, Remald, séries thèmes actuels, n°30, 2001.P.102

تمويلها يعود إلى سنة 1967، وهو تفويض تدبير قطاعي الكهرباء والاتصالات بالفلبين[1]. لذا يعود تأثير البنك الدولي في تبني أسلوب تفويض المرافق العمومية لدول المستهدفة إلى عدة عوامل:

أولا-القدرة المحدودة للدول على تسديد الديون المستحقة عليها

تواجه الدول حاليًا تحديًا كبيرًا يتمثل في القدرة المحدودة على تسديد الديون المستحقة عليها للبنك الدولي والمؤسسات المالية الأخرى، وذلك نتيجة لتوجيه هذه الديون لتمويل إنشاء وتجهيز المرافق العمومية والبنيات التحتية. ومن هذا المنطلق، تتزايد الضغوط على الحكومات المحلية لتحمل تكاليف إدارة هذه المرافق والبنيات التحتية، والتي تصبح أكبر كلما تزايدت الديون والتزامات الدول.

للتخفيف من هذا الضغط وتخفيف العبء المالي على الحكومات المحلية، قام البنك الدولي بتقديم العديد من القروض والمنح المالية إلى الحكومات المحلية بهدف تمويل المشاريع المرتبطة بالمرافق العمومية والبنيات التحتية. وبشكل عام، يتضمن هذا النوع من التمويل إجراءات لتحسين البنية التحتية، مثل توسيع الطرق وتحديث شبكات المياه والصرف الصحي وتحسين نظام التعليم والرعاية الصحية.

من أجل ضمان أن هذه المشاريع تدار بشكل فعال، قدم البنك الدولي توجيهات للحكومات المحلية بتطبيق مفهوم تفويض المرافق العامة. ويتمثل هذا المفهوم في نقل إدارة المرافق العمومية والبنيات التحتية إلى القطاع الخاص، مما يعني أن الحكومات المحلية لا تدير المرافق بشكل مباشر، بل تفوض إدارتها إلى شركات خاصة. يتم ذلك من خلال العقود المبرمة بين الحكومات المحلية والشركات الخاصة، والتي تحدد الالتزامات والمسؤوليات والمهام المتعلقة بإدارة وسير هذه المرافق.

يهدف هذا النهج إلى زيادة الكفاءة والجودة في إدارة المرافق العمومية، وتحقيق أفضل عوائد للاستثمار المالي المنفذ في تطوير هذه المشاريع.

ومن جانب آخر، حتى تتمكن الدول من التفرغ الى الصعوبات التي كانت تواجهها في تسديد الديون المستحقة عليها تجاه البنك الدولي والمؤسسات المالية الأخرى، والتي كانت تتعلق بتمويل إنشاء وتجهيز المرافق العمومية والبنيات التحتية. وبسبب هذه الديون المتراكمة، كانت الدول تضطر إلى تخصيص جزء كبير من مواردها المالية لسداد الديون بدلاً من استخدامها في تطوير المشاريع الأخرى وتلبية احتياجات المجتمع. لذلك، كان التحول إلى نهج التفويض للمرافق العمومية يهدف إلى تخفيف العبء المالي على الحكومات المحلية وتمكينها من التركيز على سداد الديون المتراكمة بدلاً من التفرغ لإدارة المرافق العمومية.

ومن أمثلة هذا التطبيق، يمكن النظر إلى مشروع الطريق السريع الذي تم تنفيذه في الصين بالتعاون مع البنك الدولي. وفي هذا المشروع، تم توكيل شركات خاصة بإدارة الطريق السريع وتحصيل الرسوم المتعلقة به، بدلاً من أن تدير الحكومة الصينية هذا المشروع بشكل مباشر. وتمكن

1 MECHERFI Amal: La gestion déléguée au Maroc : un nouveau mode d'exécution des services publics locaux, Remald, séries thèmes actuels, n°30, 2001.P.102

هذا النهج من تحقيق تحسين كبير في جودة الخدمات المقدمة والكفاءة الإدارية، وكذلك زيادة الإيرادات المالية المستحقة للمشروع[1].

ويمكن القول بأن تبني البنك الدولي لنهج تفويض المرافق العمومية، يساعد في تحسين جودة الخدمات المقدمة وزيادة الكفاءة الإدارية، ويساعد في الحد من العبء المالي على الحكومات المحلية، وتعزيز الاستثمار في تطوير المرافق العمومية والبنيات التحتية.

ثانيا-وجود مرجعية قائمة على تجارب سابقة ناجحة

ترتكز فكرة تحفيز دور القطاع الخاص في تسيير المرافق العمومية على وجود مرجعية قائمة على تجارب سابقة ناجحة. فباستخدام هذه المرجعية، يمكن تحليل ودراسة تجارب مختلفة لتحديد النقاط الإيجابية والسلبية في كل منها، وتحديد أفضل الممارسات التي يمكن تبنيها لتحفيز القطاع الخاص على المشاركة في تسيير المرافق العمومية. وبهذه الطريقة، يمكن تجنب الأخطاء التي وقعت في الماضي وتحقيق نتائج أكثر فاعلية في المستقبل، والتي يمكن أن تستند إليها الدول الأخرى في إعادة هيكلة مشاريعها واستدامتها. وتعد عمليات الخوصصة التي عرفتها بعض البلدان الأنجلوسكسونية كالولايات المتحدة والمملكة المتحدة وغيرها من الأمثلة المشهورة على النجاح في تحقيق هذا الهدف، حيث أدت هذه العمليات إلى توفير خدمات أفضل وتحسين كفاءة المرافق العمومية. ولذلك، كانت هذه النماذج مفيدة وملهمة للدول الأخرى التي ترغب في تبني نهج تفويض المرافق العمومية، وأعطت دفعة قوية لتحفيز دور القطاع الخاص في هذا المجال[2].

والواقع أن دور البنك الدولي يتجلى في تشجيع التمويل الخاص للمرافق العمومية، والبنيات التحتية، ولجلب الخبرة الدولية الضرورية لتطوير هذه البنيات، فانخراط واحدة من هيئات أو مؤسسات مجموعة البنك الدولي يعطي عاملا لاطمئنان المستثمرين الخواص، بل ولتشجيع الحكومات التي لها روابط مالية بالبنك الدولي على الدخول في شراكات مع القطاع الخاص[3].

لقد تحول دور البنك الدولي من كونه ممول مباشر لإنجاز وتدبير المرافق العمومية والبنيات التحتية، إلى وسيط يساعد في ضمان تدخل القطاع الخاص في هذه القطاعات عبر تأمين القروض التي يحصل عليها الفاعلون الخواص وتمويل المساعدات التقنية اللازمة لتجهيز عمليات التدبير المفوض. كما يقوم البنك الدولي بتمويل الدراسات التقنية ودراسات الجدوى ودراسات التأثير البيئي للمشاريع المزمع إنجازها. وبالإضافة إلى ذلك، يقوم عبر المركز الدولي لفك النزاعات المتعلقة بالاستثمار بالتحكيم الدولي بين الفاعلين الخواص والحكومات حول الخلافات المتعلقة بتنفيذ عقود التفويض. حيث يتمثل دور البنك الدولي الآن في ضمان سلاسة تَدَخُّل القطاع الخاص في هذه

1 بحث غير منشور

2 Bertrand DU MARAIS: Les délégations de services publics, au service du développement: expérience et approche de la banque mondiale, revue française de droit administratif n°3, 1997.Op. Cit. p 103.

3 جلال باوشوش، التدبير المفوض للمرفق العمومي المحلي" إشكالية المفهوم وتحديات الممارسة"، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009/2008، ص 62.

القطاعات، عبر توفير التمويل والموارد اللازمة، ودعم الحكومات في تنفيذ المشاريع بطريقة فعالة ومستدامة، مما يعزز التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول المستفيدة[1].

إن ما يميز آلية تفويض المرافق العامة المعتمدة من قبل البنك الدولي، أنها تمثل طريقة مثالية لتمويل مشاريع البنى التحتية والخدمات الاجتماعية. وتعد هذه الآلية من بين أهم السياسات الاقتصادية التي يجب على الدول اتباعها، حيث تقوم على تخصيص الموارد لصالح القطاع الخاص والتخلي عن القطاعات الاجتماعية التي قد لا تكون لها مردودية اقتصادية مثل القطاعات الأخرى. يتيح هذا التحول إمكانية لجذب المزيد من الاستثمارات الخاصة والشراكات المؤسسية لتنفيذ مشاريع المرافق العامة، وبالتالي تعزيز النمو الاقتصادي وتحسين جودة الحياة في الدول المعنية.

المبحث الثاني: تقييم فاعلية اســـتخدام التفويض كأداة لتحســـين الأداء المرفقي : النتائج والتحديات

ان أسلوب تفويض المرافق العام هو تقنية حديثة تستخدم في الإدارة الحكومية لتفويض الخدمات العامة إلى القطاع الخاص. وقد تم تطبيقها في عدد من الدول النامية والمتقدمة على حد سواء، كوسيلة لتحسين جودة الخدمات الحكومية وتقليل التكاليف وزيادة الكفاءة. ومع ذلك، فإن هذه التقنية تواجه العديد من التحديات التي قد تؤثر على فعاليتها ونجاحها في تطبيقاتها.

ومن هذا المنطلق، سنقوم بتقييم تقنية تفويض المرافق العام، مع التركيز على الآثار الإيجابية لتطبيق تقنية التفويض في تحسين خدمات المرافق العامة في (مطلب اول)، ودراسة المخاطر المرتبطة بتطبيق أسلوب التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة في (مطلب ثان). حيث سيتم التركيز على عدة جوانب، بما في ذلك تحليل مدى فعالية التقنية في تحسين جودة الخدمات الحكومية وتقليل التكاليف، وكذلك دراسة التحديات والصعوبات التي تواجه تفويض المرافق العام وتأثيرها على فعالية التقنية. كما سيتم النظر في آليات تفعيل هذه التقنية وتطبيقها على أرض الواقع.

المطلب الأول: الآثار الإيجابية لتطبيق تقنية التفويض في تحســـين خدمات المرافق العامة

يعد اللجوء إلى نظام التفويض في تسيير المرافق العمومية ضرورة ملحة لتجاوز سلبيات التسيير القديمة، حيث يسمح هذا النظام بتنازل السلطة مانحة التفويض لتسيير بعض من مرافقها العمومية لصالح الغير، مما يسهل عملية اتخاذ القرارات ويساعد على تحسين جودة الخدمات التي يقدمها المرفق. ومع ذلك، فإن اللجوء إلى هذا النظام كغيره من الطرق قد يترتب عليه عدد من الآثار الإيجابية والسلبية.

ومن أجل فهم هذه الآثار بشكل أفضل، سنقوم بتسليط الضوء على الانعكاسات الإيجابية التي يحملها نظام التفويض في تسيير المرافق العمومية على المستوى التقني في (فرع اول)، من خلال

1 Bertrand DU MARAIS: Les délégations de services publics, au service du développement: expérience et approche de la banque mondiale, revue française de droit administratif nº3, 1997.Op. Cit. p 105.

تحليل ما تحقق من تحسينات في جودة الخدمات وما يحققه من مرونة في التسيير وتخفيض التكاليف. وفي الوقت نفسه، سنتناول أيضًا الآثار الايجابية المحتملة لتطبيق نظام التفويض في تسيير المرافق العمومية على المستوى الاقتصادي في (فرع ثان)، وصولا الى الانعكاسات الإيجابية على المستوى الاجتماعي (فرع ثالث).

الفرع الاول: على المستوى التقني

يعتبر نظام تفويض المرافق العامة واحدًا من الطرق الحديثة التي يمكن استخدامها لتنظيم وإدارة المرافق العامة بطريقة فعالة. حيث يهدف هذا النظام إلى تسهيل عمليات الإنشاء والتطوير والصيانة للمرافق العامة من خلال تفويض المهام والمسؤوليات من الحكومة إلى القطاع الخاص. لذا تعمل هذه الطريقة على تحقيق العديد من الأثار الإيجابية على المجتمع والاقتصاد. نوجزها في التالي:

أولا-الاستفادة من التكنولوجيا:

في ظل التحول الحالي نحو الاعتماد على التكنولوجيا في جميع المجالات، أصبح العمل بنظام تفويض المرافق العامة على المستوى التقني أكثر أهمية من أي وقت مضى. ويتمثل تفويض المرفق العام في تسليم إدارة وتشغيل المرفق العام إلى القطاع الخاص، بينما يتم الاحتفاظ بملكية المرفق العام لدى الحكومة. ومن بين المزايا التي يوفرها تفويض المرفق العام بشأن التقنية هي القدرة على توظيف التكنولوجيا الحديثة في تقديم الخدمات العامة، وزيادة الكفاءة في التشغيل والإدارة، وتحقيق التواصل الفعال بين المرافق العامة والمستخدمين، وتعزيز الشفافية والمساءلة.

1-الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة في تقديم الخدمات العامة

تشكل التكنولوجيا الحديثة عاملًا رئيسيًا في تحسين جودة الخدمات العامة وتسهيل إدارتها، وذلك من خلال توفير العديد من الأدوات والتقنيات التي تمكن المؤسسات الحكومية من تحسين كفاءتها وتحقيق أهدافها بشكل أفضل. ومن بين هذه التقنيات المستخدمة في تفويض المرفق العام هي تقنية المعلومات والاتصالات، والتي تساعد على تسهيل الاتصال بين المستخدمين والجهات المعنية، وتحسين عملية التشغيل والإدارة.

2- زيادة الكفاءة في التشغيل والإدارة

تساعد التكنولوجيا الحديثة على تحسين عملية التشغيل والإدارة من خلال توفير العديد من الأدوات والتقنيات الحديثة التي تساعد على زيادة الكفاءة وتقليل التكلفة. فعلى سبيل المثال، يمكن استخدام الحوسبة السحابية لتوفير مساحة تخزين كبيرة للمعلومات والبيانات، وتوفير الوقت والجهد

المبذول في الصيانة والتحديثات. ويمكن أيضًا استخدام تكنولوجيا الاعلام الآلي لتحسين عمليات التشغيل والإدارة وتقليل الأخطاء البشرية.

غير ان ادخال هذه التقنيات المتطورة يقود في الغالب الى التخلي عن الكثير من اليد العاملة[1].

3-تحقيق التواصل الفعال بين المرافق العامة والمستخدمين

يعد تحقيق التواصل الفعال بين المرافق العامة والمستخدمين من الأهداف الرئيسية لتفويض المرفق العام. ويمكن استخدام التكنولوجيا الحديثة لتحقيق ذلك، حيث يمكن للمستخدمين التواصل مع المرافق العامة عبر الإنترنت، والحصول على المعلومات اللازمة حول الخدمات والأعمال الجارية، وتقديم الملاحظات والشكاوى بشكل مباشر. ويمكن أيضًا استخدام وسائل التواصل الاجتماعي لتحقيق التواصل الفعال بين المرافق العامة والمستخدمين، وزيادة الوعي العام حول الخدمات العامة.

4- تعزيز الشفافية والمساءلة

يسهل تفويض المرفق العام بشأن التقنية تحقيق الشفافية والمساءلة في إدارة المرافق العامة، حيث يتم توثيق جميع البيانات والمعلومات الخاصة بالمرافق العامة وتقديمها بشكل شفاف للمستخدمين والجهات الرسمية. وبالإضافة إلى ذلك، يمكن استخدام التقنيات الحديثة لتعزيز الرقابة على المرافق العامة ومنع التلاعب والفساد.

ثانيا- تعزيز المرونة في التسيير

تُعتبر المرونة في التسيير من الأمور الحاسمة لأي مؤسسة حكومية أو مرفق عام، إذ تتيح لها القدرة على التكيف مع التحديات المتغيرة والتحولات المستجدة في بيئتها الخارجية، وتحقيق أهدافها ورسالتها الإستراتيجية بطريقة فعالة وسريعة. ويأتي تفويض المرفق العام كأحد الوسائل الفعالة التي تسهم في تعزيز المرونة في التسيير، وذلك من خلال الإفساح الطريق أمام العاملين في هذه المؤسسات لاتخاذ القرارات والتصرفات التي تناسب الظروف المحيطة بها وتحقق أهدافها بالشكل الأمثل، وبالتالي تحقيق النجاح والاستمرارية. حيث يسمح بتحويل الصلاحيات والسلطات إلى المستويات الأدنى في الهرم الإداري، مما يساعد على تسريع عملية صنع القرار وتفعيل الحلول الفعالة بشكل سريع ومناسب. وسوف نتناول العديد من الإيجابيات التي يوفرها تفويض المرفق العام في تحقيق المرونة في التسيير ومن بينها:

1-تحسين جودة الخدمات:

1 سـدراتي فؤاد تفويض المرفق العام، دبلوم الدراسـات العليا المعمقة في القانون الإداري، كلية الحقوق جامعة الحسـن الثاني، الدار البيضاء 2002/2000، ص 87.

يعمل تفويض المرفق العام على تحسين جودة الخدمات المقدمة من المؤسسة العامة، حيث يساهم في تفعيل الابتكار والتغيير وتطوير الخدمات، وذلك من خلال تمكين العاملين من اتخاذ القرارات الملائمة والمناسبة لتحسين العملية الإنتاجية والخدمية.

مما يمكن من تقديم الخدمات العمومية في وقتها وبالجودة المطلوبة في إطار علاقة تجارية محضة تعتبر المواطن المرتفق بمثابة زبون مستهلك، وبالتالي سيتم الحرص على تقديم الخدمة في احترام للمقاييس العالمية المتعلقة[1].

2-توفير الوقت والجهد:

يساهم تفويض المرفق العام في توفير الوقت والجهد، حيث يسمح بتحويل الصلاحيات والسلطات إلى المستويات الأدنى في الهرم الإداري، مما يساعد على تسريع عملية صنع القرار وتنفيذ الإجراءات اللازمة، وبالتالي توفير الجهد والتكاليف المالية.

حيث يساهم في إبعاد المرفق العمومي عن العيوب التي يمكن أن تشوب إدارته نتيجة للإدارة المباشرة والمتسمة بالتعقيد والبطء والروتين فباعتباره إحدى طرق التسيير المعتمدة من طرف الفاعلين الخواص والمتميزة ببساطتها وسرعتها[2].

3- تحفيز الإبداع والإنتاجية:

يعمل تفويض المرفق العام على تحفيز الإبداع والإنتاجية في المؤسسة العامة، حيث يسمح بتمكين العاملين من اتخاذ القرارات الملائمة والمناسبة لتحسين العملية الإنتاجية والخدمية، وبالتالي تحقيق النجاح والاستمرارية.

إضافة إلى ذلك فإن خضوع العاملين بالمرافق العمومية المدارة بواسطة التدبير المفوض للقانون الخاص، من حيث تعيينهم وتكوينهم وترقيتهم، يشكل أهم العناصر التي تبحث من خلالها الشركات المفوض لها عن تحقيق أكبر قدر من الفعالية في العمل، فوضوح حقوق وواجبات العاملين في هذا الصدد سيمكن من استمرارية أداء المرفق لخدماته دون انقطاع[3].

4-زيادة مستوى الثقة والمسؤولية:

1 Max GINOVES, sur la délégation de service public ; Avantages et inconvénients, in collectif, «la délégation de service public au confluent de l'Etat et du Marché » 1998, les éditions de la fondation Abderrahim BOUABID, p:18.

2 Max GINOVES, sur la délégation de service public; Avantages et inconvénients, in collectif, «la délégation de service public au confluent de l'Etat et du Marché » 1998, les éditions de la fondation Abderrahim BOUABID, p:18.

3 جلال باوشوش، التدبير المفوض للمرفق العمومي المحلي" إشكالية المفهوم وتحديات الممارسة"، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009/2008، ص 64.

يساهم تفويض المرفق العام في زيادة مستوى الثقة والمسؤولية لدى العاملين في المؤسسة العامة، حيث يتمكنون من اتخاذ القرارات والتصرفات الملائمة لتحقيق الأهداف والرسالة الإستراتيجية للمؤسسة، ويتحملون المسؤولية الكاملة عن تلك القرارات.

5-زيادة الكفاءة:

تحتاج المرافق العامة إلى الصيانة الدورية والترميم للحفاظ عليها في حالة جيدة، والتحديث والتطوير لتلبية الاحتياجات المتغيرة للمجتمع. يمكن أن يحقق نظام تفويض المرافق العامة زيادة الكفاءة والفعالية في تنفيذ الصيانة والترميم والتحديث، حيث يتم تفويض المسؤولية إلى الشركات المتخصصة في هذه المهام. يمكن أيضاً تحقيق زيادة الكفاءة من خلال تحسين جودة التصميم والبناء، وتحسين استخدام المواد والمعدات والتقنيات الحديثة.

الفرع الثاني: على المستوى الاقتصادي

ان العمل بنظام تفويض المرافق العامة يرتبط بشكل وثيق بالحياة الاقتصادية بشكل خاص، ويشير إلى تفويض الشركات الخاصة لتشغيل وصيانة المرافق العامة، مثل المياه والكهرباء والنقل والاتصالات، وغيرها من المرافق التي يمكن أن تؤثر على الحياة اليومية للأفراد والمجتمعات. ويعتبر هذا النوع من التفويض بديلاً عن تقديم الخدمات المرتبطة بالمرافق العامة على يد الحكومة بشكل مباشر.

وبالرغم من أن تفويض المرافق العامة يشكل جزءاً من السياسات الاقتصادية المثيرة للجدل، إلا أن هناك العديد من الإيجابيات المتعلقة بتفويض المرافق العامة على المستوى الاقتصادي، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

أولا-تنمية البنية التحتية:

يعد بناء بنية تحتية قوية وفعالة أمرًا حيويًا لتحقيق التنمية والازدهار الاقتصادي في أي بلد. ومن أجل ذلك، تعتبر المرافق العامة مثل الطرق والجسور والمطارات والموانئ والسكك الحديدية والصرف الصحي والمياه والكهرباء والاتصالات، الأساس الرئيسي لتحقيق هذا الهدف.

تؤدي المرافق العامة الجيدة إلى تحسين وتسهيل حركة السلع والخدمات وتحسين جودة الحياة للمواطنين. ومن بين العديد من الأساليب المتاحة لتطوير المرافق العامة، يمكن استخدام نظام تفويض المرافق العامة لتحقيق تصميم وتنفيذ أفضل للمرافق العامة.

يساعد نظام تفويض المرافق العامة في تحقيق بنية تحتية أقوى وأكثر فاعلية بسبب تحسيناته في الكفاءة، والتكاليف، والتصميم، والتنفيذ. فبتنازل السلطة مانحة التفويض لشركاء خاصين، يمكن من تحسين الخدمات وتوفير موارد أكثر فاعلية وتكلفة أقل لبناء وصيانة المرافق العامة.

وبالتالي، يؤدي نظام تفويض المرافق العامة إلى تحقيق مزيد من التحسينات في البنى التحتية وبناء مرافق عامة أكثر جودة وفاعلية وتوفير الخدمات المناسبة للمواطنين والشركات. ويتمثل ذلك

في زيادة التنافسية وتحسين الاستدامة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد، ويحقق العديد من المزايا نوجزها في الآتي:

1- تقليل التكاليف:

تحتاج الحكومات إلى الاستثمار في المرافق العامة الأساسية، والبنى التحتية، لتحقيق التنمية والازدهار الاقتصادي، ولكن ذلك يتطلب تكاليف مرتفعة. يمكن أن يحقق نظام تفويض المرافق العامة تقليل التكاليف للحكومة، حيث يتم تحويل المسؤولية إلى القطاع الخاص وتقليل الضغط على الموارد المالية الحكومية. كما يمكن تحقيق التوفير في التكاليف من خلال تحسين كفاءة التصميم والبناء والصيانة من خلال المنافسة بين الشركات.

كما يمكن تحقيق توفير كبير في التكاليف والمصاريف الحكومية المرتبطة بالخدمات المرافق العامة، وهذا يمكن أن ينعكس على الميزانية العامة للدولة.

لذا أصبح إشراك الخواص في تحمل تكاليف إنجاز البنى التحتية ضرورة لا يمكن تجاهلها. فهذا الإجراء سيسمح بتمويل المشاريع العمومية مباشرة من خلال رؤوس أموال ضخمة، وسيؤدي بالتالي إلى تحويل مسؤولية تمويل الاستثمارات إلى المفوض له. وهذا من شأنه أن يتيح للسلطة المفوضة في الميزانية استغلال الفرصة وتوفير موارد مالية كافية، وبالتالي إعادة تحديد أدوارها في المجالات الاجتماعية التي تشهد عجزًا كبيرًا.

فالشركات الخاصة قادرة على تقديم الخدمات بطريقة أكثر فعالية وبتكاليف أقل من الجهات الحكومية، حيث يمكنها الاستفادة من التقنيات الحديثة وتحسين الإجراءات وتقليل الهدر والتكاليف الإدارية. كما يمكن أيضًا تحسين تصميم المشاريع وتنفيذها بشكل أسرع وأكثر فاعلية بفضل استخدام الموارد والتجهيزات المتطورة التي تمتلكها الشركات الخاصة. وهذا يؤدي في نهاية المطاف إلى تحسين مستوى الخدمات المقدمة للمواطنين وتحسين جودة الحياة في المجتمع[1].

2-الابتكار والتطوير:

يمكن للشركات الخاصة تطبيق أساليب جديدة ومبتكرة لتشغيل المرافق العامة، وبالتالي يمكن تحقيق تطوير وتحسين في الخدمات والعمليات الخاصة بالمرافق.

3-تعزيز الاستثمار:

يمكن أن يشجع نظام تفويض المرافق العامة على الاستثمار في المرافق العامة، حيث يتم توفير بيئة تنافسية للشركات المتخصصة في هذا المجال. كما يمكن أن يؤدي ذلك إلى زيادة الاستثمارات في المرافق العامة وتحسين مستوى الخدمات المقدمة للمجتمع. ومنه يساهم في جذب المستثمرين

1 أحمد بوعشيق، "المرافق العامة الكبرى" مرجع سابق، ص 201.

الأجانب والمحليين للمشاركة في هذا النوع من الأنشطة الاقتصادية، وهذا يمكن أن يؤدي إلى تعزيز الاقتصاد وتوفير فرص العمل.

ثانيا-المساهمة الفعالة في تنشيط الاقتصاد المحلي

يمكن أن يساهم تفويض المرافق العامة في إنعاش الاقتصاد المحلي من خلال العديد من الطرق، بما في ذلك:

1-خلق فرص العمل:

عندما تتم إدارة المرافق العامة من قبل القطاع الخاص، فقد تؤدي إلى خلق فرص العمل المحلية للعاملين في تلك المرافق. ومع زيادة عدد فرص العمل في المنطقة، يمكن للموظفين الإنفاق على البضائع والخدمات المحلية، وبالتالي تعزيز الاقتصاد المحلي[1].

2-ترويج الأموال للبنوك:

عندما يتم تفويض المرافق العامة للشركات الخاصة، فإن الشركات قد تحتاج إلى تمويل لإدارة تلك المرافق. يمكن للمؤسسات المالية المحلية، مثل البنوك، أن توفر التمويل اللازم للشركات المتعاقدة لتنفيذ تلك المرافق وما يعقبها من فوائد القروض. وبذلك يتم تعزيز القدرة التمويلية للبنوك المحلية، وزيادة حجم الودائع المتوفرة في المنطقة. وبالتالي يمكن للمزيد من الأفراد والشركات المحلية الحصول على تمويل للاستثمار في المشاريع الجديدة وتوسيع نطاق عملهم، وهذا يعزز النمو الاقتصادي في المنطقة.

ومن جهة أخرى تتيح الاستثمارات التي يتطلبها نظام التفويض فرصة للبنوك المحلية لترويج رؤوس أموال محلية، وعلاوة على ذلك، يمكن أن تشكل هذه العمليات وسيلة فعالة لتعزيز الولوج إلى الأسواق المالية العالمية. بالإضافة إلى ذلك، فإن فتح المستثمرين المحليين لحسابات في النظام المصرفي يمكن أن يؤدي إلى تفاعل بين المجموعات البنكية الدولية والبنوك الوطنية، وبالتالي تعزيز صورة البلد كبلد مستقبل للاستثمارات[2].

الفرع الثالث: على المستوى الاجتماعي:

من المسلم به، ان تفويض المرافق العامة هو عملية تحويل إدارة المرافق العامة، مثل الطرق والجسور والمدارس والمستشفيات، من الحكومة إلى القطاع الخاص. ويترتب على هذه العملية العديد من الآثار الإيجابية على المستوى الاجتماعي، بما في ذلك:

---

1 Max GINOVES, sur la délégation de service public ; Avantages et inconvénients, in collectif, «la délégation de service public au confluent de l'Etat et du Marché » 1998, les éditions de la fondation Abderrahim BOUABID, p:20.

2 لزرق محمد : عقد التدبير المفوض، نموذج أمانديس. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الإداري والعلوم الإدارية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء 2002/2003، ص30.

أولا: تحسين جودة الخدمات:

يمكن للقطاع الخاص توفير خدمات متميزة وفعالة بتكاليف أقل، مما يؤدي إلى تحسين جودة الخدمات التي تقدمها المرافق العامة. مما يجعل المرافق العامة أكثر استقطابا للشركات، وبالتالي، يمكن للمزيد منها الانتقال إلى المنطقة وبالتالي تعزيز الاقتصاد المحلي مما ينعكس إيجابا على المستوى الاجتماعي.

ثانيا: تقليل الفساد:

يمكن أن يقلل تفويض المرافق العامة من الفساد، حيث يتم تحويل مسؤولية إدارة المرافق من الحكومة التي قد تكون عرضة للفساد إلى الشركات الخاصة التي تتمتع بأساليب إدارية واضحة وشفافة.

ثالثا: تحسين الاقتصاد:

يمكن لتفويض المرافق العامة أن يؤدي إلى تحسين الاقتصاد وزيادة فرص العمل، حيث يتم إدارة المشروعات بشكل أفضل وأكثر فعالية، مما يؤدي إلى زيادة الإنتاجية والتنافسية.

رابعا: تحسين الشفافية والمساءلة:

يمكن لتفويض المرافق العامة أن يزيد من شفافية ومساءلة المشاريع العامة، حيث يتم تحويل إدارة هذه المشاريع إلى القطاع الخاص الذي يتمتع بمعايير أعلى في التقارير والمراجعة.

خامسا: تحسين رضا المجتمع:

يمكن لتفويض المرافق العامة أن يؤدي إلى زيادة رضا المجتمع، حيث يتم تحسين جودة الخدمات وتحسين الشفافية والمساءلة وتحسين مستوى الخدمات بشكل عام.

بشكل عام، فإن تفويض المرافق العامة للشركات الخاصة يمكن أن يساهم في تحسين جودة الخدمات المقدمة، وزيادة فرص العمل، وزيادة الإنتاج والإيرادات، وتعزيز القدرة التمويلية للمؤسسات المالية المحلية، وهذا يعزز النمو الاقتصادي في المنطقة. وبذلك يمكن لتفويض المرافق العامة أن يساهم في إنعاش الاقتصاد المحلي.

في الختام، يمكن القول أن نظام تفويض المرافق العامة يمثل طريقة فعالة لتنظيم وإدارة المرافق العامة، ويمكن أن يحقق العديد من الأثار الإيجابية على المجتمع والاقتصاد. ويمكن تحقيق زيادة في تنمية البنية التحتية وتقليل التكاليف وزيادة الكفاءة وتحسين جودة الخدمات وتشجيع الاستثمار.

وعلى الرغم من وجود بعض العقبات في تطبيق هذا النظام، مثل الحاجة إلى إجراءات تنظيمية وقوانين محددة وتوافر الأموال اللازمة لتنفيذ المشاريع، غير انه على غرار كل ما سبق لا يخلو نظام من سلبيات قد تحدُ من أهميته وهذا ما سنتطرق الآن.

المطلب الثاني: المخاطر المرتبطة بتطبيق تقنية التفويض في إدارة المرافق العامة

رغم الإيجابيات العديدة التي تم تسليط الضوء عليها سابقًا، فإن أسلوب التسيير بنظام التفويض للمرافق العامة، قد لا يخلو من عيوب لا يمكن تجاهلها أو تجاوزها، والتي تنشأ نتيجة تطبيق غير متوازن يتجاهل مصلحة المرفق العام والمنتفعين من الخدمة، ويركز فقط على مصلحة الشركات المفوضة لإدارته. ومن المؤكد أن هذه العيوب ستترك آثارًا سلبية واسعة النطاق، تؤثر على جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية، بالرغم من وجود إجراءات وتدابير قانونية تهدف إلى حماية المصلحة العامة.

يمكن تحديد عدد من المخاطر الرئيسية التي قد تنجم عن تبني نظام التفويض في تسيير المرافق العمومية، ومن بين هذه المخاطر:

الفرع الأول: المخاطر التقنية التي قد تنشأ من إعمال نظام التفويض.

من المسلم به أن المعطيات التنظيمية المتعلقة بالسير العادي للمرفق وشروط تسييره والمعطيات التقنية المتعلقة به، تكون متضمنة مسبقا في دفتر الشروط. بمعنى أن المفوض له قد قدم ترشيحه لإدارة المرفق على أساسها وليس عليه بعد ذلك (أي بعد اختياره) إلا أن ينفذ، ويبقى للإدارة المفوضة بالموازاة مع ذلك حق الرقابة، غير أن ظروف التطبيق غالبا ما تعاكس هذه المسلمة، فحق السلطة المفوضة في الرقابة على سير إدارة المرفق يصطدم بعدة عراقيل تفرضها طبيعة بنود العقد، وخصوصا طبيعة علاقة طرفيه[1].

غالبًا ما يُترك هامشًا من الحرية أمام المفوض له المكلف بتسيير المرفق، حتى لا يتم تطويقه بشروط وقوانين تعتبر عرقلة لتنفيذ المهام الموكلة إليه، وتحول دون نمو وتطوير الوضعية الاقتصادية للمرفق المشرف عليه.

ويأخذ المستثمر الخاص عند توليه التدبير المفوض بعين الاعتبار بعض المعطيات المتعلقة بالجانب المالي والتقني، مثل تكلفة الاستثمار ونوعية التجهيزات والمعدات اللوجستية، وحجمها،

1 جلال باوشوش، التدبير المفوض للمرفق العمومي المحلي" إشكالية المفهوم وتحديات الممارسة"، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009/2008، ص 68.

وتكلفة الاستغلال وغيرها. ولذلك، فإنه يعتبر أن استخدام السلطة المفوضة لأي امتيازات أو سلطات لتعديل أيًا من هذه البنود سيجعل من الصعب عليه تحقيق الأهداف المتفق عليها[1].

هكذا يتضح أن السلطة المفوضة تجد نفسها في كثير من الأحيان مضطرة إلى تقليل التدخل المباشر في إجراء التعديلات المتكررة، أو على الأقل تقليلها، من أجل الحفاظ على العقد المتفق عليه، وهذا يعني تقييد حريتها في مراقبة وتعديل العقد تحت ضغوط محض تقنية، والتي قد تؤدي إلى آثار سلبية على التوازن المالي للمشروع[2].

الفرع الثاني: المخاطر المالية والاقتصـــادية التي قد تتعرض اليها الســـلطة مانحة التفويض.

تختلف المخاطر المالية والاقتصادية التي قد تتعرض لها السلطة المانحة للتفويض باختلاف شكل التفويض والظروف الاقتصادية والسياسية لدول. ومع ذلك، يمكن تلخيص بعض المخاطر الشائعة التي قد تواجهها السلطات المانحة للتفويض على النحو التالي:

أولا-مخاطر حفظ التوازن المالي للعقد:

ان الهدف الأساسي الذي يحكم إدارة المرافق العامة بنظام التفويض هو الحفاظ على التوازن المالي للعقد، وذلك لضمان استمرارية العمل وتحقيق الأهداف المتوخاة. حيث يستند هذا العقد على الملاءمة بين أهداف الطرفين، من جهة يتم تلبية واشباع احتياجات المنتفعين، وتحقيق الأرباح المادية للمفوض له من جهة أخرى، بما يضمن استمرارية المرفق بانتظام واضطراد وبما يحقق الإنتاجية والمردودية المتوخاة من العقد.

مع ذلك، فإن المفوض له المكلف بتسيير واستثمار المرفق يمكن أن يواجه بعض التحديات في المحيط الاقتصادي، مما يتطلب التدخل لإعادة التوازن المالي للعقد. وهنا تظهر المخاطر المالية المصاحبة لهذا الأسلوب، حيث يتعين على السلطة المفوضة تحمل أعباء مالية كبيرة لحماية ومساعدة المفوض إذا تعرض لأي محنة مالية نتيجة للمخاطر الاقتصادية أو المالية، وذلك للحفاظ على استمرارية المرفق العام بغض النظر عن حجم التحديات.

ثانيا-مخاطر التعويضات:

1 Max GINOVES, sur la délégation de service public ; Avantages et inconvénients, in collectif, «la délégation de service public au confluent de l'Etat et du Marché » 1998, les éditions de la fondation Abderrahim BOUABID, p :21.

2 ســدراتي فؤاد تفويض المرفق العام، دبلوم الدراســات العليا المعمقة في القانون الإداري، كلية الحقوق جامعة الحســن الثاني، الدار البيضاء 2002/2000، ص 89.

وتتضح أيضاً مخاطر العمل بنظام تفويض المرافق العامة فيما يتعلق بالتعويضات المالية عند استرداد المرفق أو انتهاء فترة التفويض بشكلها الطبيعي.

1-في حالة استرداد المرفق العام بنظام التفويض:

يتعلق الموضوع بالحقوق التي تتحملها السلطة مانحة التفويض في حالة استرداد المرفق المفوض دون خطأ من جانب المتعاقد معها. وفي هذه الحالة، يحق للمفوض له الحصول على تعويض عن الخسائر التي لحقت به جراء استرداد المرفق، وكذلك عن الأرباح التي فاتته جراء انتهاء فترة التفويض قبل موعدها[1].

2-في حالة الانتهاء الطبيعي لعقد التفويض:

في حالة انتهاء العقد بالطريقة العادية (نهاية مدته)، يخضع الطرفان لعملية التصفية التي تستند إلى أموال الرجوع، والتي تشمل جميع الأصول والممتلكات والمعدات والأشياء المنقولة التي وضعت تحت تصرف المفوض إليه خلال فترة العقد، والتي تعود وجوبا لملكية السلطة المفوضة بعد انتهاء مدة العقد. وتشمل التصفية أيضًا جميع الالتزامات المالية والمستحقات التي يتوجب على الطرفان تسويتها بعد انتهاء المدة المتفق عليها، وذلك بهدف إعادة التوازن المالي للطرفين وتجنب أي تبعات مالية لاحقة. وتعد عملية التصفية خطوة مهمة لإنهاء العقد بشكل نهائي وتجنب أي نزاعات مستقبلية بين الطرفين.

غير أن المشكل يثار عندما لا يتم تبيان هذه الأموال على وجه التحديد، ضمن بنود العقد، فاسترجاعها بعد نهايته سيستوجب تقديم تنازلات مالية للمفوض إليه، لهذا يكون من الأفضل للسلطة المفوضة توقع جميع الاحتمالات مسبقا، وأن تحدد الأملاك الموضوعة رهن إشارة المفوض إليه بشكل دقيق وواضح قبل أن تقدم على أي تعاقد[2].

---

1 أنظر المادة 64 مرســـوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشـــت ســـنة 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام: **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، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقا لبنود اتفاقية التفويض كما يمكن السلطة المفوضة اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض، من جانب واحد، في حالة القوة القاهرة وبدون أي تعويض للمفوض له.**

-انظر المادة 32 من القانون 05-54، المتعلق بالتدبير المفوض. حيث يتعلق الموضـــوع بترك المشـــرع للمتعاقدين حرية اختيار الطرق التي يتم من خلالها تحديد التعويض المستحق للمفوض إليه في حالة عدم وفاء المفوض بالتزاماته، أو في حالة فسخ العقد لأسباب لا يتحملها المفوض. ويعني هذا أن المتعاقدين لديهم حرية تحديد الآلية التي تناسبهم لتحديد حجم التعويض، سواء كان ذلك بالاتفاق على مبلغ محدد مسبقًا، أو عن طريق حساب الخسائر الفعلية التي لحقت بالمفوض إليه وتحديد التعويض بناءً على ذلك، أو باستخدام آليات أخرى تعتمد على ظروف العقد وتفاصيله.

2 جلال باوشوش، التدبير المفوض للمرفق العمومي المحلي" إشكالية المفهوم وتحديات الممارسة"، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009/2008، ص 69 وما بعدها.

الفرع الثالث: المخاطر الاجتماعية التي قد تنشأ من إعمال نظام التفويض.

تعتبر تجربة التفويض أحد الأساليب الشائعة في إدارة المشاريع والخدمات العامة، إذ يتم فيها تفويض مسؤولية تنفيذ وإدارة المشروع أو الخدمة إلى جهة خارجية تتمتع بالكفاءة والخبرة في هذا المجال. ومع ذلك، فإن هذا النوع من التسيير يمكن أن يتعرض لانزلاقات عالية الخطورة تؤثر على جودة الخدمة والمرفق بشكل عام، وخاصة على الصعيد الاجتماعي.

ففي حالة حدوث اختلال في التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتعاقد مع الادارة في عقد التفويض، فإن الانعكاسات السلبية على المجتمع والجانب الاجتماعي قد تكون أكبر من تأثيرها على المستويات الأخرى. وتتجلى هذه الظاهرة في العديد من الحالات الواقعية، والتي سنتناول بعضها في الآتي.

أولا: تأثير العمل بنظام التفويض على العاملين في المرفق:

يمكن أن يؤثر أسلوب تفويض المرافق العامة على العاملين بطرق مختلفة. على سبيل المثال، إذا كان المستثمر الذي تم تكليفه بالتفويض يركز فقط على تحقيق الأرباح القصوى، فقد يؤدي ذلك إلى خفض أجور العاملين أو تقليص العمالة، لما يوفره هذا النظام من المرونة في التوظيف او التسريح، وهذا بدوره يمكن أن يؤدي إلى تفاقم البطالة وتراجع مستويات المعيشة في المناطق المعنية.

علاوة على ذلك، قد يؤدي التركيز الزائد على الأرباح إلى تقليص الاستثمارات في الأنشطة الاجتماعية والتنموية، مثل التدريب والتعليم والصحة، وهذا قد يؤثر سلبًا على الجودة العامة للحياة في المنطقة.

ثانيا: تأثير العمل بنظام التفويض على المنتفعين:

يمكن أن يؤدي التفويض في المرافق العامة إلى تأثيرات سلبية على المجتمع المحلي أيضًا. على سبيل المثال، قد يؤدي تحويل الخدمات العامة إلى شركات خاصة إلى زيادة تكاليف الخدمات وتقليل الوصول إليها، وهذا يمكن أن يؤثر بشكل خاص على الأفراد ذوي الدخل المحدود.

تعتبر ارتفاع تكلفة الخدمات المقدمة في نظام التفويض من المخاطر الرئيسية التي قد تواجه المنتفعين بهذا النظام. فعندما يتم تكليف شركة خاصة بتقديم خدمة ما بدلاً من الجهات الحكومية، فغالباً ما يكون هناك توجه نحو تحقيق الأرباح القصوى من قبل الشركة المفوضة.

وبما أن الشركة المفوضة تعمل من أجل تحقيق أرباح، فإنها قد ترفع أسعار الخدمات التي تقدمها اثناء عملية الاستغلال عبر مراجعات دورية، وهذا يمكن أن يؤثر سلباً على المنتفعين بالخدمات، خاصةً إذا كانوا من الطبقات الفقيرة أو ذوي الدخل المحدود.

كما أن ارتفاع تكلفة الخدمات يمكن أن يؤثر على الحاجة إلى توفير الخدمات المقدمة، حيث قد يقلل من عدد المستفيدين منها. وفي بعض الحالات، قد يؤدي ارتفاع تكلفة الخدمات إلى زيادة الديون

العامة، حيث قد يتم تكبد الحكومة النفقات الإضافية لتلبية احتياجات المستفيدين من الخدمات في الشق الخاص بالمقابل المالي الذي قد يتحصل عليه المفوض اليه من السلطة المانحة لتفويض كما سنرى لاحقا.

ومن أجل تفادي ارتفاع تكلفة الخدمات، يجب أن يتم تحقيق توازن بين تحقيق الأرباح وتوفير الخدمات بأسعار معقولة للمستفيدين. ويمكن ذلك من خلال وضع معايير وضوابط صارمة على الشركات المفوضة، وضمان تنافسية بين هذه الشركات في سوق الخدمات.

علاوة على ذلك، يمكن أن يؤدي التسيير بنظام التفويض إلى فقدان السيطرة المحلية على الخدمات العامة، مما يؤدي إلى تقليل القدرة على التأثير على القرارات المتعلقة بالخدمات المقدمة، وهذا يمكن أن يؤدي إلى تفاقم الشعور بالعجز والتهميش في المجتمع.

وفي النهاية، يجب أن نتذكر أن المرافق العامة هي أحد العناصر الرئيسية للتنمية والنمو الاقتصادي، وأن تحسين تطبيق النظام الذي يتم من خلاله تفويض المرافق العامة يمكن أن يحقق العديد من الفوائد الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات. لذلك، يجب على الحكومات والمؤسسات المعنية أن تعمل على تطوير هذا النظام وتوفير الدعم اللازم لتحقيق أهداف التنمية المستدامة والتي تتطلب توفير مرافق عامة عالية الجودة والفعالية.

كما ان اشراك الخواص في تسييرها هي مسألة تتطلب توازناً حساساً بين الحفاظ على المصلحة العامة وتحقيق المصالح الخاصة. ومن خلال تحليل المخاطر المحتملة لهذا النظام، ندرك أن هناك احتمالات لوجود عدة مشاكل اجتماعية تتعلق بالتحيز والفساد وعدم توفر المرافق في المناطق قليلة المردودية، وضعف الرقابة.

ولذلك، فإنه يجب أن تتم العمليات الخاصة بتفويض المرافق العامة واشراك الخواص في تسييرها بشكل شفاف وواضح، مع وضع آليات رقابة ومتابعة قوية للحد من المخاطر وضمان الحفاظ على المصلحة العامة. كما يجب التأكد من وجود قواعد وأنظمة قانونية صارمة لمحاربة الفساد والتمييز بين المنتفعين وتعزيز المساءلة.

بالتالي، يجب علينا التفكير بعناية في هذا النظام قبل تطبيقه، وضمان توفير الشروط المناسبة والمتطلبات اللازمة لتحقيق التوازن الصحيح بين اشراك الخواص في تسيير المرافق والحفاظ على المصلحة العامة. فقط من خلال التحكم الجيد في هذه المخاطر، يمكن لنظام التفويض أن يكون ناجحاً في تحسين خدمات المرافق العامة وتلبية احتياجات المجتمع بأكمله.

خلاصة الباب الأول

كما راينا تُعد تقنية التفويض وسيلة فعالة لإدارة المرافق العامة، حيث تسمح بتحويل صلاحيات الإدارة والتشغيل والصيانة للقطاع الخاص، مما يؤدي إلى زيادة كفاءة تشغيل المرافق وتحسين جودة الخدمات المقدمة للمواطنين، كما يمكن أن تؤدي إلى تحسين الإيرادات والتخفيض من التكاليف الحكومية.

وبناء على ذلك، لجأت الدول إلى تقنية التفويض بصفتها وسيلة فعالة لتعويض طرق التسيير التقليدية التي أفرزت مشاكل عديدة على مدار عقود، وبالتالي فشلت في تلبية احتياجات المنتفعين من خدمات المرافق العامة المثل مرافق الماء والكهرباء وجمع النفايات...إلخ.

ومن هذا المنطلق فإن تفويض المرافق العامة هو آلية يتم من خلالها تحويل إدارة واستغلال المرافق العامة من الدولة إلى شخص معين، سواء كان من أفراد القطاع الخاص أو العام، لإدارة المرفق بشكل جزئي أو كلي لفترة محددة من الزمن، وذلك بناءً على اتفاق يتم بين الطرفين وتحت إشراف ورقابة الدولة. وتتمثل الغاية من هذه الآلية في تحسين إدارة المرافق العامة وتعزيز كفاءتها وجودة الخدمات المقدمة للمواطنين، كما تتيح فرصة للشركات والأفراد للاستثمار في المشاريع العامة والحصول على عوائد مالية مقابل ذلك. يتم التعاقد في إطار خوصصة التسيير وفقًا للشروط والضوابط الواردة في القوانين والأنظمة المعمول بها، ويتم مراقبة تنفيذه بواسطة الجهات الحكومية المعنية لضمان استيفاء المعايير اللازمة لتقديم خدمات عالية الجودة للمواطنين.

ومن خلال دراستنا يمكن تميز عقد التفويض عن العديد من المفاهيم المشابهة من حيث الأسس التي يرتكز عليها، بداية من تحويل لصلاحيات الإدارة، حيث يتم في عقد التفويض تحويل صلاحيات الإدارة واستغلال المرافق العامة إلى شخص معين، وهو ما يختلف عن الوكالة والإنابة حيث يتم فيهما تكليف الوكيل أو المنوط به بتمثيل المفوض له، دون تحويل الصلاحيات والإدارة بالكامل.

مرورا بالمدة الزمنية، حيث يتم في عقد التفويض تحديد فترة محددة لإدارة واستغلال المرفق العام، وهذا يختلف عن العقود الإدارية الأخرى وبالأخص عقود الصفقات العمومية التي تمتد لفترات زمنية محددة، ولكنها تختلف عن التفويض في طبيعة المهمة التي تتولاها مع الرقابة والإشراف من قبل الادارة على الشخص المفوض له، وهذا يختلف عن الخوصصة الكاملة التي يتم فيها التنازل عن ملكية المرفق بشكل كامل دون وجود إشراف ورقابة من الدولة.

وصولا الى تحقيق الفوائد الاقتصادية، حيث يتم عن طريق الحصول على عوائد مالية مقابل إدارة واستغلال المرافق العامة بكفاءة، وهذا يختلف عن العقود الإدارية الأخرى التي لا التي يكون فيها المقابل المادي بصورة ثمن.

وبالتالي، يمكن التمييز بين عقد التفويض والعديد من المفاهيم المشابهة وكذلك التمييز بينه وبين الطرق المختلفة للتسيير.

فعقد التفويض يمكن أن يأخذ عدة صور واشكال حسب الظروف والشروط المحيطة به وحسب ما تقتضيه المصلحة العامة. فعلى سبيل المثال، يمكن أن يأخذ عقد التفويض صورة امتياز وهو الوجه الأبرز لتقنية التفويض، أو عقد إيجار إذا كان يتعلق بتأجير مرفق عام لشخص ذو خبرة في إدارته وتسييره، ويمكن أن يأخذ صورة عقد وكالة أو عقد تسيير إذا كان يتعلق بتكليف شخص معين بإدارة وتسيير المرفق العام نيابة عن الجهة المخولة بإدارته. ويتحدد نوع العقد حسب طبيعة المرفق العام المعني والأهداف المرجوة من تفويضه.

يرجع توسع استخدام نظام عقود تفويض المرفق العام بشكل كبير في العديد من الدول، وذلك لأن هذا النظام يتيح إمكانية تحسين إدارة المرافق العامة وتسييرها بكفاءة أكبر، كما يسمح بجذب رؤوس الأموال والاستثمارات الخاصة في المرافق العامة وتعزيز الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وتعزى هذه الظاهرة بشكل كبير إلى توفر البيئة القانونية والثقافية الملائمة في هذه الدول لهذا النوع من التسيير، وكذلك إلى الانعكاسات الإيجابية التي يمكن أن يحققها هذا النظام من حيث تحسين الخدمات المقدمة للمواطنين وتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة المرافق العامة.

إن توفير الإطار القانوني الملائم يعد أمرا حيويا لتحقيق النجاح في استخدام هذا النوع من التسيير في الجزائر. كما يتطلب الأمر توفير التدريب والتوعية اللازمة للسلطات المعنية والمجتمع المدني حول مفهوم التفويض ومزاياه وتحدياته. ويجب أيضا تحقيق الشفافية والمساءلة في إدارة وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام، وذلك بضمان النزاهة والمحاسبة المالية والإدارية المناسبة. ومع تذليل هذه الصعوبات والتحديات، يمكن تحقيق الكثير من الفوائد الايجابية لاستخدام نظام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، بما في ذلك تحسين الخدمات العامة وتوفير الموارد والتحسين في إدارة المرافق العامة.

الباب الثاني:
النظام القانوني لتنفيذ تفويضات المرفق العام

الباب الثاني: النظام القانوني لتنفيذ تفويضات المرفق العام

عند توقيع عقد تفويض المرفق العام، تنشأ تأثيرات تتعلق بالحقوق والالتزامات التي تتقاسمها الأطراف المشاركة في الاتفاقية. وعلى سبيل المثال، تحظى الجهة المانحة للتفويض بمجموعة من الصلاحيات التي تمكنها من ممارسة اختصاصاتها في الإشراف والرقابة على المرفق العام. وفي المقابل، يتمتع المفوض إليه بمجموعة من الحقوق التي تمكنه من تحقيق الأهداف التي يسعى إليها من خلال استغلال المرفق العام. ويتعين عليه أيضاً الالتزام بتنفيذ مجموعة من الالتزامات الضرورية لصالح المرفق العام.

تحمل عقود تفويض المرافق العامة طابع الوقتية، فهي تُمنح لشخص معين لإدارة مرفق عام لفترة محددة، دون أن يكون ذلك بصفة دائمة أو نهائية. ويتم تنفيذ هذه العقود بما يحقق مصلحة المجتمع والأهداف العامة، مع الحفاظ على سلطة الإدارة في تنظيم المرافق العامة. لذلك، فإن التعهد بتسيير مرفق عام لشخص معين لا يعني بالضرورة أنه سيتمكن من القيام بهذه المهمة بشكل دائم ودون قيود، لأنه لا يمكن للإدارة التخلي عن سلطتها في التدخل في إدارة المرفق العام لفترة غير محدودة.

وبناء علي ما سلف سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول، نناقش في الفصل الأول النظام القانوني لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، ونبحث في الفصل الثاني تنفيذ عقود تفويض المرفق العام، أما الفصل الثالث فسنستعرض من خلاله عقود تفويض المرفق العام بين التسوية الودية والنهاية الفعلية.

الفصل الاول: النظام القانوني لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

تعد شـخصـية المتعاقد واحدة من الافكار الاسـاسـية في مجال العقود بشـكل عام، والعقود الادارية على وجه الخصوص. بل هي عنصر جوهري في عملية التعاقد، وعلى الرغم من اشتراك العقود المدنية والادارية القائمة على مبدأ الاعتبار الشـخصـي في اختيار المتعاقد، لكنها تختلف باختلاف الغاية والهدف.

فضمانا لحسن سير المرافق العامة وتحقيقا لأكبر قدر للمصلحة العامة التي تهدف الادارة الى تحقيقها من خلال ابرام عقودها ، يعد مبدأ الاعتبار الشـخصـي حجر الزاوية لما له من الاهمية في انتقاء المتعاقد مع الادارة.

وبموجب النظم التقليدية المتبعة بتقنية تفويض المرفق العامة بمختلف أشكالها، يتمتع أشخاص القانون العام بحرية واسـعة في اختيار المفوض إليهم. حيث كانت لا توجد اي قيود تقع على عاتق الادارة تؤدي الى اتخاذ تدابير معينة في تنازلها عن تسيير مرفق عام لصالح الغير.

بيد ان المشـرع فرض مؤخرا في فرنسـا والدول التي تبنت تقنية التفويض قيودا معينة على اجراءات الاختيار للمفوض اليه. الذي يحد من مبدأ الحرية الادارية في اختيار الإدارة لمتعاقديها. ويضـيف اجراءات يلتزم بها الشـخص العام بمناسـبة عملية الانتقاء. حيث تلتزم الادارة بالإعلان مسـبقا عن اختياراتها للمفوض إليهم. وان ينتج اختيارها في إطار من المنافسـة التي تحوي عدة عارضين.

وعليه المبدأ هو أن حرية المفوض في هذا الصـدد واسـعة ومطلقة. فقد ظهرت مبررات مختلفة لذلك. بالإضـافة إلى التعقيدات التي تجلبها تقنية التفويض، فإن مهمة تكليف الآخرين بتحقيق منفعة عامة تستند أساسا إلى الثقة بين أشخاص القانون العام والغير.

لم تكن هذه الحرية مقيدة بالفقه والاجتهاد في بداية تكريسـها، إلا في الحالات التي يضـع فيها اشـخاص القانون العام قواعد يقيد نفسـه فيها. ومن ثم فإنه يرسم حدوده الخاصـة وفقا لمبدأ يجب أن تمتثل للقانون الذي وضـعته. لكن في مرحلة لاحقة، شـهدت هذه الحرية تطوراً في نطاقها، لا في محتواها متمثلاً بنصوص تشريعية تحتوي على بعض الضوابط أو بعبارة أخرى بعض المتطلبات. واستهدف المشرع من وراء هذه النصوص تحقيق الشفافية بإجراء المنافسة، الأمر الذي جعل حرية المجموعة العامة في اختيار المفوض له مبدأ نسـبيًا قابلاً للتطوير والتغيير. وبناءً على ما سـبق، سـنناقش طرق ابرام عقود تفويض المرافق العامة في (مبحث أول)، وندرس في (مبحث ثان) الصيغ المعتمدة في ابرام هاته العقود.

المبحث الاول: طريقة ابرام عقود تفويض المرافق العامة

ان انتقـاء المفوض اليـه في إطـار عقود تفويض المرافق العـامـة يمر وفق مرحلتين تتوافق المرحلة الاولى مع الاتجاه التقليدي الذي بموجبه يحظى اشـخاص القانون العام بسـلطة واسـعة في

انتقاء الشخص المفوض اليه دون التقيد بإجراءات معينة. أما ما يتعلق بالمرحلة الثانية فقد تم اجراء بعض التعديلات على اجراءات اختيار الاشخاص المفوض إليهم بحيث تكون الجهة التي أصدرت التفويض ملزمة بإتباع اجراءات معينة كجزء من عملية اختيار المتعاقدين معها ضمن عملية تقنية تفويض المرافق العامة.

ومن اجل استعراض طريقة ابرام عقود تفويض المرفق العام سنقسم هذا العرض الى مطلبين. الاول نخصصه لدراسة الاتجاه التقليدي لإبرام عقود تفويض المرافق العامة وأساسه القانوني في (مطلب أول). في حين (المطلب الثاني) ننظر فيه الى الاتجاه الحديث لإبرام هذه الفئة من العقود وما طرأ على الاعتبار الشخصي في إطار عقود التفويض على ضوء المستجدات الاخيرة.

المطلب الاول: الاتجاه التقليدي في ابرام عقود تفويض المرفق العام واساسه القانوني

تفويض المرفق العام هو عملية تمكن المؤسسات الحكومية من تفويض سلطاتها وصلاحياتها إلى القطاع الخاص لتنفيذ مشاريع المرافق العامة. وهذا الأمر يعد جزءًا هامًا من استراتيجية التنمية الحكومية، لذا يعد أحد الأمور الهامة التي تتطلب تحليلاً ودراسة متعمقة، حيث يمكن للقطاع الخاص العمل بطريقة أكثر فعالية، وبما يتوافق مع الأنظمة والقوانين المعمول بها

ومن المعروف أن هذه العملية تتبع أسلوبًا تقليديًا في إبرام العقود، والذي يعود إلى عقد القرن التاسع عشر. ومنذ ذلك الحين، لم تطرأ الكثير من التغييرات على هذه العملية، ولا يزال الاتجاه التقليدي يسيطر عليها.

ولتحقيق فهم أفضل لهذا الموضوع، سنقوم بدراسة الاتجاه التقليدي في ابرام عقود تفويض المرفق العام في (فرع أول)، وذلك عن طريق تحليل الممارسات القانونية التي تتبعها الجهات العامة في هذا الصدد.

وسنقوم بتوضيح الأساس القانوني لهذا الموضوع في (فرع ثانٍ)، من خلال دراسة المصادر القانونية التي تنظمه، وذلك بتحليل النظريات والمفاهيم القانونية المرتبطة به لتحديد الأساس القانوني لهذا الاتجاه، والتعرف على الأنظمة والقوانين المعمول بها.

الفرع الاول: الاتجاه التقليدي في ابرام عقود تفويض المرفق العام

ويستند أنصار هذال الاتجاه الى مبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار الادارة لمتعاقديها ضمن تقنية تفويض المرفق العام، والذي بموجبه أضحت الادارة تمتلك سلطة تقديرية واسعة النطاق في اختيار الاشخاص الذين يفوض إليهم تسيير المرافق العامة ودونما تأمين منافسة قبل الابرام.

وثمة جانب هام من الفقه الفرنسي يشجع فكرة الاعتبار الشخصي كأساس عام لاختيار المتعاقد في مجال عقود تفويض المرفق العام.

يتفق الفقه بالإجماع مع مبدأ حرية الهيئات العامة في اختيار غير ها لتنفيذ وإدارة المرافق العامة. وهذا ما يوافق توجه الاستاذ لوبادير حيث يقول: «تتمتع الإدارة بنفس الحرية التي يتمتع بها الشخص الخاص في اختيار المتعاقد معها، وتمثل هذه الحرية قاعدة أساسية في أسلوب التفويض، والتي ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالسلطة التنظيمية للإدارة»[1]. وعلى نفس المنوال سار الأستاذ Jese بقوله "ما دامت لا توجد قوانين أو لوائح تقتضي استخدام أساليب المناقصة، فإن الإدارة ليست ملزمة بالامتثال لها، لأنها قد تعتمد أساليب المناقصة طوعا، وهي في حال عدم اللجوء لا تكون قد انتهكت أي قاعدة من قواعد القانون"[2]

يقول الاستاذ ماركو أيضا في تعليقه على قانون سابان إن مبدأ حرية الاختيار لا يزال هو القاعدة في تكنولوجيا الترخيص. وفي حالة العقود الرامية إلى تفويض وإدارة مرفق عام واستثماره، تنبع حرية الاختيار من حرية التفاوض الكاملة، التي لا يحدها سوى الامتثال لقواعد معينة بشأن الشفافية[3].

حيث يؤكد الفقيه " جيز " (أن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على المستوي نفسه بالنسبة للعقود الإدارية، ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقد الامتياز لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شؤون إدارته) [(4)].

وهوما أكده الفقيه **فيدل والفقيه دلفولفيه** حيث ذهبا الى ان المشرع وان (كان يُخضع عقود الإدارة لأساليب معينة عند إبرامها – كالمناقصات والمزايدات – فإنه لم يقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الامتياز بالنظر إلى اتصال هذا العقد الوثيق بالمرفق العام، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزنا عند إبرام العقد) [(5)].

---

[1] A. De Laubadère - Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Tome 2 - LGDJ. Paris 1956. N° 521.
[2] G. Jeze. Les principes généraux, Op. cit. P. 70.
[3] G. Marcou - La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, P. 691
[4]- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، صـ 21.
[5]- إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003، صـ 117.

ومن المسلم به ان عقود تفويض المرفق العام ذاتية بطبيعتها حيث تتطلب من الادارة اختيار الافراد الذين يمكنهم النهوض بعبء تطوير وادارة المرفق العام. ولديهم الصفات اللازمة لضمان تنفيذ العقد على الوجه الامثل. ومن بين هذه الصفات الاساسية هي الملائمة المالية والدراية الفنية. والضمانات المهنية والسمعة الطيبة الحسنة. كل هذا يتطلب ضرورة اعطاء الادارة هامشا واسعا من السلطة التقديرية في اختيار المفوض له. دون اجراء منافسة سابقة لا برام العقد.

لطالما استندت اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي الى مبدأ الاعتبار الشخصي. مشددةً دائما على عدم التزام الادارة للإجراءات القانونية التي تخضع لها عقود الشراء العمومية بمناسبة عقود تفويض مرفق عام وأنها غير ملزمة بالخضوع لإجراءات التي نص عليها القانون للعقود العامة عند ابرام عقود الامتياز المرافق العامة. لضرورة الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له من ناحية. وعدم وجود اي نصوص قانونية او تنظيمية. تلزم الادارة بالامتثال لإجرائها من اجل ابرام ذلك النوع من العقود من ناحية اخرى.

يستدعى مبدأ الاعتبار الشخصي لعقود تفويض المرافق العامة اقتضاءَ حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد غير ان هذه الطائفة من العقود ووفقا لمكوناتها وخصائصها الذاتية. تستند وتنصب على مرفق عام يتصل بتوفير خدمات واشباع رغبات عامة للجمهور. وهذا الشأن يقتضي اختيار أفضل العناصر مع التحلل من اي تدابير قد تفرض على الادارة بغية تحقيق أكبر قدر من المنفعة العامة واستمرار المرفق العام في اداء مهمته في تلبية الحاجيات التي من المفروض وجد من اجلها ولإشباعها.

حيث يقع على عاتق الطرف المتعاقد مسؤولية النهوض بعبء المرفق العام على أحسن وجه وعدم ايقاف سير المنشأة حال وجود خلاف بينه وبين المصلحة المتعاقدة. غير انه يحق لهذه الاخيرة وضع حد بنهاية العقد اينما زالت مقومات الثقة التي تربطها بالمتعاقد.

ولم يقتصر مبدأ حرية الادارة في اختيار المفوض اليه في عقود تفويض المرفق العام على فرنسا. بل تم تبنيه من قبل معظم الدول التي لها سابقة بعقود التفويض على اختلاف أشكالها. وهوما أكده المشرع المصري في قانون 129 المتضمن التزامات المرافق العامة لسنة 1947. حيث لم يشر الى اي اجراءات تتبع عند اختيار المتعاقد. وهذا ما اعلنت عليه محكمة القضاء الاداري في أحد احكامها. مشيرة الى أن (ليس في القانون ما يلزم الحكومة بطرح التزامات المرافق العامة في مناقصة عامة قبل منحها والأمر في ذلك متروك للسلطة التقديرية تتصرف فيه بما تراه محققا للمصلحة العامة) [1]. ومن ناحية اخرى ايد الفقه المصري مبدأ الاعتبار الشخصي كأساس لحرية اشخاص القانون العام في اختيار من ينهض بعبء عقود الالتزام استنادا الى عدة أمور أهمها:

[1]- أو رده دويب حسين صابر عبد العظيم، مصدر سابق، صـ 169.

1- عقود الالتزام تسمح للقائم بعبء المرفق العام بالتفاعل المباشر مع المنتفعين من المرفق بمناسبة ادارته. التي من صميمها تقديم خدمات عامة للأفراد. لذلك. تأخذ المصلحة المتعاقدة التي تمنح الامتياز الاعتبار لشخصية المتعاقد وتأخذها على محمل الجد. وترى فيها شرطا جوهريا للإبرام.

حيث إذا اختارت هذه السلطة متعاقد دون مراعاة شخصيته. فمن المتوقع ان لا يكون في المستوى المطلوب في تعاملاته مع المنتفعين من المرفق.

ويترتب على ذلك أثر سلبي على ادارة المرفق العام المعني. ويمكن ان يدفع المنتفع الى النفور من المفوض له جراء سوء المعاملة. كل ذلك يؤثر سلبا على سمعة المرفق محل التفويض.

2- أن الاعتبار الشخصي ليس هدفا بذاته وإنما هو وسيلة تتمكن به الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق من دون النظر إلى اعتبار آخر.[1]

يتضح من سبق، أن الفقه يعتمد على قاعدة حرية اختيار الجماعة العامة للغير في العقود الإدارية، وهذا يتم دون تمييز بين العقود التي تستهدف إدارة واستثمار مرفق عام وأخرى تخرج عن ذلك. ويتم تطبيق هذه القاعدة طالما لا يوجد أي استثناء تخضع له، وهذا يعني أنه في حال عدم وجود أي شرط أو تعديل يخالف هذه القاعدة، فإن الجماعة العامة لها الحرية في اختيار الطرف الآخر في ابرام عقودها.

تأثر الاجتهاد الفرنسي أيضا بمبدأ حرية اختيار الغير في إدارة واستثمار المرفق العام، وقد تم تكريس هذا المبدأ على عدة مراحل. في البداية، صدرت أحكام متناقضة من القضاء الإداري، حيث تم التأكيد على تماثل عقد امتياز المرفق العام بالصفقة العامة، وذلك من خلال تقرير وجوب احترام امتياز المرفق العام للوسائل المتبعة في إبرام الصفقات العامة من منافسة واستدراج عروض، ومن ناحية أخرى تم الاعتراف بخضوع عقد الامتياز كعقد إداري، لمبدأ حرية اختيار الإدارة للغير في تحقيق المرفق العام. ومن خلال هذه المراحل، تم تطوير فكرة حرية اختيار الغير في إدارة واستثمار المرفق العام، وتكريسها في الاجتهاد الفرنسي.

لكن هذا التماثل بين الصفقة العامة والامتيازات المرفقية ما لبث أن عدل عنه الاجتهاد تباعا، فبداية ذهب القاضي الإداري الى الاستنتاج أن العقد الذي لا يدخل في حقل تطبيق إجراءات المناقصة (المزايدة) يتم وفقا لمشيئة أطرافه. حتى إن غياب قواعد تفرض اللجوء الى إجراءات المناقصة في الامتياز يستتبع القول بوجود مبدأ حرية الجماعة العامة في اختيار المستثمر لكن في خطوة لاحقة حسم القاضي الإداري صراحة موقفه تجاه هذا المبدأ، عندما أعلن بأن قواعد المناقصة لا تطبق في الامتيازات، الأمر الذي يسمح للإدارة في إبرام العقد وفقا لمشيئتها الحرة. وقد جاء في

---

[1]- إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوى ، مصدر سابق، صـ 189.

قرار CLT: **"القاعدة في أن للجماعة العامة الحرية في اختيار صـــاحب الامتياز، وفي ظل غياب نص يخالف هذا المبدأ، إن الحكومة تستطيع منح الامتياز دون أن تعمد مسبقا الى وضع الشركة في إطار المنافسة مع شركات أخرى، إذ لها الحرية في اختيار من تشاء من المرشحين"[1].**

وفي الإطار نفســه عبر القاضــي الإداري في لبنان عن مبدأ حرية الجماعة العامة في اختيار الغير عندما قضـى بأن الشكل لا يؤخذ بعين الاعتبار في وصـف العقد الإداري سواء جرى بطريقة المناقصـة أم بواسطة غيرها من المعاملات القانونية، إذا يتبين أن القاضـي الإداري قد استبعد تطبيق الأصـول والقواعد المتبعة في عمليات استدراج العروض الملحوظة في الصـفقات العامة، بحيث لم يعد بالإمكان تطبيقها الزاما في أي وسيلة تستهدف إدارة واستثمار المرفق العام، سـواء دخلت هذه الوسيلة في تقنية التفويض أو كانت خارجها[2].

ومنه نخلص وبشكل عام، تمتع الأشخاص العامة بحرية واسعة في اختيار المفوض اليه الذي يدير ويستثمر مرافقها العامة، طالما لا يوجد نص تشريعي أو تنظيمي يحد من سلطتها في ذلك ولا مبدأ يقيدها. لأن الإدارة تعتبر مســؤولة عن اختيار المســتثمر الذي يســتطيع إدارة المرافق العامة بكفاءة وفعالية، وبالتالي تضـمن الحفاظ على مصـالح المجتمع المحلي وتحقيق الأهداف الاقتصـادية والاجتماعية للدولة.

نخلص الى أن الجماعة العامة تتمتع بحرية واســعة في اختيار المســتثمر لإدارة واســتثمار مرافقها العامة طالما ليس هناك أي نص تشــريعي أو تنظيمي يقيد هذا الاختيار. وبالتالي، يتم طرح التساؤل حول الأساس الذي يستند إليه هذا الحق في الاختيار؟

الفرع الثاني: تحديد الأساس القانوني للاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام

يستمد مبدأ الاعتبار الشخصـي في عقود الادارة عموما أساسه القانوني من تكريس طابع المرفق العام عند ابرام مثل هذه العقود. ونظرا لان نقل ادارة مرفق عام الى شخص آخر مناطه التنظيم والتسيير على أكمل وجه. فالخيار المتاح للإدارة لاختيار شريكها ضمن تقنية تفويض المرافق العامة بحرية تامة وواسعة له ما يبرره على ضوء الالتزامات التي تتحملها، والتي تقع على عاتقها ممثلة في اشباع حاجات الجمهور المستهدف وضمان أفضل ادارة للمرفق محل التفويض.

بما ان تفويض ادارة مرفق عام الى شخص آخر هو مسألة تنظيم للمرفق وان اشخاص القانون العام لهم سلطة اختيار شركائهم في عقود التفويض بحرية تامة كاملة غير منقوصة. فهي مبررة في ضوء التزامات التي تتعهد بها والتي تقع على عاتقها من تلبية للحاجات العامة للجمهور ومن خلال ضمان الادارة المثلى للمرفق.

---

[1] أنظر في ذلك، د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار الم ارفق العامة: دارسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت،2009، ص 263.

[2] أنظر في ذلك، د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار الم ارفق العامة: دارسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت،2009، ص 264.

وبالتالي، فإن مبدأ الاعتبار الشخصي وسلطة تنظيم المرفق العام " محل التفويض" يرتبطان ارتباطا وثيقا. بما يؤدي للحجة القائلة بأن التنظيم الامثل للمرافق العامة يشـــكل في نفس الوقت أساسا لمبدأ الاعتبار الشخصي وقيدا عليه. فهو أساس لمبدأ الاعتبار لأنه إذا قررت الادارة تفويض مرفق عام من خلال التعاقد فيجب ان تسـعى جاهدة لتحقيق هدف تلبية الاحتياجات العامة من خلال المرفق العام. لذا يتطلب الامر ممارسـة سـلطتها التقديرية في اختيار الاشـخاص الافضـل والاكثر قدرة على النهوض بهذه المهمة من دون ان تعيقها تدابير معينة.

وهذا يعني انه لا ينبغي النظر الى قدرات المفوض اليه وامكانياته التقنية والمالية حال ابرام عقود تفويض المرافق العامة فقط. بل يجب ان تؤخذ أهلية المتعاقد على قدر من الاهمية، وان تكون مركز اهتمام لدى السلطة صاحبة اختصاص التفويض.

ومن جهة ثانية، أن مبدأ الاعتبار الشـــخصـــي الذي يجب أن تتم مراعاته عند إبرام عقود تفويض مرفق عام يجد أســـاســـه القانوني في جملة الالتزامات التي تقع على المفوض إليه، فهذا الأخير يجب أن يســـهر شـــخصـــيا علي التنفيذ الجيد للمرفق محل التفويض، بل هولا يســـتطيع أن يتوقف عن تنفيذ المرفق الذي فوض به، حتي حين تنشـــأ بينه وبين الإدارة خلافات من أي نوع، إذ قرر مجلس الدولة الفرنسي بشكل واضح أن عدم وفاء الإدارة المفوضة بالتزاماتها لا يعفي الملتزم من التزاماته، ولا شـــك أن متعاقد بهذه المواصـــفات، تقع عليه التزامات بهذه الصـــرامة يجب أن يخضـــع اختياره ومنحه إدارة المرفق العام للسـلطة التقديرية للإدارة التي تسـتطيع أن تنتقي الأكثر قدرة علي الوفاء بهذه الالتزامات علي وفق المتطلبات للمرفق محل التفويض[1].

بينما لم يتدخل المشرع الجزائري قبل صدور المرسوم الرئاسي 15/247 لتنظيم هذه الطائفة الجديدة من العقود. ولا سيما فيما يتعلق بكيفية منحها الا من خلال تشريع منفصل أصدره لقطاعات معينة. اعطى من خلالها للإدارة صـــاحبة التفويض صـــلاحيات واســـعة لاختيار المفوض له على اساس الاعتبارات الشخصية. منها ما جاءت به الفقرة الثانية من الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية[2]. على أنه: (يمنح هذا الامتياز بصفة شخصية محضة، ويلتزم صاحب الامتياز في جميع التصرفات القانونية التي يقوم بها في إطار هذه الاتفاقية مهما تكن طبيعتها باحترام أحكام دفتر الشروط المرفق)

ومن ضـمن ما ورد في المرسـوم التنفيذي 11-341 بشـأن كيفيات منح امتياز الموارد المائية لإقامة هيكل عند أسـفل السـدود ونقل المياه ومنشـآت التحويل لتزويد المصـانع الهيدروليكية.[3] الذي

---

[1] Rene Chapu, op, cit. p. 509.

[2] الاتفاقية النموذجية المطبقة على منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 15-305 المؤرخ في: 5ديسمبر2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقيتين النموذجيين المطبقين على منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية ج ر عدد 66بتاريخ: 9 ديسمبر 2015.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 11-341 المؤرخ في، 26-09-2011 يحدد كيفيات منح استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيد وكهربائية، عدد 54 صادر بتاريخ02 -10-2011

تبنى مبدأ الاعتبار الشخصي للمفوض إليه بقوله: (إن امتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيد وكهربائية اسمي غير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق)

فبنظر الى المنظومة القانونية يلاحظ مراعاة خصوصية بعض المرافق العامة وما تحتله من مكانة تدخل المشرع الجزائري وتحديد المخول له من اكتساب صفة المفوض له بصفة شخصية وصريحة، حيث لا يمكن التنازل عنها لأي شخص آخر. كما هو الحال مع امتياز المنبع[1]. الذي تمنح الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات المؤسسة الوطنية الحق في ممارسة انشطة البحث والاستغلال في منطقة معينة. بالإضافة الى امتياز النقل عبر خطوط الانابيب وهو ترخيص يمنحه الوزير المكلف حصريا للمؤسسة الوطنية.

وخلافا للنصوص القانونية التي تسري على عقود الصفقات العمومية اخذ المشرع الجزائري بمبدأ الاعتبار الشخصي كأصل عام في ابرام عقودها التي تندرج تحت طائفة عقود تفويض المرفق العام. ولاسيما عقد الامتياز المنظم في سياق نصوص خاصة.

وفي الختام نلاحظ ان المشرع الجزائري توجه الى اعمال مبدأ الاعتبار الشخصي في ابرام عقود التفويض في نصوص جديدة. وهذا ما رصدناه في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 19/188 المتعلق بالتفويض التي تنص على ان يكون التفويض وطنيا حيث استثنى المفوض له الاجنبي وهذا ما رأيناه وفسرناه على انه تطبيقا صريحا لمبدأ الاعتبار الشخصي والاخذ بشخصية المفوض في إبرام اتفاقيات التفويض.

المطلب الثاني: الاتجاه الحديث في ابرام عقود تفويض المرفق العام

إذا تم الاعتماد على الإطار التقليدي المتبني لفكرة الاعتبار الشخصي في ابرام عقود التفويض لفترة طويلة من الزمن، فقد تغيرت هذه الفكرة في الوقت الحاضر استجابة للتطورات القانونية والاجتماعية والاقتصادية. فمنذ عام 1993 في فرنسا ومع إصدار القانون 122-93. المسمى بقانون "سابين"، فقد خضعت جميع عقود تفويض المرفق العام للانفتاح والمنافسة والتي تسمح بأكثر من عرض، مما يوفر فحصا للمتعاقدين المقبولين فنياً ومالياً، ثم تجري مفاوضات مباشرة بشأن العروض التي تم قبولها لانتقاء الاجدر من بينهم لتحقيق الغرض من العقد[2].

---

[1] القانون 19-13 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ينظم نشاطات المحروقات، ج ر عدد 79صادر بتاريخ: 22-12-2019.

[2] L'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 dispose que " les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en conseil d'Etat.

La collectivité publique dresse la liste des candidates admises à présenter une offre après examen de leurs grandies professionnelles et financiers et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l' égalité des usagers devant le service public.

La collectivité adresse à chacun des candidates un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y lieu, les conditions de tarification du service rendu á l'usager.

يثور التساؤل هنا حول ما إذا كان إخضاع عقود تفويض المرافق العامة للمنافسة والعلانية يشكل خروجا من قبل المشرع عن مبدأ الاعتبار الشخصي في عقود التفويضّ؟ وإلى أي مدى تتمتع السلطة المفوضة بحرية اختيار المفوض له؟

الفرع الاول: تبني الدعوة على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام

يجزم الفقه الفرنسي بأن المنافسة المسبقة ، لا تتناقض البتة مع مبدأ الاعتبار الشخصي من خلال الدور الذي تلعبه البيئة التنافسية في تحفيز المرشحين نحو التسابق لتقديم أفضل الشروط، وإجراء مقارنة فعالة مع اقتران ذلك بعمليات تفاوضية[1]، فالتفاوض القائم على المنافسة والعلانية لا يقيد حرية الإدارة في اختيار مفوضها وإنما يظهر عناصر الاختيار الحر لهذا المفوض، لذا فإن قانون Sapin أوجد نوعا من المنافسة المقيدة عند إبرام عقود التفويض، وفي نفس الوقت تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تحديد المرشحين الذين سيدخلون إلى ساحة المنافسة والتفاوض[2]

ان مبدأ المنافسة القائم على حرية الوصول الى الطلب العمومي والمبني على المساواة بين المرشحين والمبنى على شفافية التدابير لهي الضمان الرئيسي للاختيار الامثل للمتعاقد مع الادارة. الذي لديه القدرة للاستجابة لمتطلبات والمبادئ الحاكمة لتسيير المرافق العامة فيما يتعلق بالتشغيل المنتظم والمستقر للمرفق. والمساواة بين المرتفقين. وقدرة المرفق العام على التطور والتكييف.

لا تخضع عقود تفويض المرفق العام لقانون واحد، ولكن لقوانين متعددة تختلف باختلاف توجهات الدول ولما تقتضيه ظروفهم الاقتصادية والسياسية. على سبيل المثال فرنسا تم تأطيره بالقانون رقم 93-122 المتعلق بتفويض المرافق العامة. لاسيما فيما تعلق بالمنافسة والاشهار.

وبناء عل ما تقدم سنقوم بمناقشة هذا الامر في جزئين نناقش في شقه الاول تبني الدعوة الى المنافسة في الجزائر. ونبحث في شقه الثاني التوجه الجديد في القوانين المقارنة.

فماهي مراحل تبني الدعوة الى المنافسة في هذه الدول، وهل اعتمدت كأصل عام لإبرام عقود التفويض في القوانين المقارنة؟

هذا ما سنناقشه في الآتي:

Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations choisit le délégataire ".

[1] د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، طبعة ٢٠٠١، ص 605 وما بعدها

[2] Chapus (R.), Droit administrative, op.cit., p 556

أولا: مراحل تبني الدعوة للمنافسة في القانون الجزائري كأصل عام لتفويض المرفق العام واساسه القانوني

تعد الدعوة الى المنافسة من أهم طرق تحقيق مبدأ المساواة بين من يرغبون في التعاقد مع الادارة. حيث تعتبر أحد طرق الادارة في ابرامها للعقود التي تتجلى فيها بمظهر السلطة العامة، بحيث يتم اختيار المتعاقد فيها وفق معايير موضوعية أهمها الجوانب المالية والتقنية.

وبالتالي، فهو اجراء يرمي الى وضع العديد من مقدمي العطاءات ضمن منافسة، ومنح العقد لمقدم العطاء الذي يقدم أفضل عرض اقتصاديا وفنيا، غير ان فكرة عقود تفويض المرفق العام تستند الى فكرة جوهرية وهي حرية اختيار الشخص العام للمفوض له، الا ان الاعلان المسبق واجراءات المنافسة يحدان من هذا مبدأ الذي يقضي بأن الادارة تتصرف لها حرية واسعة في اختيار المفوض له.

حيث قرر المشرع ان عقود تفويض المرفق العام يجب ان تخضع للمبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتعلق بالصفقات وتفويضات المرافق العامة. وهي حرية الوصول الى الطلبات العمومية وشفافية الاجراءات ومبدأ المساواة بين العارضين.

وفي السياق ذاته، جاءت المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ابرام الصفقات العمومية وفق اجراءات طلب العروض الذي يعد القاعدة العامة. او وفق اجراءات التراضي التي تعد الاستثناء. ووفقًا لهذه المادة، يتم تطبيق مبدأ عام عند إبرام عقود تفويض المرفق العام، والذي يتمثل في طلب العروض كذلك.

إن ابرام اتفاقية التفويض تقوم على مبادئ العلانية والمنافسة الحرة والشفافية، حيث يستند عقد تفويض وإدارة المرافق العامة على فكرة أساسية مفادها أن الهيئة المفوضة، لها حرية اختيار المفوض له، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة، فهي ملزمة باحترام مبدأ المنافسة لضمان الوضوح والشفافية في عملية التفويض.

ولغرض تبيان ذلك، سنتطرق الى مراحل تكريس الدعوة الى المنافسة في التشريع الجزائري، مع دراسة الأسس التي تقوم عليها.

1: مراحل تكريس الدعوة إلى المنافسة في التشريع الجزائري

تتمثل إحدى مسؤوليات الهيئة المفوضة في الامتثال لقواعد المنافسة الحرة في اختيارها المفوض له، حيث يشترط المشرع الجزائري، عند منح تفويض تسيير الخدمة العامة للمياه والتطهير، تقديم العملية للمنافسة ومنح التفويض الى مفوض له ذا مؤهلات مهنية وضمانات مالية كافية. كما نص المشرع على أن هذا النوع من العقود يبرم بالرجوع إلى دفتر الشروط والدعوة إلى المنافسة من أجل ضمان المساواة بين المرشحين وشفافية العمليات والحياد في اتخاذ القرارات.

تعد الدعوة إلى المنافسة من أهم طرق مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد مع الادارة عموما، حيث تعد إحدى الطرق التي تتبعها الادارة في إبرام العقود التي تبدو فيها بمظهر السلطة العامة، والتي تلتزم بموجبها باختيار أفضل مقدمي العطاءات بناء على معايير موضوعية، أهمها الجوانب المالية والفنية.

فالدعوة للمنافسة هي عملية تهدف إلى وضع العديد من مقدمي العطاءات في بيئة تنافسية ومنح العقد لمقدم العطاء الذي يقدم أفضل عرض مالي وفني، وبما أن عقود التفويض تستند إلى مبدأ حرية اختيار المفوض له، الا ان الإعلان المسبق وإجراء المنافسة يشكلان تضييق على مبدأ حرية الادارة في اختيار المفوض له.

ونص المشرع على أن اتفاقية تفويض المرافق العامة يجب أن تتوافق مع المبادئ المنصوص عليها في المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العامة وشفافية الإجراءات ومبدأ المساواة، والتي تعتبر توطيداً لمبدأ المنافسة في الاختيار[1].

وفي السياق ذاته، نصت المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247_15 على أن يتم إبرام العقود العامة وفق إجراءات تقديم العروض، وهي القاعدة العامة، أو وفقًا لإجراء التراضي استثناء، وقياسا على هذه المادة، فإن المبدأ العام لإبرام العقود لتفويض المرافق العامة هو أيضًا طلب العروض.

حيث يعرفه المشرع الجزائري [2]بأنه إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، حيث أشار إلى المبدأ القائم على المنافسة في الاختيار كعنصر اساسي.

وبتحليل بعض النصوص الخاصة القطاعية التي تخص بعض المرافق، نجد أن المشرع قد اعتمد مبدأ تعزيز المنافسة بين المرشحين، على سبيل المثال:

1- تنص المادة 32 من القانون رقم 03-2000 المتعلق بالبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية على أن: "رخصة استغلال شبكات المواصلات السلكية واللاسلكية تمنح على إثر إعلان المنافسة" وتنص الفقرة 2 على أنه 'يكون الاجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة موضوعيا وغير تمييزي وشفافا يضمن المساواة في معاملة مقدمي العروض"[3].

---

[1] المادة 209من المرسوم الرئاسي رقم 15 247-

[2] المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

[3] القانون رقم 03-2000مؤرخ في 5أو ت، 2000المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية ر ج ج عدد، 48الصادرة بتاريخ 6أو ت 2000.

2- المرسوم التنفيذي رقم، 08-114بشأن كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته حيث تنص المادة 06منه:" **يكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الغاز والكهرباء"[1].**

3- التعليمة الوزارية رقم 842/3.94المؤرخة في 07 سبتمبر 1994 الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعة المحلية، المتعلقة بشأن امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها[2] ونلاحظ أنه استحدثت إجراءات جديدة لمنح الامتيازات أو عقود الإيجار، ممثلة في المزايدات، باعتبارها إحدى الطرق الرئيسية التي يقيد بها القانون السلطة الإدارية في اختيار الطرف المتعاقد معها. وفي حالة المزايدة، يمكن تعريفها على أنه: الإجراء الذي يهدف إلى الحصول على عطاء من العطاءات المقدمة إلى المتعهدين المتنافسين، حيث يتم ترسيه العقد إلى المتعهد الذي يقدم أفضل عرض ماليا وتقنيا.

ومن خلال المزايدة، يتاح للإدارة أن تختار أفضل متعاقد قادر على تولي تطوير واستغلال المرفق العام، لأن هذه الطريقة تعتمد على المنافسة بين المرشحين وبالتالي إمكانية اختيار أفضل العروض تبعا للمنافسة بين المرشحين[3].

بالإشارة إلى قوانين الجماعات المحلية، وجدنا أن كُلاً من الولاية والبلدية تبنتا الدعوة للتنافس من خلال المنافسة بموجب المادة 135من القانون 12-07المتعلق بالولاية والتي تنص على:" **تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية[4].**

وتنص المادة 156 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية على ما يلي: " يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المرافق العمومية المنصوص عليها في المادة 149أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها[5].

وكخلاصة، نستنتج ان المشرع الجزائري كرس مبدأ المنافسة كأحد المبادئ الأساسية في ابرام عقود التفويض، حيث أتاح فرصة المشاركة لجميع المتعهدين المؤهلين والمهتمين في عملية التنافس من أجل الحصول على العقد. حيث يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق الفوائد العامة من خلال الحصول على أفضل قيمة ممكنة للمال العام، وضمان توفير المواد والخدمات ذات الجودة العالية والكفاءة العالية. مما يساعد على تحسين جودة العروض وتقليل التكاليف، كما يساهم في تعزيز

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 08-114المؤرخ في 9أبريل، 2008المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج ر ج ج عدد، 20الصادرة بتاريخ 13أبريل. 2008

[2] التعليمة الوزارية رقم **842/3.94** المؤرخة في 07 سبتمبر، 1994الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعة المحلية، المتعلقة بعنوان امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها

[3] عبد الغني بلكور، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، كلية الحقوق، 2009-2010، ص.37.

[4] القانون رقم 12-07 مؤرخ في 21فبراير 2012المتعلق بالولاية، ج ر عدد 12الصادرة بتاريخ 29فبراير2012.

[5] القانون رقم 11-10 مؤرخ في 22يونيو2011المتعلق بالبلدية، ج ر ع 37الصادرة بتاريخ 03يوليو2011.

النزاهة والشفافية في الإجراءات التي تتخذها الجهات الحكومية لتفويض المرافق العامة. ويعد مبدأ المنافسة أحد العوامل الرئيسية في الحفاظ على المصلحة العامة والتحكم في الإنفاق العام.

2 : أسس الدعوة للمنافسة

نظرا لأهمية عقود تفويض المرفق العام كونها أهم الاساليب التي كرسها المشرع كآلية لتسيير واستغلال المرافق العامة بالنسبة للإدارة، سوآءا من حيث الجوانب الاجرائية المتعلقة بالأعداد والابرام، او الجوانب والاطر المنظمة لمرحلة التنفيذ، تم الحرص على ضرورة احترام مبدأ المنافسة كعامل جوهري لضمان سير مرافق الدولة بانتظام واضطراد وعلى الوجه الامثل مع ضمان النجاعة والفعالية في الأداء، من خلال جملة من الاسس التي نصت عليها المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

اضافةً الى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف، تخضع إجراءات إبرام عقود تفويض المرافق العامة لمبادئ العلانية والمنافسة الحرة، فضلا عن الشفافية، التي أكدها المشرع الجزائري والتي تتطلب اختيار المتعاقد مع الادارة في سياق من المنافسة بموجب المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-1247. حيث أوجب خضوع اتفاقيات تفويض المرفق العام عند ابرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05من هذا المرسوم، أي ضرورة احترام مبادئ حرية الوصول إلى الطلب العام والمساواة والشفافية.

ان وجود التنافس يقتضي من الادارة إعلام جميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد وفتح المجال امامهم لتقديم عروضهم وتمكينهم من المعلومات الكافية، والمتعلقة بالصفقة وكذلك تمكينهم من حق الطعن، فدون الاعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع السلطة المفوضة[2].

تقوم المنافسة الحرة في نظر الأستاذ(DELAUBADERE،) على فكرة الليبرالية الاقتصادية، القائمة على حرية المنافسة وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة بالإضافة إلى وقوف الإدارة موقفا حياديا إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية في تحديد الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها[3].

[1]
[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط، 05جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، ص.149
[3] مفتاح خليفة عبد الحميد، وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص. 94_95

ويقوم مبدأ حرية المنافسة على الأسس التالية:

أ-الإعلان المسبق:

يقصـــد بالإعلان المســـبق هو نقل المعرفة إلى كل من يرغب في التعاقد وإعلامه بكيفية الحصـول على شـروط التعاقد والمواصـفات المطلوبة وذلك للإعلان عن تاريخ ومكان المناقصـة العامة وعملية المزاد مســبقًا من خلال وســائل الإعلام، بما في ذلك الأخبار والإعلانات الجدارية والإعلانات ووســائل الدعاية، بحيث يكون جميع المعنيين على دراية بإمكانية التنافس مع الآخرين من خلال تقديم العروض في الوقت والشكل المنصوص عليهما.

يعد الإعلان من الإجراءات الضرورية لتكريس مبدأ الشفافية، ومن أجل ضمان منافسة أكبر بين المرشـحين بناءً على معايير موضـوعية تضـعها الإدارة مسبقا، فإنه يهدف إلى السماح بالعديد من طلبات الترشـيح المتنافســة فيما بينها، بحيث تقوم الإدارة بإجراء مقارنة فعلية لهذه المقترحات المهنية والفنية والمالية واختيار أفضل عرض.

لقد كرس المشـــرع الجزائري هذا الإجراء في نص المادة 105من القانون 12-05المتعلق بالمياه، حيث يتم تفويض الخدمات العمومية عن طريق عرضــها للمنافســة مع تحديد الخدمات التي يتحملها المفوض له وشروط تنفيذها، ومسؤوليات الخدمات العمومية عن طريق عرضـها للمنافسة مع تحديد الخدمات التي يتحملها المفوض له، وشـــروط تنفيذها، والمســـؤوليات الملتزم بها، ومدة التفويض، وكيفيات دفع أجر المفوض اليه أو تسـعيرة الخدمة المدفوعة من المنتفعين، ومعايير تقييم نوعية الخدمة، وتكون السلطة المفوضة ملزمة بالإشهار، وذلك عن طريق نشر إعلان مسبق تكون مدته على الأقل شهر[1].

يقصـد بالعلانية اختيار المترشـح بقدر من الوضـوح وعدم السـرية، بشـكل تصـبح فيه كافة الإجراءات معلومة ومعروفة لدى الجميع، وتتحقق العلانية بالإعلان بكافة الطرق والوسـائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم، فنجد أن الهيئة المفوضة ملزمة بالإشهار وذلك عن طريق نشر إعلان مسـبق تكون مدته على الأقل شـهر واحد، فكل من يرغب في الترشـح هو حر في ذلك، ولا يمكن للهيئة المفوضة أن تمنع أي مترشح من ذلك[2].

كرس المشـــرع الجزائري هذا الإجراء في مجال تفويض تســـيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير وذلك في نص المادة **105 من القانون رقم 05-12:" يتم تفويض الخدمات العمومية عن طريق عرضها على المنافسة...".**

---

[1] سهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 26/11/2018ص 236.

[2] نفس المرجع.

كما كرس المشرع شروط الإعلان وأكد على ضرورة التزام الإدارة عند رغبتها في تفويض تسيير مرفق معين، أن يتضمن إعلانها مجموعة من البيانات ذكرتها المادة السالفة. كذكر محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، شروط تنفذها، المسؤولية التي يتحملها المفوض له، كيفية دفع الأجر وتسعير الخدمة المدفوعة من المستعملين، ومعايير نوعية الخدمة..... إلخ[1].

ب: الدعوة للمنافسة:

يخضع إبرام اتفاقية التفويض لمبدأ العلنية والمنافسة الحرة والشفافية، فمبدأ حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له مقيد باحترام مبدأ المنافسة، وذلك لضمان وضوح وشفافية إجراءات التفويض، فالمنافسة تسمح بتقديم عدة عروض أو طلبات من طرف الراغبين في تسيير المرفق العمومية، فتقوم الإدارة باختيار العرض الأحسن والملائم، الذي ترى بأنه سيحقق الأهداف المرجوة من خلال تسيير هذا المرفق، ومن الالتزامات التي تقع على عاتق الهيئة المفوضة هو احترام قواعد المنافسة الحرة في اختيارها للمفوض له، ذلك أن اختيار المتعاقد مع الإدارة يخضع لقواعد السوق والمنافسة، وتراعي الإدارة في ذلك كل الاحتياطات اللازمة عند تعاقدها، وتعتمد على اعتبارات شتى نظرا لتعلق الأمر بالمصلحة العامة والمال العام.[2]

تتمثل إحدى التزامات الموكلة لسلطة المخولة بقرار التفويض في احترام قواعد المنافسة الحرة في اختياراتها للأشخاص المفوض لهم، على النحو الذي يطلبه المشرع الجزائري. حيث استوجب في تفويض إدارة وتسيير الخدمات العامة لمياه التطهير بإحالة الأمر إلى المنافسة ومنح التفويض للأشخاص الذين يتمتعون بمؤهلات مهنية ويوفرون ضمانًا ماليًا كافيًا، على النحو المنصوص عليه من قبل المشرع، حيث يبرم هذا النوع من العقود بالاعتماد على الشروط والأحكام المنصوص عليها وفق دفتر لشروط معد سلفا يدعى من خلاله الى منافسة حرة لضمان المساواة بين المرشحين وضمان شفافية للإجراءات وحيادية القرار.

غير أن المشرع الجزائري أورد استثناءً على مبدأ المنافسة في قطاع الطاقة الكهربائية. فصحيح بأن فتح قطاع الكهرباء على المنافسة يعني خضوع جميع المتعاملين لقواعد المنافسة، لكن إذا كان تطبيق هذا القانون من شأنه عرقلة أداء مهام المرفق العام أو ممارسة السلطة العامة ، فلا يسري على المتعامل المكلف بأداء هذه المهمة .كما أود المشرع الجزائري استثناء على مبدأ المنافسة في مجال تفويض الخدمة العمومية للنقل الجوي، حيث لا تلتزم الإدارة المفوضة بتنظيم منافسة أولية، كم أنها لا تلتزم بإعلام المتنافسين الآخرين بالاعتبارات التي تم على أساسها اختيار المتعاقد معها[3].

---

[1] نفس المرجع.

[2] بلقاسمي أمال، إيجار المرافق العمومية المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه 2012-2013. الجزائر: جامعة الجزائر 1، 5كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه ص 60

[3] فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 220.

تجدر الإشارة إلى أن الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام عقود التفويض قد يعرضها للطعن أمام القاضي الإداري ويجوز إخطار هذه الأخير قبل إبرام العقد، وذلك وفقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

جـ: المساواة بين المرشحين واختيار العرض الأمثل:

ويقصد به خلق نفس الفرصة لكل من يتقدم للتعاقد مع الإدارة دون تمييز بين شخص وآخر، بعدم إعفاء بعض المنافسين من شرط دون آخرين، أو إضافة، أو حذف، أو تعديل شروط للبعض دون البعض الآخر. حيث يقتضي تطبيق هذا المبدأ أن تكون الفرصة متاحة على قدم المساواة لجميع الراغبين في تقديم عروضهم الذين تتشابه مراكزهم القانونية، والمساواة بين هؤلاء المنافسين في المعاملة، من الناحية القانونية. ويستوجب هذا المبدأ عدم جواز للإدارة استثناء البعض من الشروط المطلوبة دون غيرهم، ولا يجوز لها إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها لبعض المتنافسين.

مفاد هذا الشرط أن تساوي الإدارة بين المتقدمين للتعاقد، ومن ثم لا يجوز لها أن تخلق نوعا من التمييز بينهم أو تمنح بعض المتقدمين امتيازات معينة من دون البعض الأخر أو أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين، سواء أكانت عقبات قانونية أو مادية كإعفاء أحد المرشحين من دفع التأمين[2].

حيث يشترط في مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة أن تكون معايير اختيار الشخص المفوض اليه غير تمييزية، ومن ثم فهي ضمانة للمنافسة الحرة في مجال التفويض.

يستند مبدأ المساواة أيضًا إلى ركيزة أخرى، وهي تكافؤ الفرص بين مقدمي العطاءات من خلال مطالبتهم بتقديم عطاءات بشكل سري ومجهول، مما يجعل العملية أكثر شفافية وحتى بما في ذلك عدم القدرة على التفاوض مع مقدمي العطاءات قبل الانتهاء من عملية تقييم العطاء من قبل اللجنة المستقلة عن السلطة المفوضة. في عمل أقرب من عمل لجان فتح المظاريف وتقييم العطاءات في مجال الصفقات العامة، تضمن اللجنة اختيار أفضل العطاءات وتستبعد العطاءات التي لا تتمتع بالضمانات ولا يمتلك فيها المرشحون مهارات كافية.

على ضوء أهمية مبدأ المساواة، أدان المشرع أي طريقة من جانب الإدارة تهدف إلى إعطاء أفضلية قانونية او معاملة تفضيلية غير مبررة لأحد المتنافسين على الآخرين في حال ابرام عقود تفويض مرافق عامة. تحت طائلة المخالفة للقوانين والأنظمة التي تحكم مبدأ المساواة.

في حين أن مبدأ المساواة له من الاهمية البالغة ضمن عملية إبرام عقود تفويض المرافق العامة، إلا أنه ليس بالمبدأ المطلق، حيث ترد عليه بعض الاستثناءات.

---

[1] نفس المرجع.
[2] أبوبكر أحمد عثمان، ابرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مرجع سابق.

حيث يجوز للمشـــرع إعطاء الأولوية لشـــركات معينة في تقديم الطلبات وقد يمنح الإدارة السلطة التقديرية لفرض شروط معينة تراها ضرورية على أولئك الذين يتقدمون بطلب للحصول على عقد التفويض[1]. وللإدارة أيضًا الحق في استبعاد بعض الأفراد الذين ثبت عدم كفاءتهم الفنية أو المالية، بهدف ألا يتقدم بطلب للحصول على عقد إلا من يمكنهم النهوض بعبء المرفق العام.

من المهم ملاحظة احتمال وجود بعض الاســتثناءات للمبادئ المذكورة أعلاه من الإعلان المسبق، والدعوة إلى المنافسة والمساواة. وأحد الأمثلة على ذلك هو حماية المتعامل المحلي ضمن تنظيم الصفقات العامة، وكذلك الشق الذي يوصى بالعمل بهامش الافضلية الوطنية على حساب المتعاملين الأجانب، وتخصيص نسب مئوية لصالح المتعامل الوطني. التي تتمثل إحدى رغبات المشـــرع الجزائري في إبرام عقود تفويض المرفق العام مع متعاملين محليين واختزال دعوات للمشاركة محليًا فقط دون دعوات للمنافسة على المستوى الدولي[2].

وكموجز للإجراءات والمبادئ التي ذكرناها سابقاً، يتضح لنا أن الأساليب المتبعة في اختيار المتعامل المفوض له هي نفسها المستخدمة في مجال الصفقات العامة، بدءاً بالإعلان واستمراراً بالدعوة إلى المنافسة التي تتم من خلال استجداء العروض التي تمكن الجميع من تقديم عطاءاتهم. حيث يتم اختيار المفوض له الذي يقدم أفضل عرض في المرحلة النهائية اللاحقة.

د: مبدأ شفافية الإجراءات

تعتبر الشـــفافية من أبرز المبادئ الجوهرية التي تحكم عمليات ابرام عقود تفويض المرافق العامة، لأنه بدون الشـــفافية لا توجد فرصـــة حقيقية للمنافســـة بين الأفراد الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

حيث تسعى الشفافية إلى المكاشفة والصراحة والوضوح والقضاء على بيئة الغموض والتعتيم وعدم الثقة التي تشـــكلت في الماضـــي بين اشـــخاص القانون العام والقطاع الخاص، وبالتالي فإن الدعاية والعلانية هي أكثر صورة تعبر عن مدى الشفافية.

ومبدأ الشـــفافية في عقود تفويض المرفق العام يأخذ وجهين:
الوجه الأول: ضـــرورة احترام الأشـــخاص العامة عند منح عقود تفويض المرفق العام لشـــفافية إجراءات المنح مما يسـمح بالمنافســـة النزيهة بين المرشـــحين. ومن أبرز اجراءات الشـــفافية هو

[1] المادة 04، المرسوم التنفيذي 19-188، السالف الذكر.
[2] المادة 04، المرسوم التنفيذي 19-188، السالف الذكر.

الإعلان فمن دونه لا وجود لمجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، والعلانية هي أن تتم جميع إجراءات التعاقد وفق نطاق علني، وهذا الأمر قرره قانون تفويض المرفق العام سواء الفرنسي[1] أو الجزائري.[2]

الوجه الثاني: احترام مبدأ الشفافية في تسيير المرفق العام وتقديم خدمات، فهو بذلك قيد على مسير المرفق العام ويقول الأستاذ Michel Bazex أن الشفافية هي وسيلة لمراقبة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام، بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين قد روعيت فعلا من قبل الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام[3].

إن مبدأ الشفافية في عقود تفويض المرافق العامة هو مصدر خلاف بين المنتفعين والشخص المكلف بإدارة المرفق العام. فللمنتفع الحق والمصلحة في أن يطلع على كيفية أداء المنشأة العامة لنشاطها، ونوعية الخدمة التي ستقدمها، وأسعارها، وشروط الاستفادة منها، والامتيازات التي يتحصل عليها، وحقوقه الرقابية وكيفية ممارسة حق الاعتراض على تسيير المرفق الذي يكفله له القانون، كل هذا يجعل من مبدأ الشفافية نقطة صدام بين المفوض له والمرتفقين.

ثانيا: اختيار المتعاقد في إطار من المنافسة في الانظمة المقارنة

تعد المنافسة الحرة أحد المبادئ المهمة وأهم الروافد التي تقوم عليها حرية التجارة الدولية، حيث تؤدي المنافسة الحرة والحقيقية بين المتقدمين في عقود تفويض المرفق العام إلى تجفيف منابع الاحتكار، حيث يمثل هذا النوع من المنافسة جوهر الديمقراطية الاقتصادية وهو أحد المبادئ المهمة التي تبنتها الدول المتقدمة في معاملاتها التجارية والصناعية، مما يعني فسح المجال امام التنافس الشريف امام من يود التعاقد مع أشخاص القانون العام، تحت مضلة اتخاذ نفس المسافة بين المرشحين، ومعاملة الجميع على قدم المساواة.

وتدعيما لمبدأ حرية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية تبنت عدة دول الدعوة للمنافسة لإبرام عقود التفويض كالمشرع الفرنسي (1)، والمشرع التونسي(2)

1: المشرع الفرنسي

بعدما كان السائد في اختيار المفوض له لردح من الزمن وفق الاعتبار الشخصي في فرنسا ظهرت اتجاهات جديدة تدعو إلى وضع حد للمفهوم التقليدي السائد في مجال عقود تفويض المرافق العامة على أساس الاعتبارات الشخصية، وتطوير هذا المبدأ ووفقًا لمتطلبات الإدارة الحديثة.

---

[1] قانون Sapin، السالف الذكر

[2] المرسوم التنفيذي 19-188، السالف الذكر.

[3] بركبيه حسام الدين، رسالة دكتوراه، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، 2018-2019. مذكرة دكتورة، تلمسان، ص 169.

وعليه، فقد خضـــعت عملية اختيار المفوض اليه لســـلســـلة من الإجراءات المتعلقة بتحقيق الشفافية والمنافسة كهدف يجب تحقيقه في إطار إبرام عقود تفويض المرافق العامة.

إذا كان الإطار التقليدي لعقود الالتزام قد ظل خاضعا الفترة طويلة لفكرة الاعتبار الشخصي، إلا أن هذه الفكرة قد تبدلت في الوقت الحالي استجابة للتطورات القانونية والاجتماعية والاقتصادية منذ عام 1993م في فرنســـا ومع صـــدورا لقانون 122-93 بتاريخ 29 يناير 1993م. والمتعلق بمكافحة الفســـاد وشـــفافية الحياة الاقتصـــادية والإجراءات العامة والمســـمى بقانون sapin. حيث خضـــعت عقود إدارة المرفق العام جميعها للعلانية والتنافســـية التي تســـمح بتقديم أكثر من عرض، والتي تقوم بفحص العروض المقبولة من الناحية الفنية والمالية، وتجرى بعد ذلك تفاوضـــاً مباشـــراً بشأن العروض التي قبلتها في مرحلة نهائية لتختار الأقدر على تحقيق الهدف من العقد[1].

حيث أدخل هذا القانون قواعد إجرائية خاصـــة لإبرام عقود التفويض لأول مرة بحيث يتم تبـادل الايجـاب والقبول في عقود التفويض وفق إطـار إجرائي يحـدده القـانون ولا يجوز للإدارة تجاوزه وإلا أصبح تصرفها مشوبا بالبطلان[2].

وينص على أن تفويض مهام المرفق تخضـــع لإجراءات العرض على الاعلان المســـبق، مما يســـمح بتقديم أكثر من عرض تنافســـي واحد، مما يعني أن الغرض من الإعلان المســـبق هو دعوة مقدمي العطاءات المؤهلين، لتمكين المنافســـة بين أكثر من عرض واحد. مرشـــح، والبحث بكفاءة ومقارنة العروض المستلمة بفعالية، مما ينتج عنها اختيار المفوض له بكفاءة.

وينص ذات القانون على أن النشر يجري في إحدى الوسائل المؤهلة لنشر الإعلانات القانونية وفي إحدى وسائل الاعلان المتخصصة والمتعلقة بالقطاع الاقتصادي المعني.

ويجب أن يتضـمن الإعلان كيفية تقديم العروض وتحديد الخصـائص الأسـاسـية للعقد المراد إبرامه لاسيما موضوعه وطبيعته، كما يقتضي تحديد مهلة تقديم العروض[3].

وقد قرر قانون " Sapin " أن التقنية الوحيدة لإبرام عقود التفويض هي التقنية التفاوضـــية، والتي تتم بعد إجراء علانية كاملة ومنافســـة مســـبقة بما يحقق التوفيق بين مقتضـــيات الشـــفافية في الحياة الاقتصـادية ومبدأ الاعتبار الشـخصـي لعقد الامتياز، وذلك بعدما حاول البعض إخضـاع إبرام عقود التفويض إلى تقنية طلب العروض وفقا لنصوص تقنين عقد الشراء العام، غير أن المناقشات البرلمانية عدلت عن هذه الأفكار لأسـباب تتعلق بالأهمية الاقتصـادية لعقود تفويض المرفق العام[4]،

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، 2012، دار الجامعة الجديدة، ص 350.

[2] Voir l'Art 38 de la loi n° 93-122 « Un contrat par lequel une personne morale de droit public Confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité… »

[3] مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة الم ارفق العامة الامتياز- الشركات المختلطةBOT- تفويض المرفق العام، ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2009ص.484

[4] راجع في هذا الشأن د. إبراهيم الشهاوى، عقود التزام المرفق العام(B.O.T) المرجع السابق، ص 120 وما بعدها

إن الالتزام بقاعدة الإعلان المسبق من خلال تقديم عروض متعددة يتم التمييز والمفاضلة بينها يضمن الشفافية والمنافسة ويؤدي إلى اختيار أفضل العروض المقدمة.

غير أن المشرع الفرنسي استثنى بعض الحالات من التزام المنافسة والعلانية، وأتاح للإدارة اللجوء إلى الاتفاق المباشر مع أشخاص القانون العام والخاص، وذلك حين ترى توافر عناصر الاعتبار الشخصي وهذه الحالات هي :[1]

- عندما يقرر القانون احتكار خدمة أو نشاطا معينا لمصلحة مشروع معين
- عندما تقوم الإدارة بتفويض مؤسسة عامة لإدارة مرفق الامتياز ويكون المرفق من بين أنشطتها.
- ألا تتجاوز المبالغ التي تقع على عاتق المفوض إليه في عقود الامتياز 1700 فرنك فرنسي خلال مدة العقد
- إذا كان مشروع عقد التفويض قد طرح في منافسة سابقة، ولم يقدم أحدا عرضا فيه أو قدمت عروض غير ملائمة.
- ألا يكون من بين التفويضات التي يتم منحها بقرار.

2: المشرع التونسي

في تونس، توجد نصوص عامة تنظم طرق إبرام العقود الإدارية، بحيث غالباً ما توافق النصوص المتعلقة بعقود اللزمة على هذه الطريقة. حيث تنص المادة 19 من الأمر رقم 362 المؤرخ 19 فبراير 2007، على أن **" تسند لزمة المرفق العمومي بمقتضى عقد يرفق بكراس شروط يتضمن الشروط الخصوصية المتعلقة باللزمة. للبلدية أن تلجا إلى المنافسة لاختيار معاقدها ولا يمكن أن يحد ذلك من حريتها في اختياره على أساس الكفاءة والثقة التي يحظى بها لديها.**

يبرم عقد لزمة المرفق العمومي بين رئيس البلدية المانحة والمستلزم وتتم المصادقة عليه من قبل وزير الداخلية بعد أخذ راي وزير المالية ".

يتميز التشريع التونسي بتعايش نظامين في مسائل اختيار الملتزم. منذ البداية، كان اختيار المفوض من قبل الإدارة يتم بحرية ولا يأخذ في عين الاعتبار إلا شخصية المتعامل الذي ستتعاقد معه، ومع ذلك، في السنوات الأخيرة، أصبح منح عقود اللزمة مشروطا بتطبيق قواعد المنافسة.

إن إدراج المنافسة في عقود اللزمة كان في تونس مع قرار 9 أوت 1989 الصادر عن وزيري النقل والداخلية والمتعلق ببنود كراس الشروط الذي يجب أن يخضع له الناقلون المتمتعون

[1] راجع في هذا الشأن د. إبراهيم الشهأو ى، عقود التزام المرفق العام (B.O.T) المرجع السابق، ص 123.

بالتزام الاستغلال مرفق النقل العمومي للأشخاص الذي نص في فصله 15 على أن **" الاتفاقات تبرم بعد الدعوة إلى المنافسة بواسطة المناقصة أو طلب العروض"**.[1]

ومن جانب آخر أوجبت المادة التاسعة من قانون اللزمات العامة رقم (23) لسنة 2008 بأنه (باستثناء الحالات المنصوص عليها بالمادة (10) من هذا القانون يجب لاختيار صاحب اللزمة أن يقوم مانح اللزمة بالدعوة إلى المنافسة ضمانا للمساواة بين المترشحين ولشفافية الإجراءات وتكافؤ الفرص).

كما أن أهمية بعض القطاعات الاقتصادية وطابعها الفني ومشاركة بعض الشركات الأجنبية فيها كملتزمة تفسر استعمال أليات المنافسة، ذلك أن بعض المؤسسات الدولية تشجع السلطات التونسية على اعتماد إجراءات المنافسة والتي تهدف إلى طمأنة شركائها الأجانب واستدعاء هم للمشاركة في طلب العروض خاصة بعد إبرام اتفاقية الشراكة مع الإتحاد الأوروبي وسياسة الانفتاح الاقتصادي التي انتهجتها تونس في السنوات الأخيرة. فإجراء المنافسة يمكن الإدارة من اختيار أحسن المترشحين للتعاقد، ولكن في نفس الوقت يعلمان المترشح سواء كان تونسيا أو أجنبيا بشأن شفافية ومصداقية الإجراءات المعتمدة الإبرام العقود الإدارية، لكن هذا لا يتحقق إلا إذا احترمت الإدارة القواعد والإجراءات التي وضعتها مسبقا[2].

غير ان المادة العاشرة من قانون الالتزامات رقم (23) لسنة 2008 تضمن لصاحب التفويض الاختيار دون اللجوء الى نظام الدعوة الى التنافس في اختياره المفوض له عن طريق التفاوض المباشر وفق الحالات التالية:

- إذا تم الإعلان على أن الدعوة إلى المنافسة غير مثمرة.
- لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام.
- في حالة التأكد لضمان استمرارية المرفق العمومي.
- إذ تعلق إنجاز موضوع العقد بأعمال لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلا لشخص معين أو بنشاط يختص باستغلاله حامل براءة اختراع.

[1] حسناء الحاج مبارك، عقد اللزمة في الملك العمومي البلدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، 2011-2012، ص 24.
[2] حسناء الحاج مبارك، عقد اللزمة في الملك العمومي البلدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، 2011-2012، ص 24.

المبحث الثاني: صيغ ابرام عقود التفويض

يعتبر تفويض المرفق العام إحدى الآليات المهمة التي تتبعها الدولة لتحقيق مصـــالحها وتلبية احتياجات المجتمع. وتعد صـــيغ ابرام هذه العقود من أهم الأدوات التي تســـتخدمها الدولة لتنظيم وإدارة هذا النوع من العقود.

ويتطلب تعاقد الدولة مع شركات أو مؤسسات لتفويض إدارة المرفق العام، استخدام صيغ وإجراءات تضمن حماية مصالح الدولة والمجتمع، وتوفير ضمانات وحقوق للمتعاقدين في نفس الوقت.

لذلك، سنسلط الضوء على دراسة صيغ ابرام عقود تفويض المرفق العام وتحليل الأسس القانونية والمبادئ الأساسية التي يجب أن ترتكز عليها هذه العقود. في (المبحث الأول) ، سيتم التركيز على أهمية الطلب على المنافسة كأصل عام لإبرام عقود التفويض، ودوره في تحقيق العدالة والمساواة في المنافسة بين المتعاقدين، وتعزيز الشفافية والنزاهة في عمليات العطاءات العامة.

وفي (المطلب الثاني)، سنتناول دراسة التراضي كاستثناء لإبرام عقود التفويض، والأسس القانونية والمبادئ التي يجب أن ترتكز عليها عمليات التراضي، وكيفية ضمان حماية مصالح الدولة والمتعاقدين في هذه العملية.

المطلب الاول: الطلب على المنافسة كأصل عام لإبرام عقود التفويض في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199

لفترة طويلة، كان الإطار التقليدي لعقود تفويض المرفق العام يخضع لفكرة الاعتبار الشخصي، ولكن هذه الفكرة تغيرت اليوم بسبب التطورات القانونية والاجتماعية والاقتصادية؛ فمنذ صدور المرسوم التنفيذي 15-247 جميع عقود إدارة وتسيير المرافق العامة تخضع جميعها للعلانية والتنافسية، مما يسمح باستدراج أكثر من عرض، حيث يتم فحص العروض المقبولة من وجهة نظر فنية ومالية، ثم في مرحلة نهائية، يتم إجراء مفاوضات مباشرة بشأن العروض المقبولة، لتحديد العرض الأنسب الذي يحقق الهدف التعاقدي.

وعليه جاءت احكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 لتقرر ان الصيغة الوحيدة لإبرام عقود تفويض المرفق العام تكون بالطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة،...[1]

[1] المادة 08، المرسوم التنفيذي 19-188، السالف الذكر.

وتماشـيا مع ما تم ذكره فإن القاعدة العامة لإبرام عقود التفويض بموجب هذا المرسـوم هي الطلب على المنافسـة، حيث نظمت الهيئة التشـريعية هذا الإجراء، بسـلسـلة من الإجراءات إعمالا للشـفافية والمسـاواة ووفقاً لمبدأ المنافسـة والحد من صـلاحيات الادارة في اختيار من توكل لهم النهوض بعبء تسيير المرفق العام واستثماره، يتم ذلك عن طريق خلق جو من المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المتزاحمين بهدف تحقيق الغرض من تقنية التفويض وارسـاء العقد على المتعاقد الذي يوفر العرض الأمثل.

وانطلاقا مما سلف، سنناقش في هذا القسم مفهوم الطلب على المنافسة (الفرع الاول)، ومن زاوية أخرى، نناقش إجراءاته في(فرع ثان).

الفرع أول: مفهوم الطلب على المنافسة

لغرض الإلمام بمفهوم الطلب على المنافسة في عقود التفويض، سنقوم بمناقشته على قسمين مترابطين. يأتي القسم الأول لدراسة تعريف المنافسة وفقًا للتشريع الجزائري، بهدف فهم جوهر المنافسة وتطبيقها في النظام الجزائري. أما القسم الثاني، فيخصص لبحث خصائص المنافسة في هذه التقنية الجديدة، وكيفية استخدام المنافسة الصحيحة في تعزيز النمو الاقتصادي وتحقيق الفوائد العامة. وسيتم تحليل هذه المميزات بعناية، بهدف توضيح كيفية الاستفادة منها في تحسين الأداء الاقتصادي والإداري في الجزائر.

أولا: تعريف الطلب على المنافسة

هو ذلك الاجراء القانوني الذي يهدف الى التماس العطاءات وطرحها من عدد من المتنافسين في بيئة تنافسية، بما يضمن لهم فرص المشاركة في عملية الطلب على المنافسة بشرط الالتزام بشـروط العلنية، بالإضـافة إلى الحفاظ على مبدأ المسـاواة والشـفافية. حيث تتم عملية اختيارهم وانتقائهم بموضوعية.

حيث عرف التشريع الجزائري الطلب على المنافسة بأنه: " إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملاتهم الموضوعية في معايير انتقاءهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة"[1].

وتماشيا مع تم ذكره، فإن الطلب على المنافسة يعد النمط الامثل لتنافس المرشحين ضمن عقود تفويض المرفق العام، لأنه يضمن بما لا يدع مجالا لشك، تقدم كل الراغبين في التعاقد مع الادارة من ايداع عروضهم دون حد او قيد، مما يوفر مساحة أوسع للمشاركة، ويوفر بيئة تنافسية في ظل احترام مبادئ الشفافية.

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

وتجدر الإشـارة إلى أن المشـرع الجزائري لم يحدد الشـكل الذي يمكن أن يتخذه الطلب على المنافسة، على خلاف ما هو معمول به ضمن الأحكام الحالية التي تنظم الصفقات العامة، من خلال التحديد المنهجي للأشكال التي يمكن أن تتخذها طلبات العروض. مما يوسع نطاق مبدأ المنافسة.

ومن زاوية أخرى، نجد ان المشرع الجزائري سعى الى ضمان المساواة والوقوق على نفس المسـافة في معاملة المتنافسـين مكرسـاً الموضـوعية في معايير الانتقاء، مع شـفافية الاجراءات، بالتنصـيص على وضـع عدة متعاملين ضـمن منافسـة، ومنح التفويض للمرشـح الذي يقدم أحسـن عرض، بامتلاكه لضمانات المالية، والتقنية، والمراجع المهنية.

وهذا ما قرره بالنص على أن" يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية"[1].

وتأسيسا على ذلك اعتمد المشرع الجزائري في تعريفه لطلب المنافسة بناءً على أهدافه التي اقتصرها على تلقي عطاءات من عدة منافسين مع تمكين المنافس الذي يقدم أفضل عرض.

ولكن لا يفوتنا ان ننوه، بأن اتفاقية التفويض تخضع لمبادئ حرية الوصول للطلب العمومي، شفافية الإجراءات، المساواة في معاملة المترشحين، التي اكد عليها المشرع في المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[2]

وتجدر الاشارة هنا الى استحداث مبدأين جديدين اتى بهما المرسوم التنفيذي 18- 199 في مادته الثالثة لم يتم التنصـيص عليهما من قبل، على أنه" **"يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المسـاواة والاسـتمرارية والتكيف مع ضـمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية"**[3].

وانطلاقا مما سلف سنناقش المبدأين الحديثين من خلال النقاط الآتية:

1-مبدأ النوعية والجودة

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. م 11 ف 2.
[2] المرسوم الرئاسي رقم 247-15المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر
[3] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. م 3.

نتيجة للتطور المستمر للمرافق العامة، فرضت الضرورةُ وجود وخضوع الخدمة المقدمة من المرافق العامة لمراقبة النوعية وضرورة تحسينها لمقتضيات المصلحة العامة، إذ تعود أصول هذا المبدأ للقواعد المطبقة على الخدمات التي يؤديها القطاع الخاص[1].

ويقصد بمبدأ الجودة أن للمرتفقين الحق في الحصول على خدمة بأفضل نوعية، وجودة، وبأفضل سعر، وقد أثبتت الجودة في هذا المفهوم نفسها كأحد المبادئ التي تحكم تشغيل المرافق العامة منذ الثمانينيات من القرن الماضي، لأنها تجسد الرغبة في تحديث المرافق العامة، وتعكس رغبة السلطات العامة في الخروج عن منطق الكم والتفاعل مع النوعية.

يقع توفير الجودة والنوعية اللازمة للخدمة ضمن مسؤولية المفوض اليه، وهذا ما تم التأكيد عليه من قبل المشرع الجزائري بشأن قانون تفويض المرافق العامة الذي اشترط ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية[2] .

ويعد مبدأ تحقيق الجودة من المبادئ الحديثة التي تحكم المرافق العامة، والتي فرضه التطور العلمي والتقني وثورة المعلومات، ويعد منبع هذا المبدأ من النصوص للمجموعة الأوروبية، وتبنتها بعد ذلك عدة تشريعات ومنها المشرع الفرنسي[3].

2-مبدأ النجاعة في الخدمة العمومية:

يرتكز المرفق العام بطبيعته على مقومات اقتصادية واجتماعية بدونها لا أساس لوجوده، يُعبر عنها بفعاليته التي يرتبط بها نجاح النشاط المرفقي وبالتالي استمراريته. إن الفعالية الاقتصادية وبالتالي المالية هي الأساس، وتأتي من بعدها الفعالية الاجتماعية، ونعني بالفعالية الاقتصادية القدرات المادية للشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام فهي تشكل الدلالة على وجود الصلة بين تقنية التفويض من جهة وفكرة المنافسة التي تهدف إلى تأمين الشخص الأكثر فعالية لتحقيق النشاط المرفقي من جهة أخرى.

---

[1] مازن ليلو راضي وعلي يونس اسماعيل، التطور الحديث في المبادئ الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية، جامعة النهرين- مجلة كلية القانون، العدد 2017، 5ص

[2] جاء هذا المبدأ في نصوص عديدة، مثل المرسوم التنفيذي رقم 199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. م 3. المرسوم 88-131الذي ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، حيث تنص المادة 06منه على ما يلي':' تسهر الإدارة دوما على تكييف مهامها وهياكلها مع احتياجات المواطنين، ويجب أن تضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة "، وقانون الكهرباء والغاز رقم 02-01 لسنة 2002 في المادة 3ا لتي تنص على أنه "يعتبر توزيع الكهرباء والغاز نشاطا للمرفق العام، ويهدف المرفق العام إلى ضمان التموين بالكهرباء والغاز عبر التراب الوطني في أحسن شروط الأمن والجودة..."، المرسوم التنفيذي رقم 90-188المحدد لهياكل الإدارة المركزية وأجهزتها في الوزارات، تنص المادة 8/02على أنه": تتولى الإدارة المركزية في الوزارة على الخصوص ما يلي: - تسهر على تحسين نوعية خدمات المرافق العمومية وتحسين العلاقات بين الإدارة والمواطن"، وقانون رقم 2000-03 المتعلق بالبريد والاتصالات، حيث نص في المادة الأولى على أنه "... يهدف هذا القانون إلى: تطوير وتقديم خدمات البريد والمواصلات السلكية اللاسلكية ذات نوعية"... كما تضمنته المادة 2فقرة الثانية من قانون المياه بنصها على أنه: ‹‹ **ترمي الأهداف التي تدعو الى استعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة إلى ضمان ما يأتي :-التزود بالمياه عن طريق حشدها وتوزيعها بالكمية الكافية والنوعية لمطلوبة .**

[3] GUGLIELMI Gilles, KOUBI Genevieve, Op. Cit, p 455-456.

أما الفعالية الاجتماعية فتكمن فيما تؤديه المرافق العامة من خدمات للجمهور بصورة متساوية وفقاً لشروط معينة تحكم حق الدخول إلى المرافق العامة والانتفاع منها، بمعنى آخر، إن الفعالية الاجتماعية هي الضمانة المؤمنة لكل شخص في الاستفادة من المرفق العام ووفقاً للقواعد. إن الفعالية الاقتصادية والاجتماعية كقيد يرد على الشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام، تستهدف تأمين الخدمة بأفضل الوسائل والشروط وهي بذلك ترتبط بمبدأ قابلية المرافق العامة للتطوير التي تحكم سيره [1].

ثانيا: مكانة خصائص الطلب على المنافسة

ومن الجدير بالملاحظة، ما تعلق بأحكام المادة 10 من الأمر التنفيذي رقم 18-199، أنها تجعل شرط المنافسة وطنيا، **''يكون الطلب على المنافسة وطنيا''**

من خلال ما جاء في نص المادة السالفة الذكر، نلاحظ بأن المشرع جعل الطلب على المنافسة وطنيا فقط، ويعتبر ذلك بمثابة وضع حد لمبدأ المساواة بين المتعاملين، إضافة إلى اعتبار هذا بمثابة محاباة للإنتاج الوطني، وهو ما لا ينسجم مع قواعد التجارة العالمية التي تُفرض على بلدان العالم في الآونة الأخيرة، إن اقتصار المرسوم المتعلق بتفويضات المرفق العام على المنافسة الوطنية يمكن أن يعتبر كاستراتيجية اعتمدها المشرع من أجل ترقية الإنتاج الوطن[2].

الفرع الثاني: إجراءات ومراحل ابرام عقد التفويض (إجراءات الطلب على المنافسة)

يعتبر عقد التفويض من أهم العقود التي تتم في القطاع العام، حيث يتم من خلاله اختيار المفوض اليه المناسب لتنفيذ مرفق عام معين بالنيابة عن الجهة الحكومية المتعاقدة. ومن أجل ضمان حصول الدولة على أفضل الخدمات والمنتجات، يتطلب عقد التفويض اتباع إجراءات ومراحل دقيقة لإبرام العقد بطريقة قانونية وشفافة، ومن بين هذه الإجراءات تأتي إجراءات الطلب على المنافسة. ولذلك، ومن هذا المنطلق كان لزاما علينا تسليط الضوء على إجراءات ومراحل ابرام عقد التفويض، وخاصةً إجراءات الطلب على المنافسة، وتحليل كيفية تطبيقها بالشكل الصحيح، من أجل ضمان تحقيق أفضل النتائج وتحسين الأداء في القطاع العام. لذا سيتم استعراض الأسس القانونية والإجرائية التي يتم الاعتماد عليها في إجراءات الطلب على المنافسة، وكيف يمكن تطبيقها بشكل فعال ومنتج.

أولا-المرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام

---

[1] وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص.

[2] منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه، الطور الثالث. ورقلة، الجزائر: جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016_2015ص 19.

تقتضي عملية اختيار المتعاقد في عقود التفويض اتخاذ سلسلة من الخطوات، حيث يجب على السلطة العامة المخولة باتخاذ قرار التفويض تحديد الطريقة التي تتناسب وطبيعة المرفق العام المعني.

بعد ذلك، يتعين على الشخص المفوض أن يباشر سلسلة من الإجراءات التي تؤدي إلى اختيار المفوض اليه. وفي هذا الإطار، تتضمن اجراءات الطلب على المنافسة في عقود التفويض القيام مجوعة من الخطوات، من اجل تجسيد نجاعة الطلب العمومي والاستعمال الحسن للأموال العامة والمحافظة على حرية الوصول الى الطلب العمومي، وتحقيقا لمبدأ المساواة بين المتزاحمين، واصباغ شفافية أكبر في المعاملات، وفي سبيل كل ذلك، يتعين على السلطة العامة والتي خول لها منح التفويض ان تقوم باختيار طريقة التفويض (1)، ثم الإعداد المسبق لدفتر الشروط (2).

1- اختيار طريقة تفويض المرفق العام (مرحلة اتخاذ قرار اعتماد تقنية تفويض المرفق العام)

في إطار ممارسة اجراءات تفويض المرفق العام، وسعيا من السلطة المفوضة في التعبير عن رغبتها في ان تسلك طريق تسيير المرفق العام بتقنية التفويض، يقتضي منها اتخاذ جملة من الاجراءات، لاسيما، قرار اعتماد اسلوب التفويض في استثمار وتسيير مرفق ما، لصالح الغير، تحدد من خلاله الطريقة التي وقع عليها اختيارها والتي تعتزم بها تفويضه، والتي بالضرورة تتوافق مع طبيعة المرفق.

بما ان تحقيق تفويض المرفق العام لا يُحصر بأسلوب معين، بل هناك عدة طرق وانواع لتطبيق هذا الاسلوب، من بينها امتيازات المرافق العامة، والايجار، ومشاطرة الاستغلال، وعقود التسيير، لذلك، يتعين على السلطة مانحة التفويض تحديد الطريقة التي تنسجم وطبيعة المرفق محل اجراء التفويض، بناء على الاعتبارات التالية:

أ: انشاء المرافق اللازمة للمرفق العام:

قد يتطلب تنفيذ المرفق العام إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله. الامر الذي يقتضي من السلطة مانحة التفويض اختيار أسلوب الامتياز، لما يوفره لها من مزايا اقتصادية، غير انه يمكنها ان تتبنى أساليب أخرى في سبيل منحها لتفويض، متى ما كان تحقيق المرفق لا يستوجب إقامة منشآت وابنية، لاسيما، عقود التسيير، مرورا بالوكالة المحفزة، انتهاء عقود ايجار المرافق.

ب: تغطية تكاليف الاستغلال:

إذا كان المرفق يحقق إيرادات كافية لتغطية تكاليف الاستغلال فان الشخص العام مانح التفويض يختار طريق امتياز المرفق العام أما إذا كانت إيرادات استغلال المرفق غير كافية لتغطية التكاليف فيختار الشخص العام مانح التفويض طريقة مشاطرة الاستغلال أو عقود الإدارة. إذ يحصل المفوض إليه مقابل تشغيله لمرفق على اجر مقطوع يغطي نفقات تشغيل المرفق ويحقق له

الأرباح فضلا عن علاوات تعطي له ترتبط بنتائج الاستغلال كمحفز له، لتسحين جودة الخدمة. أما إذا كانت إيرادات المرفق العام ضخمة لتغطية تكاليف التشغيل وتزيد عليها فان الشخص العام مانح التفويض يختار في العادة طريقة إيجار المرفق العام إذ يلتزم المفوض إليه بدفع بدلات إيجار لمانح التفويض مقابل استغلاله للمرفق [1].

ت: نطاق رقابة الشخص العام:

في إطار مهمة تنفيذ مرفق عام، يقع على الإدارة عبء رقابة سير وتنفيذ هذا المرفق، فيتطلب منها ممارسة دورها الرقابي الذي يتوافق مع طبيعة المرفق والنمط المدار به، متى أراد الشخص العام التحلل من عبء الرقابة وتخفيفه، سلك مسلك تفويض المرفق بنظام الامتياز[2] وعقود الايجار[3]، لأنه يقتضي رقابة جزئية من طرفها، وعلى العكس من ذلك، تحتفظ السلطة المفوضة برقابة كلية بشأن عقود التسيير[4] والوكالة المحفزة[5].

ث: تحميل المخاطر والأعباء المالية على عاتق الشخص المفوض إليه:

مما لا شك فيه، ومن منظور إداري، أن أحد أهم ميزات تقنية تفويض المرافق العامة هو أن المفوض اليه يتحمل المخاطر المالية والفنية لإدارة المرافق والاستثمار فيها.

على سبيل المثال، جادل الفقيه الفرنسي والين Waline بأن المخاطر والأعباء المالية هما عامل وركيزة يدخلان في تكوين عقود التزام المرافق العامة (التفويض)[6].

---

[1]- د. مروان محي الدين القطب، مصدر سابق، صـ 482.

[2] المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر: **الامتياز** هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام. يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته **تحت رقابة جزئية** من طرف السلطة المفوضة. ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام..."

[3] المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر: **"الإيجار** هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر **وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة**..."

[4] المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر: **" التسيير** هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو
تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له. يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته **ورقابته الكلية**...".

[5] المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر **" الوكالة المحفزة** هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته. وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكنا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تحول بنفسها المرفق العام **وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية**..."

[6] M. Waline, Droit administrative, Paris, 1963.P 691.

ولما كان ذلك كذلك، وفي اطار توجه الشـــخص العام وما يتصـــوره في تحميل الشـــخص المفوض اليه غالبية مسؤولية المرفق والمخاطر التي تنطوي عليها، لاسيما، الأعباء مالية ، يسلك في اختياره طريق امتياز المرفق العام أو إيجار المرفق العام[1].

تجدر الإشارة إلى أن المفوض اليه مسؤول مسؤولية كاملة عن مخاطر الاستثمار في المرافق العامة، إلا أن المصـلحة العامة المنشـودة من النشـاط المرفقي، تقتضـي تحقيق شـراكة حقيقية بين الإدارة والمتعاقدين معها بما يعكس التكافل المالي بينهما، ووضـع الشـراكة موضـع التنفيذ بتضـامن في الاخطار والاعباء المالية مثل: المنح المالية والقروض والتســـهيلات، وكذلك إمكانية تغطية بعض التكاليف الاستثمارية.

وقد ســار في هذا الاتجاه الأســتاذ delvolvé عندما اعتبر أن معيار المخاطر والعب المالي وإن كان ضروريا إلا أنه لا يجب الأخذ به على إطلاقه بحيث تصبح الإدارة بحل من أية مسؤولية[2].

غير ان بعض الفقه يرى بأنه ليس من الضروري وجود مخاطر واعباء مالية للقول بأن العقد من عقود الالتزام (تفويض)، وفقا لهذا الرأي، يمكن ان تدار المرافق العمومية دون وقوع أي مسؤولية على عاتق المتعاقد، بل ذهب أصحاب هذا الرأي الى ابعد من ذلك، حيث اعتبروا ان عقود التفويض كفئة قانونية مستقلة، لا تتعلق بالضرورة بعامل المخاطر، ولا يشكل عنصرا ضروريا أو مرتكزا لتقنية التفويض[3].

ومع ذلك، إذا كان سيتم تقاسم مسؤولية المرفق ومخاطره مع المفوض إليه فتختار السلطة المفوضة في سبيل تسيير واستثمار المرفق طريقة الوكالة المحفزة او عقود التسيير[4].

---

[1] المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر: **الامتياز** هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام. **يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته** تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة. **ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام**، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام...".

المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر: "**الإيجار** هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية بدفعها لها ويتصرف المفوض له لحسابه **مع تحمل كل المخاطر** وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة..."

[2] G Vedel P. Delvolvé. Droit administrative, Edition Thomis. tome 2. Paris,1990

[3] J.F Auby. La delegation de service public. P. U. F collection, Que Sais- Je l er Edition, Paris. 1995. P.21.

[4] المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر: " **التسيير** هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، **بدون أي خطر يتحمله المفوض له**. يستغل المفوض له المرفق العام لحساب **السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام** وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية...".

=== المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر" **الوكالة المحفزة** هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته. **وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال**، وكنا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تحول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية..."

يعد اتخاذ قرار تفويض المرفق العام وتقدير الحاجة إليه من بين القرارات الحاسمة التي تتخذ كمرحلة أولية، والتي تفتح الباب نحو إبرام عقود تفويض المرافق العامة. وأبرز مكونات الدولة الضابطة والبدائل اللازمة لمواجهة عدم الفاعلية التي تشوب التسيير المحلي، وأساسا لترشيد المال العام عن طريق الانتقاء الصائب والحسن للمفوض له[1].

2- مرحلة الاعداد المسبق لدفتر الشروط

ان تنازل الدولة عن تسيير مرفق عام لصالح الغير يقتضي منها اخضاع هذه الرابطة لعقود اجرائية تلتزم من خلالها السلطة بإجراءات محددة وصارمة، فقبل ان تتوجه السلطة المخولة بالإعلان عن تفويض مرفق ما من خلال اجراء الطلب على المنافسة، يقتضي منها اعداد الشروط المرفقة بالعقد والمواصفات التي من المقرر أن يكون التعاقد عليها، شريطة أن تكون هذه الشروط عامة ومحددة للجميع، تحدد الإدارة دفتر الشروط، والذي يعتبر مرآة تعكس الغرض من العقد. باعتباره المعيار الذي يرسم ضوابط العلاقة التعاقدية التي ستربط بين كل من الإدارة مانحة التفويض والمفوض له.

أ: مفهوم دفاتر الشروط

تخضع عقود التفويض لجملة من الشروط وجب مراعاتها قبل الإعلان عن طلب المنافسة، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد الأحكام والشروط وفقا لرغبتها، وبإرادتها المنفردة، وباعتبارها صاحبة سلطة عامة. ضمن وثيقة تحدد شروط العقد. وهي عبارة عن سندات تنشأ على أساس عقد مبرم بين الادارة والعميل المتعاقد معه، لتحقيق مبدأ شفافية الإجراء، والتي من خلالها تتحقق بقية المبادئ الأخرى من حرية الوصول إلى الطلب العام، والمساواة، والتنافسية، والنزاهة.

وباعتبار تفويض المرفق العام عقد من العقود الإجرائية، فإن السلطة المفوضة ممثلة في الشخص العام، تقوم قبل الإعلان على الطلب على المنافسة بتحضير الشروط والأحكام المتعلقة بالتفويض وفقا لرغباتها وبإرادتها المنفردة، ضمن سند يدعى دفتر الشروط، هذا الاخير يرتب التزامات متبادلة في ذمة كل من الطرفين المفوض والمفوض له حال فوزه واختاره لتسيير المرفق محل الإعلان.

تعريف دفتر الشروط:

قدم الفقه عددًا من التعريفات لدفاتر الشروط، نذكر منها التعريف المقدم من الأستاذ حسن عبد الله حسن، والذي عرفها على أنها الكراسة التي تضعها اللجنة المختصة والتي تتضمن الشروط العامة والشروط الخاصة للعقد أو الصفقة المراد إبرامها، زيادة على الشروط والمواصفات الفنية المتمثلة في قوائم الأعمال المراد انجازها، أو الأصناف المراد توريدها، ونسخة من مشروع العقد

[1] سمية السلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 172.

المزمع إبرامه والمعايير التي يتم الاستناد عليها في إرساء الصفقة، زيادة على بيان الحقوق والالتزامات التي ترتبها على كلا طرفي العقد بعد إبرامها[1].

من التعريف المذكور أعلاه نستنتج أن دفتر الشروط عبارة عن مستند أعده الطرف المتعاقد قبل الشروع في إبرام العقد، ويحتوي على ثلاثة محاور رئيسية، المحور الأول هو قائمة المهام التي يتعين أداؤها أو العناصر المطلوب توريدها، والمحور الثاني هو الشروط العامة والخاصة لموضوع العقد، والمحور الثالث هو الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بعد إبرام العقد، بما في ذلك المعايير التي تستند إليها المصلحة المتعاقدة بشأن إرساء الصفقة.

ويعرف الدكتور **عمار بوضياف** دفتر الشروط بأنه" وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها، وكيفية اختيار المتعاقد معها. والإدارة حين تتولى إعداد دفتر الشروط في كل صفقة تستغل خبرتها الداخلية المؤهلة، وتجند كل إطاراتها المعنيين من اجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة"[2].

كما عرفه الدكتور **محمد الصغير بعلي** بأنه": عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقا بإرادتها المنفردة، بما لها من امتيازات السلطة العامة، حيث تنطبق على عقودها الإدارية وصفقاتها العمومية، مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة"[3].

استنادا الى ما سبق من تعاريف يمكن القول ان دفتر الشروط هو المستند الذي تعده السلطة المفوضة بمحض إرادتها وتحت وصايتها، والذي يحتوي على سلسلة من البنود المتعلقة بموضوع عقد التفويض والوثائق التأسيسية له، تتعلق بالشروط الواجب توافرها في المتزاحمين بشأن النداء للمنافسة، بالإضافة إلى الأسس أو المعايير التي يستند إليها اختيار المتعهد المفوض إليه، وأي شروط يتم بموجبها إبرام العقد وتنفيذه. لذا وجب على الشخص العام اعداد دفتر شروط يتماشى وقدرات المتنافسين، حتى يتمكنوا من تقديم عطاءاتهم.

ب: مضمون دفتر الشروط

يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذه، فما هو مضمون دفتر الشروط، وما الاهداف المرجوة منه، وماهي اجراءات اعداده. هذا ما سنعالجه الآن.

مشتملات دفاتر الشروط:

[1] حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق النصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجامعة الجديدة، ط ،2015الإسكندرية، ص81.
[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة 3. دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ،2011ص142.
[3] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005ص 48.

يشتمل دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام جزئين وهما كالاتي:

الجزء الأول: ''عنوانه دفتر ملف الترشح''

وهو يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المرشحين، وكذا الوثائق التي تشكل وثائق الطلب، وإجراءات وكيفيات تقديمها. الامر الذي يقتضي ان يحدد هذا الجزء معايير اختيار المرشحين لتقديم عطاءاتهم، آخذا في الاعتبار القدرات المهنية، الشهادات المؤهلة المطلوبة لإدارة مرفق عام على الوجه الحسن، مرورا بتوافر القدرات الفنية والتي تترجم في امكانات بشرية ومادية ومراجع مهنية، وصولا للقدرات المالية التي تبررها النتائج المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية.

الجزء الثاني: ''وعنوانه دفتر العروض ويتضمن ''

البنود الإدارية والتقنية: تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني. وكذا كل البيانات الوصـــفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

البنود المالية: التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له، أو لفائدة السلطة المفوضة، أو ذلك الذي يدفعه عند الاقتضاء مستعملو المرافق العام المعنى بالتفويض.

يجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفيات حسابه[1].

ومن الجدير بالملاحظة[2] وعلى المستوى الاجرائي، ومتى اقتضت الضرورة يجيز المشرع الجزائري وضع دفاتر شروط نموذجية تخص بعض المرافق العامة، وفق قرار مشترك من الوزير المسؤول عن المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.

ثانيا: إعلان الطلب على المنافسة

ويقصد من وراء ذلك ايصال المعلومة الى كل من لديه الرغبة في التعاقد مع الإدارة واطلاعه بكيفية الحصـــول على شـــروط العقد والنوع والمواصـــفات المطلوبة منه كعارض، وأين ومتى يتم تقديم الطلب على المنافسة.

بالإضافة إلى ذلك، يوفر نشر الطلب على المنافسة فرصة حقيقية لتزاحم الشريف للراغبين في إبرام عقود مع الإدارة. حيث يحقق مبادئ المساواة وتكافء الفرص أمام القانون. ويجعل العمل الإداري شفافًا ويسمح للسلطة التنفيذية باختيار العروض الاحسن ولأنجع.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 13

[2] المادة 14، نفس المرجع.

1: إجبارية الإعلان عن المنافسة

حسنٌ فعل المشرع حين نص على اجبارية الإعلان حيث يضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي، لأنه هو الذي يؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، فدون الإعلان لا يوجد مجالا حقيقيا للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة[1].

لقد نصت المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18 على هذه الإجبارية والتي جاء نصها كالآتي" يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة. ويجب إشهاره على الأقل، في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية"[2]. فالإعلان في حد ذاته هو إجراء شكلي أساسي يتعين على الإدارة مراعاته له في جميع أشكال صيغ الطلب على المنافسة.

وتقتضي صفة العلانية أن يتم نشر الإعلان بمختلف الوسائل التي حددها التنظيم وفقا للشروط المتعلقة بمحتوى الإعلان وآجال النشر وأوعية النشر ومدة النشر[3].

من جانبه، ألزم **المشرع التونسي** الإدارة بنشر إعلانات الصفقات العمومية عبر الصحافة وموقع "الواب" التابع للهيئة العليا للطلب العمومي، وذلك تحت فصل 21 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية. وفيما يتعلق بالشراءات العمومية الإلكترونية، يتم الإعلان عن المنافسة عبر منظومة الشراء العمومي على الخط "تونيبس"، والتي تعتبر الوسيلة الأكثر تطبيقية وفعالية لتحقيق الشفافية وتكافؤ الفرص. ومن هنا يتميز المشرع التونسي بنشر الإعلانات عبر البوابة الإلكترونية المخصصة للصفقات العمومية، مما يعزز الشفافية ويضمن المساواة وتكافؤ الفرص[4].

بالتالي، يمكن الاستنتاج أن اجبارية الإعلان عن المنافسة تعد جزءًا من جهود تكريس حرية الوصول إلى الطلب العمومي، وهذا يؤدي إلى تقليل حالات الخروج عن القانون والتجاوزات التي يمكن أن تؤثر على عمليات الشراء العمومية. كما يعزز هذا النهج آليات الرقابة ويحسِّن النزاهة في

---

[1] أحمد عميري، "دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247"مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، جامعة ابن خلدون بتيارت، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 18، جوان 2017، ص.226.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 25.

[3] **خرشي النوي**، تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 2011.ص.203.

[4] منصف عبد العزيز لعرابة، إبرام الصفقات العمومية والحكم الراشد في القانونين الجزائري والتونسي - دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ص 137.

العمليات الإدارية، ويسـرّع الإجراءات والتدقيق، ويوفر الوقت والجهد ويخفض التكاليف، ويحقق تقاربًا أكبر بين الإدارات والعملاء، ويضمن حماية الأموال. وبشكل عام، فإن هذا النهج يساعد على تجنب أي نفقات قد تؤثر على النظام الإداري والمالي بشكل كبير.

2: مضمون إعلان الطلب على المنافسة

لابد من التأكيد على أن الشـروط التي يطلبها المشـرع في الإعلان ملزمة للسـلطة التنفيذية كقاعدة عامة، لذلك وجب على السلطة المفوضـة مراعاة محتوى الإعلان، بما في ذلك المدة وكيفية اجراء إعلانه وعدد مرات إصداره، وإلا لترتب البطلان لعدم الامتثال لذلك.

وعلاوة على ذلك، فإن اختيار المتنافسين على عقود تفويض المرفق العام بقدر من الوضـوح وعدم السـرية اسـتوجبها المشـرع الجزائري،[1] وبذلك ان تكون كافة الاجراءات معلومة ومعروفة لكل من يرغب في التزاحم ضـمن هذه العقود، بفرض نشـر الاعلان بكافة الطرق والوسـائل وعلى نطاق واسـع في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، لتمكين المتنافسـين من تقديم عطاءاتهم.

ومن هذا المنطلق اسـتوجب المشـرع الجزائري،[2] في فحوى اعلان الطلب على المنافسـة مجموعة من المضامين التي تلزم السلطة المفوضة بتوفيرها في الإعلان. من تسمية السلطـة المفوضـة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، إن وجد، ولابد من ان توضـح صـيغة الطلب على المنافسـة، موضـوع وشـكل تفويض المرفق العام، المدة القصـوى للتفويض، شـروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، قائمة الوثائق المكونة لملف الترشـح، آخر أجل لتقديم ملف الترشـح، مكان إيداع ملف الترشح، مكان سحب دفتر الشروط، دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة، كيفيات تقديم ملف الترشـح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض). يجب أن يشـير إعلان الطلب على المنافسـة، إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة.

3: وسائل نشر الإعلان

اوجب المشـرع في طائفة عقود التفويض ان يتم اختيار المفوض له في إطار من المنافسـة والعلانية، ولا تتأتى العلانية الا بنشـر الطلب على المنافسـة في الصـحف اليومية. وذلك وفقا للمادة 25من المرسوم السالف الذكر، حيث اقتضى وجوبا أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 25.
[2] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 27.

وبأي وسيلة تراها السلطة مناسبة. ويجب العمل على إشهاره، على الأقل، في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية.

ولكن لا يفوتنا ان ننوه، ان المشرع كان الاجدر به ان يقحم تقنية الوسائط الالكترونية واستخدام الانترنت كوسيلة لنشر الاعلان بغية توسيع نطاق المنافسة وزيادة عدد المتزاحمين الراغبين في التعاقد مع الادارة، وتطوير فاعلية طرق التعاقد للحصول على أشخاص تتوفر فيهم الكفاءة والنجاعة للقيام بمهام المرفق العام.

ولكن لا يفوتنا ان ننوه، ان المادة 25 في شقها المتعلق بشأن اشهار الطلب على المنافسة يكون بالغة الوطنية واللغة الاجنبية، يثير اللبس والغموض، ويدعونا الى طرح اشكالية حول هذا النص.

فماهي اللغة الوطنية التي قصدها المشرع؟

فبرجوع الى احكام الدستور والبحث فيه نجد ان المشرع في مادته الثالثة يؤسس للغة العربية على انها هي اللغة الوطنية والرسمية بالنص. وغير بعيد منها نجد المادة الرابعة منه تنص كذلك على ان **تمازيغت** هي كذلك لغة وطنية ورسمية.

وانطلاقا مما سلف، فالأمر يقتضي من المشرع ان يتجنب أي مصطلح من شأنه ان يضفي عليه الغموض ويشوبه اللبس، الامر الذي يؤدي بنا الى تفسير خاطئ او الالتفاف على النص، وأخذه على غير الوجه المراد منه.

وعلى العكس من ذلك فقد أحسن المشرع في قانون الصفقات العمومية اذ نص على ان طلب العروض يكون محررا وجوبا باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على اقل تقدير.

ومن زاوية اخرى[1] قد تُعفى بعض المرافق، نظرًا لحجمها ونطاق نشاطها، من الإعلان الإلزامي في الصحف، بشرط أن تكون الدعاية الواسعة مضمونة بوسائل أخرى. ومهما يكن من أمر، فإنّه يتعين على السلطة المفوضة أن تعلل لجؤها لهذا الإجراء.

ثالثا: إيداع العروض

1: المقصود بإيداع العروض

العروض هي العطاءات المقدمة من الأفراد بشأن الطلب على المنافسة التي تم الاعلان عنه، والتي يتم من خلالها تبيان الوصف الفني لما يمكن لمودع الطلب القيام به وفقا للمواصفات المقدمة

[1] المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 26.

في الطلب على المنافسة، وكذلك تحديد السعر المقترح من قبل مقدم العطاء الذي يتم على أساسه إبرام العقد إذا تم منحه التفويض.

2: تحديد آجال تحضير العطاء

ويجب أن تقدم العروض في غضون المهلة الزمنية المحددة في إعلان السلطة المتعاقدة، والتي تبدأ من تاريخ أول نشر للإعلان في الجرائد اليومية الوطنية أو الإقليمية أو النشرة الرسمية للصفقات، شريطة أن يسري الأجل في اليوم الذي نشر فيه طلب على المنافسة، ويجب إدراج تاريخ ووقت إيداع العروض وتاريخ ووقت فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل سحبه من العارضين.

وهذا ما قضت به المادة 28،[1] والتي جاء فيها وجوبا على ان يأخذ في الحسبان تاريخ ايداع العروض، مدة لتحضير المتزاحمين لعطاءاتهم. حيث تعد هذه المدة مساحة لاستقطاب أكبر عدد من المشاركين.

ويعتبر الفاصل الزمني بين ظهور الإعلان وأجل إيداع العروض، فترة تحددها المصلحة المتعاقدة مع مراعاة وجوب تمكينها للمتنافسين من سحب دفاتر الشروط، والقيام بالحسابات والدراسات اللازمة واستخراج وتحرير الوثائق المطلوبة في دفتر الشروط، وذلك لإيداع العروض في الآجال المحددة[2].

ومن الانتقادات التي يمكن توجيهها لهذا النص وهو اعطاء سلطة تقديرية للجهة مانحة التفويض بأن تضع المهلة الزمنية لتحضير العطاء وإطلاق يدها في هذا الشأن، مما قد يعصف بمبدأ المنافسة، حيث كان الاجدر به، ان يحدد المدة لأن تحديد الآجال يؤسس لمنافسة حقيقية وعادلة ونزيهة، درءًا لاي محاولة تحايل من قبل الهيئة المفوضة. حيث يكون من المتعذر تحديد مقدار الخسارة التي تكبدها مبدأ المنافسة نتيجة لهذا الفراغ القانوني واستعماله على وجه لا يخدم نزاهة العملية التعاقدية.

وفي هذا الإطار[3] اقترح السيد خرشي النوي تحديد فترة دنيا لإعداد العروض لا تقل عن خمسة عشر يوما.

3: تمديد أجل إيداع العروض

قد تقتضي بعض الظروف تمديد أجل إيداع العروض، ويقع على الإدارة حينها أن تقوم بإشعار المتنافسين الذين سبق لهم وأن سحبوا دفاتر الشروط فضلا عن وجوب قيامها بالإعلانات

[1] المادة 28، من المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.
[2] نوي خرشي، مرجع سابق، ص.207.
[3] نوي خرشي، مرجع سابق، ص.217.

اللازمة في نفس أوعية النشر التي تكفلت بنشر الإعلان أولا.[1] وهذا ما نصت عليه المادة 28 من المرسوم السالف الذكر **"يمكن تمديد المدة المحددة الإيداع العروض مرة واحدة بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب معلل من أحد المترشحين.**

يخضع تاريخ إيداع العروض في حالة تمديده إلى قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من هذا المرسوم"

واستنادا لما سبق، فقد يتم تمديد الأجل المحدد لإعداد العطاءات إما بمبادرة من السلطة المفوضة وأحيانًا بناءً على طلب مبرر من أحد أو بعض المتنافسين مرد ذلك عدم كفاية الأجل المحدد سلفا. ويتبع هذا الطلب بموافقة من قبل الجهة المخولة متى رأت أن الطلب له ما يبرره، أو عندما ترى أن الظروف تتطلب ذلك بالفعل. لما استقر في رأيها. من وجهة نظرها.

والجدير بالذكر في بعض الحالات، واعتمادًا على الظروف المحيطة، يصبح التمديد ضروريًا. وتهدف المصلحة المتعاقدة فيها إلى تمديد الموعد النهائي لتقديم العطاءات بحيث يمكن الحصول على عطاءات بالعدد والقيمة المناسبة، استجابة للرغبة في خلق تزاحم حول الطلب على المنافسة للحصول على أفضل عطاء.

ويمكن أيضًا تقديم طلب التمديد من قبل عارض أو أكثر ممن يتنافسون، غير ان هذا الطلب إذا قدمه المتسابق، يجب أن يكون مبررا ومقنعا، وإلا فإن أي شخص متكاسل يمكنه عدم احترام المواعيد والآجال للاستفادة من هذا التمديد، والذي في جميع الحالات لا يفي بأهداف التفويض.

يقع عبئ اثبات عدم كفاية الآجال على طالب التمديد، وله ان يثبت ذلك بما يتاح له من مبررات لان ترك الآجال لأهواء العامة دون تحديد يؤثر سلباً على محل التفويض. لذلك من الضروري تحديد الإطار الزمني لتقديم طلبات التوسعة في الآجال، وفي حالة التمديد، يجب على السلطة المفوضة إخطار المتنافسين بالتمديد بجميع الوسائل القانونية المتاحة.

وتماشيا مع ما تم ذكره، تضيف المادة 28 الفقرة الاخيرة إذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإنه يتم تمديده إلى يوم العمل الموالي.

لا تؤخذ الملفات التي يتم استلامها بعد التاريخ أو الساعة القصوى المحددة في إعلان الطلب على المنافسة، بعين الاعتبار[2].

4: مضمون ملف الترشح:

---

[1] المرجع نفسه، ص .512

[2] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 29.

تُفصـــل النصـــوص التي تنظم تفويض المرافق العامة محتوى وثائق الطلب على المنافســـة، حيث تنص المادة 30 من المرســوم التنفيذي رقم 199/18 أن يتضــمن ملف الترشــح على الوثائق التالية:

- تصريح بالنزاهة،
-القانون الأساسي للشركة،

-مستخرج السجل التجاري،
-رقم التعريف الجبائي فـيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري، أو المترشحين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر،
-كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين مذكورة في دفتر الشروط[1].

ويوضــع ملف الترشــح في ظرف منفصــل ومقفل بإحكام، يبين فيها تســمية الهيئة المفوضــة ومرجع طلب على المنافسة وموضوعه "ويحمل عبارة " **لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض** "طلب على المنافسة رقم طلب المنافسة وموضوعها.

رابعا: مرحلة فتح وتقييم العروض

أوكلت أحكام المرسـوم التنفيذي[2] المتعلق بتفويض المرافق العامة مهمة فتح المظاريف وتقييم العطاءات إلى لجنة واحدة وهي لجنة **اختيار وانتقاء العروض،** لضـــمان أعلى درجات الشـــفافية وتجســيد مبدأ المســاواة. يمر العارض في التفويض بمرحلتين يتم فيهما تحديد الفائز، وتنعكس هذه الشكليات على مرحلتين:

فبعد انتهاء الموعد النهائي لتقديم العروض المحددة في الإعلان، تأتي المرحلة الاولى مرحلة فتح العروض(1). ثم تقوم نفس اللجنة في اليوم الموالي لجلســـة فتح المظاريف بدراســـة ملفات الترشح(2).

1: مرحلة فتح الأظرف

يتم تنفيذ مهمة فتح المظاريف من قبل لجنة مستحدثة من قبل السلطة المفوضة لاختيار وانتقاء العروض، والتي عهد إليها بالرقابة الداخلية المسبقة من قبل المشرع[3]، والتي تفتح المغلف كمرحلة أولية في جلسة علنية، وتسجل جميع المستندات المقدمة من المرشحين[4].

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 30.
[2] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 31.
[3] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 75.
[4] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 31.

تتكون اللجنة من ستة (06) موظفين مؤهلين تابعين للسلطة المفوضة.[1] يتم اختيار أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض نظرا لكفاءاتهم، لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد[2]، من بينهم الرئيس. يعينهم مسؤول السلطة المفوضة. ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة.

يمكن اللجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه، بحكم كفاءاته، أن ينيرها في أشغالها[3].

صلاحيات لجنة اختيار وانتقاء العروض

وقد حدد المشرع ضمن المرسوم التنفيذي 199/18 قواعد سير هذه اللجنة، كما حدد مهامها، حيث تكلف لجنة اختيار وانتقاء العروض بما يلي:

أ: عند فتح العروض

تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض المنصوص عليها في المادة 75من هذا المرسوم، التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص، وفي جلسة علنية وفي مرحلة أولى، بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين وإعداد القائمة الاسمية للمترشحين أو المترشحين الذين تم انتقاؤهم، حسب الحالة، وتاريخ وصول الأظرفة.

وفضلا على ذلك تُعد لجنة اختيار وانتقاء العروض قائمة الوثائق التي يتكون منها كل ملف تعهد، وكل عرض، وتُحرر محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة. وعند الاقتضاء، تقوم اللجنة بتحرير محضر عدم الجدوى يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة بالإضافة الى تسجيل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة[4].

ب: عند فحص ملفات التعهد:

تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بـ:

-دراسة الضمانات المالية والمهنية والتقنية للمترشحين وكذا كفاءاتهم وقدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط.

-إقصاء ملفات التعهد غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 75.
[2] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 76.
[3] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 75.
[4] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 77.

-إعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم عروضهم وتبليغها للسلطة المفوضة

تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة

-تحرير محضر عدم الجدوى عند الاقتضاء، يوقعه كل لأعضاء الحاضرين خلال الجلسة

- تسجيل أشغالها المرتبطة بدراسة الملفات في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه مسبقا من مسؤول السلطة المفوضة[1].

ت: عند فحص العروض:

-دراسة عروض المترشحين المنتقين أوليا

-إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط

-إعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط مرتبة ترتيبا تفضيليا

-تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة

-تحرير محضر عدم الجدوى عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة

-تسجيل أشغالها المتعلقة بدراسة العروض في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة

دعوة المرشحين الذين تم انتقاؤهم كتابيا وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة لاستكمال عروضهم عند الاقتضاء[2].

ث: عند المفاوضات:

-دعوة المترشح أو المترشحين الذين تم انتقاؤهم المعنيين بالمفاوضات عن طريق مسؤول السلطة المفوضة

التفاوض مع كل مترشح معني بالمفاوضات، كل على حدة، مع احترام بنود اتفاقية التفويض المحددة في المادة 48 أعلاه،

-إعداد محضر المفاوضات على إثر كل جلسة تفاوض

- تحرير محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبا تفضيليا

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 77.
[2] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 77.

- اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض[1].

2: تقييم العروض

تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة لاحقة وضمن جلسة مغلقة، بالقيام بدراسة ملفات المتنافسين ابتداء من اليوم الموالي لجلسة الفتح.

على إثر هذه المرحلة، تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل، طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة. تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من طرف المترشحين المقبولين وتقييمها، حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط. تقوم بعدئذ، بإعداد قائمة العروض، مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب "النقاط" المتحصل عليها[2].

تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين، بكل وسيلة ملائمة، إلى سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم.[3] غير أنه لا يمكن المترشح المقبول أن يقدم أكثر من عرض واحد[4].

خامسا: مرحلة المنح المؤقت (مرحلة الإرساء والاعتماد)

بعد فتح المظاريف وتقييم العطاءات من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، تتخذ السلطة المفوضة موقفا إزاء المتنافسين وتختار أفضل عطاء لمنحه التفويض.

ويتم البت في نتائج النداء لطلب على المنافسة عن طريق المنح المؤقت لتفويض أو إلغاءه من طرف السلطة المخول لها اصدار قرار التفويض، لذلك، قبل اقرار المنح نهائيا، من الضروري المرور بمرحلة المنح المؤقتة.

1: إرساء عقد التفويض

إرساء عقد التفويض يعني تأكيد صحة وسلامة الإجراءات والخطوات التي اتخذتها الإدارة المسؤولة عن عملية التعاقد العمومي، والتي تمكنت من اختيار مقدم الخدمة الأفضل فيما يتعلق بالجودة والسعر والموثوقية.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 77.
[2] المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 31.
[3] المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 32.
[4] المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 33.

يتم إرساء عقد التفويض بعد انتهاء جميع المراحل الخاصة التي تم ذكرها سلفا، وتأكد الإدارة من صحة وشفافية الإجراءات التي تم اتخاذها، وعدم وجود أي مخالفات أو تجاوزات قد تؤثر على سلامة العملية. ويتم ذلك من خلال الإعلان المؤقت لمنح عقد التفويض.

أ: الإعلان عن المنح المؤقت لتفويض

يشكل الإعلان عن المنح المؤقت لتفويض جزءًا هامًا من عملية المنافسة العامة، ويهدف إلى إبلاغ الجمهور والمتعهدين المحتملين بأن الإدارة قررت إسناد عقد التفويض إلى شخص ما بشكل مؤقت وأن هذا الإسناد يمكن أن يصبح نهائيًا إذا تم تحقيق جميع الشروط اللازمة لإبرام العقد.

يساعد الإعلان عن المنح المؤقت لتفويض في تحفيز المتعهدين الآخرين على المنافسة بشكل أكثر فاعلية وزيادة احتمالية تقديم عروض منافسة. ويوفر الإعلان عن المنح المؤقت لتفويض أيضًا فرصة للمتعهدين المحتملين للتحقق من صحة الإجراءات المتبعة ومعرفة المزيد عن العقد والمتطلبات المتعلقة بها.

إن الترسية المؤقتة اوما يعرف بإعلان المنح المؤقت لتفويض، ماهي الا تتويج لجميع الإجراءات التي سبقتها، من تحديد الحاجات المراد اشباعها من خلال إجراءات تنافسية إلى تعيين فائز مؤقت بالتفويض. فالمنح المؤقت إجراء معلوماتي تقوم من خلاله إدارة التعاقد بإخطار كل ذي مصلحة من عارضين وجمهور، باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، من خلال الحصول على أعلى الدرجات من حيث العرض الفني والمالي. ولا يعتبر المفوض حائزا نهائي إلا بعد النظر في الطعون ان وجدت.

حيث يتم إخطار المتسابقين باسم المفوض اليه الحائز على المنح المؤقت، والذي ترغب الإدارة التنازل له عن تسيير المرفق محل الدعوة للمنافسة، مع الإعلان المتضمن جميع معايير التأهيل والنقاط التي تم الحصول عليها والتي تتناسب مع محتوى دفتر الشروط، وكذا الاسعار وكل موضوع من شأنه ترجيح الكفة في التنافس لصالح عارض ما.

ومن هذا المنطلق ومع مراعاة مبدأ العلانية والشفافية، يقتضي على السلطة المفوضة أن تعلن عن المنح المؤقت من خلال الوسائط والمستوعبات التي يتم بها نشر طلب على المنافسة. مع تبيان السعر وتواريخ التفويض وجميع العناصر التي من شأنها ان تؤدي لاختيار المفوض له.

ب: الطعون والآجال

ان عدم إدراج اجراءات الطعون في مسائل التنافس لا يخدم شفافية الاجراء والتنافس والتدابير المنتهجة من طرف السلطة المانحة. لذا يعد تكريس الطعون دعامة لدولة القانون، لذا فإن إعمال إجراء المنح المؤقت يرتب حقوق والتزامات تلحق المتنافسين دون غيرهم، مثل حقهم في الطعون ومعارضة قرار المنح بالإلغاء او السحب او التعديل.

وبناءً على ذلك، يمنح التفويض للمنافس الذي تم اختياره مؤقتًا، حتى نهاية الآجال القانونية لتقديم الطعون بشأن التفويض الممنوح مؤقتًا. ضمن آجال يمكن أي مترشح شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي البسيط بعد الاستشارة أن يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض. بأن يرفع طعنا لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوما، ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض.

تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوما، ابتداء من تاريخ استلامها الطعن وتبلغ اللجنة قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن[1].

ج: اعتماد المنح

وانطلاقا مما سلف، وبالرغم من الطابع الجوهري الذي تكتسيه مرحلة ترسية اتفاقية التفويض على المستوى الاجرائي، الا انها لا تمثل المرحلة النهائية الاجرائية. فانطلاقا على ما اسفر عليه المنح المؤقت ودراسة الطعون المرافقة له ان وجدت كان من الضروري ان يوضع الطلب على المنافسة موضع التنفيذ واسبال الصبغة القانونية عليه باعتماده، وبدء الاجراءات التعاقدية لإعطاء تصرف السلطة العامة

صبغة قانونية وسمية، والاعلان عن استكمال تدابيرها، فالترسية المؤقتة على الرغم ما تكتسيه من مزايا لكل ذي صفة ومصلحة يبقى اجراء مؤقت.

وعلاوة على ذلك، وفي حالة رفض المترشح المتحصل على المنح المؤقت للتفويض استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيعها، يجوز السلطة المفوضة، بعد إلغاء المنح المؤقت للتفويض، أن تلجأ إلى المرشح التالي الذي يرد اسمه في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات وتقييم العروض الذي أعدته لجنة اختيار وانتقاء العروض[2].

بعد استكمال فترة الطعون والآجال المنصوص عليها ضمن المادة 42 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، تقوم السلطة المفوضة المنوط بها اعداد اتفاقية التفويض وابرام الاتفاقية مع المرشح المقبول من قبل لجنة اختيار وانتقاء العروض، بتقديم وجوبا نسخة من الاتفاقية للمرشحين المقبولين[3].

يجوز للجهة المخولة بإبرام اتفاقية التفويض واثناء كل مراحل الابرام اعلانها إلغاء الاجراء، الامر الذي يقتضي خضوع إشهار قرار إلغاء التفويض إلى نفس قواعد إشهار الدعوة للمنافسة المنصوص عليها.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.
[2] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 43.
[3] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 43.

وفي نفس الصـدد تقوم السـلطة المفوضـة بإخطار لجنة تفويضـات المرفق العام، وذلك بعد إلغاء وإشهار إجرائها بشأن تـفـويض المرفق العام[1].

من الانتقادات التي يمكن ان توجه لهذا النص بأنه لم يؤســس للأســباب او الدوافع التي من شأنها أن تحمل السلط المفوضة في الاقدام على الغاء اجراء التفويض.

وحسـنا فعل في قانون الصـفقات العمومية، عندما اسـس لدوافع الغاء اجراءات المنح ضـمن المادة 73 منه، حيث اورد انه بإمكان المصـــلحة المتعاقدة واثناء أي مرحلة من مراحل ابرام الصفقة، اعلان إلغاء الاجراء. عندما تتعارض مع الصالح العام.

وفي مقابل ذلك، وتكريسـا لدولة القانون، يجوز لأي مترشـح يعترض على قرار إلغاء إجراء التفويض، التظلم أمام لجنــة تفويضات المرفق العام، خلال مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ إعلان قرار الإلغاء[2].

2: الإقصاء من المشاركة في الطلب على المنافسة

أحاط المشرع السلطة المفوضة بصلاحيات واسعة النطاق تجاه من يرغبون في التعاقد معها، حرصـا لتحقيق المصـلحة العامة، والحفاظ على سـير المرافق العامة بانتظام واضـطراد، وتعزيزا للاقتصاد الوطني، ومكافحة جميع أشكال الفساد في مؤسسات الإدارة العامة.

ونظرا لطبيعة تقنية التفويض، تعين على المشـرع الجزائري ان يحيطها بقواعد قانونية، بغية ترشيدها وتسريع استخدامها. بالإضـافة الى سـلامة الإجراءات التعاقدية. ونتيجة لذلك، فقد خصـها بنظام قانوني له قواعد صـارمة وسـمات مميزة، لاسـيما، ما تعلق بالمنافسـة بين مقدمي العطاءات، وطرق اختيار المفوض، مرورا بتدابير الابرام، ونهايةً بالتنفيذ.

وفضلا على ذلك، وبالرغم ان قوام التفويض هو حرية المنافسة، والتي يضمن فيها حق جميع المتنافسـين في المشـاركة، ونتيجة لذلك، لا يمكن لسـلطة المفوضــة منع أي متقدم للمنافسـة وتقديم عطائه.

وعلى العكس من ذلك فهذه الحرية ليسـت على سـبيل الاطلاق (مطلقة)، فالأمر يقتضــي من السـلطة المفوضــة أحيانا اسـتبعاد مترشـح ومنعه من المشـاركة تماشـيا مع ما تفرضــه التنظيمات والقيود القانونية.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. المادة 45.
[2] المادة 46من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

وعلى المستوى الاجرائي نصت المادة 47من المرسوم رقم 18-199، على الإقصاء من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام، حيث جاء فيها ما يلي:
''يقصى، مؤقتا أو نهائيا، من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام، المتعامل الذي يرتكب أفعالا أو أعمالا محل إجراء من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة **75**من المرسوم الرئاسي رقم **15-247...**''

وتأسيا على ذلك. يعد الاستبعاد من المشاركة من أهم القضايا التي يعالجها قانون تفويض المرفق العام، باعتباره شرطا ضروريا لإقامة منافسة عادلة بين العارضين وحماية المرافق العامة.

واستناد على ما تقدم، سنقسم هذا الموضوع الى فقرتين، نناقش في القسم الأول منه، مفهوم الاقصاء، ونخصص القسم الثاني لصور واشكال الاقصاء.

أ: المقصود بالإقصاء

ونقصد إقصاء صاحب العطاء الذي صدر في حقه حكم نتيجة لارتكابه جريمة من جرائم الصفقات العمومية، من الدخول في المناقصات التي تعلن عنها الإدارة، وهذا يعتبر جزاء يوقع عليه. وذلك لأخطاء ارتكبها الشخص الطبيعي أو المعنوي في تعاقداته السابقة مع الإدارة[1].

ويمكننا ان نعرفه: بأنه القرار الذي تتخذه سلطة التعاقد بمنع وحرمان واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من التقدم للمشاركة في الصفقة التي توفرها هذه الاخيرة، مما يؤدي إلى رفض نهائي أو محدد المدة. للعروض المقدمة من الشخص محل الاجراء، حتى لو كان هذا العطاء الأفضل من حيث الجودة أو الأقل سعرًا.

الطبيعة القانونية لإجراء الإقصاء

تُعَدُّ عملية الإقصاء من بين الصلاحيات الاستثنائية البارزة التي تمنح لأجهزة إدارة التعاقد، وتُعَبِّر صراحةً عن سلطة الادارة العامة. ويتيح هذا الإجراء لتلك الأجهزة القدرة على توقيع عقوبات مماثلة دون الحاجة إلى الرجوع إلى القضاء، ما يعزز سلطتها ويمنحها سيطرة أكبر على العملية الإدارية.

هناك عدة جوانب لعملية الاستبعاد، فهي من ناحية عقوبة للمخالفين، ومن ناحية أخرى هي إجراء وقائي واحترازي، قبل منح التفويض أو المعاملة بشكل عام. حرصا منها على ضمان وسلامة التعامل العمومي ضمن مجال التعاقد، وكذا تكريس المصداقية التي تنشدها المصالح المتعاقدة.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الادارية الابرام، التنفيذ في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 157.

الأساس القانوني لحالات الإقصاء ودواعيه

يكتسي موضوع الاقصاء أهمية بالغة لكل من السلطة المفوضة، او المتنافسين، من حيث القدرة على تطبيق الشفافية ومبدأ المساواة، وتطبيقا لما سلف يستوجب على المصلحة المتعاقدة الاعتماد على اسس واطر قانونية، اوجبها المشرع بمناسبة وضع هذا الاجراء الخطير موضع التنفيذ. فماهي الاسس القانونية التي تعتمد عليها السلطة المفوضة بموجب ممارستها لهذا الاجراء؟ وما الاهداف المرجوة منه؟

- المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم المؤرخ في 07-10-2010 المتعلق بتقنين الصفقات العمومية، ج ر 58.

-القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011 يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر ع 24 المؤرخة في 10 أفريل 2011.

-المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن نظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر ع 50.

-القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية بتاريخ 19 ديسمبر 2015 يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، جرع 17 المؤرخة في 16 مارس 2016.

ولعل من المفيد ان نؤكد على انه من خلال النص على هذا الاجراء، هدف المشرع إلى تحقيق عدة أهداف من ابرزها، ضمان حسن سير المرافق العامة من خلال ضمان تنفيذ اتفاقيات التفويض بشكل صحيح وبالطريقة المثلى ضمن الآجال الزمنية المحددة. وتأمين الحماية اللازمة للمال العام ومكافحة الفساد. بل يعتمد نجاح العملية العقدية أولاً وقبل كل شيء على الخيارات الجيدة، الامر الذي يقتضي من السلطة المتعاقدة التأكد من إبرام العقود مع أشخاص في حالة مالية جيدة وثبتت نزاهتهم وتأكد استعدادهم للوفاء بالتزاماتهم.

دواعي الاقصاء في تقنية التفويض:

مما لا شك فيه، وكسائر التشريعات، اعتنق المشرع الجزائري فكرة حرية المنافسة، ووضع قواعد ناظمة لمجال تفويض المرفق العام، بما يوفر حرية المشاركة، والدخول إلى المنافسة لكل من يرغب في إبرام عقد مع الإدارة وقت التعاقد.

الا انه على الرغم من ذلك، قد تجد الجهات المفوضة في سبيل اعلان تفويض مرفق ما، انها أمام متنافسين لا يستوفون الشروط المطلوبة، سواءٌ حرموا من المنافسة بنص القانون، او لان المرشحون الذي يمثلون محل الاقصاء، كانوا يهدفون الى خلق ممارسات تتنافى والمنافسة بغية الحصول على مزايا اقتصادية او احتكار السوق، وفق بسط السيطرة الاقتصادية على حساب

الاخرين، فهذا ما الزم المشـرع بوضـع قيودا وضـوابط لتنظيم ممارسـة هذه الحرية. الامر الذي اقتضـى منه مزامنة ومعاصـرة كل التطورات الحاصـلة في مجال تنظيم التعاقد الاداري، من خلال وضـع مجموعة من القواعد لمجابهة الفسـاد وتحقيق مبدأ التفاضـل، حتى ولو كان قيدا على مبدأ المنافسة.

وللإحاطة بموضوع دواعي الاقصاء لابد من الاجابة على التساؤلات التالية:

ماهي القيود التي ترد على مبدأ المنافسـة التي أشـار اليها المشـرع؟ وماهي الفئات المسـتبعدة من المشـاركة على الطلب على المنافسـة؟ وماهي القيود المتعلقة بطبيعة التفويض؟ وما هو نطاق اختصـاص السـلطات المفوضـة في تحديد معايير اختيار المرشـحين لدخول في التنافس ضـمن تقنية التفويض؟

حالات الاقصاء من المشاركة في اجراءات تفويض المرفق العام

"يقصى، مؤقتا أو نهائيا، من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام، المتعامل الذي يرتكب فعلا أو عملا محل إجراء من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في 75من المرسوم الرئاسي رقم، 15-247....."[1].

هذه حالات محددة حصرا، تم التنصيص عليها ضمن المادة **75**من المرسوم الرئاسي رقم، 15-247حيث يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون**:**

[1] مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

-الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71و 74أعلاه،
-الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
-الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
-الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية،
-الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية،
-الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحساب شركاتهم،
-الذين قاموا بتصريح كاذب،
-المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعد أن كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع،
-المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89من هذا المرسوم،
-المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،
-الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،
-الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84من هذا المرسوم،

-المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،

- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم،

توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية[1].

ب: صور وأشكال حالات الإقصاء

على الرغم من ان السلطة العامة مانحة التفويض تتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن ابرام عقد تفويض المرفق العام، لا تستطيع منع المتنافسين من تقديم عطاءات للمشاركة في اجراءات تفويض المرفق العام. الامر الذي يقتضي ان هذه الحرية ليست مطلقة، بل تحكمها قيود قانونية وتنظيمية تؤدي إلى اقصاء المترشح اقصاءً مؤقتاً أو نهائياً.

وحيث من الثابت، تنظيم المشرع لهذا الاجراء الخطير بموجب المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، والذي كان كافياً لحصر الأشخاص المستبعدين من المشاركة في اجراءات

[1] المادة 75من المرسوم الرئاسي رقم ،247-15المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر.

تفويض المرفق العام، دون تحديد ما إذا كان الاقصـــاء أمراً مؤقتًا أو نهائيًا أو تلقائي أو عن طريق مقرر.

الإقصاء المؤقت:

بمناسبة ممارستها لما خوله لها القانون بشأن حالات الاقصاء المؤقت، يتم استبعاد المتعاملين مع السـلطة العامة مانحة التفويض، سـواء كانوا أشـخاصًـا طبيعيين أو اعتباريين. لذلك، فإن قرار اقصاء المتنافسين يعد قرار فردي لشخص معين بغرض حرمانه من المشاركة في جميع المعاملات المعلنة، لفترة زمنية معينة، محددة قانونا، على أن يستعيد حقه في العودة للتنافس بعد تسوية وضعه القانوني، وتأسيسا على ذلك يـــكـــون الإقـــصـــاء من الـــمـــشـــاركـــة بصفة مـؤقتـة أو نـهـائيـة .كمـا يكون تلقائيا أو بموجب قرار.

الإقصاء المؤقت التلقائي

ان اســتخدام الســلطة المتعاقدة لجهود وامكانيات المفوض له، بغية تشــغيل مرافقها بانتظام واضـطراد وتحقيا لمصـلحة العامة، يقتضـي منها الحرص في اختيارها لمن توكل اليه هذه المهمة، ضمن مجموعة من الشروط والمعايير التي حددها القانون.

ومن هذا المنطلق فإن التنفيذ الجيد لمهمة مرفق ما يعتمد على حســن اختيار المتعاقد مع الادارة. ونتيجة لذلك، كفل المشرع للسلطة المفوضة اقصاء أي مرشح مؤقتا وتلقائيا من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام، اذا ما تم توافر شـروط على سـبيل الحصـر قضـى بها المشـرع بمناسبة ترتيبه لهذا الاجراء.

فالإقصـــاء المؤقت التلقائي لا يحتاج إلى أي مقرر بثته، لأن اسـمه يدل عليه فيكون المتعامل تلقائيا في وضـعية ابعاد وإقصـاء من الترشـح للمشـاركة، متى توافرت إحدى الحالات التي نصـت عليها المادة 03 من القرار الوزاري والمتمثلة في[1]:

-المتعاملين الذين هم في حالة تسوية قضائية، أو الصلح إلا إذا أثبتوا أنهم مرخصون من قبل العدالة لمواصلة نشاطاتهم.

تبدو حالة الاقصـاء منطقية لأنه من غير المعقول تخصـيص المعاملات العامة ذات المصـلحة العامة للمتنافسين غير قادرين اقتصاديًا، وبخلاف ذلك حيث يتيح المشرع للمتعهد في حالة الإفلاس أو التسوية أو الصلح بالتنافس حال إثبات وجود إذن قضائي بمواصلة النشاط.

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15/247 ط 5. دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2017, ص 265.

-الـذين هـم مـحل إجـراء الـتـسـويـة الـقـضـائـيـة أو الـصـلح، إلاّ إذا أثـبـتـوا أنـهم مـرخـصـون مـن قـبل الـعـدالـة لمواصلة نشاطاتهم،

إذًا فنظام الافلاس يحرم كل متعامل متعاقد من الدخول مجال المنافسة في إطار الصفقات العمومية، وذلك لعدم توفر عنصر الثقة في شخص المترشح، لكن قد تتراجع الجهة الإدارية عن قرارها بالإقصاء المؤقت التلقائي اذا اثبتوا هؤلاء المتعاملين وجود ترخيص من العدالة لمواصلة نشاطاتهم[1].

-الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية،

حيث يعد الوفاء بالضرائب من أهم التزامات الواقعة على كل من يرغب في التعاقد مع الادارة تجاه الخزينة العمومية. لذلك، ينتج عن كل انتهاك لهذا الالتزام عقوبة الاقصاء المؤقت التلقائي، لذلك يعتبر عدم الوفاء بالالتزامات الضريبية موجبا لتنفيذ الاقصاء، طالما أن المتعهد لم يسعَ الى تسوية وضعيته الجبائية مع السلطات المختصة.

-الـذين لم يـسـتـوفـوا الإيـداع الـقـانـوني لحـسـابـات شركاتهم،

وعليه، فإن أهم الالتزامات التي تقع على المتنافسين هو ايداع حسابات شركاتهم لدى مصالح السجل التجاري، حيث الاخلال بهذا الالتزام، يرتب الاقصاء تلقائيا من المشاركة في اجراءات تفويض المرفق العام، الامر الذي يقتضي من السلطة المتعاقدة رفض عرض كل مترشح لا يتضمن ما يثبت قيامه بإيداع الحسابات. مرد ذلك، حماية للصالح العام، وضمانا لسير مرافقها بانتظام واضطراد.

-الـذين تـمـت إدانـتـهم بـصـفـة نـهـائـيـة مـن قـبل الـعـدالـة بسبب غش جبائي أو تصريح كاذب أو مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية،

ومن أجل حماية الأموال العامة، نص التشريع الجزائري على أنه يجوز اقصاء أي مترشح ثبتت إدانته صراحةً بجريمة التهرب الضريبي، أو تقديم معلومات مضللة من أجل تغليط الجهة المفوضة بشأن وضعه القانوني.

وبالإضافة إلى ذلك، يشترط التشريع على كل مترشح أن يقدم تصريحا بالنزاهة من اجل تكريس قواعد الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال التعاقد. أي خرق لهذا الالتزام يؤدي حتما إلى اقصاء العميل تلقائيا من مجال التفويض لمدة ثلاث سنوات[2].

---

[1] فوزية هاشمي، النظام القانوني للإقصاء في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، المجلد 8 العدد 1 ماي 2021 ، تاريخ النشر 23 ماي 2021، ص 864

[2] قرار وزاري يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المادة 05. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

-الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب مخالفة الأحكام الآتية:

* أحكام المادتين 19 و23 من القانون رقم 81-10 المؤرخ في 11 يوليو سنة 1981 والمتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، المعدل[1]،

* أحكام المواد 7 و 13 و 15 و 16 و 24 من القانون رقم 83-14 المؤرخ في 2 يوليو سنة 1983 والمتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي المعدل والمتمم[2]،

* أحكام المواد 37 و 38 و 39 من القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير سنة 1988 والمتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل،[3]

---

[1] تنص المادة 19 من قانون 81-10 المؤرخ في 11 يوليو1981 والمتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب على أن: «يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 000. 5 و10.000 دج عن كل مخالفة تثبت كل من خالف أحكام هذا القانون بتشغيل عامل أجنبي ملزم بجواز العمل المؤقت أو رخصته إذا كان هذا العامل:
- غير حائزا إحدى الوثيقتين - أو حائزا سندا سقطت صلاحيته أو يعمل في منصب آخر غير المنصب الوارد في الوثيقتين المذكورتين.
تنص المادة 23 من نفس القانون على أن: «تعاقب الهيئة صاحبة العمل على عدم إرسالها الإشعار بنقض عقد العمل أو القائمة السنوية بأسماء المستخدمين الأجانب لديها في الآجال المنصوص عليها في المادتين 21 و22 أعلاه بغرامة تتراوح بين 100 و000 1دج ويضاعف المبلغ إن تكررت المخالفة». الجريدة الرسمية رقم المؤرخة في 14 يوليو1981، ص 949.

[2] تنص المادة 7 من قانون 83-14 المؤرخ في 2 يوليو1983 والمتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي على أن: يترتب على عدم التصريح بالنشاط من طرف المكلف دفع غرامة قدرها ألفي 2000 دج تضاف إليها نسبة 10% عن كل شهر من التأخر .وتحصل هذه الغرامة من طرف هيئة الضمان الاجتماعي.
نص المادة 13 من نفس القانون على أن: "يترتب على عدم الانتساب في الآجال المحددة في المادة 10 أعلاه، غرامات مالية توقعها هيئة الضمان الاجتماعي على الهيئة المستخدمة قدرها 500دج، عن كل عامل لم يتم انتسابه. ويضاف إلى مبلغ الغرامة نسبة 20% عن كل شهر من التأخير".
وتنص المادة 15 من نفس القانون على أن: «عن عدم التصريح من طرف صاحب العمل في الآجال المحددة. تمكن الهيئة الضمان الاجتماعي أن تحدد بصفة مؤقتة مبلغ تلك الاشتراكات على أساس مبلغ الاشتراكات للمدفوعة عن الشهر أو الثلاثة أشهر أو السنة السابقة على أساس جزافي يتم حسابه بالنظر إلى كل عنصر من عناصر التقدير..
وبعد ذلك يضاف مبلغ الاشتراكات المحددة بصفة مؤقتة بنسبة قدرها 5 %".
=== تنص المادة 16 نفس القانون على أن: "يترتب على عدم تقديم التصريح وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 14 أعلاه، دفع غرامة تحصلها هيئة الضمان الاجتماعي بقدر يسأو ي 10% الاشتراكات المستحقة، وزيادة نسبة 2 % عن كل شهر من التأخر."
تنص المادة 24 من نفس القانون على "أن يترتب على عدم دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي زيادة قدرها 0.15% عن كل يوم من التأخر.
ويقدم مبلغ هذه الزيادة من تاريخ دفع الاشتراك الأصلي المستحق.
يحصل هذه الزيادة من طرف هيئة الضمان الاجتماعي». الجريدة الرسمية رقم المؤرخة في 5 يوليو1983، 1819-1820.

[3] تنص المادة 37 من قانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 يتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل على أن:
«يعاقب كل مخالف لأحكام المواد 8 و10 و34 بغرامة من 1.000 دج إلى 2.000 دج. وفي حالة العود يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 4.000 دج إلى 6.000دج أو إحدى هاتين العقوبتين.
يمكن تطبيق الغرامة بقدر عدد المرات التي يتعرض فيها العمال للخطر، بسبب انعدام إجراءات الوقاية الصحية والأمن المقررة».
تنص المادة 38 من نفس القانون على أن «يعاقب كل مخالف الأحكام المواد 3 و5 و7 و11 و13 و14 و17 و23 و24 و25 و26 و28 أعلاه بغرامة من 500 دج إلى 1.5000 دج.

* أحكام المواد 140 و 144 و 149 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضـــان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم[1]،

* أحكام المادتين 24 و 25 من القانون رقم 04-19 المؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1425 الموافق 25 ديسمبر سنة 2004 والمتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل[2].

وبما لا يدع مجالا لشـك، فإن انتهاك بعض التشـريعات الخاصـة بحماية العمال، على النحو المحدد في الفقرة 06 من المادة 03 من القرار الوزاري المذكور أعلاه، وكذلك انتهاكات القواعد واللوائح المتعلقة بها، مثل شـروط العمل للأجانب، أو التزامات الضـمان الاجتماعي، أو التزامات التأمين ضد المخاطر المهنية، يوجب الاقصاء التلقائي للمتعاقد لمدة عامين.

وفي نفس الصـــدد اتت المادة الرابعة من نفس القرار الوزاري المذكور انفا، على ذكر ثلاث حالات على سبيل الحصر، بشأن الاقصاء التلقائي المؤقت وتتمثل في الاتي:

-الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجال صلاحية العروض بدون سبب مبرر،

الذين قاموا بتصريح كاذب،

في حالة العود، يعاقب المخالف بالحبس لمدة ثلاثة أشهر على الأكثر وبغرامة من 2.000 دج إلى4.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين"
وتنص المادة 39 من نفس القانون على "أن يعاقب كل مخالف لأحكام المادتين 21 و22 أعلاه بغرامة من 500 دج إلى 500 1دج في حالة العود، تكون الغرامة من 2,000 دج إلى 4.000 دج»، الجريدة الرسمية المؤرخة في 27 يناير 1988، ص: 123-124.

[1] تنص المادة 140-"يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1.000إلى 2.000دج على كل توظيف عامل قاصر لم يبلغ السن المقررة، إلا في حالة عقد التمهين المحرر طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما .وفي حالة العود، يمكن إصدار عقوبة حبس تتراوح من 15يوما إلى شهرين، دون المساس بالغرامة التي يمكن أن ترفع إلى ضعف الغرامة المنصوص عليها فالفقرة السابقة".
المادة 144-"يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1.000دج إلى 2.000دج كل مستخدم يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بالراحة القانونية، ويتكرر تطبيقها حسب عدد العمال المعنيين".
=== تنص المادة 149-"يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1.000دج إلى 2.000دج كل مستخدم يدفع لعامل أجر يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون أو الأجر الأدنى المحدد في اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمال وذلك دون الاخلال بالأحكام الأخرى الواردة في التشريع المعمول به، وتضاعف العقوبة حسب عدد المخالفات .وفي حالة العودة، تتراوح الغرامة المالية من 2.000دج إلى5.000دج وتضاعف حسب عدد المخالفات".

[2] تنص المادة 24: "يعاقب كل مخالف لأحكام المادة 18 من هذا القانون والمتعلقة بتبليغ العروض بغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج عن كل منصب شاغر لم يتم التبليغ عنه.
في حالة العود تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة".
وتنص المادة 25: "يعاقب كل مخالف لأحكام المادة 19 من هذا القانون المتعلقة بالمعلومات الواجب إرسالها إلى الوكالة المؤهلة بغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج عن كل توظيف تم أو احتياج من اليد العاملة لم يرسل إلى الوكالة المكلفة بالمرفق العمومي للتنصيب.
في حالة العود، تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

الذين كانوا محل أول قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم، إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت[1].

الإقصاء المؤقت بموجب مقرر

توضح المادة السادسة من القرار الوزاري[2] المذكور أعلاه حالة الاقصاء المؤقت الذي يتم بمقرر، ففي الحالة الأولى، أي فيما يتعلق بالإقصاء المؤقت التلقائي تكون صلاحيات السلطة الإدارية محدودة، وتلتزم السلطة المفوضة بإقصاء المتعامل الاقتصادي تلقائيا كلما ارتكب مخالفة وفقا للمادتين 3 و4 من القرار المذكور أعلاه، وفي حالة تقصير ممثل السلطة المفوضة باتخاذ اجراء الاقصاء ضد المتعاقد المحتمل، فإنه يعاقب إداريا على الخطأ المرتكب، مما يؤدي إلى قيام المسؤولية الشخصية تجاه رئيسه.

وفي نفس الصدد، وعلى سبيل الحصر نصت المادة 06 من القرار الوزاري الصادر في 19 ديسمبر 2015 على الحالة الوحيدة التي بمقتضاها تقصي الإدارة المتعامل معها بموجب مقرر والتي جاء فيها: **"يخص الإقصاء المؤقت التلقائي الذي يتم بموجب مقرر المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، بعد أن كانوا محل مقررين اثنين للفسخ على الأقل تحت مسؤولياتهم. يبلغ هذا القرار للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين"**[3].

وتنطوي وجهة نظر واضعي هذه المادة، الى جسامة وخطورة اجراء الفسخ الذي يرتب الاقصاء على المتعامل الذي طبق عليه هذا التدبير، وتبين أن العميل المتعاقد يفتقر إلى الجدية بسبب الإخلال بالتزاماته والخطأ الذي يحول دون حسن تنفيذ المعاملة، لذلك تقوم السلطة المتعاقدة بعد تقييم خطورة المخالفة ومدى تأثيرها على المرافق العامة بإقصائه مؤقتا لمدة سنة بقرار.

وبناء على ذلك، فقد حدد المشرع حصرا، وضمن المادة السادسة، الحالة الوحيدة لوضع إجراء الاقصاء المؤقت بمقرر موضع التنفيذ من قبل السلطة المختصة، وانه رهين متى توافر الشرط المذكور آنفا.

الإقصاء النهائي:

وهو إجراء نهائي لا يرتبط تطبيقه بآجال محددة، ويحرم بمقتضاه المتعهد من الدخول في أي صفقة وبشكل نهائي ومطلق، إلى أن يتم رد الاعتبار له بحسب ما تقضي به النصوص[4].

---

[1] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المادة 04. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

[2] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

[3] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المادة 06. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

[4] عادل بوعمران، مرجع سابق، ص.160.161

وينقسم الإقصاء النهائي، بدوره، إلى نوعين: الاقصاء النهائي التلقائي والاقصاء النهائي بقرار.

الإقصاء النهائي التلقائي

يثب الاقصاء النهائي التلقائي بمجرد ثبوت الحالة أو الوضعية التي ينص عليها القانون. تكون سلطة المصلحة المتعاقدة مقيدة تتمثل في كشف الحالة وتطبيق الحرمان[1]، وقد نصت عليه المادة السابعة من القرار الوزاري السالف الذكر[2]. مبينة الحالات التي يتم فيها إعمال هذا الاجراء حال توافر شروطه التي سنأتي على ذكرها، دون المرور باستصدار مقرر من طرف السلطة المفوضة، والتي تتمثل في الآتي:

-الذين هم في حالة افلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط[3].

لا تتطلب حالة الإفلاس أي قرار من جانب السلطة المختصة باستبعاد العميل المتعاقد من المشاركة في التنافس، حيث يعتبر غير مؤهل تلقائيا.

-المتعاملين الذين هم محل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط[4]،

وفي هذه الحالات، يكون الاقصاء النهائي أمرا طبيعيا لأنه لا يتوخى منح المعاملات أو فتح الباب على المنافسة أمام المتعامل الاقتصادي الذي يمر بمرحلة من الإعسار، يكون فيها غير قادر على الوفاء بالتزاماته أمام الدائنين، وبداية اجراء تصفية كل أملاكه وحساباته البنكية لتسدد أكبر قدر ممكن من هذه الالتزامات وخروجه من سوق العمل.

- المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش، ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة[5].

يعد العمل بنظام البطاقية الوطنية وما ينتج عنه من إحصاء وحصر وتحديد لقائمة المتعاملين الذين قاموا بارتكاب مخالفات تتعارض مع القوانين المعمول بها وارتكاب الغش، بغرض مكافحة الفساد، لذلك، فإن الاقصاء الذي تقوم به السلطة المفوضة في هذه الحالة، لا يتطلب قرارا ، ولكنه تلقائي بغية حمل كل الناشطين في مجال التعاقد مع الإدارة على التصرف ضمن الأطر المناسبة والتنظيمية المقررة.

---

[1] بلغول عباس. الاقصاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة وهران 2. ص 47.
[2] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016
[3] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المطة الأولى، المادة 07. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016
[4] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المطة الثانية، المادة 07. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016
[5] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المطة الثالثة، المادة 07. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

-الأجانب[1] الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247.[2]

اذا عاينت المصلحة المتعاقدة ان المتعهد الاجنبي اخل بالتزامه بالاستثمار ضمن شراكة، لاسيما المشاريع التي حددتها السلطة العمومية بموجب مقرر. يستوجب إقصاء نهائي للمتعامل الأجنبي تلقائيا وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصين من المشاركة في الصفقات العمومية.

ولكن لا يفوتنا ان ننوه، ان هذا الشرط الوارد في المطة الاخيرة من المادة السابعة، لا تنطبق على تفويضات المرفق العام، لان المنافسة تكون وطنية، وبالتالي كل متعامل اجنبي يعد ضمن قائمة الاقصاء النهائي بقوة القانون[3].

الإقصاء النهائي بمقرر

يقتضي العمل بإجراء الاقصاء النهائي بمقرر، تعبير السلطة المفوضة عن رغبتها لتحييد متعامل اقتصادي ما من الطلب على المنافسة، متى ما توافرت ظروف الاقصاء النهائي المنصوص عليها ضمن القرار الوزاري. غير ان هذه العملية تخضع لتقدير الإدارة فيما إذا كانت ستترجم هذا الاستبعاد بموجب مقرر أم لا.

وتأسيسا على ذاك، وبالرجوع إلى ما جاء في المادة 08 من القرار الوزاري، نجدها قد نصت على سبيل الحصر، لحالات معينة ندرسها كالتالي:

-الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ صلاحية العروض دون سبب مبرر[4].

ومما لا شك فيه، أن العلاقات التعاقدية بين الأشخاص الخاصة تنبني على حرية كل متعاقد في اختيار شريكه التعاقدي، ولكن في مجال التفويضات العامة ليس الأمر كذلك، حيث إن الجهة الإدارية تقتصر في اختيارها على مجموعة من الشروط التي تحكمها نصوص قانونية تحدد بالضبط كيفية اختيار العميل المتعاقد من أجل إنجاز مشاريعها، بأعلى جودة، وأقل تكلفة، وفي أقصر وقت ممكن.

---

[1] المادة 84: "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها".

[2] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المطة الرابعة، المادة 07. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

[3] المادة 10، من المرسوم التنفيذي، 199/18 السالف الذكر، حيث تنص: **" يكون الطلب على المنافسة وطنيا"**

[4] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المطة 1، المادة 04. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

وتماشيا مع تم ذكره، تبذل السلطة المفوضة، في عملية اختيار المفوض، قصارى جهدها لضمان تنفيذ موضوع التفويض تنفيذا جيدا وفعالا، ولا سيما، التأكد من المؤهلات التي يمتلكها المتعاقد المفترض، مثل الكفاءة المهنية والقدرات البشرية والمالية.

وبناء على ذلك، فإن عدم وفاء المفوض له بالتزاماته أو التنازل عنها يؤدي إلى الاقصاء النهائي من المشاركة في الطلب على المنافسة بقرار من السلطة المختصة وفقا لتقديرها.

- الذين قاموا بتصريح كاذب[1]،

-المتعاملين المسجلين في قائمة المؤسسات التي تخلت بالتزاماتها بعد أن كانوا لمحل مقررين اثنين للفسخ على الأقل تحت مسؤوليتهم[2].

قد يتحول الإقصاء المؤقت إلى إقصاء نهائي، بموجب مقرر صادر من قبل الجهة المختصة لكل المتعاملين الذين اخلوا بالتزاماتهم التعاقدية، وصدر ضدهم قرار الفسخ للمرة الثانية، وذلك نظرا لعدم جدية هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين في تنفيذ ما أوكل اليهم من عقود، والتخلف على تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقهم. وبناء على ذلك يوضعون في قائمة الاقصاء النهائي بمقرر.

المطلب الثاني: التراضي كاستثناء

إذا كان الطلب على المنافسة يقتضي خضوع الإدارة لجملة من القيود والضوابط الشكلية والإجرائية، التي تلتزم بمراعاتها عند إبرامها لاتفاقيات تفويض المرفق العام بهذا الأسلوب، فإن لجوؤها إلى التراضي يحررها من تلك الإجراءات الصارمة التي تحكم الطلب على المنافسة. بموجب هذا الإجراء، تقوم السلطة المفوضة بكل حرية باختيار المفوض له مباشرة، إلا أن هذه الحرية لا تمنع من إخضاع أسلوب التراضي لتنظيم قانوني معين في حالات محددة قانونا. نظم المشرع الجزائري أسلوب التراضي لأول مرة وجعله أسلوبا استثنائيا تلجأ إليه السلطة المفوضة، وقيد حريتها في اللجوء إليه سواء بصيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، جاعلا اللجوء إليه لا يكون إلا بتوفر حالات منصوص عليها قانونا[3].

واستنادا لما سبق، تثور التساؤلات التالية: ما مدلول التراضي؟ وماهي انواعه واشكاله، ومتي يتم اللجوء اليه؟

---

[1] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المطة الثانية، المادة 04. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

[2] قرار وزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المادة 06. ج ر ع 17 الصادرة في 16 مارس 2016

[3] سمية السلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 162.

سنخصص (الفرع الأول)، لنظر في تعريف التراضي كطريقة استثنائية لإبرام عقود تفويض المرفق العام، بعد ذلك، سندرس في (فرع ثان) الأنواع التي حددها المشرع.

الفرع الاول: تعريف التراضي

الاتفاق المباشـــر أو التراضـــي هو أســـلوب للتعاقد الإداري، من خلاله تقوم الإدارة بالتعاقد مباشرة مع شخص معين أو شركة معينة بدون الالتزام بإجراءات مسبقة، حيث تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضـــة عليها في حالة تعاقدها بأسـلوب الطلب على المنافســة، مما يرتب تجريد المتنافسين من حقهم في الطعن على ما اتخذته الإدارة من إجراءات سابقة على إتمام العقد بسبب ما تمثله هذه الإجراءات من قواعد مصلحية داخلية وضعت لصالح الإدارة المتعاقدة[1].

وعرفه آخرون بأنه " تقنية اســـتثنائية لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري تقوم على التفاوض، شـــأنها في ذلك شـــأن الممارســـة. بخلاف أن الاتفاق المباشـــر لا يتم من خلال العلنية والمنافسة[2]...".

وبناء على ذلك، فهو طريقة تعاقدية لا يجيزها القانون إلا استثناء وفي حالات محددة، تتعاقد فيها السلطة المفوضـة مباشـرة مع الذين تختارهم دون التقيد بأي إجراءات وممارسـات الطلب على المنافســـة. مما يضـــمن تمتع الإدارة بالحرية الكاملة في اختيار المتعاقد معها، ويتيح لها حرية التفاوض بشأن كل ما تراه ضروريًا لمنح العقد إلى المفوض له المناسب.

ويعد الاتفاق المباشـر من أسـرع وأقصـر طرق التعاقد إذ تعمد الإدارة من خلاله للتعاقد مع موردي أو مجهزي السـلع أو الخدمات بشـكل مباشـر، أي بالتفاوض معهم دون موجبات العلانية والمنافسـة التي تسـود أسـاليب التعاقد الأخرى، وهذا كله عند توفر الحالات المحددة بنص القانون، لأن الأصـل ألا يتم اللجوء إلى أسـلوب التراضـي هذا بشـكل دائم، تحاشـيا للسـلبيات التي تنجم عنه سـيما شـبهات الفسـاد والتلاعب بين الإدارة والمتعاقد معها، فلا تطبيق لهذا الأسـلوب المباشـر إلا استثناء وفي أضيق الحدود وبعد موافقات أصولية وفي حالات محدودة[3].

بالرجوع إلى أحكام المادة 08 من المرســـوم التنفيذي 199/18 اعتبر المشـــرع الجزائري إجراء التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وكنتيجة لعدم جدية إجراء المنافسـة، وبموجبه تتحرر الإدارة من تلك القيود الشـكلية والإجرائية الطويلة والمعقدة المفروضـة على أسلوب الطلب على المنافسة. وهذا الإجراء (التراضي) يفتح المجال للسلطة المفوضة باختيار

[1] د/ محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص.383.
[2] د/ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 593.
[3] د/ محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية دراسة تحليلية، منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - 2007، ص 45.

المفوض له مباشرة وبكل حرية، إلا أن المشرع أخضع إجراء التراضي لتنظيم قانوني محدد في حالات معينة[1].

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن من السمات التي يختص بها إجراء التراضي كأسلوب تعاقدي، هو أنه طريقة بسيطة تتحرر بموجبه السلطة مانحة التفويض، من الاجراءات الطويلة والمعقدة، التي تقع على عاتقها، بشأن اختيار المفوض له وفق صيغة الطلب على المنافسة وما يتطلبه من قيود.

ووفقا القانون الجزائري، حدد التنظيم من خلال المادة 16 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، أشكال التراضي حيث جاء فيها ما يلي:**" يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة"**[2].

الفرع الثاني: انواع التراضي:

تعد عملية ابرام العقود العامة من العمليات الحيوية التي تشكل الجزء الأساسي من إدارة المرافق العامة، وتهدف إلى توفير الخدمات والمشاريع العامة المطلوبة للمواطنين. ومن الطرق الأساسية لإبرام هذه العقود هو التراضي، الذي يمكن أن يتخذ صيغتين: التراضي البسيط (أولا)، أو التراضي بعد الاستشارة (ثانيا). وسنحاول تحليل أسلوب التراضي في عملية ابرام عقود تفويض المرفق العام، ودراسة فاعليته في تحقيق الأهداف العامة للمرفق العام وضمان نزاهة العملية.

أولا: التراضي البسيط Le gré à gré simple

يعد التراضي البسيط احدى صيغ التفاوض المباشر في ابرام عقود التفويض، كونه يعد استثناء يتطلب شروط ومبررات، ومن اجل تحديد أهمية طريقة الابرام هذه نتناول مفهوم التراضي البسيط ثم نناقش اسباب ومبررات اللجوء اليه.

1: مفهوم التراضي البسيط le gré à gré simple

مما لا شك فيه، ولفترة كبيرة من الزمن، كان ينظر الى اجراء التراضي البسيط على انه البيئة الامثل للفساد، نظرا لما يوفره من سلاسة تعاقدية، لاسيما على المستوى الاجرائي للإبرام، ونتيجة لذلك، ادى بالمشرع الجزائري الى التأكيد على طابعه الاستثنائي، وخصه بقائمة حصرية بالحالات التي يجوز اللجوء اليه.

---

[1] سمية السلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 163.

[2] المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

حيث عرفته المادة 18من المرســـوم التنفيذي رقم 18-199بأنه": إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضـة باختيار مفوض له مؤهل لضـمان تسـيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية"[1].

إن القصـــد من إطلاق تســـمية التراضـــي كطريقة من طرق التعاقد، هو أن الإدارة بموجبه تتحرر نسـبيا من الخضـوع إلى القواعد الإجرائية التي يخضـع لها إجراء الطلب على المنافسـة، ويمكنها أن تقوم مباشـرة بإبرام العقد مع متعامل وحيد بمجرد تطابق إرادتيهما، وفقا لدفتر الشـروط المعد مسـبقا من طرف المصـلحة المتعاقدة، دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشـهار أو الدعوة إلى المنافسة[2].

فالتراضـي البسـيط قاعدة اسـتثنائية، يحرر المصـلحة المتعاقدة من الدعوة الشـكلية للمنافسـة، حيث تُســند العقد للمتعامل الاقتصـــادي الذي ترى بأنه مؤهل لتنفيذ العملية التي تريد إنجازها، مع مراعاة السعر، الآجال، الضمانات، والمواصفات التقنية[3].

فالتراضـي البسـيط هو الأسـلوب الذي يتم فيه التفاوض مع شـخص بعينه دون غيره[4]، فهو أسلوب مرن تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة للتعاقد مع المتعامل المتعاقد الذي تختاره بكل حرية، وهذا دون استعمال إجراءات وشكليات المنافسة ولا حتى إجراء الاستشارة المسبقة، وإنما يتم الاتفاق بين طرفي الصفقة بشكل مباشر[5].

أما بالنسبة لمزاياه، فهي تتجلى في بساطة الإجراء، حيث أن السلطة التنفيذية معفاة من اتباع الإجراءات المنصـــوص عليها في القاعدة العامة، وهي إجراءات طويلة ومعقدة، بالإضـــافة إلى السرعة في تلبية الطلب من اجل اشباع الحاجات العامة وتوفير الوقت.

كما يساهم هذا الاسلوب في حماية الأموال العامة، حيث أن الإجراءات الشكلية تستلزم أموالا لا تحتاج السلطة المفوضة إلى إهدارها عند وجود أحد الظروف التراضي بنوعيه.

غير أن التراضـي البسـيط ورغم ما يوفره من حرية للمصـلحة المتعاقدة، ومرونة في التعاقد، إلا أنه يُظهر سـلبيات وعيوب تحسـب عليه، لاسـيما فقدان الشـفافية، ومسـاسـه بمبدأ العدالة بين المتنافسين. إضافة إلى التقليل من إمكانية حصول المصلحة المتعاقدة على أحسن العروض المتوفرة في السوق[6]. لذلك ولأجل الحد من هذه العيوب، فإن من متطلباته، التقييد في الحالات المسموح فيها

---

[1] المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

[2] Cherif BENNADJI,"Marchés public et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique social, Nº 25, Alger, 2008, p144.

[3] سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق قسم القانون العام جامعة باجي مختارا، عنابة، 2005، ص 47.

[4] النوي خرشي تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 165.

[5] Brahim Boulifa, Marchés Publics, vol1, Berti edition, Alger, p 54

[6] النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 165

باعتماده. ويجب ألا يتسع له المجال. لأن الاستثناء يقدر بقدره حتى لا يطغى على القاعدة، فلا يجب التحايل والتفسير الواسع، كما أنه يستوجب رقابة أكبر وأخلاقيات عمل أعمق[1].

2: حالات التراضي البسيط:

لقد تضمنت التشريعات المقارنة المتعلقة بإبرام العقود الإدارية نصوصا خاصة توضح الحالات التي تخول للإدارة حق إبرام العقد الإداري بأسلوب الاتفاق المباشر أو التراضي، وهي في الغالب حالات الاستعجال، وحالات الاحتكار لبعض الأعمال، أو الأصناف لدى عدد محدود جدا من المتعهدين، وحالات استخدام براءة الاختراع، والحق الذي تقرر لمالك واحد، والحالات التي تستلزم بطبيعتها خبرة فنية متخصصة لا يمكن أن يعهد بها إلا لمقاول أو متعهد محدد. والحالات التي تبرز فيها مقتضيات الأمن وما تفرضه من سرية في الأشياء التي تتم باتفاقات سريعة، وحالات شراء بعض المواد الأولية أو السلع لتأمين بعض الحاجيات التي تحتاج إلى اختصاص عال جدا، ووسائل مالية ضخمة، لا تملكها إلا أعداد محصورة من الشركات المهيمنة على ذلك المجال[2].

فقد أشار المشرع الجزائري صراحة ضمن منظومته القانونية الحالية، الى امكانية اللجوء لإبرام عقود التفويض بإعفائها من شرط العلانية، ودون المرور على المنافسة، في حالات محددة حصرا، والتي سنفصلها كالآتي:

أ-احتكار المتعامل لموضوع التفويض

نصت المادة 20 على انه:" يتم اللجوء إلى التراضي البسيط :إما في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية،"[3].

تعتبر الوضعية الاحتكارية للمترشح بمثابة المبرر للجوء إلى التراضي البسيط. اعتبارا أن الخدمة التي تطلبها السلطة المفوضة لا يلبيها إلا مترشح واحد، يحتل وضعية احتكارية تسمح له القيام بالخدمة المطلوبة من طرف السلطة المفوضة، وقد أحسن المشرع تحرير السلطة المفوضة من الخضوع إلى إجراءات الطلب على المنافسة، طالما يوجد مترشح وحيد يحتل وضعية الاحتكار، وتتوفر فيه المؤهلات المطلوبة قصد ضمان استمرارية المرفق العام[4].

هناك العديد من جوانب الاحتكار وأهمها الاحتكار القانوني والاحتكار الحقيقي. يستمد الاحتكار القانوني من التشريع أو التنظيم، بمقتضاه يمنح القانون أشخاص او مؤسسات معينة الحق في أداء خدمة حصرية، على سبيل المثال ، كالأمن وصناعة الاسلحة ، واحتكار النقل الجوي

---

[1] النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 165
[2] نواف كنعان النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 467.

[3] أنظر المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.
[4] سمية السلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 167.

، والكهرباء والغاز، في حين أن الاحتكار الحقيقي يفرضه واقع السوق ، الذي يحوز فيه الشخص الوحيد الخدمات أو الأساليب المطلوبة.

ولا مناص من القول بأن ترخيص المشرع للسلطة المخولة اللجوء الى اجراء التراضي إزاء احتكار موضوع التفويض، له اهداف، لاسيما، ربح الوقت والاقتصاد في التكاليف من جهة، وانها حالة استثنائية ومنطقية تقدر بقدرها من جهة ثانية.

ولكن لا يفوتنا ان ننوه، بأن الاحتكار بنوعيه، هو الذي يتعارض مع مبدأ المنافسة، وليس اعتماد التراضي البسيط في بيئة الاحتكار. لذلك، فإن انتفاء المنافسة هنا يعد نجاحا، لأنه من المعروف مسبقا ان موضوع التفويض هو احتكار شخص معين بذاته، في حين انه سيكون من العبث تنفيذ إجراءات وتدابير معقدة. وعلى خلاف ذلك، يعتبر عدم إعمال التراضي في ظل وجود هذه الحالة يعد من قبيل إهدار المال والجهد والوقت، وبالتالي فإن اعتماد هذا النص من قبل المشرع يعد عين الصواب.

ب: حالة الاستعجال

إن حالة الاستعجال في مجال القانون بصفة عامة هي حالة معترف بها ومكرسة في الكثير من الميادين والمجالات، وهي حالة تختلف فيها الأمور عن الحالة العادية[1]، حيث اشار المشرع الجزائري اليه بمناسبة تنظيم مجال التفويض في المرسوم التنفيذي 199/18.

فما المقصود بعبارة الاستعجال المذكورة أعلاه؟ وما هي الحالات التي يطبق بشأنها؟

ب.1: تعريف الاستعجال:

حالة استثنائية تعفينا من تطبيق الشروط والإجراءات، فهي تفرض المرونة ولا يتم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة[2]. وتعرف أيضا حالة الاستعجال بأنها تلك الحالة التي تبرر وتبيح الخروج عن القواعد العامة الواجب إتباعها في الأحوال العادية[3].

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، مرجع سابق، 224.

[2] عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في القانون العام كلية الحقوق جامعة الجزائر 01. 2015- 2016، ص 304.

[3] هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 517.

وتتحقق حالة الاســـتعجال كلما كان من شـــأن التأخير في التعاقد إحداث أضـــرار لا يمكن تداركها، وعندها يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر هو الأسلوب المناسب لدفع الضرر الناجم من التأخير في التعاقد[1].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا[2] بأن معيار الاستعجال هو معيار موضوعي تقدره الإدارة تحت رقابة القضاء في ضوء الظروف المحيطة بعملية التعاقد، مما يعكس ضررا محتملا إذا تأخر إبرام العقد لمدة فرضتها إجراءات أخرى. وبالتالي، فحالة الاستعجال هي التي تفسر الخروج على القواعد العامة المتبعة بشأن الاجراءات العادية.

ب.2: حالات الاستعجال في تقنية التفويض:

اشار المشرع الجزائري الى حالات يطبق فيها اجراء الاستعجال بمناسبة ابرام عقود تفويض المرفق العام على سبيل الحصر والتي سنناقشها على الوجه الاتي:

تعتبر حالات استعجالية، الحالات الآتية:

حالة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام السارية المفعول

يقصد بالفسخ، انحلال الرابطة التعاقدية لعدم قيام أحد طرفي العقد بالتزاماته. ويتخذ فسخ عقد تفويض المرفق العام ثلاث صور، هي الفسخ الاتفاقي، الفسخ القانوني، وأخيرا الفسخ القضائي[3].

يســـتهدف هذا الامتياز من الســـلطة المخولة للإدارة انهاء او فســـخ الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد "المفوض" ويفترض هنا في هذه الحالة أن يقدم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة.
ومن أجل ذلك عد المشرع الجزائري حالة شغور العقد من بين الحالات التي تستوجب العمل بإجراءات التراضي البسيط، حرصا منها على استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد. وعدم المرور بإجراءات معقدة لتفويضه ثانية. وقد جاءت بالنص:

-عندما تكون اتفاقية تفويض مرفق عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ[4]،

---

[1] د/ عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص 219.
[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 813 لسنة 34 ق جلسة 9/12/1989. اورده د/ ولُد رمضان عبد التواب، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 486.
[3] سمية السلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 168.
[4] أنظر المادة 21، المطة 1، من المرسوم التنفيذي رقم 18-199المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

فالفسخ عبارة عن حدث استثنائي تترتب عليه نهاية مسبقة او مبكرة للعقد المفوض، ويؤدي الى ايقاف تنفيذ العقد قبل اوانه[1].

ومن هذا المنطلق، تتحقق حالة الاستعجال في اتفاقية التفويض السارية المفعول، التي تكون موضوعا لتنفيذ الفسخ، وتنطوي وجهة نظرنا في ان قصد المشرع بإعفاء السلطة المانحة لتفويض من اجراء منافسة من شأنه ان يضر ويؤخر التعاقد، ومن الممكن ان يحدث اضرار للمرفق محل التفويض، لا يمكن تداركها جراء توقفه بعد ما كان ساري المفعول ويقدم خدماته، وما قد ينجم من حرمان اشباع رغبات الجمهور التي كانوا يستفيدون منها. وضمانا لسير المرفق بانتظام واضطراد. ولذلك، يجب إعمال التعاقد بأسلوب التراضي البسيط، لان هذا الاخير يعد في هذه الحالة الاجراء الانسب لدفع الضرر الناجم من توقف واستمرار المرفق العام.

استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له

يعتبر ضمان استمرارية المرفق العمومي أمراً حاسماً ولازماً لضمان استمرار تقديم الخدمات العامة للجمهور بشكل متواصل، حيث تلعب المرافق العامة دوراً كبيراً في المجتمع بغض النظر عن نشاطها. فتوقف أي مرفق عمومي عن أداء مهامه سيؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة وحقوق الأفراد، حتى لو كان هذا التوقف لمدة قصيرة. وبالتالي، يتفق الفقهاء على أن استمرارية المرفق العمومي تعد من المبادئ الأساسية التي تحكم عمل هذه المرافق الهامة.

لذلك كان من الضروري ألا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة، بل تسعى إلى ضمان المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العمومي، ومع أن المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لإرساء هذا المبدأ في العديد من مجالات النشاط الإداري، فإن تقريره لا يتطلب نص تشريعي لأن طبيعة نشاط المرافق العامة تستدعي الاستمرار والانتظام[2].

ويقتضي مبدأ الاستمرارية توفر جملة من الضمانات تعمل جميعًا على تجسيده في أرض الواقع، ومن هذه الضمانات ما أقره المشرع في نص المادة 21 من المرسوم التنفيذي 199/18. بمقتضاها صنف **"استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له"[3]**. كحالة استعجال، التي اتاح بتوافرها لجوء السلطة المفوضة إعمال اجراء التراضي البسيط، حرصا منه على استمرارية المرفق محل التفويض، وعدم تعطله في تقديم ما أوجد من أجله.

ومن هذا المنطلق، متى ثبت لعلم الإدارة، من عدم امكانية المفوض له من ضمان مبدأ استمرارية وديمومة المرفق، وآداء ما وقع عليه من التزام بشأن تنفيذه، يحق لها فسخ الرابطة

---

[1] عمارة بلغيث، 2007 فسخ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مجلة دراسات، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ص ،235وأنظر أيضا علي بن شعبان،) ،(2012) آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، ص .116.

[2] https://web.facebook.com/101661314657491/photos/a.101680987988857/193982442092044/?type=3&_rdc=1&_rdr

[3] أنظر المادة 21، المطة 2، من المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

التعاقدية، وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد "المفوض اليه"، واسترداد المرفق العام، ومباشرة اجراءات التفويض بأسلوب التراضي البسيط، لما يوفره من سرعة تشغيل المرفق وعدم الاضرار بالمستخدمين.

رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال

ان احجام المفوض لـه على إمضـــاء الملحق تمديدا لآجال التفويض، حالة من حالات الاستعجال، التي تقتضي التوجه وجوبا الى اجراءات الابرام عن طريق التراضي البسيط، والتخلي عن اعمال مبدأ المنافسة حال انتهاء مدة عقد التفويض مع رفض المتعهد الاستمرار باستثمار في المرفق محل التفويض، ضمانا استمرارية المرفق وديمومته. تكون السلطة المفوضة ملزمة باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للحفاظ على استمرارية سير المرفق العام المعني[1].

واستخلاصا لما سبق، نستنتج ان هذه الحالات المذكور أعلاه، اقتضتها الضرورة، لذا تم التغاضي فيها على إعمال اللجوء الى اجراءات المنافسة لتمكين السلطة المفوضة من اختيار من تتعاقد معه بشأن التفويض، بغية تنفيذ المرفق العام بسرعة وعدم تعطيل مصالح المنتفعين. غير انها تبقى مقيدة حصرا بالحالات المنصوص عليها في التنظيم، حيث تعد قيدا على الادارة. والجدير بالذكر انه لا يمكنها إعمال هذا الاجراء هربا من تعقيد الاجراءات التي يحتويها الطلب على المنافسة، او التحيز لمنافس آخر دون غيره.

ومن زاوية أخرى، يتضح ان العمل بإجراءات التراضي البسيط وما يوفره من مزايا، لاسيما، المرونة في الاختيار، وعدم التقيد فيه بإجراءات الإعلان، وإطلاق يد الادارة من خلاله في اختيارها المفوض له دون المرور بمبدأ المنافسة، كان حرصا من المشرع على ضمان استمرارية المرفق العام.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

عرفته المادة 17 على أن:"التراضـــي بعد الاســـتشـــارة، إجراء تقوم من خلاله الســـلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين، على الأقل"[2].

يمكن تعريف التراضي بعد الاستشارة في عقود تفويض المرفق العام: بأنه ذلك الاجراء الذي يتيح إبرام العقد عن طريق التفاوض من بين ثلاثة مرشـــحين على الاقل تتوافر فيهم المؤهلات المطلوبة، دون المرور بالإجراءات الشكلية المعتمدة في الدعوة الى المنافسة، غير انها تختلف عن

---

[1] أ المادة 21، المطة 3، من المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر. نص المشرع الجزائري بقوله إذا: **"رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.**
يتعين على السلطة المفوضة، في جميع الحالات، اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني"

[2] أنظر المادة 17، من المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

أسلوب التراضي البسيط كونها توفر قدرا ولو يسيرا من المنافسة، وهذا ما يفتقر اليه التراضي البسيط.

وفضلا عن ذلك، فهو اجراء مرن يتيح ابرام التفويض بموجب اجراءات بسيطة، تقوم بها السلطة المفوضة بتوافر حالات المادة 18 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر. **وهي كالاتي:**

1: عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية.

وازاء هذه الحالة تلجأ السلطة المفوضة لأسلوب التراضي بعد الاستشارة، من اجل ابرام اتفاقية التفويض، لعدم استلامها أي عرض بشأن الاعلان عن المنافسة، او عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط الذي تم طرحه بغية تنفيذ موضوع التفويض. ففي هذه الحالة اتاح المشرع الجزائري الانتقال من القاعدة العامة التي تمثل الطلب على المنافسة، واعادة النداء لهذا العرض، والعمل بالاستثناء الذي يتمثل في التراضي بعد الاستشارة.

واشترط المشرع في هذه الحالة، ضمن المادة 19 من المرسوم السالف الذكر[1]. ان يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة، لكون مجال الاختيار لن يشمل غيرهم.

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

تقتضي هذه الحالة وجوبا[2] لجوء السلطة مانحة التفويض اختيار المفوض له بواسطة أسلوب التراضي بعد الاستشارة، فيصبح التراضي بعد الاستشارة قاعدة عامة في تفويض هذا النوع من المرافق بناء على مقرر مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، حيث يتم اختيار المفوض بموجب هذه الحالة ضمن قائمة تعدها مسبقا الادارة، بعد التأكد من قدراتهم، لاسيما، المالية والمهنية والتقنية، التي بمقتضاها يسمح لهم بتسيير المرفق العام على الوجه الأمثل.

واستخلاصا لما سلف، فإن هذه المرافق التي اعفاها المشرع الجزائري من الخضوع الى القاعدة العامة وإعمال اسلوب الطلب على المنافسة بشأنها، مرده الطبيعة الخاصة التي يكتسيها بعض من مرافق الدولة، والتي بدورها تحتم على السلطة المفوضة إعمال اسلوب التراضي بعد الاستشارة مباشرة. وبما لا يدع مجالا لشك فإن ضعف المنافسة او الطابع السري لموضوع التفويض قد يكون حذا بالمشرع الاتجاه على هذا النحو بتقييده هذه الحالة.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.
[2] أنظر المادة 19، من المرسوم التنفيذي رقم ،199-18المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر.

الفصل الثاني: تنفيذ عقود تفويض المرفق العام

ينتج عن عقد تفويض المرافق العامة سلسلة من الآثار المتعلقة بحقوق وواجبات المشاركين فيه، لذلك تتمتع السلطة العامة المخول لها منح التفويض بسلسلة من السلطات التي تمكنها ممارسة سلطة الإشراف والرقابة على المرفق العام محل التفويض. مقابل هذه الصلاحيات، فإن المفوض له يتمتع بامتلاك سلسلة من الحقوق التي تساعده في تحقيق الغايات والمنفعة التي يسعى إليها ، وفي المقابل يتعهد بأداء سلسلة من الواجبات الضرورية. لصالح المنفعة العامة.

من وجهة النظر هذه، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، في المبحث الأول سنناقش سلطات الجهة مانحة التفويض في مواجهة المتعامل المتعاقد، وفي المبحث الثاني، ستتم تسليط الضوء على حقوق والتزامات المفوض اليه.

المبحث الأول: سلطات الجهة مانحة التفويض في مواجهة المتعامل المتعاقد

تتمتع السلطة الإدارية التي تمنح التفويض بحقوق مستمدة من طبيعة عقد التفويض وارتباطه الوثيق بإنشاء وإدارة المرافق العامة، الذي يشكل العمود الفقري للتنمية، وتتحمل بذلك الالتزامات الناشئة عن تعاقدها بنفسها، باستخدام أساليب القانون العام أو القانون الخاص.

لذا تتميز عقود تفويض المرفق العام بوصفها من العقود الإدارية بخضوعها لنظام قانوني متميز عن النظام الذي يحكم عقود القانون الخاص، وعليه تتمتع الإدارة في نطاق عقود تفويض المرفق العام بمجموعة من السلطات التي تفرضها طبيعة المرفق العام موضوع عقد التفويض، وهذه السلطات إذا كانت تتفق في مضمونها العام مع غيرها من العقود الإدارية، فإنها تختلف عنها في بعض النواحي المتأتية من الارتباط الوثيق لعقود التفويض بسير وانتظام المرفق العام[1].

بشكل عام في مجال عقود تفويض المرافق العامة يمكن تحديد سلطات الجهة المانحة لتفويض من خلال ثلاث زوايا هي: سلطة الرقابة والتوجيه، وسلطة إجراء التعديلات، وسلطة فرض العقوبات، وبناءً على ذلك، سنقوم بمناقشة هذه الصلاحيات في ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الأول لدراسة حق الرقابة والإشراف والتوجيه، وفي المطلب الثاني ندرس حق الإدارة في التعديل، ثم نقوم بمناقشة حق الإدارة في توقيع الجزاءات في مطلب ثالث.

المطلب الأول: سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه.

إن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه من أهم السلطات التي تتمتع بها أثناء تنفيذ العقود الإدارية، لذا سنتناول في هذا المطلب بالشرح لمدلول سلطة الرقابة والتوجيه وفقًا للمبادئ المُستقرّة فقها وقضاء، ومن ثم سنبين الفرق بين هذه السلطة والصلاحيات الأخرى التي تمارسها السلطة مانحة التفويض.

---

[1] أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 197.

كما نتطرق الى تبيان الأساس القانوني الذي تمارس الإدارة على أساسه هذا الحق من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

- الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.
- الفرع الثالث: حدود سلطة الرقابة في عقود تفويض المرفق العام وتطبيقاتها

الفرع الاول: مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

يتعلق مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في عقود التفويض بالعلاقة بين الإدارة والمتعاقدين معها لتنفيذ مرفق عام أو خدمة معينة. ففي هذه العقود، تحتفظ الإدارة بحق الرقابة والتوجيه للتأكد من تنفيذ الخدمة أو المشروع بالشكل المطلوب وفقًا للمواصفات المتفق عليها في العقد.

وتتمثل سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في تقييم أداء المتعاقدين، وتحديد المخالفات إن وجدت، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتصحيحها. كما تشمل هذه السلطة أيضًا توجيه المتعاقدين في أداء مهامهم وتقديم المشورة والإرشاد لهم إذا لزم الأمر.

ويهدف هذا المفهوم إلى ضمان تنفيذ المشاريع والخدمات بأعلى مستوى من الجودة والفعالية وتحقيق أفضل قيمة ممكنة للمال الذي تنفقه الجهة الحكومية على هذه الخدمات أو المشاريع.

المقصود بسلطة الإدارة في الرقابة والاشراف والتوجيه

يُعد حق الرقابة والاشراف والتوجيه حقاً أصيلاً من الحقوق التي خولها المشرع للجهة الإدارية ضمن النظم القانونية لعقد التفويض، فلجوء المشرع إلى إبرام عقود التفويض مع القطاع الخاص لاستثمار وتسيير المرافق العامة، لا يعتبر تخليا من طرف الشخص العام عن إحدى وظائفه الأساسية في تلبية الاحتياجات العامة، بل هو نهج جديد نسبيًا تستخدمه الإدارة في العديد من البلدان لأن اتباع هذا النظام له العديد من المزايا.

ولكنها وبالرغم من ذلك، فإنها لا تستطيع الاعتماد بشكل كامل على المفوض اليه المتعاقد معها في الوفاء بتلك المهام، التي هي في الأساس من مهام الدولة، لذلك فإن الدولة تجد نفسها مضطرة دائما لإخضاع المتعاقد معها لرقابتها وتوجيهاتها، حرصا منها على تحقيق النفع العام، كما أنها تمارس سلطتها في الرقابة والإشراف، دفعا للمسئولية التي قد تواجهها في حالة حدوث أضرار للغير نتيجة تقصيرها في هذا الإشراف[1].

[1] السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود الـB.O.T ، رسالة دكتوراه، جامعة بني سويف.2011 ص 207.

وقد عبر الفقه عن معنيين في سبيل تعريف سلطة الرقابة في هذا المجال على النحو التالي[1]:

أولا: وفق مفهومها الضيق (الرقابة بمعنى الاشراف)

لذا يعرف جانب من الفقه، الرقابة وفق مفهومها الضيق، حيث تظهر فيه السلطة المفوضة كأي من طرفي العلاقة التعاقدية، لها الحق في المراقبة والاشراف على الطرف الآخر في أداء الالتزامات بموجب العقد الموقع من الطرفين[2].

ينحصر المعنى الضيّق في تحقق الإدارة من أنَّ المتعاقد يُنفّذ العقد وفقا لنصوصه وشروطه المتَّفق عليها، وهي تمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للإدارة في مجال رقابتها على التنفيذ. وتمارس الإدارة هذه الرقابة إما بأعمال مادية تقوم بها عن طريق مهندسيها، أو إيفاد فنييها لمواقع العمل للاطمئنان على سير العمل وجودة تنفيذه، أو تلقي شكاوى المنتفعين والبت فيها. والرقابة هنا مُكمّلة لرقابة الفحص اللازمة عند التسليم[3].

غير ان الرأي السائد في الأوساط الفقهية والقضائية هو أن حق الرقابة والتوجيه في عقد التفويض هو نوع من السلطة التنظيمية، توجد بذاتها ولا تحتاج إلى تحديدها والنص عليها ضمن العقد، أو في دفتر الشروط، ولكنها تظل قائمة، حتى لو تم استبعادها من قبل العقد، وإذا كان منصوصا عليها في عقد التفويض، فإن وجودها لا يستمد من ذلك ، لأنه في هذه الحالة يتم الكشف عنها ، وليس إنشائها[4].

والجدير بالذكر، أن هذا الحق يثير فكرة امتيازات السلطة العامة، حيث يعد شرطا استثنائيا غير مألوف بطبيعته في عقود القانون الخاص. وعقد التفويض لا يحتاج إلى النص صراحة على

---

[1] انظر في ذلك: د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة عام 1973، ص287. ود. حسين عثمان محمد عثمان أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي بيروت، عام2008. ص.631. ود. عادل عبد الرحمن خليل المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار العربية، القاهرة عام 1995، ص 286 وما بعدها. ود سعيد نحيلي ود. عبسي الحسن العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، عام 2007، ص 210 وما بعدها. ود نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة. منشورات زين الحقوقية، ط2، بيروت عام 2012، ص 115 وما بعدها.

[2] د. محم فواد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري – العقد الاداري). دار النهضة العربية. القاهرة، 1989. صـ 402.

[3] د. السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة عام 2016، ص 105.

[4] وهذا الموقف تبناه الفقيهان (جيز ودي لوبادير) وهناك من عارضهما في هذا الموقف ومنهم الفقيه (جان ديفو) والذي أنكر سلطة لرقابة خارج نصوص عقد التفويض أو دفاتر الشروط ويري أن سلطة الرقابة تجد أساسها في نصوص العقد ودفاتر الشروط أو في النصوص التشريعية أو اللائحية المطبقة على المرفق محل التفويض ولا يجوز للإدارة مباشرتها إلا في الحالات وبالأوضاع المنصوص عليها في القوانين واللوائح أو في دفتر الشروط احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية أطروحة دكتوراه علية الحقوق جامعة القاهرة، صـ 308.

هذا الحق، وإن كان عملاً لا يمكن إغفاله في العقد، إلا أنه وإن خلى العقد من هذا الشرط فإن الجهة الإدارية تجد لهذا الحق أساسا تشريعيا في صلب القانون المنظم[1].

وقد تتم الرقابة وفقًا للمعنى الضيّق أيضا في صورة أعمال قانونية، كأن تُصدر الإدارة أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد، وبهذا المعنى تتم الرقابة في أثناء التنفيذ، وهو حق مُقرَّر للإدارة ولو لم يُنَصَّ عليه في بنود العقد[2].

ثانيا: وفق مفهومها الواسع (الرقابة بمعنى التوجيه)

بينما يعرف البعض الآخر الرقابة طبقا لمفهومها الواسع فيقصد بها: "تدخل جهة الإدارة في تنفيذ العقد بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة سلطة توجيه ولا تقتصر على الإشراف فقط[3].

تتجلى فيه الإدارة على انها سلطة عامة تتصرف وفق هذا الاعتبار، حيث تصدر أوامر ملزمة للمتعاقد بطريقة او بأخرى لتنفيذ التزاماته. أو اختيار الطريقة الأنسب والأفضل للتشغيل على الوجه الحسن للمرافق العامة وتحقيق المصالح العامة.

ويكون تدخل الإدارة هنا أعمق أثرا من سلطة الإشراف، فلا يقتصر دورها على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق وشروطه، بل تتدخل في توجيه المتعاقد لاختيار أفضل الطرق في التنفيذ، ويكون ذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد[4].

حيث لا يعني حق الرقابة بأي حال من الأحوال الشروع في تنفيذ العقد على أساس الشروط الواردة فيه فقط، والتي هي الإشراف نفسه، ولكن حق الرقابة يتطلب تدخل السلطة مانحة التفويض في بعض المهام بطريقة تتجاوز الإشراف والتوجيه، ولكن مع ذلك، تشمل الرقابة نوعا من الإشراف والتنظيم.

غير انه لا يمكن تنفيذ الرقابة بهذا المعنى إلا من خلال إجراءات قانونية، مثل إصدار تعليمات للتنفيذ وفق طريقة ترى المصلحة المتعاقدة ان من شأنها احداث إضافة وجودة في اشباع الرغبات، أو إصدار تعليمات لتوجيه المفوض له بشأن التنفيذ.

---

[1] أحمد ماهر الشعلة التنظيم القانوني لشراكة القطاعين العام والخاص في مشروعات البنى الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الطبعة الأولى، دار السلام للثقافة، الإسكندرية، دون سنة نشر،ص 214.

[2] عمار التركاوي. سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية - المجلد -1 - العدد الثالث – 2021.ص 132.

[3] R Chapus, Le Droit administrative general, 1988, Tome 1, Paris,n.1377, p.1203.

[4] انظر في ذلك: د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة عام 1973، ص288.

وتمارس الإدارة هذه السلطة بموجب ما لها من امتياز التنفيذ المباشر وبإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضـــاء، ويمكن للإدارة توقيع عقوبات على المتعاقد في حالة الامتناع عن تنفيذ تلك الأوامر والتعليمات[1].

يقتضـي ممارسـة حق الرقابة والاشـراف والتوجيه من السـلطة المانحة للتفويض، ان تمارس سـلطتها ضـمن نطاق مبدأ المشـروعية، وسـعيا منها الى ضـمان اسـتمرارية وديمومة المرفق العام وحسـن سـيره بانتظام واضـطراد، ووفقا للإجراءات المعمول بها. دون ان يمتد الى تداخل في مهام المفوض اليه، لذا يجب أن تتوقف الرقابة على مدى مراقبة أعمال الاسـتغلال دون أن تنطوي على توجيه أو تدخل في إدارة المرفق العام بطريقة من شـأنها ان تمنع الشـخص المفوض اليه من القيام بأنشطته. وبالتالي توقف المرفق عن أداء ما هو منوط به.

غير ان القضـــاء وفي سـبيل تحديد معايير سـلطة الإدارة، اعتمد معيارين لرسـم حدودها، المعيار الأول انه لا يجوز أن تؤدي الرقابة إلى تغير طبيعة عقد التفويض ليصـــل بهذا التعديل إلى نوع من الاستقلال المباشر، اما المعيار الثاني فيتجسد في أن رقابة السلطة المفوضـة تقتصـر على النشاط دون التدخل في الوسائل التي يستعين بها المفوض له في إدارته للمرفق.

وعلى الإدارة هنا أن تلتزم بالحدود المقررة لممارسـة هذه السـلطة، وإلا أصـبح عملها غير مشروع ويرتب تعويض المتعاقد معها عن الضرر الذي أصابه من جراء الاستخدام غير المشروع لهذه السلطة[2].

والغرض الرئيسـي من هذه الرقابة هو ضـمان احترام للشـروط المتفق عليها ماليا، أو تقنيا، وضـــمان متابعة تنفيذ اتفاقات تفويض المرافق العامة من قبل السـلطة مانحة التفويض. إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، إذ يجب على الجهة المخولة بمنح التفويض عدم إساءة استعمالها.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة المفوضة في الرقابة والتوجيه

ونظرا لأهمية الرقابة في ضـمان الأداء المنتظم والمسـتقر للمرفق العام، يقتضـي الامر منا اسـتعراض الأسـاس القانوني لسـلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ عقود التفويض، بالإضافة الى تحديد القواعد التي تستند إليها هذه الرقابة. حيث يمكن تحديد هذه الرقابة ضمن العقود المبرمة، أو دفتر الشروط أو القوانين المنظمة لتقنية التفويض (أولا). وقد لا يكون هناك نص بشأن كيفية ممارسة هذه السلطة (ثانيا).

---

[1] د. ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011، دار أبو المجد للطباعة القاهرة عام 2011، ص8.

[2] عمار التركاوي. سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية - المجلد -1 - العدد الثالث – 2021.ص 132.

لذلك سنشرح الأساس القانوني لسلطة الإدارة المفوضة في الرقابة والتوجيه بشيء من التفصيل، على النحو التالي:

أولا: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه عند وجود نص:

في حال النص على سلطة الإدارة في الرقابة ضمن نصوص العقد، أو في دفاتر الشروط، أو في القوانين واللوائح، فعندئذٍ تُطبَّق النصوص التعاقدية أو اللائحية، وتكون سلطة التوجيه هنا مُستندة لتلك النصوص[1]؛ حيث تشرح كيف تمارس هذه السلطة، وكذلك الوسائل والضمانات التي تمارس بها السلطة المفوضة هذه الصلاحية في هذا الشأن، وفي هذه الحالة تجد السلطة أساسها في نص العقد أو في نص القوانين، حيث يكون شرط الرقابة أحد الاستثناءات غير المألوفة في عقود القانون الخاص، وهو عنصر مميز من عناصر وصف العقد بأنه من العقود إدارية.

1: القانون الجزائري

نص المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العام على رقابة السلطة المفوضة على المفوض له ضمن المادة 51 على أنه: "تكون رقابة السلطة المفوضة على التسيير والخدمات. ويتم تحديدها حسب حجم الخدمات التي يتولاها المفوض له، قصد الحفاظ على مبادئ تسير المرفق العام المذكور في المادة 3 من هذا المرسوم في مستويين اثنين:

- **المستوى الأول** هو الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة رقابة كلية على المرفق العام موضوع التفويض عندما تحتفظ بإدارته.

- **المستوى الثاني** هو الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة رقابة جزئية على المرفق العام موضوع التفويض عندما يتولى المفوض له الإدارة والتسيير"[2].

وتنص المادة 82 على انه: "تتابع السلطة المفوضة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام. وتقوم بهذه الصفة، بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة، وكذا التقارير السداسية التي يعدها المفوض له.

ويلتزم المفوض له بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة، في ظل احترام الكيفيات والآجال المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام"[3].

---

[1] د. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 2007، ص 136.

[2] المادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر

[3] المادة 82 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر

وتضيف المادة 83 بأنه "يجب أن تقوم السلطة المفوضة، في إطار الرقابة المذكورة أعلاه، بعقد اجتماع واحد، على الأقل، كل ثلاثة (3) أشهر مع المفوض له، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة على إثر هذا الاجتماع، بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية عند الاقتضاء[1].

كذلك ما اقره قانون المياه حيث نصت المادة 109 على انه: "يجب على صاحب الامتياز تقديم تقرير سنوي لسلطة المانحة الامتياز يسمح بمراقبة شروط تنفيذ تفويض الخدمة العمومية وتقييمها.

يكون هذا التقرير السنوي والملاحظات المترتبة على دراسته موضوع عرض على الحكومة"[2].

إضافة إلى هذه النصوص القانونية التي تقر بصلاحية السلطة المفوضة في الرقابة على المفوض له، أكدت عدة نصوص تطبيقية ذلك، لكن بإقرار هذه الرقابة على أحد أشكال تفويض المرفق العام ألا وهو عقد الامتياز ولعل أهم هذه النصوص القانونية هي[3]:

1 - المرسوم التنفيذي المحدد لشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و / أو تسييرها، بحيث فرض على صاحب امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين، أن يزود دوريًا مدير الولاية المكلف بالنقل المختص إقليميًا بالمعلومات الإحصائية المتعلقة بتنقلات المركبات وحركة المسافرين، والانتظام في استغلال الخدمات والمواقيت لدى الناقلين المرخص لهم قانونًا والمستخدمين العاملين والعوارض والحوادث المسجلة والتسعيرات المطبقة.

يأتي هذا الإجراء ضمن الإجراءات الرقابية اللازمة لتحسين جودة الخدمات المقدمة للمسافرين، وضمان أن الناقلين يستوفون معايير الجودة المطلوبة والتزاماتهم القانونية. ويساعد توفير هذه المعلومات في تطوير وتحسين خدمات النقل والمواصلات وتقليل وقوع الحوادث المرورية، وتحسين الأمن والسلامة على الطرق.

وعلاوة على ذلك، فإن توفير هذه المعلومات يساعد في تحديد أي نقاط ضعف أو تحديات تواجه الناقلين وتطوير حلول لتلك المشكلات وتعزيز صناعة النقل والمواصلات في المنطقة[4].

---

[1] المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام السالف الذكر

[2] قانون رقم 12-05، مرجع سابق.

[3] عصام صبرينة، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري. أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الجزائري. جامعة مولود معمري - تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2020. ص 241 وما بعدها.

[4] المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، مرجع سابق.

2- المرسوم التنفيذي المحدد لشروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته حيث ألزم أصحاب امتياز الخدمات الجوية لنقل العمومي تزويد السلطة المكلفة بالطيران المدني بالإحصائيات التي تتعلق بالنقل الجوي والأسطول الجوي والمستخدمين العاملين والعوارض والحوادث المسجلة، وكذلك بالمعلومات عن تكلفة الاستغلال والوضعية المالية للشركة وإيراداتها ومصدرها.

تأتي هذه الإجراءات في إطار تعزيز الرقابة على المرفق العمومي محل التفويض ومنه تحقيق الجودة والسلامة في صناعة النقل الجوي وتحسين الخدمات المقدمة للمسافرين. وتساعد هذه المعلومات السلطة المكلفة بالطيران المدني على تحليل أداء الشركات الجوية وتقييم تحديات الصناعة، وتحديد المجالات التي تحتاج إلى تحسين، وتحديد الحوادث والمشاكل التي قد تحدث في صناعة النقل الجوي، وتحديد الخطوات اللازمة للحد منها.

وبالإضافة إلى ذلك، تساعد هذه المعلومات في تحديد التكاليف الفعلية للنقل الجوي وتقدير الإيرادات المستقبلية، وتعزيز الشفافية والمساءلة في الصناعة. وتساعد أيضًا على تطوير وتحسين سياسات النقل الجوي وتعزيز التعاون بين الشركات الجوية والسلطات المكلفة بالطيران المدني.[1].

3- المرسوم التنفيذي المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته: المادة 29 منه تخول سلطة مانحة الامتياز لخدمات النقل البحري حق الرقابة على صاحب الامتياز. وبموجب هذا الحق، يخضع صاحب الامتياز للرقابة سواء كانت الملاحة المرخص بها ساحلية محدودة أو غير محدودة.

تهدف هذه الرقابة إلى ضمان توفير خدمات النقل البحري بأعلى مستويات الجودة والسلامة، والتأكد من الامتثال للمعايير واللوائح البحرية المحددة. وتتضمن هذه الرقابة مراجعة وتفتيش السفن والمعدات والإجراءات الأمنية والبيئية، بالإضافة إلى التحقق من سلامة الشحنات والركاب.

كما يمكن للسلطة المكلفة بالرقابة اتخاذ إجراءات احترازية وتنظيمية لضمان سلامة وصحة العاملين في قطاع النقل البحري وحماية البيئة البحرية. ويتم تطبيق العقوبات المناسبة في حالة عدم الامتثال للمعايير واللوائح البحرية. [2].

نستنتج في الأخير أن جل النصوص القانونية التي فرضت رقابة السلطة المفوضة على المفوض له جاء على صيغة الأمر، وبالتالي لا يمكن للمفوض له التهرب منه، لكن وجود مثل هذه

[1] المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-43، مرجع سابق.
[2] مرسوم تنفيذي رقم 08-57، إذ تنص المادة على أنه "يخضع صاحب امتياز خدمات النقل البحري ومستخدموه الملاحون وكذا سفنه لمراقبة الدولة "

النصـوص القانونية في الأصـل لا تشـكل الأسـاس القانوني للرقابة، بل تقتصـر فقط على التأكيد بإعلان وجودها[1].

2: القانون الفرنسي

حرصـا منه على توفير إطار للرقابة على تفويض المرافق العامة من إبرامها حتى نهاية فترة التفويض، حدد المشـرع الفرنسـي طرق الرقابة والهيئات المسـؤولة عن ممارسـة هذه السـلطة، واعتمد في سـبيل ممارسـتها، أشـكالا ممثلة في الرقابة الفنية والإدارية والمالية، مع بيان أسـاليب الممارسة. يمارس بعضها من سلطة التفويض نفسها، بينما يُعهد البعض الآخر إلى أطراف أخرى.

أ: الرقابة بواسطة السلطة مانحة التفويض:

نجد أن المادة الثانية من القانون الصـادر في 8 فيفري 1995 تقضـي بأن المفوض إليه يقدم سنويا قبل أول جوان، تقريرا إلى السلطة المفوضة يتضمن بشكل خاص الحسابات التي تبين جميع العمليات الخاصـة بتنفيذ تفويض المرفق العام وتحليلا لجودة الخدمة، ويرفق بهذا التقرير ملحق يسمح لسلطة التفويض أن تقيم أوضاع تنفيذ المرفق العام

كما أن القانون الصادر في 2 فيفري 1995 الزم سلطة التنفيذ بتقديم تقرير سنوي إلي سلطة التقرير عن سـعر وجودة الخدمات العامة للمياه والتطهير والنفايات المنزلية، ويوضـع هذا التقرير مصحوبا برأي هذه السلطة تحت تصرف الجمهور[2].

يُشكل التقرير السنوي المعد من قبل المفوض له أداة لممارسة السلطة الرقابية على المفوض له، وسبيل لتطوير الشفافة في تفوض المرفق العام[3].

وتنص المـادة 33 من النص التنظيمي 2016-86 على ان يحتوي التقرير وجوبـا النقـاط التالية:

-خصوصية طبيعة نشاط المرفق محل التفويض.

-الحسابات العائدة للعمليات المتعلقة بتنفيذ المرفق العام هي تلك المتعلقة بالمواد والأصول

المكرسـة لتشـغيل المرفق وكيفية تحديدها وكلفتها وحالتها الفنية، وكذلك تلك المتعلقة بالالتزامات المالية المتعلقة بالعقد.

-التعريفات المفروضة مقابل أداء الخدمات إلى المستفيدين، ومدى تناسبها مع الخدمة المؤداة.

---

[1] عصام صبرينة، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري. أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الجزائري. جامعة مولود معمري - تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2020. ص 242.

[2] شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 650.

[3] BEZANCON Xavier, CUCCHIARINI Christian, COSSALTER Philippe, Op. Cit, p 320-321

-تحليل يبين فيه خطط وتطلعات المفوض له لتطوير المرفق العام الصناعي والتجاري.

-الوسائل الفنية المستخدمة في تشغيل المرفق.

-جرد للأموال المعينة في العقد مثل أمول الاسترجاع وأموال القابلة لتمليك[1].

ب: الرقابة بواسطة لجان تحقيق وزارية:

وقد تكون الرقابة خارجية تمارس بواسطة لجان تحقيق[2]. وهي تهتم في التثبت من مدى احترام الجماعة العامة المانحة للتفويض للنصوص، وذلك في مراحل الإعداد والتنفيذ لتقنية التفويض. وقد توسعت صلاحيات اللجنة بموجب قانون Sapin وهي تتألف من قضاة وموظفين من الفئة الأولى وضباط يعينون من قبل رئيس الحكومة، ووزيري العدل، والاقتصاد، والمال.

ويتم اللجوء الى اللجنة من قبل رئيس الحكومة أو أي وزير مختص، إضافة إلى ديوان المحاسبة والمحافظ بالنسبة لعمليات التفويض الحاصلة في إطار الجماعات المحلية.

تجري اللجنة تحقيقاتها، ولها من أجل ذلك أن تطلب إبراز المستندات الضرورية، وإجراء مقابلة مع الموظفين أو أي شخص ترى من المناسب الاستماع إليه، وفي نهاية التحقيقات تعد اللجنة تقريرها الذي ترسله الى المرجع الذي طلب منها التحقيق، وهي لا تتمتع بصلاحية فرض أي عقوبة. وإذا ما تبين وجود مخالفة للنظام الذي يرعى قواعد المنافسة، تقوم اللجنة بإحالة المعلومات المختصة بذلك على مجلس المنافسة ورقابتها تمتد لتشمل جميع مراحل عملية التفويض من الإعداد الى الإبرام الى التنفيذ[3].

جـ: الرقابة بواسطة الجهاز المركزي لمكافحة الفساد:

وهو منشأ وفقا لقانون (Sapin) وتابع لوزير العدل، ومن صلاحياته جمع وتنسيق المعلومات حول الأوضاع الاقتصادية والمالية للمرافق العامة موضوع التفويض العائدة للجماعات المحلية، والتأكيد من تطابق عقود التفويض على القوانين والأنظمة، وفي حالة وجود مخالفة لها طابع جنائي ففي هذه الحالة يحال التقرير إلى النيابة العامة[4].

---

[1] عصام صبرينة، تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري. أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الجزائري. جامعة مولود معمري - تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2020. ص 244.

[2] وتسمي هذه اللجنة لجنة التحقيق وتفويضات المرافق العامة "، وأنشئت بموجب القانون رقم -91-3 الصادر في 3جانفي 1991 والمتعلق بالشفافية ومكافحة الفساد وتشكل من بين القضاة والموظفين من الفئة (أ) ، ويصدر بتشكيلها قرار موقع عليه من الوزير الأول ، ووزير العدل، ووزير الاقتصاد، والمالية ، ومهمتها محددة بالتثبت من كافة الإجراءات القانونية الواجب الالتزام بها عند إبرام العقود في الدولة، وإجراء تحقيقات بشأنها وتسليمها للجهة الإدارية دون أن يحق لها توقيع جزاء علي المخالف . راجع د. وائل إسماعيل المشكلات القانونية التي تثيرها عقود الـ B.O. T ، المرجع السابق، ص 281.

[3] د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مصدر سابق، صـ 348.

[4] د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مصدر سابق، صـ 349 .

3: المشرع التونسي

سعى المشرع التونسي إلى إقرار الرقابة[1] التي تمارسها الدولة أو هياكل أخرى بموجب النصوص القانونية الجاري العمل بها، بحيث يحتفظ مانح اللزمة بصفة دائمة بحقه في ممارسة سلطة عامة للمراقبة الاقتصادية والفنية والمالية المرتبطة بالالتزامات المترتبة عن العقد.

ومن زاوية أخرى، سمح للبلدية المانحة حق مراقبة استغلال المرفق بأجزاء الملك العمومي البلدي من قبل المستلزم والتثبت من احترامه لشروط اللزمة العمومي[2].

وعلاوة على ذلك، فإنه لا يقصر ممارسة تلك الرقابة على السلطة مانحة اللزمة، ولكنه يحتفظ بالحق في ممارستها لهيئات أخرى. حيث يمكنه لهذا الغرض الاستعانة بخبراء أو أعوان يختارهم ويعلم بهم صاحب اللزمة[3].

بشكل عام يتمتع مانح التفويض في التشريع التونسي بسلطة كاملة في توجيه تنفيذ العقد وفي الرقابة عليه، حيث تحرص السلطة المانحة كطرف في العقد على تنفيذ العقد بما يحقق فعليا المصلحة العامة المنشودة. وعلى هذا الأساس يجوز للإدارة أن تصدر وتوجه إلى المتعاقد معها أوامر مصلحية لا يملك المتعاقد معها، على هذا الأساس ، سوى احترامها والعمل بمقتضاها.

5: المشرع المصري

لقد كفل المشرع المصري لسلطة مانحة الالتزام حق فرض رقابتها على تنفيذ العقود التي تتنازل فيها عن استثمارها وتسييرها لصالح الغير، وفي ذلك نضم القانون 129 لسنة 1947، المعدل بالقانون 497 لسنة 1954، حق الرقابة والاشراف والتوجيه حيث تنص المادة الثامنة منه بأن" **لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام**".

بموجب هذا الحق، يحق لسلطة مانحة الالتزام الإشراف على الملتزم أثناء إنشاء وتحضير محل التفويض وأثناء تشغيله. وان تجبره باستيفاء جميع الشروط الواردة في عقد التفويض متى أخل ببنوده.

ولقد استبدل بنص هذه المادة نص جديد بالقانون رقم 185 لسنة 1958 ، وأضيف إلى ما كان مقررا في النص القديم ما يلي: ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة (الجهاز المركزي

---

[1] المادة الخامسة والعشرون من قانون عدد 23 لسنة 2008 مؤرخ في أول أفريل 2008 يتعلق بنظام اللزمات
[2] أنظر الأمر عدد 362 لسنة 2007 الفصل 27.
[3] المادة الخامسة والعشرون من قانون عدد 23 لسنة 2008 مؤرخ في أول أفريل 2008 يتعلق بنظام اللزمات

للمحاسبات) الآن بمراقبة وإنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية إلى أي هيئة عامة أو خاصة، كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولي أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة، وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي ينيط به رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام ، وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولي الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما يطلبونه من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق في أي وقت "[1].

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه عند عدم وجود نص:

إذا كان العقد أو كراسات الشروط المرفقة به لا تنص صراحة على سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، وإذا لم تنشئ القوانين أو اللوائح مثل هذه السلطة ، فهذا لا يعني أن الإدارة تتنازل عن تلك السلطة، فهذه الصلاحية مقررة دون الحاجة إلى نص يحددها، لأنها حق اصيل مستمد من الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، ومن ثم لا تحتاج الى نص يقررها، غير أنه إذا تضمن العقد نصا يتعلق بتلك السلطة، فإن ذلك النص لا ينشئ تلك السلطة، بل يقتصر دوره على تنظيمها وتهيئة الظروف لممارستها بما يخدم المصلحة العامة للمرفق.

وفي ذلك نطقت محكمة القضاء الإداري على أنه: "يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على التنفيذ وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام"[2].

وفي حكم آخر تقول" إنَّ العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إلا أنّها في العقود الإدارية غير متكافئة؛ إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أنَّ للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية"[3].

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 76 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص541.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوي رقم 982 لسنة 7 قضائية والصادر بجلسة 1957/06/30 ، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15 عاما 1946 - 1961، ص 428.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، 1957/04/20، السنة الثانية، ص 937.

وقد اختلف الفقه بين من يرى انه من حق السلطة المانحة التمسك بحقها في الاشراف الفعلي والرقابة والتوجيه برغم عدم النص عليها ضمن العقود ودفاتر الشروط، وقسم آخر يرى الالتزام بما جاء بالمواصفات الفنية المحددة مسبقا، والرقابة المقررة قانونا لا غير.

يرى الأستاذ ماجد الحلو أن حق الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه مقرر لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية، ولو لم يرد ذكره في شروط العقد صراحة ، غير أن مدى استعمال هذا الحق يختلف من عقد الآخر حسب نوعيته[1].

وتماشيا مع ما تم ذكره، لاسيما، في حال عدم التنصيص على حق السلطة المانحة في الرقابة والتوجيه، سواء في القوانين او العقود، الا انها تجد أساسها ضمن فكرة المرفق العام.

فهي من مقتضيات الأداء المنتظم والمستقر للمرفق العام. وهو بالضبط ما يبرر ممارسة أشخاص القانون العام لصلاحيات وسلطات استثنائية بمناسبة تنفيذ العقود الإدارية.

حيث يقع على عاتق الإدارة مسؤولية الاشراف والتوجيه على نشاط كل متعامل متعاقد معها بشأن تنفيذ العقد الإداري[2].

وهناك من يري أن حق الرقابة والإشراف والتوجيه يجب أن يتم النص عليه في العقد أو كراسة الشروط ، وهنا ينبغي أن يتم الالتزام بالمواصفات الفنية التي تحددها نصوص العقد أو كراسات الشروط

الفرع الثالث: حدود سلطة الرقابة في عقود تفويض المرفق العام وتطبيقاتها

تخضع سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقودها لضوابط توفر بعضا من الضمانات للمفوض اليه، الا انه وعلى الرغم من ذلك، لا تخلو سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ اتفاقيات التفويض من اي قيد. لذا تقتضي ممارسة هذه السلطة وفقًا لضوابط وتدابير معينة ، حتى لا تمس بحق المتعاقد مع الإدارة. وتماشيا مع ما تم ذكره، كان لزاما علينا مناقشة ضوابط ممارسة الإدارة لسلطتها الرقابية والتوجيهية من جهة، وتطبيقات سلطة الرقابة والتوجيه من جهة أخرى.

هذا ما سنعمل عليه في جزئين:

---

[1] ماجد الحلو، العقود الإدارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2000، ص 149.

[2] ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات، ط2، دار النهضة، 2003،ص 12. ومحمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة 39 ، عام 1997، ، ص 215. وماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011، دار أبو المجد للطباعة القاهرة عام 2011، ص.4 . ومحمد سعيد حسين أمين الأسس العامة لالتزامات وحقوق مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس عام 1989، ص 333

نخصص الفرع الأول: لضوابط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه.

بينما نناقش في الفرع الثاني: صور وأشكال سلطة الرقابة والاشراف والتوجيه في عقود تفويض المرفق العام

أولا: ضوابط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه.

لا ينبغي أن تكون ممارسة السلطة مانحة التفويض لامتيازاتها، لاسيما، سلط الرقابة والتوجيه، تعسفية خاضعة لتحكم الافراد، بل تقتضي ان تكون متوافقة مع متطلبات المصلحة العامة، وضمن حدود تعطي استقلالية للمفوض اليه للقيام بعبء المرفق المناط به تسييره.

الامر الذي يقتضي ان تقتصر سلطة الرقابة على معرفة مدى امتثال المفوض اليه لدفتر الشروط واحترامه ، ونتيجة لذلك ، لا يمكن لسلطة مانحة التفويض مراقبة كيفية تحقيق المتعاقد للمرفق محل التفويض. ويظل هذا الأخير هو الوصي على الاستثمار أو الاستغلال، وبالتالي لديه الوسائل اللازمة لتحقيق المرفق العام.

وعليه، فإن السلطة مانحة التفويض وجب عليها ممارسة دورها الرقابي وفق عدة ضوابط وجب عليها احترامها نجملها في الاتي:

1: الضابط الأول: ممارسة سلطة الرقابة ضمن غاية المصلحة العامة.

مُنحت الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه لتحقيق هدف محدد هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإذا استعملت الإدارة سلطتها بغية تحقيق غرض آخر كان ذلك انحرافا وإساءة لاستعمال السلطة. ويُعَدُّ هذا الضابط ضمانة للمتعاقد مع الإدارة[1].

ان الصالح العام يعد المبرر الجوهري لرسم حدود نطاق الرقابة والتوجيه من قبل صاحب التفويض، الذي يبتغي وراء ممارستها ضمان استمرار وديمومة المرفق العام، هذا ما قضى به مجلس شورى الدولة حين اعتبر: " أن حدود الرقابة تمليها مقتضيات حسن سير المرفق العام وبالتالي لا حدود مرسومة مسبقا مع الحرص على التوفيق بين حق صاحب الامتياز في الإدارة وحق الإدارة في الرقابة"[2].

2: الضابط الثاني: ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه ضمن حدود احترام مبدأ المشروعية

تمارس الإدارة مهمتها الرقابية ضمن حدود قواعد المشروعية، الذي يقتضي منها بشكل عام احترام القواعد الإجرائية في ظل ممارستها للرقابة. حتى لو تم انتهاكها، يتم إلغاء أفعالها من ناحية

[1] عمار التركاوي. سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية - المجلد -1 - العدد الثالث – 2021.ص 140.
[2] د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مصدر سابق، صـ 345.

من خلال تجاوز حدود السلطة، ومن ناحية أخرى ، المسؤولة عن الضرر الناجم تقصيرا أو امتناعا في ممارسة الرقابة.

والجدير بالذكر هنا ان مسؤولية السلطة مانحة التفويض نتيجة إساءة استخدام الرقابة، يجب ان يستند الى وجود أخطاء جسيمة، وفي كلتا الحالتين يعد القضاء الإداري مرجعا فعالا للبت فيما يثور من نزاع.

3: الضابط الثالث: ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه بما لا يمس من طبيعة العقد

إن لتقنية التفويض من الخصائص التي تجعلها متميزة عن الطرق الأخرى في تحقيق المرافق العامة، لا سيما طريقة الإدارة المباشرة. فلا ينبغي أن تؤدي المراقبة الإدارية الى تجريد تقنية التفويض من طبيعتها وتحويلها الى إدارة مباشرة، وما ينتج عن ذلك من تجريد الغير من صفته كمستثمر.

وتلافيا لهذه المحاذير يجب أن ترتبط الرقابة الإدارية حصراً. بالأعمال المتصلة بنشاط المرفق العام موضوع التفويض، دون أن تتعداها إلى نشاطات أخرى. وعليه إذا أقدمت الجماعة العامة على تجاوز هذه الحدود، كأن تشترط إخضاع كل نشاطات المستثمر للمصادقة تكون قد جردت تقنية التفويض من طبيعتها وعرضت تصرفها للإبطال ثم للمساءلة[1].

فمثلا لا يجوز للإدارة أن تصدر للمتعاقد معها بعض الأوامر التي من شأنها تغيير العقد، أو تتجاوز الحدود المعقولة من حيث نوع الأداء، فليس للإدارة مثلًا بمناسبة ممارسة سلطتها في الرقابة أن تغيّر طبيعة عقد الالتزام بتحويله إلى الاستغلال المباشر عن طريق إهدار حق الملتزم في الإدارة وجعله مُنفّذًا لأوامرها.

وتصرّف الإدارة هنا يكون مشوبًا بعيب الانحراف بالسلطة، ويمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء وطلب إلغاء قراراتها في هذا الشأن.

كما يجب على الإدارة في أثناء ممارسة تلك السلطة ألا تؤدي إلى صعوبة التنفيذ وإرهاق المتعاقد معها بحيث تأمر المتعاقد بما يفوق إمكانياته وقدراته الفنية والمالية[2].

4: الضابط الرابع: عدم تدخل السلطة المانحة في إدارة المرفق العام

يجب أن تكون رقابة الإدارة بالمعنى الضيق في عقد الامتياز التقليدي، بحيث يتسنى لها الإشراف للتأكد من أن عمليات الاستغلال تسير بانتظام واضطراد، دون أن تتضمن توجيهات أو تدخلات في إدارة المرفق، وتحرص الإدارة المانحة أن تجعل للملتزم اليد الطولي في إدارة المرفق

---

[1] د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مصدر سابق، صـ 345.
[2] عمار التركاوي. سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية - المجلد -1 - العدد الثالث – 2021.ص 142.

واستغلاله، مقابل ما تكبده من تضحيات مالية. فهي دائما حريصة على المواءمة بين اعتبارين هما: كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق؛ وضمان سير المرفق موضوع الامتياز بانتظام واضطراد ؛ لذا فتقف سلطة رقابة الدولة عند حد الإشراف على عمليات الاستغلال دون أن تتعداها إلى التدخل في إدارة المرفق[1].

ثانيا: صور وأشكال سلطة الرقابة والاشراف والتوجيه في عقود تفويض المرفق العام

تتخذ صور الرقابة في عقود تفويض المرفق العام عدة أنواع يمكن أن نحددها في التالي:

1-: الرقابة الفنية

وهذا يعني أن الإدارة تتأكد من أن تشـــغيل وإدارة المرفق محل التفويض يتم تنفيذه وفقا للمتطلبات الفنية المتفق عليها ضمن نص العقد أو في دفاتر الشروط المرفقة به[2]، وأن للإدارة الحق

---

[1] محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، أورده حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 76 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص560.

[2] ولقد نص عقد منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام الـ((B.O.TD) على حق الرقابة والتفتيش فنص البند () - ح - (٦) علي أن تقوم الهيئة المصرية للطيران المدني بإجراء التفتيش الدوري على المطار والأجهزة والمعدات اللازمة لتشغيله وفقاً للبرنامج الذي تضعه الهيئة دون قيد أو شرط وتتولي الهيئة إصدار شهادة الكفاءة اللازمة لاستمرار تشغيل المطار.

- كما ينص البند (7) (مراجعة الوثائق والسجلات) من ذات العقد على أنه .
أ- للمالك أن يقوم بتعيين | استشاري ينوب عنه في مراجعة الوثائق المتضمنة التصميمات والرسومات والبيانات التقنية وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ، وعلى المالك أن يخطر الملتزم بذلك ، وعلى الملتزم أن يوفر للاستشاري الذي يعينه المالك المعلومات والوثائق وأن. يسمح له بدخول الموقع ومراجعة التنفيذ بالقدر نفسه الذي يتيحه العقد للمالك.
- ب ويتعهد الملتزم أن تكون مكونات وأسلوب إعداد الوثائق والمواصفات والرسومات التي يتم تقديمها للمالك أو من ينوب عنه (الاستشاري) للمراجعة وفقاً للمعايير الدولية على نحو ما هو موصوف بالملحق ٣ وفى حالة كونها مخالفة، أو غير كافية ،أو غير دقيقة ،أو غير متوافقة يتم إعادتها لتعديلها ويتحمل الملتزم التكاليف والتبعات الناجمة على ذلك بما فيها تكاليف إعادة مراجعتها بواسطة الاستشاري .
- ج ويتحمل الملتزم التكاليف الناجمة من جميع التعديلات والتغييرات التي تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم الكفاية أو عدم التوافق فى المواصفات والرسومات ، وفوق ذلك إذا تسببت هذه التعديلات أو التغيرات فى حدوث تأخير يعتبر الملتزم مسئولا عن التأخير " . أما المادة (8) (التنفيذ المشوب بعيوب) من ذات العقد تنص على " إذا اكتشف المالك قياسا على المستويات الدولية لتأمين سلامة الطيران والركاب عيوباً خطيرة في المطار أو في أي من مكوناته أو تجهيزاته أثناء إجراء التفتيشات والاختبارات التي يقوم بها المالك أو من ينوب عنه بموجب هذا العقد ، وكانت هذه العيوب قابلة للإصلاح ... تعين على الملتزم في - - هذه الحالة أن يصلح هذه العيوب وأن يصلح خلو المطار من عيوب خطيرة بتكرار تفتيش المالك أو من ينوب عنه في غضون مدة يتفق عليها الفنيون من الطرفين ... تلي التفتيشات

في بسط سلطتها الرقابية بما يمكن لها التأكد من ان المفوض يلتزم بالمواصفات المتفق عليها ضمن العقود ودفاتر الشـروط بواسـطة فنيين يكون لهم حق ولوج جميع الإدارات الواقعة في مجال محل المرفق المعني، وتمكينهم من الاطلاع على ما يطلبونه من وثائق وخرائط ورسـومات. بغية متابعة التنفيذ في المجال الفني ومدى مطابقته لما تم التعاقد بشأنه.

2: الرقابة الإدارية

ويقصد بها قيام الجهة الإدارية بالإشراف عن طريق مندوبيها على تسيير المرفق والمشاركة في إصـــدار القرارات الداخلية. وتمارس الإدارة هذه الرقابة بوســيلتين فهي إما أن تعين مندوب يحضــر اجتماعات مجالس الإدارة ويكون له حق التصــويت، أو حق الاعتراض، وإما تقوم بتعين مدير المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة[1].

فبدون أدنى شك وفي إطار الحديث عن مقومات تقنية التفويض يتمتع المستثمر تجاه الجماعة العامة باسـتقلالية في تحقيقه للمرفق العام، ولكن من الأهمية أن لا تشـكل هذه الاسـتقلالية تعدياً أو إهمالا للمصلحة العامة، ووجود المرفق العام. لهذه الاعتبارات التي يضاف إليها اعتبار أن الجماعة العامة هي الكفيل دون سـواها في تأمين اسـتمرارية المصـلحة العامة، فإن تفويض المرفق العام لا يمكن أن يشـــكل في معناه تنازلاً كلياً للجماعة العامة، التي تبقى محتفظة في ممارســـة امتيازات السلطة العامة والتي من مظاهرها سلطة الرقابة كمقابل الاستقلالية المستثمر[2].

3: الرقابة المالية

ويقصــد بالرقابة المالية حق الســلطة المانحة التفويض في فحص حســابات المتعاقد المتعلقة بالمرفق العام محل التفويض، ومعاينتها متى اقتضـــت الحاجة او بصـــفة دورية. حيث إن المتعاقد ملزم بمقتضــى القوانين واللوائح المنظمة لعقود التفويض، بمسـك دفاتر تسـتخدم لتسـجيل وتلخيص وتبويب العمليات الناتجة عن التفويض، بناءً على المســتندات والوثائق المؤيدة لها. وفقا للنظام المحاسبي المعمول به.

والاختبارات غير الناجحة التي سبق إجراؤها ، وإذا فشل في ذلك أو كررت التفتيش والاختبارات وثبت أن هذه العيوب غير قابلة للإصلاح فعلي الملتزم إزالة الأجزاء المعيبة وإعادة إنشائها من جديد طبقاً للمواصفات القياسية ووفقا لما هو محدد بالعقد وملاحقة " وينص البند (15) من ذات العقد " يعين المالك ممثلاً عنه لمتابعة تنفيذ المشروع وينقد أي من واجبات المالك كما هي محددة في هذا العقد " كما تنص المادة (4 - 9) (لزيارات مراقبة من الهيئة) من اتفاقية منح التزام إنشاء وتشغيل و إعادة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء بنظام الـ (B.0.0.T) والممنوحة لشركة إنترجن سيدي كرير على "يكون للهيئة الحق في مراقبة سير إنشاء المجمع واختباره وتجهيزه طبقا للمادة 4 من هذه الاتفاقية وتشغيله وذلك بشكل دوري ومتكرر وبناء على إخطار مسبق مناسب للشركة (إلا في حالة الطوارئ حيث لا يلزم هذا الإخطار). أورده حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل === == القانون رقم 76 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص548.

[1] احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة. ص 318 وما بعدها.

[2] د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مصدر سابق، صـ 341 .

وقد تكون الرقابة المالية رقابة سابقة؛ إذ تقوم الإدارة المتعاقدة بمراجعة الميزانية التي يقدمها الملتزم والعقود التي يبرمها مع الغير. كما قد تكون هذه الرقابة لاحقة تقوم الإدارة فيها بالاطلاع على الحسابات والوثائق والمستندات وتهدف إلى تنبيه المتعاقد بشأن الأعمال التي قد تلحق ضررًا بالمصلحة المالية للدولة، إضافة للرقابة الآنية المعاصرة لتنفيذ العقد الإداري[1].

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في تعديل عقد تفويض المرفق العام

الأصل في عقود القانون الخاص سريان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، فتخضع العقود في القانون الخاص لمبدأ ثبات العقد واستقراره، وعدم القدرة على تغييره أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، فالسائد في القانون الخاص أنه لا يجوز إدخال أي تعديل على العقد أو فسخه إلا باتفاق أطرافه، أو استناداً إلى نص في القانون. فالعقد يعتبر عملاً قانونياً مستقرا لا يجوز تعديله أو فسخه إلا باتفاق آخر بين أطرافه[2].

غير أن الامر يختلف في نطاق العقود الإدارية وفي مقدمتها عقود تفويض المرفق العام، فقاعدة ثبات العقد أو ما يعرف بالعقد شريعة المتعاقدين لا يجري تطبيقها على إطلاقها في نطاق هذه العقود، ومن ثم فمن الممكن أن يتم تعديل بعض نصوص العقد الإداري بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف وهو الجهة الإدارية مانحة التفويض[3].

في حين أن سلطة الإدارة في تعديل العقود الادارية هي واحدة من أهم السمات التي تميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص. وخلافا لمبادئ القانون الخاص، التي تقتضي العقد شريعة المتعاقدين، يحق للإدارة أن تعدل شروط العقد من جانب واحد دون موافقة الطرف الآخر، زيادةً أو نقصاناً ضمن حدود معينة ، خاصة من حيث نطاق الأداء المطلوب. هذا الحق مكفول للسلطة المانحة دون الحاجة إلى التنصيص عليه ضمن العقد ، بل لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه. ومع ذلك ، فإن نطاق سلطة التعديل تتفاوت أيضا من عقد إلى آخر.

---

[1] عمار التركاوي. سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية - المجلد -1 - العدد الثالث – 2021.ص 145.

[2] السيد فتوح محمد هنداوي ، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولي ، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016، ص 132 .

[3] أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 202.

إلا أن الرأي الراجح فقهاً والسائد قضاءً أن الإدارة لا ترتبط بعقودها الإدارية بنفس المدى الذي يرتبط به الأفراد ، فالعقد الإداري لا يتمتع في مواجهة الإدارة بقوة الإلزام التي للعقود المدنية، بحيث يجوز للإدارة تعديله بإرادتها المنفردة [1]؛ ومرد ذلك، لكون العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة . ألا وهي تسيير المرافق العمومية عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد. وبالتالي تم تخويل الإدارة المتعاقدة مجموعة من السلطات الاستثنائية بهدف الوفاء بمتطلبات المرافق العمومية، وضمان سيرها بانتظام واطراد. ومن أهم هذه السلطات، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، والتي تمثل الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية[2].

ان سلطة التعديل الانفرادي هي واحدة من أهم الموضوعات في النظرية العامة للعقود الإدارية. لما لها من أهمية جوهرية في إدارة وتسيير المرافق العامة، وتنفيذ العقود الادارية، وقد لقيت ردوداً كثيرة من الفقه والقضاء على حد سواء، لاسيما ما تعلق بمدى وجودها والأسس التي قامت عليها. وذلك نتيجة للخطورة التي تشكلها على المتعاقد مع الإدارة من جهة، وعلى مبادئ إبرام وتنفيذ العقود الإدارية من جهة ثانية.

ونتيجة لذلك، أولى المشرع اهتماما كبيرا سواء بوضع شروط استخدامها أو تأطير حدودها ومجالاتها. وللإحاطة بكل ذلك، يتطلب الامر منا دراسة سلطة التعديل الانفرادي من طرف السلطة المانحة لتفويض ، وإبراز مفهومها، والبحث في مدى وجود هذه السلطة، والاساس القانوني الذي تستند عليه حال وضعها موضع التنفيذ، ونطاقها والقيود التي ترد عليها.

وجود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

لا خلاف حول حق الإدارة في تعديل شروط العقد إذا وجد نصاً يبيح لها ذلك ، حيث أن الأمر لا يعدُ أن يكون تطبيقاً لشرط تعاقدي، ولكن الأمر يُدق إذا لم يرد بالعقد نصاً يعطي للإدارة هذا الحق، حيث انقسم الفقه الفرنسي في هذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات أولها ينكر إعطاء الإدارة حق تعديل عقودها الإدارية ، وثانيها : وهو الرأي الراجح يؤيد إعطاء هذا الحق ، وثالثهما: وسطاً حين قصُر حق التعديل على عقدي الأشغال العامة والتزامات المرافق العامة دون سواهما.[3]

ومع ذلك، فإن السؤال يثور فقها إلى أي مدى تتمتع الادارة المانحة بسلطة تعديل شروط عقد التفويض في غياب النص عليه وخلو العقد ودفاتر الشروط منه؟

---

[1] أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1973. ص 192.

[2] أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص412.

[3] عبد العزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام – التنفيذ – المنازعات ، في ضوء أحكام القضاء المصري ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته ، دار الكتب القانونية، 2005 ، ص 262.

ولذلك، فإن الالمام بمدى وجود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من جانب واحد يتطلب منا الرجوع إلى الجدل الفقهي الذي نشأ في هذا الشأن مع تبيان موقف القضاء والتشريع من هذه السلطة (أولا)، وصولا الى الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقد التفويض (ثانيا).

أولا: موقف الفقه والقضاء والتشريع من سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري

1: فرنسا

ينقسم **الفقه الفرنسي** بشأن حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية إلى ثلاثة آراء، يرى فيها البعض أن هذا الحق يجب أن يمنح للإدارة، ويعارضه طرف آخر، ويذهب رأي ثالث إلى حصر هذا الحق فقط في عقود الاشغال والامتياز. وللوصول إلى جوهر المسألة ، يجب النظر في هذه الآراء الثلاثة بشكل منفصل.

أ-الرأي المنكر لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة (النظرية السلبية):

عارض جزء من الفقه ، بقيادة الفقيه لوليه ، أحد أبرز الفقهاء في فرنسا ، فكرة التعديل المنفرد على العقود الإدارية من قبل الادارة ، وأنكر الأستاذان فرانسيس بينوا وجان ديفو على الادارة الحق في تعديل العقود بإرادتها المنفردة.

يرى أنصار هذه النظرية أن سلطة التعديل في العقود الإدارية سلطة خطيرة إذا ما تُرِكت دون تنظيم، والذي مفاده أي -التنظيم - أن يتضمن شروط العقد النص عليها، ليكون المتعاقد مع الإدارة على بينة مسبقة من أمر التعديل منذ بداية التعاقد، وإلا فلن تستطيع الإدارة تعديل العقد بصفة منفردة في حالة سكوت العقد[1].

ويرى الأستاذ لوليه أن الفقهاء الذين تبنوا الموقف المؤيدة لحق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقود لا يستندون إلى أحكام قضائية ذات أثر مقنع[2]،والجدير بالذكر ان هذا الجانب من الفقه استند

[1] راجع في ذلك، إبراهيم طه الفياض العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1 ، 1981 ، ص 179.

[2] نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص 223. عياد ، احمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973 ، ص 200 وما بعدها ، الفحام علي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 22- 67.

في تعليل رأيه الى عدة احكام صادرة من مجلس الدولة الفرنسي كان أبرزها الحكم بشأن شركة ترام مرسيليا[1].

ونتيجة لذلك، فإن حق التعديل الذي نحن بصدده يستند الى احكام تعاقدية ولم يكن امتيازا استثنائيا مقررا للإدارة، كان يمكن ان تمارسه دون الحاجة الى موافقة المتعاقد معها.

واستنادا لما سبق، يرى الاستاذ لوليه أن المبدأ المستخلص من قرار (ترام - مرسيليا) هو أن بنود العقد الإداري لا يمكن لها بأي حال من الأحوال أن تُعطل مباشرةَ الحقوق المعترف بها للسلطات العامة بمقتضى القوانين والأنظمة للمرافق العامة التي يمسها العقد. إلى جانب ما سلف يضيف الأستاذ لوليه أن العقود الإدارية تنشأ كغيرها من العقود، علاقات قانونية ثابتة ومستقرة بين الإدارة والمتعاقد معها، لكن ذلك لا يحول دون استعمال المشرع والسلطات العامة في الدولة لصلاحيتها في إصدار القوانين والأنظمة التي من شأنها أحياناً أن تغير في آثار تلك العقود بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة؛ وهذه الحقيقة لا يمكن أن تعتبر حجة لصالح أنصار سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي بل بالعكس تعتبر حجة ضدهم، لأنه لو كانت السلطات الإدارية المتعاقدة تمتلك فعلاً وفقاً للنظام العام للعقود الإدارية صلاحية التعديل الانفرادي، لما كانت السلطات العامة في حاجة إلى إصدار تلك القوانين والأنظمة التي تستمد من صلاحياتها ضبط سير المرافق العامة وفقاً لما تتطلبه المصلحة العامة[2].

ولم يكتف الاستاذ لوليه بالرد على آراء الفقه المؤيد لصلاحية الإدارة في التعديل الانفرادي، بل يستند في دعم رأيه المعارض إلى ثلاث أحكام قضائية قررت بصورة صريحة وحسب رأيه عدم وجود الصلاحية التعديل الانفرادي للإدارة بتعديل العقد الإداري[3].

---

[1] أبرم عقد الامتياز الممنوح للشركة المذكورة حيث حدد عدد الرحلات اليومية، ولكن مع تبدل الظروف وحاجة المواطنين للتنقل وخاصة في فترة الصيف، قرر محافظ المدينة زيادة عدد الرحلات لتتناسب مع حاجات الجمهور وطلب الشركة تنفيذ القرار الصادر منه بإرادته المنفردة، رفضت الشركة تنفيذ القرار وقدمت مراجعة قضائية أمام مجلس المحافظة، فاعتبر المجلس أنه لا يمكن للإدارة تعديل العقد إلا بموجب ملحق تعديلي، استأنفت الإدارة الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي أبطل حكم مجلس المحافظة، وذكر بسلطة الإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة، وقابلية العقود الإدارية للتغيير والتبديل من أجل تسيير المرفق العام، وأكد مجلس الدولة الفرنسي أن السلطات المخولة بموجب النصوص ويقصد بذلك مرسوم 16 أوت 1881 الخاص بالسكك الحديدية والذي يعطى للمديرين تحديد جداول مواعيد القطارات الصادرة تطبيقاً لقانون 1881 تنطوي بالنسبة للإدارة ليس فقط على حقها بالموافقة على جدول مواعيد القطارات لناحية الأمن وسهولة السير، ولكن أيضاً على حق وضع التعديلات والإضافات الضرورية (جدول مواعيد يتضمن عدد دورات أكبر من العدد المنصوص عليه بدفتر الشروط لتأمين السير الطبيعي للمرفق العام وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة. أشار اليه عياد ، احمد عثمان، مرجع سابق، ص 201.

[2] أشار اليه الفحام علي ، مرجع سابق، ص 72 وما يليها.

[3] **الحكم الأول :** حكم بلدية فيزينه (Vésinet) حصل نزاع بين بلدية فيزينه وأحد الملتزمين بتسيير مرفق وتوزيع الغاز حول أسس حساب سعر الغاز المورد للأفراد بناء على ملحق عقد أبرم سنة ،1923، فقرر مجلس الدولة الفرنسي في 23 ماي 1936 بأن البلدية كان لها بلا شك في حالة ما إذا كان المنتفعون قد نازعوا في أسس الحساب، سلطة التدخل علاقاتهم مع الملتزم بقصد العمل على احترام العقد وليس بقصد فرض تعريفة لا تتفق مع هذه الصيغة. وبذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يعترف للبلدية بحق تغيير تعريفة الغاز من جانب واحد.
الحكم الثاني: قضية مستشفى وملجأ شوني (Hôpital - Hospice de Chauny) وتتمثل هذه القضية في أن السيد " - مهندس - كلف بوضع التصاميم وبناء مستشفى شوني. ذهب السيد المذكور واستقر في مدينة بورج (Bourges) وضم

وتأسيسا على الأحكام الثلاثة، يخلص البروفيسور **لوليه** إلى أنه لا توجد سلطة للإدارة في تعديل العقود الإدارية من جانب واحد، ويرفض الاعتراف بهذه السلطة كأحد معايير النظام القانوني لعقود الإدارة. ومن ثم، فإن سلطة الإدارة في إجراء تعديلات انفرادية هي من قبيل العرف الإداري فقط، حتى وإن لم يتضمن العقد أي إشارة إليها، ما دام ذلك لم يستبعد صراحة في العقد. ولذلك فإن اشتراط التعديل الانفرادي هو شرط ضمني تحدده الممارسة الإدارية وليس امتيازا إداريا يندرج ضمن عناصر النظام القانوني لعقود الإدارة.

وقد عاد وناقض نفسه بعد أن أقر بحق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإراداتها المنفردة حينما ينص العقد على ذلك، في الوقت الذي ترفض الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وجود شرط كهذا[1].

ب-الرأي المقيد لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة (النظرية التحديدية):

يعتبر أنصار هذا الاتجاه ان سلطة الإدارة في تعديل عقودها لابد ان يكون بقدر جزئي وتقييدي، حيث اتخذت هذه النظرية موقفا وسطيا بين النظرتين السلبية والايجابية، وكان من أبرز روادها الفقيه Gaston Jeze حيث جادل من اجل اثباتها. انطلاقا من عدة حجج واحكام قضائية.

تقر هذه النظرية بحق الإدارة بسلطة تعديل العقد الإداري من جانب واحد ، ولكن مع اقتصار هذه السلطة على الشروط التنظيمية لعقد الامتياز الذي يعد من أبرز عقود التفويض ، حث يؤكد مؤيدو هذا الرأي " كمبدأ عام، القوة الملزمة للعقد ويرون أن العقود المدنية والعقود الإدارية هي طائفة واحدة من طوائف الأعمال القانونية توجد بنفس الصفات ونفس الآثار ، وذلك فيما عدا الشروط اللائحية في عقد الالتزام إذ يجوز للإدارة تعديلها في أي وقت"[2].

ودعما لوجهة نظره، اعتمد JEZE على قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي، يقضي بما يلي: "..... الشركة الملتزمة ليس لها الحق في أن تطلب تخفيض المبلغ الذي كان قد حُدِّد في العقد بحجة أن إيرادات الاستغلال كانت أقل مما كان يتوقعه الملتزم" ، من هذا القرار ، تم استنتاج أنه لا

إليه أحد زملائه كمساعد له لاستكمال الأعمال د أن طلب موافقة الإدارة . أعطت الأخيرة موافقتها إلا أنها أضافت أن الأجور المتفق عليها في العقد الأصلي ستكون مناصفة بينه وبين زميله. وعندما عرض النزاع على مجلس الدولة، قضى في قراره في 11 تموز 1941 بأن السلطة الإدارية ليس بإمكانها تعديل شروط الوكالة انفراديا >>. الحكم الثالث : حكم مدينة ليموج (Ville de Limoge) صدر هذا الحكم بقرار مجلس الدولة في 19 جانفي 1946 ، وتتلخص وقائعه في أنه كان قد صدر مرسوم في ١٦ تموز ١٩٣٥، يفرض تخفيضاً قدره 10% على أسعار الشريحة الأولى للتيار الكهربائي المورد للمنتفعين الخواص، لكن مدينة ليموج زعمت لنفسها الاستفادة من هذا التخفيض فيما يخص استعمال الإنارة العمومية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض ذلك مؤكداً بأن الإدارة لا تملك إلا الحقوق التي منحت لها بنص وعليه فإن الحق في تعديل تعريفة الإنارة العامة لا تستمده المدينة لا من نصوص المرسوم بالقانون السابق الذكر ولا من بنود عقد الامتياز.. أشار اليه عياد ، احمد عثمان، مرجع سابق، ص 201-203.

[1] د. سلطان ،طارق سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 104-105.

[2] أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 209.

يمكن لأي طرف تغيير شـــروط العقد الذي وافق عليه بحرية ، وأن هذا الحظر له مدى عام ينطبق على جميع شروط العقد.

جـ: الرأي المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة

يكاد يجمع معظم الفقه الإداري في فرنسـا[1] أن الإدارة لديها صـلاحية تعديل عقودها الإدارية من جانب واحد، من أجل حماية المصلحة العامة والسير المنتظم والمضطرد للمرافق العامة. حيث تعد من عناصـــر النظام القانوني للعقود الإدارية. وهي ســـلطة عامة تطبق على جميع العقود ولا تقتصر على نوع معين منها كما يراها أنصار التيار المعتدل. أضف إلى ذلك ، هذه السلطة معترف بها للإدارة دون التحقق فيما إذا كان هناك شرط ضمن العقد أو منصوص عليها في التشريع يمنحها اياها ، فإن أحد مؤيدي هذا الاتجاه كان البروفيســـور جيز ، الذي عاد من موقعه الداعم منذ عام 1945 ، بينما دعا إلى الموقف المقيد أو المحدد لهذه الســلطة ، مدعيا أن هذه الســلطة ، بطبيعتها ، موجودة فقط في بعض العقود الإدارية بسبب طبيعتها الخاصة.

وعلى العكس من ذلك فمنهم من رأى أن كل عملية إدارية تُعتبر احتمالية، بمعنى أنه من الممكن أثناء التنفيذ إيقافها أو تأجيلها أو تعديلها ، لأسباب تتعلق بالمصـلحة العامة والنتيجة أن كل اتفاقية خاصة بعملية إدارية هي حق احتمالي أي خاضعة وقابلة للتعديل[2]. ويذهب البعض إلى القول أن سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري هي عنصر من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية، وهي سلطة عامة تشمل جميع العقود والاشتراطات[3].

ومنهم من يجزم بأن الإدارة يمكن أن تفرض انفراديا تغييرات مُعيَّنة على شروط العقد، وأن النص على ذلك في العقد ليس إنشاءات لهذه السلطة، بل مجرد كشف لها وتنظيم لشروطها[4].

---

[1] من أبرز أنصار سلطة التعديل الانفرادي في فرنسا:
- الأستاذ Vedel والذي يرى أن العقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بشكل مطلق؛ بل لا بد من وجود نوع من التغيير الذي مع استمرار التوازن في حقوق والتزامات الأطراف؛ نصري منصور نابلسي المرجع السابق، ص 325؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 123.
- الأستاذ Bonnard الذي كان أكثر وضوحًا حيث قال أنه في نطاق العقود الإدارية لا تُطبق قاعدة الاستقرار العقدي Immutabilité contractuelleبدقة كما هو الحال في العقود المدنية، بل إن الإدارة تستطيع في كل لحظة الخروج عن الأصل التعاقدي لتفرض انفراديا تعديلات على شروط العقد. مهند مختار نوح المرجع السابق، ص 123؛ علي الفحام المرجع السابق، ص 118؛ أحمد عثمان عياد المرجع السابق ص.197.
- الأستاذ Rivero حيث يلاحظ أن سلطة التعديل الانفرادي قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء استنادا لمبدأ تغليب الصالح العام الذي يستوجب إزالة العقبات التي تُستبِّبها القواعد القانونية الجامدة، ويرى هذه القاعدة يُعمل بها في كل العقود الإدارية؛ المرجع نفسه، ص 197.

[2] علي الفحام؛ المرجع السابق، ص 118؛ حمد محمد حمد الشلماني المرجع السابق، ص. 149.

[3] Voir : PÉQUIGNOT George, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse Montpellier,1944, p365,366.

[4] مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 123؛ على الفحام المرجع السابق، ص . 122 وما بعدها.

يتضح من هذا البيان أن السائد والشائع في الفقه الإداري الفرنسي يعترف، بسلطة إجراء تغييرات أحادية الجانب من طرف الإدارة، بغض النظر عما إذا تم النص عليها في العقود أو القوانين.

اما في القضاء فرنسي تم الاعتراف وتكريس مبدأ سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري منذ بداية القرن الماضي، في قضية[1] Société nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen ويظهر من خلال وقائعها[2] أنه تتعلق بعقود امتياز المرفق العام[3] ، ثم أخذت الاجتهادات القضائية تعترف بهذه السلطة من حين لآخر، لكن في عقود محددة وبشروط معينة[4] ، إلى أن اعترف مجلس الدولة الفرنسي بهذه السلطة في جميع العقود الإدارية دون استثناء، حيث أكد دون أدنى شك أن هذه السلطة تُشكّل جزء من المبادئ العامة المطبقة على العقود الإدارية ، وذلك في قرار له.[5]

و هذا ما أعاد التأكيد عليه مؤخرًا في إحدى أحدث قراراته[6] ، حيث قرر أنه طبقا للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية،

---

[1] CE 02/01/1902, note HAURIOU, GAJA, 16 Éditions, Dalloz, France, 2007, p58 et suite.
أورده محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 24..

[2] تتلخص وقائعه فيما يلي: في عام 1874 حصلت الشركة الجديدة للغاز على الامتياز المانع من طرف بلدية ديفيل ليروان لإنارة المدينة عن طريق الغاز ، و أمام تطور الإنارة الكهربائية فإن البلدية حاولت إقناع الشركة باستعمال هذه التقنية الجديدة لكن دون جدوى و أمام رفض الشركة توجهت البلدية نحو شركة كهرباء فطالبت شركة الغاز بالتعويض مقابل الضرر الحاصل لها جراء خرق البلدية للاحتكار الممنوح سابقا ، و وصل الأمر إلى القضاء مجلس الدولة فسر العقد الرابط بين البلدية و شركة الغاز بأنه يعطي احتكار الإنارة و لكن بأية وسيلة من الوسائل لأن بعض البلديات كانت تستعمل الكهرباء ، و في المقابل اعتبر أن من حق البلدية أن تضمن هذه الخدمة عن طريق الكهرباء و لو بتسليمه إلى شركة أخرى إذا رفضت شركة الغاز ذلك رغم إنذارها ، وبذلك أقر مجلس الدولة أن من حق الإدارة تعديل العقد من جانب واحد. أورده محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 24.

[3] "Ce pouvoir a été reconnu initialement a l'administration dans le cadre des contrats de concession de service public "; David MOREAU OP CIT. p91. أورده محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 24

[4] مثلاً:

*قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية compagnie générale de tramways ؛ سابق الإشارة إليه، إذ أكد بأن من حق الإدارة أن تفرض على الملتزم بأن يزيد من عدد العربات من أجل المصلحة العامة رغم أن العدد محدد في دفتر الشروط ، وهذا لكي تضمن السير العادي للمرفق من أجل الصالح العام.
وحسب محافظ الحكومة ليون بلوم فإن الاحتياجات التي يتعين على المرفق العام من هذا القبيل توفيرها ليس لها طابعا جامدا ، والدولة لا تستطيع أن تتخلى عن المرفق العام للنقل بمجرد إمضاء عقد الالتزام .

*قرار CE, 12/05/1933, compagnie générale des eaux حيث أقر صحة تعديل العقد بزيادة كمية المياه التي يقدمها صاحب الامتياز .

* حكم CE14/04/1948. Ministre des armées حيث قضى بصحة قيام الإدارة بتغيير طبيعة الأشغال وموقع العمل المنصوص عليهما في العقد.

حكم CE 09/02/1951 ville de Nice حيث أقر التعديلات التي قامت بها الإدارة على شروط تنفيذ العقد المنصوص عليها فيه؛ حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998 ص. 211. أورده محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 24

[5] CE,02/02/1983, union des transports publics urbains et régionaux ،

[6] Qu'en vertu des règles générale applicable aux contrats administratifs : la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt générale des modifications a ces contrats": CE, 27/10/2010, syndicat

الإدارة العمومية يمكنها فرض بصفة انفرادية، في إطار الصالح العام، تعديلات على العقود الإدارية[1].

2: في الفقه العربي

إن الرأي السائد والمهيمن في **الفقه العربي** يأخذ بصلاحية سلطة الإدارة في تغيير العقد الإداري من جانب واحد، فمن خلال مراجعة آراء الفقهاء العرب في القانون الإداري، يتضح أن هناك شبه توافق بينهم ودون الحاجة إلى النص دائما على وجود هذه السلطة في القوانين والتنظيمات.

أين يرى **سليمان الطماوي** أن سلطة التعديل الانفرادي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري[2]. وأنه يجب توافر خمسة شروط لكي تتمكن الإدارة من استعمال سلطة التعديل الانفرادي:

- استناد التعديل الى مقتضيات سير المرافق العامة، وبما أن هذه المقتضيات تنطوي على قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل بفرض أداء الخدمة على أكمل وجه، فيجب أن تكون قد ظهرت ظروف جديدة تبرر هذا التعديل. وسلطة التعديل رغم خطورتها لا يمكن أن تنال من المزايا التي عول عليها المتعاقد عند قبوله العقد، ومن ثم فلا داعي للمغالاة في تقييد حرية الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية.

صدور التعديل من السلطة المختصة بإجرائه وفق الأصول الشكلية المقررة " بحيث يكون للمتعاقد أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم خلاف القواعد المقررة".

عدم تناول سلطة التعديل جميع شروط العقد، وإنما يجب اقتصارها على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، " ومن ثم فإن الإدارة لا تملك تعديل شروط العقد الأخرى، والمنبتة الصلة بالمرفق العلم".

- هناك حدود معينة لا تستخدم سلطة التعديل الانفرادي، بحيث لا يجوز للإدارة الخروج عنها، لأن ذلك الخروج يؤدي الى إهدار الغاية الأساسية من استخدام هذه السلطة.

- تحقيق التوازن بين سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد وبين حقوق المتعاقد معها[3].

---

intercommunal des transports publics de cannes, cité par: Christophe GUETTIER, droit des contrats administratifs, PUF, 2011, p435.24 أشار اليه محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص

[1] محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 25.

[2] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة دار الفكر العربي، ، 2008، ص 443.

[3] سليمان الطماوي، المرجع السابق، 421- 426.

بينما يرى الاستاذ **نصري منصور نابلسي** أن قيام الإدارة بتعديل العقد وتعويض المتعاقد إن حصل له ضرر يؤدي إلى نتيجة إيجابية هي تحسين أداء المرافق العمومية وتحقيق المصلحة العامة[1].

وفي نفس الصدد أشار **أحمد عثمان عياد** الذي أكد على أن هذه السلطة حتى دون النص عليها هي موجودة وأكيدة، وأن أحكام القضاء ونصوص التشريع لا تترك مجالا للجدل في ذلك[2].

أما الدكتور **محمد كامل ليلة**، فيرى أن سلطة تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة هو من النظام العام، لا يجوز للإدارة التنازل عنها لتحقيق المصلحة العامة، لذا فإن تحقيق النفع العام يعطي للإدارة حق التنفيذ المباشر في العقد الإداري، وهذا الحق هو حق للإدارة مقرر لها سواء وجد نص في العقد أم لا.

3: أما في الجزائر:

فقد **أجمع الفقهاء** على أن للإدارة سلطة تعديل بنود العقد الإداري أثناء تنفيذه، إذا توافرت شروط ذلك وضماناته وتم احترام حدوده، بل وذهب أكثرهم لجعل هذه السلطة بمثابة الفيصل بين العقد الإداري والعقد المدني، حيث يرى الأستاذ **أحمد محيو** أن الإدارة تتمتع- في ظل تدابير معينة- بسلطة التعديل الانفرادي لأحكام العقد، وأن هذه القدرة هي التي تميز العقد الإداري عن نظيره المدني الذي لا يمكن تعديله إلا بعد اتفاق بين الأطراف[3].

وهو نفس الموقف الذي قال به **الأستاذ عمار بوضياف**، لا يرى أن العقد الاداري مادام قد تميز بموضوعه وبعلاقته بالمرفق العام وبالمصلحة العامة، فوجب أن يتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل[4] ، على غرار **الأستاذ عمار عوابدي** الذي يرى أن هذه السلطة ممكنة في كل الصفقات العمومية والعقود الإدارية[5].

أما **القضاء الإداري العربي**، فنرى أن هذه السلطة معترف بها على نطاق واسع. دون قرارات تنكره في العديد من الدول العربية[6]. ومن الواضح أن القضاء الإداري في **مصر** يعترف

---

[1] نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية – دراسة مقارنة – منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص 423.

[2] أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة عام 1973، ص 215.

[3] MAHIOU, cours d'institutions administratives, 3 éditions avec complément, OPU, 1981, p249.
أورده محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري -دراسة مقارنة – كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 22.

[4] عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط2، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2011 ، ص.206. أورده محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 22.

[5] عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، ط 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 218. أورده محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 22.

[6] من بين الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية الإدارية العربية المؤيدة للتعديلات الأحادية الجانب على العقود الإدارية من قبل السلطات التنفيذية:
في سوريا: أقر مجلس الدولة السوري بحق تعديل العقد الإداري حيث جاء في إحدى قراراته يثبت حق الإدارة في التعديل باعتباره يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام.... والإجارة لا يمكنها التنازل عن

من جانب واحد للإدارة بصـــلاحية تعديل العقد الإداري، رغم التطور الذي مرت به، حيث لم يكن مســـموحا بذلك من قبل، فهناك قرار قضـــائي صـــادر من المحكمة الإدارية المصـــرية بتاريخ 1951/12/26، وهو أول قرار يعطي هذه الصـــلاحية للإدارة: "للإدارة دائما حق تغيير شـــروط العقد وإضـــافة شـــروط جديدة ، بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصـــالح العام، دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة: العقد شريعة المتعاقدين". [1]

ثم تعاقبت بعده عدة أحكام تتيح للإدارة بتعديل شـــروط العقود الإدارية بشـــكل فردي اثناء التنفيذ، ومن أشهر الاحكام في هذا الشأن حكم المحكمة الإدارية العليا والذي جاء فيه: "للإدارة دائما حق تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة "[2].

أما في الجزائر: فرغم أن **القضاء الإداري الجزائري** يُعتَبَر مِن بين أهم المؤسسات التي يُعوَّل عليها في بناء القانون الإداري الجزائري وتشييد أُسسه ووضع مبادئه، ورغم أنه يعمل على مدار حقبة من الزمن تزيد عن النصف قرن، إلا أن أحكامه في مجال سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري تُعتبر قليلة جدًّا.

وفي الجزائر، أكدت **الهيئة التشـــريعية** في عدة نصـــوص قانونية وجود ســـلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من جانب الادارة، كما هو منصوص عليه في المادة 58 من المرسوم التنفيذي الســـالف الذكر، والتي جاء فيها: **"يمكن للســـلطة المفوضـــة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه. ولا يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية"** .

ونتيجة لذلك، وبالنظر الى الاجتهادات القضـــائية الســـائدة في كل من فرنســـا والجزائر ومعظم الدول العربية، لاســـيما، الفقه والتشـــريع، كل ذلك يدعم بما لا يدع مجالا لشـــك ســـلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقود التفويض، وان هذه الصـــلاحية بررت وجودها، واضـــحت ســـمة بارزة

سلطة التعديل لكونها من النظام العام، أشار إليه مهند مختار نوح المرجع السابق، ص 129؛ ويرى أن هذا المبدأ راسخ في الاجتهاد القضائي في سوريا.

في لبنان: أكد مجلس شورى الدولة اللبناني حق التعديل حيث قرر أنه : وبما أنه من المبادئ التي ترعى العقود والمطبقة حتى في غياب النص عليها أن للإدارة الحق في تعديل شروط العقد... " أشار إليه نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 332.

سلطنة عمان : ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه :".. سلطة الإدارة في تعديل العقد هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية "؛ أنظر : محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.135.

في العراق : يذهب القضاء العراقي إلى أن حق الإدارة في التعديل الانفرادي من النظام العام؛ حيث لا يجوز لها التنازل عنه أو الاتفاق على خلافه، وأن أي تصرف من هذا النوع تجريه الإدارة يُعد باطلاً، فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية كلية القانون جامعة الموصل العراق 1992، ص.124. أشار الى الاحكام السابقة، محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص25.

[1] د. ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 112.

[2] حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998 ص. 229.

وأساسية في العقد الإداري، ومن هذا المنطلق لابد من مناقشة **الأساس القانوني** الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في تعديل عقود التفويض، وهل تعتري هذه السلطة **قيود** بشأن تطبيقها؟

ثانيا: الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقد التفويض

أصبحت صلاحية إجراء التعديلات من جانب الإدارة وبالصفة المنفردة من المبادئ المقبولة لدى الفقه والقضاء والتشريع، بحيث اختفى الجدل القائم بشأن وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري ، ولكن في مقابل ذلك، ثار خلاف آخر فقهي، تجلى في الخلافات الفقهية المحيطة بالأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة، متسائلا في مبرر منح هذه الصلاحية لسلطة مانحة التفويض.

ومع ذلك، فقد تم قبول أنه يمكن للإدارة إجراء تغييرات على العقد الإداري أثناء تنفيذه من جانب واحد وبالإرادة المنفردة. ضمانا للمصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومع ذلك، يجب أن تخضع سلطة التعديل الانفرادي لشروط، بحيث لا تذهب الإدارة بعيدًا في استخدامها، ولا ترهق كاهل من يتعاقد معها بكثرة التعديلات. لذا كان من الأهمية بما كان، ان نناقش الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة التعديل الانفرادي (1)، ثم التطرق الى القيود التي ترد على هذه السلطة (2).

1: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقود التفويض بإرادتها المنفردة وحدوده

تباينت اراء الفقه وبطرق مختلفة، للأساس القانوني الذي تستند اليه سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بالإرادة المنفردة، ونتيجة لذلك، ظهر اتجاهان، الاتجاه الأول يأخذ فكرة السلطة العامة كأساس لحق السلطة مانحة التفويض في تعديل عقودها، حيث تعد القرارات المتخذة من طرفها بشأن تعديل العقد من قبيل أعمال السلطة العامة. وان السلطة المانحة للتفويض هنا لا تمارس بموجبه امتيازا تعاقديا، بل تستخدم حقا تملكه بوصفها سلطة إدارية مستقلة. وفضلا على ذلك، فإن هذا الحق يعد من قبيل النظام العام وجزءا لا يتجزأ منه.

ووفقا لهذا الاتجاه[1]، فإن السلطة مانحة التفويض وهي بصدد عملية تحقيق مهامها ، تستخدم التعديل بإرادتها المنفردة في تصرفاتها بموجب ما يكفله لها القانون من امتيازات السلطة العامة.

---

[1] ولقد لقيت هذه الفكرة التأييد من طرف العديد من الفقهاء
ففي فرنسا يرى الأستاذ PÉQUIGNOT George أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية تباشره باستعمال إمتياز التنفيذ المباشر ويؤيده في ذلك الأستاذ BERNIER فيرى أن الإدارة أثناء التعاقد تراعي دائما الحفاظ على المصلحة العامة، وهكذا تتدخل باعتبارها سلطة عامة لتفرض التعديلات التي تراها ضرورية لذلك ، كما اشار جانب من الفقه الفرنسي نحو تأسيس حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، على فكرة السلطة العامة. ويرتكز هؤلاء الفقهاء على حكم لمجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ 02/03/1983 حيث أقر بحق التعديل للإدارة باعتباره سلطة عامة.
أما في مصر، فقد لاقت فكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل الإنفرادي قبول بعض الفقهاء، حيث يرى الأستاذ أحمد عثمان عياد أن هذا الحق إنما هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية تباشره الإدارة باستعمال إمتياز من أهم إمتيازات السلطة العامة وهو إمتياز التنفيذ المباشر ، كما يلاحظ الأستاذ مصريفى كمال وصفي أن هذا التعديل

حيث ان الهدف الرئيسي للإدارة هو تلبية الحاجيات العامة واشباعها، تحقيقا للمصلحة العامة. وفي سبيل ذلك من الممكن الا يتأتى لها ذلك الهدف، إذا ما تعارضت المصلحة العامة ومصلحة المفوض اليه الخاصة، لذا وجب اعمال التصرف وفق ما يقتضيه العمل كسلطة عامة تتمتع بالامتيازات التي لا يملكها الافراد. ولعل من بين أبرز هذه الامتيازات حق السلطة المفوضة في تعديل العقد بما يتماشى مع التطورات.

وبالتالي ، فإن التعديل الانفرادي من قبل الإدارة لشروط عقد التفويض لا يتم بوصفها هيئة متعاقدة ، ولكن كهيئة إدارية عامة تواجه شخصا قانونيا معينا[1].

أما الاتجاه الثاني فيري أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي لا يقوم خارج نطاق الرابطة التعاقدية، فهو امتياز عقدي. إلا أن أصحاب هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم، فيري بعضهم أن الأساس القانوني لسلطة التعديل يكمن في فكرة تحقيق مقتضيات المصلحة العامة، ويري آخرون أن الأساس القانوني لسلطة التعديل إنما يقوم علي مقتضيات المرافق العامة، ويشير البعض إلي أن هاتين الفكرتين متماثلتان لاسيما في الوقت الحاضر بعد أن اتسع مدلول عبارة المرافق العامة إلى مدى يشمل كل ما من شأنه تحقيق منفعة عامة[2].

2: قيود السلطة مانحة التفويض في تعديل العقد

وعلى الرغم من أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، لاسيما عقد التفويض ، هي سلطة أصلية توجد في حال عدم النص عليها ضمن العقد أو دفاتر الشروط، لا يعنى إطلاق يدها بدون ضوابط في تعديل هذا العقد فإن هذه الصلاحية ليست مطلقة. ومع ذلك ، قد ترد بعض القيود عليها، ويمكن تحديدها بما يلي:

القيد الأول: ان يقتصر التعديل على الشروط التنظيمية فقط دون الشروط التعاقدية

تقتصر سلطة الإدارة في تعديل العقد على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، والتي تمس تنظيم المرفق وتتعلق باحتياجاته وكيفية إشباع احتياجات الأفراد أو بمعنى آخر الشروط التي تتعلق بحسن سير المرفق وانتظامه. ومثالها الجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ والجوانب الفنية وتعريفات الأسعار ، فهذه الشروط يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة للإدارة دون النظر إلى موافقة المتعاقد ، أما

لا يكون للإدارة للإدارة بصفتها متعاقدة، بل كسلطة عامة، بحيث تملك ما لا تستطيع فعله كمتعاقد وعلى غرار نظيرتها الفرنسية، فقد استندت هذه الطائفة الفقهية المؤيدة لفكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل الإنفرادي على مجموعة من الأحكام القضائية التي أسس فيها القضاء. الإداري المصري حق التعديل الإنفرادي على فكرة السلطة العامة، فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن حق الإدارة في التعديل الإنفرادي هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وأن هذا الحق يرتكز على سلطتها الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام. أورده محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 34.

[1] نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص 334.

[2] احمد عثمان عياد، مصدر سابق صـ 215 – 216.

الشـــروط التعاقدية والتي تتعلق بالمزايا المالية للمتعاقد فلا يجوز تعديلها إلا بموافقة المتعاقد[1]. وهذا ما قضـــت به المحكمة الإدارية العليا بقولها من "... المسـلم به فقها وقضـــاء أن شـروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضـــيات المصـــلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم ، ومن المســـلم به أن التعريفة وخطوط الســـير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة..."[2].

لذا فسلطة الإدارة ليست مطلقة بتعديل شروط العقد الإدارية جميعها، وإنما يجب التمييز بين شروط العقد الإدارية المتعلقة بسير المرفق العام، وتلك الشروط التي تقع خارجة هذا الإطار. فهي تتعلق بالمزايا الممنوحة للمتعاقد، ولاسيما المزايا المالية، فلا يمكن للإدارة أن تقوم بتعديلها بإرادتها المنفردة[3].

القيد الثاني: توافر مبرر التعديل

ولما كان المرفق العام قد أنشـئ لإشـباع حاجة عامة أسـاسـية للأفراد، ولما كانت هذه الحاجة باقية ومسـتمرة، لذلك يكون ضـروريا اسـتمرار المرفق العام في إشـباع هذه الحاجة، أي ضـرورة ســـير المرفق العام بانتظام واطراد[4]، وعلى خلاف ذلك، فمن الممكن تغير الظروف المتعلقة بتنفيذ تفويض المرفق بعد الإبرام ، يجوز للإدارة إجراء تغييرات في تنفيذ العقد دون انتظـار موافقـة المفوض اليه ، وبالتالي ، يجوز لها تغيير التزامات وحقوق المفوض اليه.

وفقًا لذلك [5]، تقتضـــي صـــحة قيام الإدارة بتعديل العقد ، بعد الإبرام ، أن تنشـــأ الظروف التي تتطلب استخدام هذه السلطة. حيث أن الظروف الموجودة وقت إبرام العقد قد تغيرت ولم تعد مناسبة لأداء المرفق السليم.

القيد الثالث: عدم تجاوز إمكانيات المفوض اليه الفنية والمالية

يجب ألا تتجـاوز التعديلات التي تفرضـــهـا الإدارة على المتعـاقد حدود إمكـانيـاتـه المـاليـة والاقتصـــادية أو الفنية، بحيث لا يصـــل الأمر إلى حد قلب اقتصـــاديات العقد رأســـا على عقب[6].

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 76 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص574.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 110 لسنة 13 ق ع، الصادر لسنة 1977/12/31. أورده حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 575.

[3] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، 404 .

[4] أنور أحمد رسلان، وسيط القانون الإداري، ج.1، دار النهضة العربية، القاهرة، س.1998، ص.358 .

[5] وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "... ذلك أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير المرفق العام وانتظامه وهي تفترض مقدما حصول تغير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه طبقا لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه ..." حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3986 لسنة 35 ق ع الصادر بجلسة 1992/11/15، ، الموسوعة ، الجزء 35 ، ص 380. أورده حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 576.

[6] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، 24 .

فالإدارة يجب ألا يغيب عن بالها أبدا أن المتعاقد معها كان قد قبل التعاقد وقت إبرام العقد واضعا في اعتباره أن له إمكانيات مالية وفنية، فعند إجراء التعديل يجب أن تحرص على مراعاة تلك الاعتبارات الاقتصادية والفنية، وألا يصل الأمر إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب. ومثل هذا الاصطلاح الأخير يستعمله مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه[1].

وبالتالي، إذا تجاوز التعديل الحد الذي لا يواءم إمكانيات المفوض اليه حال ابرامه عقد التفويض، يحق لهذا الاخير المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بالتعويض عن جميع العواقب الضارة الناتجة عن تنفيذ هذه التعديلات الجديدة.

القيد الرابع: احترام قواعد المشروعية

والمقصود بهذا الشرط أن يصدر قرار الإدارة بتعديل العقد مستوفيا لأركانه مراعيا القواعد التي يقتضيها مبدأ المشروعية، فيجب أن يصدر القرار بالشكل الذي يحدده القانون، وعن شخص ذي اختصاص، وعلى وفق القواعد القانونية التي تحكم المحل والسبب، وان تكون الغاية منه تحقيق المصلحة العامة، وكل قرار لا يراعي قواعد المشروعية الإدارية يعد قرارا باطلاً[2].

واستخلاصا لما سبق يخضع حق التعديل بالإرادة المنفردة المقرر للإدارة لشروط وغايات معينة بذاتها، فهو مسلك يمكن لسلطة مانحة التفويض من خلاله التأقلم مع الاوضاع غير المستقرة والمتغيرة وتطوير المرفق العام للتكيف معها.

وفى غير الحالات وبالشروط والأهداف المشروعة لممارسة حق التعديل، يتم توقيع جزاءات على الإدارة إذا اخترقت أو خالفت شروط العقد وتنعقد بذلك مسئولية الإدارة التعاقدية[3].

وإذا كان على الإدارة أن تفرض على الملتزم أعباء جديدة، فيجب أن يكون في وسعه تحملها ، فإذا كان الظاهر بوضوح أن الأعباء الجديدة من الضخامة ؛ بحيث تعتبر وكأنها التزام جديد ، فإن للملتزم أن يتحرر منها عن طريق القضاء، بأن يطعن على قرار التعديل بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء في حالة الأعمال المنفصلة أو أمام قاضى العقد بطلب التعويض أو الفسخ[4].

المطلب الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

مما لا شك فيه، ان أهم السلطات المخولة للإدارة والتي تميز العقود الادارية عن المدنية هي سلطة فرض الجزاءات على الاطراف المتعاقدة معها، مرد ذلك عدم المساواة بين الطرفين المتعاقدين، مع الأخذ في الاعتبار أن نظام الجزاءات الإدارية هو نظام خاص عن الجزاءات المدنية، حيث يهدف الأول إلى الحفاظ على المصلحة العامة من خلال ضمان حسن سير المرفق

---

[1] ابوبكر احمد عثمان ، مرجع سابق، ص 211.
[2] د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، صـ 195 . أشار اليه ابوبكر احمد عثمان ، مرجع سابق، ص 212.
[3] د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 44.
[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، مصر ، 2000 ص 253.

العام بانتظام واضـــطراد. لذلك، من المؤكد أن الإدارة تقف في موقف أقوى من المفوض اليه ، لما تملكه من امتيازات السلط العامة.

الأصـــل - ووفقاً للمجرى الطبيعي للالتزامات العقدية - أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد وفقا لشـــروطـه وفي المواعيد المحددة، غير أنه قد لا تجيء الأمور على هذا النحو المـأمول، ويخـل المتعاقد بهذه الالتزامات، ونظرا لطبيعة المصلحة العامة التي تقوم عليها الإدارة والمسؤوليات التي تضـطلع بها والغايات التي ترمي إليها من وراء إبرام عقودها، فإنه لا يمكن أن تقف مكتوفة الأيدي تجاه هذا الإخلال، لذا فقد تمتعت الإدارة بمجموعة من الصـــلاحيات التي تحمل الطابع الجزائي الإداري تســـتطيع تطبيقها دون اللجوء إلى القضـــاء، وحتى دون النص عليها في العقد، فهي صلاحيات نابعة من طبيعة العقود الإدارية وما تقوم عليه من تحقيق الصالح العام[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه خلافاً لما هو متعارف عليه في القوانين الخاصة ، تمارس الإدارة هذا السلطة من تلقاء نفسها ودون الحاجة إلى عرضـها أمام القضـاء. بل إن الإدارة تملك أكثر من ذلك، فهي تفرض جزاءات غير منصوص عليها في العقد المبرم بينها وبين المفوض اليه.

واسـتنادا لما سـبق، سـنناقش هذا الموضـوع في ثلاثة فروع، نتطرق في (الفرع الأول) منه لتطور حق الإدارة في فرض الجزاءات، ونخصـص (الفرع الثاني) للأسـاس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات. ونقف في (الفرع الثالث) على صـــور الجزاءات في عقود التفويض المرفق العام وانواعها

الفرع الاول: تطور سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

بادئ ذي بدء، من الضروري الإشارة ان مسألة الجزاءات بشأن العقود الإدارية كان منشأها أروقة مجلس الدولة، وهو أول من سـنها، ومن هذا المنطلق سـنورد اهم الاحكام التي سـاهمت في تكريس نظرية الجزاءات وجعلها كنظرية فقهية وقضـــائية معترفا بها، وبمفهوم المخالفة كان المبدأ السـائد آنذاك في القضـاء الإداري الفرنسـي ان العقد الإداري يعد المصـدر الوحيد لتقرير أي جزاء، ونتيجة لذلك، يتعذر على الإدارة توقيع الجزاءات غير المنصـــوص عليها ضـــمن العقد، حيث كان يُعترف لها حصرا بالفسخ.

وبالتالي ، لا يمكنها أن تتجاوز العقوبات المنصوص عليها حصرا ضمن العقد، حيث لا يمكن للقاضـــي إلا الامتثال الى أحكام العقد المبرم بين السـلطة مانحة التفويض والمفوض اليه. وعليه، لا يكون للإدارة الحق في فرض جزاءات إدارية على أساس القواعد العامة.

وهذا ما اقره مجلس الدولة الفرنسي في حكم له في قضية level ، حيث أقر المجلس في عام 1884 إلى أنه وتطبيقا للمادة 37 من دفتر الشـروط، يمكن الحكم ضـد الملتزم بإسـقاط التزامه لعدم

[1] حمدي محمد العجمي، المرجع في العقود الإدارية في المملكة السعودية، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، الرياض، 2018، ص 375.

تنفيذه الالتزامات المختلفة المفروضة عليه. حيث أن عقد الالتزام لم ينص على أي جزاء أخر يطبق في حالة ما إذا كان الملتزم لم يبدأ الأعمال خلال سنة ابتداء من قرار المنفعة العامة. ولا يمكن لجهة الإدارة أن تطالب بتعويضات بمثل الضرر الذي تدعى انه لحق بها بسبب عدم تنفيذ الخط الممنوح التزامه بما هو خارج على نصوص دفتر الشروط، ومن ثم تكون المحكمة الإقليمية قد استجابت - بدون حق - إلى طلب التعويض المقدم من جهة الإدارة[1].

فلا يسوغ مع هذه الضرورة ان يقف الفقه الفرنسي مغلول اليدين إزاء هذا الوضع الغريب، المنوط به تقييد سلطة الإدارة لمجرد ان الجزاءات غير مذكورة في العقد، وعليه، فقد وجه الفقه انتقاداته لقضاء مجلس الدولة، ومن بين هذه الانتقادات انه من غير الجائز أن يكون هناك بعض المخالفات الصريحة لنصوص العقد بدون جزاء بحجة أنها غير منصوص عليها، فمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد ونية المتعاقدين يتطلبان تنفيذ نصوص العقد بدقة ويوجبان توفير الحماية الكافية للإدارة. ومن بين هذه الانتقادات أيضا أن عدم وجود جزاء يحمي بعض هذه الالتزامات من شانه تشجيع المتعاقد . مع الإدارة على إهدار هذه الالتزامات ومعنى هذا تهديد مصالح المنتفعين بالاضطراب والتوقف وأخيرا فان قيام المشرع بالسماح للإدارة بفرض جزاء إسقاط الالتزام في حال عدم وجود جزاءات منصوص عليها تعالج بعض المخالفات العقدية، وضعها أمام خيارين لمواجهة المخالفات غير المنصوص عليها في العقد فما أن تستخدم حقها بإسقاط الالتزام، وهذا جزاء شديد الخطورة ويؤثر في دوام سير المرافق العامة ويجعلها عرضة للتوقف والاضطراب وإما أن تجمد حقها هذا، وفي هذه الحالة يعد الجزاء كأنه غير موجـ موجود[2].

واستنادا لما سبق، وتحت وطأت الانتقادات الحادة الموجهة لمجلس الدولة الفرنسي، عالج هذا الأخير هذه المشكلة إيجابا، وحكم بحق الإدارة في فرض جزاءات غير منصوص عليها ضمن العقد، في قراره المتعلق بقضية دبلانك "Déplanque"[3] الصادر سنة 1908، الذي ابان فيه عن تراجعه عن كل القرارات السابقة، مكرسا فيه مبدأ سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ولو لم ينص العقد على ذلك.

---

[1] عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر صفحة 18.

[2] عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1993، القاهرة صفحة 108 .

[3] وكان ذلك في قراره بقضية دبلانك" "Déplanque" بتاريخ 13/05/1908 والتي تتلخص وقائعها في إن السيد "دبلانك" وقع عقد امتياز مع مدينة فرنسية بهدف توفير الإنارة. وجاء نص في العقد يبيح إيقاع الفسخ كجزاء في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته أثناء التنفيذ وقع إخلال من المتعاقد ببعض التزاماته، ولكن هذا الإخلال لم يكن جسيما. وعرض الأمر على مجلس الدولة الذي كان عليه أن يوازن بين آمرين هما إيقاع الجزاء المنصوص عليه وهو أمر في غاية الخطورة ، والأمر الثاني إيقاع جزاء على المتعاقد بسبب إخلاله بالتزاماته غير جزاء الفسخ، وهو ما لم ينص العقد عليه، ولكنه أخف وطأة من الفسخ وقد قضى المجلس بإمكان توقيع جزاء أخر باعتبار أن كل التزام تعاقدي له جزاء يتم توقيعه عند الإخلال به ويفهم مما سبق أن بالإمكان أن توجد لدى الإدارة سلطة إيقاع الجزاء وهي سلطة مستقلة عن نصوص العقد. أشار اليه عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري المرجع السابق، صفحة 26.

والجدير بالذكر، أن حكم "Déplanque" "دبلانك" وان كان قد صـــدر في منازعة متعلقة بعقد التزام مرفق عام إلا انه يعد - دون شـك - خطوة مهمة في الطريق الصـحيح. تطور من خلاله نظام الجزاءات الإدارية في العقد الإداري. فقد ترتب عليه مبدأ مفاده أن عدم وجود نص في العقد الإداري يبين لكل مخالفة جزاء بعينه إذا أخل المتعاقد بالتزاماته لا يعني بالضـــرورة بقاء المخالفة غير المنصـوص عليها دون جزاء، بل يسـتطيع القاضـي أن يفرض جزاءات طبقا للقواعد العامة . وهذا المبدأ تأكد في قضـاء مجلس الدولة الفرنسـي حتى أصـبح قاعدة مسـتقرة بالنسـبة لكافة العقود الإدارية[1].

أما عن تطور الجزاءات في البلدان العربية، فنجد أن القضـاء في مصـر كان ينهل من معين القضـاء الفرنسـي إلا أنه يخالفه في بعض الأمور . فقد درجت أحكامه على أن عدم نص العقد على الجزاءات لا يعني عدم تمكن الإدارة من فرضـــها . فلها الحق بتوقيع الجزاءات بشـــكل قرارات تصـدرها من جانب واحد، والفرق الوحيد بين قضـاء مجلس الدولة المصـري وقضـاء مجلس الدولة الفرنسـي يتضـح من خلال ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصـرية حيث قالت : - " إذا توقع المتعاقدان خطأ معينا ووضـعا له جزاء بعينه فيجب أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء بحيث لا يجوز لها - كقاعدة عامة - أن تســتبدل به غيره. أما مجلس الدولة الفرنســي فقد أقر في حكمه بقضــية pepingue إمكان استبدال جزاء يتناسب مع المخالفة بالجزاء المنصوص عليه"[2].

واسـتخلاصـا لما سـبق ، من الواضـح أن فرنسـا كانت وبشـكل عام ، أول دولة ترسـي مبادئ الجزاءات وسـلطة الإدارة في فرضـها. غير أن السـؤال الذي يطرح نفسـه في هذا الصـدد. ما هو الأسـاس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات؟ الإجابة على هذا السـؤال تتطلب منا مناقشـته على وجه التحديد في فرع مستقل وهذا ما سنغطيه في الآتي:

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة المانحة لتفويض في فرض الجزاءات

مما لا شـــك فيه أن للإدارة ســـلطة فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها. وتبدأ ممارسـة سـلطتها عندما يخل المتعاقد معها بشـروط العقد. والهدف الأسـاسـي من هذه السـلطة هو ضـمان تنفيذ عقود الإدارة على الوجه الأمثل، وتحقيقا للصـالح العام. وتمارس الإدارة سـلطتها هذه من تلقاء نفسـها ودونما حاجة إلى لجوئها لجهة القضـاء. ولكن السـؤال الذي يثور هنا: ما هو السـند القانوني الذي يضفي صفة الشرعية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات؟[3].

---

[1] عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق ، ص 17.

[2] القاضي، وليد سعود فارس، الجزاءات في مجال العقود الإدارية : دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ص 6.

[3] القاضي، وليد سعود فارس، الجزاءات في مجال العقود الإدارية : المرجع السابق، ص 6.

يكاد يجمع الفقه بوجود سلطة الإدارة بفرض الجزاءات، غير انهم لم يتفقوا في الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، فانقسموا الى اتجاهين، **الاتجاه الأول** ومنهم الفقيه (فيدل) Vedel الذي يرى بأن سلطة الإدارة في مجازاة المتعاقد معها بمقتضى عقد إداري حال سكوت العقد تنبع من فكرة السلطة العامة، بينما يرى العميد (هوريو) أن من حق الإدارة في نطاق عقد الأشغال العامة والتوريد أن تفسخ العقد وأن تحل نفسها محل المتعاقد معها في حال تقصيره في تنفيذ التزاماته ، بما لها من سلطة التنفيذ المباشر، دون أن تكون ملتزمة باللجوء إلى القضاء ليقضي لها بهذه الجزاءات.

بينما يرى **ميشيل رونسيه** أن سلطة الجزاءات ليست محصورة بتاتا في الجزاءات التي ينص عليها العقد، بل توجد أيضا حتى في حالة سكوت العقد استنادا إلى فكرة السلطة العامة، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، باستثناء إسقاط التزام المرافق العامة. ويرى الفقيه البلجيكي (فلام) " flamme" أن حق الإدارة في توقيع الجزاءات الملائمة على المتعاقدين معها بقرارات من جانبها ،وحدها، ودون اللجوء مسبقا إلى القضاء يعتبر امتيازا أساسيا للسلطة العامة[1].

أما **الاتجاه الثاني** فيرى أنصاره أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يتمثل في فكرة المرافق العامة ومن هؤلاء (جيز) " Jeze و (دي لوبـــــــــــادير) laupadere و (بيكينيو) peguignot فقد ذهب هؤلاء إلى القول بأن هدف الجزاءات ليس مجرد قمع أوجه الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وإنما تهدف أيضا إلى كفالة حسن سير المرافق العامة، وليس من بين أهدافها تحقيق التوازن بين الالتزامات التعاقدية. وبينوا بأن للإدارة استخدام سلطتها في التنفيذ المباشر دون أن ينص العقد على ذلك، إلا فيما يتعلق بإسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة[2]. وبصدور حكم مجلس الدولة في عام 1929 بقضية الملاحة جنوب الاطلنطي[3] اعترف المجلس بحق توقيع الجزاء دون انتظار صدور حكم من القضاء.

وهو أيضا ما تبناه المشرع الجزائري في القوانين التي نظمت عقود الامتياز، فالمشرع أقر للسلطة المانحة إمكانية تسليط الجزاءات بإرادتها المنفردة عند إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته، ولكن بشرط الإعذار المسبق له قبل توقيع العقوبة عليه[4].

واستخلاصا لما سبق، فإن عقود تفويض المرفق العام شأنها شأن العقود الإدارية تخضع للقواعد العامة المقررة للإدارة بشأن توقيع الجزاءات، وبالتالي، فأي اخلال من طرف المفوض اليه بتنفيذ تعهداته التعاقدية امتناعا عن تنفيذ العقد او مخالفة الشروط واحكام العقد او عدم الالتزام

---

[1] القاضي، وليد سعود فارس، الجزاءات في مجال العقود الإدارية : المرجع السابق، ص 9.
[2] القاضي، وليد سعود فارس، الجزاءات في مجال العقود الإدارية : المرجع السابق، ص 9.
[3] قطع مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة بجنوب الأطلنطي عام (1929) شوطا أبعد مما قضى به من قبل حيث اعترف للإدارة بأن تتخذ جميع الإجراءات اللازمة لكفالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقود، ومنها إيقاع الجزاءات بنفسها دون وساطة جهة القضاء، وهكذا أضحى من حق الإدارة مجازاة المتعاقد دون أن ينص العقد المبرم على ذلك باستثناء إسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة. أورده، هارون الجمل النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه في الحقوق مقدمة إلى جامعة عين شمس ، القاهرة، سنه 1979 ، صفحة 85.
[4] بركبيه حسام الدين، المرجع السابق، ص 242.

المفوض اليه بالتنفيذ شخصيا ونقل العقد الى الغير دون موافقة الإدارة، وعدم احترامه لالتزاماته بضمان السير الحسن للمرفق العام بانتظام واضطراد، كل ذلك، يجيز لسلطة المانحة لتفويض توقيع الجزاءات بالإرادة المنفردة دون اللجوء الى القضاء، متخذة بشأن ذلك، قرارات تتصدى لهذا الاخلال والتقصير من جانب المفوض اليه.

الا انه وعلى الرغم من ان الجزاءات التي يمكن ان تفرضها السلطة مانحة للتفويض على الأشخاص المفوض اليهم، تملك مجموعة من الخصائص المشتركة مع العقود الإدارية الأخرى التي تستعملها الإدارة، الا انها قد تختلف بما لها من خصائص تميزها بما يتناسب وطبيعة المرفق المراد استغلاله، وعليه، سنناقش (أولا) خصائص الجزاءات الإدارية التي تنبري للإدارة في مواجهة المتعاقد معها بشأن تفويض مرفق عام، ثم نبين القيود التي ترد على هذه السلطة لما تمثله من خطورة (ثانيا).

أولا: خصائص الجزاءات الإدارية:

تتمتع السلطة مانحة التفويض فيما تبرمه من عقود بمركز متميز في مواجهة من تتنازل له عن تسير واستثمار مرفق عام. مرد ذلك الرغبة في تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد في اداء الخدمات للمنتفعين بها. ومن بين هذه الامتيازات سلطة توقيع الجزاءات بما يتناسب مع التقصير الواقع من طرف المفوض اليه. حيث تتميز هذه الجزاءات التي توقها الإدارة بعدد من السمات والخصائص المميزة لها وهي:

1: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها تلقائيا بمجرد ثبوت المخالفة، ودون حاجة لاستصدار حكم بالجزاء ، ويشترط أن يتناسب هذا الجزاء مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد ، وتخضع الإدارة في هذا لرقابة القضاء للتأكد من خلو الجزاء من الانحراف بالسلطة والمغالاة، ولا تملك الإدارة التنازل عن هذا الحق مقدما . كما أن هذا الحق يثبت لها حتى ولو لم ينص عليه في العقد ، والنص في العقد على بعض الجزاءات لا يمنع الإدارة من استعمال الجزاءات الأخرى[1].

2: الضرر ليس شرطا لتوقيع الجزاء الإداري

إن الهدف من الجزاء الإداري ليس عقاب المتعاقد على خطأ ارتكبه بقدر ما هو تأمين لسير المرفق العام بانتظام واضطراد لذا فإن جهة الإدارة ليست ملزمة بإثبات أن إخلال المتعاقد معها

[1] محمد باهي أبو يونس ، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2000، ص 14.

بالتزامه التعاقدي قد أصابها بضرر فلا يشترط لتوقيع الجزاءات إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام ، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقه المنصوص عليه بالعقد[1].

فالضـــرر في هذه الحالة مفترض نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته. ومن ناحية أخرى فان الغاية من هذه الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه وإنما تكمن هذه الغاية بالدرجة الأولي في تأمين سير المرفق العام[2].

3: حق السلطة المفوضة في اختيار الوقت الذي تراه ملائم لتوقيع جزاءاتها

لسلطة مانحة التفويض الحق في اختيار الوقت المناسب لفرض العقوبة على النحو الذي تراه مناسـبًا لضـمان تسـيير المرافق العامة بانتظام واضـطراد ، بشـرط عدم وجود نص يلزم الإدارة بتوقيع الجزاء في وقت محدد[3].

4: حق الإدارة في الجمع بين عدة جزاءات إدارية

ليس هناك ما يمنع من الجمع بين جزاءات متعددة طالما تحقق السبب الذي يستوجب كل منها إذ أن كل سبب من الأسباب التي تؤدى إلى توقيع الجزاءات متميز ومستقل عن الآخر في الطبيعة والوجهة والغاية[4].

5: توقيع الجزاء دون نص يقره

---

[1] مضمون حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1068 لسنة8 ق، جلسة 1963/11/30، ، مجموعة أحكام السنة 9 ، ص 161. أشار اليه حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 600.

[2] د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، صـ 412 .

[3] مضمون حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 988 لسنة 9 ق ، جلسة 1967/05/20 ، أشار إليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق راجع أيضا د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 677.

[4] د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ، 646 ، د. شريف يوسف خاطر ، مبادئ القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص 685، وراجع أيضا في هذا الصدد حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم 1109 لسنة 8 ق ع الصادر بجلسة 1995/12/28 ، مجموعة أحكام المكتب الفني ، السنة 9 ، ص321؛ وكذلك حكمها الصادر في الطعن رقم 1316 لسنة 7 ق ع الصادر بجلسة 1964/02/22، مجموعة 675 أحكام المكتب الفني ، السنة 9 ، ص 787. أشار اليه حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 600.

تستخدم الإدارة سلطتها في توقيع الجزاءات من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في مجال تنفيذ العقود الإدارية ، وبالتالي فإن استعمال الإدارة لتلك السلطة لا يحتاج إلى نص يقررها[1].

وعلى هذا استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي، فسلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتي ولو لم ينص عيها في العقد، وإذا نص العقد علي بعضها فذلك لا يعني تقييد حرية المتعاقدين فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة تحت رقابة القضاء[2].

ثانيا: القيود التي ترد على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تمتلك الهيئة مانحة التفويض سلطة توقيع جزاءات إدارية على المتعامل المتعاقد معها، في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وهذه تتسم بطبيعة ردعية، تنطوي على مساس بحقوقه، مما يترتب عنه خضوع هذه الجزاءات لضوابط شكلية وموضوعية محددة، يجب على الإدارة عدم تجاوزها. والتي تعد بمثابة ضمانات للمفوض له المخل بالتزاماته. هذه الضوابط سواء أكانت شكلية، والتي تحيط الجزاء قبل توقيعه، كإعذار المتعامل المخل بالتزاماته وتبيان المآخذ الموجهة إليه، أو موضوعية والتي تتصل بمضمونه، تحد من سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء دون مراعاة المشروعية اللازمة له، غير أن خضوع الجزاء للسلطة التقديرية لها، بهدف تحقيق المصلحة العامة، يمكن أن ينطوي على مساس بحقوق المتعامل المتعاقد[3].

وبالتالي، سلطة الإدارة ليست مطلقة في توقيع الجزاءات وانما تخضع لضوابط وقيود أهمها:

1: خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء

تقوم الإدارة بتوقيع الجزاءات الإدارية على مسئوليتها وتحت رقابة القضاء ، والتي تعتبر من قبيل القضاء الكامل، والتي تشمل رقابة المشروعية التي تتناول مشروعية القرارات الصادرة من حيث الشكل والاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف، وتمتد إلى البواعث التي حذت بالإدارة لتوقيع الجزاء. كما تشمل رقابة الملائمة وما إذا كان الجزاء يتناسب مع الخطأ من عدمه، كما تتفاوت سلطة قاضي العقد في مواجهة الجزاء من جزاء لأخر[4] . والسؤال الذي يثور هنا، هو إذا ما ظهر للقاضي الإداري أثناء نظر الدعوى أن الجزاءات المفروضة على المتعاقد غير مشروعة، فهل له أن يلغيها أو يأمر بالتعويض عنها؟ هذا ما سنناقشه في التالي:

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 601.
[2] مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 . ص 460.
[3] https://www.asjp.cerist.dz/en/article/189813
[4] أيمن محمد ابو حمزة ، وسيط العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 383. اورده حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 601.

الوضـع في فرنسـا : حيث يتم التمييز بين الجزاءات المالية والجزاءات الأخرى ، فبالنسـبة للجزاءات المالية فيملك القاضي دائما الحكم بإلغائها إذا كانت غير مشروعة، كما يملك تخفيضها إذا كانت مبالغ فيها ، كما يملك إلزام الإدارة بأن ترد للمتعاقد ما حصلته منه بدون وجه حق. أما بالنسبة للجزاءات الأخرى الضـاغطة والفاسـخة فلا يملك القاضـي إلغائها وإنما تقتصـر سلطته على الحكم بالتعويض ويسـتثني من ذلك عقود الالتزام ، حيث يجوز للقاضـي إلغاء الجزاء الضـاغط أو جزاء الفسخ إذا انتهي إلى عدم مشروعيته، كما الحكم بتعويض للمتعاقد عما لحقه من أضرار[1].

أما الوضـع في مصـر فإن القاضـي يملك سـلطة إلغاء القرار الصـادر بتوقيع الجزاء أياً كان نوعه ، وسواءً أكان جزاء مالي أو جزاء ضاغط أو جزاء فاسخ[2].

2: وجوب اعذار المفوض له قبل توقيع العقوبة

الإعذار هو إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا من أجل إعطاء المتعاقد مهلة معقولة من الوقت تسمح له بتنفيذ التزاماته، وأن يبدي ملاحظاته ويقدم أوجه دفاعه[3].

يعد إجراء إعذار المفوض له قبل توقيع الجزاءات عليه ضـمانةً له من تعسـف السـلطة المفوضـة في اتخاذ هذا الجزاء في مواجهته، كما تقف كسد منيعا ضد أي اختلال يحد بالجزاء عن المشروعية[4].

ويشترط وجوباً القيام بإعذار المفوض له المتعاقد مع الإدارة، المقصر في تنفيذ التزاماته قبل توقيع أي جزاء، لتلافي عنصـر المفاجأة في العقوبة التي من الممكن ان ينجم عنها خسـارة فادحة غير متوقعة، وعدم ترك فرصـة لتدارك الإهمال بأحد التزاماته المقررة، وترك مجال له لتقويم وتصـحيح ما أحدثه من أثر يكون قد انعكس على سـير الحسـن للمرفق العام محل التفويض. ومن اجل ذلك، ومن هذا المنطلق يقع على عاتق السـلطة مانحة التفويض، وقبل توقيع جزاءات على المتعاقد مع الإدارة، الالتزام بإعذار المفوض له، والا أضـحت قراراتها غير المسـبوقة بإجراء الاعذار قابلة للبطلان.

ومن ثم، قرر مجلس الدولة الفرنسـي أنه يجب اعذار وتنبيه المفوض له قبل توقيع الجزاء، سواء كان منصوص عليه في العقد أم لا ، ولا تعفى السلطة المانحة لتفويض من هذا القيد إلا على

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 602.
[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 602.
[3] عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري: دراسة مقارنة، ص 93.
[4] ضرار القزاز، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الادارية دراسة مقارنة (فرنسا - مصر- سورية)، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 53، 2017، ص 13 وما بعدها.

أساس شرط اقره المتعاقد معها. أو إذا أثبتت ظروف الحال أن العذر غير مجد ، كأن يقر المفوض له عن عجزه التام في ضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

إن إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء بموجب القانون الفرنسي يلزم الإدارة من حيث المبدأ بأن تعذر المتعاقد معها بالغرامة قبل توقيعها. وليست هذه القاعدة مطلقة. فلا ضرورة للإعذار بالغرامة كلما كان من الممكن أن تستخلص من مجموع الظروف أن النية المشتركة للأطراف تقصد الالتزام بصرامة بمدد التنفيذ أو التسليم أو ينتج ذلك من نصوص العقد ذاته[1]

اما **القانون الجزائري** فقد أقر مبدأ وجوب إعذار المتعاقد مع جهة الإدارة المقصر في تنفيذ التزاماته قبل توقيع الجزاء عليه. وقد تضمن المرسوم التنفيذي المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته بعض النصوص التي تلزم الإدارة بإنذار وتنبيه المفوض له قبل فرض العقوبة . وعلى سبيل المثال ، نص المادة 31 ، والتي تقرر «**إذا لم يستعمل صاحب امتياز خدمات النقل البحري الحقوق التي منح إيا ها في إطار الامتياز في الأجل المحدد... يتعين على الوزير المكلف بالبحرية التجارية اعذاره باستغلال هذه الحقوق في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر** »[2].

كما تضمن المرسوم المحدد لشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال المسافرين عبر الطرقات و / أو تسيرها بنص المادة 25 على أنه:" **يمكن السلطة المانحة الامتياز أن تلغي في أي وقت الامتياز ... بعد اعذارين بقيا بدون رد"[3].**

وفي ذات الشأن جاء المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام على تأكيد وجوب اعذار المفوض له المخل في تنفيذ التزاماته قبل توقيع الجزاءات عليه. وهو ما تضمنته المادة 62 فقرة الثانية منه، حيث جاء فيها: « **... غير أنه، وقبل اللجوء إلى الغرامات، يجب على السلطة المفوضة أن توجه إعذارين للمفوض له، لتدارك النقائص المسجلة في الآجال المحددة...**».[4]

وفي ذات السياق أقر مجلس الدولة المصري مبدأ وجوب إعذار المتعاقد مع جهة الإدارة المخل في تنفيذ التزاماته قبل توقيع الجزاء عليه[5]. وقد تضمنت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 بعض النصوص التي تلزم الإدارة بإنذار وتنبيه المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء ومثال ذلك نص المادة 84 من هذه اللائحة والتي تقر بـ " **إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة**

---

[1] عبد المجيد فياض. نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، صـ 173 – 174 .
[2] مرسوم تنفيذي رقم 08-57. مرجع سابق.
[3] مرسوم تنفيذي رقم ،04-117مرجع سابق
[4] مرسوم تنفيذي رقم،18-199 مرجع سابق.
[5] حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلي أن " ٠٠٠٠ غاية الأمر أنه يشترط في هذه الجزاءات إسقاط الالتزام)٠٠٠٠٠ ثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذه الجزاءات ... الطعن رقم 110 لسنة 13 ق ع الصادر بجلسة 1977/12/20، ، الموسوعة ، ج18، ص 1108. أشار اليه حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 603.

عشر يوماً من تاريخ الإنذار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح، كان للسلطة المختصة ..."[1].

3: تطبيق نصوص عقد التفويض

ان اعتبار استخدم الادارة سلطتها في توقيع الجزاءات من قبيل امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في مجال تنفيذ عقود التفويض ، والذي يفضـــي الى ان إعمال هذه الســلطة لا يحتاج إلى نص يقررها، لا يعفيها في تجاوز توقيع الجزاءات المقررة لكل اخلال وما يقابله من جزاء ضـــمن العقد الاداري اذا ما تم النص عليه ووضـــع له جزاءً بعينه، فيجب أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء، بحيث لا يجوز كقاعدة عامة استبداله بآخر.

الفرع الثالث: صور الجزاءات في عقود التفويض المرفق العام وانواعها

ولا شـــك أن للإدارة مانحة التفويض الحق في فرض أشـــكال مختلفة من الجزاءات على المفوض له بموجب العقد الذي يربطهما، في حال أخل هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية في حالة الإهمال أو التقصـــير وعدم التنفيذ، أو عدم احترام المدد المحددة للتنفيذ. وتختلف هذه الجزاءات ، والتي يمكن ردها إلى الفئات التالية:

أولا: الجزاءات المالية:

وهي المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المفوض له إذا أخل بالتزاماته ، وهي إما أن تكون غرامات تأخير توقع على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزامه وإما أن تتمثل في مصادره التأمين النهائي في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وإما تعويضـــات تعد جبرا للأضـــرار التي تصـــيب الإدارة نتيجة مخالفة المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية[2]. أو نتيجة تأخره في تقديم التقرير المالي والتقني خلال مدة معينة.[3]

1: الغرامات

يعد جزاء الغرامات من ابرز الجزاءات المالية على الإطلاق، ويشكل اللبنة الأساسية في سلم هرم الجزاءات، ويمثل نقطة البدء في سـلسـلة الجزاءات التي تملكها الإدارة, وتلجأ الإدارة إلى هذا

---

[1] كما تضمنت هذه اللائحة العديد من النصوص التي تعفى الإدارة من إعذار المتعاقد معها مثل :
* المادة (3/89) والتي تقرر حق الإدارة بالتنفيذ على نفقة المتعاقد.
*المادة (3/83) والتي تقرر حق الإدارة في توقيع الغرامة بمجرد التأخير دون حاجة إلى إعذار.
* المادة (4/120) والتي تعطى حق فسخ العقد واتخاذ إجراءات البيع من جديد على حساب المشترى. أشار اليه حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 603.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 605.

[3] سعيد عبد الر ازق، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص.197.

الجزاء عندما يتراخى المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية. ويختلف هذا الجزاء عن الأنظمة المشابهة له في العقود المدنية كالشرط الجزائي والغرامة التهديدية. وينفرد عنها بجملة من الخصائص والمزايا. وللإدارة إعفاء المتعاقد من هذه الجزاء حتى ولو تأخر في تنفيذ التزاماته، ولكن وفقا لظروف معينة وضمن أسس محددة[1].

تباينت آراء الفقهاء في تحديد تعريف موحد للغرامة، فمنهم من ذهب بتعريفها على انها عبارة عن مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ. وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري[2].

وذهب آخرون في تعريفها بأنها عبارة عن تعويض جزائي من حق الإدارة توقيعه، عند عدم قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته، أو إذا ما نفذها بشكل معيب، ويجري العمل على فرضها كجزاء على عدم احترام مدة العقد[3].

واستخلاصا لما سبق من تعاريف، يلاحظ ان الرأيين الفقهين اتفقا على ان غرامات التأخير تمثل مبلغا ماليا يتم فرضه من طرف السلطة مانحة التفويض، على المفوض له، الذي يخالف بشكل عام بنود العقد، ولا يحترم المدد المقررة فيه، الا ان الاتجاه الاول يرى بأن الغرامة لها صبغة وطابع جزائي فقط. وحين اتجه الرأي الثاني بأنها ذات طبيعة مزدوجة، تتضمن سمات عقابية جزائية، وصفات تعويضية، على حد سواء.

2:خصائص غرامة التأخير

ان لغرامة التأخير عدة سمات تميزها عن غيرها من **النظم القانونية** المماثلة، نلخصها فيما يلي:

أ: غرامات التأخير مصدرها العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها.

وينجر على هذه السمة تداعيات في غاية الأهمية تتمثل في أن السلطة مانحة التفويض لا يتسنى لها فرض الغرامات على المفوض له، الذي يتقاعس ويؤخر الوفاء بالالتزاماته التعاقدية في حالة عدم وجود بند بشأنها ضمن العقد.

ولكن هناك من يرى أن الغرامة تفرض حتى ولو لم ينص العقد الإداري عليها كما فصلنا سابقا. بمعنى أنها ليست نابعة من العقد دائما ومن ثم فهي ليست نتاج اتفاق طرفي العقد فقط. فقد تفرضها الإدارة استنادا للشروط العامة والأنظمة التي تضعها الإدارة من أجل تنفيذ العقد والتي تسري على المتعاقد. والسبب في ذلك يعود إلى كون هذه الشروط والأنظمة تطبق على الكافة،

---

[1] القاضي، وليد سعود فارس، الجزاءات في مجال العقود الإدارية : المرجع السابق، ص 22.
[2] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية المرجع السابق، صفحة 512.
[3] احمد عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973، صفحة 345.

والعلم بها يعد مفترضـــاً، ولا يجوز للمتعاقد اســتبعاد غرامات التأخير الواردة في الشــروط العامة كونها متعلقة بالصالح العام[1].

وتماشـــيا مع الرأي القائل بأن منشـــأ غرامات التأخير هو العقد المبرم بين الســـلطة مانحة التفويض والمفوض لـه، غير ان هذا لا يعني أنـه لا ينبغي فرض غرامـة على المفوض لـه الـذي يتقاعس في الوفاء بالتزاماته التعاقدية حال خلو العقد من النص عليها. لأن عدم العمل بها من جانب الادارة بمبرر عدم النص عليها ســيؤدي حتماً إلى نتيجة غاية في الخطورة، تنطوي في المســاس بمبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. بحيث لا يكون امام السلطة مانحة التفويض اياً من وسـائل الردع التي تحمل المفوض له على الوفاء بالتزاماته من جهة، وايجاد نظام قانوني رادع يثني المتعاقد ويحول دون تأخره في الوفاء بما تعهد به. ومن جهة أخرى، واســتنادا لم ســلف، يقتضــي فرض غرامة التأخير حتى ولو لم يكن منصــوصــا عليها في العقد ، لان ذلك من شـأنه أن ينبه المفوض عن تأخره ويجعله يتداركه ويقوم بتصـــحيح أوجه القصـــور المســـجلة خلال الحدود الزمنية المحددة، من أجل عدم تطبيق عقوبات أشد.

ب: غرامة التأخير تفرض بقرار اداري

تطبق الغرامة المالية بموجب قرار إداري تصـدره السـلطة مانحة التفويض من تلقاء نفسـها ، دون الحاجة إلى اللجوء إلى السلطة القضائية للحصول على حكم قضائي يقرر توقيعها. وهذا على النحو الذي تقتضيه المادة 62 من المرسوم التنفيذي 199/18 «**يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته، وفق ما تنص عليه الاتفاقية.**» ومع ذلك ، لا يمكن فرضـها إلا بعد إرسـال اعذارين إلى المفوض له لتصـحيح أوجه القصـور المسـجلة خلال الحدود الزمنية المحددة. الا انه يمكن للقاضـي متى ما تبين عدم مشـروعية الغرامة المالية ان يقضي بإلغائها او تخفيضها.

ت: وجوبية التنبيه والاعذار في غرامة التأخير

المبدأ السـائد في فرنسـا[2] هو أن السـلطة مانحة التفويض ملزمة بإعذار المفوض له قبل توقيع اي غرامة عليه، **وفي مصـــر**[3] ، يمكن للإدارة إنفاذها بمجرد حدوث قصـــور في التنفيذ أو الاخلال بالآجال المحددة ، دون إرسـال أي تحذير أو إشـعار أو أي إجراء آخر إلى المفوض له كما سلف لنا شرحه سلفًا. **وفي الجزائر**[4] يجوز للسلطة المفوضة أن تفرض غرامات على المتعاقد معها، إذا تبين

---

[1] رياض الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في مقالات الأشغال العامة، الطبعة الأولى، مطبعة العربي الحديثة، بغداد ، 1976. ص 29.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 5 آفريل سنه 1933 في قضيه billiard أشار إليه عبد المجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، المرجع السابق، صفحة 187.

[3] اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المادة (3/83) والتي تقرر حق الإدارة في توقيع الغرامة بمجرد التأخير دون حاجة إلى إعذار.

[4] المادة 62 من المرسوم التنفيذي 199/18، السالف الذكر.

أنه أخل بالتزاماته، على النحو المنصوص عليه في الاتفاقية. ومع ذلك ، قبل اللجوء إلى الغرامات ، يجب على السلطة المفوضة إصدار وتوجيه اعذارين للمفوض اليه ، من أجل معالجة أوجه القصور المسجلة خلال المهل المحددة ، وعند انتهاء هذه الآجال ، تقوم السلطة المفوضة بتطبيق الغرامات المنصوص عليها ضمن بنود اتفاقية تفويض المرفق العام محل التفويض.

نخلص الى القول بأن عمل الإدارة بسلطتها في عقوبة غرامات التأخير يعد الاعذار فيها عنصرا مهما وفعالا في تنبيه المفوض له، وإعطائه مهلة معقولة من الوقت تسمح له بتنفيذ التزاماته، وتدارك ما فاته من قصور بشأن تعهداته. وبالتالي يتجنب توقيع الجزاء عليه. هنا ، يتم تحقيق المصلحة الشخصية للمفوض، وفي الوقت نفسه ، نضمن أن المفوض له ينفذ شروط العقد بشكل صحيح بعد إعذاره. لذلك فإن عدم إعذار المفوض له قبل توقيع الجزاء عليه قد يربكه، مما ينعكس بالسلب على سير المرفق العام. ومن جانب آخر، إن القول بأن الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات تحمي المفوض له من تجاوزات الإدارة صحيحة. لكنها لن تؤتي ثمارها إذا لم يتم إخطار المفوض له، فمن الممكن ان يجنبا الاعذار المسبق والتنبيه كل هذه العقبات حال تدارك المفوض اليه أخطاءه. لأن لجوءه إلى القضاء ،وما يتطلبه ذلك من إجراءات التقاضي المعقدة، والتي قد تستغرق وقتا ليس باليسير، يشكل عائقا أمام استمرار المرفق العام.

ث: فرض غرامات التأخير مقررة، حتى لو لم تتعرض الإدارة لأي ضرر فعلي.

من البديهي ان غرامة التأخير تختلف اختلافا جوهريا مع يقابلها في نطاق العقود الخاصة، الامر الذي يقتضي من ان الضرر الواقع على الإدارة ضرر مفترض، بقرينة قاطعة، لا يجوز نقض دلالتها بإثبات عكسها. حيث يمضي في هذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي حيث يقول: "ان للإدارة حق توقيع الغرامات على المتعاقد بمجرد التأخير دون حاجة لإثبات ما أصابها من ضرر"[1].

وفي هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى القول: "إن الغرامة المعنية في العقد لا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاق الغرامة وهو الإخلال بالتنفيذ في المدة المحددة"[2].

وتجدر الإشارة، بأنه لا يمكن للمفوض له الاحتجاج على أن الغرامة المفروضة تتجاوز الضرر الذي حدث بالفعل . ومن ناحية أخرى ، لا يمكن لسلطة مانحة التفويض زيادة مبلغ الغرامة بحجة أنها لا تغطي الضرر الفعلي.

---

[1] انظر Gusse Les Travaux public 1998, p-111 اشار إليه في كتاب هارون الجمل مرجع سابق، ص 136.
[2] الطعن رقم 11/66 ق 1969/11/18 ، 15/01/03 ، حمدي عكاشه المرجع السابق، صفحة 381 وما يليها.

جـ: غرامات التأخير لا يجوز تخفيضها من قبل الجهة القضائية.

إذا كان يجوز للجهة القضـائية أن تخفض المبلغ المحدد في الشـرط الجزائي في نطاق العقود المدنية، فإنها لا تملك هذا الحق في نطاق غرامات التأخير. لأن هذه المسـألة من المسـائل التقديرية التي ترجع لجهة الإدارة[1]. وإن القول بغير ذلك، يجعل من الإدارة أداة صـــماء، تنفذ القوانين حرفيا دون مراعاة ظروف التنفيذ. ومن شـأن ذلك أن يصـيب الإدارة بالجمود. الأمر الذي يلحق الضـرر البالغ بفكرة النفع العام الذي تقوم الإدارة على إشـــباعه. حيث أن الســـلطة التقديرية منحت للإدارة مقابل تحملها لمسؤولية ضخمة تكمن في سير المرافق العام بانتظام[2].

د: غرامات التأخير يمكن الجمع بينها وبين الجزاءات غير المالية.

ومما هو جدي بالذكر، انه يجوز لســـلطة مانحة التفويض إعفاء المتعاقد معها من دفع كل أو بعض الغرامات المفروضة عليه في ظروف محددة، منها: في حالة القوة القاهرة أو إذا كان التخلف عن الأداء ناتجا عن عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها تجاه المتعاقد، أو إذا رأت أن المصـلحة العامة لم يلحقها أي ضرر بسبب التأخير.

ثانيا: الجزاءات الضاغطة:

حيث تعتبر من اشـــد أنواع الجزاءات الإدارية قســـوة في مواجهة المفوض له، حيث تعد جزاءات قسـرية، او كما يصـطلح عليها البعض جزاءات ضـاغطة إكراهية، غير انها لا تؤدي الى فك الرابطـة العقديـة حـال توقيعهـا على المتعـامـل مع الإدارة. بمعنى انهـا مقترنـة بوقت(مؤقتـة)، تستخدمها السلطة مانحة التفويض حال ارتكاب المفوض له خطأ جسيما ، من شأنه ان يعيق بسير المرفق بانتظام واضـطراد. حيث تهدف الإدارة من وراء هذا الاجراء حمل المتعاقد معها تصـحيح أوجه القسـور، والضـغط عليه لرفع التحفظات التي توجهها اليه المصـلحة المتعاقدة معه. وبالتالي هي من بين الوســـائل التي تســـتخدمها الإدارة لإجبار المتعاقد المتخاذل على الوفاء بالتزاماته التي أخل بها. ومن بين هذه الجزاءات التي تتوافق مع تقنية التفويض وضع المرفق تحت الحراسة، الذي سنناقشه في التالي:

1: وضع المرفق محل التفويض تحت الحراسة:

وهو جزاء من الجزاءات الادارية الضاغطة التي يحق للإدارة فرضها على المتعاقد المقصر، ويتسم هذا الجزاء بأن له صفة مؤقتة، ويهدف للحيلولة دون توقف المرفق العام توقفا جزئيا أو كلياً، وذلك للمحافظة على مبدأ حســـن ســـير المرفق العام بانتظام واطراد، حيث تمارس الجهة مانحة

[1] رياض الزهيري، صفحة 304. أشار اليه القاضي، وليد سعود فارس، مرجع سابق، ص 38.
[2] إبراهم شيخا، القضاء الإداري اللبناني، مجلس شورى الدولة ، الجزء الاول ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1994، صفحة 117. أشار اليه القاضي، وليد سعود فارس، مرجع سابق، ص 38.

الالتزام إدارة المشـــروع بدلا من الملتزم. دون أن يترتب على ذلك إنهاء العقد أو ضـــياع حقوق الملتزم الأصلي[1].

2: آثار وضع المرفق تحت الحراسة:

إن وضـــع المرفق محل التفويض تحت الحراســـة لا يؤدي إلى فســـخ عقد التفويض ولا إلى إسـقاط حقوق المفوض له، إنما يترتب عليه رفع يد المفوض له بصـورة مؤقتة عن تسـيير المرفق محل التفويض مع تحمله لمخاطر التسيير[2]، **وتترتب عليه النتائج التالية**:

-في حالة وضـع المشـروع تحت الحراسـة بسـبب خطأ الملتزم تتولى الجهة مانحة الالتزام إدارة المرفق واسـتغلاله بنفسـها أو بواسـطة حارس تقوم بتعيينه، ويتم ذلك على حسـاب الملتزم الأصـلي حيث يتكبد النفقات التي دفعتها الجهة المانحة لإدارة المشـروع، كما يتحمل كامل الخسـائر التي قد تلحق بالمشروع طوال فترة وضعه تحت الحراسة"[3].

-رفع يد المفوض إليه عن المرفق بإبعاده عن إدارته طول فترة الحراســـة إذ تتولي الجهة الإدارية مانحة التفويض إدارة المرفق بصـــورة مؤقتة، إما بنفســـها عن طريق من يمثلها أو عن طريق مقاول تقوم بتعيينه حارســـا علي المرفق، ويتولى الحارس إدارة المرفق وكل ما يقوم به من تصرفات قانونية تنصرف آثارها إلى المفوض إليه الذي يبقي مسؤولا عن المرفق[4].

- في حالة وضع المشروع تحت الحراسة بسبب اضطراب عام أو قوة قاهرة أو فعل الإدارة فإن الجهة مانحة الالتزام هي التي تقوم بتغطية نفقات إدارة واستغلال المرفق[5].

- لا يترتب على وضـع المشـروع تحت الحراسـة إنهاء العقد حيث تبقى العلاقة التعاقدية قائمة بين الجهة مانحة الالتزام وبين الملتزم، ومن ثم يتم رفع يد الملتزم عن إدارة المشروع بشكل مؤقت لا بشـكل نهائي، ولكن على مسـؤوليته وتبقى حقوق الملتزم الأصـلي قائمة[6]. وبالتالي يسـمح لدائني الملتزم أن يحتجوا بحق الضـمان العام.[7] بما أن وضـع المشـروع تحت الحراسـة لا يؤدى إلى إنهاء عقد الالتزام فينبغي على الجهـة مانحـة الالتزام أو على من تعينـه الإدارة المرفق أن يبـذل العنـاية اللازمة التنفيذ الالتزام على احســـن وجه ممكن، حيث تكون الإدارة أو من تعينه بمثابة وكيل عن

---

[1] رمضان بطيخ الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997، ص 798.
[2] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص122.
[3] أحمد عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1973، ص 354.
[4] د. عادل خليل، العقود الإدارية الثقافة الجامعية، القاهرة 1999 ، ص 45 .
[5] سليمان الطماوي، الأسس العامة العقود الادارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 530.
[6] محمد السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة جامعة الزقازيق، الطبعة الأولى مركز قطيم للكمبيوتر ، الزقازيق، 1973. ص 65 وما بعدها.
[7] عبد المجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، القاهرة، 1983، ص 208.

الملتزم الأصـــلي[1]، وله أن يراقب عملية إدارة المرفق، كما له أن يلجا للجهة القضـــائية إذا كانت الإدارة لا تقوم ببذل العناية الكافية في إدارة المشروع[2].

- للإدارة الحق في الحصـول على الرسـوم التي يقوم بدفعها المنتفعين من المرفق العام، ولها الحق في الحصـــول على أية إيرادات أخرى يدرها المرفق خلال فترة وضـــع المشـــروع تحت الحراسة[3].

- لا يجوز للإدارة أن تتملك الآلات والعُدَد وكل ما يســتخدمه الملتزم من أدوات تســاعده في إدارة واســـتغلال المرفق، ولكن يجوز لها أن تســـتولي عليها بشـــكل مؤقت على أن تتحمل كامل المسؤولية عن تلك العُدَد والآلات في حال ضياعها أو تلفها[4].

- لا تتقيد الإدارة بالمدة التي تحددها لبقاء المشروع تحت الحراسـة، ولكن هذا الإجراء مؤقت حيث ينتهي بعودة الملتزم الأصلي أو بإسقاط الالتزام.[5]

- تلتزم الإدارة بتنظيم استغلال المرفق في أثناء فترة الحراسة وفقا للشروط المنصوص عليها في دفتر الشـروط، وعلى ذلك ليس من حقها أن تلجأ إلى إجراء تخفيض في رسـوم الانتفاع أو تزيد في التكاليف، ولاسيما أن تمنح نفسها زيادات لا مبرر لها [6].

ثالثا: إسقاط عقد التفويض

يقتضـي منا الالمام بموضـوع اسقاط التفويض ان نناقشـه ضـمن قسـمين نأتي في القسم الأول منه على مدلول إسـقاط عقد التفويض وشـروط تطبيقه(1)، ونعالج في القسـم الثاني آثار إسـقاط عقد التفويض (2). كل ذلك سنعالجه على النحو الاتي:

1: مفهوم اسقاط عقد التفويض وشروط تطبيقه

نتعرض لتبيان مفهوم اســقاط عقد التفويض (أ)، ومن ثمة العودة إلى عرض شــروط تطبيقه (ب).

أ: مفهوم اسقاط عقد التفويض

---

[1] أحمد عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1973، ص 353.
[2] عبد المجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، القاهرة، 1983، ص 210.
[3] سليمان الطماوي، الأسس العامة العقود الادارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 532 وما بعدها.
[4] عبد المجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، القاهرة، 1983، ص 209.
[5] سليمان الطماوي، الأسس العامة العقود الادارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 532.
[6] عبد المجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، القاهرة، 1983، ص 209 وما بعدها. أشار اليهم قاضي، مرجع سابق.

غالبا ما يشـار إلى فسـخ عقود التفويض عبارة إسـقاط عقد التفويض، لتمييزه عن الفسـخ في العقود الإدارية الأخرى. حيث يختلف في أن قاضي العقد هو الذي يبت فيه بناءً على طلب الإدارة ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك. على الرغم من أن الادارة يمكن أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضـــاء. وما جرت به العادة، ان اتفاقية التفويض او دفتر الشـــروط على الغالب تتضمن النص على جزاء الفسخ، وتنظم الأحكام المتعلقة به.

حيث يعرفه البعض على انه: " أحد تطبيقات سـلطة الإدارة في تقرير الفسـخ الجزائي للعقد الإداري في مجال عقد تفويض المرافق العامة"[1]. وعرف جانب من الفقه الفرنسـي إسـقاط الالتزام بأنه : " فسخ عقد تفويض المرفق العام على عاتق المفوض له بسبب خطأ ارتكبه.[2]"

وقد عرفه قسم من الفقه المصـري بأنه: فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة خطأ. أو بسبب عدم قدرته على إدارة المرفق ، أو الإخلال بواجباته[3].

أما مجلس الدولة الفرنســي خص به عقد امتياز المرفق العام من دون ســائر العقود الإدارية الأخرى حيث يستعمل لفظ الفسخ بالنسبة لهذه الأخيرة، وقد جرت العادة أن تتضـمن عقود تفويض المرفق، وتحديدا عقود الامتياز، شـروطا يبين فيها حق الإدارة في فسـخ العقد بوصـفه جزاءً. لكن المسلم به، أن الإدارة تملك هذا الحق حتي لو لم يكن منصوصا عليه في العقد. استنادا لسلطتها في تنظيم وتسـيير المرافق العامة المختلفة، لكن المفضـل وهو المعتاد أن يكون في العقد نص ينظم هذه الحالة نظرا لأهمية موضوع هذا العقد الذي هو تنظيم مرفق عام[4].

من الواضح ان ما ورد أعلاه هو نوع من الجزاءات الفاسخة التي تتصرف لسلطة الإدارة في مواجهة من تتعاقد معه بغية تسـيير واسـتثمار مرفق عام، غير انها تصـنف من اشـد العقوبات وأقساها، حيث لا تلجأ الإدارة اليه الا اذا كان خطأ المفوض اليه جسيما جدا. حيث يؤدي الى انهاء حاسم لعقد التفويض. ونتيجة لذلك، يكون الفسخ على عاتق المفوض له وتحت مسؤوليته، وللإدارة في ذلك سلطة تقديرية في تحديد جسامة وخطورة الخطأ الصـادر من جانب المتعاقد معها. وفرض الجزاء عليه مراعية في ذلك الا تتعسف في استعمال هذه السلطة.

ب: شروط تطبيقه

ونظراً للتكاليف الباهظة التي قد يتكبدها المفوض له في سـبيل إنشـاء المرفق العام وتجهيزه، بالإضـــافة إلى المخاطر التي تنطوي عليه، بالتالي، فإن توقيع هذا النوع من الجزاءات من جانب الادارة يقتضـي توافر شـروط معينة. وعليه، تم تحديد هذه الشـروط في الأصـل لأسـباب يعود في معظمها، الى خطورة هذا الجزاء وشـــدته، ومكانة محل التفويض، الذي غالبا ما يتمثل في تســـيير

---

[1] محمد السيد، المرجع السابق، ص 5.
[2] JEZE ، جيز ، أشار إلى ذلك محمد السيد، مرجع سابق، ص 55.
[3] محمد حلمي، مرجع سابق، ص 161.
[4] إبراهيم الفياض، العقود الادارية، مرجع سابق، 229.

واستثمار مرفق عام. ناهيك عن مقدار رأس المال الكبير الذي يتم استثماره من خلال تنفيذ المرفق، مما يستلزم من السلطة مانحة التفويض التزاما خاصا بتوفير ما يلزم من التريث في توقيع هذا الجزاء، حمايةً للمصلحة الخاصة للمفوض له، ومراعاة للتكاليف الضخمة المبذولة من طرفه بشأن تنفيذ المرفق من جهة، ومن جهة أخرى لحجم اليد العاملة المستخدمة من تسيير المرفق. وقد تشمل هذه الأسباب أحيانا الظروف السياسية المحيطة بإنهاء عقد التفويض.

وتماشيا مع ما تم ذكره، سنناقش وجوب استفاء الشروط الثلاث للحكم بفسخ عقد التفويض، يتصل الشرط الأول منها بدرجة الخطأ، مرورا بالشرط الثاني بالإعذار، وصولا الى الشرط الثالث الذي يتعلق بشرط صدور حكم قضائي يقضي بفسخ عقد التفويض.

الشرط الأول : ارتكاب الملتزم خطأ يتصف بدرجة معينة من الخطورة.

يجب أن يرتكب المفوض إليه خطأ بالغ الجسامة لا تجدي في مواجهته وسائل الضغط التي تتمتع بها الإدارة[1] ومن ثم فإن مجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما يرفض الحكم بإسقاط الالتزام رغم ثبوت خطأ الملتزم وتقصيره إذا رأى أن الخطأ لا يتلاءم وقسوة الجزاء. ففي بعض أحكامه مثلاً يقرر أن الخطأ الذى تطلب الإدارة توقيع جزاء الإسقاط من أجله، قد يبرر وضع الالتزام تحت الحراسة، ولكنه لا يبرر فسخ العقد.

ولا تقف سلطة مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد عند حالة الفسخ الذي يتعين أن ينطق به القاضي. بل إنه يراقب مدى ملاءمة جزاء الإسقاط لجسامة المخالفة في حالة ما إذا احتفظ العقد للإدارة صراحة بحق توقيع جزاء الفسخ دون حاجة للالتجاء إلى القضاء. ولا يكون ذلك إلا بناءً عن طعن من المتعاقد بطبيعة الحال[2].

ومن الأخطاء التي تبرر الفسخ في نظر مجلس الدولة الفرنسي وقف استغلال المرفق أو توقف الاستغلال في فترات متلاحقة، ومنها أيضا التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة ، وعدم احترام الملتزم للأوامر التي تصدر من الإدارة بخصوص إدارة المرفق ، وعدم وفائه بالتزاماته المالية تجاه الإدارة[3].

الشرط الثاني: إعذار المفوض له قبل فسخ عقد التفويض.

---

[1] سليمان الطماوي، الأسس العامة العقود الادارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 523.
[2] سليمان الطماوي، الأسس العامة العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 524.
[3] سليمان الطماوي، الأسس العامة العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 525.

كما ذكرنا سابقا، فإن إعذار المفوض له، قبل توقيع الجزاء عليه، يعد ضمانة من اهم الضمانات التي أحاط بها المشرع المتعاقد في مواجهة السلطة مانحة التفويض بشأن انزال الجزاءات الإدارية عليه.

يجب على الإدارة قبل توقيع جزاء الفسخ، أن تعذر المفوض له، وغالبًا ما ينص العقد على هذا الشرط، ولكن مجلس الدولة الفرنسي يجعل منه شرطا أساسيا للقضاء بالفسخ، حتى ولو خلا العقد من النص عليه. بحيث لا تتحرر الإدارة منه إلا بناء على شرط صريح في العقد، أو إذا ثبت من ظروف الحال أن الإعذار لا فائدة منه، كما لو أعلن الملتزم عجزه التام عن إدارة المرفق[1].

الشرط الثالث : صدور حكم من القضاء بفسخ الالتزام

أن يصدر حكما قضائيا بالفسخ، وهذه الخاصية ينفرد بها عقد امتياز المرفق العام، علي خلاف القاعدة العامة التي تقضي بحق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها من دون حاجة للالتجاء إلى القضاء. ويلحظ أن مجلس الدولة المصري لا يساير نظيره الفرنسي في تطلب الشرطين الأخيرين[2].

المبحث الثاني: حقوق والتزامات المفوض له

يرتب عقد تفويض المرافق العامة بعض الحقوق كما يفرض بعض الالتزامات على المفوض له ، وسوف نقسم هذه المسألة إلى مطلبين نعالج في المطلب الأول ؛ حقوق المفوض له ؛ ثم في المطلب الثاني نغطي الالتزام الذي يقع على عاتقه على النحو التالي:

المطلب الأول: حقوق المفوض اليه

في عقود تفويض المرافق العامة تتمثل حقوق المفوض له في حصوله على مقابل مالي يكفله له العقد، كما له حق الحصول على الامتيازات اللازمة في مجال تنفيذ العقد، وأخيرا الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد، لذا سوف نناقش هذه الحقوق في ثلاثة فروع.

---

[1] سليمان الطماوي، الأسس العامة العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 525.
[2] ابوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 219.

الفرع الأول: حق المفوض له في اقتضاء مقابل مالي

يعد المقابل المالي من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد، وهو أساس فيما يحصل عليه من عائد مادي مقابل تنفيذه للعقد. بل إنه يمثل الدافع الحقيقي من جانبه لإبرام العقد الإداري. فهو من المزايا المالية التي لا يمكن لجهة الإدارة المساس بتعديلها بإرادتها المنفردة، لما للمقابل المالي من طبيعة تعاقدية، ولكن هذا المبدأ ليس مطلق فقد يرد عليه استثناءات تتعلق بعقود الامتياز[1]. لذا يمثل الحق في تقاضي المقابل المالي الباعث والدافع الحقيقي من ابرام عقد التفويض، ويحصل الملتزم على هذا المقابل في صورة أتاوى أو تعريفات يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق محل التفويض، وتحدد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بهذا المقابل -كقاعدة عامة- بأنها من قبيل شروط اللائحة، بحيث تستطيع الإدارة تعديل المقابل المالي المستحق للملتزم بإرادتها المنفردة[2].

والملاحظ من خلال المرسوم الرئاسي147/15 أن هناك اختلاف في تسمية المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب التفويض. فالمشرع الجزائري أطلق عليه اسم أتاوى كما هو مبين في عقود الامتياز والايجار، وبالتعريفات كما هو مبين في عقد التسيير والوكالة المحفزة، وما يمكن قوله أن التعريفات تختلف عن الأتاوى، من حيث تقدير قيمتها مع ثمن الخدمة المؤدة[3].

وباستعراض نصوص المرسوم الرئاسي 247/15، لاسيما، المادة 210 منه، واحكام المرسوم التنفيذي 199/18، في مواده 55 و56، نجد ان المشرع الجزائري اعتبر التعريفة مبالغ مالية يدفعها مستعملو المرفق العام، يتم تحصيلها من قبل المفوض له لصالح السلط مانحة التفويض اذا كان العقد يأخذ شكل الوكالة المحفزة وعقد التسيير، ويكون المقابل المالي للمفوض له بشأن العقدين السابقين، على شكل أجر مباشر يقتضيه من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الاعمال المحقق، تضاف اليها منحة الإنتاجية – وعند الاقتضاء – حصة من الأرباح.

وبمفهوم المخالفة في عقدي الامتياز وعقد ايجار المرافق العامة، يتحصل المفوض له على المقابل المالي على شكل أتاوى تفرض على مستعملي المرفق العام مباشرة، نظير ما يستفيدون من اشباع الحاجيات التي يوفرها المفوض اليه لهم، عن طريق تسير واستغلال المرفق محل التفويض، وذلك ما اقرته المواد 53 و54 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر .

وسواء كانت أتاوى أو تعريفات " فهي تعتبر اقتطاعات تؤدى من المنتفعين بغية تغطية أعباء مرفق عام معين، أو نفقات لتشييد وصيانة منشأ عام، وذلك كمقابل للخدمات المؤداة من خلال المرفق أو في استخدام للمنشأة"[4].

---

[1] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، 528.

[2] إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 223.

[3] بركبيه حسام الدين، مرجع سابق، ص 210.

[4] CE 21 novembre 1958. Syndicat national des transports aériens – AJDA 58. Not Trotabas. P 471. " Un prélèvement demandé à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public et qui trouve sa contrepartie directe dans des prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage"أشار اليه بركبيه حسام الدين، مرجع سابق ص 211.

وعليه فهي تعد اقتطاعات مالية يؤديها المنتفع مقابل انتفاعه من خدمات المرفق محل التفويض، وهي وفقا لما سلف ذكره، تتطلب لقيامها الشروط التالية:

أن يكون مقابل لخدمة مؤداه[1] : يجب أن يكون المقابل المالي على صلة بأمرين:

الأمر الأول ألا تفرض إلا مقابل خدمات أديت فعلاً للمنتفع بصورة مباشرة وأكيدة، **أما الأمر الثاني** فهو أن يكون معدلها مشتملاً على تغطية لنفقات الخدمة موضوع الانتفاع فقط. وعليه إن اشتمالها لنفقات مرتبطة بنشاطات خارجة عن الانتفاع يشكل تحويراً للأصول. فقد رفض الاجتهاد إعطاء صفة التعريفة لمبالغ تقرر دفعها وتحصيلها لقاء بناء منشآت حديثة قبل جهوزيتها لتقديم الخدمات والانتفاع منها . إذاً الاقتطاع المسبق لمبلغ من المال لقاء خدمة أو منفعة ستؤدى بصورة احتمالية أو مستقبلية لا يمكن وصفه بالتعريفات، كذلك اعتبر الاجتهاد أن زيادة ثمن الاشتراك بالمياه لتغطية نفقات نشاطات رياضية وثقافية لا تمت بصلة إلى الخدمة موضوع الانتفاع هو تحوير للسلطة.

ان تكون التعريفة متكافئة ومتعادلة مع الخدمة المؤداة:

نعني بذلك أن يكون المقابل المالي المقتطع من المنتفعين متناسب مع قيمة الخدمات المؤداة ، أي المقابل الفعلي لها . وذلك بعكس الرسم الذي لا يتناسب في قيمته مع الخدمة المقدمة. بمعنى آخر يجب أن تكون هناك صلة وثيقة بين معدل التعريفة من جهة والخدمة المؤداة أو المستهلكة من جهة أخرى. هذا ما قضى به الاجتهاد وقد جاء: «إن رسوم المرافق العامة الصناعية أو التجارية والتي تشكل الأساس في تحديد الجعالات المطلوبة من المنتفعين بغية تغطية أعباء المرفق، تجد المقابل لها في الخدمة المؤداة للمنتفعين»[2].

أن يستهدف تحقيق مصلحة خاصة: فالتعريفة أو الأتاوى التي يحصلها المفوض إليه من المنتفعين يجب أن تكون مقابلا لخدمات يستفيد منها المنتفع بصورة خاصة، ومن ثم إذا كانت المبالغ التي يدفعها المنتفع لخدمات لا ينحصر الانتفاع بها بالشخص المكلف بدفعها، إنما بمجموع الجمهور، أي إذا استهدف تأمين مصلحة عامة أكثر من المصالح الخاصة للأشخاص المكلفين بدفعها، ففي هذه الحالة لا ينطبق وصف التعريفة أو الأتاوى على المبالغ التي يتحصل عليها المفوض إليه من المنتفعين. وهذا الشرط أكده القضاء الفرنسي إذ جاء فيه " إن التعريفة لا يمكن قانونا اقتطاعها إلا بتوفر شرطين، من جهة أن لا تكون العمليات التي تستهدف تمويلها محققة أصلا ضمن المصلحة العامة للمنتفعين من النقل الجوي، ومن جهة أخرى أن تجد التعريفة المقابل لها في الخدمة المؤداة مباشرة"[3].

---

[1] وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 180.
[2] وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 180.
[3] أبو بكر احمد عثمان ، مرجع سابق، ص 148.

ومما سبق ذكره يثور التساؤل حول طبيعة الاحكام المتعلقة بالتعريفات والاتاوى وماهي الجهة التي يؤول اختصاص تقديرها، هل هي احكام لائحية تنظيمية يؤول تقديرها لسلطة مانحة التفويض، ام انها تقع تحت طبيعة تعاقدية يشترك في تقديرها كل من مانح التفويض والشخص المفوض له.

ولتحديد طبيعة الاحكام والشروط المقررة لتعريفة واتاوة الخدمة، نستعرض آراء بعض الفقه الفرنسي الذي انقسم الى اتجاهين بشأنها في عقود الامتياز وعقود الايجار.

الرأي الأول :يسلم أصحاب هذا الرأي وهم الغالبية، بالطبيعة التنظيمية للشروط المتعلقة بالتعريفة التي يحصلها المفوض له من قبل المنتفعين مقابل الخدمة المؤداة لهم.

الرأي الثاني : وهو رأي الأقلية حيث يتبنى الطبيعة المزدوجة للشروط المتعلقة بالرسم حيث يميز اتباع هذا الاتجاه بين حالتين :

الحالة الأولى : في علاقة كل من الإدارة والملتزم بالمنتفعين :

في هذه الحالة ينضم هذا الفريق إلى الرأي الغالب الذي يعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات طبيعة لائحية ، ذلك أن صالح المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد يحتم تدخل الإدارة في مجال تعريفة الأسعار التي يلتزم بها المنتفعون[1].

الحالة الثانية: في علاقة الإدارة بالمفوض له

يرى مؤيدو هذا الرأي أن الشروط المرتبطة بتعريفة أسعار الخدمة المؤداة ذات طبيعة تعاقدية ، مما يعني أن السلطة مانحة التفويض لا تستطيع تعديل التعريفة بشكل مستقل عن الشخص المفوض له. وبالتالي ، فإن مؤيدي هذا الرأي يجدون أنفسهم مع ازدواجية طبيعة هذه الشروط.

في لبنان ، أضفى القضاء الشروط المرتبطة بتعريفات الخدمات طابعًا مختلطًا ، كما يتضح من قرار من مجلس شورى الدولة اللبناني (إن التعريفة ليست رسما ولا ضريبة وإنما هي اشترك دفعه المنتفعون لصاحب الامتياز لقاء قيامه بتسيير المرفق العام وانه لما كانت غاية صاحب الامتياز هي السعي وراء الربح من الأعمال التي يقوم بها في هذا السبيل فان التعريفة التي تؤمن له المورد اللازم لتحقيق غايته تعتبر إحدى العناصر التعاقدية الجوهرية التي لا يمكن تعديلها إلا باتفاق الطرفين)[2] .

وبمفهوم المخالفة فقد اتجه الراي في مصر الى حسم سمة الشروط المحددة لتعريفة الأسعار في عقود الالتزام التي تعد الوجه الأبرز لعقود تفويض المرافق العامة حيث اصبغ عليها الطبيعة التنظيمية بموجب القانون الذي ينظم التزامات المرافق العامة بنصها على ان (لمانح الالتزام دائما

---

[1] حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 645.

[2]- أورده د. وليد حيدر جابر، التفويض فى إدارة واستثمار المرفق العام، مصدر سابق، 189 .

متي اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل) [1].

وفي بعض الدول لم ينص القانون على حق الجهة الإدارية مانحة التفويض بالتعديل الإداري لتعريفة وأسعار الخدمة وإنما أوجب بدلا عن ذلك أن يتضمن عقد التدبير المفوض للمرفق العام أسس وكيفية وضع التعريفات أو الأجرة المتعلقة بالمرفق المفوض فضلا عن شروط وقواعد تعديل وتغيير أو مراجعة التعريفات أو الأجرة إذ أن الجهة الإدارية مانحة التفويض ملزمة باتخاذ الإجراءات لحسن سير تنفيذ التدبير المفوض لاسيما في مجال التعريفات. ويمكن أن نستنتج من ذلك أن المشرع قد غلب الطبيعة التعاقدية للشروط الخاصة بالتعريفات علي الطبيعة اللائحية التنظيمية[2] .

وهذا الكلام يمكن أن ينطبق كذلك علي الوضع في تونس فالمشرع لم يضمن قانون اللزمات رقم (23) لسنة 2008 أي نص يخول الجهة الإدارية مانحة التفويض الحق في تعديل التعريفة الخاصة بأسعار الخدمة بإرادتها المنفردة وإنما اكتفي فقط بما قرره في المادة التاسعة عشر منه بأنه (يحدد العقد معلوم اللزمة الذي يتقاضاه مانح اللزمة وكذلك المقابل المرخص لصاحب اللزمة في استخلاصه لفائدته مقابل الخدمة التي يسديها)[3].

أولا: قواعد تحديد التعريفة والقيود التي ترد عليها

تتولى عقود التفويض وكراسات الشروط الملازمة للعقد وضع الأسس والضوابط التي من شأنها تحديد التعريفة المستحقة من طرف مستخدمي المرفق مقابل استفادتهم من الخدمات المؤداة اليهم[4] .

تميل معظم التشريعات إلى إلزام أطراف اتفاقية التفويض بوضع قواعد ومعايير لتحديد التعريفة والاتاوة التي سيتم تحصيلها على عاتق المستفيدين من خدمات المرافق العامة وتعديلها على ضوء المتغيرات المستقبلية التي بالإمكان حدوثها والتي من شأنها تعديل بنود العقود، وهذا ما اقره التشريع الفرنسي بموجب المادة (40) من قانون سابين لعام 1993.

---

[1] المادة 05 قانون التزام المرافق العامة، رقم 129، لسنة 1947،
[2] ابوبكر عثمان، مرجع سابق، ص 150.
[3] ابوبكر عثمان، المرجع السابق. ص 150.
[4]- إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي مصدر سابق ، صـ 122 .

اما في بعض الدول فقد أحال القانون مبادئ وطرق وضـع التعريفات الى عقد التفويض حيث جاء في فيه على ان يحدد عقد التدبير المفوض مبادئ وكيفية وضـــع التعريفات أو الأجرة المتعلقة بالمرفق وكذلك شروط وقواعد تعديل وتغيير أو مراجعة التعريفات أو الأجرة[1].

كذلك اخذ التشريع التونسي نفس المنحى في إحالة مبادئ وكيفيات وضع التعريفات الى المادة (19) من قانون اللزمات رقم (23) لسنة 2008 التي تشترط ان يتضمن العقد تحديدا للمقابل المالي المسموح لصاحب اللزمة استخلاصه بشأن الخدمات التي يقدمها المرفق المفوض له.

غير ان القاعدة التقليدية المعمول بها تقتضـي أن تحدد الإدارة بنفسـها التعريفة بعد اسـتشـارة الشـخص المفوض له ، الا ان هذه الاسـتشـارة ليسـت على وجه الالزام ، وبالتالي فهي لا تضـفي طابعًا تعاقدياً على التعريفة. حيث يقرر الفقيه (دي لوبادير) في هذا الصـــدد بأن موضـــوع هذه الشروط هو الذي يتخذ أساسا لتحديد طبيعتها وليس طريقة إعدادها[2].

إن الشروط المتعلقة بتحديد تعريفة الخدمة معقد لأنه يشمل عناصر مترابطة مختلفة. قد تشمل التعريفة كلا من العناصر الثابتة والمتغيرة ؛ وتشير الأخيرة إلى الأسعار التي يمكن أن تتغير بسبب ظروف غير متوقعة. ويمكن تحديد التعريفة نهائيًا ، ولكنها غالبًا ما يكون تحديدها مرنًا ، حيث تميل الإدارة إلى وضـــع حد أقصـــى لســـعر تعريفة الخدمة ، مع عدم وجود مجال لتجاوزه من قبل الشخص المفوض له.

يجادل الفقيه (جيز) بأن تقييد الحد الأقصـى للتعريفة لا يعني الاسـتقلال التام للطرف المتعاقد في تحديد المبلغ الذي يحصله من المستفيدين من خدمات المرفق ضمن نطاق الحد الأقصى المحدد في العقد. بدلاً من ذلك ، يقتضي ممن يفوض اليهم تسيير واستثمار مرفق عام الحصول على موافقة قبلية من السلطة مانحة التفويض بالمبلغ الذي تحدده .

وهذا الشـــرط لا يدعمه القانون الفرنســـي. وبدلاً من ذلك ، يســـمح مجلس الدولة للطرف المفوض له بحرية تحديد التعريفة في نطاق الحد الأقصى[3].

وتوجد طريقتان لتطبيق نظام الحد الأقصى للتعريفة . وفقا للطريقة الأولى ، توجد فقط تعريفة عامة تطبق على جميع المســـتفيدين ، يمكن أن تأخذ في الاعتبار اختلاف مراكزهم . أما للطريقة الثانية ، فإنه في إطار الحد الأقصـى أيضـا ، فإنه يمكن للملتزم أو المستأجر أن يمنح تعريفة خاصـة لبعض طوائف من المســتفيدين الذين تتوافر فيهم خصـــائص معينة ، ويتم ذلك وفقا لاتفاق يبرم مع كل واحد منهم ، وهذا ما يمنح الملتزم أو المســتأجر قدرا من الحرية في تنويع التعريفة التي يطبقها ، حتى تساير الحاجات المختلفة للمستفيدين.[4]

---

[1] المادة 29 ، مرجع سابق..
[2] محمد حسين أمين المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاته دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995 ، صـ 245.
[3] محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، صـ 511 .
[4] محمد عبد اللطيف، تفويض العام، مصدر سابق، ص154 .

ثانيا: تغيير سعر الخدمة

إذا كان عقد تفويض المرفق العام يضم قواعداً لتنظيم تعديل تعريفة الخدمة، فإن الأطراف في هذا العقد ملزمة بالتقيد بهذه الأسس. في حالة الخلاف، القاضي الإداري هو الذي سيكون مختصاً بحل الخلاف عن طريق تطبيق الأسس الواردة في العقد. وعدا ذلك، لا يملك القاضي الإداري أي سلطة لتعديل تعريفة الخدمة، طالما أن التعريفة تدخل ضمن الشروط المتصلة بالمقابل المالي للمتعاقد والتي لا يملك القاضي حيالها أي سلطة لتعديلها. استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وكان مجلس الدولة الفرنسي قد قرر أن القاضي المعني بعقد التفويض لا يمتلك سلطة لتعديل أحكام التعريفة. وحتى ان كان عقد التفويض خالياً من إجراءات تعديل تعريفة الخدمة، فإن المفوض له في عقد الامتياز أو عقد إيجار المرفق العام لا يملك سلطة لتعديل تعريفة الخدمة من تلقاء نفسه، وإذا قام بذلك، قامت بحقه المسئولية التعاقدية مما يعرضه لتوقيع الجزاء بحقه[1].

ومع ذلك ، فإن هذا الأمر لا يستبعد حق الشخص المفوض له في مطالبة السلطة مانحة التفويض بتعديل التعريفة دون أن يكون لهذا الطلب أي طبيعة إلزامية فيما يتعلق بالإدارة التي تمنح التفويض. هذا أمر منطقي حسب رأي قسم من الفقه ، لأن التعريفة تتعلق بمصالح المستفيدين من خدمة المرافق العامة الخاضعة لعقد التفويض ، حيث أن هيمنة الإدارة على سعر التعريفة أمر جوهري. على أساس أن الإدارة هي القيِّم على تحقيق المنفعة العامة[2].كما لا يتمتع القاضي الإداري بصلاحية إلزام السلطة الإدارية بالاستجابة لطلب المفوض له بزيادة سعر التعريفة.[3] ومع ذلك ، يمنح تعويضًا إذا خَلُصَ إلى أن الإدارة تعسفت دون استنادها إلى أسباب معقولة.

هذا يعني أنه في فرنسا ، هناك نقاش قانوني حول طبيعة تعريفة الخدمة وصلاحية تعديلها. من ناحية ، هناك اتجاه يعترف بالطبيعة التنظيمية لتعريفة الخدمة ويعد الاتجاه الغالب ، مما يسمح للإدارة بتعديل التعريفة وفقًا لتقديرها الخاص وبإرادتها المنفردة. ومن ناحية أخرى ، يميل مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتماد نهج مختلف من خلال الاعتراف بالطبيعة التعاقدية لتعريفة الخدمة والشروط الخاصة بها، ورفض فكرة أن الإدارة لديها سلطة تعديل سعر التعريفة بإرادتها المنفردة.[4] وهذا يعني أن الوضع القانوني لتعريفة الخدمة غير واضح وهناك آراء متباينة حول هذا الموضوع. في النهاية ، سيعتمد ذلك على الأحكام المحددة للقوانين واللوائح ذات الصلة ، وتفسير المحاكم في كل حالة.

الفرع الثاني: حق المفوض له في توافر المزايا والتسهيلات

1- د. علي الخطار، مصدر سابق، صـ 65 .
[2] د. محمد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقها، مصدر سابق، صـ 251 .
[3] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، صـ 552 .
[4] علي الخطار، مصدر سابق، صـ 250 .

من خلال منح التفويض ، تأمل السلطة المانحة في تفويض بعض الخدمات إلى كيانات خاصة أو أفراد من أجل تحسين جودة الخدمات المقدمة وتحقيق المصلحة العامة. لذا سعيها الى توفير المساعدات المالية والقروض والحوافز الأخرى مؤداه خلق ظروف مواتية لتقنية التفويض ، وضمان أن يكون التفويض مفيدًا للطرفين، لكل من الجمهور والمفوض له، وضمان أن احتياجات المجتمع يتم تلبيتها بأفضل طريقة ممكنة.

يتحمل الشخص المفوض إليه ولاسيما في عقود الامتياز وعقود إيجار المرافق العامة تكاليف باهظة في سبيل إنشاء المرفق وإدارته، فيكفي أن نضع في الحسبان علي سبيل المثال التكاليف التي تتكبدها شركات توليد ونقل الطاقة الكهربائية لإنشاء محطة توليد الطاقة، ومد الأنابيب تحت الأرض لتوصيل التيار الكهربائي إلى آلاف المشتركين. لذا غالبا ما تقرر الإدارة مانحة التفويض للمتعاقد معها بعض الامتيازات والمزايا التي تساعده علي القيام بالمرفق موضوع التفويض. فطبيعة المرفق العام تقتضي أن يمنح المفوض إليه بعض الرعاية في مقابل ما يبذله من جهد في سبيل المصلحة العامة. وفي سبيل ذلك، غالبا ما تتضمن عقود الامتياز وعقود إيجار المرفق العام النص علي تمتع المفوض إليه بمجموعة من الامتيازات التي يمكننا أن نحددها بما يأتي :[1]

أولا: توفير الحماية من المنافسة

واحدة من أبرز الامتيازات الممنوحة للمفوض اليهم في عقود تفويض المرافق العامة هي ميزة عدم التنافس من خلال منح المفوض له حقوقًا حصرية في احتكار نشاط المرفق العام محل التفويض[(2)].

والاحتكار قد يكون قانونيا بان يصرح به المشرع، ولكن هذا التصريح لا يكفي وحده لتمتع المفوض إليه بميزة عدم المنافسة، وإنما لابد من أن ينص عقد التفويض على منح هذا الحق للمفوض إليه. ومن التطبيقات للاحتكار القانوني، الاحتكار الممنوح لشركة كهرباء وغاز فرنسا إذ منحها القانون حقا حصريا بالنسبة لمرفقي إنتاج وتوزيع ونقل الغاز والكهرباء[3].

لا يقتصر تحقيق حماية المفوض له من المنافسة على موافقة المشرع لها فقط ، ولكن يمكن تحقيقه أيضًا من خلال وسائل أخرى لأن معظم المرافق التي تدار بموجب امتياز أو عقد إيجار المرفق العام يتطلب ترخيصًا لشغل الدومين العام. مثل مرافق المياه والكهرباء والاتصالات السلكية واللاسلكية وما إلى ذلك ، وهذا يتطلب إذنًا من الادارة لاستخدام الأموال العامة مثل مد أنابيب المياه واستخدام الأرصفة العامة والشوارع بالإضافة إلى توصيل خطوط الكهرباء. في هذه الحالة ، يمكن للإدارة أن تتعهد للمفوض له بعدم منح ترخيص استخدام الملك العام لنفس المشاريع الخاصة

---

[1] ابوبكر عثمان، مرجع سابق، ص 155.

2- د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009 صـ 279 .

[3] ابوبكر عثمان، مرجع سابق، ص 156.

المماثلة له في النشـاط ، وهو ما يحقق الحماية لهذا الاخير من المنافسـة دون الحاجة إلى تصـريح قانوني بشأن منح احتكار[1].

غير انه يثور التساؤل بشأن حماية المفوض له من المنافسة، وما مدى حقه في المطالبة بهذا الامتياز حال خلو العقد ودفاتر الشـروط على التنصـيص عليها؟، هذا من جهة، وهل للإدارة ان تخرج على ما التزمت به بتوفير الحماية من المنافسـة للمفوض له حال تغير الظروف المحيطة بالعقد او اذا ما دعت المصلحة العامة ذلك، كأن تستجد تطورات تقنية؟

على الوجه الأول المقترن بحق المفوض له بالتمسـك بحقه في المطالبة بتوفير الحماية من المنافسة حال خلو العقد ودفاتر الشروط من النص عليها، نجد ان القضاء الفرنسي مر بمرحلتين، حيث رفض بادئ الامر الحكم بالتعويض على الخسـائر التي تكبدتها احدى الشـركات التي تحوز امتياز لموقف سـيارات، جراء عدم كفاية التدابير المتخذة من جانبها حمايةً لها من المنافسـة إثر وجود مواقف أخرى. معللا قراره بخلو العقد من النص على التزام الإدارة بضـمان الحماية من المنافسة. ونتيجة لذلك، فمانح الالتزام لا تقع عليه المسؤولية لعدم مخالفته التزامه التعاقدي.

غير ان المجلس عاد وتبنى موقفا مغايرا في قضـية (Tramways de Cherbourg)، حيث اقر فيه بحماية المفوض له من المنافسـة، وعدها التزاما يقع عبؤه على عاتق الإدارة، حتى ولو لم يتم التنصيص عليه صراحة ضمن كراسات الشروط[2].

أما بالنسبة لحالة خروج الإدارة على شرط توفير المنافسة المنصوص عليه في عقد التفويض فالمسألة قد أثيرت في فرنسا بخصوص اتفاقية امتياز إنتاج وتوزيع الطاقة الكهربائية ومر قضاء مجلس الدولة بمرحلتين مختلفتين :

المرحلة الأولى : إذ تميزت هذه المرحلة بتشدده في تفسير أحكام اتفاقيات الامتياز الخاصة باحتكار المفوض إليه لممارسة النشاط ضمن منطقة الامتياز مهما كان التقدم العلمي والتقني، إذ يجب علي الإدارة احترام هذه الأحكام بصورة كاملة وتامة .

المرحلة الثانية : عدل المجلس فيها جزئيا عن موقفه السـابق وقرر انه يجب علي الإدارة المتعاقدة إخطار المفوض له بضرورة تطوير وتحسين ظروف استغلال المرفق العام استجابة للتقدم التقني، عن طريق إحلال أجهزة فنية متقدمة ومتطورة محل الأجهزة القديمة إذا كانت تؤدي إلى تحسين خدمة المرفق بشكل افضل. فإذا ما رفض الاستجابة لطلب الإدارة وامتنع عن تنفيذ طلبات الإدارة ورغباتها أو تباطأ في الاستجابة لها، فلها أن تسترد حريتها لعقد اتفاقية امتياز جديدة أو منح ترخيص لأحد الأشخاص لممارسة النشاط ذاته في منطقة الامتياز[3].

1- د. مصطفي أبو زيد فهمي، مصدر سابق، صـ 274 .
[2] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مصدر سابق، صـ 223.
[3] أبو بكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص4.

ثانيا: تمتع الشخص المفوض له بعدة تسهيلات مالية:

نظرًا لأهمية المهمة الموكلة للمفوض اليه في عقود التفويض وخصوصًا للأداء المطلوب منه في إقامة وإدارة المرفق، فقد يتم تقديم تسهيلات مالية له من جانب الإدارة، مثل تقديم القروض التي يمكنه سدادها على أساس دفعات مجدولة أو منحه دفعات مالية على شكل إعانات غير قابلة للرد. وقد تتمثل المساعدات المقدمة من جانب الإدارة إلى ضمانها للقروض التي يحصل عليها المفوض اليه من البنوك.[1]" وعلى سبيل المثال، قد توفر الإدارة الأراضي اللازمة لإقامة المرفق، أو تضمن للمتعاقد حد أدني من الربح. بالإضافة إلى ذلك، قد يحصل المتعاقد على عدة مزايا، مثل الإعفاء من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة أو لفترة محددة خلال العقد[2].

ثالثا: تخويل بعض الامتيازات لصالح الشخص المفوض له بشأن الأملاك العامة والخاصة

يستلزم واجب تقديم التسهيلات، في غالب الأحيان، تخويل المفوض له بعضا من الصلاحيات، وعلى رأسها حقوق التصرف في الأملاك العامة والخاصة، بغرض استعمالها لتسهيل مهمة تنفيذ المرفق العام محل التفويض، والجدير بالذكر بشأن التعامل مع الأملاك العامة، وجب علينا التمييز بين الأملاك العامة المخصصة لنشاط المرفق والأملاك المخصصة لاستعمال الجمهور. فالأولى مخصصة لنشاط المرفق المراد تسييره بتقنية التفويض والتي وجدت بغرض نشاط المرفق العام، وبالتالي يتمتع المفوض بحق الاستغلال لهذه الأموال لإنجاز المهمة الموكلة له. ولذلك، تعد الأشغال الضرورية التي قام بها المفوض له لغرض الاستغلال الفعال للمرفق، أشغالا عامة تتمتع بجميع الامتيازات التي يحوزها كل من يتصف بهذه الصفة.

ومع ذلك ، فإن الامتيازات الممنوحة للمفوض له فيما يتعلق بالممتلكات العامة المخصصة لتشغيل المرفق لا تنشئ ملكية ، لأن هذه الاملاك تظل ملكًا للدولة ويكون للشخص المفوض له فقط الحق في الاستخدام متى دعت حاجة المرفق العام لها.

وعندما يتعلق الأمر بالأملاك العامة التي تم تخصيصها للاستخدام العام ، فإن التشغيل الفعال للمرفق العام يتطلب في كثير من الأحيان تخصيص حقوق محددة للمفوض له المعين للاستفادة من هذه الأصول. يمكن أن تشمل هذه الاملاك الأرصفة والطرق ، ويعتبر استخدامها أمرًا بالغ الأهمية في نقل خطوط الطاقة الكهربائية وتوزيع الموارد المائية. من المهم ملاحظة أن هذه الأصول العامة تظل ملكًا للدولة ، ولا يُمنح الفرد المعين إلا حقوق استخدام محدودة ومؤقتة.

ومن بين التطبيقات التي تنظم استخدامات ممتلكات المرفق العام في الجزائر المادة 67 من المرسوم التنفيذي 18-199،حيث تنص على ان تخضع جميع الممتلكات الضرورية لاستغلال

---

[1] محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، صـ 106.
[2] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، صـ 677.

المرفق العام، سواء تلك التي أنجزها أو اقتناها المفوض له، أو تلك التي أنجزتها أو اقتنتها السلطة المفوضة طيلة مدة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها لا سيما منها القانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، المعدل والمتمم .

وتنص المادة 68 على انه لا يمكن المفوض له أن يستعمل ممتلكات المرفق العام سواء تلك التي أنجزها أو اقتناها بنفسه أو تلك التي أنجزتها أو اقتنتها السلطة المفوضة، لأغراض أخرى غير موضوع نشاط المرفق العام المعني بالتفويض.

وتضيف المادة 69 من قانون المرسوم السالف الذكر بشأن الاستعمال غير العقلاني او التعسفي لممتلكات المرفق العام من قبل المفوض له، يرتب تعويضا لصالح السلطة المفوضة، يحسب وفقا لبنود اتفاقية التفويض

أما في تونس اكدت عليه أحكام المادة (35) من قانون اللزمات رقم (23) لسنة 2008 علي أنه (تنقسم ممتلكات اللزمة إلى ممتلكات استرداد وممتلكات خاصة، ويحدد العقد عند الاقتضاء واعتمادا علي هذا التقسيم أصناف الممتلكات التي سيتم استعمالها من قبل صاحب اللزمة طيلة مدة اللزمة) .

وجاء في المادة (36) على انه (تعتبر ممتلكات رجوع الأراضي والبنايات والمنشآت والتجهيزات الثابتة والمنقولات الموضوعة مجانا من قبل مانح اللزمة علي ذمة صاحب اللزمة أو التي أنجزها أو اقتناها هذا من قبل وفق الشروط المحددة في العقد والضرورية لمواصلة التصرف في المرفق العمومي موضوع العقد . كما تعبر ممتلكات رجوع الأراضي التابعة للملك العمومي والتي قد يكون العقد قد رخص في أشغالها من قبل صاحب اللزمة، وتكون هذه الممتلكات موضوع جرد في وثيقة تلحق بالعقد) .

وفضلا على ذلك، فإن المفوض له لا تقتصر امتيازاته على الأملاك العامة فحسب، بل تتعداها الى الأملاك الخاصة للأفراد، ومن تطبيقات ذلك، ما تبناه المشرع الفرنسي في حق المفوض له نزع الملكية الخاصة للأفراد في سبيل تنفيذ مرفق عام. بموجب المرسوم بقانون 1935/08/08، المتعلق بمشروعات امتياز الاشغال العامة، والقانون 1958/03/29، المتعلق بمشروعات نقل البترول بواسطة خطوط الانابيب.

حيث يتيح المشرع لهذه المشروعات بمباشرة تحريك إجراءات نزع الملكية الخاصة، وهذا يمثل احد مكونات حق نزع الملكية الذي يعد امتيازا للسلطة العامة.

وبطبيعة الحال فإن منح المفوض له سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة يكون لصالح الإدارة مانحة التفويض، وليس لتحقيق مكاسب شخصية للمفوض له. وعند انتهاء عقد التفويض تؤول هذه العقارات التي كانت موضوعا لنزع الملكية الى الإدارة[1].

وفضلا عن ذلك، قد يحوز المفوض له المعني بالأمر أيضًا حق الاستلاء والإشغال المؤقت على الأملاك الخاصة، وهذا الحق يتم تحديده من قبل القانون. بالإضافة أيضًا الجهات والهيئات التي ستستفيد من هذه الامتيازات[2]، ولا شك أن الاستيلاء الناتج عن هذه الإشغال سيكون بالضرورة لحساب الجهة العامة وليس لحساب المفوض له الذي خول بذلك الحق.

والجدير بالذكر، التنويه على ضرورة الإشراف على عملية الاستلاء والإشغال المؤقت على هذه الأملاك ، وضرورة التأكد من أن الإشغال يتم بشكل صحيح ومباشر بالخدمة لصالح الجهة العامة، وأن المفوض له لا يتذرع إلى استخدام أو استيلاء على الأملاك الخاصة لأغراض شخصية أو غير ذلك.

الفرع الثالث: ضمان التوازن المالي لعقد التفويض

تستند فكرة عقد التفويض بالأساس على مبدا نقل المخاطر المتعلقة بالمرفق محل التفويض الى الشخص الذي يفوض اليه، وبالتالي، يتحمل نتائج عملية الانشاء وتنفيذ المرفق واستغلاله.

ومع ذلك، فإن إعمال هذه القاعدة لا يعني بالضرورة تنصل الجهة مانحة التفويض في المشاركة في تحمل أجزاء من المخاطر التي قد تتولد جراء تنفيذ المرفق من طرف المفوض له. وعليه، فقد توصل الفقه والقضاء الى توافق في الآراء بشأن التزام الإدارة مانحة التفويض بالحفاظ على التوازن المالي للعقد وفقا لما اتجهت اليه إرادة ونية الأطراف حال ابرامهم للعقود. حيث يرى الفقيه (جيز) أن أساس مبدأ التوازن المالي يكمن في النية المشتركة التي انصرفت إلى تحقيق التوازن المالي.

إن توفر التوازن المالي للعقد ليس بالمسألة الهينة وإنما هي عملية متشعبة ومتجددة. فيمكن أن تثار في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، ومعالجتها علي ذلك تختلف باختلاف وقت قيامها، وأن أسباب قيامها سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية ليست واحدة ويترتب علي ذلك اختلاف طرق وأساليب تحقيق المحافظة علي توازن المالي للعقد [3].

ولان عدم توفير التوازن المالي من شأنه وضع المفوض له في حالة من عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية، مرد ذلك عبء الاضرار التي تكبدها والاضرار التي لحقت به، مما ينعكس سلبا على

---

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، صـ 674.
[2] عاطف محمود البنا، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1992، صـ 512.
[3] ابوبكر عثمان، مرجع سابق، ص 162.

أداء المرفق محل التفويض والتي بدورها تنعكس على المصلحة العامة التي تهدف السلطة مانحة التفويض تحقيقها من وراء العقد.

لذا يقع على عاتق الإدارة، بوصفها تسعى في جميع تصرفاتها، لاسيما عقود التفويض، تحقيق المصلحة العامة، ان تلتزم إزاء هذا المتعاقد بالمساعدة ومجابهة الظروف التي يمر بها، والتي هي خارجة عن نطاقه، عن طريق تعويضه جزئيا او كليا حسب ما تقتضيه كل حالة، وتذليل كل ما من شأنه ان يعيق السير الحسن للمرفق محل التفويض بانتظام واضطراد، حيث ان الثابت ان هذه الصورة من الالتزام تفرضها اعتبارات العدالة والنفع العام، وهو ما يجب ان يكون في حال تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة من حسن النية المشتركة التي انصرف اليها طرفا العقد حال ابرامهما له.

مضمون فكرة التوازن المالي

تحتل فكرة التوازن المالي مكانة بارزة في نطاق عقود تفويض المرافق العامة ، وقد مرت هذه الفكرة بمراحل متعاقبة من التطور في المحتوى والنطاق والتطبيق. حيث استندت الفكرة التقليدية لعقود التفويض في البداية على المفوض له الذي كان يتحمل معظم المخاطر المصاحبة لجميع مراحل العقد ، من الانشاء الأولي وحتى إدارة وتشغيل المرفق واستثماره. وبناء على ذلك، ترتبط الحقوق المالية للمفوض له إلى حد كبير بالنتائج المالية للاستثمار. بما أن هذه الفكرة تكرس مبدأ الاستقلال المالي في العلاقة بين طرفي عقد التفويض ، يتحمل الشخص المفوض له مسؤولية إدارة المرفق ، والنتائج المترتبة عن هذا التصرف سواء كانت إيجابية أو سلبية ، دون تدخل من الإدارة مانحة التفويض.

ومن هذا المنطلق، تم العمل بهذا المبدأ بشكل صارم في فترة ما قبل الحرب العالمية الأولى، نظرا لعدم وجود ظروف اقتصادية وسياسية مضطربة، مما أدى الى تقليل المخاطر التي من شأنها ان تعرض المفوض له لمخاطر الاستثمار بشكل كبير.

غير أن هذا الوضع تغير بشكل كبير مع بداية القرن العشرين ، حيث أدت ظروف الحرب العالمية الأولى والاضطرابات الاقتصادية الملازمة لها إلى ضرورة تدخل الدولة لمساعدة المفوض له في مواجهة المخاطر التي هددت بإيقاف المرفق أو عرقلة سيره العادي، مما دفع القاضي الإداري إلى استلهام نظريات كبرى تعرف بنظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري[1].

ويفهم البعض من الفقه هذا الاتجاه الإداري والقضائي في نطاق عقود المرفق العام والالتزام على وجه الخصوص على أنه انحسار لمبدأ الإدارة مع تحمل المخاطر بصورة تجعل من غير المناسب اعتباره من العناصر المكونة للعقد. إلا أن الفهم الصحيح لعقود المرفق العام يقود بالضرورة إلى نتيجة مغايرة فمنح إدارة المرفق العام إلى المتعاقد يفترض بالضرورة مخاطر مالية

[1] محمد عبد الحميد أبو زيد، المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 487.

بالنسبة له. فالمبدأ لم يختف وإن كان مداه قد تأثر سلبا نتيجة للمساعدات والإعانات التي تقدمها الإدارة للمتعاقد في بعض أنواع العقود والتي قد تصل إلى حد ضمان المخاطر أو ضمان حد أدني من الأرباح. وكأثر للنظريات القضائية التي أوجدها القاضي الإداري للحافظ على التوازن العقدي كما أرداه الطرفين عند توقيع العقد لتأمين العديد من المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد سواء أكانت ذات مصدر إداري ام اقتصادي[1].

في ضوء التطور الأخير للقضاء الإداري ، والذي بدأ بحكم بتاريخ 15 أبريل 1996 في قضية Préfet Bouches-du-Rhône ، والذي يربط قانونًا وجود عقود تفويض المرافق العامة بوجود مقابل مالي حصل عليه المفوض له جوهريا من نتائج الاستغلال ، لا تزال فكرة المخاطر تلعب دورًا في مثل هذه الطائفة من العقود، لأن غياب كل شكل من أشكال المخاطر بالنسبة للمتعاقد لا يعني فقط أننا بصدد ربط التكلفة بشكل كامل بالمقابل المالي الذي تدفعه الإدارة ، مما يشير إلى أننا بصدد عقد أشغال عامة وليس عقد من عقود المرافق العامة.[2]

أدى تطور فكرة المخاطر في عقود التفويض، الذي حظي بدعم من القضاء الإداري، إلى نتائج إيجابية في اتجاهين. أولًا، بدأت السلطة مانحة التفويض في تضمين بنود في عقودها تسمح بإعادة النظر في الجوانب المالية للعقد حال حدوث ظروف معينة خلال فترة سريان العقد، ولم تقتصر هذه البنود على الظروف الاستثنائية، بل تم تطبيقها على التغييرات التي يمكن أن تحدث في الأوضاع العادية.

ثانيا، بالنسبة للمشرع الذي بات يلجأ في الغالب إلى التدخل في مجال إعادة التوازن المالي لعقود التفويض سواء في الظروف العادية أم الظروف الاستثنائية، إما من خلال إلزامه الأطراف بإعادة النظر في التوازن المالي للعقد بصفة دورية مع وضع ضوابط لتطبيق ذلك، أو قد يتدخل بصورة مباشرة ويضع ضوابط محددة لإعادة النظر في التوازن المالي للعقد[3].

فعلى الرغم من أن مبدأ التوازن المالي بادئ الامر كان يتم تطبيقه في العقود التي تتضمن ظروف استثنائية فقط، إلا أنه اصبح ضرورة ينبغي العمل بتطبيقها أيضًا في الظروف العادية لضمان استمرارية سير المرفق العام بشكل سليم وفعال.

وعليه سنتطرق في هذا القسم إلى تطبيقات مبدأ التوازن المالي لعقد التفويض، وذلك في سياق الظروف العادية (1)، ومن ثم سنناقش تطبيقات هذا المبدأ في الظروف الاستثنائية (2).

1: تطبيقات مبدأ التوازن المالي لعقد التفويض في الظروف العادية

---

[1] رجب محمود طاجن ، مصدر سابق، صـ 267.
[2] رجب محمود طاجن ، مصدر سابق، صـ 267 .
[3] أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 167.

بالرغم من التصـور الدارج بأن مبدأ التوازن المالي يتم تطبيقه فقط في الظروف الاسـتثنائية والتي تحمل مخاطر غير متوقعة وغير عادية، إلا أن الواقع يؤكد عكس ذلك. فبالرغم من أن أولوية تطبيق المبدأ تكمن في تلك الظروف، فإنه ينبغي تطبيقه في الظروف العادية والاسـتثنائية على حد سواء، شريطة أن يكون الهدف من ذلك هو ضمان استمرارية الخدمات العامة بشكل سلس ومنتظم. وعلى الرغم من أن الظروف الاسـتثنائية تشـكل أكثر الحالات التي يتم فيها تطبيق هذا المبدأ، من الضـروري تطبيقه أيضـا في الظروف العادية لتحقيق الاستقرار والحفاظ على استمرارية المرفق العام.

لذا يمكن تحقيق التوازن المالي في عقود تفويض المرفق العام من خلال إدراك أن عملية التفويض تشكل شراكة أساسية بين القطاعين العام والخاص، والتي تتضمن تضامناً مالياً بين الدولة والمستثمر الخاص. وبالتالي، فإن هذا التضامن المالي ضروري في الظروف العادية والاستثنائية على حد سواء، مما يؤدي إلى تحقيق التوازن المالي المطلوب لتلك العقود.

بناءً على ما تم ذكره، يمكن تحقيق التوازن المالي في عقد تفويض المرفق العام في الظروف العادية من خلال استخدام أساليب وطرق متعددة.

قد يتحقق من خلال إقرار صـيغ محددة لإعادة النظر بتوازن العقد الاقتصـادي خلال فترة زمنية محددة أو في حالة تحقق حالات معينة، وهذه الصـيغة قد يتم إقرارها بواسطة العقد نفسه أو من خلال نصـوص قانونية. ففي فرنسـا أشـارت مدونة العقود الإدارية الفرنسـية بمراجعة الثمن والرسـوم في ضـوء المتغيرات الاقتصـادية العادية إذ جاء بهذا الصـدد (بأنه يدخل في اختصـاص شـعبة الثمن المنبثقة عن اللجنة المركزية للعقود اقتراح الصـيغ النمطية الخاصـة بمراجعة الثمن المسـتحق للمتعاقد في ضـوء الشـروط الواردة بالعقد في هذا الصـدد وانطلاقا من المفهوم التعاقدي تقرر في المادة 78 و 80 من المدونة ضـرورة النص في العقد علي شـروط مراجعة الثمن، وفي حالة احتواء العقد علي نص خاص بمراجعة الثمن المسـتحق للمتعاقد فان العقد ينبغي أن يشـتمل على الأوضاع المحددة لمراجعة (الثمن) [1].

ومن بين بعض التطبيقات التشـريعية في القانون المقارن التي تضـمن حق المفوض له في التوازن المالي للعقد نذكر منها:

في مصـر نصـت المادة الثانية من القانون رقم 129 لسـنة 1947 المتعلق بالتزامات المرافق العامة حيث تنص على ان : **"يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسـعار عقب كل فترة زمنية على أسـاس التي تحدد في وثيقة الالتزام."** وتضـيف المادة السـادسـة من القانون السـالف الذكر في نفس الصـدد على انه : «**إذا طرأت ظروف لم يكن من المسـتطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضـت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضي**

[1] أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 169.

الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد اســـتغلاله لتمكين الملتزم من أن يســـتمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى قدر المعقول.».

وعلى نفس النهج سار **المشرع التونسي** بشأن المحافظة على التوازن المالي للزمات تحقيقا لسير الحسن للمرافق حيث جاء في نص المادة الرابعة من قانون اللزمات رقم 23 لسنة 2008، على ان " يسهر كل من مانح اللزمة وصاحب اللزمة علي الحفاظ علي التوازن المالي للعقد في حدود ما تقتضيه متطلبات المرفق العمومي موضوع العقد والمقابل الذي يستخلصه صاحب اللزمة "

وقد يتحقق استخدام أسلوب إعادة التوازن المالي لعقد التفويض في صورة مساعدات مالية من الحكومة أو الجهات العامة، والتي يمكن استخدامها لدعم المشروع وتخفيف الأعباء المالية عن المستثمر، مع تحقيق الهدف الأساسي لتأمين السير المنتظم للمرفق العام. ويمكن لهذه المساعدات أن تكون في صورة تخفيضات ضريبية، أو تسهيلات ائتمانية، أو حتى دعم مالي مباشر من السلطة المانحة للمستثمر ومثال على ذلك: التضامن المالي للاستثمارات في الدول النامية، فالأخيرة ونظرا لعدم استقرار ظروفها السياسية، والاقتصادية، والمالية، والأمنية. تفتقر إلى توفير الحد الأدنى من الضمانات اللازمة للاستثمار، وذلك وفقاً للأنظمة والتشريعات المعمول بها في البلد المعني.

وتجدر الإشارة الى ان الهدف من وراء هذه الامتيازات المالية في عقد تفويض المرفق العام هو تحقيق التوازن المالي للعقد وتمكين المفوض له من تحقيق أهدافه، بينما تحافظ في الوقت نفسه على هدف المرفق العام. ونتيجة لذلك فهذه الإعانات يجب ان تنعكس إيجابا في الحفاظ على استمرارية وديمومة المرفق العام، وتشجيع الاستثمار في هذا المجال من جهة، ولا تؤثر على طبيعة العقد أو مفهومه من جهة اخرى، خاصة وأن المقابل المالي يتم دفعه من قبل المنتفعين بالخدمة.

وهذا ما أكده القضاء الفرنسي بشأن الامتيازات المقدمة من طرف الإدارة للمفوض له لتجاوز المخاطر التي تعتري العقد محل التفويض، أوضح مجلس الدولة الفرنسي أن الضمانات المالية التي تمنحها السلطات العامة لصالح صاحب الامتياز لتمويل المرافق العامة وتخفيف المخاطر لا تؤثر على الوصف القانوني لعقد تفويض المرافق العامة، طالما أن العائدات المحصلة من المستفيدين لا تصبح وهمية بسبب هذه الضمانات[1].

2: تطبيقات مبدأ التوازن المالي لعقد التفويض في الظروف الاستثنائية

من المسلم به ان عقود تفويض المرافق العامة ، قد تنطوي على تكاليف عالية ويستغرق تنفيذها سنوات. وبما أن هذه العقود تتضمن اتفاقية بين الادارة والمستثمر الخاص ، فإنها تتضمن

[1] Avis CE 19decembere 1995 Droit administratif edition Edition – juris classeure classeure 2002 p. 8 .

شروطًا وقيودًا خاصة بالنسبة للشخص الخاص. ومن الأمور الهامة التي يجب أخذها بعين الاعتبار هي تأمين المفوض له من المخاطر المحتملة ، والتأكد من التزام الادارة بتوفير الدعم اللازم للمتعاقد معها لضمان تنفيذ العقد بشكل كامل وفعال. كما يجب أن تتضمن هذه العقود آليات لحل النزاعات المحتملة التي يمكن أن تنجم جراء اختلال التوازن المالي للعقد ، بسبب عدد من العوامل الخارجية مثل التضخم والتغيرات في التشريعات والقوانين، وهذا يمكن أن يؤدي إلى تغييرات في التكاليف والإيرادات المتوقعة على مدى السنوات القليلة المقبلة. لذلك، فإنه يجب على الإدارة أن تتدخل بما تحتمها اعتبارات العدالة للمساعدة في إعادة التوازن المالي للعقد بطرق مختلفة. مثل تقديم المزيد من الدعم المالي أو التعديل على بعض بنود العقد، بمواجهة تلك الظروف بما يؤدي الى إعادة التوازن المالي للعقد حالته الأولى التي انصرفت اليه الأطراف وقت الابرام. ويهدف هذا الاجراء إلى حماية مصلحة المرفق العام والمحافظة على عدالة العقد.

وحرصًا على معالجة المخاطر الاستثنائية التي تنشأ خلال تنفيذ العقود، قام مجلس الدولة الفرنسي بابتكار حلول تتناسب مع كل مصدر للمخاطر. ولذلك، تم تصنيف هذه الحلول، التي يُطلق عليها اسم "نظريات إعادة التوازن المالي للعقد"، إلى ثلاثة أنواع: نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وسنستعرض هذه النظريات بشكل موجز.

أ: نظرية فعل الأمير:

تعد هذه النظرية من انتاج مجلس الدولة الفرنسي، وعلى الرغم من انتشارها وتداولها فيما بين القضاء الإداري لعديد الدول، إلا أنها لا تزال غير واضحة المعالم وأحيانا يتم الخلط بينها وبين نظرية الظروف الطارئة، اذ تشير إلى عمل أو إجراء غير متوقع قد يصدر من سلطة عامة حيث يحدث خلال تنفيذ العقد فيترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة بالإضافة على تأثيره على الالتزامات الواقعة على عاتقه، وقد تؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد الإداري اذ تستوجب تعويض المتعاقد المتضرر.

تعريف نظرية الأمير:

عرفت محكمة القضاء الإداري عمل الأمير فقالت "... إن المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفه عامة المخاطر الإدارية وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد أو قد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة..."[1].

[1] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة 30 يونيو 1975. أورده عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 699.

وعبارة المخاطر الإدارية أو ما يطلق عليها بتسمية أفعال الأمير، هي تصرفات أو إجراءات مشروعة تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة، أو أية جهة إدارية أخرى، أو عن السلطة التشريعية، أو أي سلطة من سلطات الدولة، ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد أكثر صعوبة، أو أكثر تكلفة، أو تؤدي إلى تضخم أعبائه وزيادة التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد، وقد تكون في شكل لائحة أو تشريع أو قرار أو عمل فردي أو عمل مادي، وقد يكون تأثيرها في تنفيذ العقد مباشرة كالتعديلات التي تفرضها في العقد، أو غير مباشرة، كزيادة الضرائب ورسوم الجمارك التي يكون لها تأثير على سعر السوق، ومن بين الأعمال التي تصدر عن السلطة العامة، والتي تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن المالي للعقد ما يلي:

- الإجراءات الصادرة عن السلطة المفوضة والتي تتناول شروط العقد بالتعديل

- الإجراءات الصادرة عن السلطة المفوضة والتي لا تنصب مباشرة على العقد، ولكنها تؤدي بطريق غير مباشر إلى الاختلال بتوازنه المالي، كحالة رفع الرسم على بعض المواد الضرورية لتنفيذ العقد.

- صدور تشريع يفرض ضرائب على نشاط المتعاقد لم تكن مفروضة.

وعليه فإن هذه الإجراءات، أيا كان شكلها، تأتي بأعباء مالية على عاتق المفوض له، لهذا استقر الفقه والقضاء على أحقية المتعاقد في التعويض الكامل، كما رتبته هذه الإجراءات من أعباء إضافية حتى ولو كان العقد خاليا من النص على ذلك[1].

وجدير بالذكر، استقرار الفقه في فرنسا والعديد من الدول على ضرورة توافر عدة شروط لتطبيق نظرية عمل الامير ممثلة كالآتي:

الشرط الأول: وجود عقد إداري يربط المفوض والمفوض له

يشترط تطبيق نظرية عمل الأمير وجود عقد إداري بين الإدارة والمتعاقد، وهذا الشرط طبيعي لأن النظرية تتعلق بعقود القانون العام، ولا يمكن تطبيقها على عقود الإدارة المدنية التي تختلف عن عقود القانون العام.

وهذا ما تم التأكيد عليه في قرار محكمة القضاء الإداري في حكم لها بهذا الشأن فذهبت الى انه:" متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية ، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب علي التشريع الجديد استنادا إلى نظرية عمل الأمير يكون على

[1] سمية السلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 222.

غير اســاس ســليم من القانون إذ أنه من المقرر أن المســئولية التي ترتب التعويض في نطاق عمل الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضــرور بســبب التشــريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشــريع الجديد بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضــي العقد ..."[1].

الشرط الثاني : أن يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة مانحة التفويض:

يقتضــي تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الفعل الضــار صــادراً عن جهة الإدارة المتعاقدة، وهذا التوجه يتماشى مع آراء الفقه الفرنسي الشائع، وهذا ما تجه اليه القضاء ايضا حيث تتجه أحكام مجلس الدولة الفرنســي إلى تطبيق النظرية على الأعمال التي تصــدر من الإدارة فقط، في حين يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على غير ذلك من الأعمال.

في مصر، كانت الأحكام الأولى لمحكمة القضاء الإداري تختلف عن موقف القضاء الإداري الفرنسي، إذ كانت تميل إلى قصر تطبيق نظرية فعل الأمير على الإجراءات العامة. ومع ذلك، في مرحلة لاحقة، اســتدركت المحكمة هذا الموقف وحددت فكرة عمل الأمير لتشــمل الحالات التي يصدر فيها الإجراء من السلطة المتعاقدة[2].

الشرط الثالث: أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد:

تقتضــي نظرية فعل الأمير ان تتســبب الإدارة في ضــرر خاص بالمتعاقد، ســواء كان ذلك ضــررًا جسيما أو يسيرا، ويجب أن يلتزم الأمير بالتزاماته المتفق عليها في العقد. في حالة حدوث أي ضــرر، يجب على السلطة مانحة التفويض أن تعويض المتعاقد عن الخسائر المالية والأضرار الأخرى التي لحقت به نتيجة فعل الأمير. ويجب أن يكون هذا الضــرر خاصًــا يصــيب المتعاقد بمفرده، وبمفهوم المخالفة فلا وجه لتعويضــه اذا اتصــف الضــرر بالعمومية، وعليه، يجب أن يؤثر ســلبًا على التوازن المالي للعقد، ســواء كان ذلك بتســبب في خســائر مالية فعلية للمتعاقد أو بخفض الأرباح المتوقعة.

وفي ذلك تقول المحكمة **الإدارية العليا** " .. الضــرر الذي تدعيه الشــركة بســبب زيادة أســعار مواد البناء ليس ضــررا خاصــا بتلك الشــركة، بحســبان أن تلك الزيادة قد تم ســريانها علي جميع التعاقدات ســواء في النطاق الإداري أو نطاق تعاملات الأفراد، وبالتالي فلا تكون شــروط انطباق نظرية فعل الأمير متوقعة بالنسبة للنزاع الماثل ..."[3].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1957/03/03، مجموعة أحكام السنة 11، ص 239، أورده حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 700.

[2] وهيب عياد سلامة، مصدر سابق، صـ 42.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 1749 لسنة 37 ق ع ، الصادر بجلسة 1997/12/16 ، مشار إليه بمرجع حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 702.

الشرط الرابع : تقتضي نظرية عمل الأمير عدم خطأ السلطة مانحة التفويض :

تقتضي هذه النظرية سلامة التصرف من أي خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة. يجب أن يكون العمل الذي تقوم به الإدارة المتعاقدة داخل نطاق الصلاحيات التي تتمتع بها إزاء عقودها الإدارية، وفي حالة وقوع أي ضرر جراء عمل الأمير، يجب على الإدارة المتعاقدة تحمل المسؤولية وتقوم بتعويض المتعاقد، وذلك بموجب المسؤولية العقدية بلا خطأ التي تترتب عليها عقودها.

الشرط الخامس: أن يكون الاجراء الصادر من السلطة المانحة غير متوقعا.

هذا الشرط العام يعتبر سارياً على النظريات الثلاثة ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يتصور هذا الشرط الأخير رغم أن المفوض يعترف بسلطة الإدارة في إجراء تعديل التزاماته في أي وقت دون الرجوع إليه ؟ إن الإجابة علي هذا السؤال تقتضي أن ننوه إلي أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلي حق الإدارة في تعديل العقد ، ولكنه ينصرف إلي حدود التعديل ومداه والتي لا ينظمها العقد.[1]

ويعلق الدكتور سليمان الطماوي في هذا الشأن بأن شرط عدم التوقع للعمل الضار من جانب الإدارة، لا ينصرف إلى اصل الحق في التعديل لأن هذا الحق مكفول لها ومتوقع دائما ويفترض علم المتعاقد به، ولكنه ينصرف إلى حدود ومدى التعديل ، فإذا كانت طريقة اجراء التعديل وحدوده منظمة ، يتم استبعاد النظرية ، وإذا لم يتم تنظيم طريقة ممارسة هذا الحق ، يتم تطبيق النظرية[2].

النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الأمير

في حال تحقق شروط نظرية الأمير فإن المفوض له يستحق التعويضات الكاملة مشتملتا ما قد يكون فاته من كسب وما لحقه من خسارة، ينطوي التعويض المستحق لصالح المتعامل المتعاقد كل النفقات والمصاريف الإضافية التي تكبدها، وفضلا عن ذلك، كل ما كان يتوقع ان يجنيه من أرباح، وينصرف تقدير التعويضات لقاضي العقد.

وإذا كان التعويض هو النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير فإن هناك نتائج فرعية أخري تتمثل فيما يلي[3]:

---

[1] إبراهيم الشهاوي، عقد التزام المرافق العامة، المرجع السابق، ص 316.
[2] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، صـ 572.
[3] حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 703..

1) للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزامه بالتنفيذ إذا ترتب على الإجراء الصـــادر من الجهة الإدارية استحالة التنفيذ.

2) حق المتعاقد مع الإدارة في عدم توقيع غرامات عليه في حالة تأخره عن تنفيذ التزاماته الناتجة عن الإجراء الصادر عنها .

3) - حق المتعاقد في فسخ العقد إذا ترتب علي عمل الأمير استحالة التنفيذ.

ب: نظرية الظروف الطارئة

إذا كانت نظرية عمل الأمير تحقق التوازن المالي في العقد في مواجهة إجراءات صدرت من جهة الإدارة ، فإن نظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفا وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد ، ولكنها ليست من صنع الإدارة[1]. ومما لا شك فيه، ان نظرية الأمير ونظرية الظروف الطارئة هما جزء من النظريات القانونية التي تمس بالعقود الادارية. وعلى الرغم من أن كلا النظريتين تتعامل مع العوامل المتحكمة في عقود معينة، ولا ســما عقود التفويض، إلا أنهما تختلفان في الطريقة التي تتعامل بها مع الأحداث المالية والتجارية غير المتوقعة.

كما ســلف فإن نظرية الأمير تقوم على فكرة أن الأطراف المتعاقدة يجب أن تتحمل المخاطر والتكاليف المتعلقة بالعقد، حتى في حالة حدوث أحداث غير متوقعة. وتتضمن هذه الأحداث القوانين الجديدة أو التغييرات في البيئة التجارية أو المالية التي تؤثر على أداء العقد. وبموجب هذه النظرية، يتم التعامل مع هذه الأحداث من خلال التفاوض على شروط تفسير وتطبيق العقد.

أما نظرية الظروف الطارئة، فتنص على أنه في حالة حدوث أحداث غير متوقعة، مثل الكوارث الطبيعية أو الحروب أو الأحداث السياسية الكبرى، فإن الأطراف لا يتحملون المسؤولية الكاملة عن تكاليف هذه الأحداث. ويجب على الأطراف التفاوض على كيفية معالجة تلك الأحداث، بما في ذلك تحديد المسؤوليات والتكاليف والحد الأدنى للأداء.

وعليه فإن حدثت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وقت انعقاده، مما أدى إلى اختلال التوازن المالي للعقد بشـــكل خطير. بحيث أن تنفيذ الالتزام من دون أن يكون مستحيلا، اصبح اشد إرهاقا واكثر كلفة، يجوز للمفوض له مع الإدارة مطالبتها بالإسهام معه في تحمل النتائج المترتبة علي ازدياد الأعباء الناتجة عن تلك الظروف بتعويضـــه جزئيا ولمدة مؤقتة عن الخسارة التي لحقت به مع مراعاة الظروف المحيطة بالعقد[2].

---

[1] حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 706.
[2] محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية المكتبة الوطنية، بغداد 1989 ، صـ 198.

وبشـــكل عام، يتم التعامل مع نظرية الأمير ونظرية الظروف الطارئة على حد ســـواء في العقود. ويتم تحديد المســـؤوليات والتكاليف المتعلقة بالأحداث غير المتوقعة من خلال الاتفاق على شروط العقد وتحديد الطرق التي يجب اتباعها لتحقيق التوازن المالي في حالة حدوث هذه الأحداث.

وتجدر الإشـــارة، الى ان نظرية الظروف الطارئة تأســـســـت من خلال قرار[1] مجلس الدولة الفرنسي في قضية "غاز بوردو" والتي صدرت في القرن التاسع عشر. وقد تطورت هذه النظرية بشكل كبير منذ ذلك الحين، حيث تم تطبيقها على العديد من العقود الإدارية.

حيث انشأ مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في حكمه الصادر في 30 مارس 1916 بشأن القضـية التي أقامها الملتزم بتوريد الغاز لمدينة بوردو. حيث يعد الحكم الأسـاسـي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة. ومن خلاله أكد الحكم على أنه إذا ظهرت ظروف غير متوقعة بعد توقيع العقد وأدت إلى إخلال ملحوظ بتوازن العقد، فإنه يجب أن يتحمل المتعاقد الإداري جزءاً من الخســـائر التي تكبدها الملتزم، وعلى الرغم من أن هذه الظروف لم تكن من صـــنع الإدارة، يمكن للملتزم أن يطالب بتعويض جزئي لهذه الخسائر إذا تجاوزت الحد المعقول. وقد أسهم هذا الحكم بشكل كبير في تحديد معالم نظرية الظروف الطارئة وتطبيقها على العقود الإدارية والخاصة في العديد من البلدان.

وعليه أضـحت تستخدم هذه النظرية للتعامل مع الظروف التي تحدث خلال تنفيذ العقد والتي من شـــأنها أن تؤدي إلى إخلال جسـيم بالاقتصـــاديات العقدية. ويشـــمل ذلك الظروف الاقتصـــادية والطبيعية والسياسية التي قد تؤثر على العقد بطريقة غير متوقعة، ولكنها ليست من صـنع الإدارة. وتهـدف نظريـة الظروف الطـارئـة إلى الحفـاظ على التوازن المـالي في العقـد وتجنـب التعرض للأضرار المالية الجسيمة.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال نص المادة 107 من ق.م.ج، لأنها فكرة تتماشـــى ومبادئ العدالة، فليس من العدل في شـــيء أن يترك المتعاقد يتحمل لوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليســت ســببا في هذه الظروف الجديدة، واذا كنا نســجل أن المادة 107من ق.م.ج جاءت واضحة، فلا مانع أن يهتدي بها القاضي الإداري.

وتنص المادة السادسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 المصري المتعلق بالتزامات المرافق العامة على أنه "إذا طرأت ظروف لم يكن من المســـتطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضـــت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصـــادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأســـعار وإذا اقتضـــى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد اسـتغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يسـتمر في الاسـتغلال أو لخفض

[1] C.E.30 mars 1916, Compagnie générale d'Eclairage de Bordeaux, Les grands arrêts, p.129

الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول.". وبذلك تتبنى هذه المادة نظرية الظروف الطارئة في إطار عقد الالتزام المرافق العام في مصر.

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

توجد بعض الشـروط التي يجب توفرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، ومن هذه الشروط:

يجب أن تكون الظروف الطارئة غير متوقعة ولا يمكن تجنبها: يجب أن تكون هذه الظروف خارجة عن السيطرة الإدارية وغير قابلة للتنبؤ بها وقت توقيع العقد.

إذا كانت الظروف التي تؤثر على العقد قابلة للتوقع أو يمكن تفاديها بسـهولة، فلن يكون هناك أساس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

على سـبيل المثال، إذا كانت الظروف المؤثرة على العقد متعلقة بالأحداث الطبيعية المتوقعة، مثل الفيضانات أو الأعاصير، فلن يكون هناك أساس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث يمكن اعتبار هذه الأحداث كجزء من المخاطر المتعلقة بالعقد.

يجب أن تؤدي هذه الظروف الطارئة إلى تعرض المفوض له لأضرار مالية جسيمة:

يتعين على الظروف الطارئة أن تكون غير متوقعة ولا يمكن تجنبها، ويجب أن تؤدي إلى تعرض المتعاقد لأضـرار مالية جسيمة وغير متوقعة. ويتعين أن يكون الإخلال بالتوازن المالي في العقد ناجمًا عن هذه الظروف الطارئة، وأن يكون هذا الإخلال ملحوظاً وواضـحاً. ويجب أيضـاً أن تكون الظروف الطارئة خارجة عن نطاق التحكم والسـيطرة العاديين للأطراف في العقد، ولا يمكن تجنبها بأي وسـيلة معقولة. حيث تكون هذه الظروف قادرة على تغيير ميزانية العقد بشـكل كبير وليس فقط بشكل طفيف.

يجب أن يكون الطرف الأول قد قام بكل ما في وسعه للتغلب على هذه الظروف:

شـرط آخر لتطبيق نظريـة الظروف الطـارئـة في العقود الإداريـة حيث لا يتم تطبيق مبدأ التعويض في حالة كان الظرف الطارئ منسـوباً إلى المتعاقد ، سـواء كان هذا الظرف نتيجة لعمل عمد منه أو نتيجة لإهماله في بذل الجهود اللازمة لتفادي هذه الظروف. وأن يكون المتعاقد قد قام بكل ما في وسـعه للتغلب على هذه الظروف ولم يتمكن من ذلك، بما في ذلك اتخاذ الإجراءات الواجبة والملائمة والممكنة لتجنب الأضرار الناتجة عن هذه الظروف. ويتطلب ذلك أيضاً أن يكون قد أعلم الادارة بالظروف الطارئة وبما قام به لمواجهتها. ويثبت أنه حاول جاهدًا العمل على تجاوز هذه الظروف، ولكنه فشل في ذلك.

ويأتي هذا الشرط لحماية حقوق السلطة المتعاقدة في العقد الإداري، وضمان استمرارية أداء المتعاقدين في تنفيذ العقد بشكل صحيح وعادل.

يجب أن تكون هذه الظروف خارجة عن إرادة الطرف الثاني:

أي الإدارة، ولا يمكن أن تكون الإدارة مسـؤولة عن حدوث هذه الظروف الطارئة. وتكون ناتجة عن أمور خارجة عن إرادتها، ولا يمكن إلقاء اللوم عليها في حدوث هذه الظروف.

يجب أن يتم إبلاغ الطرف الثاني بالظروف الطارئة: يجب أن يتم إبلاغ الطرف الثاني بالظروف الطارئة على الفور ومنحه فرصة للرد على الوضع قبل اتخاذ أي إجراءات.

تلك الشروط هي الشروط العامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، ولكن قد يختلف تفسير تطبيق هذه الشروط بحسب القوانين والتشريعات في كل دولة.

آثار نظرية الظروف الطارئة:

تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى توفير حماية للأطراف المتعاقدة في حالة وجود ظروف غير متوقعة تؤثر على قدرتهم على الوفاء بالتزاماتهم العقدية. ومن الممكن أن يترتب على هذه النظرية مسؤوليات إضافية على الإدارة.

في بعض الحالات، يمكن للإدارة أن تتحمل جزءاً من الخسائر التي تكبدها المتعاقد نتيجة الظروف الطارئة. ويمكن للإدارة أن تقدم المعونة للمتعاقد، مثل تقديم عون مؤقت له لتخطي الصعوبات التي تعترضه وتقيل عثرته وتعينه على أداء التزاماته التعاقدية.

ولكن يجب التأكد من أن المعونة المقدمة للمتعاقد تتماشى مع شروط وأحكام العقد الإداري وتكون ملائمة للظروف الطارئة التي تواجه المتعاقد. وفي الوقت نفسه، يجب على المتعاقد الاستمرار في العمل على تنفيذ التزاماته التعاقدية في حدود الإمكانيات المتاحة له، وتقديم التقارير والمعلومات المطلوبة للإدارة بشأن حالته ومدى استطاعته الوفاء بالتزاماته.

ويجب أن يتم التعامل مع كل حالة على حدى، واعتبار الظروف الطارئة والمسؤوليات المترتبة على الإدارة والمتعاقد بشكل دقيق، وذلك لضمان حماية حقوق الطرفين وتحقيق التوازن بينهما.

تشير نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري إلى الحالات التي يتم فيها تعديل أو إلغاء شروط أو التزامات العقد بسبب تغيرات غير متوقعة في الظروف أو البيئة التي تحيط بالعقد.

اذ تنطبق نظرية الظروف الطارئة على الحالات التي تؤثر في إمكانية الوفاء بالتزامات العقد، والتي تنشأ بسبب عوامل خارجة عن إرادة الأطراف، مثل الكوارث الطبيعية أو الأحداث السياسية أو التغيرات في القوانين واللوائح.

في هذه الحالات، يمكن للطرفين إجراء تعديلات على شروط العقد أو إلغاءه بالاتفاق المشترك. وفي حالة عدم الاتفاق على تعديل أو إلغاء العقد، يمكن للقاضي النظر في الوضع واتخاذ قرار يناسب الظروف الطارئة الموجودة. مما يرتب الاثار التالية:

استمرار المفوض له في تنفيذ العقد:

في حالة وجود ظروف طارئة تؤثر على العقد ، فإنه يترتب على المفوض له الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية بأفضل ما يمكن، وذلك بناء على مبدأ الالتزام العقدي وحسن النية المنصوص عليهما في القوانين والممارسات الاستثمارية العامة.

ويجب أن يتعاون المفوض له مع الإدارة في تطبيق أي تدابير يتم اتخاذها لمواجهة الظروف الطارئة، وعليه أن يبذل جهده الكامل لتحقيق أفضل النتائج في ظل تلك الظروف.

ومن الممكن أن يتطلب ذلك إعادة التفاوض على شروط العقد أو تعديله، وفي حالة عدم إمكانية الوفاء بالتزامات العقد، فإن المتعاقد يجب أن يقدم إخطاراً للإدارة عن ذلك، ويتفاوض معها على ترتيبات للتعامل مع تلك الظروف.

ويجب الأخذ في الاعتبار أن عدم الالتزام بالتزامات العقد يمكن أن يؤدي إلى المسائلة القانونية والتعويضات المالية، ولذلك ينبغي على المتعاقد تحمل المسؤولية في تنفيذ التزاماته بأفضل ما يمكن في ظل الظروف المتاحة له، وفي حالة الصعوبات الحقيقية يجب عليه إبلاغ الإدارة والتعاون معها في إيجاد الحلول المناسبة.

وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه السالف الذكر بشأن قضية " غاز بوردو" فاستمرار سير المرفق العام يعد واحدًا من أهم الاعتبارات التي أسست عليها نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، حيث يتعين على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته التعاقدية بأفضل ما يمكن في ظل تلك الظروف، وبالتالي المساهمة في الحفاظ على سير المرفق العام وعدم تعطله.

ويعد هدف إقرار نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري هو مساعدة المتعاقد مع الإدارة على مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية في ظل الظروف الطارئة، ومن ثم تجنب حدوث أي تعطل في سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وتقليل أي تكاليف محتملة نتيجة لتلك الظروف.

وفيما يتعلق بالتعويضات، يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض إذا كان توقف تنفيذ، العقد يحتوي على بنود تنص على ذلك، وبشرط تقديم الأدلة اللازمة لدعم مطالبته بالتعويض. ومع ذلك، فالمتعاقد مع الإدارة لا يحق له ان يطالب بالتعويض الا اذا لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية.

حق المفوض له في الحصول على التعويض:

في نظرية الظروف الطارئة، يمكن للمتعاقد أن يحصل على التعويض إذا تعرض لخسائر بسبب تعطل تنفيذ العقد الإداري نتيجة لظروف طارئة خارجة عن إرادته ولا يمكن تجنبها.

ويمكن أن تكون هذه الظروف طبيعية كالفيضانات أو الأعاصير، أو ظروف اقتصادية كالتضخم والانكماش، أو ظروف اجتماعية كالإضرابات أو الاضطرابات الأمنية. وفي مثل هذه الحالات، يتم تحديد حق المتعاقد في الحصول على التعويض وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد والقانون المعمول به.

يتمتع المتعاقد بحق الحصول على التعويض في حالة حدوث تلك الظروف الطارئة، ولكن بشرط أن يكون تأخير تنفيذ العقد غير مرتبط بالمتعاقد أو يكون تأخيره قد تجاوز الحدود المعقولة، وأن تكون الخسائر التي لحقت بالمتعاقد نتيجة لتلك الظروف غير قابلة للتجنب والتعويض، ويتم تحديد قيمة التعويض وفقاً للمعايير المتبعة في هذا الشأن.

وانطلاقا مما سلف، ففي نظرية الظروف الطارئة، يتم توزيع المسؤولية عن الخسارة التي تنشأ عن هذه الظروف على الطرفين في العقد، وبالتالي فإن المتعاقد لا يحق له المطالبة بالتعويض الكامل، وإنما يحق له معاونة من الإدارة تمكنه من تنفيذ التزاماته التعاقدية في ظل هذه الظروف الطارئة، ويمكن أن يتم تحديد حجم هذه المعاونة وفقًا للظروف الفعلية للعقد ومقتضياته.

وعلى سبيل المثال، إذا كان المتعاقد يقوم بتشغيل مصنع للأدوية، وتعرض هذا المصنع للحريق الذي يؤدي إلى توقف الإنتاج، فإن المتعاقد قد يطلب من الإدارة تقديم معاونة مؤقتة، مثل توفير مساحة لإنشاء مصنع مؤقت، أو تقديم معدات أو مواد خام إضافية، وهكذا، وتتميز هذه المعاونة بأنها لا تهدف إلى تعويض المتعاقد بالكامل عن الخسائر التي لحقت به بسبب الحريق، وإنما تهدف إلى مساعدته على مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية في ظل هذه الظروف الطارئة.

وتأسيسا على ذلك، يتحمل المتعاقد جزء من هذه الخسارة علي أن هذا التوزيع لا تحكمه قاعدة ثابتة وإنما يراعي فيه القاضي مقتضي الحال وظروف العقد والقدر الذي يلزم من التعويض حتي لا يتوقف المتعاقد عن تنفيذ العقد

يتحمل المتعاقد جزءًا من الخسارة ، وذلك لأن الهدف الرئيسي من هذه النظرية هو مواصلة تنفيذ العقد وتجنب توقف المرفق العام، وليس الحصول على تعويض كامل عن الخسارة التي تسببت بها الظروف الطارئة.

ونتيجة لذلك، فإن هذا التوزيع لتعويض لا تحكمه قواعد ثابتة، بل يجب أن يراعي القاضي في تحديده القدر الذي يستحقه المتعاقد في مثل هذه الحالات مقتضيات الحالة وظروف العقد، وكذلك قدر الخسارة التي تكبدها المتعاقد، وذلك لضمان استمرارية تنفيذ العقد وعدم إلحاق مزيد من الأضرار بالمرفق العام أو المتعاقد.

ومن المهم الإشارة إلى أنه يجب أن تكون الظروف الطارئة غير قابلة للتنبؤ بها وخارجة عن إرادة الأطراف وأن تكون قادرة على تعديل أو إلغاء التزامات العقد، وإلا فإنها لا تستوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

جـ : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من المبادئ الأساسية في العقود الادارية، وتتمثل في حق المتعاقد بالاعتراض على الالتزام بتنفيذ التزاماته في حالة وجود صعوبات مادية غير متوقعة ذات طبيعة استثنائية، ولا يمكنه التنبؤ بها عند ابرام العقد، وتتسبب في تعطيل تنفيذ التزاماته بصورة كاملة أو جزئية. مما يؤدي الى جعل التقيد بتنفيذ العقد مرهقا، ومن هنا يحق للمفوض له المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار.

فعلى الرغم من أن النطاق الرئيسي لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو عقود الأشغال العامة، إلا أن بعض الفقهاء يرون أنه يمكن تطبيقها في بعض الحالات في العقود الإدارية الأخرى. وذلك يعتمد على توافر بعض الشروط الأساسية التي تتمثل في أن تكون الصعوبات غير متوقعة وخارجة عن نطاق الإدارة والمتعاقد، وأن تكون هذه الصعوبات جعلت من الأداء المتفق عليه مستحيلاً، أو بشكل كبير يتطلب تعديلًا جوهريًا في شروط العقد. وبالتالي، فإن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يعتمد على حالة كل عقد على حدى وظروفه المحيطة به.

الا أنه على الرغم من ذلك، يُظهر مجلس الدولة الفرنسي رفضه تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود أخرى غير عقود الأشغال العامة. حيث تم رفض تعويض ملتزم عن الأضرار التي سببها زلزال عنيف أدى إلى قطع الأسلاك الممتدة تحت الماء سنة 1944 واتجه مجلس الدولة إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة[1].

شروط تطبيق النظرية

لإعمال هذه النظرية ولكي تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تعتري العقد سبباً كافيا لقيام حق المفوض له في مواجهة الادارة بشأن التعويض الكامل عن التكلفة الزائدة، ويشترط لإثبات وجود صعوبات مادية غير متوقعة أن تتوافر عدة شروط، من بينها:

الشرط الأول: ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية:

[1] سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، صـ 542.

إن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تحقق الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية الصعوبات المادية يمكن أن تكون ناتجة عن عدة أسباب، مثل عدم توفر المعدات أو المواد المطلوبة في الوقت المحدد، مما يؤدي إلى الاضطرار إلى استخدام معدات أو مواد أخرى تزيد من التكاليف، والتي لم يكن من المتوقع حدوثها. كان تسفر أرضية المشروع عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين يفترض التنفيذ للعقد على طبيعة ارض سهلة، او وجود مياه جوفية تعيق التنفيذ السلس للمشروع، مما يتطلب سحبها وتجفيفها تقنية عالية وجهود مكثفة، ويعتبر هذا النوع من الصعوبات المادية مؤهلاً لتطبيق نظرية الصعوبات المادية.

وعلاوة على ذلك، إذا كانت السلطة المانحة تشترط في عقدها استخدام معدات أو مواد معينة ولم يكن بوسع المفوض له الحصول عليها في الوقت المناسب، أو إذا اضطر إلى استخدام معدات أو مواد أخرى بسبب عدم توفر المطلوب، مما أدى إلى زيادة التكاليف بشكل غير متوقع.

الشرط الثاني: يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة في ضوء الظروف المعتادة للعقد ولا يمكن الاستعداد لها أو التنبؤ بها.

يعني هذا أن الصعوبات المادية التي يمكن للمتعاقد استنتاجها والتي تحدث بصورة متوقعة أو طبيعية في ظروف العقد لا يمكن أن تعتبر صعوبات مادية غير متوقعة ولا يمكن الاعتراف بحق المتعاقد في التعويض بسببها[1]. فعلى سبيل المثال، إذا كان في العقد اتفاق على إنشاء مبنى على أرض ذات تضاريس صعبة، فإن صعوبة التعامل مع هذه التضاريس لا تعتبر صعوبة مادية غير متوقعة، ولا يمكن الاعتراف بحق المتعاقد في التعويض بسببها.

ومن ناحية أخرى، إذا حدثت صعوبات مادية لم يتوقعها أحد الطرفين في العقد، ولو كانت قد تحدث في ظروف غير معتادة، فإنها يمكن أن تؤدي إلى اضطرار المتعاقد لإجراء تغييرات غير متوقعة في العقد أو دفع تكاليف إضافية غير متوقعة. في هذه الحالة، يمكن للمتعاقد أن يطالب بحق التعويض بناءً على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الشرط الثالث: يجب أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين، ولا يمكن تجنبها أو تخفيف تأثيرها.

هذا الشرط يشير إلى أن الصعوبات المادية التي يتعرض لها المتعاقد يجب أن تكون خارجة عن إرادته ولا يستطيع تجنبها أو تخفيف تأثيرها بأي حال من الاحوال، وذلك لأن الصعوبات التي يتسبب فيها المتعاقد نفسه ليست غير متوقعة ولا يحق له التماس تعويض عنها.

على سبيل المثال، إذا كان المتعاقد يعلم مسبقًا بوجود صعوبات محتملة أو كان يمكنه تجنبها عن طريق تطبيق الإجراءات المناسبة، فلن يكون له الحق في التماس تعويض عن هذه الصعوبات. ومن ناحية أخرى، إذا كانت الصعوبات ناتجة عن سوء تنفيذ المتعاقد للعمل، فلن يكون له الحق في

[1] أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 219.

التماس تعويض عن هذه الصعوبات أيضًا. لذلك يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقد ليكون له الحق في التماس تعويض عنها.

ومن جهة يجب ان لا يكون للإدارة يد فيها أيضا، والا تستبعد هذه النظرية لصالح نظرية الأمير، وإما على أساس الخطأ، اذا كان من جراء تصرفها الذي نجم عنه هذه الصعوبات.

الشرط الرابع: أن تكون الصعوبات غير متوقعة ولا يمكن للمتعاقد التنبؤ بها عند إبرام العقد.

وتعني هذا الشرط أن الصعوبات التي تواجه المتعاقد في تنفيذ العقد يجب أن تكون مفاجئة وغير متوقعة، وأنه يجب ألا يمكن تنبؤ بها عند إبرام العقد. ويتم اعتبار هذه الصعوبات كما لو أنها كانت خارجة عن سيطرة المتعاقد، وبالتالي يحق له اللجوء إلى هذه النظرية للتعامل مع تلك الصعوبات التي تعترضه.

إن الصعوبات التي تواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد تحمل بعض المخاطر والتحديات، وقد يحتاج المتعاقد إلى مواجهة هذه الصعوبات وتحمل تبعاتها. ولذلك، يجب على الإدارة عدم تعويض كل الصعوبات التي يواجهها المتعاقد، وخاصة إذا كان بإمكان المتعاقد توقعها والتخطيط لها أثناء عملية التعاقد.

ومن هنا، يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة ومفاجئة للمتعاقد عند إبرام العقد، حيث يحتم على الإدارة تعويض المتعاقد عن هذه الصعوبات غير المتوقعة، وذلك استنادًا إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وفي حالة كان بإمكان المتعاقد توقع هذه الصعوبات أثناء عملية التعاقد، فإنه لا مجال لإعمال هذه النظرية هنا ، ولا يمكن للمتعاقد اللجوء إلى هذه النظرية للحصول على تعويض.

وبشكل عام، يتعين على الأطراف المتعاقدة الالتزام بتحليل جميع الصعوبات الممكنة التي يمكن أن تنشأ خلال تنفيذ العقد، وتحديد من يتحمل تلك الصعوبات ومسؤوليتها، وذلك لتحقيق النجاح والاستقرار في العلاقات التعاقدية بين الأطراف.

لذلك، يعتبر شرط عدم التنبؤ بالصعوبات ضروريًا لإحداث توازن في العلاقات التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة.

الشرط الخامس: ان تكون الصعوبات ذات طبيعة استثنائية:

يشير هذا الشرط إلى أن الصعوبات التي تحدث خلال تنفيذ العقد يجب أن تكون خارجة عن المألوف وتتميز بطابع الاستثنائية وعدم الشيوعية. وهذا يعني أن الصعوبات التي يمكن توقعها أو التي يمكن أن تحدث بصورة طبيعية ومنتظمة لا تندرج تحت مفهوم الصعوبات المادية غير المتوقعة، ولا يمكن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عليها.

وبشكل عام، فإن الصعوبات التي تصنف كصعوبات ذات طابع استثنائي تكون خارجة عن سيطرة الأطراف المتعاقدة، ولا يمكن توقع حدوثها[1]، وغالبًا ما تتسبب في تكاليف إضافية وتأخير في تنفيذ العقد. ويمكن أن تشمل هذه الصعوبات مثلًا الأحداث الطبيعية غير المتوقعة.

وبموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يمكن للمتعاقد المطالبة بتعويض من الجهة المانحة للتفويض عن الصعوبات ذات الطابع الاستثنائي التي تسببت في إضافة تكاليف إضافية وتأخير في تنفيذ العقد. ولكن يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة وذات طابع استثنائي حتى يمكن تطبيق النظرية عليها.

الشرط السادس: أن تكون الصعوبات مؤثرة بشكل كبير على القدرة الفعلية للمتعاقد على تنفيذ التزاماته.

فذلك يعني أنها يجب أن تكون بمثابة تكاليف إضافية غير متوقعة يتحملها المفوض له في اطار تنفيذه العقد. هذه التكاليف قد تتعلق بزيادة في تكاليف المواد الخام، أو ارتفاع تكاليف العمالة، أو زيادة في تكاليف النقل أو الشحن، أو أي تكلفة أخرى يصعب توقعها عند إبرام العقد.

عادة ما يكون هناك اتفاق مسبق بين الطرفين في العقد حول التكاليف والأسعار، وقد يكون هذا الاتفاق مبني على تحليل ودراسة متأنية للمتطلبات والظروف المحيطة بالعقد. ومن المفترض أن يكون هذا الاتفاق كافيا لتغطية جميع التكاليف المتعلقة بالعقد.

ومع ذلك، فإن الصعوبات المادية غير المتوقعة قد تؤدي إلى زيادة التكاليف بشكل كبير ومفاجئ، وهذا يعني أن إحدى الأطراف ستتحمل تكلفة إضافية لتجاوز هذه الصعوبات. وإذا لم يكن هناك اتفاق مسبق حول كيفية تغطية هذه التكاليف، فقد يؤدي ذلك إلى قلب اقتصاديات العقد وإمكانية تحويله إلى خسارة بالنسبة لأحد طرفيه.

يتشدد القضاء في الأثر المترتب علي الصعوبات المادية بحيث يشترط أن تؤدي إلي قلب اقتصاديات العقد نظير المبالغ الإضافية التي أنفقت لمواجهتها ، ويكون ذلك في العقود الإضافية وهي التي تتضمن تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة ، وتحديدا إجماليا لما تلتزم بدفعه الإدارة من ثمن يقابلها[2].

وفي حال ثبوت وجود صعوبات مادية غير متوقعة، يتم عادةً إما تأجيل تنفيذ التزامات المتعاقد أو تعديل العقد أو إلغاؤه بدون مساءلة المتعاقد المتأخر عن تنفيذ التزاماته بسبب هذه الصعوبات، أو بمنحه مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته بعد تخليصه من تلك الصعوبات.

---

[1] إبراهيم محمد علي، مصدر سابق، ص 216.
[2] عمرو حسبو، التطور الحديث لعقد الالتزام طبقا لنظام الـ (B.O.T)، المرجع السابق، ص 212.

آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تشترط بالضرورة أن تؤدي إلى جعل تنفيذ المفوض له لالتزاماته مستحيلاً، بل يكفي أن تؤدي إلى جعل هذا التنفيذ مرهقاً ومكلفاً بشكل لم يتوقعه عند إبرام العقد. ويتمثل الضرر المتصور في هذه الحالة في ارتفاع تكلفة التنفيذ أو زيادة الأسعار بصورة لم تكن متوقعة، مما يترتب عليها آثار سلبية على المتعاقد. إذا تم استيفاء شروط تطبيق هذه النظرية ، فإنه يترتب على ذلك **نتيجتين:**

النتيجة الأولي : بقاء التزامات المتعاقد بالرغم من الصعوبات المادية :

إن حدوث الصعوبات المادية لا يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته في إطار العقد، طالما أن الصعوبات لم تؤد إلى استحالة تنفيذ العقد بشكل كلي، والا كنا بصدد قوة قاهرة . وبالتالي فإن المتعاقد لا يمكنه التخلص من التزاماته بسبب الصعوبات المادية. وإذا قرر المتعاقد عدم تنفيذ التزاماته، فسيتحمل عواقب هذا القرار بما في ذلك ما يتعلق بالجزاءات المحتملة من قبل جهة الإدارة وفقاً للشروط الواردة في العقد. وبالتالي، فإنه ينبغي على المتعاقد التعامل مع التكاليف الإضافية التي قد تنشأ نتيجة لحدوث تلك الصعوبات المادية غير المتوقعة، والمطالبة في نفس الوقت بحقه في التعويض وعدم التحلل من التزاماته. وعدم استمراره في التنفيذ، قد يؤدي الى سقوط حقه في التعويض.

النتيجة الثانية : استحقاق المتعاقد للتعويض :

والتعويض الذي يحكم به للمتعاقد هنا هو تعويض كامل وليس جزئي كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، وهي في هذا الشأن تتفق ونظرية عمل الأمير ، وهذا التعويض يقدره قاضي العقد . ويجب أن يكون شاملا لكافة الأضرار والنفقات الزائدة وآخذا في الاعتبار ظروف الواقع وملابساته ، كما يخصم من هذا التعويض قيمة الخسائر التي تسبب فيها المتعاقد بأخطائه كإهماله في دراسة التربة والمكان الذي سينفذ عليه العقد وعدم إتباع الأساليب الفنية الحديثة في تنفيذ العقد ، ولا يجوز الاتفاق علي الإعفاء المطلق من المسئولية عن الأضرار التي تصيب المتعاقد من الصعوبات المادية[1].

ونرى من جانبنا، ان استحقاق المتعاقد للتعويض يجب ان يعتمد على الشروط المتفق عليها في وثيقة التعاقد. إذا كانت الشروط تتضمن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فعادة ما يتم تعويض المتعاقد عن الخسائر والأضرار التي تكبدها بسبب حدوث هذه الصعوبات. ومن الممكن أن تشمل التعويضات تكاليف العملية الإضافية، أو تكاليف الأضرار التي تكبدها المتعاقد بسبب تأخير في تنفيذ العقد أو ارتفاع الأسعار.

[1]

ومن المهم التأكد من تضـــمين بنود التعويض في وثيقة التعاقد والتوافق عليها مســـبقاً بين المتعاقدين، حتى يكون هناك اتفاق واضح على حقوق المتعاقد في حال حدوث صعوبات مادية غير متوقعة.

المطلب الثاني: التزامات المفوض إليه

اذا كان للمفوض له حقوقا عرضناها سابقا، فمن الطبيعي ان تكون له التزامات تستوجب منه أداء ها بموجب العقد الإداري المبرم بين الطرفين، اذ يتحمل المفوض له مســؤوليات والتزامات عديدة يجب أن يتبعها وينفذها. تتضــمن هذه المســؤوليات التي تقع على عاتقه في توفير الخدمة أو المنتج المتفق عليه في العقد بالجودة والمواصـفات المطلوبة، والالتزام بالمدة الزمنية المحددة لتقديم الخدمة أو المنتج، وتحديد الأسـعار والتكاليف بطريقة شـفافة، وعدم تحميل السـلطة المفوضـة أي رسوم أو تكاليف إضافية غير متفق عليها مسبقًا. بالإضافة إلى الالتزام بالضمانات المتفق عليها في العقد وتقديم التعويضات المناسبة في حالة حدوث أي خلل أو عيب في الخدمة أو المنتج.

كما تتضمن الالتزامات الأخرى التي يجب على المفوض الالتزام بها، الالتزام بالسرية وعدم إفشـاء أي معلومات حصـرية أو سـرية للسـلطة المفوضـة، بالإضـافة إلى الالتزام بالقوانين واللوائح المعمول بها في المجال الذي يعمل فيه المفوض له.

وعليه، يتعين على المفوض اليه الالتزام بجميع هذه التعهدات بشكل كامل، حرصا على سير ديمومة المرافق العامة وحفاظا على المال العام. ويعتبر العقد الإداري الذي يتم توقيعه بين المفوض له والسلطة المانحة، الدعامة والركيزة الأساسية التي يقوم عليها العمل الإداري بشكل عام، ولذلك يتم تحديد هذه المسؤوليات والالتزامات قانونًا لضمان سير العمل الإداري بشكل سليم وفعال.

وتماشيا مع ما تم ذكره، سنتناول في هذا المطلب التزامات المفوض اليه وفق الترتيب التالي: ســـنناقش التزامه بالتنفيذ الشـــخصـــي للعقد في (فرع أول)، حيث ســـنتطرق إلى المســـؤوليات والإجراءات التي يجب على المفوض اليه تنفيذها لضـــمان الامتثال للعقد وتحقيق المخرجات المطلوبة.

وفي (فرع ثان)، ســندرس التزام المفوض له بنقل التكنولوجيا الحديثة، وســنناقش أهمية هذا الالتزام في تحسين جودة المنتجات والخدمات وزيادة الإنتاجية.

أما في (الفرع الثالث)، سنتحدث عن التزام المفوض له بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق، حيث سنتعرض للإجراءات اللازمة لضمان سلامة واستدامة المرفق على المدى الطويل.

وصـــولا الى (فرع رابع)، نتطرق فيه إلى التزام المفوض له بدفع الاتاوة للجهة المفوضـــة، وسنناقش أهمية هذا الالتزام في تمويل العمليات والمشاريع المختلفة وضمان استمراريتها.

باختصـار، سـيتم مناقشـة جميع التزامات المفوض اليه في هذا المطلب، وسـيتم تحليل أهميته وآثره على العمليات والمشاريع المختلفة.

الفرع الاول: التزام المفوض له بتنفيذ الشخصي للعقد

يشير هذا المفهوم إلى مبدأ في القانون المدني يتعلق بالعقود التي يبرمها الاشخاص، حيث يتم اختيار المتعاقد "بناءً على شـــخصـــه"، أي أن المتعاقد المختار لهذا النوع من العقود هو الذي يتم اختياره بناءً على صفاته الشخصية والخبرات الخاصة به "L'Intuitu personae "، وليس فقط بناءً على قدراته في تنفيذ العقد.

وفي حالة عقد تفويض المرفق العام، يعني هذا أن الإدارة المفوضة اختارت المفوض له بناءً على مجموعة من الصفات الشخصية والمهارات الخاصة به، والتي جعلته يتمتع بالقدرة على تسيير المرفق العام بطريقة فعالة وجدية. وبالتالي، بررت منحه التفويض في تسـيير واسـتغلال المرفق العام ، حيث يتوقف الاختيار بشكل أساسي على الشخص المفوض له، لأنه هو الشخص الذي تم اختياره بناءً على الاعتبار الشخصي، وليس فقط بناءً على قدراته في تنفيذ العقد.

بحيث يتحمل المفوض إليه في عقد تفويض المرفق العام المسؤولية الرئيسية عن تنفيذ العقد وتسيير المرفق العام المفوض إليه. اذ يتطلب الأمر منه القيام بتحمل المسؤولية الكاملة عن استغلال المرفق العام المفوض إليه وتنفيذ التزاماته الشـخصـية بالاسـتغلال الفعلي للمرفق العام محل التفويض. ويجب عليه العمل بنفسه وعدم تنازل عن العمل لأي شخص آخر إلا بعد الحصول على موافقة صريحة من السلطة المفوضة.[1] وفضلا عن ذلك، يتطلب منه العمل بما يتوافق مع مجموعة من الاعتبارات التي قدمتها الإدارة المفوضـة عندما اختارت المفوض إليه والتي ترتبط بشخصه وحالته، ويعتبر هذا المفهوم (L'Intuitu personae) من أهم العوامل المؤثرة في تحديد الالتزامات الشخصية للمفوض إليه في عقد تفويض المرفق العام.

إذ يتطلب تنفيذ هذه العقود، ولاسيما عقد امتياز المرفق العام العمل الشخصي والتعاون الوثيق بين المفوض إليه والإدارة. وتمتد التزامات المتعاقد مع الإدارة وما يتفرع عنها من التزامات شخصية لتشمل جميع جوانب تسيير المرفق العام، ولا يمكن الإفلات من هذه المسؤولية حتى في حالة وقوع المخالفة من طرف تابعيه او دون علمه وبغير رضـاه. ومن هنا، فإن عدم الالتزام بتلك الالتزامات يشـكل خطأ عقديا يعطي للإدارة الحق في توقيع الجزاء العقدي المناسب له. ويتوجب على الجميع الالتزام بتلك التزامات الشخصية في سبيل تحقيق مصلحة المرفق العام وتعزيز الثقة العامة في عمل الإدارة والمتعاقدين معها.

تترتب على قاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري عدة آثار، حيث يمكن للمفوض إليه التنازل عن العقد للغير بصـورة كلية أو جزئية، والتي تعرف بالتعاقد من الباطن. وذلك يأتي

---

[1] المادة 61 من المرسوم التنفيذي، 18-199، السالف الذكر، تنص على أنه : "يمكن المفوض له أن يعهد إلى مناول أو عدة مناولين إنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات موضوع اتفاقية التفويض حسب درجة تعقيدها بعد الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة على اختيار المناول أو المناولين.
ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة، عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة. لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك."

نتيجة لتطبيق الثقة العامة الممنوحة للمتعاقد من جهة، والمصـــلحة الشـــخصـــية للمفوض إليه في التنازل عن العقد من جهة أخرى. ويجوز التنازل عن العقد بشروط معينة تتوافر في العقد الأصلي، ويتم ذلك بالتنســـيق مع الإدارة والاطلاع على رأيها. وعلى الرغم من ذلك، فإن المتعاقد لا يمكنه تحميل شخص آخر مسؤولية تنفيذ العقد بدلاً منه، حتى ولو كان ذلك متفق عليه بين الطرفين.[1]

أولا: التنازل عن عقد التفويض: التفرغ

يعد من التصـــرفات القانونية التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد أو حتى قبل تنفيذه، والتي تبرر ها مصلحة المتعاقد الأساسية. وقد كرسها الاجتهاد القضائي منذ فترة طويلة كإحدى خصائص العقود التي تهدف إلى تحقيق مرفق عام، لا سيما عقود تقنية تفويض المرفق العام.[2]

ويمكن تعريف التنازل عن العقد بأن يُحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله في تنفيذ التزاماته التعاقدية جميعها أي تنفيذ العقد كليا[3]

ويترتب أيضًـــا على التنازل الكلي عن العقد أن يتحمل المتنازل له مســـؤولية تنفيذ التزامات العقد والالتزام بالشـــروط والمتطلبات التعاقدية بالكامل. ويجب أن يتعامل المتنازل له مع المرفق العام كما لو كان هو الشـــخص المفوض به، ولذلك فإن التنازل الكلي يعتبر اســـتحواذًا كاملاً على حقوق والتزامات العقد ومن ثم يقع على عاتق المتنازل له المسؤولية الكاملة عن تنفيذ العقد.

وبالتالي، يتحرر المتنازل عن كل التزاماته التعاقدية، حيث تنشـــأ بين المتنازل له والشـــخص العام مانح التفويض علاقة تعاقدية جديدة. يســـأل فيها المتنازل له عن تصـــرفاته دون المفوض له الذي قام بالتنازل له.

ولكن هل التنازل الكلي عن العقد هو بحد ذاته عقد جديد يحل محل العقد الأساسي؟

لقد حسم الاجتهاد القضائي الأمر بعد إقراره قاعدة الحفاظ على وجود العقد الأساسي باعتبار أن التنازل الكلي ما هو إلا اسـتمرارية للعقد الأسـاسـي في أحكامه وشـروطه كافة. وهو بالتالي، لا يولد عقدا جديدا إلا إذا أدى الى إحداث تعديلات في بنود العقد الأساسية، كالمدة أو في القواعد التي تحكمه كمبدأ التوازن الاقتصـادي للعقد ، بصـورة تجعل تنفيذه مغايرا لما اتفق عليه الفرقاء أسـاسـا ، وفي هذه الحالة فقد قضـــى الاجتهاد بوجوب تطبيق قواعد المنافســة والعلنية نظرا لما ينتجه التنازل من علاقة تعاقدية جديدة[4].

---

[1] المادة 61 من المرسوم التنفيذي، 18-199، السالف الذكر، تنص على أنه : "يمكن المفوض له أن يعهد إلى مناول أو عدة مناولين إنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات موضوع اتفاقية التفويض حسب درجة تعقيدها بعد الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة على اختيار المناول أو المناولين.
ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة، عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة. لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك."

[2] وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 539.

[3] إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، مصدر سابق، صـ 190 .

[4] CAA de Paris 11 octobre 1998. Commune de Paita- AJDA 2000. P 108

والمسلم به فقها وقضاء هو عدم جواز التنازل عن العقد الإداري إلا بموافقة مسبقة من جهة الإدارة. لأن التنازل من دون هذه الموافقة يعد إهدارا لقاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري، فالإدارة عندما تتعاقد مع الشخص تضع في تقديرها شخصيته ومدي مقدرته المالية وكفاءته الفنية ومن ثم لا يمكنه أن يتنازل عن العقد لشخص قد يفتقد هذه الاعتبارات[1].

ومن هذا المنطلق وتجسيدا لمبدأ الاعتبار الشخصي فرض المشرع الجزائري على المفوض له بالتنفيذ الشخصي لالتزاماته وبالطريقة المنصوص عليها وفقا لما ورد من شروط في العقد، أو في دفاتر الشروط، حيث نصت المادة07 من المرسوم التنفيذي 199/18 بأنه: «**لا يمكن للمفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام أن يقوم بتفويضه إلى شخص أخر...."**

والأساس القانوني لقاعدة عدم جواز التنازل عن عقد التفويض قد يجد مصدره في التشريع المقارن وهذا ما أكده **المشرع التونسي** حيث جاء في المادة 29 من قانون اللزمات التونسي رقم 23 لسنة 2008 على أن اللزمة يتم ابرامها على أساس صفات صاحب اللزمة الشخصية، ولا يمكن لصاحب اللزمة المطالبة بأي حق استثنائي ما لم يتم تحديده في العقد وفقًا للشروط المحددة فيه. كما ينص القانون على أنه لا يمكن لأي شخص آخر أن يتولى تنفيذ اللزمة خلال فترة تنفيذها ما لم يحصل على موافقة مسبقة وكتابية من صاحب اللزمة. وعندما يتم الإحالة على شخص آخر، يجب أن تتم هذه الإحالة وفقًا لأحكام الفصل 9 من القانون، ويجب أن يتم إبرام عقد خاص لذلك.

يهدف المشرع التونسي من خلال هذا المادة إلى حماية حقوق صاحب اللزمة من خلال التنفيذ الشخصي للملتزم الذي تم اختياره للاعتبارات والصفات الشخصية، التي استحق من خلالها الظفر بالعقد، وذلك بالتأكيد على أن اللزمة يجب أن تتم على أساس الثقة والتفاهم بين الأطراف، ولا يجب أن يتم إحالة اللزمة إلى شخص آخر دون موافقة صاحب اللزمة.

يمكن أن يكون الأساس القانوني لقاعدة منع التنازل عن العقد مصدره في أحكام القضاء الإداري. في فرنسا، يؤكد مجلس الدولة في قراراته على قاعدة عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده للغير إلا بموافقة الإدارة المسبقة. وعندما يتنازل المتعاقد عن العقد دون الحصول على موافقة مسبقة من الإدارة، يعتبر التنازل في هذه الحالة باطلا ولا يمكن الاعتماد عليه في مواجهة الإدارة[2]. يهدف ذلك إلى حماية مصالح الإدارة وضمان استمرارية تنفيذ المشروع بشكل صحيح ومستمر، كما أنه يساعد على الحفاظ على المسؤولية المتعلقة بالعقد وتنفيذه بالشكل الذي تم الاتفاق عليه.

أيضا في مصر أكدت المحكمة الإدارية العليا مبدأ منع التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة في حكمها الصادر في 1963/11/28. وفي هذا الحكم، قضت المحكمة بأنه لا يجوز للمتعاقد

أورده بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص .CAA de Douai 17 mai 2000. Commune de Lens. RCDSP 2001. P 52 224.

[1] إبراهيم محمد علي، مصدر سابق، صـ 346.

[2] عبد العليم عبدالمجيد مشرف، مصدر سابق، صـ 66.

التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة المسبقة، وإذا حدث ذلك فإن التنازل يعتبر باطلاً، ويكون المتعاقد ملزماً بتنفيذ العقد وفقاً لشروطه[1].

بشكل عام، فإن قاعدة عدم جواز التنازل عن عقود التفويض ترجع إلى مبدأ حماية المصلحة العامة، وذلك لأن العقود الإدارية تتعلق بتنفيذ مهام وخدمات تقدمها الإدارة للمواطنين، وبالتالي فإن المصلحة العامة تتطلب ضمان استمرارية تلك الخدمات وتنفيذ المشاريع المرتبطة بها بطريقة صحيحة وفقًا للشروط المتفق عليها بين الطرفين.

وبما أن الإدارة تحمل المسؤولية الكاملة عن تلك المشاريع والخدمات، فإن من المنطقي أن تحتفظ بحق الرفض عندما يتعلق الأمر بتغيير الشخص الذي سيقوم بتنفيذ تلك المشاريع أو تقديم تلك الخدمات. لذلك، فإن منع التنازل عن العقد الإداري يعتبر ضمانًا لاستمرارية تنفيذ المشاريع وتقديم الخدمات بشكل صحيح وفعال، وحماية للمصلحة العامة والمصالح المتعلقة بالمنتفعين.

واستخلاصا لما سبق ذكره، فقاعدة عدم جواز التنازل عن العقد الإداري في حالة التفويض لا تحتاج صراحة إلى النص عليها في العقد، وإنما تنبع من طبيعة العلاقة العقدية بين الجهة المانحة للتفويض والمفوض إليه. فعادة ما تمنح الجهة المانحة للتفويض التصرف في المرفق العام أو في إدارته، وتراقب الجهة المانحة بانتظام سير العمل وتحرص على حماية المصلحة العامة، ومن ثم يعتبر تنازل المفوض إليه عن العقد من باب الخصوصية بدون موافقة الإدارة المسبقة يشكل خرقًا للعلاقة بين الجهتين ويضر بالمصلحة العامة.

ولا يفوتنا ان ننوه بأن قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد للغير لا تنفي تصور حصول التنازل عن عقد التفويض بأية حال، وإنما تُعمل هذه القاعدة آثرها حال وقوع التنازل بمنأى عن موافقة الإدارة المسبقة. لذا يمكننا تصور تنازل المفوض إليه عن عقد التفويض حال قبول الإدارة بذلك، فالإدارة قد تُدفع للموافقة على تنازل المفوض إليه عن العقد بتأثير عوامل معينة، ولعل أكثرها تصورا يكمن في الهدف الذي تبتغي الإدارة ضمان تحقيقه من خلال إعمال قاعدة الاعتبار الشخصي في عقد التفويض إذا طرأ اختلال في الكفاية المالية والفنية للمفوض إليه ثم طلب موافقة الإدارة علي تنازله عن العقد لمصلحة شخص آخر يتمتع بكفاية مالية اعلى وصفات ومقومات تتطلبها الإدارة لتنفيذ العقد، فسوف لا تجد الإدارة بدا بقبول التنازل تحقيقا لمصلحة المرفق العام.[2]

ويثور التساؤل التالي: ما هي الأسس القانونية والعقدية التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد مدى حرية الإدارة في قبول أو رفض تنازل المفوض له عن العقد؟ وكيف يمكنه أن يحمي نفسه ويحقق مصالحه في حالة رفض الإدارة لتنازله عن العقد؟

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1963/11/28، القضية رقم 1094 لسنة 8 مجموعة المبادئ القانونية ، صـ 324.

[2] إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، مصدر سابق، صـ 193.

إن إمكانية التنازل عن العقد ورد الإدارة على طلب المفوض اليه بهذا الشـــأن، يفرض على الإدارة وجوبا أن ترد على المفوض له في ميعاد مناســـب، وإذا لم تكن لها إجابة معينة، فلا تجديها نفعًا أن تلتزم الصـــمت، بل يمكنه التقدم بطلب لقاضـــي العقد لإصـــدار حكم بإلغاء القرار الصـــادر برفض الموافقة على التنازل عن العقد.

ويجب على الإدارة أن تســـتند في رفضـــها لطلب المفوض له إلى أســـباب معقولة تتصـــل بالمصـــلحة العامة، وليس لمجرد الرفض. ويمكن للمفوض له الذي يتعرض لرفض غير مبرر أن يتقدم بطلب لقاضي العقد لإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، أو لفسخ العقد بسبب خطأ الإدارة، أو للحصول على تعويض عن الأضرار التي تلحقه نتيجة لرفض طلبه[1].

وفقاً لمجلس الدولة الفرنســـي، يمكن للإدارة رفض طلب التنازل عن العقد، ولكن يجب أن تستند إلى أسباب وجيهة تتعلق بمصلحة المرفق العام، وذلك وفقاً للمادة 117 الموجودة في القانون الفرنسي رقم 86-14 المؤرخ في 6 يناير 1986 والمتعلق بالمنازعات بين الإدارة والمتعاقدين.

ومن المقرر أن يكون التنازل عن العقد بدون موافقة الجهة الإدارية باطلاً، وفقاً للمادة 118 من نفس القانون، حيث تنص هذا المادة على أن **"أي تنازل دون موافقة صـــريحة من الجهة الإدارية غير ملزم ويجب على المفوض اليه أن يتحمل المســؤولية عن الأضــرار التي تنشــأ عن ذلك".**

ويأتي هذا الترتيب بموجب قواعد العقود العامة التي تحدد أن العقد يكون ملزماً على الأطراف المتعاقدة، ولا يمكن لأي منهما التحلل عن التزاماته دون موافقة الطرف الآخر. كما أنه يتوافق مع مبدأ حماية المصلحة العامة، والذي يلزم الإدارة بالتحقق من مصلحة المرفق العام وعدم المساس بها عند اتخاذ القرارات.

وبموجب المادة 119 من القانون نفســـه، يحق للمتعاقد الذي تم رفض طلبه للتنازل عن العقد بشـــكل غير مبرر أن يلجأ إلى المحاكم للحصـــول على إلغاء القرار وتعويض عن الأضـــرار التي تلحق به جراء هذا الرفض.

لذلك، فإنه يمكن التوصـــل إلى أن الإدارة لديها ســـلطة رفض طلب المفوض اليه للتنازل عن العقد، ولكن يجب أن تستند إلى أسباب وجيهة ومقنعة.

وبمفهوم المخالفة، اذا حضـي طلب التنازل بموافقة السلطة مانحة التفويض فسيحل الشخص المتنازل له محل المتعاقد المتنازل، فيتحمل التزامات هذا الأخير كافة، ويحل محله في حقوقه جميعها. وبالمقابل ســـوف يتحرر المتنازل من الالتزامات كافة ويفقد حقوقه جميعها لمصـــلحة

[1] وهذا بالاستناد إلى المبادئ الواردة في القانون الفرنسي، ولاسيما في مجال العقود الإدارية. فبحسب المادة 11 من القانون الفرنسي رقم 68-678 المؤرخ في 26 يوليو 1968، يتعين على الإدارة الرد على طلبات المفوضين في ميعاد مناسب، ولا يجوز لها تجاهل هذه الطلبات، كما يحظر عليها رفض الطلبات بدون أسباب معقولة. ويتمتع المفوض بالحق في تقديم طلب لقاضي العقد في حالة عدم الرد أو الرفض غير المبرر.

المتنازل له. ومع ذلك تشترط معظم العقود الإدارية في فرنسا بقاء المتعاقد الأصلي ضامنا للمتعاقد الجديد[1].

نخلص في الأخير، الى ان قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد الإداري تعتبر أحد المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية. حيث تنص هذه القاعدة على أنه لا يجوز التنازل عن الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الإداري إلا بموافقة الجهة الإدارية المعنية، وذلك لأن العقود الإدارية تعتبر اتفاقيات تبرم بين الإدارة والمتعاقد وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد الإداري تتماشى مع القاعدة العامة في القانون المدني بشأن عدم جواز التنازل عن الحقوق المستحقة للغير إلا بموافقتهم، والتي تنص على أنه لا يجوز التصرف في الحقوق المترتبة على عقد بطريقة تؤثر على حقوق الطرف الآخر إلا بموافقته.

ويتمثل دليل تطبيق هذه القاعدة في النصوص القانونية والقضائية التي تنص على ضرورة الحصول على موافقة الجهة الإدارية المعنية قبل أي تنازل عن الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الإداري. وعلى سبيل المثال، ينص قانون العقود العامة الفرنسي في المادة 1184 على أن العقد الإداري يمكن التنازل عنه بموافقة الإدارة، كما ينص قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 27 نوفمبر 1987 على أن التنازل عن الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الإداري يجوز فقط بموافقة الجهة الإدارية المعنية.

وبشكل عام، فإن قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد الإداري ترجع إلى مبدأ حماية المصلحة العامة والاستقرارية في العلاقات الإدارية، حيث يتم حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وضمان الالتزام بالتزاماتهما المترتبة على العقد.

ثانيا: التنازل الجزئي (المناولة)

وبمفهوم المخالفة، فإن الأصل في تنفيذ عقد التفويض بمبدأ الاعتبار الشخصي لا يسري على إطلاقه، بل يرد عليه استثناء، حيث استقرار الفقه والاجتهاد القضائي على قاعدة جواز التنازل في عقود تفويض المرفق العام متى توافرت فيها شروط معينة . وفي ذلك توفيق بين ثقة الجماعة العامة الممنوحة إلى المتعاقد من جهة، وبين مصلحة الأخير في التنازل من جهة أخرى .

ومنه، يمكننا ان نعرف التنازل الجزئي أو المناولة بأنه ترتيب بين طرفي عقد إداري ينص على تحويل جزء من حقوق والتزامات أحدهما إلى الطرف الآخر، وذلك دون إنهاء العقد بأكمله. وتعد هذه العملية من بين أهم الأساليب المتبعة في التعامل مع العقود الإدارية بما يضمن استمرارية تنفيذ العقد وتجنب تعرض الأطراف للمسائلة القانونية بسبب إنهاء العقد.

---

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق صـ 404.

يجب الإشـــارة إلى أن التنازل الجزئي في العقود الإدارية يخضـــع لقواعد وشـــروط معينة، ويتطلب الحصـــول على موافقة الإدارة المعنية قبل القيام به. كما يجب على الأطراف الالتزام بالشروط والتفاصيل المتفق عليها في الاتفاقية،[1] وضمان عدم الإضرار بالمصلحة العامة.

وهذا ما أكدته المادة 40 من قانون العقود العامة الفرنسي الذي ينص على أن التنازل الجزئي لا يجوز إلا في الحالات المســموح بها بالقانون أو بقرار من الســلطة الإدارية المعنية. كما يتطلب التنازل الجزئي توافق الأطراف وتحديداً الإدارة، ويجب أن يكون متوافقاً مع المصـــلحة العامة والقواعد والأنظمة المعمول بها.

وتجدر الإشارة الى ان القانون الفرنسي يسمح بالتنازل الجزئي أو المناولة في عقود الامتياز، وذلك وفقًا لأحكام المادة 54 من الأمر الفرنسي رقم 2016-65 المتعلق بعقود الامتياز[2]. حيث يمكن لصـاحب الامتياز أن يعهد جزءًا من الخدمات أو الأعمال الواردة في عقد الامتياز إلى طرف ثالث، شريطة أن يبقى مسؤولا عن تنفيذ جميع الالتزامات التي تنشأ عن عقد الامتياز.

وتضـمن المرسـوم الفرنسـي رقم 2016-86 الذي يتعلق بعقود الامتياز[3] تحديد حدود التنازل الجزئي في الأمر رقم 2016-65، حيث يتم تحديد الحد الأقصـى للتنازل بنسبة لا تتجاوز 10٪ من القيمة الإجمالية لعقد الامتياز. ويتم هذا الإجراء لضمان عدم تأثير التنازل الجزئي على العقد بشكل كبير، وحماية حقوق الطرف الآخر في العقد.

وفي ذات السياق اتجه المشرع الجزائري الى أنه بالإمكان ان يعهد المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى **"المناول"** ، تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين الســـلطة المفوضـــة والمفوض له شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لســـيره، وذلك في حدود 40 % من اتفاقية تفويض المرفق العام وهو ما تضمنته المادة 60 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر .

ويضيف أيضا في نص المادة 61 من نفس المرسوم على انه "يمكن المفوض له أن يعهد إلى مناول أو عدة مناولين إنجاز المنشـــآت واقتناء الممتلكات موضـــوع اتفاقية التفويض حســـب درجة تعقيدها، بعد الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة على اختيار المناول أو المناولين ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة.

لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك."

---

[1] المادة 61 من المرسوم التنفيذي، 18-199، السالف الذكر، تنص على أنه : "يمكن المفوض له أن يعهد إلى مناول أو عدة مناولين إنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات موضوع اتفاقية التفويض حسب درجة تعقيدها بعد الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة على اختيار المناول أو المناولين.
ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة، عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة. لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك."

[2] https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032262313

[3] https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/1/27/2016-86/jo/texte

تنظم القوانين الفرنسية والجزائرية التنازل الجزئي لعقد التفويض بشكل مشابه في العديد من النواحي، ولكن هناك بعض الاختلافات التي يجب مراعاتها.

في النظام القانوني الفرنسي، يسمح لصاحب التفويض بالتنازل عن جزء من الخدمات أو الأعمال الواردة في العقد، ويجب أن يظل مسؤولاً عن أداء جميع الالتزامات الناشئة عن عقد التفويض. كما يتطلب القانون الفرنسي أن يكون حجم التنازل أقل من 10٪ من قيمة العقد الإجمالية.

بينما في **النظام القانوني الجزائري**، فإن التنازل الجزئي في عقد التفويض يجوز فقط إذا كان مسموحًا به صراحة في العقد نفسه أو إذا تم الحصول على موافقة خطية من الجهة المفوضة. كما يجب أن يكون حجم التنازل محدودًا ومناسبًا ويجب أن يتم الالتزام بالشروط المتعلقة بذلك في العقد.

وبشكل عام، يمكن القول إن النظام القانوني الفرنسي يميل إلى الليونة والمرونة في التعامل مع التنازل الجزئي في عقود التفويض. في حين يتم التحكم فيه بشكل أكبر في النظام القانوني الجزائري.

وينص التشريع **التونسي** على إمكانية القيام بالتنازل الجزئي في عقد التفويض، ولكنه لم يحدد بشكل صريح شروطًا وأحكامًا لذلك. فالمشرع **التونسي**، تطرق لها من خلال المادة 30 من قانون اللزمات رقم 23، واشترط ان يذكر العقد صراحة التنازل للغير، مشفوعا بالموافقة المسبقة لمانح اللزمة.

ويتوجب على الأطراف في عقد التفويض الالتزام بأحكام القانون التونسي، حيث ينص القانون على عدم جواز التنازل عن الالتزامات الشخصية، وأن يكون التنازل صريحًا ومحددًا بشكل واضح في العقد، وأن يكون في حدود الأصول والنصوص القانونية المطبقة.

ومن الجدير بالذكر أن التشريع التونسي لا يحتوي على تفاصيل دقيقة حول التنازل الجزئي في عقد التفويض مثل ما هو موجود في القانون الفرنسي. لذلك، ينبغي على الأطراف الالتزام بالأصول والنصوص القانونية المعمول بها في البلد المعني، والحرص على تضمين بنود واضحة ومحددة في العقد لتنظيم أية اتفاقات تتعلق بالتنازل الجزئي.

ولعله من الضروري الإشارة الى الآثار القانونية للتعاقد من الباطن بالعلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد الأصلي، حيث توصّلت التشريعات والأنظمة القضائية إلى توحيد القواعد والمعايير المتعلّقة بهذه المسألة.

في التشريعات المختلفة، تقر بعض الأنظمة بمبدأ استمرارية المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد برمته، بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه من الباطن، وذلك حتى وإن وافقت الإدارة على إبرام العقد الذي يتضمن التنازل الجزئي.

في فرنسا، فإنه وفقًا للمادة 1147 من القانون السالف الذكر، يتم تأكيد مبدأ استمرارية المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد برمته بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه من

الباطن، حتى وإن كانت هناك مناوشات بين المتعاقدين الأصليين أو تم التنازل عن بعض الالتزامات فيما بينهما. ويمكن للمتعاقد الأصلي أن يتحمل المسؤولية الناشئة عن أفعال المتعاقد من الباطن، إذا كان ذلك يندرج ضمن نطاق عقد التفويض.

أما في الجزائر، يبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة، عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة[1] ، ولكن يمكن للقضاء الجزائري أن يتبع المبدأ العام المتمثل في استمرارية المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد برمته، حتى وإن كان هناك تنازل جزئي عن بعض الالتزامات فيما بين المتعاقدين الأصليين. ويمكن للمتعاقد الأصلي أن يتحمل المسؤولية الناشئة عن أفعال المتعاقد من الباطن، إذا كان ذلك يندرج ضمن نطاق عقد التفويض.

في التشريع التونسي، فإن المادة 44 من القانون عدد 65 لسنة 1991 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية تنص على أن المتعاقد الأصلي يتحمل المسؤولية الكاملة عن تنفيذ العقد، بما في ذلك أي تنازل جزئي، وأن الموافقة على أي تنازل يجب أن تكون صريحة من قبل الإدارة.

وبشكل عام، يمكن القول إن العقود التي يتم إبرامها بموجب تنازل جزئي يجب أن تكون موضع موافقة صريحة من الإدارة، ويجب على المتعاقد الأصلي تحمل مسؤولية تنفيذ العقد بالكامل، بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه من الباطن.

ومن هنا يثور التساؤل التالي: هل يمكن تفسير العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن في الفقه الفرنسي؟ وما هي الفروق بين الحالات التي تنطوي على تعاقد من الباطن مع وبدون موافقة الإدارة؟ وما هي الآثار القانونية والعقدية المرتبطة بكل حالة؟ وما هي أنواع الممارسات التي يمكن لجهة الإدارة والمتعاقد من الباطن ممارستها في هذه العلاقة؟

يجمع الفقه الفرنسي بتفريقه بين حالتين للتعاقد من الباطن بين جهة الإدارة والمتعاقد الثاني. في الحالة الأولى، يتم توقيع التعاقد من الباطن دون الحصول على موافقة الإدارة، وفي هذه الحالة لا يحق للمتعاقد الثاني الاحتجاج بأي شكل من الأشكال على تأثيرات هذا التعاقد. ومن جهة أخرى، في الحالة الثانية، يتم الحصول على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، وفي هذه الحالة يمكن أن يكون للعلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد الثاني بعض التأثيرات التعاقدية[2].

وتطور هذا النوع من التعاقد بشكل ملحوظ في الفترة الأخيرة، حيث برزت بعض الآثار التي ترتقي إلى مرتبة العلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة والمتعاقد الثاني. ويمكن تلخيص هذه الآثار في مظهرين أساسيين، الأول هو ممارسة الرقابة من قبل الإدارة على المتعاقد الثاني، والثاني هو قيام

---

[1] المادة 61، المرسوم التنفيذي، 199/18، السالف الذكر.
[2] إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، مصدر سابق، صـ 199.

بعض مظاهر التعاون المباشـــر بين الإدارة والمتعاقد الثاني. ومن خلال هذه الآثار، يمكن أن يكون للعلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد الثاني بعض التأثيرات التعاقدية وفقًا للفقه الفرنسي.

وتماشـــيا مع ما تم ذكره، وفي حالة التشـــريعات التي تمنح المتعاقد معها الحق في تعاقد مع أطراف أخرى لتنفيذ العقد بدلاً من تنفيذه بنفسـه. وجب على المفوض له أن يضـمن عدة أمور تكفل تنفيذ العقد بالشكل الصحيح، بما في ذلك التحقق من أن المتنازل له المختار لتنفيذ العقد يمتلك الخبرة اللازمة والكفاءة لتنفيذ العمل بالشكل المطلوب وفقًا للمواصفات والجودة المحددة في العقد.

كما يجب على المفوض له أن يحرص على توفير الموارد اللازمة للشـــريك المختار لتنفيذ العقد، بما في ذلك تقديم التدريب والدعم الفني اللازم للعمل بشكل صحيح. يجب أن يضمن أيضًا أن الشـريك المختار يلتزم بكل مسؤولياته والالتزامات المحددة في العقد، وأنه ينفذ العمل بطريقة متفق عليها وفي المدة الزمنية المحددة.

بشـــكل عام، يجب على المفوض له أن يضـــمن تنفيذ العقد بالشـــكل المطلوب وفقًا للشـــروط المحددة، سواء كان ذلك عن طريق تنفيذ العمل بنفسـه أو بواسطة شـريك مختار، وأن يلتزم بجميع المسـؤوليات والالتزامات المحددة في العقد. ويجب عليه أيضًـا مراقبة تنفيذ العمل بانتظام للتأكد من أن الشريك المختار يلتزم بالمواصفات والجودة المحددة في العقد ويقدم الخدمات بالشكل المطلوب، وأن يتم التعامل مع أي مشاكل تنشأ على الفور.

الفرع الثاني: التزام المفوض له بنقل التكنولوجيا الحديثة

تهدف عقود تفويض المرفق العام التي يبرمها القطاع العام أو الدولة إلى تخفيف العبء عن ميزانيتها، حيث تتطلب هذه المشـــاريع تكلفة مالية باهظة نظرًا للاســـتخدام المتطلب للتكنولوجيا المتطورة. كما تهدف هذه العقود إلى الاســـتفادة من خبرات القطاع الخاص في المجالات التقنية والفنية، وتقديم خدمات متطورة للجمهور المســـتفيد من المرفق العام. ويعود اســـتخدام التكنولوجيا الحديثة والمتطورة بالفائدة على الجانبين، حيث تســـاعد الدولة على تحقيق التنمية الاقتصـــادية من خلال الحصـــول على التكنولوجيا الحديثة، فيما يسـتفيد المفوض له الخاص من تحقيق أكبر قدر من الفوائد والأرباح وتقليص الاعتماد على الأيدي العاملة، وذلك بتسـهيل إدارة المرفق العام المشـمول بالعقد وتقديم خدمات أفضل وأسرع للجمهور المستفيد.

بالإضـــافة إلى ذلك، تهدف عقود تفويض المرفق العام أيضـــا إلى تحقيق مزيد من الكفاءة في الإدارة والتشـــغيل، وتحســـين جودة الخدمات التي يتم تقديمها للجمهور. وبفضـــل هذه العقود، يتم تحويل المسـؤولية عن تشـغيل المرفق العام إلى القطاع الخاص الذي يتمتع بخبرات ومعرفة أفضـل في مجال إدارة المشاريع وفقا لتكنولوجيا الحديثة.

الفرع الثالث: التزام المفوض له بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق

ان الالتزام الذي يتحمله شـخص مفوض اليه بتشـغيل مرفق ما والحفاظ عليه عن طريق القيام بالصـيانة الدورية له. يتطلب تشـغيل المرفق المفوض به -عادةً- معرفة تقنية متخصـصـة وخبرة في

الصيانة وإصلاح الأعطال. ويتوجب عليه الالتزام بجميع المعايير واللوائح اللازمة لتشغيل المرفق بأمان وفعالية.

يجب على المفوض اليه أيضًـــا، الحرص على الحفاظ على بيئة العمل والتأكد من ســـلامة المرفق وأن يتم الالتزام بمعايير الصـــحة والســـلامة والبيئة. وتتضـــمن الصـــيانة الدورية للمرفق الإجراءات الوقائية والاحترازية اللازمة لتفادي وإصلاح الأعطال المحتملة.

وبما أن المرفق المفوض به يعتبر مســـؤولية المفوض له، فيجب عليه الحفاظ على المرفق والقيام بالصـــيانة الدورية له بشـــكل منتظم والتأكد من جاهزيته للاســـتخدام في أي وقت. كما يجب عليه الإبلاغ عن أي أعطال يمكن أن تؤثر على ســـلامة أو كفاءة المرفق واتخاذ التدابير اللازمة لإصلاحها في أقرب وقت ممكن.

يجب على المفوض له المســـؤول عن المرفق، صـــيانته بغرض إعادته إلى الدولة بعد انتهاء فترة العقد، والالتزام بصـــيانته بشـــكل جيد طوال فترة العقد. وفي حال تســـبب المفوض في تلف أو تدمير تلك الأموال، فقد يتحمل تكاليف الإصلاح أو الاستبدال، ويمكن خصم تلك المبالغ من حساباته عند التصـــفية في حالة عدم المحافظة على تلك الأموال بشـــكل جيد. ويجب أن تحتوي الاتفاقية أو العقد على بنود تنص على مسؤولية المفوض له بصيانة تلك الاصول.

واستنادا إلى سلطة الادارة في الرقابة، لها أن تجبر المفوض له على القيام بكافة الإصلاحات والصـيانة اللازمة للمرفق، لأن قاعدة استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضـطراد تقضـي بأن تكون المرافق صـــالحة لأداء الخدمة المنوطة بها في كل وقت، واهمال المفوض له في الصـــيانة يعرض المرفق للتوقف عند نهاية المدة[1].

الفرع الرابع: الالتزام بدفع الاتاوة للجهة المفوضة

يعني الالتزام بدفع مبلغ مالي محدد بشكل دوري أو غير دوري للجهة المفوضة، وذلك مقابل استغلال المرفق محل التفويض. قد يتم تحديد المبلغ المالي المستحق للجهة المفوضة بناءً على نسبة مئوية من قيمة العقد أو على أساس مبلغ ثابت. ويجب أن تحتوي الاتفاقية أو العقد على بنود واضحة تحدد قيمة الاتاوة وتفاصيل الخدمات أو الحقوق المتعلقة بها.

[1] سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 740.

ويتحقق ذلك بشكل خاص في عقود الإيجار حيث يتعين على المستأجر دفع مبلغ مالي محدد بشكل دوري لصاحب الملكية (السلطة المانحة)، وقد يشمل ذلك تكاليف الصيانة والإصلاح والخدمات العامة.[1]بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تتضمن بعض عقود الامتياز أيضًا بنود تتعلق بدفع الإتاوات للسلطة المفوضة، وذلك مقابل منح الحقوق المتعلقة بالامتياز، مثل حق الاستخدام أو البيع أو التسويق. ويتم تحديد قيمة الإتاوات وشروطها في العقد، ويجب الالتزام بدفعها بموجب العقد.

[1] المادة 54، من المرسوم التنفيذي، 18-199، السالف الذكر.

الفصل الثالث: عقود تفويض المرفق العام بين التسوية الودية والنهاية الفعلية

إن عقود تفويض المرفق العام تعد أحد الموضـــوعات المثيرة للجدل في الســـاحة القانونية والاقتصـــادية، وذلك نظرًا للأهمية الكبيرة التي تحملها في تنظيم العلاقة بين القطاع العام والخاص. فالتفويض هو عملية تخول من خلالها الدولة للقطاع الخاص بشـكل مؤقت بعضـاً من صـلاحيات السـلطة العامة لإدارة وتشـغيل بعض المرافق العامة، مثل المطارات والموانئ والطرق والجسـور والســـدود وغيرها، ويتم ذلك بموجب اتفاقية رســـمية بين الطرفين تضـــمن تحديد المدة الزمنية والشروط والمتطلبات اللازمة للتنفيذ.

وفي هذا الفصـل، سـنتناول بشـيء من التفصـيل، فيما قد يثور من منازعات لعقود تفويض المرافق العامة والمســـائل القانونية المتعلقة بها في (مبحث أول)، نتطرق فيه إلى التســـوية الودية والقضـــائية وأهميتهما في حل المنازعات الناشـــئة عن هذه الفئة من العقود، وفي (المبحث الثاني) سنناقش انتهاء عقود التفويض ومآل الأموال وتصفيتها والنهاية الفعلية للعقد.

المبحث الأول: منازعات عقود تفويض المرفق العام

أن تنفيذ عقد التفويض يمكن أن يثير تنازعًا بين الإدارة والمتعاقد معها شـــأنه شـــأن أي عقد اداري، وبالتالي يتطلب ذلك وجود وسـيلة لتسـوية النزاع التي تتوقف على إرادة الطرفين. وتتمثل الوسيلة الأساسية لتسوية النزاع في هذه الحالة بالتسوية الودية(مطلب أول)، وهي إجراء يتم بين الطرفين في محاولة لإيجاد حل وسط يرضيهما دون الحاجة إلى التدخل القضائي.

ومع ذلك، إذا لم يتم الاتفاق على حل وســـط وبقي النزاع قائما ولم تُجد نفعا الطريقة الودية، فإن الحل القضـــائي(مطلب ثان) يمكن أن يكون الخيار الوحيد المتاح للطرفين. حيث يمكن لأحد

الاطراف اللجوء إلى المحاكم أو الهيئات القضـــائية الأخرى لحل النزاع واتخاذ القرار النهائي في المسألة.

المطلب الأول: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن اتفاقية تفويض المرفق العام

تعتبر التسـوية الودية أسـلوباً فعالاً ومهماً في حل النزاعات التي تنشـأ بين الجهات الحكومية والاشخاص الخاصة، ولا سيما فيما يتعلق بتفويضات المرفق العام. فبدلاً من اللجوء إلى الإجراءات القضائية التي قد تستغرق وقتاً طويلاً وتستهلك الكثير من الجهد، فإن التسوية الودية من الممكن جدا ان تقدم حلاً سريعاً ومرضياً لجميع الأطراف.

ويتيح الاعتماد على التســوية الودية الفرصـــة للأطراف المتنازعة للجلوس معاً والتفاوض بشـكل مباشـر وبناء، والبحث عن حلول ترضـي جميع الأطراف بدلاً من الحكم بالقانون والقضـاء. ومن خلال العمل الجماعي والتواصـــل الفعال بين طرفي النزاع، يمكن تحقيق نتائج إيجابية وبناء علاقات تعاونية بين الجهة المانحة والمفوض له.

وبالنظر إلى أهمية التسـوية الودية في حل النزاعات التي تنشـأ بسـبب تفويض المرفق العام، فإنه يمكن أن يكون العمل بالتسـوية الودية أول خطوة يتخذها المفوض له والسـلطة المفوضـة لحل النزاعات، وذلك لتفادي الحاجة للتدخل القضائي وتكاليفه الباهظة.

في هذه المطلب، يتم التركيز على الأهمية الكبيرة لاستخدام التسوية الودية في حل النزاعات التي تنشـــأ عن تفويض المرفق العام، وكيف يمكن أن توفر هذه الطريقة الحلول السـريعة والفعالة للمشـكلات بشـكل أكثر نجاعةً لجميع الأطراف المتضـررة. من خلال لجنة التسـوية الودية للنزاع (الفرع الأول)،

وفضـــلا على ذلك، يمكن حل هذه النزاعات بطرق أخرى على غرار التسـوية الودية، وذلك باســـتخدام الوســـائل البديلة التي تنص عليها قوانين الإجراءات المدنية والإدارية. وتشـــمل هذه الوسائل، على سبيل المثال لا الحصر، **التحكيم والتفاوض والوساطة والتحكيم الإلزامي.**

وتجدر الإشـــارة إلى أن النزاعات التي تنشـــأ بســـبب تفويض المرفق العام تعد من العقود الإدارية، وهذا يعني أن الإجراءات المتبعة في حل هذه النزاعات يجب أن تتم بما يتوافق مع اللوائح والأنظمة المنصوص عليها في قوانين الإجراءات المدنية والإدارية (الفرع الثاني).

ويمكن لهذه الوسـائل البديلة أن تقدم حلولاً سـريعة وفعالة للنزاعات التي تنشـأ بسـبب تفويض المرفق العام، وبناء على ذلك، يتم اسـتخدام هذه الوسـائل في العديد من القضـايا والنزاعات المتعلقة بالمرافق العامة في جميع أنحاء دول العالم.

الفرع الأول: التسوية الودية عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاع (وجوبا)

ويأتي هذا التوجه نتيجة لأهمية التسـوية الودية في حل المنازعات التي تنشـأ بين السـلطات المفوضـة والمفوض له، وذلك لأنها تعد خياراً سـريعاً وفعالاً لحل تلك المنازعات، وتجنب اللجوء

إلى الإجراءات القضائية التي تكون غالباً أكثر تعقيداً وتكلفة. ويساعد هذا الفرض أيضاً على تشجيع السلطات المفوضة والمفوض له على التعاون والتفاهم فيما بينهما، والعمل على تجنب حدوث المنازعات في المستقبل.

وفي هذا الاطار ذهب المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي الذي يتعلق بتفويضات المرفق العام[1] الى وجوب توجه السلطة المفوضة والمفوض له الى ضرورة تسوية المنازعات التي تنشأ بينهما حول تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وذلك أمام لجنة التسوية الودية كخطوة أولى (أولا). التي تتولى مهمة التحقيق في المنازعات والبحث عن حل وسط يرضي الجانبين. من خلال أعضاء بتشكيلة مختلطة (ثانيا).

أولا: استحداث لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزاعات

من الشائع أن تنشأ النزاعات في سياق عقود تفويض المرافق العامة. لعدة أسباب ، مثل الاختلافات في تفسير شروط العقد ، أو التغيرات في ظروف السوق ، أو الأداء الضعيف.

في مثل هذه الحالات ، يُفضل عمومًا اللجوء إلى وسائل بديلة لتسوية المنازعات ، مثل الوساطة أو التحكيم ، بدلاً من اتباع إجراءات قانونية طويلة ومكلفة.

من المهم ملاحظة أن اختيار الوسائل البديلة لتسوية المنازعات قد يكون منصوصًا عليه في عقد تفويض المرافق العامة. وقد يتفق الطرفان على استخدام الوساطة أو التحكيم في حالة حدوث نزاع ، مما يسهل بشكل كبير حل أي نزاعات قد تنشأ.

هذا التوجه اعتنقه **المشرع الجزائري** في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام[2] حيث تم وبتركيز كبير على أولوية استخدام التسوية الودية كوسيلة لحل النزاعات المحتملة. وتم تخصيص قسم خاص بالتسوية الودية للنزاعات في المرسوم التنفيذي السالف الذكر، اذ يحتوي على اربع مواد تتضمن إنشاء لجنة متخصصة في التسوية الودية، بما في ذلك تحديد تكوينها وصلاحياتها وإجراءات اخطارها. وتأتي هذه الجهود في إطار تعزيز تنظيم تفويضات المرفق العام.

حيث تنص المادة 70 منه على أنه « يجب على السلطة المفوضة والمفوض له، في حالة وجود خلاف بينهما في تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، البحث عن حلول ودية، من خلال اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المنصوص عليها في المادة 71 أدناه »[3].

وتفسيرا لذلك، يؤدي بنا النص القانوني الى **عدة استنتاجات أهمها:**

---

[1] المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.
[2] المرسوم التنفيذي 18-199، السالف الذكر.
[3] المادة 70، من المرسوم التنفيذي السالف الذكر.

1- تعد التسوية الودية الحل الأول المطروح لحل النزاعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمفوض له حول تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام.

2- إن لجنة التسوية الودية للنزاعات تعتبر الجهة المختصة في التدخل في النزاعات الناشئة عن تفويضات المرفق العام.

3- يتعين على السلطة المفوضة والمفوض له الالتزام بقرارات لجنة التسوية الودية للنزاعات بما يحقق مصلحة الجميع.

4- تهدف لجنة التسوية الودية للنزاعات إلى حل النزاعات بصورة سريعة وفعالة، وبتكلفة أقل مما يتطلبه اللجوء إلى القضاء.

5- تعمل اللجنة بشكل مختلط من خبراء القانون والمتخصصين[1] في المجال المتنازع عليه، مما يمكنها من إيجاد حلول ودية وعادلة للنزاعات[2].

ينص المرسوم المشار إليه سالفا على وجوبية انشاء لجنة للتسوية الودية للنزاعات[3] يتم تشكيلها لدى كل مسؤول عن السلطات المفوضة المنصوص عليها في المادة 04 من هذا المرسوم. وظيفة هذه اللجنة هي البحث عن حلول ودية للنزاعات التي تنشأ بين السلطة المفوضة والمفوض له حول تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام. ويتم تحديد اختصاصات وإجراءات هذه اللجنة في الفصول المحددة بالمرسوم. ويأتي إنشاء هذه اللجنة ضمن سياق تشجيع الحلول الودية وتقليل النزاعات والخلافات المتعلقة بتفويضات المرفق العام.

ثانيا: تشكيلة اللجنة التسوية الودية للنزاعات

بموجب المادة 71 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتم تعيين أعضاء لجنة التسوية الودية للنزاعات من قبل السلطة المختصة بموجب مقرر، ويتم اختيارهم بناءً على كفاءتهم وخبرتهم. ومن المفترض أن يتم اختيار أفراد من بين الموظفين غير المعنيين بإجراءات الإبرام والمراقبة وتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وذلك لضمان حيادية أعضاء اللجنة في ممارسة مهامهم.

ولكن، على الرغم من تلك الإجراءات التي وضعتها التشريعات، فإن لجنة التسوية الودية للنزاعات لا تتمتع بالاستقلالية من الناحية العضوية والوظيفية، حيث أنها مرتبطة بالسلطة المفوضة التي عينتها، وبالتالي قد تكون تحت تأثيرها في توجيه القرارات والحكم. ولذلك، فإنه من المهم أن تكون هناك إجراءات إضافية لضمان استقلالية وحيادية اللجنة في تسوية النزاعات بين السلطات المفوضة والمفوض له.

---

[1] المادة 02/71، من المرسوم التنفيذي رقم 199-18المتعلق بتفويض المرفق العام

[2] المادة 72من المرسوم التنفيذي رقم 199-18المتعلق بتفويض المرفق العام.

[3] المادة 71 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي 199/18 : "تنشأ لدى كل مسؤول عن السلطات المفوضة المنصوص عليها في المادة 04 من هذا المرسوم، لجنة للتسوية الودية للنزاعات".

وتتشكل هذه اللجنة من:

بعنوان الولاية:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا،
- ممثل عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،
- ممثل عن المديرية الولائية للأملاك الوطنية.
- بعنوان البلدية:
- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،
- ممثل عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأملاك الوطنية،
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.

كما يمكن للجنة أن تستعين، على سبيل الاستشارة، بكل شخص يمكنه بحكم كفاءاته أن ينيرها في أشغالها.[1]

تختص لجنة تتولى لجنة التسوية الودية للنزاعات مسؤولية دراسة النزاعات المتعلقة بتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها[2]، وذلك عن طريق اخطارها بموجب تقرير مفصل عن الشكوى وجميع الوثائق الثبوتية المرفقة به، وذلك من خلال إرسال رسالة موصى عليها مع وصل استلام. ويمكن إخطار اللجنة بالنزاعات سواء من السلطة المفوضة أو المفوض له[3].

يعاب على هذا المرسوم عدم تحديد الآجال الزمنية والإجراءات المتبعة في لجنة تسوية المنازعات الذي يعد أمرًا حيويًا لضمان شفافية واستقلالية قرارات اللجنة. والتي من المفترض أن تنظم هذه الأمور بشكل دقيق في النظام الداخلي للجنة، وينبغي للجنة العمل إعداد هذا النظام بنفسها بما يتوافق مع القوانين واللوائح المعمول بها.

---

[1] المادة 72من المرسوم التنفيذي رقم 199-18المتعلق بتفويض المرفق العام.
[2] المادة 71/2من المرسوم التنفيذي رقم 199-18المتعلق بتفويض المرفق العام
[3] المادة 73 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18المتعلق بتفويض المرفق العام

كما يعاب عليه كذلك عدم تحديد الإجراءات التي تتبعها اللجنة في اتخاذ قراراتها، بما في ذلك الطريقة التي يتم بها التصـويت وما إذا كانت القرارات يتم اتخاذها بالأغلبية أو بالإجماع. كما يجب أن يتم التأكد من أن اللجنة تتمتع بحرية تامة في اتخاذ قراراتها ولا يجوز لأي جهة خارجية التدخل في العمليات التي تجريها اللجنة.

بشكل عام، ينبغي على اللجنة أن تضمن مستوى عالٍ من الشفافية والاستقلالية في عملياتها لتحقيق العدالة والتسوية العادلة للمنازعات التي يتم اخطارها بها.

علاوة على ذلك، يجب أن يتم تحديد الإجراءات المتبعة في حالة عدم التوصـل إلى اتفاق، بما في ذلك إجراءات الطعن والتماس الرأي القضـائي. ومن ثم يجب أن يكون هناك إجراءات واضـحة للجنة في حالة عدم تمكنها من تسوية المنازعات وإتاحة الحق في اللجوء إلى القضاء.

يبدو أن هناك بعض النقاط التي لم يتم تنظيمها بشكل واضح في المرسوم التنفيذي 199/18 ، وهذا يمكن أن يؤدي إلى عدم وضوح بعض الأمور المتعلقة بالجنة التسوية الودية للنزاعات.

ومن بين هذه النقاط التي لم يتم تنظيمها:

غياب ممثل عن المفوض له في تشـــكيلة اللجنة الودية: يعد هذا غيابًا مهمًا، حيث يمكن أن يؤدي إلى عدم توازن في اللجنة وعدم تمثيل جميع الأطراف بشـــكل متســـاوٍ. فكان حري به أن يتم توفير تمثيل لكل الأطراف المتنازعة.

إلزامية اللجوء إلى لجنة التســـوية الودية: يبدو أن هذه النقطة لم يتم التطرق إليها بشـــكل واضح في المرسوم التنفيذي 199/18. حيث من المهم أن يتم التأكد من وضوح هذه النقطة وإعطاء الأطراف المتنازعة الخيار في اللجوء إلى اللجنة الودية أو الاستمرار في الخلاف بشكل قانوني.

محضر عدم الصلح: يجب أن يتم توضيح ما إذا كان محضر عدم الصلح يشكل شرطًا قبل اللجوء إلى القضـــاء أم لا، وهل هو شـــرط من شـــروط قبول الدعوى شـــكلا أم لا؟ وكيف يمكن للأطراف التعامل مع هذا الأمر.

عمومًا، يجب أن يتم توضـيح هذه النقاط وتنظيمها بشـكل واضـح في المراسـيم التنفيذية ذات الصلة، حتى يتم توفير بيئة تساعد على تحقيق العدالة وتسوية النزاعات بشكل ودي وسلس.

الفرع الثاني: التسوية الودية للنزاعات عن طريق الوسائل البديلة

تعتبر التسـوية الودية للنزاعات الناشـئة عن عقود التفويض وسـيلة فعالة ومناسـبة لتسـوية النزاعات بشـكل سـريع وفعال، وذلك بدلاً من اللجوء إلى القضـاء الذي يتطلب وقتاً وجهداً وتكاليف مرتفعة.

بالإضافة إلى هذه الامكانية السالفة الذكر، التي من شأنها حل النزاعات الناشئة عن طريق اللجنة المستحدثة بموجب المرسوم التنفيذي 199/18، يمكن حل تلك النزاعات أيضاً باستخدام الوسائل البديلة، مثل إجراء الصلح في دعاوى التعويض (أولاً). وبالنسبة للتحكيم، فإن هذه الطريقة تثير بعض الاشكاليات، التي يحصر المشرع الجزائري شخص المفوض له في مفوض له وطني، ولكن يمكن استثناء حالة تفويض تسيير المرفق العام لصالح مفوض أجنبي (ثانياً).

أولا: الصلح كخيار لتسوية النزاعات المتعلقة بتفويض المرفق العام في الدعاوى التعويضية

يتضمن الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية موضوع "الصلح والتحكيم" . الذي نظم الصلح باعتباره إجراء بديل لحل النزاعات الإدارية بصورة مرنة تساعد علي تراضي الأطراف وعلى سرعة الفصل في النزاع مما يخفف من أعباء الهيئات القضائية ويحد من صرامة الإجراءات وطول أجالها[1]، وهكذا أجاز المشرع إجراء محاولة الصلح سواء أكانت الدعوة مرفوعة أمام المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة وذلك بشكل جوازي غير إجباري، وفي أي مرحلة تكون عليها الخصومة حسب ما تنص عليه المادة 971 من ق.إ.م.إ، وذلك في دعاوي القضاء الكامل فقط وفق المادة 970 من نفس القانون لأنه يحقق مصلحة المتقاضين دون مساس بمبدأ المشروعية لكونه قضاء شخصي يطالب فيه المدعي بحقوق شخصية من مواجهة الإدارة[2].

يحق للجهة القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل، وينحصر نطاق تطبيق إجراء الصلح في منازعات اتفاقية تفويض المرفق العام المتعلقة بالتعويضات، ومن ضمن هذه الدعاوى القضائية المتعلقة بالتعويض، تأتي دعاوى المسؤولية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي قد تلحق بالمدعي جراء سوء الإدارة أو التقصير في الواجبات القانونية مثل ما جاءت به المادة 970 ق.إ.م.إ.

وتشير النصوص والمواد المتعلقة بالصلح إلى أنه يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء في الدعاوى القضائية المتعلقة بالتعويضات، إذ يمثل الصلح وسيلة لحل النزاعات بالتراضي بين الأطراف المتنازعة، وتقضي بعض النظم القانونية بتقديم الصلح كبديل للحكم القضائي في حالة عدم التوصل إلى تسوية أخرى.

ويتيح الصلح للأطراف المتنازعة فرصة لحل النزاع بطريقة سلسة وترضي الطرفين، دون اللجوء إلى القضاء والاستمرار في الخلافات القانونية الطويلة والمكلفة، ويساعد في تقليل الإجراءات القضائية والتكاليف المرتبطة بها.

---

[1] محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2009، ص 312 .
[2] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الإجراءات الإدارية)، دار الهدى، الجزائر، ص 64، 2009.

وعلاوة على ذلك، فإن المبادرة بالصلح يمكن أن تأتي من طرف الخصوم أنفسهم، حيث يمكنهم التوصل إلى اتفاق يرضي الطرفين ويحل المنازعة بينهما. كما يمكن للقاضي أن يسعى لتسوية المنازعة بين الخصوم من خلال إجراءات الصلح، بعد محاولة التوفيق بينهما في التوصل إلى اتفاق يرضي الطرفين. وهذا بنص المادة 972 من ق.إ.م.إ. على أنه **"يتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم"** وتنص المادة 990 من نفس القانون **"يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي".**

يهدف هذا الإجراء إلى تجنب الإجراءات القضائية الطويلة والمكلفة، وتحقيق تسوية نهائية للمنازعة بطريقة سهلة وعادلة.

ونخلص الى ان عقد الصلح من أهم السبل البديلة لحل النزاعات، ويتميز بالعديد من الآثار الجوهرية والنوعية التي تؤثر بشكل مباشر على حل النزاع وتنفيذ الحقوق، **ومن هذه الآثار**:

1- **حسم النزاع:** يمثل أحد الآثار الجوهرية لعقد الصلح في حسم النزاع بشكل نهائي، حيث يتم التوصل إلى اتفاق بين الخصوم بشأن النقاط المثيرة للنزاع، وبالتالي ينتهي النزاع بشكل دائم.

2- **انقضاء الخصومة**: يتمثل الأثر النوعي الأساسي لعقد الصلح في انقضاء الخصومة، حيث يتوقف النزاع ولا يمكن إحالته للمحاكمة مرة أخرى، كما يتم تسوية كافة الحقوق والالتزامات بشكل دائم.

3- **تقرير الحقوق (نقلها):** يتمثل هذا الأثر في تقرير الحقوق ونقلها من الخصوم إلى الجهة المعنية، حيث يتم توثيق الاتفاق في عقد الصلح والذي يحمل قوة قانونية، وبالتالي يتم نقل الحقوق إلى الطرف الآخر.

4- **اعتبار الصلح سندا تنفيذياً**: باعتبار الصلح سندا تنفيذياً، حيث يمكن تنفيذه بطريقة مشابهة لتنفيذ الأحكام القضائية، وبالتالي فإن الطرف الآخر يجب عليه الامتثال للاتفاق المتفق عليه في عقد الصلح.

5- **انقضاء الخصومة**: يتمثل الأثر النوعي الثاني في انقضاء الخصومة، حيث ينتهي النزاع وتسوى الحقوق والالتزامات، ويتم إلغاء كافة الطلبات الخاصة بالنزاع.

كذلك اتجهت **بعض التشريعات** الى ضرورة اللجوء إلى مسطرة الصلح[1] قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء لحل النزاعات التي تثور بين المفوض إليه والمرتفقين. ويأتي هذا في إطار سعي القانون لتوفير آليات فعالة وسريعة لحل النزاعات التي قد تثور، وذلك بحيث تتمكن الجهات المعنية من التوصل إلى حلول وسط ترضي الطرفين دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. ويأتي هذا في

[1] المادة 9فقرة الثانية من القانون رقم ، 05-54مرجع سابق.

إطار تعزيز مبدأ السلم الاجتماعي وتعزيز الثقة بين المواطنين والإدارة، وتحقيق العدالة والمساواة في حقوق الجميع.

ثانيا: فرضية تطبيق التحكيم كتسوية للنزاعات المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام

بشكل عام، يعد القضاء هو الطريق الرسمي والأساسي لحل المنازعات التي تثور بين أطياف المجتمع، ولكن يتطلب ذلك وقتا وجهدا، وقد لا يكون الحل الأمثل في بعض الحالات. اذ تحرص الدول على توفير ضمانات قانونية لتشجيع الاستثمارات، وخاصة الأجنبية، وذلك عن طريق تفعيل الطرق البديلة لحل المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ العقد، مثل الصلح، الوساطة أو التحكيم. ومن بين هذه الطرق البديلة، يتميز التحكيم بأنه يسمح للأطراف المتنازعة بالحصول على حكم نهائي وقابل للتنفيذ في وقت أقصر وبتكلفة أقل من القضاء، ويوفر لهم درجة عالية من الخصوصية والسرية. ولكن يجب التأكد من أن شروط التحكيم موجودة في العقد وأنها متوافقة مع القوانين المعمول بها في الدولة المعنية.

ومن ثم، فإن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 1006 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اتجه إلى حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وهو ما يعني عدم جواز إدراج إمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، إلا في حالة كان أحد المتعاقدين متعاملاً أجنبياً. يعتبر هذا المنع جُزءاً من سياسة الدولة الجزائرية للحفاظ على السيادة الوطنية وحماية المصالح العامة، ويجعل القضاء هو السبيل الوحيد لحل المنازعات بين الأشخاص المعنوية العامة. وبموجب نص صريح ينص على ما يلي :" **..... ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية** ".

يتضح من خلال هاته المادة أنّ نطاق لجوء الأشخاص المعنوية إلى التحكيم منحصر في مجال الصفقات العمومية والعقود ذات البعد الدولي، ما يُقصي إمكانية اللجوء للتحكيم في عقود تفويض المرفق العام التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة مع المتعاملين الوطنيين ، كما يقصي إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي باعتبارها عقودا إدارية تختلف عن الصفقات العمومية إلا إذا كان المفوض له من جنسية دولة أخرى أي مستثمر أجنبي[1].

على الرغم من أهميته، وفقًا للمادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم كحل بديل لحل المنازعات المتعلقة باتفاقيات تفويض المرافق العامة كقاعدة عامة. والتي جاء فيها: «**لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن**

[1] فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 270.

تجري تحكيما إلا في حالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صـــادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية..

وتفســـيرا لذلك، وبالعودة الى الأشـــخاص المذكورة التي تشـــير اليها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نخلص إلى أنه لا يجوز للمؤسـسـات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية وأي مؤسسة تابعة للدولة أو للجماعات المحلية أو للمؤســـســـات العمومية اللجوء الى التحكيم إلا في حالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مواد الصفقات العمومية.

ويأتي ذلك في إطار حماية المصـــالح العامة والحفاظ على النظام العام، حيث تعتبر هذه المؤسسات من الجهات العمومية التي تتحمل المسؤولية العامة، وبالتالي فإن النزاعات المتعلقة بهذه المؤسسات تخضع للاختصاص القضائي الحصري للمحاكم الجزائرية، ولا يمكن حلها عن طريق التحكيم إلا في الحالات التي تنص عليها الاتفاقيات الدولية الملزمة للجزائر أو في إطار الصـــفقات العمومية التي تخضع للضوابط الخاصة.

ومن الجدير بالذكر أنه في حالة وجود شرط في العقد الذي يجيز للمؤسسة العمومية لجوءها للتحكيم، يجب أن يتم إزالته، وإلا فإن هذا الشرط يعتبر باطلاً.

ولذلك يشـــترط ان يكون المفوض له خاضـــعا للقانون الجزائري، وبالتالي فإنه لا يلزم من جانب الادارة إدراج بند التحكيم في العقد الإداري الخاص بها، بما يعني أن اشـــتراط التحكيم في العقود الإدارية يتوقف على هوية الطرف المتعاقد مع الإدارة. ولتوضـيح الأمر، يمكن الرجوع إلى المرســـوم التنفيذي رقم 18-199 الذي ينظم عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، والذي يشـــير إلى أن الأشخاص الأجانب غير مسموح لهم بالمشاركة في طلبات المنافسة لعقود تفويض المرفق العام، بمعنى أن المفوضين الذين يتعاقدون مع الإدارة يجب أن يكونوا خاضعين للقانون الجزائري. وذلك بنص المادة 04[1] و05[2] من المرسوم السالف الذكر المتعلق بالتفويض.

ومن هنا، يمكن اسـتنتاج أن اللجوء إلى التحكيم في عقود تفويض المرفق العام غير مشـروع في الجزائر، لأنه يتعارض مع النصوص القانونية التي تنظم هذه العقود والتي تشترط أن المفوضين يجب أن يكونوا خاضعين للقانون الجزائري.

---

[1] المادة 4 : يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص" السلطة المفوضة "، أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي، عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص "المفوض له "، بموجب اتفاقية تفويض

[2] المادة 5 : يمكن تفويض المرفق العام المنشأ أو المسير من قبل عدة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام، في إطار تجمع يعين الأشخاص العموميون المذكورون أعلاه ممثلا عنهم ضمن التجمع، بموجب "اتفاقية". ويحوز العضو المعين صفة السلطة المفوضة، ويمثل أعضاء التجمع في تجسيد تفويض المرفق العام.

المطلب الثاني: التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام

فعلى الرغم من أن عقد تفويض المرفق العام هو عقد إداري يخضع لاختصاص المحاكم الإدارية. إلا أن بعض المنازعات التي تنشأ عنه تخضع لاختصاص المحاكم العادية.

ويعتمد الاختصاص القضائي في هذا الصدد على طبيعة المنازعة والأطراف المتنازعة فيها. فعلى سبيل المثال، فإن المنازعات التي تخص السلطة المفوضة مانحة التفويض والمفوض له تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية (فرع اول)، بينما تخضع المنازعات التي ترتبط بين المنتفعين من المرفق العام والمفوض له لاختصاص المحاكم العادية (فرع ثان).

الفرع الأول: المنازعات القانونية بين السلطة المفوضة والمفوض له: مسارات الحل القضائي

ان تحديد نوع المنازعات الناشئة بين طرفي عقد التفويض يتطلب النظر في عدة عوامل. أولاً، يجب مراعاة نوع الطرف الآخر في العقد؟ ثانياً، يجب معرفة النوع القضائي للمنازعة التي تنشأ بين الطرفين.

وعليه، سنحاول فيما يلي الإجابة على الإشكاليتين التي تواجه تحديد نوع المنازعات الناشئة بين طرفي عقد التفويض، وهما: تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات، وتحديد نوع الدعاوى الناشئة عن عقود تفويض المرفق العام.

أولا: تحديد الجهة القضائية المختصة

تترتب عدة نتائج عن الاعتراف بشكل عام، بالطبيعة الإدارية للعقد الإداري، وعقود التفويض، بشكل خاص. حيث يختص القضاء الإداري وحده في النظر في المنازعات الناشئة عنها. إذ يختلف تطبيق القواعد المتعلقة بتفسير العقد، وإثبات البطلان، وتنفيذه، عن تلك التي تنطبق على المحاكم المدنية. ويعود ذلك إلى الارتباط الوثيق بين فكرة العقد الإداري والقواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي للنظر في المنازعات الناشئة عنه. وبناءً على طبيعة العقد، يتم تحديد جهة الاختصاص القضائي. فإذا كان العقد إداريًا، يختص به القضاء الإداري، وإذا كان مدنيًا، فإن الاختصاص يكون للقضاء العادي. ويتجلى هذا التباين بشكل واضح في الدول التي تتبنى نظام القضاء الإداري المزدوج.

يعتمد تحديد الاختصاص القضائي بشأن عقود التفويض في الجزائر على معيار عضوي، إذ تنص المادة 800 من قانون إ.م.إ على أن المنازعات التي تشمل الدولة، أو الولاية، أو البلدية، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري تكون من اختصاص المحاكم الإدارية. وبموجب هذا المعيار، يتم تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بناءً على هوية الطرف الإداري في العقد.

وفي مقابل ذلك، يثور السؤال حول الدعاوى التي يمكن رفعها بشان عقود تفويض المرفق العام، حيث يختص القضاء الإداري بنظر الدعاوى الناشئة عن هذا النوع من العقود، ومن المهم تحديد هذه الدعاوى بشكل واضح لتوضيح مسؤوليات الأطراف المتعاقدة وحماية حقوقهم.

ثانيا: تحديد نوع الدعاوى الممكنة ضد عقود تفويض المرفق العام

فيما يتعلق بتسوية المنازعات الإدارية المتعلقة باتفاقية تفويض المرفق العام، فإنها تؤل الى اختصاص القضاء الكامل اذ تنطبق عادة على هذه النوعية من القضايا (1). ومع ذلك، وبخلاف ما جرت به العادة، يمكن أن يتم تطبيق قضايا الإلغاء في بعض الحالات الخاصة في هذا الشأن(2).

1: المنازعات التي يؤول اختصاصها الى القضاء الكامل

يختص القضاء الكامل بكل ما يتعلق بعقد تفويض المرفق العام من مرحلة بدأ أول إجراء في عملية التعاقد إلى أخر نتيجة في تصفية كافة الحقوق والالتزامات المترتبة عنه، وعليه سواء اتصلت هذه المنازعة بانعقاد الاتفاقية، أو صحتها، أو تنفيذها، أو انقضاءها، فإنها تدخل في ولاية القضاء الكامل[1] ، والتي تأخذ صورا متعددة[2].

إن سلطة القاضي إزاء هذه المنازعات تكون واسعة ولا تقتصر على إلغاء قرار إداري غير مشروع، وإنما تتسع لتشمل الحكم بالحقوق التي تنكرها عليه السلطة المفوضة أو تنازعه في مداها، ويبين بذلك ما يجب على السلطة المفوضة القيام أو الامتناع عنه[3].

أن المنازعات التي تنشأ بسبب بطلان اتفاقية التفويض، وتتعلق بالشكوك حول صحة وشرعية الاتفاقية الموقعة بين الأطراف، يتحمل القضاء مسؤولية إصدار القرار النهائي بشأن صحة العقد (أ).

والمنازعات التي تنشأ بسبب تنفيذ الاتفاقية أو انقضاءها، وتتعلق بالخلافات بين الأطراف حول تنفيذ الاتفاقية بشكل صحيح أو إذا كانت الاتفاقية قد انتهت صلاحيتها. في هذه الحالات، يتخذ القضاء الإجراءات اللازمة لتنفيذ الاتفاقية والحفاظ على سلامة العقد، أو يتدخل لإنهاء صلاحيته بشكل نهائي (ب).

أ: دعوى بطلان عقد تفويض المرفق العام:

يعتبر البطلان الجزاء الذي يرتبه القانون لتخلف ركن من أركان العقد أو عدم توفر شرط من شروط صحته، يترتب عليه انعدام أثار العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير[4] ، إن الأثر

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 303.
[2] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 278.
[3] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 278.
[4] عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الإدارية دارسة مقارنة، منشو ارت حلبي الحقوقي428-429.، ص2015،لب

الرئيسي لبطلان العقد الإداري يتمثل في زوال كل فعالية قانونية له، وانحسار آثاره عن الماضي والمستقبل، ويعد بذلك كأنه لم يوجد مطلقاً، وبناء عليه لا يستطيع أطراف العقد إثارة شروط العقد الباطل، ومن جهة أخرى، فإن زوال العقد بأثر رجعي الذي يعقب البطلان، إنما يؤدي إلى إعادة أطراف العقد إلى المركز الذي كانوا فيه قبل الإبرام، وهذه الرجعية تفرضها الطبيعة الكاشفة لجزاء البطلان، ومادام الأمر كذلك، فإن مبدأ رجعية البطلان يفترض رد ما تم تنفيذه من العقد.

ولكن قد يكون هذا الرد مستحيلاً في بعض الأحيان، مما يؤدي إلى ضرورة الرد العيني، ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي يحجم عن الحكم برد الأداءات المنفذة من جانب المتعاقد مع الإدارة في الفترة بين إبرام العقد والحكم ببطلانه، وذلك تطبيقاً لقاعدة: «لا يصغى إلى قول من يستفيد من سوء عمله»، جزاءً على الرضائية غير المشروعة، ولكنه ـ أي القضاء الإداري الفرنسي ـ يطبقها على نطاق أوسع من القضاء المدني[1].

وينقسم البطلان إلى نوعين: إما أن يكون **بطلانا مطلق**: يكون في حالة تخلف أحد أركان العقد كالتراضي المحل، السبب، والشكلية، ويترتب على ذلك ألا يكون للعقد وجود في نظر القانون أي لا يرتب أي اثر منذ إبرامه ويؤدي إلى زواله وإلغاء ما ترتب عليه من أثار وإعادة الحالة إلى ما كان عليه قبل التعاقد، كما قد ينشئ لأحد أطراف العقد حقا في اقتضاء التعويض من الطرف الأخر تأسيسا على المسؤولية التقصيرية أو على أساس الاثراء بلا سبب[2].

او البطلان النسبي : وهو الجزاء الذي يفرض عند عدم توافر شرط من شروط صحة اتفاقية تفويض، على الرغم من توفر باقي أركان العقد. ومن أمثلة العيوب التي قد تتوافر في الرضا على هذه الاتفاقية: الغلط، التدليس، الإكراه. وفي حالة توفر هذه العيوب، يحق للمفوض له الذي عيب رضاه التمسك ببطلان العقد[3]. لكن ما تجدر الإشارة إليه أنه من الناحية العملية نادر الحدوث نظرا إلى أن شخصية المفوض له محل اعتبار شخصي[4].

ب: الدعاوي المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضائه

تخضع كل النزاعات المتعلقة بتنفيذ وإنهاء العقود، بما في ذلك الدعاوى المتعلقة بتعويض الأضرار التي تسبب فيها أحد الطرفين للآخر، والمعروفة باسم دعاوى التعويض(ب.1)، لولاية القضاء الكامل. كما تشمل دعاوى القضاء الكامل الأخرى، الدعاوى المتعلقة بإبطال التصرفات

---

[1] https://web.facebook.com/ConstitutionalandAdministrativeLaw/posts/2124251670983244/?locale=ar_AR&_rdc=1&_rdr

[2] لكحل مخلوف، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار (دارسة حالة العقار الاقتصادي)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017، ص 255.

[3] جعفور محمد السعيد، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الاسلامي، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ،2003، ص 6.

[4] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 279.

غير الشرعية التي تقوم بها السلطة المفوضة، والمخالفة لالتزاماتها التعاقدية(ب.2)، بالإضافة إلى دعاوى فسخ عقود التفويض(ب.3).

ب.1: دعوى التعويض:

دعوى التعويض الإداري هي دعوى شخصية يرفعها المتضرر إلى القضاء، مطالباً بتعويضه عن الضرر الذي لحق به سواء كان مادياً أو معنوياً نتيجة تصرف ضار غير مشروع من الجهة الإدارية.

وتعرف دعوى التعويض بأنها "الدعوى التي يطالب فيها صاحب الشأن بحق شخصي تجاه الإدارة ، ويرتب القضاء فيها جميع النتائج القانونية على القرار غير المشروع ، فيكون له حق الحكم بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به بما في ذلك تقويم أو تعديل القرار الإداري غير المشروع" [1].

كما تعرف بأنها " الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتضمين ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة "[2].

كما ويقصد بدعوى التعويض "الدعوي التي يحركها المدعي ، بغية الحصول على حكم بإلزام الإدارة ، بأن تؤدي إليه تعويضا ، عما أصابه من أضرار مادية وأدبية، جراء تصرف الإدارة تصرفا غير مشروع"[3].

وتأسيا على ذلك، وبعد استعراض التعاريف السابقة، يمكن القول أن قضاء التعويض، أو التضمين، أو القضاء الكامل ،أو الشامل كما يطلق عليه من قبل الفقه، يندرج تحت مجال القضاء الشخصي أو الحقوقي، ويهدف إلى حماية المراكز القانونية والحقوق الشخصية للأفراد، ويستند على حق يتعرض للاعتداء أو مهدد بالمساس عليه من قبل الإدارة. يطالب المتضرر في هذه الحالة بجبر الضرر الذي تسبب به التصرف غير المشروع من الإدارة. وفي حالة صدور قرار سليم في مضمونه ومبرر في أسباب إصداره، فلا يمكن الحكم بالتعويض مهما كانت جسامة الضرر الناجم عنه الذي لحق الأفراد.

وعليه، يتحصل المفوض له على المقابل المالي في شكل تعويض في حالة إخلال بالتوازن المالي للعقد، أو في حالة استرداد المرفق العام محل التفويض من طرف السلطة المفوضة وتخضع

---

[1] أبو العثم فهد عبد الكريم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005، ص545،
[2] الطباخ شريف أحمد، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 5 . انظر كذلك .د الحلو ، ماجد راغب، الدعاوى الإدارية ط 1 ، الإسكندرية : منشأة المعارف، 1999، ص 221.
[3] أبو راس محمد الشافعي. القضاء الإداري ، الزقازيق : مكتبة النصر ، ص302.

هذه الدعاوى التي يرفعها المفوض له للحصـــول على المبالغ المالية المســـتحقة للولاية القضـــاء الكامل[1].

ب.2: إبطال التصرفات غير الشرعية التي تقوم بها السلطة المفوضة، والمخالفة لالتزاماتها التعاقدية:

باعتبار أن اتفاقية التفويض عبارة عن عقد إداري ذو طبيعة مختلطة نظرا لكونه يحتوي على شـــروط تنظيمية وأخرى تعاقدية، وإن كانت الشـــروط التنظيمية محلها قائم في العقد ولو قامت السلطة المفوضـة بتسيير المرفق بنفسـها تملك حق تعديلها تماشيا والسير الحسن المستمر للمرفق العام محل العقد.

في حين البنود التعاقدية نجد أنها شروطها خاضعة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فكل إخلال، من جانب السـلطة المفوضـة بإحدى هذه الشـروط يكون أهلا للسـماح للمفوض له بتأسـيس دعوى تسـمي بدعوى إبطال بعض التصـرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية المنصـوص عليها في العقد. ويؤول الاختصـــاص في هذا المجال إلى قضـــاء الكامل، ومن أمثلته: قرار تعليق التفويض، فرض عقوبات من العقوبات المالية وخاصـــة قرار إلغاء الامتياز ، قرار الاســـترداد، قرار رفض التعاقد من الباطن، المطالبة بالتعويض على أســـاس النظرية الظروف الطارئة أو فعل الأمير، ففي مثل هذه القرارات تتخذها السلطة المفوضة في مواجهة المفوض له بصفتها طرف متعاقدا[2].

ب.3: دعاوى فسخ عقود التفويض:

تخضـــع دعوى أخرى للنظر فيها من قبل القضـــاء الكامل، وذلك فيما يتعلق بالنزاع بين المفوض له والسـلطة المفوضـة حول قرار الأخيرة بفسـخ الاتفاقية، ومثال على ذلك حالات القوة القاهرة أو في حالة وجود خطأ جسيم من قبل الإدارة المانحة للتفويض. ويتم فسخ عقد التفويض في هذه الحالات لتمتع السلطة المفوضة من امتيازات السلطة العامة.

-قد تقوم السـلطة المفوضـة بفسـخ عقد التفويض الإداري، باعتباره يخضـع لمبدأ الملائمة والتكيف الذي ينظم المرفق العام، وذلك بهدف إنهاء العقد الذي تم توقيعه وبإرادتها المنفردة دونما حدوث تقصير من جانب المفوض له مع السلطة المفوضة[3].

-تطبيق في حالة إخلال المفوض له مع السـلطة المفوضـة بإحدى التزاماته التعاقدية وهو ما أقرته المنظومة القانونية الجزائرية في المرســـوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام في مادته 62 لكن هذا بعد توجيه إعذارين ويمتنع المفوض له عن تدارك النقائص[4].

---

[1] بوجاديعمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 13جويلية ،2011ص 156.
[2] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 279.
[3] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص.105.
[4] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 281.

جـ : الدعوى التفسيرية:

يمكن تقديم دعوى التفسيرية في القضايا التي تتعلق بشرح وتفسير معاني الشروط التنظيمية التي يوجد بها غموض أو إبهام في اتفاقيات التفويض. وتتمثل هذه الدعوى في طلب المفوض له للحصول على توضيح وتفسير الشروط التنظيمية المطعون فيها، وذلك من خلال تقديم طلب إلى القاضي المختص في هذه القضية. تهدف دعوى التفسيرية إلى توضيح معاني الشروط التنظيمية المتنازع عليها وتحديد نطاق تطبيقها.

وعلى الرغم من أن دعوى التفسيرية قد تختلف في الإجراءات والجهات المختصة من دولة إلى أخرى، فإنها عادة ما تتضمن تقديم طلب موجه إلى القاضي أو المحكمة المختصة بشأن المعنى المطلوب تفسيره، وتعقبها سلسلة من الإجراءات القانونية حسب النظام القانوني المعمول به في كل دولة.

تتميز دعوى التفسير بعدة خصوصيات، ومن أبرزها:

طبيعتها الإجرائية: حيث تقدم دعوى التفسير في إطار الإجراءات القانونية المنصوص عليها في النظام القانوني لكل دولة.

طبيعة المسألة: إذ تناقش دعوى التفسير مسألة معينة متعلقة بتفسير مفهوم أو شرط معين من الشروط التنظيمية.

ترتبط بالعقود والاتفاقيات: إذ تقدم دعوى التفسير غالباً بخصوص مواد العقود والاتفاقيات.

الأهمية القانونية: إذ تتميز دعوى التفسير بالأهمية القانونية التي تحملها، حيث تؤثر في حسم المسائل القانونية المتعلقة بتفسير الشروط التنظيمية.

اعتمادها على النصوص القانونية: إذ تقوم دعوى التفسير على تفسير النصوص القانونية، وتطبيقها بما يتوافق مع مصلحة العدالة والمصلحة العامة.

طبيعة الجهة المختصة: إذ تقدم دعوى التفسير إلى الجهة المختصة في تفسير الشروط التنظيمية، وهي عادة ما تكون المحاكم الإدارية أو الجهات الإدارية المختصة.

2: الآثار الناتجة عن إخضاع عقود تفويض المرفق العام للقضاء الكامل

إن إخضاع عقود تفويض المرفق العام للقضاء الكامل، تنتج عنه عدة آثار، ومن أبرزها:

توسيع سلطات القاضي: يسمح اختصاص القضاء الكامل بتوسيع صلاحيات القاضي في النظر في المنازعات الإدارية، وتفسير القوانين الإدارية وتطبيقها على حالات فريدة أو غير معتادة.

تحلل دعوى القضاء الكامل: يسمح اختصاص القضاء الكامل بتحليل دعوى الإلغاء من تلك الشروط التي تتطلبها الدعوى، ويمكن للمحكمة أن تقرر بأن الدعوى صحيحة وتستحق النظر فيها، حتى إن كانت الدعوى لا تستوفي جميع الشروط التي تتطلبها الدعوى[1].

تعزيز حماية حقوق المتعاقد: يتيح اختصاص القضاء الكامل للمفوض له الدفاع عن حقوقه ومصالحه بشكل أفضل، وذلك من خلال إمكانية اللجوء إلى القضاء للحصول على الحقوق المشروعة التي قد تكون قد تعرضت للانتهاك.

تعزيز الشفافية والمساءلة الإدارية: يتيح اختصاص القضاء الكامل لتحديد مدى تطبيق الإدارة للقوانين واللوائح، وهذا يعزز الشفافية والمساءلة الإدارية ويساهم في تحسين الأداء الإداري وتعزيز ثقة المواطنين في الإدارة.

يتمتع القاضي في الدعوى الخاضعة لولاية القضاء الكامل **بسلطات واسعة** تختلف عن السلطات التي يتمتع بها في الدعوى العادية. حيث يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يتخذ قرارات تتجاوز إلغاء القرار المطعون فيه، بما في ذلك:

1- تعديل القرار المطعون فيه.

2- الحكم بالتعويض المالي لصالح المدعي.

3- الحكم بإجراءات إضافية لإصلاح المخالفات أو الأضرار التي تسببها القرار المطعون فيه.

4- تعديل الشروط والأحكام الخاصة بالقرار المطعون فيه بطريقة تصب في صالح المدعي.

ويمكن أن تتفاوت هذه السلطات بناءً على قوة ومدى دعوى الإلغاء وتفاصيل القضية. وبالتالي، فإن إخضاع عقود تفويض المرفق العام للقضاء الكامل يضمن حماية حقوق المدعين وإعطاءهم فرصة أفضل للدفاع عن مصالحهم في حالة وجود خلافات تتعلق بالعقد محل التفويض.

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة بين المفوض له والمنتفعين

عقد التفويض هو عقد يتم بين المفوض له والسلطة المفوضة، ويمنح المفوض له صلاحية تنفيذ أعمال معينة بالنيابة عن السلطة المفوضة. ويتضمن هذا العقد شروطًا وقيودًا يجب على

---

[1] 2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص .156.

المفوض له الالتزام بها. وقد تنشـأ منازعات بين المفوض له والمنتفعين بسـبب انتهاك المفوض له لبعض الشروط الواردة في عقد التفويض.

في حالة خرق المفوض له للشـروط الواردة في الاتفاقية محل التفويض، فإنه يحق للمنتفعين اللجوء إلى السلطة المفوضة لإجبار المفوض على الالتزام بالشروط. فإذا امتنعت السلطة المفوضة عن التدخل، فإن هذا يعتبر "قراراً سـلبياً بالرفض"، ويمكن للمنتفعين الطعن في هذا القرار بالإلغاء أمام القضاء الإداري، أي إحالته إلى القضاء الإداري للنظر فيه واتخاذ القرار المناسب[1].

إن خروج السـلطة المفوضـة أو المفوض له عن الالتزامات التنظيمية المحددة في اتفاقية التفويض لا يمثل مجرد مخالفة شـخصـية، بل يعتبر مخالفة للقواعد التنظيمية الواردة في هذه الاتفاقية. وبما أن هذا التصرف يعتبر غير قانوني، فإن الأشخاص الذين يستفيدون من هذا التفويض يحق لهم مخاصـمة هذا الخروج أو المخالفة من خلال التقدم بطلب الى السـلطة المفوضـة للتدخل والإجبار على الالتزام بالقواعد التنظيمية. وإذا رفضـت السـلطة المفوضـة التدخل، فإنه يمكن للأشخاص المتضررين التقدم بدعوى إلغاء أمام القضاء الإداري[2].

المبحث الثاني: انتهاء عقود التفويض ومآل الأموال وتصفيتها

إن عقود تفويض المرفق العام "بصـورها المختلفة" عقود يتم فيها منح السـلطة والتفويض لشخص أو جهة خاصـة بإنشـاء وإدارة مرفق عام مؤقتاً ولمدة معينة. وتشمل هذه العقود عدة أنواع مختلفة.

فمن المسلم به، عندما تعهد الإدارة بمهمة إنشاء وتسيير مرفق عام لشخص معين، فإن هذا لا يعني بالضرورة أن الشخص المعني سيتمكن من القيام بهذه المهمة بشكل دائم ودون قيود. والسبب في ذلك هو أن عقود تفويض المرفق العام هي عقود مؤقتة ومحدودة المدة، ولا يمكن للإدارة التخلي عن سلطتها في تنظيم المرافق العامة إلى الأبد.

بمعنى آخر، فإن عقد التفويض ليس أبديا او بصـفة دائمة ونهائية، وإنما هو مجرد وسـيلة مؤقتة لمنح شـخص معين السـلطة والتفويض لإدارة مرفق عام معين لفترة محددة. ويتم تنفيذ هذه العقود بشكل يضمن مصلحة المجتمع وتحقيق الأهداف العامة، مع الحفاظ على سلطة الإدارة في

[1] مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص.108.
[2] حماده عبد ال ارزق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص.163.

تنظيم المرافق العامة. ومنه يتبادر الينا السؤال التالي: ما هي الطرق المحتملة لانتهاء عقود تفويض المرفق العام؟

وبناء على ذلك، سنبحث تباعا الطرق التي يمكن ان تنتهي بها عقود تفويض المرفق العام.

المطلب الأول: النهاية غير العادية لعقد تفويض المرفق العام

يتعهد صاحب التفويض خلال مدة العقد بتحقيق التزاماته مع ما يسعى اليه من تحقيق لأرباح كان ينشدها، إلا أنه يمكن أن يتعذر عليه الامتثال لتلك الالتزامات أو يرتكب أخطاء جسيمة أثناء تنفيذ البنود المتفق عليها، مما يستدعي إنهاء العقد قبل حلول أجله وانتهاء مدته بصورة مبسترة، من خلال استرداد المرفق لتحقيق المصلحة العامة(الفرع الأول)، أو فسخ العقد وفق عدة أشكال مختلفة(الفرع الثاني). الامر الذي يقتضي تصفية الحسابات وتحديد مصير الأموال المستخدمة

الفرع الأول: استرداد المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة

استرداد المرفق العام محل عقد التفويض قبل نهاية المدة المحددة، هو عبارة عن إجراء انفرادي من جانب السلطة المفوضة، ولا يكون سببه تقصير أو خطأ من جانب الملتزم، وإنما رغبة من السلطة المفوضة في تحسين سير المرفق محل التفويض وإدارته بطريقة أخرى أكثر ملاءمة[1].

يتم الاسترداد المرفق العام بموجب قرار إداري، حتى إذا كان العقد ينص على حق الإدارة في اللجوء إليه متى دعت الحاجة لذلك، ولكن هذا النص لا يمثل إقرارًا جديدًا ، حيث أن الاسترداد في هذا السياق يعتبر تطبيقًا لحق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية في أي وقت تتطلبه المصلحة العامة. وفي هذا الاطار يعد هذا النص كاشفا ومنظما لا مقرر لحق جديد.

وتنطوي وجهة النظر في تحقيق إنهاء عقد التفويض بدافع المصلحة العامة، في حالة فرض نظام جديد على العقد، حيث يجعل صاحب التفويض غير مؤهل من الناحية المالية أو الفنية بما يتوافق مع النظام القانوني الجديد. كما يتم إنهاء العقد في حالة إعادة تنظيم المرفق العام، تطوير الوسائل الفنية، أو تطوير سياسة الشخص العام، حيث تكون هذه الخطوات ذات صلة بالمصلحة العامة.

وتأسيا على ذلك، فإن تقنية تفويض المرافق العامة تعتمد على تحويل المرافق العامة إلى القطاع الخاص من خلال تفويضها في الغالب إلى شركة خاصة، يستمر عادة لسنوات معينة. غير أنه في حالة وجود مصلحة عامة تستوجب الاسترداد، يمكن استخدام عدة طرق لتحقيق هذا الهدف، من خلال ثلاثة صور نوجزها وفق التالي:

[1] حسام بن ركبية، مرجع سابق، ص 247.

1: الاسترداد التعاقدي:

يعني الحق الذي تحتفظ به الإدارة المفوضـــة الذي بمقتضـــاه يمكن تحقيق هذا النوع من الاسترداد في تقنية تفويض المرافق العامة. وذلك عند تضمين العقد ببند يخول الإدارة حق استرداد المرفق العام قبل انتهاء مدة العقد المحددة.

وقد تبنت التشريعات المقارنة لحق الإدارة في الاسترداد كوسيلة لتعزيز وحماية هذا الحق في العديد من النظم القانونية.

وفي هذا الشأن نذكر **القانون المصري** بشأن تنظيم التزام المرافق العامة بالقانون رقم (129) لسنة 1947، والذي ينص المادة الرابعة منه على ضرورة تحديد شروط وأوضاع استرداد الالتزام قبل انتهاء مدته في وثيقة العقد. وهذا يعني أنه يجب أن يتم تحديد شروط استرداد الالتزام ووضعها بشـــكل واضـــح في الوثيقة التي يتم توقيعها بين الجهة الإدارية والجهة المكلفة بتســـيير واســـتثمار المرفق العام. ويأتي هذا الإجراء في إطار حماية المصـــلحة العامة وتوفير آليات الرقابة على استخدام المرافق العامة والحفاظ عليها.

وفي نفس التوجه سارت **عدة تشريعات** لتبني الاسترداد التعاقدي في تفويض المرافق العامة،

وفي نفس الشـــأن اتجه المشـــرع الجزائري[1] : حيث يقر بحق الســـلطة مانحة التفويض على إمكانية فســـخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين الســـلطة المفوضـــة والمفوض له حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام.

وفي تونس ألزم قانون عدد 23 لســـنة 2008 المؤرخ في أول أفريل 2008 يتعلق بنظام اللزمات والتي تنص على حق المانح للزمة في اســـترجاع اللزمة بعد انقضـــاء مدة محددة في العقد وقبل حلول أجله. وفي حالة الاســـترجاع، يجب إعلام صـــاحب اللزمة بواســـطة مكتوب مضـــمون الوصـــول مع الإعلام بالبلوغ ســـتة أشـــهر على الأقل قبل التاريخ المحدد للاســـترجاع. كما يحق لصاحب اللزمة في هذه الحالة الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه.

أما في **فرنسا** فتصدى مجلس الدولة بوضع العديد من الشروط لممارسة حق الاسترداد، وهذه الشروط يمكن تلخيصها على النحو التالي:

- يجب أن يكون حق الاسترداد منصوصًا عليه في العقد.

---

[1] نص المادة 65 من المرسوم التنفيذي، المتعلق بتفويض المرفق العام المرسوم ، 18-199، السالف الذكر.

- يجب على الإدارة توضيح أسباب الاسترداد قبل إصدار القرار، حتى لا يفاجئ المتعاقد بالقرار بدون سابق إنذار، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

- يجب احترام أي شروط تحدد فترة زمنية معينة لعدم ممارسة الاسترداد في العقد.

- في حالة تحديد أسباب الاسترداد في العقد، يجب تحقق هذه الأسباب أو الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة للمرفق ليتمكن مجلس الدولة الفرنسي من ممارسة حق الاسترداد.

- كما يتطلب الأمر الامتثال للشروط الشكلية المنصوص عليها في العقد.[1]

وكخلاصة، فإن استخدام الإدارة لحق الاسترداد التعاقدي يترتب نهاية العقد، وحصول الطرف الآخر على تعويض. ويتميز هذا النوع من التعويض بأنه يشكل اتفاقًا بين الطرفين، وعليه يقوم القاضي بتطبيق النصوص الخاصة بالتعويض في ضوء الأصل العام الذي يتطلب تعويضًا كاملًا في مثل هذه الحالات. يتم تحديد التعويض عادة عن طريق دفع مبلغ إجمالي للطرف المفوض إليه، أو بطريقة دفع أقساط سنوية لفترة معينة، وغالبًا ما يتم الجمع بين الطريقتين.

2-الاسترداد غير التعاقدي

هو استرداد يتم تنفيذه خلال فترة سريان العقد، وذلك دون وجود نص في العقد يحيل عليه. تقرره الجهة مانحة التفويض بإرادتها المنفردة. ويتم اللجوء إلى هذا النوع من الاسترداد عندما يتعذر على الجهة الإدارية الاستمرار في تنفيذ العقد لأسباب متعددة تخص المصلحة العامة. ويعد هذا الاسترداد تطبيقًا لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية المنفردة لدواعي المصلحة العامة. يمنح ذلك الحق للجهة الإدارية مرونة ومجالًا أكبر للتعامل مع الظروف المختلفة التي يمكن أن تواجهها، ويضمن لها القدرة على اتخاذ القرارات اللازمة في الوقت المناسب.

إن حق الإدارة في استرداد المرفق العام استردادا غير تعاقديا في المرافق التي يتم تشغيلها بموجب عقد التفويض ، يتحقق للمتعاقد (المفوض له) حق استحقاق تعويض كامل لأي خسائر تكبدها وأي فرص كسب فاتته، نظرًا لضخامة المبالغ التي قد يستثمرها المفوض إليه في إنشاء وتشغيل المرفق العام.

ولذلك عندما تقرر الإدارة استرداد المرفق من المفوض إليه، فإن هذا ينتج عنه ضررٌ كبير على المفوض إليه ويجب عليها أن تعوضه بمبلغ كافٍ. ولأن هذه الإجراءات تكلف الإدارة الكثير

[1] فاروق أحمد خماس ود. محمد عبدالله الدليمي، مصدر سابق، صـ 200 .

من المال، فمن المحتمل أن تتردد في القيام بها، ما لم يكن هناك ضرر أكبر للمصلحة العامة يتطلب استرداد المرفق.

وهذا ما أكده المشـرع الجزائري من خلال احكام المادة 64[1].حيث أتاح للسـلطة المفوضـة إمكانية اللجوء إلى فسـخ اتفاقية تفويض المرفق العام من جانب واحد إذا اقتضـت الضـرورة ذلك، وذلك لضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام.

ومن المهم أن يتم تحديد مبلغ التعويض لصـالح المفوض، وفقاً لبنود اتفاقية التفويض[2]. ويجب أن يتم ذلك بطريقة عادلة ومتوازنة ووفقاً للقانون، حتى لا يتضـرر أي من الأطراف المعنية بالاتفاقية. وينبغي أن يكون هذا الإجراء الأخير خياراً نهائياً، ويتم اتخاذه فقط في حالات الضـرورة وعندما لا يكون هناك بدائل أخرى لحفظ المصلحة العامة.

3- الاسترداد التشريعي:

يمكن تحقيقه من خلال صدور قانون خاص يقضي بإلغاء التشريع الأصلي الذي منح بموجبه التفويض، ويمكن أن يتضـمن هذا القانون اسـترداد المرفق العام الذي تم بناؤه وتشـغيله بموجب الاتفاقية الأصلية. وعادة ما يتم ذلك عندما يكون هناك مشكلة في تنفيذ الاتفاقية.

ومن الجدير بالذكر، أن الاسـترداد التشـريعي للمرافق العامة يعد قرارًا حكوميًا هامًا، ويجب أن يتم تنفيذه بحكمة وبطريقة تحافظ على الاستقرار الاقتصـادي والسياسـي للدولة، كما يجب توفير تعويضات عادلة للشركة أو المؤسسة الخاصة التي قامت ببناء وتشغيل المرفق العام المسترد.

ففي فرنسا، تم تطبيق مبدأ الاسترداد التشريعي في عدة حالات، حيث تدخل المشرع الفرنسي منذ سنة 1845 في مجال عقود الامتياز، وصدرت قوانين خاصة نظمت بها استرداد بعض المرافق العامة المهمة.

على سـبيل المثال، صـدر في فرنسـا قانون في عام 1845 بشـأن قنوات الملاحة، وفي عام 1880 وعام 1913 صدر قانونان ينظمان استرداد عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية والنقل بواسـطة الالتزام، وفي عام 1947 صـدر قانون آخر يخول اسـترداد مرافق الامتياز المحلية في خلال سنة من صدوره.[3]

---

[1] المادة 64، المرسوم التنفيذي ،18-199، تنص على انه " 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، ....."

[2] المادة 64، المرسوم التنفيذي ،18-199، تنص على انه " ...، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقا لبنود اتفاقية التفويض."

[3] محمد سعيد حسين أمين العقود الإدارية، مصدر سابق، صـ 126 – 127 .

وفي مصـر لجأ المشـرع إلى أسـلوب الاسـترداد غير التعاقدي في إنهاء امتياز شـركة قناة السويس بموجب القانون رقم (285) لسنة 1956 [1].

ويتضمن هذا النوع من الاسترداد صدور قانون خاص يتضمن استرداد المرفق العام المحدد، ويمكن تطبيقه في حالات مختلفة، مثل عدم تنفيذ الاتفاقية بشـكل جيد أو لأسـباب أخرى متعلقة بالمصلحة العامة.

الفرع الثاني: نهاية عقود التفويض بالفسخ والاسقاط

يشير عقد التفويض إلى الاتفاق القانوني بين شخصين أحدهما من أشخاص القانون العام حيث يسـمح لشـخص المقابل بتمثيل الآخر واتخاذ القرارات نيابة عنه في الأمور المحددة في العقد. ومن الممكن أن ينتهي هذا العقد قبل انتهاء مدته، وذلك عن طريق فسخ العقد.

ويمكن أن يتم فسـخ عقد التفويض بأشـكال متعددة، حيث يمكن للطرفين المتعاقدين بشـأن عقد التفويض أن يتفقوا على إنهاء العقد بموجب اتفاق خطي يتم توقيعه من الطرفين، ويكون الاتفاق ملزمًا لهما، او بما اصـطلح عليه بالفسـخ الاتفاقي(1)، وعلى خلاف ذلك، يمكن لسـلطة مانحة التفويض أن تطلب الفسـخ بموجب القانون في حالة تعرضـها للتضـليل أو الخداع من قبل المفوض له، أو إذا لم يقم بأداء المهمة الموكلة إليه بالشكل الصحيح(2)، وفضلا على ذلك، يمكن لأي طرف في العقد أن يطلب الفسخ إذا لم يلتزم الطرف الآخر بالتزاماته المنصـوص عليها في العقد. ويطالب بالفسـخ بسـبب الإخلال بالتزامات العقد (3)، ومن ثم، يمكن للمفوض أو المفوض اليه أن يطلب الفسـخ بموجب القضـاء إذا تمت مخالفة بنود العقد من قبل الطرف الآخر، أو إذا تم إصـدار قرار قضائي يلزم بفسخ العقد(4).

1-الفسخ الاتفاقي :

الفسـخ الاتفاقي يختلف عن الاسـترداد التعاقدي في أنه يتم باتفاق بين الإدارة والمفوض إليه قبل نهاية مدة العقد، ولا يتطلب بالضـرورة أن يكون هناك عيب أو خطأ في أداء المفوض له للمهام الموكلة إليه. بمعنى آخر، يتم الفسخ الاتفاقي بسبب الاتفاق الكامل والتراضي بين الإدارة والمفوض إليه، وليس بسبب أي خطأ أو عيب في أداء المفوض إليه.

ومن الممكن أن يختلط الفسـخ الاتفاقي مع الاسـترداد التعاقدي بسـبب تداخل المصـطلحات، ولكن الفرق الرئيسـي هو أن الفسـخ الاتفاقي يتم بموجب تراض كامل بين الإدارة والمفوض إليه، بينما يتم الاسترداد التعاقدي بموجب الشروط المنصوص عليها في العقد. وبالنسبة لحق الإدارة في

[1] ابوبكر عثمان، مرجع سابق، ص 224.

الاسترداد، فهو حق أصيل ينبع من قواعد القانون والعدالة، وليس بالضرورة أن يكون متفق عليه في العقد. في حين أن الفسخ الاتفاقي يتطلب الاتفاق الكامل بين الإدارة والمفوض إليه.

بشكل عام، يمكن القول أن الفسخ الاتفاقي هو ثمرة لتراض كامل بين الإدارة والمفوض إليه، ويمكن أن يتم بدون وجود أي خطأ أو عيب في أداء المفوض إليه للمهام الموكلة إليه. ويعد هذا النوع من الفسخ هو الأكثر مرونة وسهولة في التنفيذ، ويتيح للإدارة والمفوض إليه فرصة إنهاء العقد بسلاسة دون أي مشاكل قانونية.

ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا المعنى من خلال المادة 65 من المرسوم التنفيذي 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام حيث تنص على أنه" 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.

تحدد كيفيات حساب التعويض لصالح المفوض له في اتفاقية تفويض المرفق العام.[1]"

وتعليقا عن هذه المادة بشأن الفسخ الاتفاقي في عقد التفويض، والذي يتم بناءً على اتفاق الطرفين المتبادل وإرادتهما، لم يتم تحديد حالات الفسخ الاتفاقي أو إجراءاته بشكل محدد في هذه المادة. وبما أن الفسخ الاتفاقي قد يرتب آثارا، فقد نصت المادة على أن يتم تحديد التعويض المناسب لصالح المفوض له في حالة فسخ العقد قبل أوانه، ويتم ذلك بناءً على اتفاق الطرفين المتضمن في بنود التعاقد في عقد التفويض.

وتماشيا مع ما تم ذكره، يجب أن يتم التأكد من تحديد هذه البنود بشكل واضح ودقيق في عقد التفويض، وذلك لتفادي أي خلافات قد تحدث بين الطرفين فيما يتعلق بتطبيق الفسخ الاتفاقي وآثاره. ويتعين على الطرفين الالتزام ببنود التعاقد والعمل بموجبها، وإذا كانت هناك حاجة للفسخ الاتفاقي، فعليهما التوصل إلى اتفاق متبادل حوله وتحديد التعويض المناسب للطرف المتأثر بفسخ العقد. وهذا يتطلب الشفافية والوضوح في الاتفاقية والالتزام بشروطها، وكذلك الحوار والتفاهم بين الطرفين فيما يتعلق بأي مسائل تتعلق بالفسخ الاتفاقي وما قد ينتجه من آثار.

2- الفسخ بموجب القانون:

الفسخ بقوة القانون هو إنهاء عقد التفويض بسبب استنفاذ محل للعقد[2]. في الواقع، ينص القانون عادة على شروط ومتطلبات معينة يجب توفرها حتى يكون هناك محل لعقد التفويض، مثل وجود سبب لإصدار التفويض، وتحديد صلاحيات المفوض بوضوح ودقة، وتحديد مدة العقد، وغيرها من الشروط.

[1] المادة 65، المرسوم التنفيذي رقم 199/18، السالف الذكر.
[2] علي الخطار، مصدر سابق، صـ 84.

وفي حالة عدم وجود محل للعقد، يجب أن يتم الفسـخ بحكم القانون، حيث يعتبر العقد باطلاً وغير قانوني، ويتم إنهاؤه تلقائياً. ويحدث ذلك بموجب المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية، والتي تحدد الشروط اللازمة لصحة العقد، بما في ذلك الشروط الواردة في القوانين والأنظمة ذات الصلة.

ويتم الفسـخ القانوني دون الحاجة إلى تدخل إضـافي من أي طرف، حيث يكون العقد باطلاً بموجب القانون ويتوقف العمل به تلقائياً. ومن المهم الإشـارة إلى أن الفسـخ القانوني يختلف عن الفسخ الاتفاقي. حيث يتم هنا الفسخ بسبب عدم صحة العقد وليس بناءً على اتفاق الأطراف أو طلب إحداها.

3- الفسخ بسبب الإخلال بالتزامات العقد:

إن الفسخ بالإرادة المنفردة للسلطة مانحة التفويض يمكن أن يكون نتيجة لإخلال المفوض له بالتزاماته التعاقدية، ويتمثل ذلك في أن السلطة المفوضة تحتفظ بالحق في فسخ العقد بموجب شرط ينص عليه العقد، او بما خولها القانون إياه، وذلك في حالة إخلال المفوض بالتزاماته التعاقدية.

ويمكن للسلطة المفوضة أن تستخدم هذا النوع من الفسخ كعقوبة ضد المفوض اليه الذي يخالف التزاماته التعاقدية، ويجب أن تتم الإجراءات المنصوص عليها في العقد وفي النظام القانوني المعمول به لضمان أن يتم فسخ العقد بشكل صحيح ووفقاً للشروط المتفق عليها في العقد.

خول **المشرع الجزائري** للسلطة مانحة التفويض صلاحية توقيع جزاء الفسخ بموجب الإرادة المنفردة دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي في حالة ثبوت ارتكاب المتعاقد معها لمخالفات جسيمة تؤدي إلى اختلال المرفق، أو تكرر إهماله، أو حال عجزه عن تسيير المرفق، وذلك بشرط أن يتم تطبيق هذه الجزاءات وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها.

يتم استخدام هذا النوع من الفسخ كعقوبة ترتب على الإخلال بالتزامات المفوض اليه التعاقدية ويجب على السلطة المفوضة أن تلتزم بالإجراءات القانونية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي السـالف الذكر، لضـمان صـحة ونفاذية الجزاء المفروض على المفوض له. ويجب أن يكون هذا الجزاء متناسباً مع الخطورة التي يتسبب بها الإخلال بالتزامات المفوض اليه.

يجب أن تكون الخروقات التي ارتكبها المفوض لها جسـيمة وتتسـبب في اختلال المرفق أو تكرر إهماله أو عجزه عن تسـيير المرفق بشـكل فعلي وملموس، ويتم تحديد ذلك بناءً على دراسـة تقنية واقتصادية دقيقة لحالة المرفق وأسباب انتهاك المفوض اليه لالتزاماته التعاقدية.

كما يجب أن تتم مراعاة مبدأ النسبية في اتخاذ الجزاء، حيث يجب أن يكون الجزاء المفروض متناسـباً مع الخروقات التي ارتكبها المفوض اليه، ولا يجوز أن يكون الجزاء غير متناسـب أو مفرطًا.

حيث قيد المشرع الجزائري ممارسة السلطة مانحة التفويض لحقها في الفسخ لسبب الاختلال في تنفيذ الالتزامات من طرف المتعاقد معها بمجموعة من الشروط قبل توقيعها هذا التصرف الذي يعد كما وضحنا آنفاً انه جزاء تتجلى فيما يلي:

- يجب أن تكون الخروقات التي ارتكبها المفوض لها جسيمة وتسبب في اختلال المرفق أو تكرر إهماله أو عجزه عن تسيير المرفق بشكل فعلي وملموس، ويتم تحديد ذلك بناءً على دراسة تقنية واقتصادية دقيقة لحالة المرفق وأسباب انتهاك المفوض لالتزاماته التعاقدية[1].
- كما يجب أن تتم مراعاة مبدأ النسبية في اتخاذ الجزاء، حيث يجب أن يكون الجزاء المفروض متناسباً مع الخروقات التي ارتكبها المفوض، ولا يجوز أن يكون الجزاء غير متناسب أو مفرطًا.
- كما يجب أن تتم إجراءات توجيه إعذارين للمفوض له لتدرك النقائص والاستدعاء وإعطاء المفوض فرصة للدفاع عن نفسه وتقديم توضيحاته قبل اتخاذ القرار بفسخ العقد.

وأخيراً، يجب أن يتم توثيق الخروقات والإجراءات المتبعة بشكل كامل ودقيق في ملف العقد والمحفوظات الإدارية لدى السلطة المفوضة، وذلك لتأمين الحقوق والحفاظ على الشفافية والنزاهة في إدارة المرافق العامة.

ومن زاوية أخرى، وبما أن عقد التفويض يمنح السلطة المفوضة مركزاً فريداً ومتميزاً، فإنه يلزمها أيضاً احترام بنود الاتفاقية التفويضية التي تم التوصل إليها مع المفوض إليه. ولا يجوز لها تجاوز هذه البنود إلا في حالات الضرورة التي تبررها المصلحة العامة. فإذا ثبت أن هذا التجاوز كان انحرافاً بالسلطة العامة، كمثال تعسف السلطة المفوضة في تعديل عقد التفويض، فللمفوض الحق في اللجوء إلى القاضي الإداري للمطالبة بفسخ عقد التفويض. فالمسؤولية الرئيسية للسلطة المفوضة هي تنظيم وإدارة المرفق العام، ولكنها ملزمة كذلك بالالتزام بالاتفاقية التفويضية وعدم الانحراف بالسلطة وعدم تجاوز تعديلاتها الحد المعقول الذي من شأنه ارهاق المتعاقد معها، وألا تخرج عن التزاماتها إلا في حالات محددة ومشروعة[2].

إن إقرار حق المفوض له في الطلب بفسخ عقد التفويض إذا ما ثبت خروج السلطة المفوضة عن الحدود المرسوم لها، يشكل ذلك ضمانة للمفوض له في مواجهة السلطة العامة بالأصل، وهو ما يبعث نوعا من الاطمئنان لدى المفوض له خاصة الخواص للتعاقد مع السلطة العامة. وفي حالة ما إذا ثبت تجاوز السلطة المفوضة لحدودها فإن للمفوض له طلب التعويض كذلك عن ذلك التعسف[3].

---

[1] المادة 64، من المرسوم التنفيذي، السالف الذكر

[2] BERBARI Mireille, BRIAND Serge, Op. Cit, p80.

[3] عصام صابرينة، مرجع سابق، ص 297.

إن إنهاء عقد التفويض لخطأ السلطة المفوضة يشير إلى إجراء يتخذه المفوض اليه لإنهاء العقد الموقع بينه وبين الجهة مانحة التفويض ، وذلك بسبب وجود خطأ مرتكب من قبل السلطة المفوضة.

يمكن أن يكون الخطأ الذي يؤدي إلى إنهاء العقد لخطأ السلطة المفوضة هو مثلاً الاستخدام الخاطئ للصلاحيات الممنوحة لها أو عدم اتباعها للإجراءات المحددة في العقد أو اتخاذها لقرارات خاطئة قد تؤدي إلى إلحاق الضرر الجسيم للمفوض اليه وتحميله ما لا يطيقه دون ان يكون منصوصا على ذلك في العقد.

وعادة ما يتم اللجوء إلى إجراءات قانونية لإنهاء العقد الموقع بين المفوض والجهة المفوضة في حالة وجود خطأ من جانب السلطة المفوضة، وقد يشمل ذلك مثلاً تحميلها بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تكبدها نتيجة للخطأ الذي ارتكبته، وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد الموقع بين الجانبين.

يجب أن تتم ملاحظة أن إنهاء عقد التفويض لخطأ السلطة المفوضة يخضع للضوابط والشروط المنصوص عليها في العقد، ولا يمكن إنهاء العقد بشكل تعسفي أو بدون سبب مشروع. ويجب أن يتم وفق الإجراءات وفقاً للقانون والأنظمة المعمول بها في الدولة التي يتم العمل بها.

4- الفسخ القضائي:

الفسخ القضائي هو إجراء قانوني يستخدم لإنهاء العقد قبل انتهاء مدته بطلب من إحدى الأطراف إذا كانت الشروط المتفق عليها في العقد لم يتم الامتثال لها من قبل الطرف الآخر. ومن هذا المنطلق، يمكن للمفوض اليه التوجه إلى القضاء لطلب الفسخ إذا كانت الإدارة قد تخلفت عن التزاماتها بطريقة تؤدي إلى انهيار التوازن المالي للعقد، بما يفوق إمكاناته الاقتصادية والفنية.

لذا يحق لمن يتعاقد مع الإدارة سلوك الطرق القضائية بعد توجيه اعذار للإدارة للمطالبة بفسخ العقد مع التعويض عما اصابه من ضرر.[1]

ومن الجدير بالذكر أن هذا النوع من الفسخ القضائي يتطلب دليلًا قويًا وواضحًا على إخلال السلطة المتعاقدة بالتزاماتها في العقد. عادةً ما يتم اللجوء إلى خبراء ماليين لتقديم تقييم للوضع المالي للعقد وتحديد ما إذا كان الإخلال بالالتزامات تسببت في خسائر مالية كبيرة للمفوض إليه.

يجب على المفوض اليه اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر قضائي يصدر بفسخ العقد، وبعد ذلك، يتم إنهاء العقد ويتم تحديد التعويض المناسب للمفوض إليه، إذا كان ذلك ممكنًا. ويمكن أيضًا أن يتم اللجوء إلى القضاء للحصول على تعويض عن الأضرار التي تسبب فيها الطرف الآخر بسبب الإخلال بالتزاماته في العقد.

---

[1] سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الاداري قضائياً لخطأ الإدارة، ص 20 وما بعدها.

5-الاسقاط:

لقد تم التطرق من طرف الباحث لموضوع الإسقاط آنفا، مبينا مفهوم اسقاط عقد التفويض، وشروط تطبيقه، ضمن قسم الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المفوض اليه، وذلك في حالة الاخلال بالتزاماته التعاقدية بشكل جسيم. وبما أن الإسقاط هو جزء من هذه الجزاءات، ويرتب نهاية العقد ، فقد تم شرحه والتطرق اليه بشكل مفصل وشامل.

المطلب الثاني: تصفية عقد تفويض المرفق العام

تصفية عقد تفويض المرفق العام تعني إنهاء العقد التي تم توقيعه بين الجهة المفوضة والشخص المكلف بإدارة المرفق العام وتنتهي بالتالي المهام المناطة به، سواء كانت هذه المهام تشمل الإدارة الكاملة للمرفق العام أو جزءًا منها.

وعليه، تخضع التصفية للضوابط والشروط المنصوص عليها في العقود الموقعة بين الجانبين، وقد تشمل هذه الشروط مثلاً الإجراءات المتبعة لإنهاء العقد والمدة الزمنية اللازمة لذلك، وكذلك التزام المفوض اليه بتقديم كافة البيانات والتقارير المالية والإدارية اللازمة لإتمام عملية التصفية.

تعد عملية تصفية عقود تفويض المرفق العام من العمليات الحساسة، حيث يتعين على الجهة المفوضة والمتعاقد معها العمل بشفافية ونزاهة للتأكد من أن جميع الالتزامات المالية والقانونية قد تم الوفاء بها، وأن جميع المستحقات المتبقية والمديونيات قد تم تسويتها بالشكل المناسب.

يجب أن يتم تنفيذ عملية التصفية بشكل واضح وبما يتفق مع الأنظمة واللوائح المعمول بها في الدولة محل التفويض، ويجب أن تتم بالتنسيق مع الجهات الحكومية المختصة والمراجع المالية. كما يجب الإشارة إلى أن تصفية العقود قد تحتاج إلى فترة زمنية تتناسب مع حجم وتعقيد المرفق العام المشمول بالتفويض وطبيعة العمليات التي يتم تنفيذها، وتحتاج في بعض الأحيان إلى متابعة ورصد مستمر لعدة شهور .

إن عقد تفويض المرفق العام يعد إحدى العقود الهامة والحساسة نظراً للأموال الباهظة والأدوات المستعملة في استثمار وإدارة المرفق العام محل التفويض. ففي هذا النوع من العقود، تتمكن الجهة المفوضة تكليف شخص بإدارة المرفق العام، سواء كان ذلك للإدارة الكاملة للمرفق أو جزء منه.

وبما أن هذا العقد ينطوي على استخدام أموال كبيرة وأدوات تكنولوجية حديثة لإدارة المرفق العام، فإنه يمثل تحديًا كبيرًا في حالة انتهائه سواء كان ذلك بطريقة عادية أو غير طبيعية، فإن ذلك يمكن أن يثير التساؤل بشأن مصير الأموال والأدوات المستخدمة في إدارة المرفق العام(الفرع الأول)، وبالتالي يجب اتخاذ إجراءات سريعة وفعالة لتأمين تلك الأموال والأدوات وتوجيهها إلى الأغراض الصحيحة.

وبالإضـــافة إلى ذلك، يجب أن تتم تســـوية الحســـابات(الفرع الثاني) بين الملتزمين والإدارة بشكل دقيق وشفاف، وتوفير كافة البيانات والتقارير المالية والإدارية اللازمة لإتمام عملية التصفية بطريقة ســـليمة. وبذلك، فإن نهاية عقد التفويض الإداري تتطلب الكثير من الحذر والدقة لتجنب أي مشاكل أو خسائر مالية أو إدارية. وسنناقش الفرعين تباعا.

الفرع الاول: مصير الأموال والأدوات المستخدمة في إدارة المرفق العام

ســعيا لاســتغلال واســتثمار وإدارة المفوض اليه للمرفق العام محل التفويض، فإنه يحتاج إلى الاستعانة بأنواع مختلفة من الأموال لتسيير واستغلال المرفق بكفاءة. وتتضمن هذه الأموال بعض العقارات مثل المباني والقنوات ومحطات سكك الحديدية، إضـافة إلى بعض الممتلكات المتنقلة مثل الآلات والمعدات اللازمة لتشغيل المرفق، وكذلك محلات والسيارات وغيرها.

حيث تختلف ملكية هذه الأموال بين المملوكة للمفوض له وبعضـــها الاخر تســـلمها الســـلطة المفوضـة له، وهذا يجعل نهاية عقد التفويض موضـوعًا للتحديات فيما يتعلق بتسوية الحسابات بين الطرفين، وتحديد ما يتعين تحويله من الأموال المملوكة للمفوض له وتلك التي يجب إعادتها للسلطة المفوضة. ويتطلب ذلك اتباع إجراءات دقيقة لتجنب أي مشاكل في تصفية العقد.

تشـــمل اتفاقية تفويض المرفق العام العديد من الالتزامات الهامة، ومن بينها التزام المفوض اليه بتحويل جزء من الأموال المملوكة له إلى الدولة بصـــورة دورية. وتأتي هذه الالتزامات في إطار تقديم التقارير والحســابات للجهات المعنية وضــمان توفير الأموال اللازمة لتشــغيل وصــيانة المرفق العام.

ونتيجة لذلك، يتم تحويل هذه الأموال بطريقة وجوبية ومجانية (1)، وتكون محددة مسـبقا في الاتفاقية الموقعة بين المفوض له والدولة المالكة للمرفق العام. ويتم ذلك عقب نهاية العقد المبرم بين الطرفين، وذلك لضمان استمرارية عمل المرفق وتوفير الخدمات اللازمة للمجتمع.

وفضـلا عن ذلك، تتضـمن اتفاقيات تفويض المرفق العام أيضـاً نوعاً من الأموال التي يحتفظ بها المفوض له، وتعود عائداتها إليه بشكل حصـري، إلا أنه يتم الاتفاق على حق السلطة المفوضـة في الحصول على ما يمكن ان تحتاجه من هذه الأموال عن طريق شرائها منه، وذلك لتوفير الموارد اللازمة لتسـيير واسـتغلال المرفق العام (2). وعلاوة على ذلك، يوجد نوع ثالث من الأموال وهي المملوكة بشكل حصـري للمفوض له وتعرف بالأموال الخاصـة (3)، حيث يحتفظ بها دون الحاجة إلى تسليم جزء منها للسلطة المفوضة، ويستخدمها بحرية وفق الاحتياجات المتغيرة له.

1: الأموال التي تؤول ملكيتها للدولة وجوبيا ومجانا

إن الأموال التي تؤول إلى الدولة مجانا يمكن أن تكون مملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية ، ويمكن أن يكون المفوض إليه هو الذى قام بها أو اكتسبها اثناء تنفيذ عقد التفويض، وهذه الأموال بقسميها تشكل جزءا ، منذ البداية ، من الأموال العامة للسلطة المفوضة ، حتى ولو كانت الأموال التي قام بشرائها المفوض إليه ، يمكن أن تكون قابلة للاستهلاك ؛ إن انتفاع المفوض إليه بهذه الأموال ، لا يتم استنادا إلى الاعتراف له بحق خاص ، وإلا كان ذلك يعنى أنه مالك لها ، وإنما استنادا إلى سلطات آلت إليه من عقد التفويض بصفته مسؤول عن الأعمال[1].

يمثل الأصل في أن تقتصر هذه الأموال بالعقارات التي يتم استغلالها في المشروع، مثل الأراضي والعقارات التي تم تخصيصها لهذا الغرض. ومع ذلك، فإن ذلك لا يمنع من إمكانية إدراج بعض الممتلكات الأخرى في هذه القائمة والتي قد تشمل على سبيل المثال لا الحصر المنقولات، مثل، العربات في مرفق النقل بالسكك الحديدية، وذلك حسب ما يتضمنه العقد[2].

تفترض الأيلولة المجانية لهذه الأموال على أساس أن المتعاقد منح له الوقت الكافي لاستهلاك عمرها الإنتاجي وتحقيق جانب من الأرباح، وفي حالة ما إذ قامت السلطة المفوضة باسترداد المرفق قبل نهاية مدة التفويض ففي هذه الحالة تلتزم بتعويضه لأن الوقت يكون غير مسعفا له لاستهلاك ثمنها[3].

وهذه الأموال هي تلك التي تشكل جزءا لا يتجزأ من الاستغلال، وذلك لأن سبب أيلولة هذه الأموال هو ضرورة استمرار سير المرفق العام[4].

يتعين على المفوض اليه المسؤول عن المرفق العام الالتزام بتحويل الأموال المتعلقة بتشغيل المرفق وصيانتها وتحديثها، والحرص على أن تكون بحالة جيدة وصالحة للاستعمال، إلى السلطة مانحة التفويض. ويتم هذا التحويل عادة بانتظام وفقًا لجدول زمني محدد، وباستخدام الإجراءات والآليات المناسبة لضمان سلامة وشفافية العملية5.

بشكل عام، يجب على المفوض اليه، المسؤول عن المرفق العام، الالتزام بصيانة الأموال التي يتم تحويلها إلى السلطة المفوضة، وبحالة جيدة وصالحة للاستعمال، وذلك طوال مدة التفويض الممنوح له. وتشمل هذه الصيانة جميع الإجراءات اللازمة للحفاظ على سلامة الأموال وعدم تلفها أو فقدانها.

وفي حالة مخالفة المفوض لهذا الالتزام "صيانة الأموال"، فإن السلطة المفوضة لها الحق في اتخاذ إجراءات قانونية ضده، حتى ولو لم ينص عليها دفتر الشروط أو العقد. ويمكن أن تشمل هذه الإجراءات إلغاء التفويض الممنوح له، وتعيين مفوض جديد، وفرض عقوبات مالية عليه، أو اتخاذ

---

[1] محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 236.
[2] مروان محي الدين القطب مرجع سابق، 149
[3] حمادة عبد الرازق حماده النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 917.
[4] محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 236.
[5]

أي إجراءات قانونية أخرى تتناسب مع الخطورة والتأثير الناتج عن مخالفته للالتزام بصيانة الأموال.

ويهدف هذا الالتزام بصيانة الأموال إلى ضمان استمرارية توفير الخدمات العامة للمواطنين والحفاظ على جودتها، وتحسين الثقة العامة في السلطة المفوضة بإدارة المرفق وفي المرفق نفسه.

بشكل عام، فإنه في نهاية فترة التفويض، يعود الحق في الأموال المحولة إلى السلطة المفوضة ، وذلك بدون أن تكون ملزمة بتعويض المفوض له عن أي تكاليف أو مصاريف قام بها في سبيل صيانة وإدارة تلك الأموال.

ومع ذلك، يمكن لدفتر الشروط أو العقد المبرم بين المفوض اليه والسلطة المفوضة تحديد بنود خاصة تتعلق بإعادة الأموال في نهاية فترة التفويض. على سبيل المثال، يمكن تحديد الحالات التي يتعين فيها على المفوض له إعادة جزء من الأموال إلى السلطة المفوضة.

يهدف هذا الالتزام بإعادة الأموال إلى السلطة المفوضة إلى تحقيق المساءلة المالية والمصداقية والشفافية في إدارة المرفق العام، وضمان عدم تعرض الأموال المحولة إلى المفوض له للاستخدام الخاطئ أو الإهدار.

وذلك تطبيقا للقاعدة التي مفادها بأن كل ما يؤول إلى الإدارة وجوبيا يؤول إليها مجانا، وتتجه أغلب التشريعات إلى تضمين نصوصها القاعدة المتقدمة[1].

وقد تضمنت بعض قوانين الالتزام الصادرة حديثا **في مصر** هذه القاعدة العامة . فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم 3 لسنة 1997 ، في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، على أنه تؤول إلى الدولة وفي نهاية الالتزام المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ، ومنشآت واجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال " . وتطبيقا لذلك ، نصت المادة 3/د/1 من عقد التزام انشاء مطار "مرسى علم" على أن يلتزم الطرف الثاني بتسليم المطار بكافة الانشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك دون مقابل، وبحالة جيدة صالحة للاستخدام والتشغيل[2].

من جانبه أكد **المشرع الجزائري** على هذا النهج في القوانين المتعلقة بتفويض المرافق العامة لإدارة الأموال المستحقة للدولة بنهاية فترة التفويض. ويشمل ذلك قانون المياه الذي يحدد بوضوح أن جميع المعدات والوسائل اللازمة لتوزيع المياه الصالحة للشرب، بما في ذلك أنابيب التوزيع،

[1] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 308.
[2] محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 237.

تُعتبر جزءاً من الأملاك التي يجب إعادتها إلى السلطة المفوضة بعد انتهاء فترة التفويض أو الامتياز، ويجب أن يتم ذلك بدون أي مقابل[1].

يتعين على المفوض اليه إعادة كل المنشآت والهياكل التي تم بناؤها أو استخدامها كجزء من الامتياز بحالة سير جيدة.

يتم تحديد طريقة إعادة هذه المنشآت والهياكل بشكل واضح في العقد المبرم بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة. قد يكون من الضروري إزالة هذه المنشآت والهياكل بالكامل، أو يمكن تركيبها بشكل دائم في الموقع. وبشكل عام، تشتمل هذه الإجراءات على تفكيك المنشآت، وإعادة استعمال بعض المواد، وإزالة المواد الأخرى بشكل آمن ومستدام.

يتم اتخاذ هذه الخطوات لضمان أن السلطة المانحة للامتياز لا تواجه أي مسؤوليات أو تكاليف متعلقة بما تركه صاحب الامتياز بعد انتهاء صلاحية الامتياز. بالتالي، يجب على صاحب الامتياز التعاون بشكل كامل مع السلطة المانحة لضمان أن يتم إعادة المنشآت والهياكل بشكل سليم ودون أي ضرر للبيئة أو المجتمع المحلي. حيث اكد المشرع الجزائري من خلال تنظيم له على أنه: «**عند انقضاء الامتياز، يتعين على صاحب الامتياز أن يعيد للسلطة المانحة الامتياز كل المنشآت والهياكل التي هي جزء من الامتياز في حالة سير عادية .**[2] »

وعلى نفس الاتجاه سار المرسوم التنفيذي المحدد لكيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز بنصه على ان: «أملاك العودة: الأملاك الضرورية للمرفق المتنازل عنه لتوزيع الكهرباء أو الغاز والتي يجب أن تعاد ملكيتها أو التصرف فيها حتما إلى الدولة عند انتهاء مدة الامتياز ...".[3]

---

[1] تنص المادة 17 من قانون رقم 05-12، على أنه: "تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز واستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص." وتفسيرا لذلك، على أن المنشآت والهياكل الاصطناعية التي تعتبر ملكاً للدولة وتستخدم في إنتاج وتوزيع المياه، سواء كانت تحت التشييد أو تم بناؤها بالفعل، حيث تُعتبر هذه المنشآت والهياكل جزءًا من الأملاك العمومية الاصطناعية للدولة التي يجب إعادتها إليها بعد انتهاء فترة الامتياز أو التفويض التي كانت محلا لاستغلال هذه المنشآت والهياكل من قبل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون العام أو الخاص.
ويتم تحديد هذه المنشآت والهياكل وفقًا للعقود المبرمة بين الشخص المفوض والدولة، وتكون جزءًا من الأصول التي تنتقل إلى الشخص المفوض خلال فترة الامتياز أو التفويض. ولكن بمجرد انتهاء فترة الامتياز أو التفويض، يتم إعادة هذه المنشآت والهياكل إلى الدولة بدون أي مقابل.
وبالتالي، فإن الهدف الرئيسي من هذه المادة هو حماية ملكية الدولة على المنشآت والهياكل التي تستخدم في إنتاج وتوزيع المياه، وتحديد حقوق الدولة في هذه الممتلكات. وتعد هذه المادة جزءًا من إطار قانوني يهدف إلى ضمان استغلال مستدام للموارد المائية وتعزيز الشراكة بين القطاع العام والخاص في هذا المجال.

[2] المادة 05، من المرسوم التنفيذي رقم 08 - 53 مؤرخ في 2 صفر عام 1429 الموافق 9 فبراير سنة 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به.

[3] المادة 02، مرسوم تنفيذي رقم 08 - 114 مؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 9 أبريل سنة 2008 يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته.

تعني "أملاك العودة" أو "الأملاك العائدة" باللغة القانونية، الأملاك أو العقارات التي يتم استخدامها من قبل الشركات أو المؤسسات العاملة في مجال توزيع الكهرباء أو الغاز، والتي تحتاج إليها لتشغيل شبكاتها وأنشطتها الأساسية.

وبموجب شروط الامتياز، يتم تحديد فترة زمنية لتشغيل الشركة أو المؤسسة في منطقة محددة، وعند انتهاء فترة الامتياز، يتعين على الشركة أو المؤسسة إعادة الأملاك العائدة أو التصرف فيها بموجب الاتفاق المبرم مع الدولة.

وتتضمن الأملاك العائدة عادة الأراضي والمباني والأجهزة والمعدات اللازمة لتشغيل الشبكات والأنشطة الأساسية لتوزيع الكهرباء أو الغاز، ويتم تحديد قيمة هذه الأملاك والإجراءات المتعلقة بتصرف فيها في العقد المبرم بين الشركة أو المؤسسة والحكومة أو الهيئة المانحة للامتياز.

وتهدف هذه الإجراءات إلى ضمان استمرارية توفير الخدمات الأساسية للمواطنين في المناطق المشمولة بالامتياز، وحماية حقوق الدولة في الأملاك العائدة التي يتم استخدامها بموجب الامتياز.

وفي ذات السياق يعد المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام مصدرا قانونيا مهما يؤكد صحة تكريس المشرع الجزائري على ايلولة الأملاك بعد انقضاء عقد التفويض، ويؤكد على أنه بانتهاء مدة تفويض المرفق العام، يتم إنهاء الاتفاقية بين المفوض اليه والادارة وتصبح جميع الاستثمارات والممتلكات التابعة للمرفق العام ملكا للشخص المعنوي العام أي الدولة.

وتأتي هذه القاعدة ضمن سياق مساعي الدولة لحماية مصالحها وتأمين استمرارية تقديم الخدمات العامة المهمة للمواطنين، حيث يعد المرفق العام من أهم المرافق العامة التي تؤمن الدولة عموم المواطنين بخدمات أساسية مثل الكهرباء والماء، والصرف الصحي ،والنقل العام ،وغيرها. وأن ايلولة الممتلكات والاستثمارات التابعة للمرفق العام محل التفويض تعود بشكل أساسي إلى الدولة، وذلك بغرض ضمان استمرارية توفير الخدمات العامة والحفاظ على المصالح العامة للمجتمع.

كما تم تأكيد هذه القاعدة في المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام، وذلك بالتحديد في مادته 65 إذ جاء فيها: « تنتهي اتفاقية تفويض المرفق العام بانتهاء مدة التفويض وتنتهي بالفسخ، وتصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد تفويض المرفق العام، ملكا للشخص المعنوي العام».[1]

[1] المادة 65، المرسوم التنفيذي، السالف الذكر.

واستنادا لما سبق من نصوص قانونية وبما لا يبدع مجالا لشك، يتضح أن المشرع الجزائري اعتمد صـــراحة أيلولة جميع الاســـتثمارات والممتلكات التابعة للمرفق العام بمجرد انتهاء تفويض المرفق العام بحيث تصبح ملكا للسلطة المفوضة، ويجب أن يتم استرجاعها من صاحب التفويض.

وتأتي هذه القواعد القانونية ضـــمن ســـياق محاولة الدولة لحماية مصـــالحها والحفاظ على اســـتمرارية تقديم الخدمات العامة للمواطنين. وتحقق هذه القواعد من خلال إعادة الملكية لجميع الممتلكات والاســـتثمارات التابعة للمرفق العام إلى الدولة بعد انتهاء فترة التفويض، مما يضـــمن استمرارية توفير الخدمات العامة للمواطنين والحفاظ على المصالح العامة للمجتمع.

ومع ذلك ، فإنه يجوز أن يتضـــمن العقد نصـــاً مؤداه ، أن بعض الأموال يمكن أن تؤول إلى الدولة اختياريا ، أي في حالة ما إذا اختارت الإدارة عودة هذه الأموال إليها . وهذا الشرط ، يسمح للإدارة أن تتجنب أيلولة أموال إليها ، قد تكون غير قابلة للاســـتعمال . وفي هذه الحالة ، يلتزم الملتزم أو المستأجر أن يزيلها على نفقته دون تعويض[1].

وفي هذا المعنى يؤكد مجلس الدولة في مصـــر ان القانون رقم 129 لســـنة 1947 بالتزامات المرافق العامة، لا يتضمن نصا صريحا يقضى بأيلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام إلى الدولة بدون مقابل عند انقضـــاء مدة الامتياز ، ويتعين الاتفاق عليها ســـلفاً بين الســـلطة مانحة الالتزام والملتزم ، ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان ، ما لم يقم على ذلك نص في عقد الالتزام[2].

2: أموال تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل

تعد من قبيل الأموال التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل تلك الأموال الموظفة والمملوكة للمفوض له أثناء التفويض، وتعد جزءا لا يتجزأ من المرفق العام ومكملة له، غالبا ما تنصـــب على منقولات المرفق العام، لكن لا يوجد مانع من أن يتضـــمن عقد تفويض تســـيير المرفق العام نصـــا بأيلولة الأموال العقارية بمقابل[3]. ومن المفترض أن تكون هذه الأموال ملك المفوض له، ولكن في حال انتهاء مدة التفويض، فإن الســـلطة المانحة للتفويض قد ترغب في الاحتفاظ بهذه الأموال وذلك عن طريق دفع ثمنها. ويتم تحديد هذه الأموال في اتفاقية التفويض وتوصـــف بأنها الأموال القابلة للتمليك، وهي عادة تتمثل في المنشـــآت والموجودات التي يتم إدارتها بالنيابة عن الســـلطة المانحة للتفويض. ويتم تحديد قيمة هذه الأموال في اتفاقية التفويض بما يتماشـــى مع قيمتها الحقيقية وفقًا للظروف المحيطة بها[4].

فكيف يتم تحديد المقابل في حالة أيلولة هذه الأموال؟

---

[1] محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 238.
[2] محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 238.
[3] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 310.
[4] GLASER Emmanuel, Op. Cit, p p 53.

يجيب الدكتور محمد عبد اللطيف على هذا التساؤل بأن العقد يحدد عادة أسس هذا المقابل . وفي الشأن ، يمكن اللجوء إلى إحدى طريقتين [1]:

أما الطريقة الأولى ، وهى التي تتم عادة ، فإن تقدير الأموال يتم لحظة الاسترداد، أي عند نهاية الالتزام أو الايجار ، أو في لحظة الشراء ، أو في أي وقت يتم فيه الاسترداد ولو قبل انتهاء مدة الالتزام والايجار . ويرجع في تقدير قيمة الأموال إلى أهل الخبرة. فالثمن يتحدد وفقا للقيمة السوقية للأموال .

أما الطريقة الثانية ، فهي تقدير قيمة الأموال وفقا لقيمة الاستثمارات الأولى مخصوما منها الاستهلاكات التي تحققت . ومعنى ذلك ، أن يكون أساس التقييم هو القيمة الأساسية للمال ، أي التكاليف التي انفقها الملتزم أو المستأجر من أجل الحصول أو اقامة هذه الأموال ، ثم يتم خصم وحدة تمثل الاستهلاك العادي ، وهذه الوحدة تتضاعف بعدد السنوات التي انقضت منذ تاريخ الاستثمار . وهذا ما يعرف باسم الثمن بعد خصم الاستهلاك prix de revient

3: أموال تبقى ملكيتها للمفوض له

ونتحدث هنا عن الأموال الخاصة ، والمفترض فيها بقاؤها ملكاً للمفوض لها عند نهاية مدة التفويض، ولا يجب الخلط بينها وبين الأموال العامة، ولما كان ذلك، فإن هذه الأموال الخاصة قد تكون مستقلة عن المرفق العام، وقد تكون مخصصة له، ولكنها لا تشكل جزء لا يتجزأ من المرفق العام ، مثل المنقولات وغيرها من الأصول الثابتة.

ومن الجدير بالذكر أن المفهوم المذكور يتعلق بالنظام الاقتصادي والمالي للدولة، ويهدف إلى تحديد ما يعتبر من الأموال الخاصة وما هو من الأموال العامة، وذلك لتحقيق الشفافية والنزاهة في إدارة المال العام، وتعزيز مبدأ المساءلة والمحاسبة على استخدام الأموال العامة.

وتحديد تلك الطائفة من الأموال يلجأ فيه إلى طريقة سلبية بمعنى أن كل ما لم يرد النص على أيلولته للإدارة في العقد يبقى ملكا للملتزم. فعقد الامتياز يحدد الأموال التي تؤول إلى الإدارة عند انقضاء مدة الامتياز، وكل ما لم يدرجه العقد في تلك الطائفة يبقى ملكا للملتزم ولا تنص عقود الالتزام عادة على مفردات الأموال التي تؤول إلى الدولة عقب انقضاء العقد، وإنما يجرى التقليد في فرنسا على النص على أن تؤول إلى الدولة - مجانا أو بمقابل- الأموال التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق، لذا يجرى الفقه الفرنسي التفرقة بين فرضين[2]:

-عندما تكون تلك الأموال جزء مكملاً ومتمماً للالتزام فإن هذه الأموال تكون تابعة للالتزام، وتؤول إلى الدولة بمقابل أو بدون مقابل حسبما يتفق عليه في العقد

[1] محمد عبد الطيف، مرجع سابق، ص 240
[2] حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 919.

-عندما لا تكون الأموال المادية جزء مكملاً ومتمماً للالتزام فإن هذه الأموال تبقى ملكاً للملتزم

وعلى هذا الأساس يبقى ملكا للملتزم ما يلي :

أ- الأموال التي يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ومنفصلة عنه.

ب - الأموال التي لا تعتبر كلاً لا يتجزأ عن المشروع الأساسي للامتياز ، ومثال ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي مكاتب الإدارة الخاصة بالمشروع [1].

إن الأموال الخاصة المملوكة للمفوض له يمكن أن تكون منقولة كما يمكن أن تكون على شكل عقارات ويمكن لسلطة المفوضة شراءها في حالة موافقة المفوض له[2] . إذا كانت تسمح بذلك القوانين واللوائح المعمول بها في الدولة التي يعمل بها المفوض له. ومن المهم أن تكون عملية شراء الأموال الخاصة للمفوض له بموافقة صريحة ومكتوبة منه، ويجب أن يتم ذلك بطريقة شفافة وفي إطار الإجراءات القانونية اللازمة. وعادة ما توفر القوانين المعمول بها بعض الضمانات لحماية حقوق المفوض له، مثل تحديد سعر الشراء بناء على تقييم مستقل وموثوق به لقيمة الأصول، وإجراءات احترازية لضمان عدم تعارض المصالح بين المفوض له والسلطة المفوضة.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تنظيم له على انه: «عند نهاية الامتياز، يمكن الدولة، عندما تتضح ضرورة الإبقاء على استغلال المحطة الجوية او الخط الممنوح، شراء المؤسسة الخاضعة للقانون وفي حالة الاختلاف حول مبلغ التعويضات، تبت في الأمر الجهة القضائية المختصة "[3].

الفرع الثاني: تصفية الحسابات بين السلطة المفوضة والمفوض له

بمجرد انتهاء العقد الذي يتضمن تفويضًا من قبل السلطة المفوضة، سواءً بانتهاء مدته أو إلغائه قبل موعده، يتم تنفيذ اثنين من الإجراءات الهامة. الأول هو تصفية الأموال المتبقية، والثاني هو تصفية العلاقات المالية بين السلطة المفوضة والمفوض له، بما في ذلك التعامل مع الديون والحقوق المتبادلة بينهما. على الرغم من أن المفوض له يحصل على تعويض مالي يعتمد بشكل أساسي على أدائه خلال فترة التفويض "نتائج الاستغلال" ، فإن هذا لا يمنع وجود علاقات مالية بينه وبين السلطة المفوضة تقتضي التسوية. علاوة على ذلك، غالبًا ما يتم تضمين بند في دفاتر الشروط ينص على أنه في حالة انتهاء الاتفاقية، يتم تصفية الحسابات بين الأطراف.

---

[1] حمادة عبد الرزاق، نفس المرجع، ص 919.
[2] عصام صبرينة، مرجع سابق، ص 311.
[3] المادة 119، قانون رقم 98-06 يحدد القواعد العامة المتعلقة بطيران المدني في الجزائر أحكام عامة ترقيم الطائرات وجنسيتها حجز الطائرات ورهمها وامتيازاتها المطارات والمحطات الجوية إرتفاقات الطيران قواعد حماية الاملاك التابعة للمطار الملاحة الجوية والارصاد الجوية.

يتم خلال إجراءات تصـفية العلاقات المالية بين الطرفين، الأخذ بعين الاعتبار التعويضـات المستحقة نتيجة الأخطاء التعاقدية التي يقع فيها أحد الطرفين، مثل الإهمال في صيانة المنشآت، أو الفسخ الجزائي غير المشروع[1].

إن اجراء التسوية المالية بين السلطة المفوضـة والمفوض إليه يخضـع لعدة مبادئ أساسية . وفي هذا الشأن ، يمكن أن نشير إلى المبادئ الثلاث الآتية[2]:

المبدأ الأول ، فمؤداه أن التسوية المالية تخضع للشروط الواردة في العقد وهذه الشروط ذات طبيعية عقدية ، ولا تتعلق بتنظيم المرفق ، وبالتالي لا يجوز للإدارة تعديلها من جانب واحد.

أما المبدأ الثاني ، فمؤداه أن التسـوية المالية تتم وفقا للنية المشـتركة للأطراف المتعاقدة ، وذلك بالتفسير والتطبيق الضيق للشروط التي تتعلق بالتسوية المالية.

وأما المبدأ الثالث ، فمؤداه أن التسـوية المالية تتطلب من المفوض إليه أن يقوم بتقديم الحسابات ، مثل حسابات الاستثمارات الأولى وحساب الاستغلال . وتقديم الحسابات أمر وجوبي ، حتى ولو لم يقرر العقد ذلك.

في جميع الحالات تحدد اتفاقية التفويض مصـير الأموال التي تؤول مجانا إلى السـلطة المفوضـة، وما عداها يبقى مملوكا للمفوض له، مالم يحتفظ مانح التفويض بحقه في شـرائها بنص خاص وصريح في اتفاقية التفويض.[3]

[1] محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 242.

[2]

[3] حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 922.

خاتمة

خاتمة:

تعد التجربة الفرنسية في إدارة واستثمار المرافق العامة من بين أهم التجارب الناجحة في هذا المجال، إذ بدأت هذه العمليات في القرن الثامن عشر وشملت العديد من الدول حول العالم، بما في ذلك شمال إفريقيا. مثل الجزائر والمغرب وتونس. وقد لعبت هذه التجربة دورًا حاسمًا في تحقيق التقدم والازدهار في هذه الدول، حيث ساهمت في تطوير وتحسين البنية التحتية وتوفير الخدمات الأساسية للمجتمعات المحلية.

وبناءً على أهمية هذه التجربة، تعين علينا النظر في النظام القانوني لتقنية التفويض باعتبارها العنوان الأنسب لدراسة عمليات إدارة واستثمار المرافق العامة. وتتمثل هذه التقنية في إتاحة الصلاحيات والمهام المحددة للجهات الخاصة في الإدارة والتشغيل، مما يتيح لهم اتخاذ القرارات اللازمة وتنفيذها بكفاءة وفعالية. وتعد هذه التقنية أحد الأساليب الرئيسية التي يمكن استخدامها لتحسين جودة الخدمات العامة وتعزيز كفاءة استغلال الموارد المتاحة.

ومن خلال دراسة مقارنة لتجارب العديد من الدول في مجال إدارة واستثمار المرافق العامة باستخدام تقنية التفويض، يمكننا التعرف على أفضل الممارسات والتقنيات المتاحة في هذا المجال، وتبادل الخبرات والمعرفة لتعزيز النجاح وتحقيق التطور في مجال إدارة المرافق العامة.

ولقد توصل الباحث في هذه الدراسة إلى أن العمليات التي تشمل الإدارة والاستثمار في المرافق العامة يمكن أن يكون مرتبطا بتقنية التفويض، والتي تعد مصطلحًا حديثًا يتم استخدامه في إطار سياسة تحديث المرافق العامة. وتعتمد هذه التقنية على العناصر المشروطة لإنجازها، بما في ذلك القواعد والمبادئ التي تتبعها.

وبفضل هذه العناصر المشروطة، باتت تقنية التفويض تشكل فئة قانونية مستقلة، وتمتاز بنظامها القانوني الخاص، الذي يختلف عن العديد من المفاهيم والنظريات الأخرى، وخاصة النظرية العامة للعقود الإدارية. ويمكن القول إن هذه التقنية أصبحت جزءًا أساسيًا من استراتيجية تحسين إدارة المرافق العامة في التشريعات المقارنة، حيث تتيح تحسين جودة الخدمات العامة وتعزيز كفاءة استغلال الموارد المتاحة.

وقد تم التوصل إلى مجموعة من النتائج التي يمكن إيجازها فيما يلي:

- من خلال تطوير وتحسين النظام القانوني لتقنية التفويض، يمكن تعزيز دور المرافق العامة في تحقيق التنمية المستدامة، وتحسين مستوى الحياة للمجتمعات المحلية. وتشكل دراسة وتحليل مفهوم التفويض وتأثيره على إدارة المرافق العامة أحد المجالات الرئيسية التي يمكن أن تساهم في تحقيق هذه الأهداف.

- لقد أظهرنا في دراستنا أن تقنية التفويض تختلف عن غيرها من الوسائل التي تستخدم لتحقيق المرفق العام. فعلى سبيل المثال، لا ينبغي أن نعتبر أن كل عملية تستهدف تحقيق المرفق

العام تقع تحت مضلة تقنية التفويض، لأنه يجب على هذه العمليات أن تلبي عددًا من العوامل والمتطلبات الأساسية.

بشكل أكثر تحديدًا، تقنية التفويض تتميز بأنها تتضمن عوامل محددة تتيح تحقيق الأهداف المرجوة. فمن بين هذه العوامل: التحقيق الفعلي لعائدات مرتبطة بالاستثمارات، وضرورة وجود رقابة فعالة واستقلالية في تنفيذ الأنشطة المتعلقة بالمشروع، وتوفير فرصة للمنتفعين بالمشروع للتعبير عن آرائهم وملاحظاتهم.

علاوة على ذلك، فإن تقنية التفويض تتطلب تحديدًا لدور ومسؤوليات الأطراف المتعاونة في المشروع، بما في ذلك الإدارة والاستثمار. وبذلك، يمكن تحقيق الأهداف المشتركة وتقديم الخدمات العامة المطلوبة بشكل أكثر فاعلية وكفاءة. وعلى هذا الأساس، يمكن اعتبار تقنية التفويض كأداة مهمة لتحقيق المرفق العام.

- تم طرح عدة تساؤلات في مقدمة هذه الدراسة لتسليط الضوء على موضوعها وإحاطة القارئ به. ومن بين هذه التساؤلات، كان هناك سؤال حول ماهية تقنية التفويض. ولربما يعتقد الكثير أن هذه التقنية تمثل تنازلاً للدولة والجماعات المحلية عن سيطرتها على المرافق العامة التي تم إنشاؤها وتنظيمها وتحقيقها من قبلها. ومع ذلك، فإن هذا الاعتقاد غير صحيح، إذ أن تقنية التفويض لا تعني التراجع أو التنازل عن المرافق العامة، بل على العكس من ذلك، تبقى الجماعة العامة السلطة القيمة على المرافق العامة طوال فترة تفويضها من الغير. وبموجب ذلك، فإن الجماعة العامة لديها الحق في التدخل والرقابة وتعديل شروط عمل المرافق العامة في أي وقت خلال فترة التفويض. وهذا يعني أنه بالرغم من أن التقنية تتيح للمؤسسات الخاصة القيام ببعض الخدمات العامة، فإن الجماعة العامة لا تزال تحتفظ برقابتها الكاملة على هذه المرافق وتستطيع تعديل الشروط فيها وفقاً لاحتياجاتها ومصالحها المختلفة.

فتقنية التفويض تعتبر أحد الآليات التي يمكن استخدامها في إطار الشراكة العامة الخاصة، والتي تساعد في تسهيل إدارة وتشغيل المرافق العامة بشكل فعال ومستدام. وتتميز هذه التقنية بأن السلطة المانحة للتفويض لا تتخلى عن المرفق العام ككيان قانوني يضم مجموعة من الوظائف أو المهام، بل تقوم بنقل الوظيفة المتعلقة بإدارة واستثمار المرفق فقط إلى الغير، وذلك ضمن مدة محددة.

بالتالي، هي شكل من أشكال الشراكة العامة بين القطاع العام والقطاع الخاص، يتم فيها تحويل بعض وظائف القطاع العام إلى القطاع الخاص من أجل تنفيذ مشروع معين، وذلك بموجب عقد يحدد الحقوق والتزامات الطرفين. وتتضمن هذه الشراكة مجموعة من الخصائص المميزة، مثل توفير مصادر التمويل والخبرات والموارد اللازمة لإنجاز المشروع بشكل ناجح.

- من خلال تقنية التفويض، يمكن للسلطة المانحة للتفويض الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في إدارة واستثمار المرفق العام، دون الحاجة إلى التخلي عنه بشكل كامل. وبذلك، يتم تحقيق الفائدة القصوى من المرفق العام، مع الحفاظ على ملكيته وتشغيله بشكل فعال ومستدام. ويمكن

استخدام تقنية التفويض في مجموعة متنوعة من المشاريع العامة، مثل المشاريع البنية التحتية والتنموية والخدمية، وذلك بهدف تحسين جودة الخدمات وتقليل التكاليف وزيادة الكفاءة والفع

- أما عن التساؤل في أسباب تبني أسلوب التفويض في إدارة وتسيير المرافق العامة؟

فلقد توصلنا أن تقنية التفويض تعد إحدى الإستراتيجيات التي يتم تطبيقها في سياسات تحديث المرافق العامة في مختلف الدول، بغض النظر عن نظمها وتطورها الاقتصادي. وتهدف هذه التقنية إلى تحميل المستثمرين الخواص مسؤولية إدارة وتطوير المرافق العامة، ونقل الأعباء والمخاطر المتعلقة بذلك عن عاتق الجماعة العامة.

وبفضل هذه التقنية، تتمكن الجماعة العامة من الانصراف إلى أعمالها ووظائفها الأخرى، كالأعمال الاجتماعية والأمنية والإدارية والدولية، وبالتالي تعمل على تحسين جودة الحياة في المجتمعات وتحقيق التنمية المستدامة. وتعتبر تقنية التفويض أداة فعالة في تحفيز القطاع الخاص للاستثمار في المرافق العامة، وبالتالي تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والبيئية المرجوة.

- وفيما يتعلق بالتساؤل المتعلق بإمكانية القطاع الخاص بمفرده تحقيق المرافق العامة عبر هذه التقنية، يظهر لنا أن النجاح في تفويض المرافق العامة يعتمد بشكل كبير على الضوابط المفروضة على المستثمر. وتتمثل هذه الضوابط في إطار قانوني منظم لعملية منح التفويض من جهة، وبرقابة فاعلة تمارسها الجهة المانحة للتفويض من جهة أخرى، بغض النظر عمن يقوم بعبء التفويض، سواء كانت من أفراد القطاع الخاص أو العام.

وبناء على ذلك، يظل نجاح مشاركة القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة مرتبطًا بالضوابط المفروضة على المفوض إليه، وليس فقط بالإمكانيات المادية والمهنية والتقنية المتاحة للقطاع الخاص.

- أما ما تعلق بموقع القطاع العام الجزائري فيما يخص تقنية التفويض وسياساتها المتبعة مقارنة بنظيراتها من الدول، حيث أن الجزائر قد أظهرت تجربة غنية ومتنوعة في هذا المجال. رغم التأخر في وضع تنظيم لهذا الأسلوب، إلا أنه تم تطبيقه على نطاق واسع منذ بداية القرن العشرين حتى يومنا هذا. حيث تم تنظيمه بقوانين قطاعية ومتناثرة، إلا أن تقنية التفويض باتت من أهم الأدوات في السياسة العامة الاقتصادية والمالية والاجتماعية للحكومات المتعاقبة، حتى وصلت إلى مرحلة أنها أحد الركائز الأساسية لتلك السياسات، واتضحت بما لا يدع مجالا للشك في سنة 2015.

- عندما نقارن بين التجربة الجزائرية والفرنسية في مجال تفويض المرافق العامة، نجد أن التجربة الجزائرية لم ترقَ بَعدُ إلى نفس مستوى النجاح الذي حققته التجربة الفرنسية. يثير هذا الاختلاف في النجاح تساؤلات لا حصر لها، فما هو السبب وراء تلك الفروق البارزة؟

والاجابة هنا تكمن في الجهود الحثيثة والآراء الحكيمة لمجلس الدولة الفرنسي، وتحت تأثير العوامل السياسية والقانونية، تمكّن المشرع الفرنسي من صياغة إطار قانوني عام شامل لتقنية التفويض، وذلك بما يتماشى مع التطورات السياسية والاقتراحات الحكومية المتعاقبة. ويعتبر قانون

Sapin لعام 1993، والتشريعات اللاحقة التي أعقبته، من أبرز الإنجازات الفرنسية في هذا المجال، حيث تم تضمين جميع جوانب تطبيق تقنية التفويض ضمن إطار قانوني واحد وشامل.

هدفت هذه النظم إلى تحقيق توازن متناغم بين فكرتين رئيسيتين، حيث الأولى تتمثل في تمكين السلطة المانحة من صلاحيات واسعة لتفويض مرافقها العامة بطريقة شفافة ومرنة على غرار ما يتمتع به القطاع الخاص، بينما من ناحية ثانية تأتي ضمن إطار القواعد والضوابط التي تفرضها المرافق العامة.

الفكرة الثانية ترتكز على ضمان حماية المصلحة العامة بأقصى درجاتها، عبر الحفاظ على المال العام وإرساء قواعد تؤكد أولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

تتمثل أهمية وغاية هذه الدراسة في تسليط الضوء على تجربة الجزائر في تقنية التفويض، وتحديد درجة نجاحها أو فشلها في مواجهة ظاهرة تحديث المرافق العامة، وذلك من خلال مقارنتها بتجارب دول أخرى وبخاصة التجربة الفرنسية. كما يهدف البحث إلى تقديم اقتراحات وحلول تساهم في تلافي المساوئ والثغرات في تجربة الجزائر في تفويض مرافقها العامة، وتحسين مستوى النجاح في هذا المجال، وذلك باتباع نماذج دول أخرى التي نجحت في تحديث المرافق العامة وجعلها في مرتبة منافسة للقطاع الخاص.

يمكن استخلاص بعض الاقتراحات الهامة من الرسالة، وتتمثل هذه الاقتراحات في النقاط التالية:

- دمج مفهوم تفويض المرفق العام ضمن نصوص قانون الصفقات العمومية، وتخصيص بعض الأحكام المشتركة بينهما. ويأتي هذا الدمج في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام.

ومع ذلك، يثير هذا الأمر بعض التساؤلات حول مدى قبولية هذا الإجراء. فعلى الرغم من أن العقد الذي يتم توقيعه في إطار تفويض المرفق العام قد يختلف عن العقد الذي يتم توقيعه في إطار قانون الصفقات العمومية، إلا أنه تم تخصيص بعض الأحكام المشتركة بينهما.

ومن الجدير بالذكر أن هذه الوسيلة لم يتم تنظيمها بموجب نص تشريعي واحد، بل تم تنظيمها بموجب نصين تنظيمين. وهذا يشير إلى أن هذا الإجراء يحتاج إلى مزيد من الدراسة والتحليل لضمان قبوليته وفعاليته في الممارسة القانونية.

- تعاني الساحة الجزائرية -قضاءً وفقهاً - من غياب شبه تام في معالجة المواضيع المتعلقة بتفويضات المرفق العام، على عكس الساحة الفرنسية الذي تتميز بدور بارز للفقه والقضاء في تطوير المفاهيم المتعلقة بهذه الآلية.

ففي النظام الفرنسي، يُعطى الاهتمام اللازم لمعالجة المسائل المتعلقة بتفويضات المرفق العام، حيث يتم توفير الإطار القانوني والفقهي المناسب لتنظيم هذه التفويضات وضمان سلامتها وشفافيتها. وبفضل هذا الدور الفعال للفقه والقضاء، تم تحقيق تطويرا ملحوظا في المفاهيم المتعلقة بتفويضات المرفق العام.

بالمقابل، يعاني النظام القضائي الجزائري من ضعف في تطوير هذه المفاهيم، حيث يعتمد بشكل كبير على الأنظمة القانونية السابقة دون القيام بتطويرها وتحديثها بما يتلاءم مع التطورات الحديثة في مجال تفويضات المرفق العام. وهذا يعد نقصا يحتاج إلى تغيير وتطوير.

وبناءً على ذلك، ينبغي على النظام القضائي الجزائري أن يولي الاهتمام اللازم لمعالجة المواضيع المتعلقة بتفويضات المرفق العام، وتوفير الإطار القانوني والفقهي الملائم لتطوير المفاهيم المتعلقة بهذه الآلية وتحديثها بما يتوافق مع التطورات الحديثة في هذا المجال.

- تعتبر مختلف النصوص القانونية المنظمة لتفويض المرفق العام، غير مكتملة لأنها تغفل مسألة نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية عند انتهاء فترة التفويض إلى السلطة المفوضة. وعلى الرغم من أن مفهوم الإدارة الإلكترونية يتماشى مع توجه الجزائر نحو المرفق العام الإلكتروني، إلا أن هذه النصوص القانونية لم تأخذ بعين الاعتبار هذا الأمر. وهذا يشكل نقصًا في هذه النصوص وقد يؤثر على تسيير الخدمات العامة في الجزائر. لذلك، يجب على النصوص القانونية المستقبلية الاهتمام بمسألة نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية، والتأكد من تضمينها في التفويضات المستقبلية للمرفق العام الصناعي والتجاري.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: بالغة العربية

- **النصوص التشريعية والتنظيمية**

1- الدساتير

1-التعديل الدستوري لسنة 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر.ع 9 المؤرخ في 1989/03/01.

2- التعديل الدستوري لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر . ع 76 المؤرخ في 12/08/ 1996.

3- التعديل الدستوري لسنة 2016، الصادر بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج. ر.ع 14 المؤرخ في 2016/03/07.

4- المرسوم الرئاسي 12/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 ج وعدد 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

2- النصوص التشريعية:

1- الأمر 01-04 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 ، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسيرها وخوصصتها، ج ر العدد 47 الصادرة في 22 أوت 2001.
2- الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج. ر عدد 43 الصادرة في 20 جويلية 2003.

3- الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010.
4- الأمر 05-07 المؤرخ في 23 أوت 2005 ، الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسة التربية والتعليم الخاصة، ج ر رقم 59 الصادرة في 28 أوت 2005.
5- الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج. ر عدد 46 الصادرة في 16 جويلية 2006 .
6- الأمر 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ملغى)، ج. ر عدد 27 الصادرة في 25 أفريل 2007.
7- الأمر 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 والذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ج ر عدد 49 الصادرة في 3 سبتمبر 2008.
8- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج. ر عدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005، والقانون 07-105 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج. ر عدد 31 الصادرة في 13 ماي2007.
9- الأمر 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
10- الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج. ر عدد 47 الصادرة في 23 أوت 2001 .
11- الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 يتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010.
12- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري، ج ر، عدد 22 المعدل والمتمم .
13- الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 2001 ، يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، ج ر 48 العدد الصادرة في 3 سبتمبر 1995.
14- القانون 01/02 المؤرخ في 5 فيفري 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات، ج. ر عدد 8 الصادرة بتاريخ 6 فيفري 2002.
15- القانون 04-01 المؤرخ 14 أوت 2004 ، يتعلق بالتربية الرياضة، ج ر ، رقم 52 الصادرة في 18 اوت 2004.
16- القانون 07/05 المؤرخ في 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات ج. ر عدد 50 الصادرة في 19 جويلية 2005 المعدل والمتمم بالقانون 10/06 المؤرخ في 24

جوان 2006، ج. ر عدد 48 الصادرة في 30 جوان 2006، والقانون 01/13 المؤرخ في 20 فيفري 2013 ، ج. ر عدد 02 الصادرة في 24 فيفري 2013.
17- قانون 05-07 المؤرخ في 28 أفريل 2005 ، المتعلق بالمحروقات ج ر عدد 50 الصادرة في 19 جويلية 2005.
18- القانون 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية، ج. ر عدد 37 الصادرة في 3 جويلية 2011.
19- القانون 11/11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، جر عند 40 الصادرة في 20 جويلية 2011.
20- القانون 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية، ج. ر عدد 12 الصادرة في 29 فيفري 2012 .
21- القانون 10/14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج. ر عدد 78 الصادرة في 31 ديسمبر 2014 .
22- القانون 03/2000 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المؤرخ في 05 أوت 2000، جر عدد 48 الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000 .
23- القانون 166/64 المؤرخ في 8 جوان 1964 المتعلق بالمصالح الجوية ج. ر عدد 6 الصادرة في 16 جوان 1964
24- القانون 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. ر عدد 12.
25- القانون 09/89 المتعلق بتنظيم المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية المؤرخ في 14 فيفري 1989، ج. ر عدد 07 الصادرة في 15 فيفري 1989.
26- قانون 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 يتعلق بالأملاك الوطنية معدل ومتمم بموجب القانون 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 ج. ر عدد 44 بتاريخ 03 أوت 2008.
27- القانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فيفري 2002 ، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ج ر، عدد 08 الصادر في 06 فيفري 2002.
28- القانون رقم 05-12- المؤرخ في 4 أوت 2005 المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005 المعدل والمتمم.
29- قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 الصادرة في 8 مارس 2006، المتمم بالأمر رقم -10 05 مؤرخ في 26 أوت 2010 ج. ر عدد 50 الصادرة في 1 سبتمبر 2010 المعدل والمتمم بقانون رقم 11- 15 المؤرخ في 2 أوت 2011، ج. ر عدد 44 الصادرة في 10 أوت 2011 .

30- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 ، الصادر بتاريخ 20 فيفري 2006.
31- القانون رقم 06-07 المؤرخ في 15 جويلية 2006 ، المعدل لأحكام القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر رقم 47 الصادرة في 19 جويلية 2006.
32- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 فيفري 2008.
33- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 والمتضمن قانون البلدية، ج ر، عدد 37 الصادر
34- القانون رقم 12-2006 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات، ج ر ، رقم 02 الصادرة في15 جانفي 2012.
35- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 14.
36- قانون رقم 02/17 المؤرخ في 10 جانفي 2017 يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج. ر عدد 02 الصادرة في 11 جانفي 2017.
37- قانون رقم 2000-03 مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ، ج. ر عدد 48 ، لسنة 2000.
38- القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 ، المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر ، عدد 53، الصادرة سنة 1963.
39- القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني، ج ر عدد 34 الصادرة سنة 1982.
40- القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 ، يتعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر، عدد 35، الصادرة سنة 1982 المعدل والمتمم بالقانون رقم 86-13 المؤرخ في 19 أوت 1986، ح ر ، عدد 35 الصادرة سنة 1986.
41- القانون رقم 02/90 المؤرخ في 06 فيفري 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج .ر عدد 16 الصادرة في 07 فيفري 1990.
42- القانون رقم 90-33 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ، يتعلق بالأملاك الوطنية، معدل ومتمم بموجب القانون 08/14 مؤرخ في 20 جويلية 2008 ، ج ر عدد 44 بتاريخ 03 أوت 2008.
43- القانون رقم 90-33 المؤرخ في 25 ديسمبر 1990 المتعلق بالتعاضديات الاجتماعية، ج ر ، رقم 56 الصادرة في 26 ديسمبر 1990.
44- لأمر رقم 66-24 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر، عدد 80.

3- النصوص التنظيمية:

- **المراسيم الرئاسية**

1-المرسوم 167/67 المؤرخ في 24 أوت 1967 الذي يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات.

2- المرسوم 16/68 المؤرخ في 23 جانفي 1968 المتضمن منح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق استغلال بعض المنشأت الرياضية الواقعة في مناطقها.

3- المرسوم 131/88 المؤرخ في 04 جويلية 1988 ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج. ر عدد 27.

4 - مرسوم رئاسي رقم 247/15 التعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج. ر عدد 50 صادرة في 20 سبتمبر 2015.

- **المراسيم التنفيذية**

1 - مرسوم تنفيذي 419/91 المؤرخ في 2 نوفمبر 1991، يتعلق بالتنازل عن المنشآت الرياضية، جر عدد 54، الصادرة في 3 نوفمبر 1991.

2- المرسوم التنفيذي 174/05 المؤرخ في 9 ماي 2005 والمتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات السلكية واللاسلكية واستغلالها وتوفير خدمات هاتفية ثابتة دولية وما بين المدن في الحلقة المحلية للجمهور، ج. ر عدد 34 .

3- المرسوم التنفيذي رقم 69/07 المؤرخ في 19 فيفري 2007 المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية ج. ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 21 فيفري 2007.

4- المرسوم التنفيذي 121/07 المؤرخ في 23 أفريل 2007 المتضمن تنظيم أحكام الأمر 11/06 الذي يحدد شروط كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية عدد 27 الصادرة في 25 أفريل 2007.

5- المرسوم التنفيذي 57/08 المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج ر عند الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2008.

6 -المرسوم التنفيذي 220/11 المؤرخ في 12 جوان 2011 المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة ج. ر عدد 34 الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011.

7 المرسوم التنفيذي 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011 المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدرو كهربائية ج رعد 54 الصادرة بتاريخ 2 أكتوبر 2011.

8- المرسوم التنفيذي 305/15 المؤرخ في 5 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج. ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 9 ديسمبر 2015 .

9 - المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 2 أوت 2018 ، المتعلق بتفويض المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 48 بتاريخ: 5 أوت 2018 .

5: التعليمات:

1 التعليمة رقم 842/03.94 ، المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق العمومية المحلية، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994 الصادرة عن وزير الداخلية.

2- التعليمة رقم 306 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجميد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

6 القرارات

1- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان 2016 ، المحدد لشروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي 281/15 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015 ج. ر عدد 62 الصادرة بتاريخ 23 أكتوبر 2016.

- **النصوص القانونية الأجنبية:**

1- قانون رقم 129 لسنة 1947، بشأن التزامات المرافق العامة صادر بتاريخ 24 جويلية 1947.
2- قانون رقم 155 لسنة 1960 بشأن عقد الامتياز المتعلق بمرفق نقل الركاب بالسيارات بمدينة القاهرة.

3- ظهير شريف رقم 1.79.175 المؤرخ في 14 شتنبر 1979 يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 79-12 المتعلق بالمجلس الأعلى للحسابات، ج ر عند 3490.
4- قانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، ج ر عند 5058، صادر بتاريخ 21 نوفمبر 2002، مغير بظهير شريف رقم 103.82 صادر في 24 مارس 2003 بتنفيذ القانون رقم 0103، ج ر عدد 5093 الصادر بتاريخ 24 مارس 2003، ومغير ومتمم بالقانون رقم 08 17 الصادر بتنفيذه الظهير شريف رقم 01.08.153 بتاريخ 18 فبراير 2009، ج ر عدد5711 بتاريخ 23 فبراير 2009.
5- قانون رقم 12 لسنة 2003، يتضمن قانون العمل، صادر بتاريخ 7 ابريل 2003.
المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، ج ر عند 5480 صادر بتاريخ 7 ديسمبر2006.
6- قانون عدد 23 لسنة 2008 ، مؤرخ في 1 أفريل 2008 ، يتعلق بنظام اللزمات ج ر عدد 28، السنة ،151 صادر بتاريخ 4 أفريل 2008
7- ظهير شريف رقم 102.124 صادر في 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، ج ر عند 5030، صادر في 15 أغسطس 2002، ص 2294.

8- ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 11 سبتمبر 2003، بتنفيذ القانون رقم 6599 بمدونة الشغل، ج ر عدد 398، صادر في 8 ديسمبر 2003.
9- ظهير شريف رقم 1.06.153 صادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006 ، بتنفيذ القانون رقم 28.00

- **الكتب**

1- **إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي**، عقد امتياز المرفق العام أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003.

2- **إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي**، عقد امتياز المرفق العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامع عين شمس، 2004 .

3- **إبراهيم طه الفياض**، العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1 ، 1981.

4- **ابراهيم محمد علي**، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات، ط2، دار النهضة، 2003،ص 12.

5- **أبو العثم فهد عبد الكريم**، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ،عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005.

6- **أبو زيد محمد عبد الحميد**، المرجع في القانون الإداري، الطبعة الثانية، مطبعة العشري، عمان، 2008.

7- **ابوبكر عثمان**، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.

8- **احمد جمال الدين موسى** ، فنون الخصخصة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني عشر، أكتوبر 1992.

9- **احمد عثمان عياد**، مظاهر السلطة في العقود الإدارية أطروحة دكتوراه علية الحقوق جامعة القاهرة، 1973.

10- **أحمد ماهر الشعلة** التنظيم القانوني لشراكة القطاعين العام والخاص في مشروعات البنى الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الطبعة الأولى، دار السلام للثقافة، الإسكندرية، دون سنة نشر.

11- **أحمد محمود جمعة**، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2002.

12- **أنس جعفر**، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

13- **جعفور محمد السعيد**، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الاسلامي، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2003.

قائمة المراجع:

14- **حسن عبد الله حسن،** عقود مقاولات الأعمال بين ضيق النصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجامعة الجديدة، ط ،2015الإسكندرية.

15- **حسين عثمان محمد عثمان** أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي بيروت، عام2008.

16- **حمادة عبد الرزاق حمادة،** النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 76 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.

17- **حماده عبد الرزاق حماده،** منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم.

18- **حمد محمد حمد الشلماني،** امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 2007 .

19- **حمدي محمد العجمي،** المرجع في العقود الإدارية في المملكة السعودية، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، الرياض، 20018.

20- **حمدي ياسين عكاشة،** موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998 .

21- **خرشي النوي،** تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة،2011

22- **رمضان بطيخ** الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997.

23- **رياض الزهيري،** مظاهر سلطة الإدارة في مقالات الأشغال العامة، الطبعة الأولى، مطبعة العربي الحديثة، بغداد ، 1976.

24- **زهدي يكن،** التنظيم الإداري، دار الثقافة، بيروت، 1975 .

25- **سحر جبار يعقوب،** فسخ العقد الاداري قضائياً لخطأ الإدارة.

26- **سلطان طارق،** سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

27- **سليمان الطماوي،** العقود الإدارية، الأسس العامة للعقود الإدارية دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.

28- **السيد فتوح محمد هنداوي،** القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة عام 2016.

29- **الطباخ شريف أحمد**، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 5 . انظر كذلك .د الحلو ، ماجد راغب، الدعاوى الإدارية ط 1 ، الإسكندرية : منشأة المعارف، 1999.

30- **عادل خليل**، العقود الإدارية الثقافة الجامعية، القاهرة 1999 .

31- **عادل عبد الرحمن خليل** المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار العربية، القاهرة عام 1995.

32- **عاطف محمود البنا**، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1992.

33- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام – التنفيذ – المنازعات ، في ضوء أحكام القضاء المصري ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته ، دار الكتب القانونية، 2005.

34- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الأسس العامة للعقود الادارية الابرام، التنفيذ في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

35- **عبد العليم عبد المجيد مشرف**، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

36- **عبد القادر باينه** " اشكال النشاط الإداري". مطبعة المعارف الجديدة. الرباط. 2006.

37- **عبد الله حداد**، الوجيز في قانون المرافق العمومية الكري، منشورات عكاظ 2001.

38- **عبد المجيد فياض**، العقد الإداري في مجال التطبيق، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، القاهرة، 1983.

39- **عبد المجيد فياض**، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر .

40- **عبسي الحسن** العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، عام 2007.

41- **عثمان ياسين علي**، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الإدارية دارسة مقارنة، منشو ارت حلبي الحقوقي.2015.

42- **عمار بوحوش**، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة، الطبعة الثانية، دار البصائر، الجزائر،2008.

43- **عمار بوضياف**، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.

قائمة المراجع:

44- **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15/247 ط 5. دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2017.

45- **عمار عوابدي**، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، ط 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2018.

46- **عمر حلمي**، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ، القاهرة، 1993.

47- **عمر احمد حسبو**، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ **B.O.T** دار النهضة العربية، القاهرة ، 2001.

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

49- **ماجد راغب الحلو**، القانون الإداري: ذاتية القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة،2003.

50- **مازن ليلو راضي وعلي يونس اسماعيل**، التطور الحديث في المبادئ الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية، جامعة النهرين- مجلة كلية القانون، العدد ،2017 .

51- **ماهر أبو العينين**، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011، دار أبو المجد للطباعة القاهرة عام 2011.

52- **محم فواد عبد الباسط**، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري – العقد الاداري). دار النهضة العربية. القاهرة، 1989.

53- **محمد السيد**، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة جامعة الزقازيق، الطبعة الأولى مركز قطيم للكمبيوتر ، الزقازيق، 1973.

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

55- **محمد الصغير بعلي**، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2009.

56- **محمد باسك منار**، التدبير المفوض الاطار القانوني واشكالات التنفيذ. مؤلف جماعي، بعنوان حكامة المدن ومسألة التنمية، العدد 48، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية، مراكش، الطبعة الأولى، 2015.

57- **محمد باهي أبو يونس** ، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2000.

58- **محمد بوسماح**، محاضرات في المؤسسات العمومية ألقيت على طلبة الماجستير - فرع :الدولة والمؤسسات العمومية- ، بن عكنون، .2006 /2007.

59- **محمد حسين أمين** المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاته دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995 .

60- محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية دراسة تحليلية، منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - 2007 .

61- **محمد سعيد حسين أمين**، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 .

62- **محمد عبد الحميد أبو زيد**، المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

63- **محمد عبد اللطيف** ، الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998، ص46.

64- **محمد عبد اللطيف**، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

65- **محمد فؤاد عبد الباسط**، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2006.

66- **محمود أبو السعود حبيب**، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة 39 ، عام 1997.

67- **محمود حلمي**، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974.

68- **محمود خلف الجبوري**، العقود الإدارية المكتبة الوطنية، بغداد 1989.

69- **محمود محمد حافظ** نظرية المرفق العام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

70- **مروان محي الدين القطب** طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز، الشركات المختلطة **BOT** تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2015 .

71- **مصطفي أبو زيد فهمي**، الوجيز في القانون الإداري، الجزء لأول، نظرية المرافق العامة، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الإسكندرية، 1957..

72- **مطيع علي حمود جبير**، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006

73- **نبيل صقر**، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الإجراءات الإدارية)، دار الهدى، الجزائر، 2009.

74- **نبيل عجرود** ، التجربة التونسية في مجال التأطير القانوني لدفع لشراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل مشاريع البنية الأساسية.

75- **نجاة خلدون**، العمل الإداري، الطبعة الأولى: ،2015.

76- **نشطاوي محمد** المرافق العامة الكبرى. المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش 2002.

77- **نصري منصور النابلسي**، العقود الإدارية – دراسة مقارنة – منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى،2010.

78- **نصري منصور نابلسي**، العقود الإدارية دراسة مقارنة. منشورات زين الحقوقية، ط2، بيروت عام 2012.

79- **النوي خرشي** تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر2011.

80- **هاني عبد الرحمان إسماعيل**، النظام القانوني لعقد التوريد دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012

81- **هاني علي الطهراوي**، القانون الإداري (ماهية القانون، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009 .

82- **وائل إسماعيل** المشكلات القانونية التي تثيرها عقود الـ **B.O. T** ، وما يماثلها، دراسة مقارنة.

83- **وليد حيدر جابر**، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

84- **وليد محمد عباس يوسف**، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2008.

85- **ماهر أبو العينين**، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011، دار أبو المجد للطباعة القاهرة عام 2011.

- **الرسائل والمذكرات:**
- **رسائل الدكتوراه:**

1- **بركبية حسام الدين**، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019.

2- ب**وجاديعمر**، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 13جويلية 2011.

3- **سعيد عبد الرازق**، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

4- **سمية السلامي،** النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020.

5- **السيد سامي العواني،** التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود الـ B.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة بني سويف.2011 ص 207.

6- **صونية نايل،** التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي التبسي- تبسة، 2018/2017.

7- **عائشة خلدون،** أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في القانون العام كلية الحقوق جامعة الجزائر 01. 2015-2016.

8- **عصام صبرينة،** تفويض المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري في القانون الجزائري. أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الجزائري. جامعة مولود معمري - تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2020.

9- **علي بن شعبان،** آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012.

10- فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بجاية، 2018.

11- **فوناس سهيلة،** تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراهّ، تيزي وزو، الجزائر، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2018.

12- **لكحل مخلوف،** عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار (دارسة حالة العقار الاقتصادي)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017.

13- **محمد سعيد حسين أمين،** الأسس العامة لالتزامات وحقوق مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس عام 1989، ص .333

14- **منال حليمي،** تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه، الطور الثالث. ورقلة ، الجزائر :جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016.

15- **منصف عبد العزيز لعرابة،** إبرام الصفقات العمومية والحكم الراشد في القانونين الجزائري والتونسي - دراســـــة مقارنة– أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام .

16- **هارون الجمل** النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه في الحقوق مقدمة إلى جامعة عين شمس ، القاهرة، سنه 1979.

مذكرات الماجستير:

1- **أكلي نعيمة**، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
2- **بلقاسمي أمال**، إيجار المرافق العمومية المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه 2012-2013. الجزائر: جامعة الجزائر 1، 5كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه
3- **جلال باوشوش**، التدبير المفوض للمرفق العمومي المحلي" إشكالية المفهوم وتحديات الممارسة"، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009/2008
4- **حسناء الحاج مبارك**، عقد اللزمة في الملك العمومي البلدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، 2011-2012.
5- **سدراتي فؤاد** تفويض المرفق العام، دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الإداري، كلية الحقوق جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء 2002/2000.
6- **سهام بن دعاس**، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق قسم القانون العام جامعة باجي مختارا، عنابة، 2005
7- **عبد الغني بلكور**، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، كلية الحقوق، ،2009-2010.
8- **القاضي، وليد سعود فارس**، الجزاءات في مجال العقود الإدارية : دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن.
9- **لزرق محمد** ، عقد التدبير المفوض ، نموذج أمانديس. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الإداري والعلوم الإدارية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء 2002/2003.
10- **نادية ضريفي**، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008،2007.

المقالات العلمية

1- **إلهام فاضل**، " أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي ،247/15، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، ع 25 ،ديسمبر 2018.
2- **بن شعلال الحميد**، عقد الامتياز كألية لخوصصة تسيير المرفق العام في الجزائر، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست (جيجل) يومي 30 نوفمبر و01 ديسمبر 2011.
3- **بن عليه حميد**، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03 الجزائر، 2009.

4- **ضرار القزاز**، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الادارية دراسة مقارنة (فرنسا - مصر -سورية)، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 53، 2017.
5- **طيبي حسين**، التونسي فائزة، واقع الخوصصة في الجزائر- دراسة سوسيولوجية-، مجلة العلوم الاجتماعية – جامعة الأغواط- المجلد:7 عدد:82جانفي 2018.
6- **عبد الغني زعلان**، المعيار الموضوعي والمالي لصفقة الأشغال العامة في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09 ، العدد 02 ، جوان 2018.
7- **علي الخطار**، عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤته للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الخامس، 1992
8- عمار التركاوي. سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية - المجلد -1 - العدد الثالث – 2021.
9- **عمارة بلغيث**، فسخ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مجلة دراسات، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، 2007.
10- **فوزية هاشمي**، النظام القانوني للإقصاء في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، المجلد 8 العدد 1 ماي 2021 ، تاريخ النشر 23 ماي 2021،
11- **محمد علـــي الشباطات**، ميثــاق قحطــان حامــد، الشروط القانونية لصحة التفويض في الاختصاصات الإدارية، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 27 جوان 2017 السنة التاسعة.
12- **معمري المسعود، زهيرة دبيح**، تفويض المرفق العام قراءة في المفهوم والآليات، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 5/ العدد 18
13- ياسين حجاب، محرز مبروكة، الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1, العدد 2, جوان 2016.

المواقع الإلكترونية:

1- التجربة التونسية في مجال التأطير القانوني لدفع الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لتمويل مشاريع البنية الأساسية. منشور على علي الموقع الإلكتروني:
https://www.oecd.org/mena/competitiveness//37742146.pdf
تاريخ زيارة هذا الموقع **2020/5/30.**

2- **عمر حلمي ، وربيع أنور فتح الباب** ، ص197 وما بعدها . نقلا عن حسن محمد علي البنان، مبدا قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير. منشور على موقع:
https://almerja.net/reading.php?i=5&ida=1947&id=973&idm=41956
تم الولوج اليه يوم: **2021/02/17.**
3- **محمد المتولي** ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة الاقتصادية ، ص51. نقلا عن حسن محمد علي البنان، مبدا قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير، منشور في موقع:
https://almerja.net/reading.php?i=5&ida=1947&id=973&idm=41956،
تم الولوج اليه يوم : **2021/02/25.**
4- آثار بطلان العقد الإداري، منشور على الرابط التالي:
https://web.facebook.com/ConstitutionalandAdministrativeLaw/posts/2124251670983244/?locale=ar_AR&_rdc=1&_rdr
تم الولوج اليه يوم : **2022/05/05.**
5- المبادئ التي تحكم سير المرفق العام، منشور على الرابط التالي:
https://web.facebook.com/101661314657491/photos/a.101680987988857/193982442092044/?type=3&_rdc=1&_rdr
تم الولوج اليه يوم : **2022/09/03.**

ثانيا: باللغة الفرنسية:

A – Les Ouvrages :

1- **A De Laubadère** - Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Tome 2 - LGDJ Paris 1956 N° 521 .
2- **A De Laubadère** Traité de droit administratif Tome 1 édition Paris 1963.
3- **A de Laubadère**, traité des contrat administratifs, LGDJ 1983, tome 1, n°260.
4- **Abdelmadjid BOUTAQBOUT**, "Le régime de la concession ou MAROC" in Remald n 34 Septembre-Octobre 2000.
5- **Amel Aouij Mrad**, droit des services public, E.N.A centre de recherche et l'études administratives Tunis, 1998.
6- **Amel Aouij Mrad**, droit des services publics, centre de recherche et l'études administratives (ENA), Tunis, 1998,
7- **AUBY (J. B.)** ,Délégations de service public : comment reconnaitre ces conventions ? Le Moniteur, 8 novembre 1996, P. 50
8- **AUBY (J. B.), MAUGUE (C.),** - Les contrats de délégation de service public, JCP, 1994, Docte. n. 3743.
9- **AUBY (J. F.),** Les services publics locaux, PUF, Que sais-je ? 1982, n. 2923.

10- Avis CE 19decembere 1995 Droit administratif Edition Edition – jurais classeur 2002 .
11- Avis de 11 mars 1958 - AJDA 2002
12- **BERBARI Mireille**, **BRIAND Serge**, Délégation de service public, LITEC, Paris 2010.
13- **Bertrand DU MARAIS** : Les délégations de services publics, au service du développement : expérience et approche de la banque mondiale, revue française de droit administratif nº3, 1997 .
14- **BETTINGER Christian**, La gestion déléguée des services publics dans le monde – concession ou BOT, berger- levraut, Paris, 1997.
15- **BEZANCON Xavier, CUCCHIARINI Christian**, COSSALTER Philippe, Le guide de la commande publique, troisième édition, le moniteur, Paris 2012.
16- **BOITEAU Claudie**, Les conventions de délégation de service public, éditions du Moniteur, Paris,2007.
17- **BRACONNIER Stefan**, Droit de services publics, PUF, Paris, 2004.
18- **Brahim Boulifa**, Marchés Publics, vol1, Berti Edition, Alger.
19- **Carole Chenuaud-Frazier** – la notion de la délégation de service public – revue de droit public, 1995.
20- **Cherif BENNADJI**, "Marchés public et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique
21- **Christian Bettunger**, La Gestion Deleguee des Services Publics dans monde, concession ou BOT, Berger Levrault, Paris, 1997.
22- **DE LAUBADERE(ANDRÈ)** : traité des contrats administratif, tome 2, Paris, 1984.
23- **DELAUBADERE André**, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Tome1, DALLOZ, Paris, 1956
24- **DOUENCE Jean Claude**, « Les contrats de délégation de service public », RFDA, N°5, 1993.
25- **DROBENKO Bernard**, Droit de l'eau, édition Gualino, Paris, 2008
26- **F Gartner**, l'extension de la répression pénale aux personnes publiques - RFDA 1994.
27- **G Marcou** - La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993.
28- **G.Vedel, P.Délvolvé**, droit administratif, édition Thémis, tome 2, Paris ,1990.
29- **Gaston Jeze**. Les Principes Généreux du Droit Administratif, 3emme Edition , Paris 1934
30- **GUETTIER Christophe**, Droit des contrats administratifs, 3éd, PUF, Paris,2004.
31- **GUGLIELMI Gilles**, KOUBI Geneviève, Droit du service public, Montchrestien, Paris, 2000.
32- **GUGULIEMI Gilles**, Introduction au droit des services publics, éd : L.G.D.J, Paris,1994.
33- **Jacques Moreau** De l'interdiction faite à une autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuelle - AJDA 1965.

34- **LICHERE François**, Pratique des partenariats public-privé,2 éditions, LITEC, Paris, 2009,
35- **MAHIOU**, cours d'institutions administratives, 3 éditions avec complément, OPU, 1981 .

36- **MECHERFI Amel**, « La gestion déléguée au Maroc, un nouveau mode d'exécution des services publics locaux », REMALD, thème actuels, N° 30,2001.
37- **M-Waline**, droit administrative, paris,1963.
38- **P L Frier** - Le droit de construire vendu aux enchères - RFDA 1989.
39- **P Limouzin-Lamothe** : La pratique de la délégation de service public AJDA 1996
40- **PÉQUIGNOT George**, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse Montpellier,1944.
41- **PIERRE DELVOLVER**, "Les Contradictions de la délégation de service public" AJDA, N° 09, 1996.
42- René Chapus, Droit Administratif Général, paris, Edition Montchrestion,2001.

B – Thèses et Mémoire :

1- **AHMANE Kheira**, Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé, mémoire en vue de 'l'obtention du diplôme de magister en droit public économique, faculté de droit, Université d'Oran, 2013-2014.
2- **AZRAFIL Lama**, La durée des délégations de service public : l'exemple de la France et du Liban, thèse pour obtenir le grade de docteur, faculté de droit et science politique, spécialité : droit public, l'université Montpellier, 14 janvier 2015.
3- **DEFUILLEY Christophe**, Le service public ou défi de l'efficacité économie les contrats de délégation dans la gestion des déchets ménagers, thèse pour le doctorat de science économiques, université Paris II, demis Diderot, 1996.
4- **GUILLAUME Fauquert**, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation, thèse pour obtenir le grade de docteur, spécialité : science de l'eau, option : gestion, école nationale de génie rural des eaux et des forets, paris, 4 juillet 2007.

C : Textes juridiques :

1- Code de justice administrative, version consolidée au 3 Juin 2018.
2- Code général des collectivités territoriales, dernière modification le 29 janvier 2017.www.legifrance.gouve.fr.
3- Code' de justice administrative.
4- Constitution du 3juin 1958, JORF, n 9151, du 5 octobre 1958.

5- Décret n°2016-86 du 1 février2016, relatif aux contrats de concession, JORF, n°20-76 du2février2016. www.ligifrance.fr
6- Économique et des procédures publiques, JORF,N° 25 du 25 Janvier 1993.
7- L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier2016, relative aux contrats de concession, JORF du 30 janvier 2016.www.legifrance.gouve.fr.
8- Loi n° 2000-597 du 30 Juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF, N° 151 du juillet 2000.
9- Loi n° 2006-1712 du 30 Décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, J.O N° 0303 du 31 Décembre 2006 : www.ligifrance.fr.
10- Loi n° 92-10 du 04 Janvier 1992 relative aux recours est matière de passation de Certains contras et marchés de fournitures et de travaux, JORF du 7 janvier 1992.
11- Loi n° 92-125 du 6 Février 1992 relative à l'administration territorial de la république JORF du 12 mai 1992 : www.legifrance.fr.
12- Loi n° 93-122 du 29 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption de la vie
13- Loi n° 95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF du 4 Février 1995. www.ligifrance.fr
14- Loi n°95-125 du 8 février1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF34, du 9 février1995.
15- Loin° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (Murcef), JORF du12 décembre2001.

الفهرس:

الفهرس	
مقدمة:	10-2
الباب الأول: تفويض المرفق العام كأداة لتحسين الإدارة والتشغيل للمرافق العامة	11
الفصل الأول: الأصول النظرية والقانونية لتفويضات المرفق العام	14
المبحث الأول: الإطار النظري لتفويض المرفق العام: مقارنة بين النظم القانونية المختلفة	16
المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام	16
الفرع الأول: تعريف أسلوب التفويض وفقا للفقه المقارن	18
الفرع الثاني: التأصيل لفكرة تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة	23
المطلب الثاني: شروط قيام تفويض المرفق العام والمعايير المميزة له	30
الفرع الاول: شروط متعلقة بموضوع التفويض	30
الفرع الثاني: شروط متعلقة بالسمة العقدية لتقنية تفويض المرفق العام	51
الفرع الثالث: معايير تمييز تفويض المرفق العام	64
المبحث الثاني: الاشكال المفترضة كأسس نموذجي في تقنية تفويض المرفق العام وما يميزها عن غيرها.	73
المطلب الأول: الاشكال التي تدخل في نطاق تقنية تفويض المرفق العام	73
الفرع الأول: عقد امتياز المرافق العامة كنمط جوهري لتقنية تفويض المرفق العام	74
الفرع الثاني: عقد إيجار المرافق العامة	85
الفرع الثالث: الوكالة المحفزة	91
الفرع الرابع: عقد التسيير	93
المطلب الثاني: تمييز عقود تفويض المرفق العام عن غيره المفاهيم المشابهة والنظم الأخرى لتسيير	96
الفرع الأول: تحليل المفاهيم المشابهة لتفويض المرفق العام وتمييزها عنه	96
الفرع الثاني: تمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من نظم التسيير الأخرى	109
الفصل الثاني: الحل الأمثل لتحسين الخدمات العامة والحد من النفقات: عقود تفويض المرفق العام كخيار محتمل.	120
المبحث الأول: دواعي اللجوء الى أسلوب تفويض المرافق العامة	121
المطلب الأول: عجز طرق التسيير التقليدية للمرافق العامة	122
الفرع الأول: تقييم طريقة التسيير المباشرة للمرفق العام في تحسين الأداء المرفقي	124
الفرع الثاني: تقييم نظام تسيير المرافق العامة عن طريق المؤسسات العمومية	133
المطلب الثاني: الاستجابة للمقتضيات المحلية والعالمية بشكل عام	140
الفرع الاول: الأسباب الداخلية للجوء الى تقنية التفويض	141
الفرع الثاني: الأسباب الخارجية الداعية الى تبني اللجوء الى تقنية التفويض	150
المبحث الثاني: تقييم فاعلية استخدام التفويض كأداة لتحسين الأداء المرفقي : النتائج والتحديات	157
المطلب الأول: الآثار الإيجابية لتطبيق تقنية التفويض في تحسين خدمات المرافق العامة	157
الفرع الاول: على المستوى التقني	158
الفرع الثاني: على المستوى الاقتصادي	162
الفرع الثالث: على المستوى الاجتماعي:	166
المطلب الثاني: المخاطر المرتبطة بتطبيق تقنية التفويض في إدارة المرافق العامة	168
الفرع الأول: المخاطر التقنية التي قد تنشأ من إعمال نظام التفويض.	168
الفرع الثاني: المخاطر المالية والاقتصادية التي قد تتعرض اليها السلطة مانحة التفويض.	169

الفهرس:

الفرع الثالث: المخاطر الاجتماعية التي قد تنشأ من إعمال نظام التفويض.	172
خلاصة الباب الأول	175
الباب الثاني: النظام القانوني لتنفيذ تفويضات المرفق العام	178
الفصل الاول: النظام القانوني لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام	179
المبحث الاول: طريقة ابرام عقود تفويض المرافق العامة	180
المطلب الاول: الاتجاه التقليدي في ابرام عقود تفويض المرفق العام واساسه القانوني	181
الفرع الاول: الاتجاه التقليدي في ابرام عقود تفويض المرفق العام	181
الفرع الثاني: تحديد الأساس القانوني للاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام	187
المطلب الثاني: الاتجاه الحديث في ابرام عقود تفويض المرفق العام	190
الفرع الاول: تبني الدعوة على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام	192
أولا: مراحل تبني الدعوة للمنافسة في القانون الجزائري كأصل عام لتفويض المرفق العام واساسه القانوني	192
1: مراحل تكريس الدعوة إلى المنافسة في التشريع الجزائري	193
2 : أسس الدعوة للمنافسة	196
أ-الإعلان المسبق:	198
ب: الدعوة للمنافسة:	199
جـ: المساواة بين المرشحين واختيار العرض الأمثل:	201
د: مبدأ شفافية الإجراءات	203
ثانيا: اختيار المتعاقد في إطار من المنافسة في الانظمة المقارنة	204
1: المشرع الفرنسي	205
2: المشرع التونسي	207
المبحث الثاني: صيغ ابرام عقود التفويض	210
المطلب الاول: الطلب على المنافسة كأصل عام لإبرام عقود التفويض في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199	210
الفرع أول: مفهوم الطلب على المنافسة	211
أولا: تعريف الطلب على المنافسة	212
1-مبدأ النوعية والجودة	214
2-مبدأ النجاعة في الخدمة العمومية:	215
ثانيا: مكانة خصائص الطلب على المنافسة	216
الفرع الثاني: إجراءات ومراحل ابرام عقد التفويض (إجراءات الطلب على المنافسة)	216
أولا-المرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام	217
1- اختيار طريقة تفويض المرفق العام (مرحلة اتخاذ قرار اعتماد تقنية تفويض المرفق العام)	217
أ: انشاء المرافق اللازمة للمرفق العام:	218
ب: تغطية تكاليف الاستغلال :	218
ت : نطاق رقابة الشخص العام:	218
ث: تحميل المخاطر والأعباء المالية على عاتق الشخص المفوض إليه:	219
2- مرحلة الاعداد المسبق لدفتر الشروط	221
أ: مفهوم دفاتر الشروط	222
تعريف دفتر الشروط:	222

ب: مضمون دفتر الشروط	224
مشتملات دفاتر الشروط:	224
الجزء الثاني: "وعنوانه دفتر العروض ويتضمن "	224
ثانيا: إعلان الطلب على المنافسة	225
1: إجبارية الإعلان عن المنافسة	226
2: مضمون إعلان الطلب على المنافسة	227
3: وسائل نشر الإعلان	228
ثالثا: إيداع العروض	230
1: المقصود بإيداع العروض	230
2: تحديد آجال تحضير العطاء	230
3: تمديد أجل إيداع العروض	231
4:مضمون ملف الترشح:	233
رابعا: مرحلة فتح وتقييم العروض	233
1: مرحلة فتح الأظرف	234
صلاحيات لجنة اختيار وانتقاء العروض	234
أ:عند فتح العروض	235
ب:عند فحص ملفات التعهد:	235
ت: عند فحص العروض:	236
ث: عند المفاوضات:	236
2: تقييم العروض	237
خامسا: مرحلة المنح المؤقت (مرحلة الإرساء والاعتماد)	238
1: إرساء عقد التفويض	238
أ: الإعلان عن المنح المؤقت لتفويض	238
ب: الطعون والآجال	239
جـ : اعتماد المنح	240
2:الإقصاء من المشاركة في الطلب على المنافسة	242
أ: المقصود بالإقصاء	243
الطبيعة القانونية لإجراء الإقصاء	244
الأساس القانوني لحالات الإقصاء ودواعيه	244
دواعي الاقصاء في تقنية التفويض:	245
حالات الاقصاء من المشاركة في اجراءات تفويض المرفق العام	247
ب: صور وأشكال حالات الإقصاء	248
الإقصاء المؤقت:	249
الإقصاء المؤقت التلقائي	249
الإقصاء المؤقت بموجب مقرر	255
الإقصاء النهائي:	256
الإقصاء النهائي التلقائي	256
الإقصاء النهائي بمقرر	258
المطلب الثاني: التراضي كاستثناء	260

الفهرس:

الفرع الاول: تعريف التراضي	261
الفرع الثاني: انواع التراضي:	263
أولا: التراضي البسيط Le gré à gré simple	263
1: مفهوم التراضي البسيط le gré à gré simple	263
2: حالات التراضي البسيط:	265
أ-احتكار المتعامل لموضوع التفويض	266
ب: حالة الاستعجال	267
ب.1: تعريف الاستعجال:	268
ب.2:حالات الاستعجال في تقنية التفويض:	268
تعتبر حالات استعجالية، الحالات الآتية:	269
حالة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام السارية المفعول	269
استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له	270
رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال	271
ثانيا: التراضي بعد الاستشارة	272
1:عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية.	273
2: عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة	273
الفصل الثاني: تنفيذ عقود تفويض المرفق العام	275
المبحث الأول: سلطات الجهة مانحة التفويض في مواجهة المتعامل المتعاقد	275
المطلب الأول: سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه.	276
الفرع الاول : مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه	276
المقصود بسلطة الإدارة في الرقابة والاشراف والتوجيه	277
أولا: وفق مفهومها الضيق (الرقابة بمعنى الاشراف)	278
ثانيا: وفق مفهومها الواسع (الرقابة بمعنى التوجيه)	279
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة المفوضة في الرقابة والتوجيه	281
أولا: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه عند وجود نص:	282
1 : القانون الجزائري	282
2 : القانون الفرنسي	286
أ: الرقابة بواسطة السلطة مانحة التفويض:	286
ب: الرقابة بواسطة لجان تحقيق وزارية:	288
جـ : الرقابة بواسطة الجهاز المركزي لمكافحة الفساد:	289
4 : المشرع التونسي	289
5 : المشرع المصري	290
ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه عند عدم وجود نص:	291
الفرع الثالث: حدود سلطة الرقابة في عقود تفويض المرفق العام وتطبيقاتها	293
أولا: ضوابط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه.	293
1: الضابط الأول: ممارسة سلطة الرقابة ضمن غاية المصلحة العامة.	294
2: الضابط الثاني: ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه ضمن حدود احترام مبدأ المشروعية	294
3: الضابط الثالث: ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه بما لا يمس من طبيعة العقد	295
4: الضابط الرابع: عدم تدخل السلطة المانحة في إدارة المرفق العام	296

الفهرس:

ثانيا: صور وأشكال سلطة الرقابة والاشراف والتوجيه في عقود تفويض المرفق العام	297
1-: الرقابة الفنية	297
2: الرقابة الإدارية	298
3: الرقابة المالية	299
المطلب الثاني: سلطة الإدارة في تعديل عقد تفويض المرفق العام	300
وجود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة	301
أولا: موقف الفقه والقضاء والتشريع من سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري	302
ب-الرأي المقيد لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة (النظرية التحديدية):	306
جـ: الرأي المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة	307
2: في الفقه العربي	310
3: أما في الجزائر:	311
ثانيا: الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقد التفويض	314
1: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقود التفويض بإرادتها المنفردة وحدوده	314
2: قيود السلطة مانحة التفويض في تعديل العقد	316
القيد الأول: ان يقتصر التعديل على الشروط التنظيمية فقط دون الشروط التعاقدية	316
القيد الثاني: توافر مبرر التعديل	317
القيد الثالث: عدم تجاوز إمكانيات المفوض اليه الفنية والمالية	318
القيد الرابع: احترام قواعد المشروعية	318
المطلب الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات	319
الفرع الاول: تطور سلطة الإدارة في فرض الجزاءات	320
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة المانحة لتفويض في فرض الجزاءات	324
أولا: خصائص الجزاءات الإدارية:	326
1: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها	326
2: الضرر ليس شرطا لتوقيع الجزاء الإداري	327
3: حق السلطة المفوضة في اختيار الوقت الذي تراه ملائم لتوقيع جزاءاتها	328
5: توقيع الجزاء دون نص يقره	328
ثانيا: القيود التي ترد على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات	329
1: خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء	329
2: وجوب اعذار المفوض له قبل توقيع العقوبة	330
3: تطبيق نصوص عقد التفويض	333
الفرع الثالث: صور الجزاءات في عقود التفويض المرفق العام وانواعها	333
أولا: الجزاءات المالية:	334
1: الغرامات	334
2:خصائص غرامة التأخير	335
أ: غرامات التأخير مصدرها العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها.	335
ب: غرامة التأخير تفرض بقرار اداري	336
ت: وجوبية التنبيه والاعذار في غرامة التأخير	337
ث: فرض غرامات التأخير مقررة، حتى لو لم تتعرض الإدارة لأي ضرر فعلي.	338
جـ: غرامات التأخير لا يجوز تخفيضها من قبل الجهة القضائية.	339

د: غرامات التأخير يمكن الجمع بينها وبين الجزاءات غير المالية.	339
ثانيا: الجزاءات الضاغطة:	339
1: وضع المرفق محل التفويض تحت الحراسة:	340
2: آثار وضع المرفق تحت الحراسة:	340
ثالثا: إسقاط عقد التفويض	342
1: مفهوم اسقاط عقد التفويض وشروط تطبيقه	343
أ: مفهوم اسقاط عقد التفويض	343
ب: شروط تطبيقه	344
الشرط الأول : ارتكاب الملتزم خطأ يتصف بدرجة معينة من الخطورة.	345
الشرط الثاني: إعذار المفوض له قبل فسخ عقد التفويض.	346
الشرط الثالث : صدور حكم من القضاء بفسخ الالتزام	346
المبحث الثاني: حقوق والتزامات المفوض له	347
المطلب الأول: حقوق المفوض اليه	347
الفرع الأول: حق المفوض له في اقتضاء مقابل مالي	347
ان تكون التعريفة متكافئة ومتعادلة مع الخدمة المؤداة:	349
أولا: قواعد تحديد التعريفة والقيود التي ترد عليها	353
ثانيا: تغيير سعر الخدمة	355
الفرع الثاني: حق المفوض له في توافر المزايا والتسهيلات	356
أولا: توفير الحماية من المنافسة	357
ثانيا: تمتع الشخص المفوض له بعدة تسهيلات مالية:	359
ثالثا: تخويل بعض الامتيازات لصالح الشخص المفوض له بشأن الأملاك العامة والخاصة	360
الفرع الثالث: ضمان التوازن المالي لعقد التفويض	362
مضمون فكرة التوازن المالي	364
1: تطبيقات مبدأ التوازن المالي لعقد التفويض في الظروف العادية	366
2: تطبيقات مبدأ التوازن المالي لعقد التفويض في الظروف الاستثنائية	369
أ: نظرية فعل الأمير:	370
تعريف نظرية الأمير:	370
الشرط الأول: وجود عقد إداري يربط المفوض والمفوض له	372
الشرط الثاني : أن يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة مانحة التفويض:	372
الشرط الثالث: أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد:	372
الشرط الرابع : تقتضي نظرية عمل الأمير عدم خطأ السلطة مانحة التفويض :	374
الشرط الخامس: أن يكون الاجراء الصادر من السلطة المانحة غير متوقعا.	374
النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الأمير	374
ب: نظرية الظروف الطارئة	375
شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :	378
آثار نظرية الظروف الطارئة:	380
استمرار المفوض له في تنفيذ العقد:	381
حق المفوض له في الحصول على التعويض:	382
جـ : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:	384

الفهرس:

شروط تطبيق النظرية	385
الشرط الأول: ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية:	385
الشرط الثاني: يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة في ضوء الظروف المعتادة للعقد ولا يمكن الاستعداد لها أو التنبؤ بها.	385
الشرط الثالث: يجب أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين، ولا يمكن تجنبها أو تخفيف تأثيرها.	386
الشرط الرابع: أن تكون الصعوبات غير متوقعة ولا يمكن للمتعاقد التنبؤ بها عند إبرام العقد.	387
الشرط الخامس: ان تكون الصعوبات ذات طبيعة استثنائية:	388
الشرط السادس: أن تكون الصعوبات مؤثرة بشكل كبير على القدرة الفعلية للمتعاقد على تنفيذ التزاماته.	388
آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	389
النتيجة الأولي : بقاء التزامات المتعاقد بالرغم من الصعوبات المادية :	390
النتيجة الثانية : استحقاق المتعاقد للتعويض :	390
المطلب الثاني: التزامات المفوض إليه	391
الفرع الاول: التزام المفوض له بتنفيذ الشخصي للعقد	392
أولا: التنازل عن عقد التفويض: التفرغ	394
ثانيا: التنازل الجزئي (المناولة)	401
الفرع الثاني: التزام المفوض له بنقل التكنولوجيا الحديثة	407
الفرع الثالث: التزام المفوض له بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق	407
الفرع الرابع: الالتزام بدفع الاتاوة للجهة المفوضة	409
الفصل الثالث: عقود تفويض المرفق العام بين التسوية الودية والنهاية الفعلية	410
المبحث الأول: منازعات عقود تفويض المرفق العام	419
المطلب الأول: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن اتفاقية تفويض المرفق العام	411
الفرع الأول: التسوية الودية عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاع (وجوبا)	412
أولا: استحداث لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزاعات	413
ثانيا: تشكيلة اللجنة التسوية الودية للنزاعات	415
وتتشكل هذه اللجنة من:	416
الفرع الثاني: التسوية الودية للنزاعات عن طريق الوسائل البديلة	418
أولا: الصلح كخيار لتسوية النزاعات المتعلقة بتفويض المرفق العام في الدعاوى التعويضية	419
ثانيا: فرضية تطبيق التحكيم كتسوية للنزاعات المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام	422
المطلب الثاني: التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام	424
الفرع الأول: المنازعات القانونية بين السلطة المفوضة والمفوض له: مسارات الحل القضائي	425
أولا: تحديد الجهة القضائية المختصة	425
1: المنازعات التي يؤول اختصاصها الى القضاء الكامل	426
أ: دعوى بطلان عقد تفويض المرفق العام:	427
ب: الدعاوي المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضائه	429
ب.1: دعوى التعويض:	429
ب.2: إبطال التصرفات غير الشرعية التي تقوم بها السلطة المفوضة، والمخالفة لالتزاماتها التعاقدية:	430
ب.3: دعاوى فسخ عقود التفويض:	431
جـ : الدعوى التفسيرية:	432

الفهرس:

2: الآثار الناتجة عن إخضاع عقود تفويض المرفق العام للقضاء الكامل	433
الفرع الثاني: المنازعات الناشئة بين المفوض له والمنتفعين	435
المبحث الثاني: انتهاء عقود التفويض ومآل الأموال وتصفيتها	436
المطلب الأول: النهاية غير العادية لعقد تفويض المرفق العام	436
الفرع الأول: استرداد المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة	437
1: الاسترداد التعاقدي:	438
2-الاسترداد غير التعاقدي	340
3- الاسترداد التشريعي:	441
الفرع الثاني: نهاية عقود التفويض بالفسخ والاسقاط	442
1-الفسخ الاتفاقي :	443
2- الفسخ بموجب القانون:	444
3- الفسخ بسبب الإخلال بالتزامات العقد:	445
4- الفسخ القضائي:	448
5-الاسقاط:	449
المطلب الثاني: تصفية عقد تفويض المرفق العام	449
الفرع الاول: مصير الأموال والأدوات المستخدمة في إدارة المرفق العام	451
1: الأموال التي تؤول ملكيتها للدولة وجوبيا ومجانا	451
2: أموال تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل	459
3: أموال تبقى ملكيتها للمفوض له	460
الفرع الثاني: تصفية الحسابات بين السلطة المفوضة والمفوض له	462
خاتمة:	464
قائمة المراجع:	471

النظام القانوني لتفويض المرافق العامة

دراسة مقارنة

تتّبع العديد من الدول حول العالم نهج تفويض المرافق العامة كإطار قانوني للعقود التي تسعى من خلالها إلى تحقيق النفع العام. ويتم ذلك عبر تحويل سلطة إدارة وتنظيم المرفق العام من الجماعة العامة إلى جهة خاصة بدلاً من الحكومة. بهدف تحسين إدارة المرافق العامة وتحقيق أقصى قدر من الكفاءة في استخدام الموارد المالية والبشرية المتاحة.

ويُعد هذا النظام فرصة لزيادة الشفافية والمساءلة في عملية تحسين المرافق، ويُحسّن جودة الخدمات المقدمة ويقلل تكاليف الصيانة والتشغيل. ومع ذلك، يتطلب هذا النهج التعاون بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص لتحقيق أهدافه.

ولتطوير هذا النظام، ينبغي على الجماعة العامة العمل على تحسين الإجراءات الإدارية وتطوير الأدوات اللازمة لتنفيذه. ويشمل ذلك إنشاء نظام قانوني يوفر إطاراً قانونياً ومؤسسياً يوفر الشفافية والمنافسة في اختيار المفوض اليه لإدارة المرفق العام. وعلاوة على ذلك، يتعيّن على الجهات الحكومية والقطاع الخاص التعاون والتنسيق بشكل جيد لضمان تحقيق أهداف.

Titre: Le système juridique pour déléguer le service public

une étude comparative

Résume : De nombreux pays à travers le monde suivent le mandat de service public en tant que cadre juridique pour les contrats par lesquels ils cherchent à atteindre l'intérêt public. Cela se fait en transférant le pouvoir de gérer et d'organiser le service public de la communauté publique à une entité privée au lieu du gouvernement. Dans le but d'améliorer la gestion des équipements publics et d'atteindre une efficacité maximale dans l'utilisation des ressources financières et humaines disponibles.

Ce système est l'occasion d'accroître la transparence et la responsabilité dans le processus d'amélioration des installations, d'améliorer la qualité des services fournis et de réduire les coûts de maintenance et d'exploitation. Cependant, cette approche nécessite une coopération entre les agences gouvernementales et le secteur privé pour atteindre ses objectifs.

Afin de développer ce système, la communauté en général devrait travailler à l'amélioration des procédures administratives et développer les outils nécessaires à sa mise en œuvre. Cela comprend la mise en place d'un système juridique qui fournit un cadre juridique et institutionnel qui assure la transparence et la concurrence dans la sélection des délégués pour gérer le service public. De plus, les agences gouvernementales et le secteur privé doivent coopérer et bien se coordonner pour s'assurer que les objectifs sont atteints.

Title: The legal system for delegating public service
a comparative study

Abstract: Many countries around the world follow the public service mandate as the legal framework for contracts through which they seek to achieve the public interest. This is done by transferring the power to manage and organize the public service from the public community to a private entity instead of the government. With the aim of improving the management of public facilities and achieving maximum efficiency in the use of available financial and human resources.

This system is an opportunity to increase transparency and accountability in the process of improving facilities, improving the quality of services provided and reducing maintenance and operating costs. However, this approach requires cooperation between government agencies and the private sector to achieve its objectives.

In order to develop this system, the community in general should work to improve administrative procedures and develop the tools necessary for its implementation. This includes the establishment of a legal system that provides a legal and institutional framework that ensures transparency and competition in the selection of delegates to manage the public service. In addition, government agencies and the private sector must cooperate and coordinate well to ensure that goals are achieved.