



جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص قانون عام اقتصادي

سلطة رقابة عقود تفويض المرفق العام

مقدمة ومناقشة علنا من طرف الطالب:

بوصبيع بن شهرة

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

فاصلة عبد اللطيف	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد	رئيسا
حداد محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد	مشرفا ومقررا
دراعو توفيق	أستاذ محاضر - ب -	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد	مشرفا مساعدا
غني أمينة	أستاذة محاضرة - أ -	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد	مناقشا
جباري زين الدين	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد	مناقشا
نقادي عبد الحفيظ	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد	مناقشا

السنة: 2025/2024

الإهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات
أهدي هذا العمل المتواضع الى الوالدين الكريمين
راجيا من الله عز وجل أن يمدهما بوافر الصحة والستر وأن يرزقني برهما.
إلى أخي واخواتي كل باسمه الخاص، راجيا من المولى العلي القدير
أن يوفقهم الى كل خير في ويسد خطاهم الى كل ما فيه الخير
إلى أسرتي الصغيرة.
زوجتي الكريمة وابني وبناتي، راجيا من الله عز وجل أن يجعلهم ذرية صالحة
وأن يرزقهم التوفيق والسداد في كل شؤون حياتهم.
إلى جميع أساتذتي الكرام من مرحلة الطور الابتدائي الى مرحلة التعليم
العالي.
أهدي لهم جميعا عملي هذا واطلب منهم خالص الدعاء

شكر وعرفان

أشكر الله تعالى الذي وفقني إلى إنجاز هذا العمل.

وأقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الدكتور حداد محمد الذي تفضل بالإشراف

على هذه الرسالة رغم كثرة التزاماته، كما أشكره أيضا على نصائحه

وإرشاداته التي كانت مصباحا يضيء لي طريق العلم والمعرفة

كما أقدم خاص شكري وامتناني في هذا المقام أن أعضاء لجنة المناقشة كل

باسمه ومقامه على تخصيص جزء من وقتهم الثمين

لقراءة ومناقشة هذه الرسالة.

قائمة المختصرات

أولا باللغة العربية

ص: الصفحة

ج ر: الجريدة الرسمية

ع : العدد

ثانيا: باللغة الفرنسية

AJDA: Actualité juridique du droit administratif..

N: Numéro

Op. Cit : Référence précédemment

P: Page

PUF: Presses universitaires de France

.

مقدمة

يعد المرفق العام من أهم موضوعات القانون الإداري وإليه ترجع جميع موضوعاته ويتحدد نطاق اختصاصاته وولايته¹، فقد كان المرفق العام ولا يزال يعكس مستوى تطور المجتمع ومدى درجة تقدمه أو تأخره، فتحديث المرفق ينعكس بطبيعة الحال على المجتمع في حد ذاته، ويعد إحدى الدعائم الأساسية التي تساهم في تطور الدولة، فالعلاقة وطيدة بالمرفق العام والمجتمع ككل فقد قيل قديما أن الدولة جسم خلاياه المرفق العام².

فالمرفق العام يمثل المظهر الإيجابي للنشاط الإداري، فمهمة الدولة على مر العصور تلخصت في العمل على إشباع الحاجيات المتزايدة لمواطنيها عن طريق إنشاء العديد من المرافق العمومية التي تتنوع موضوعاتها تبعاً لتنوع هذه متطلبات المتجددة لمستعملي المرفق العمومي لذلك توجب على أشخاص القانون العام القائمة على تسيير المرفق العام العمل على ضمان السير العادي والمنتظم له، وإضفاء نوع من المرونة اللازمة سواء في طرق إنشاء المرافق العامة أو في ابتكار طرق أكثر نجاعة لتسييرها.

فقد عرف تسيير المرفق العمومي تطوراً متسارعاً، حيث لجأت الدول في بداياتها إلى التسيير المباشر وأسلوب المؤسسة العمومية في مرحلة الدولة المتدخلة في الحياة الاقتصادية، نظراً لقلة المرافق العمومية وقلة الحاجيات العمومية وبساطتها، وكذا الفلسفة السياسية والاقتصادية السائدة آنذاك ومع تطور الدولة وتنوع مرافقها ووظائفها وتعدد حاجيات مواطنيها، برزت حاجيات متميزة ومختلفة للسكان ساهمت في تطور المستوى المعيشي للأفراد والجماعات.

كما أن توغل الفكر الليبرالي في المجال الاقتصادي أدى إلى فسح المجال أمام الخواص وتحرير الاقتصاد، فبدأت الدول الحديثة تفكر في الانسحاب من الحياة الاقتصادية وتترك المجال للخواص من خلال إشراكهم في تسيير المرافق العامة غير السيادية وذات الطابع الصناعي والتجاري على الخصوص، نظراً لخصوبتها الاقتصادية باعتبارها مجالا مناسباً للاستثمار من جهة وحاجتها للمرونة والسرعة والكفاءة التي يوفرها القطاع الخاص من جهة أخرى.

وفي سبيل ذلك تبنت العديد من التشريعات المقارنة قواعد قانونية تضمن عملية تنظيم سير مرافقها العامة بما يضمن تأمين حاجيات الأفراد باعتبار المرفق العام وسيلة السلطة العامة لتجسيد الحقوق

¹ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص131.

² محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، (دراسة مقارنة)، ط2، دار الفكر، دمشق، طبعة 2010، ص38.

والحريات، ولإعطاء فعالية ومردودية تتماشى مع متطلبات المنافسة التي يفرضها القطاع الخاص بما يمتلك من مؤهلات وإمكانات.

وتبعا لهذه التغيرات المتسارعة التي شهدتها العديد من المجتمعات والتي مست مختلف الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية منها على وجه الخصوص، والتي أدت في مجملها إلى بلورة تطور متسارع لحاجيات الأفراد والمجتمعات ككل، فعمدت هذه الأخيرة إلى البحث عن أساليب جديدة تكون أكثر فعالية لمواكبة هذه المستجدات بعيدا عن الأساليب الكلاسيكية في التسيير التي ثبت عجزها عن بلوغ الأهداف التي أنشأت المرافق العامة لأجلها.

وفي هذا السياق واستنادا إلى هذه المعطيات الجديدة وما رافقها من تحولات، خاصة ما يتعلق بالالتزامات التي تفرضها العولمة في كافة الميادين وبالأخص فكرة تحرير لاقتصاد وفسح المجال أمام الخواص، وانسحاب معظم الحكومات من الحياة الاقتصادية واكتفائها بدور المراقبة والإشراف بعيدا عن كل أشكال التدخل في الشأن الاقتصادي، بادرت الدول إلى تكييف تشريعاتها المتعلقة بإدارة المرافق العامة لمسايرة الطرق المبتكرة حديثا في إدارة المرفق العام والارتقاء بالخدمة العمومية.

وفي ظل عجز الأساليب التقليدية عن إدارة المرافق العامة الضرورية بالشكل الذي يلبي الحاجات العامة للجمهور وبالنوعية المطلوبة، أصبح التسيير غير المباشر للمرافق العامة ضرورة ملحة أملت معطيات موضوعية تتمثل أساسا في تشعب وظائف الدولة الحديثة وعدم قدرتها على إدارة جميع المرافق العامة بالشكل المطلوب.

فأصبحت عقود تفويض المرفق العام أحد الأساليب الحديثة المبتكرة التي يمكن التعويل عليها من أجل الرفع من فعالية المرفق وضمان التمويل اللازم لاستمراره في تأدية مهامه وذلك بإشراك أشخاص القانون العام أو الخاص في تسيير المرفق العمومي بما يضمن جودة الخدمة العمومية ومردودية المرفق العام في آن واحد.

فارتكز التسيير غير المباشر للمرفق على فكرة التخلي التدريجي عن احتكار الدولة لتسيير المرفق العمومي واعتماد نهج الشراكة مع القطاع العام أو الخاص، وبذلك أصبح تفويض المرفق العام من الآليات الحديثة التي اعتمدتها جل التشريعات المقارنة، وتبناها المشرع الجزائري كإطار قانوني مستقل

ينظم مجموعة من العقود أوردها في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

وقد لجأت الجزائر إلى عقود التفويض بدواعي أملت لها ظروف مختلفة تمثلت في الأساس في محاولة إيجاد موارد مالية بديلة من مصادر متنوعة بعيدا عن أموال الخزينة العمومية في ظل انحصار مداخل المحروقات وذلك من أجل ضمان السير الحسن والمنتظم للمرافق العامة وتحقيق مزايا أكبر لصالح مستعملي المرفق العام كالارتقاء بمستوى الخدمة العمومية بالاستفادة من كفاءة واحترافية القطاع الخاص في التسيير.

وذلك من أجل مسايرة الحاجيات المستجدة لمستعملي المرفق العمومي من جهة، ومواكبة ما يتطلبه الاقتصاد الحر من سرعة ومرونة تتماشى مع مبادئ التجارة الحرة وقواعد المنافسة الناتجة أساسا عن التوجه الليبرالي وطغيان مفاهيم العولمة الاقتصادية في معظم الدول الحديثة، التي بادرت بدورها إلى تكييف تشريعاتها بما يتوافق مع هذه التحولات التي مست مختلف الميادين لاسيما الاقتصادية منها.

وتقتضي عملية تفويض المرافق العامة أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إدارة مرفق عام إلى شخص غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص، ففكرة التفويض ليست بفكرة حديثة تماما فتطبيقاتها قديمة في التشريع الجزائري من خلال عقد الامتياز باعتباره أقدم صور التفويض قبل أن يتم النص عليه صراحة في القانون 05/12 المتعلق بالمياه المعدل والمتمم²، وكذا القانون 10/11 لاسيما المواد 149 و156 التي تنص على أن إمكانية تفويض بعض المصالح العمومية في بعض المجالات.

غير أنه لم يتم النص على تفويض المرفق العام كنظام قانوني مستقل قائم بذاته يضم مجموعة من العقود إلا في المرسوم الرئاسي 247/15، حيث يهدف هذا المرسوم إلى تنظيم سير المرافق العامة باختلاف موضوعاتها، فقد نصت المادة 207 منه على أنه: "يمكن للشخص المعنوي العام الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك مالم يوجد حكم

¹ المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

الجريدة الرسمية رقم: 50 الصادرة في 20/09/2020.

² القانون 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 60، المؤرخة في

04 سبتمبر 2005.

تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام¹، وتتنوع صور التفويض حسب تنوع المرافق العامة موضوع التفويض.

وبصدور المرسوم التنفيذي 199/18² الذي جاء تطبيقاً لأحكام المواد 207 و210 من المرسوم 247/15 سالف الذكر وفي المادة الثانية منه عرف عقد التفويض على أنه "يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هذا المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة، إلى المفوض له المذكور في المادة 04 أدناه بهدف الصالح العام".

فالتفويض وجه من أوجه الشراكة بين القطاع العام والخاص لجأت إليه الجزائر بدواعي اقتصادية في الأساس تلخصت في انخفاض الموارد المالية الناتجة عن عائدات المحروقات في فترة زمنية معينة وبهدف البحث عن موارد مالية بديلة تضمن سير المرافق العامة الضرورية بشكل منتظم وتؤمن لها مصادر تمويل بعيدا عن الخزينة العمومية.

ولما كانت آلية التفويض توجب التخلي عن تسيير المرفق العام لمدة معينة وبناء على عقد يبرم بين السلطة المفوضة وأحد أشخاص القانون العام أو الخاص، توجب على السلطة المانحة للتفويض مرافقة صاحب التفويض لضمان عدم انحرافه عن مقتضيات المصلحة العامة باعتبارها الهدف المنشود للجهات المانحة للتفويض مع ضرورة إحاطة عقد التفويض بجملة من التدابير الرقابية من قبل السلطة المفوضة بما لها من امتيازات السلطة العامة مستندة في ذلك على الطبيعة الإدارية لعقد التفويض.

ومن هذا المنطلق تكتسي عملية الرقابة بكل أنواعها على عقود التفويض كآلية حديثة لتسيير المرافق العامة أهميتها النظرية من أهمية المرفق العام في حد ذاته، ومكانته كمحور من المحاور الأساسية للقانون الإداري من جهة، بالإضافة إلى كون إقامة المرفق العام وإدارته تعتبر من المهام الأصلية للدولة، وأن التخلي عن تسييره لأطراف أخرى لا يعفي السلطة المفوضة من واجباتها الرقابية على عقد التفويض قصد تنظيم حالات اللجوء إليه ومدى قابلية المرفق للتفويض، بالإضافة إلى ضمان عدم الانحراف به عن الأهداف التي أنشأ من أجلها.

¹ المادة 207 من المرسوم 247/15 سالف الذكر .

² المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 أوت 2018، الجريدة الرسمية العدد 48 الصادرة في 5 أوت 2018.

بالإضافة إلى الأهمية العملية للرقابة على عقود التفويض كونها آلية من الآليات التي تضمن عدم انحراف عقد التفويض عن الأهداف المسطرة له، لارتباط هذه العقود بتسيير المال العام وتلبية حاجات الأفراد إلى جانب عقود الصفقات العمومية، فإن الرقابة على عقود التفويض بتنوع صورها تهدف إلى نجاعة عقود التفويض وإضفاء المزيد من النزاهة والشفافية على إجراءات إبرامها وكذا ضمان حسن تنفيذها، ذلك أن تخلي السلطة المانحة للتفويض عن تسيير المرفق العام لا يعفيها بأي حال من مسؤوليتها في مرافقة وإنجاح المرفق العام مهما اختلفت أساليب إدارته.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن العديد من الدراسات تناولت موضوع تفويضات المرفق العام باعتبارها تقنية حديثة نوعا ما في تسيير المرافق العامة مقارنة بالوسائل التقليدية المتعارف عليها إلا أن هذه الدراسات لازالت قليلة بالنسبة للجزائر ولم تحظى بالإحاطة اللازمة بجميع الجوانب القانونية المتعلقة بها، بالنظر إلى عوامل مختلفة تتعلق أساسا بالتردد الملحوظ في تطبيق هذه العقود بصورها الحديثة على أرض الواقع، والاكتفاء بعقود الصفقات العامة لتلبية الحاجيات العامة للجمهور وهذا بالرغم من المزايا العديدة التي توفرها عقود التفويض لجميع أطراف العقد.

غير أن مسألة الرقابة على عقود التفويض كجزئية مهمة لم تتطرق لها إلا دراسات قليلة في إطار الحديث الرقابة الإدارية على اتفاقية تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 199/18 التي تناولت مختلف أنواع الرقابة الداخلية والخارجية منها التي تمارسها لجنة اختيار وانتقاء العروض والرقابة الميدانية التي تمارسها السلطة المفوضة، بالإضافة إلى دراسات أخرى تمت فيها الإشارة إلى ضرورة تفعيل الرقابة على عقود التفويض مثل أخلة عقد تفويض المرفق العام للباحثة ياسمينه بوجريو، وبعض البحوث الأخرى التي تتكلم عن الرقابة الإدارية على عقود التفويض في إطار التكلم عن تكريس مبادئ المنافسة والشفافية على عقد التفويض.

وفي هذا السياق ومن أجل التوسع أكثر في موضوع الرقابة على عقود تفويض المرافق العامة حاولنا مناقشة الموضوع من زاوية أخرى، تتعلق بعلاقة الرقابة بكل أنواعها على اتفاقية التفويض ومدى فعاليتها في تحقيق الأهداف التي تسعى إليها السلطات المفوضة من خلال اللجوء إلى هذه التقنية ومدى تأثيرها على عملية الإدارة والاستثمار في المرفق العام كونه عملية مرتبطة أكثر بالطابع الاقتصادي للمرافق العامة.

ومن أبرز الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذا البحث هي حداثة موضوع تفويض المرفق العام (كإطار جامع لصور مختلفة من العقود) بالنسبة للجزائر، بالإضافة إلى قلة النماذج الناتجة عن أسباب مختلفة منها ما يتعلق بقلة تطبيقات عقود التفويض بصورها الجديدة باستثناء عقدي الامتياز والإيجار في صورتيهما القديمة وقلة النصوص القانونية المنظمة لعقود التفويض في حد ذاتها، ومنها

ما يتصل بالمنظومة القانونية ككل والتي تتقاطع فيها قوانين مختلفة مكملتها لبعضها البعض تخلق في المحصلة بيئة مناسبة ومتكاملة تضمن نجاح تقنية التفويض.

زيادة على التردد الحاصل في تطبيق آلية التفويض ككل بصيغها المختلفة، سواء من قبل القائمين على الإدارات العمومية المسؤولة عن تسيير المرافق العمومية التي لم تتعود بعد على مثل هذه العقود كونها عقود مركبة وطويلة الأمد وتتدخل فيها حقوق والتزامات أطراف متعددة (السلطة المفوضة المفوض له، مستخدم المرفق العام)، وتحتاج إلى قدر كبير من الدراسة والتريث والكفاءة والخبرة في عملية التفاوض عبر مراحل متعددة من أجل الوصول إلى إبرام عقد يحقق أكبر قدر ممكن من الأهداف المرجوة، وهذا مقارنة مع عقود الصفقات العامة المألوفة والتي تكتفي فيها المصالح المتعاقدة بإتباع إجراءات روتينية معينة وتنتهي بإرساء الصفقة على متعهد من أجل القيام بخدمة أو إنجاز أشغال معينة بمقابل مالي يتقاضاه يدفعه صاحب المشروع في مدة وجيزة.

بالإضافة إلى التباطؤ في إصدار النصوص القانونية التطبيقية المتعلقة بتفويضات المرافق العامة فبعد صدور المرسوم الرئاسي 247/15 والمتعلق أساساً بالصفقات العمومية والذي تحدث عن تفويضات المرفق العام في أربع مواد فقط (من المادة 207 إلى المادة 2010) وبشكل مقتضب وأحالنا إلى النصوص التطبيقية التي انتظرنا صدورها أكثر من ثلاث سنوات من أجل بيان الأحكام التفصيلية والتطبيقية التي جاء بها المرسوم التنفيذي 199/18 واقتصر على تفويض المرفق العام المحلي فحسب.

كل هذه العوامل المتداخلة ساهمت في تعطيل تطبيق تقنية التفويض على أرض الواقع مقارنة بعقود الصفقات العمومية، مما ساهم في عدم الاستفادة العملية من المزايا الكبيرة لعقود التفويض بصورها المختلفة، والتي سطرته السلطات العمومية في البلاد من خلال تبنيها لهذه الآلية بشكل صريح سنة 2015.

غير أن الاهتمام المتزايد بموضوع الشراكة بين القطاع العام والخاص بشكل عام وعقود تفويض المرافق العامة على الخصوص من قبل السلطات العامة في البلاد شكل دافعا لنا في اختيارنا للموضوع زيادة على الدوافع الذاتية التي تتعلق أساساً بالاهتمام بالقانون الإداري بوجه عام والعقود الإدارية وقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي على وجه الخصوص، بالإضافة إلى الممارسة العملية اليومية والاحتكاك الدائم بالصفقات العمومية بحكم الالتزامات المهنية بمصلحة الصفقات والنشاط الاقتصادي على مستوى الإدارة العمومية.

أما عن الدوافع الموضوعية فهي تتعلق على الخصوص بحساسية موضوع المرفق العام بشكل عام وانشغال السلطات العامة في البلاد بإيجاد الأساليب المناسبة لعصرنته بالإضافة إلى حداثة

موضوع التفويض كأسلوب غير مباشر للتسيير وحاجته إلى مزيد من الدراسة نظرا لأهميته الاقتصادية كونه يفتح مجالا للاستثمار في المرفق العام، ويعد خيارا استراتيجيا للدولة في إطار بحثها عن تنويع الموارد الاقتصادية بعيدا عن أموال الخزينة العمومية، وضمان تأديتها لوظيفتها المتعلقة بتسيير المرفق ورفع مستوى الخدمات المقدمة للجمهور بالاستعانة بالشراكة مع القطاعين العام والخاص والاستفادة من خبراتهم وإمكانياتهم خصوصا في المرافق ذات الطبيعة الاقتصادية التي تعتبر الأكثر ملائمة للمتعاملين الاقتصاديين من القطاعين العام والخاص دون تمييز.

وانطلاقا من الأهمية الكبيرة التي احتلتها عقود تفويض المرافق العامة بين العقود التي تبرمها الإدارة لتلبية الطلبات العمومية، تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الآليات الرقابية التي تعتمد عليها السلطة المفوضة بالأساس والهيئات المختصة من أجل ضمان احترام البنود التعاقدية أو التنظيمية التي يتضمنها عقد التفويض بالموازاة مع الامتيازات التي تختص بها الجهات المانحة لعقد التفويض باعتبارها امتيازات للسلطة العامة.

بالإضافة إلى تقييم مدى فعالية هذه الآليات الرقابية في ضمان شفافية ونزاهة منح هذه العقود وبيان فعاليتها في تحقيق خدمة عمومية ذات جودة بالنسبة لمستعملي المرفق العام، وتحقيق المردودية الاقتصادية الكفيلة بضمان تمويل سير المرفق بانتظام وحمايته من المنافسة التي يفرضها القطاع الخاص وما يفرضه اقتصاد السوق ومبادئ العولمة.

كما تهدف الدراسة إلى إبراز دور الرقابة على عقود تفويض المرافق العامة، في ضمان المصلحة العامة من خلال إضفاء مزيدا من الشفافية على مختلف المراحل التي يمر بها عقد التفويض بالإضافة إلى دورها في ضمان الفاعلية وجودة الخدمة العمومية المقدمة لمستخدمي المرفق من جهة وحفظ الحقوق المقررة في اتفاقية التفويض لصالح صاحب التفويض.

فالامتيازات المقررة للسلطة مانحة التفويض بوصفها سلطة عامة لا يجب أن تحول دون ضمان حقوق المفوض له بوصفه مستثمرا في المرفق العمومي ويهدف إلى تحقيق أرباح اقتصادية مستفيدا في ذلك من الضمانات المقررة في مجال الاستثمار وحرية التجارة، لذلك فإن النجاح في التوفيق بين سلطات أشخاص القانون العام المتعلقة أساسا برقابة عقد التفويض بما يحفظ المصلحة العامة إلى جانب احترام المقتضيات التي تفرضها عملية الاستثمار في المرفق العام، يضمن في الأخير ضمان المصلحة العامة لجمهور المرتفعين إلى جاب ضمان مصلحة المفوض له في تحقيق المردودية على حد سواء بما ينعكس بالإيجاب على الشقين الاقتصادي والاجتماعي في الوقت ذاته.

وفي هذا السياق وبالرغم من قلة تطبيقات عقود التفويض في الجزائر بصورها الحديثة المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18، إلا أن النجاح المتزايد لهذا

الأسلوب في عديد الدول خاصة في مجالات البنية التحتية والطاقات المتجددة وغيرها من الميادين الاقتصادية، فرض نفسه على مختلف الدول ومن بينها الجزائر، التي تسعى إلى الاستعانة بهذا الأسلوب الحديث الغير مباشر لتسيير مرافقها العامة والرفع من فعاليتها ومردوديتها.

فأصبح نجاح الاستثمار في المرافق العامة عن طريق تقنية التفويض أحد الرهانات التي تسعى الجزائر إلى كسبها بالنظر إلى مزاياه المتعددة، وبالتالي فإن ضمان فعالية هذه العقود من خلال بسط رقابة فعالة ومرنة في الوقت ذاته تضمن نجاعة آلية التفويض من خلال ضمان شفافية الإجراءات المتعلقة بإسناد المرفق للمتعهد وحسن تنفيذ اتفاقية التفويض.

هذه الأهداف التي سطرتهما الجزائر والمتمثلة في تحقيق التنمية من خلال محاولة خلق الثروة من خلال إنجاز وتنشيط وتشغيل المنشآت المنتجة للمداخل بنجاعة وخلق مناصب الشغل ومنح الأولوية في ذلك إلى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة¹. لدواعي مختلفة آنذاك ساهمت في تبني أسلوب الشراكة مع القطاع الخاص وتحديد تقنية تفويض المرفق العام كخيار استراتيجي لإدارة واستثمار المرافق العامة. وبالتالي فإن تنظيم هذه الرقابة بمختلف أنواعها وبكل آلياتها وبيان مدى فعاليتها في إنجاز عملية الاستثمار في المرافق العامة عن طريق أسلوب التفويض، ينعكس على جودة الخدمة العمومية المقدمة للمرتفقين ويضمن هامش من الحرية يساهم في استقطاب الاستثمار في المرفق العام، وانطلاقاً مما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية:

- كيف تساهم الرقابة على عقود تفويض المرفق العام في إضفاء المزيد من الفعالية على المرفق العام مع ضمان الحرية الاقتصادية للمفوض له؟

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة يتعين طرح جملة من الأسئلة الفرعية:

- هل تعد الرقابة على عقود تفويض المرافق العامة ضرورة لأجل فعالية أكبر لتقنية التفويض؟
- كيف نظمت النصوص القانونية في الجزائر مسألة الرقابة على عقود التفويض؟
- هل هناك حدود للرقابة على عقود التفويض تفرضها عملية الاستثمار في المرفق العام؟
- كيف يمكن تفعيل الآليات الرقابية على عقود التفويض دون الإخلال بمقتضيات الاستثمار في المرفق العام المفوض؟

¹ التعليم رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019 المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المؤرخة في 02 أوت 2018 المتعلقة بتفويض المرفق العام.

للإجابة على إشكالية الموضوع والتساؤلات المنبثقة عنها اعتمدنا في الأساس على المنهج التحليلي الاستنباطي الذي من خلاله نحلل النصوص القانونية المتعلقة بتفويضات المرفق العام بالإضافة إلى المنهج الوصفي في بعض الأحيان لوصف بعض الحقائق العلمية المتعلقة بالموضوع كما وردت والاستعانة بالمنهج المقارن في بعض المحطات من خلال دراسة بعض النصوص القانونية والآراء الفقهية المقارنة ومقارنتها بما هو عليه الوضع في الجزائر لمحاولة الاستفادة منها في المستقبل.

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة في هذه الدراسة وما ينجر عنها من تساؤلات فرعية ارتأينا معالجة موضوع هذه الرسالة في بايين اثنتين، نتناول في الباب الأول ماهية عقود التفويض ودور الرقابة في نجاعتها، وذلك من خلال إبراز الإطار المفاهيمي لعقود التفويض (الفصل الأول)، ثم بيان دور الرقابة بمختلف صورها في تفعيل عقود تفويض المرفق (الفصل الثاني).

وفي الباب الثاني تطرقنا إلى حدود الرقابة على عقود تفويض المرفق العام من خلال التركيز على أسس ومظاهر الرقابة على عقود تفويض المرفق العام (الفصل الأول)، ثم تطرقنا إلى مقتضيات الطبيعة الاستثمارية لعقد تفويض المرفق العام (الفصل الثاني) وسنحاول الإلمام بعناصر الموضوع من خلال هذه الخطة.

ثم ننهي هذا البحث بخاتمة سنحاول من خلالها الإجابة على الإشكالية المطروحة أو على الأقل فتح باب للنقاش العلمي من أجل التوصل إلى نتائج علمية مستقبلا تساهم في تسليط الضوء على موضوع البحث ومنه التوصل إلى نتائج علمية تهدف إلى تنظيم عملية الرقابة على عقد التفويض بالشكل الملائم، باعتبار أن الموضوع حديث نوعا ما ويكتسي أهمية كبيرة يستمد منها أهمية المرفق العام في حد ذاته.

ثم نحاول تقديم النتائج المتوصل إليها مع إعطاء بعض المقترحات التي تساعد في تطوير آلية تفويض المرافق العامة مستقبلا للرفع من كفاءة المرفق العام، والمساهمة في خلق موارد مالية بديلة عن أموال الخزينة العمومية لدعم عملية التنمية، وذلك بالموازاة مع تطوير الآليات الرقابية للسلطة المفوضة بالشكل الذي نضمن به توازن في أعمال سلطة الرقابة على عقود التفويض مع ضمان مرونة يتطلبها الاستثمار في المرفق العام وتكون حافزا للمستثمر في المرفق العام المفوض.

الباب الأول

ماهية عقود التفويض ودور الرقابة في نجاعتها

لعل تلبية الخدمات العامة للجمهور وتوفير حاجات الأفراد و الجماعات تعد من أبرز وظائف الدول وخصائص المجتمعات الحديثة، بالرغم من أن الأصل أن يسعى الأفراد الى اشباع حاجاتهم بأنفسهم دون أن يكون للإدارة التدخل في هذا شؤونهم، الا حينما يتعلق الأمر بمشروعات وخدمات لايمكن أن تترك للأفراد نظرا لاعتبارات متعددة تتصل أساسا بسيادة الدولة أو أمنها العام، ولكن عزوف أو تقاعس الأفراد عن القيام ببعض المشروعات أو الخدمات، نظرا لقلة مردوديتها الاقتصادية أو لقلة امكانياتهم وعجزهم عن القيام بها نظرا لما تتطلبه هذه المشروعات من قدرات و تكاليف باهظة لإقامة هذه المشاريع.

وانطلاقا من مسؤولية الإدارة على تحقيق المشاريع والمرافق كلها التي يحتاجها الجمهور كان لزاما عليها السعي لإقامة هذه المشاريع و الخدمات و الحاجات العامة بكل السبل، فلم تجد بدا من أن تتولى بنفسها انشاء هذه المشروعات التي يتقاعس أو يعجز عنها الأفراد، حتى يتحقق للجميع المرافق الضرورية، التي تؤمن لهم المستوى المقبول من جودة الخدمة العمومية المطلوبة، وحاولت بلوغ درجة من الرضا في مختلف مجالات حياتهم، هذه المشروعات والخدمات يطلق عليها اصطلاحا المرافق العامة، التي تشكل محورا أساسيا من اهتمام السلطات العامة في كل الدول، إلا أن التطورات التي رافقت مفهوم المرفق العام بالنظر الى الازمات المتعددة والظروف المختلفة التي مرت بها المجتمعات، أدت الى تطور وازدياد وتنوع حاجات الأفراد والجماعات، مما وسع من مجالات تدخل الدولة، حتى أضحي ليس بمقدور أي دولة تحقيق جميع المرافق العامة بمفردها مما دفع هذه الإدارة الى التخلي عن بعض مرافقها لصالح الأفراد فاصبحنا بصدد الحديث عن مرفق عام يستهدف المصلحة العامة مسير من قبل أشخاص خاصة¹.

غير أنه إذا كان هناك العديد من المعطيات السالفة الذكر التي فرضت على الدولة أن تتخلى عن بعض مرافقها العامة لصالح أشخاص القانون العام أو الخاص، إلا أن هذا لا يخلو مسؤولياتها بشكل كلي، وإنما تبقى مجبرة على ضمان تحقيق المرفق على أكمل وجه بالرغم من إسناده الى الغير، ذلك لأنه إذا كانت الانحرافات ومساوئ التسيير لازمت الى فترة طويلة المرفق العام المسير بالطريق المباشر، فإنه من باب أولى ممارسة الرقابة على المرفق العام المسير بالأسلوب غير المباشر.

فالسطة العامة أثناء ممارستها لنشاطاتها المختلفة ومرافقها المتعددة تلتزم بتحقيق أهداف مسطرة ومحددة بدقة يتم تبينها غالبا في إطار رسمها للسياسة العامة للدولة، وهي تخضع في ممارستها لهذه الأنشطة لنظام رقابي منضبط، يمكن من التأكد من مدى تحقيق هذه المهام والأهداف المرسومة لها

¹ محمد يعرب الشرع، مرجع سابق، ص25.

سلفاً، لأن عملية الرقابة في حد ذاتها ليست فكرة وليدة الدولة الحديثة، بل هي تلازم المجتمعات على مر العصور، فتعود فكرتها الى نشأة الدولة القديمة وفكرة ملكية المال العام والتصرف فيه نيابة عن المجتمع، وهي تدخل ضمن أركان الدولة الحديثة، وتحتل محورا هاما في عملية التخطيط والتنظيم والتوجيه والاشراف بحيث ترتبط كلا من هذه المفاهيم ارتباطا وثيقا بمفهوم الرقابة¹، وتزداد أهمية الرقابة والتوجيه والإشراف في عقود التفويض لعدة اعتبارات، منها سعي صاحب التفويض الى تحقيق أكبر قدر من الأرباح مقابل التقليل قدر الإمكان من التكاليف وقد يكون هذا في أغلب الأحيان على حساب المصلحة العامة، هذه الأخيرة التي تشكل الهدف الأساسي والأسمى الذي تسعى لضمانه السلطات العامة في أي مجتمع، فبالنظر الى طول مدة عقد التفويض بشكل عام وكثرت الالتزامات المنصوص عليها في اتفاقية التفويض، وفي ظل السرعة والمنافسة التي تتطلبها عملية الاستثمار في المرافق العامة، قد تظهر عدة مساوئ للتسيير وربما انحرافات عن المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة والاهداف التي أقيمت المرافق من أجلها.

كما تشكل الرقابة بصورها المختلفة آلية تتمكن من خلالها السلطة المفوضة من تقييم أداء المرفق العام من خلال تقنية التفويض ومقارنتها بمختلف أساليب التسيير الأخرى، بالشكل الذي يسمح بانتهاج الأسلوب الأمثل في التسيير من جهة، وتمنح الأشخاص العامة المنوط بها إدارة المرافق العامة فرصة لتقييم الأرباح التي يحققها كل الأطراف، مما يساعد على تحسين شروط التفاوض لإبرام اتفاقيات التفويض بصورها المختلفة، فهي ضرورة تملئها معطيات موضوعية تتعلق بمظاهر الفساد الإداري والمالي والانحراف عن أهداف المصلحة العامة حتى في حالة التسيير المباشر للمرافق العامة من قبل مؤسساتها العامة وموظفيها العاميين، فمن باب أولى أن تمارس هذه الرقابة بشكل أوسع في حالة التسيير غير المباشر للمرافق العامة عن طريق أسلوب التفويض.

فخضوع عقود التفويض للرقابة والتوجيه والاشراف مستمد من الطبيعة الإدارية للعقد، وهو ما يفرض علينا توضيح الإطار المفاهيمي لعقد التفويض في الفصل الأول من هذا الباب من ثم بيان أنواع الرقابة وإبراز دورها في نجاعة وفعالية التسيير المفوض للمرفق العام في الفصل الثاني.

¹ أحمد مصطفى صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، طبعة 2015، ص7.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام

إن المرفق العام باعتباره مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام العام وخدمة المصالح العامة في الدولة والغاية المسطرة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام، أي أن يكون غرضه سد حاجات مشتركة أو تقديم خدمات عامة¹، إن ضمان إدارة ناجعة للمرافق العامة هو الهدف الذي تسعى لتحقيقه السلطات العامة في أي مجتمع، وذلك من خلال إقامة العديد من المرافق التي تؤمن الحاجيات الضرورية لأفرادها ولعل التطوير في أساليب التسيير التقليدية والتخلي التدريجي عن الإدارة المباشرة للمرافق العامة وخاصة الاقتصادية منها، يصب في هذا الاتجاه.

فبعدما كان تسيير المرافق العامة حكرا على الهيئات العمومية، الأمر الذي أثقل كاهل الدولة وشغلها عن كثير من الوظائف المهمة المنوطة بها، خاصة وأن العديد من المرافق العامة ذات طبيعة خدمائية وأخرى ذات طابع صناعي وتجاري تتناسب أكثر الخواص، بل يمكن تحقيقها بشكل أكثر فعالية عن طريق إشراك القطاع الخاص في إقامتها واستغلالها دون الرجوع إلى أموال الخزينة العمومية ويسمح أسلوب التسيير المفوض بتحقيق المصلحة العامة بكل مقتضياتها من خلال إتاحة الفرصة لمؤسسات متخصصة في مجال معين من الخدمات تستطيع إدارة المرافق العامة بطريقة تقنية وبنجاعة وفعالية أكثر للمرافق العامة، وهي في الوقت ذاته تخفف من عبء التسيير على خزينة الدولة².

فاعتبر التدبير المفوض للمرفق العام من التقنيات الحديثة التي اعتمدتها الجزائر على غرار العديد من الدول، وهو أسلوب حديث نوعا ونظام قانوني موحد قائم بذاته، قديم في تطبيقاته حديث في المفاهيم، يقوم على أساس علاقة تعاقدية مركبة ومتعددة الأطراف، يتضمن نقل استغلال واستثمار المرافق العامة من التسيير التقليدي للدولة إلى القطاع الاقتصادي العام أو الخاص.

¹ راضية رحمانى، قراءة في عقد تفويض المرفق العام في ظل المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 36، العدد 4، سنة 2022، ص 52.

² سمية سلامي، عقود تفويض المرفق العام المحلي، دار المتنبي للطباعة والنشر، الجزائر، طبعة 2023، ص 100.

فعمدت معظم الأنظمة المقارنة بما فيها بلادنا الى تضمين تشريعاتها الوطنية نصوص قانونية تؤسس إلى عملية الانفتاح على أشخاص قانونية غير الإدارة العمومية، ليتم إشراكها في مسألة الإدارة والاستثمار في المرافق العامة، لما تتوفر عليه هذه الأشخاص من مؤهلات، وخبرات تنعكس على أداء ومردودية المرفق العام، بما يسمح بالارتقاء بالخدمة العمومية المقدمة لجمهور المنتفعين، ويضفي مظاهر العصرية والتطور على المرافق العامة، بعيدا عن الروتين والرتابة التي اتسم بها المرفق العام في صورة التسيير الكلاسيكي الذي اعتمدته الدول في بداياتها.

وفي هذا الإطار لابد من الإحاطة بمفهوم تقنية التفويض وبيان الأسس والأركان التي تقوم عليها في (المبحث الأول)، ثم نفصل في الأشكال والصور التي يمكن أن يتجسد من خلالها في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية تفويضات المرفق العام

لم يتوصل الفقه الى تعريف دقيق وجامع للمرفق العام في حد ذاته، فعرفه البعض على أنه كل نشاط تباشره السلطة العامة يكون الغرض منه إشباع حاجات عامة، وهو بهذا المعنى يشكل التعريف الموضوعي للمرفق العام، من حيث أنه يركز على العمل الذي يقوم به المرفق، الذي يستهدف تحقيق النفع العام، كمرفق التعليم والأمن والدفاع، و يعرفه البعض الآخر من الفقه بكونه منظمة أو هيئة عامة تعمل بانتظام واطراد من أجل تأمين الحاجات العامة للجمهور، مستعينا في ذلك بسلطات الإدارة العامة لتحقيق أهدافها، وهذا ما يسمى بالمعنى العضوي للمرفق العام أي بالاستناد الى الهيئة التي تقوم بتحقيق المرفق العام¹.

بالإضافة الى ذلك فإن فكرة المرفق العام تطورت خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، مع تعدد وظائف الدولة الحديثة وكثرة مهامها فأصبحت على درجة من الإبهام والغموض وخاصة فيما يتعلق بالمرافق الاقتصادية التي تؤدي منفعة عامة، وتهدف الى تحقيق النفع العام مثلها مثل بقية المرافق العامة، فطرح إشكالية مدى اعتبارها من قبيل المرافق العامة وخضوعها لقواعد القانون العام، فلم يعد النفع العام مقتصر على المرافق العامة الإدارية ولا المرافق التي تدار من قبل الأشخاص العامة فحسب بل توسعت دائرة النفع العام الى المرافق العامة باختلاف وتنوع طبيعتها وكذا باختلاف الأشخاص القانونية القائمة على تنظيمها واستغلالها، فتوسع مفهوم النفع العام ومنه المصلحة العامة

¹ محمد عبد الحميد ابو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2005 ص33.

التي لم تعد تقتصر على إشباع الحاجات العامة الأساسية للأفراد فحسب وإنما أضحت المصلحة العامة تضم مصالح الجميع بما فيهم الخواص الساعين الى استغلال واستثمار المرافق العامة لانهم جزء لا يتجزأ من المصلحة العامة الاقتصادية للمجتمع ككل من خلال مشاركتهم الفعالة في الدفع والنهوض بالاقتصاد الوطني الى جانب السلطات العامة في البلاد.

وبطبيعة الحال فإن الدفع بالاقتصاد الى تحقيق المزيد من النمو إنما يصب في إطار الصالح العام المنشود من خلال دعم عمليات التنمية على كل المستويات مما يساهم في تأمين الكثير من الحاجيات للأفراد والجماعات ويحل العديد من الإشكالات على الصعيد الاجتماعي والسياسي معا وتتمحور جل هذه المطالب في الجانب الاجتماعي خاصة بالنسبة للدول النامية على وجه التحديد التي تسعى الى تأمين متطلبات مواطنيها عن طريق تحقيق المزيد من المرافق العامة على اختلاف موضوعاتها ووظائفها بما يتوافق مع امكانياتها وبلاستعانة بأفضل الطرق التسييرية التي تضمن تحقيق الأهداف المسطرة بأقل الجهود الممكنة وأفضل الأساليب وأقل التكاليف، مما عزز التوجه الى أساليب التسيير غير المباشر وبخاصة في مجال تسيير واستغلال المشروعات العامة التي تشكل عصب الحياة ومحور اهتمام السلطات العامة في كل البلاد، فهي مشاريع ترتبط بكيان المجتمعات وتشكل مؤشرا هاما على مدى تقدمها.

وبما أن المرافق العامة وبخاصة المرافق الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري تعتبر المجال الأكثر ملائمة لتطبيق تقنية تفويض المرافق العامة، فقد انعكس هذا الغموض في إيجاد تعريف موحد للمرفق العام بالضرورة على مسألة تحديد مفهوم دقيق وتعريف جامع ومانع لأسلوب تفويض المرافق العامة باعتبار المرفق العام هو المحور الأساس في تقنية التفويض التي تم استحداثها، كطريق حديث وغير مباشر في إدارة واستغلال المرافق العامة، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال عرض بعض التعاريف الفقهية لأسلوب التفويض في الأنظمة المقارنة في المطلب الأول ثم بيان الأركان والاسس التي يقوم عليها هذا الأسلوب الحديث في تسيير المرافق العامة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام

على الرغم من اتساع نطاق تطبيق أسلوب تفويض المرافق العامة من ناحية التطبيق العملي كونها تتضوي تحت اطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الا أنه يجب التنويه الى أن مفهوم التفويض قديم على مستوى التطبيق، وذلك منذ ظهور عقود التزام المرافق العامة، إلا أن الفقه في العموم لم يستعمل مصطلح التفويض في مجال المرافق العامة إلا نادرا، بل استعمل اصطلاح الإدارة المفوضة قاصدا بذلك عملية تسيير المرفق العام بالاعتماد على شخص آخر غير الجهة المكلف أصلا بإدارته ويكون هذا الغير في الغالب شخص من أشخاص القانون الخاص، ولكن ذلك ليس بالضرورة لأنه قد يكون شخصا من أشخاص القانون العام كذلك¹، لأنه وإن كان التفويض في الغالب يتم لصالح الخواص نظرا لعدة اعتبارات الا أن ذلك لا يمنع أشخاص القانون العام إذا توفرت لديها الإمكانيات في مجالات معينة من الاستثمار في المشاريع العامة المفوضة باعتبارها الأكثر حرصا على الصالح العام مقارنة بالخواص.

فالمرفق العام من أكثر المفاهيم القانونية الشائكة والغامضة، وقد أثار الكثير من الجدل، ولايزال الفقه منهمكا في حلحلة هذا الغموض الذي يشوب مفهوم المرفق العام بحد ذاته، فهو ذو طبيعته متغيرة وهو ما أدى إلى عدم الاتفاق على مفهوم جامع وواضح لتقنية تفويض المرفق العام، فقد تباينت تعريفات تفويض المرفق العام بحسب المعطيات والخلفيات السائدة في أي مجتمع، بالإضافة الى اختلاف درجات التنمية في كل مجتمع من المجتمعات، فالدول النامية التي عادة ما يميزها التخبط في مشاكل عديدة وتعجز موازنتاتها عن تأمين المرافق العامة الضرورية انتهجت أسلوب التفويض من خلال كونه آلية لتمويل المرافق العامة من خلال الاستعانة بإمكانيات الغير وبلوغ أهداف المصلحة العامة في حين أن التفويض في الدول التي قطعت شوطا كبيرا في التقدم والنمو الاقتصادي على وجه الخصوص، لا يعد انتهاج أسلوب التفويض فيها أن يكون ترجمة وتجسيد فعلي لأفكار التحرر الاقتصادي القائم على تحرير مبادرات الخواص وافتتاح المشاريع العامة على أساليب المشاركة مع القطاع الخاص وتجسيد لمفاهيم الفكر الليبرالي في المجال الاقتصادي على وجه الدقة، فاختلقت النظرة الى أسلوب التفويض باختلاف هذه الزوايا المتعددة.

إلا أنها تكاد تجمع على كون أسلوب التفويض يشكل نقلة نوعية من التسيير التقليدي والمباشر للمرفق القائم على احتكار التسيير من قبل أشخاص القانون العام وفي مقدمتهم الدولة التي تمثل أصل

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

الأشخاص الاعتبارية العامة الى انتهاج أسلوب التسيير الحديث القائم على الإدارة غير المباشرة للمشاريع العامة عن طريق تحقيق التكامل بين القطاعين العام والخاص من أجل بلوغ الأهداف العامة المسطرة، سواء بالنسبة للسلطة العامة المانحة للتفويض أو بالنسبة للخواص الساعين الى الوصول الى أهدافهم الاستثمارية الخاصة التي تصب في النهاية في اطار النهوض بالمرافق العامة وجودة الخدمة العمومية المقدمة للمنتفعين من المرفق العام المفوض.

فاختلفت التعريفات لأسلوب التفويض وانتقت بشكل عام في الأسس والمقومات التي يقوم عليها هذا العقد والشروط التي يتطلب في عقد معين من أجل تكييفه على أنه ينتمي الى طائفة عقود التفويض فمن هذه التعريفات ما ركز على المعيار العضوي والجهة المفوضة ومنهم من ركز على طبيعة النشاط وموضوع المرفق العام ومدى قابليته للتفويض، وكذا مدى ارتباطه بسيادة وكيان الدولة وفي المجمل فإن اختلاف التعاريف والمفاهيم لآلية التفويض إنما يرجع بالأساس الى مرونة التعاريف المتعلقة بالمرفق العام والغموض الذي ارتبط به منذ النشأة الأولى ، فالمرفق العام في النهاية إنما هو موضوع عقد التفويض ومحلّه وبالتالي انسحب هذا الغموض على التعريفات التي تناولت أسلوب التفويض دون أن يشكل ذلك اختلافا كبيرا، أو عائقا أمام العديد من التشريعات التي أجمعت على تعريفات متقاربة مهدت لاعتماد أسلوب التفويض وتكريسه في مختلف التشريعات المقارنة، وتنظيم القواعد المتعلقة به والإجراءات المعتمدة في تجسيد عقد التفويض في العديد من المرافق العامة الوطنية بل امتدت التقنية الى تفويض المرافق العامة الدولية في كثير من المجالات والنشاطات العامة ذات الطابع الدولي والاهتمام المشترك للمجتمعات.

الفرع الأول: تعريف عقود التفويض في بعض الأنظمة المقارنة

كان للفقهاء الفرنسيين سبق حيث ظهر اصطلاح تفويض المرفق العام في بداية الأمر في فرنسا سنة 1980 على يد الأستاذ Auby ضمن دراسة تتعلق بالمرافق العامة المحلية، من خلال التطبيق العملي للإدارة في المنشور الوزاري المؤرخ في 1987/08/07 الخاص بتفويض إدارة المرافق المحلية¹، ودخل دائرة التشريع الفرنسي بمصطلح " عقود تفويض المرفق العام " لأول مرة في قانون 06 فبراير 1992² المتعلق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية، فتم النص في هذا المنشور مجموعة من القواعد التي تخص عقود تفويض المرفق العام، من حيث شروط وإجراءات الإبرام، وكذا مدة العقد

¹ مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، (الامتياز-الشركات المختلطة - BOT-تفويض المرفق العام)، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009، ص 436.

² Loi n° 92 relative al l'administration territoriale de la république JORF n° 33 du 08 février 1992.

وطرق الرقابة التي تمارس عليها، كما ساهم قانون سابان (sapain)¹ المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية في تعزيز تقنية تفويض المرافق العامة، ووسع من مجال تطبيقها ليشمل كل العقود التي يقدم على إبرامها كل شخص عام بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامة، فوضع لذلك قواعد قانونية دقيقة و متكاملة ويعد قانون (Sapain) الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام في فرنسا من خلال تضمنه القواعد القانونية التي ترسخ آلية تنفيذ ومراقبة عقود تفويض المرفق العام، من خلال سن القواعد والأصول اللازمة لإبرام عقود التفويض ، بالإضافة إلى تدعيم النظام الرقابي وتعزيزه، وفرض البنود التنظيمية التي لا بد أن تتضمنها عقود التفويض².

فجاء في تعريف قانون سابان لتفويض المرفق العام في المادة 38 منه على أنه: "العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام الى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطا بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق كما يمكن أن يعهد الى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق"³

وفي فرنسا باعتبارها بلد المنشأ عرف الفقيه BRACONIER عقد تفويض المرفق العام على أنه " عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة بتسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون الخاص يسمى المفوض إليه"⁴، كما يعرفه الأستاذ **Drobenko** على أنه "العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق العام بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق للمفوض له ويمكن أن يكون شخص عام أو شخص خاص، ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق"⁵

وفي تعريف آخر لمقرر الجمعية الوطنية حول قانون sapin يقول بأن " تفويض المرفق العام سيمثل كل الحالات التي يكون فيها تنفيذ المرفق العام معهودا إلى الغير مهما كان النظام الذي يخضع

¹ Loi n 93 122du 29 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption ET à la transparence de la vie économique ET des procédures public JORF n 25 du 30 Janvier 1993 modifier ET complétée.

² أبوبكر احمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة) دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، طبعة 2015/2014 ص 75، 76.

³ مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص، 441.

⁴ Braconnier Stefane, droit de service public, PUF, Paris, 2004, p.413.

⁵ Dribenko Bernard, droit de l'eau, édition gualino, paris, 2008, p.222.

له أو شكل تحقيقه للعائدات" وتعريفه في المادة الثانية من القانون رقم 1160-2001 الصادر في 2001/11/11 موافقا لمبادئ قانون سابان تقول بأنه "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير المفوض له سواء كان عاما أو خاصا تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق العام، والمفوض له قد يكون مكلف ببناء منشآت أو اكتساب أموال لازمة لتسيير المرفق"¹.

بالإضافة الى ذلك فقد عالج الفقه الفرنسي الحديث مسألة التفويض باعتبارها الصورة المتطورة لامتياز المرفق العام وامتدادا لها، فنظم قانونا سابان كيفية إدارة السلطة المفوضة لعقد التزام المرفق العام عن طريق تقنية التفويض حيث يرى البعض أن التسيير المفوض هو إدارة المرفق العام بواسطة شخص معنوي غير الجهة المانحة أو المؤسسة العامة التي تنشأ لهذا الغرض وأن المفوض له عادة ما يكون من أشخاص القانون الخاص، غير أنه ليس بالضرورة كذلك، فيمكن أن يكون كذلك من أشخاص القانون العام.

ويرى البعض الآخر أن التفويض يتضمن وجود أربعة صور تتراوح بين تفويض أكثر اتساعا وبين تفويض تطبق فيه إلى حد كبير الامتيازات الخاصة، هذه التطبيقات هي الالتزام أو الامتياز (la concession)، الإيجار (l'affermage)، مشاطرة الاستغلال (la régie intéressée)، الوكالة (la gérance)².

كذلك في مصر فقد عرف النظام القانوني المصري أحد أهم وأقدم وجه لتقنية تفويض المرافق العامة، ألا وهو عقد التزام المرفق العام الذي يعتبر الأصل التاريخي لتقنية التفويض وذلك من خلال ما نص عليه القانون رقم 129 لسنة 1947، الخاص بالتزامات المرافق العامة، إلا أن المشرع المصري لم يشاطر نظيره الفرنسي في توسيع نطاق تطبيق القانون المذكور ليشمل جميع أشكال وصور تفويض المرفق العام، لأنه اكتفى في بداية الأمر بالنص على بعض لاستثناءات على قانون 1947، ليصل به الأمر في نهاية المطاف الى صياغة قانون تنظيم مشاركة القطاع العام في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة كبديل لقانون 1947، وبذلك فإن المشرع

¹ عبد الغني ولكور، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل 2009، ص13.

² محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، طبعة 2015، ص25.

المصري لم يألف مصطلح تفويض المرفق العام بالصورة التي عرف بها التفويض في فرنسا والمغرب وتونس¹.

وبذلك قد اختلفت التعريفات لعقد التفويض على مدار فترات تاريخية متعاقبة ومن نظام قانوني الى اخر، وتعددت محاولات ضبط المفهوم عقد التفويض، بتعدد الخلفيات والتوجهات التي كانت سائدة لدى الباحثين والفقهاء آنذاك، وساهم في ذلك أيضا اتساع وتنوع مهام الدولة، بالإضافة الى زيادة الأعباء والتكاليف الاجتماعية والاقتصادية، التي فرضت بدورها ضرورة اتخاذ إجراءات اقتصادية حديثة في مجال التسيير العمومي وتفعيل دور القطاع الخاص واستثماره في إدارة المرافق العامة.

الفرع الثاني: عقود التفويض في النظام القانوني الجزائري

إن سياسة احتكار التسيير خاصة في مجال المرافق العامة كانت السمة البارزة التي ميزت إدارة واستغلال المرافق العامة في الجزائر نظرا لاعتبارات متعددة تتعلق في الأساس بالتوجه السياسي آنذاك الذي انعكس بشكل مباشر على التوجه الاقتصادي القائم على انحصار إدارة واستغلال المرافق العامة في أيدي الأشخاص الاعتبارية العامة التي تنشأها الدولة لهذا الغرض، بالذات ويرجع ذلك بالأساس الى التردد الكبير الذي لازم السلطات العامة في عملية إشراك القطاع الخاص في عملية التسيير العمومي غير أن هذا الوضع لم يستمر بفعل التغير والتطور المتسارع للظروف الوطنية والدولية التي فرضت على السلطات العامة في البلاد البدء بالتردد في التحول والانفتاح على الفاعلين الاقتصاديين الخواص الذين سعت الدولة الى استقطابهم الى المشاركة في إدارة واستغلال المرافق العامة.

بعدما اعتمدت الجزائر بشكل شبه كلي على القطاع العام في عملية تسيير مرافقها العامة، بسبب ممارسة سياسة الانغلاق الاقتصادي لفترة طويلة من الزمن إلا أنه بعد أحداث سنة 1989، بدأت ملامح التحول الاقتصادي والانفتاح على القطاع الخاص، حيث مهدت هذه الاحداث الى تبني فكر جديد في مجال التسيير العمومي، هذه الازمات الاقتصادية والاجتماعية وإن شكلت المبرر المباشر لتدخل الدولة في المجالات الاقتصادية، إلا أنها ساهمت كذلك في عملية تسريع تخلي الدولة عن إدارة الكثير من المرافق العامة التي كانت في زمن مضى حكرا على التسيير المباشر وعلى وجه الخصوص النشاطات ذات الطابع الاقتصادي التجاري والصناعي، لتنتهج الدولة عملية الخوصصة بشكل كامل عن طريق التخلي الكلي عن بعض المجالات، أو الاكتفاء بخوصصة التسيير، وهذا عن طريق

¹ أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 78، 79.

استحداث نوع من الشراكة مع القطاع الخاص في اطار ما يسمى بأسلوب الامتياز أو ما يعرف بتفويض المرافق العامة أو عقود البوت المعروفة اليوم¹.

ونتيجة لهذه التغيرات التي عرفتتها الدولة الجزائرية واستجابة للمتطلبات الاقتصادية على وجه التحديد، والتي ترتب عنها التخلي عن النظام الاشتراكي الذي تميز بالاعتماد على الأساليب التقليدية في التسيير، وصولا الى النظام الرأسمالي الذي يقوم على تحرير المبادرة الفردية وتشجيع الخواص للخواص للمشاركة في عملية تسيير المرفق العام، وكانت البداية مع الامر 13/96² المعدل لقانون المياه لسنة 1983، ثم تلاحت النصوص القانونية والتنظيمية التي عززت هذا المنحى الجديد للدولة الجزائرية.

فبدأ مصطلح التفويض في الظهور واستعمل في مجالات مختلفة في المنظومة القانونية الجزائرية منها قانون المياه رقم 12/05 حيث اعتمد المشرع الجزائري على أسلوب التفويض في تسيير مرفق المياه³، من خلال المادة 104 التي نصت على أنه " يمكن للإدارة المكلفة بالموارد المائية أن تفوض تسيير نشاطات الخدمات العمومية للمياه والتطهير كليا أو جزئيا للمتعاملين العموميين أو الخواص يكون لهم مؤهلات مهنية وضمانات مالية كافية، كما يمكن لصاحب الامتياز أن يفوض كل أو جزء من هذه النشاطات لفرع أو عدة فروع لاستغلال المنشآت لهذا الغرض". كما استعمل المشرع الجزائري المشرع الجزائري مصطلح التفويض في قانون البلدية والولاية لسنة 1990 من خلال نص المادة 138 من قانون البلدية التي نصت على إمكانية تفويض بعض المرافق العامة كإجراء استثنائي، وكذلك الحال في القانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

¹ نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، أطروحة دكتوراه

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2011، ص 5.

² الأمر 13/96 مؤرخ في 15 جوان 1996، يعدل ويتم القانون 17/83 المؤرخ في 16 جولية 1983 المتعلق بالمياه (ملغى)

³ فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018، ص 243.

أولاً: التعريف الفقهي

عرفت الأستاذة نادية ضريفي عقد تفويض المرفق العام على أنه "هو العقد الذي من خلاله يخول شخص من أشخاص القانون العام، بتسيير واستغلال مرفق عام، بكل مسؤولية وما يتحمله من أرباح وخسائر، تختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي حيث يتحصل المفوض له على المقابل المالي للتسيير و الاستغلال من الإتاوات التي يقدمها المنتفعون مقابل أداء الخدمة، أو عن طريق الإدارة ولكن يكون المقابل مرتبطاً باستغلال المرفق وناتجاً عن تشغيله ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة، وقد يشمل المرافق العامة الإدارية أو التجارية والصناعية ويتم اختيار المفوض له وفق إجراءات واضحة، تتضمن الشفافية والمنافسة لاختيار الأفضل، بهدف ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المرفقين وفق عقد يحدد حقوق المفوض له والتزاماته بكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية وضرورة التكيف مع المحيط الداخلي والخارجي"¹.

في حين عرفه الأستاذ الجزائري زوايمية رشيد على أنه " العمل التعاقدى الذي بموجبه يمنح شخص اعتباري خاضع للقانون العام متمتع بمسؤولية تنظيم مرفق عام، تسييره لشخص عام أو خاص ترتبط عائداته بشكل كبير بنتائج الاستغلال، وللحديث عن التفويض لابد من وجود شرطين أساسيين يتعلق الأول بوجود مشاط يتعلق بخدمة عمومية وفي المقابل لابد أن ترتبط مكافأة الشخص المفوض إليه بشكل أساسي بنتائج الاستغلال وهوما يعني تحمل المفوض له مخاطر الاستغلال"².

وحسب الأستاذ زوايمية رشيد فإن أسلوب التفويض أسلوب مزدوج فهو يعد بمثابة عمل أو تصرف قانوني يسمح للهيئات العمومية بنقل مهمة تسيير المرفق العام الى أشخاص القانون الخاص هذا من جهة، ومن جهة ثانية نتيجة لهذا التصرف القانوني يجعل التفويض طريقة من طرق تسيير المرفق العام، يتولى من خلاله أشخاص القانون الخاص هذه المهمة التي كانت حكراً على القطاع العام أو الهيئة العمومية، ويؤكد الأستاذ زوايمية أن من أسباب لجوء الجزائر إلى أسلوب التفويض كان من أجل تلافي العيوب والنقائص المسجلة في إطار التسيير العمومي للمرفق العام، وأن فشل السلطة

¹ نادية ضريفي، المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 64.

² Rachid zouaimia, La délégation de service public au profit de personne prive. Edition blkeise Alger, 2013.p 69.

العامة في إدارة المرفق العام، وعدم بلوغها الأهداف المسطرة لها في تحقيق الحاجيات المتعددة والمتزايدة للأفراد فرض حتمية الانتقال الى أسلوب التفويض الاتفاقي أو التفويض انفرادي¹.

وهناك أيضا من عرفه بالقول بأن تفويض المرفق العام أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، إدارة واستغلال مرفق عمومي إلى شخص طبيعي أو معنوي، غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص، هذه العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات والمهام الضرورية لتسيير مرفق عام واستغلاله من طرف أشخاص القانون الخاص.

ثانيا: تعريف التفويض في التشريع الجزائري

تبنى المشرع الجزائري أسلوب التفويض في بعض المجالات الخدماتية الحساسة من خلال الصورة القديمة لعقد الامتياز على وجه التحديد من أجل إعادة الاعتبار والتأهيل لبعض المرافق العامة وتطور هذا النهج بالتدرج الى أن وصل الى ابتكار الصيغة الموحدة التي ضمت العديد من صور التفويض في إطار قانوني موحد، فخصص المشرع الجزائري الباب الثاني من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، أين اكتفى بالإشارة إلى موضوع التفويض وأطرافه وأشكاله وكذا الجزاءات المتبعة في منحه حسب ما نصت عليه المادة 207 منه التي جاء فيها " يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام ان يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك مالم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل باجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام".

وفي المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي جاء تطبيقا للمرسوم 247/15، حيث نص في المادة الثانية منه على تعريف تفويض المرفق العام بنصها "يقصد بتفويض المرفق العام في هذا المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العامة لمدة محددة الى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه بهدف الصالح العام " فالتفويض يتعلق فقط بالمهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية وبالرجوع إلى المادة الرابعة من ذات المرسوم نجدها تعرف المفوض له على أنه " كل شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري".

ويستمد تفويض المرفق العام كإطار قانوني موحد أساسه القانوني من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لاسيما في الباب الثاني منه في المواد من (207 الى 210)، وكذا المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 2018/08/02 المحدد لكيفيات

¹ فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 127، 129.

تفويض المرفق العام، وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام جاء تطبيقاً للمرسوم الرئاسي 247/15 حيث نص في مادته الأولى على أن هذا المرسوم جاء تطبيقاً للمرسوم الرئاسي 247/15، بالرغم من اقتصاره على المرفق العام المحلي فقط، دون مصالح الدولة الأخرى بالرغم من أن المواد من 207 إلى 210 التي جاء تطبيقاً لأحكامها لم تقصر نطاق تطبيق تقنية التفويض على الجماعة الإقليمية فحسب، بل جاءت على الإطلاق بما يستخلص منه أن كل مصالح الدولة معنية بأسلوب تفويض المرافق العامة¹، حيث نصت المادة 207 منه على أنه يمكن للشخص المعنوي العام أن يقوم بتفويض تسيير مرفق عام للمفوض له وبصدور المرسوم التنفيذي 199/18 نصت المادة 02 منه بأنه يقصد بتفويض المرفق العام "تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة"، بما يفهم منه أن تركيز المشرع على المرافق العامة المحلية ليس معناه منع أسلوب التفويض عن المرافق العامة ذات الطابع الوطني وإن كانت المرافق العامة المحلية بالنظر إلى العجز الذي يميز الموازنات المحلية الأولى بأسلوب التفويض من ناحية كونه يؤمن إيرادات مالية محلية تساهم في تأمين الموارد المالية اللازمة لتسيير المرفق المحلي الذي يكون الاحوج إلى آلية التفويض من جهة، بالإضافة إلى قرب المرفق العام المحلي من السكان والذي يكون في العادة منشأ من قبل الجماعة الإقليمية لتلبية حاجات السكان ذات الطابع الإقليمي الخاص من جهة ثانية.

ويمكن القول أن مجموع التطورات والتغيرات التي أحدثها المشرع الفرنسي، وجدت لها صدى في مختلف الدول التي كانت تملك تجربة سابقة في تطبيق فكرة تفويض المرفق العام، فشرعت هذه الدول في سن تشريعات خاصة بعقود تفويض المرفق العام، فسعت هذه الدول إلى العمل على جمع شتات أشكال متعددة من العقود ووضعها ضمن قواعد قانونية موحدة ومحددة، لكنها اشترطت بموجب هذه النصوص والقواعد القانونية للقول بفكرة تفويض المرافق العامة وجود عناصر محددة يقوم عليها أسلوب التفويض وفي مقدمة هذه الدول مصر المغرب وتونس والجزائر².

¹ بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، قانون المرفق العمومي، دار الهدى، طبعة 2023، عين مليلة، الجزائر ص221.

² أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، جامعة الشارقة الامارات العربية المتحدة، د ص، الموقع على النت: <https://academia-arabia.com/ar/reader/2/118508>. تاريخ التصفح (01-12-2023، على الساعة 13:00م)

ويظهر من التعارف المختلفة الواردة بصدد عقود تفويض المرافق العامة وعلى الرغم من أنها لم تتفق على تعريف جامع ومانع لتفويض المرفق العام، إلا أنها تتفق في أغلب المرتكزات والقواعد الأساسية التي تقوم عليها تقنية التفويض، ويبقى الاختلاف يقتصر على تغليب عنصر أو معيار معين على الآخر، وتتفق التعاريف في أغلبها على الأركان والأسس اللازمة لقيام عملية تفويض المرفق العام وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: أركان عقد التفويض

لابد لكل عقد من أركان يستند إليها ومقومات يتطلبها تميزه عن باقي العقود وتضفي عليه الخصوصية اللازمة التي إذا ما توفرت في عقد آخر غير مسمى يمكن إدخاله ضمن طائفة عقود التفويض فيخضع للنتائج التي يرتبها هذا التصنيف، لأن عقد التفويض يكتسي خصوصية يستمدّها من ارتباطه بالمرفق العام محل التفويض، وبذلك لا يمكن الحديث عن تفويض للمرفق العام مالم تتوفر الأركان التي يقوم عليها، والتي تتمثل في محل العقد وهو المرفق العام القابل للتفويض وقيامه على أساس علاقة تعاقدية تربط أطراف العقد وتنظم العلاقة فيما بينها، بالإضافة الى وجوب استغلال المرفق العام وارتباطه بالمقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بنتائج استغلال المرفق.

إن طبيعة عقد التفويض وتعلقه بالعديد من المصالح العامة بالنسبة للسلطة المانحة أو حتى بالنسبة للمصالح الخاصة التي يسعى إليها المتعاقد العام أو الخاص، تفرض ضرورة قيامه على أسس وأركان معينة تمنحه كيان مستقل عن باقي العقود الإدارية التي تبرمها الجهات المانحة، بالإضافة إلى أنها تشكل المقومات الأساسية التي يرتكز عليها عقد تفويض المرفق العام بحيث يؤدي غيابها الى انتفاء التفويض، وتتلخص هذه المقومات في الأساس في توافر بعض الشروط الموضوعية المطلوب في المرفق العام موضوع التفويض، من حيث مدى قابليته للتفويض باعتبار المرافق العامة ليست على درجة واحدة من الأهمية وبالنسبة لارتباطها بكيان وسيادة الدول، لأن التسيير المفوض ينطوي على مخاطر عديدة، فهو يجسد في الغالب عن طريق أشخاص القانون الخاص التي تهدف في معظم الأحيان الى تحقيق المكاسب المالية فحسب، بالإضافة الى ضرورة وجود آلية التعاقد التي تميز التفويض عن باقي القرارات الإنفرادية للجهات العامة التي تتضمن تأهيل أو الترخيص لبعض الأنشطة، فالتفويض يتم عن طريق آلية التعاقد التي تناسب تنظيم الالتزامات والحقوق الكثيرة للأطراف المتعاقدة، بالإضافة الى المقابل المالي الذي يمثل محور عملية التعاقد بالنسبة لأطراف التفويض، والذي ينبغي أن يحصل بالأساس من النتائج المالية لعمليات الاستغلال والإدارة للمرفق العام المفوض.

لذلك ينبغي لهذه الشروط أن تتوفر مجتمعة للقول بوجود آلية التفويض، وتطبيق القواعد والأحكام القانونية التي تنظم هذه الآلية، فكثير من التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري الذي لم يحصر عقود التفويض في قائمة محددة ويسمىها لأن ذلك يستحيل من الناحية العملية، واكتفت هذه التشريعات بإسناد الأمر الى القضاء والفقه للقول بتصنيف عقد معين على أنه من عقود التفويض بالرجوع إلى هذه الأركان للتأكد من توافر هذه من طبيعة العقد خاصة في العقود غير المسماة والتي تثار بشأنها منازعات تفرض على القضاء إيجاد الحلول القانونية المناسبة لها من خلال تكييفها تكييفاً سليماً في المقام الأول.

الفرع الأول: وجود مرفق عام قابل للتفويض

تتولى الإدارة القيام بمهامها المختلفة في إطار تلبية الحاجات المتزايدة لأفراد المجتمع إما بنفسها كما يمكنها إسنادها للغير، في إطار اعتماد أسلوب التسيير غير المباشر، غير أنه ليس كل ما تقوم الإدارة يمكن أن يشكل مرفقاً عاماً وبالتالي فإنه لا بد للنشاط المسند إدارته للغير أن يشكل مرفقاً عاماً، هذا الأخير الذي يقوم على عنصرين أساسيين العنصر الأول يكون النشاط يشكل مشروعاً عاماً تشرف عليه الدولة، أما العنصر الثاني فيتمثل في أن يكون هدف هذا النشاط هو تحقيق المصلحة العامة، غير أن عنصر المصلحة العامة أصبح غامضاً لأن فكرة النفع العام فكرة مطاطة ليست بالفكرة الثابتة تتطور بتطور المجتمعات والأفكار السائدة في كل مجتمع¹.

وبالتالي فإن تفويض المرفق العام كأحد أساليب تسيير المرافق العامة، يفترض وجود مرفق عام يستهدف تحقيق النفع العام، ويشكل محلاً لعقد التفويض، لأنه في حال لم يكن النشاط محل العقد مرفقاً عاماً حينئذ لا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، وتنقسم المرافق العامة إلى مرافق عامة اقتصادية ومرافق عامة إدارية وجميع المرافق العامة قابلة للتفويض ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وفي هذا الإطار أشارت المادة 207 على شرط واقف في ذلك " ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف " أي أن منع تفويض المرافق العمومية يكون بنص تشريعي كما هو الحال في التشريع الفرنسي فالقاعدة العامة أن كل المرافق العامة قابلة للتفويض سواء كانت إدارية أو اقتصادية لكن هناك بعض المرافق العامة المستثناة من تقنية التفويض بسبب طبيعتها وارتباطها الوثيق بسيادة الدولة وكيانها كمرفق

¹ أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 84.

العدالة والأمن والدفاع فهذه المرافق تعبر عن مظاهر السيادة ولا يمكن تصور إدارتها من قبل أشخاص قانونية غير الدولة.

فالمرفق العام مهما كانت طبيعة إدارية أو اقتصادية يمكن أن يكون محلا للتفويض من حيث المبدأ، فقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص على شرط واقف، يتمثل في عدم وجود نص قانوني يمنع التفويض، وبالتالي فهو يشير الى وجود مجموعة من الاعتبارات تحول دون تفويض المرفق العام على عكس المشرع الفرنسي الذي وضع قائمة حدد فيها بالتفصيل المرافق العمومية القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض¹، وباستقراء المادتين 207 من المرسوم 247/15 والمادة 02 من المرسوم التنفيذي 199/18 نجد أن المشرع الجزائري تبني قاعدة عامة مفادها أن جميع أنواع المرافق العامة قابلة للتفويض من حيث المبدأ إلا ما استثني بنص صريح، وغالبا ما يكون هذا الاستثناء لارتباطها بالمهام السيادية للدولة، لكن في الغالب فإن الطبيعة الاستثمارية لعقد التفويض تجد المجال الخصب والمناسب لها هو المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي، لأن المجال الاقتصادي هو الميدان الأمثل الذي يلائم عملية تجسيد الاستثمارات لما يتميز به عالم الاقتصاد من المرونة والسرعة في المعاملات بالإضافة الى تحقيق الإنتاجية المطلوبة.

1/ ملائمة المرافق العامة الاقتصادية لتقنية التفويض

وبالرغم من أن المشرع أجاز تفويض المرافق العامة باختلاف أنواعها إدارية كانت أو اقتصادية إلا أن الطابع الاستثماري لتقنية التفويض يجعل المرافق الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري هي الأكثر ملائمة لتجسيد أسلوب التفويض، حيث أن النشاط الذي تمارسه هذه المرافق يشابه النشاطات التي يزاولها القطاع الخاص بالإضافة الى خضوع المرافق ذات الطابع الاقتصادي للنظام المزدوج أي للقانون العام والخاص على حد سواء، زيادة على هامش الربح المغري للخواص.

لأن المرفق الصناعي والتجاري يعد المجال الخصب والبيئة الطبيعية لتطبيق تقنية تفويض المرافق العامة، فالتجانس الكبير بين المرفق العام الاقتصادي وأسلوب التفويض شجع بعض الفقهاء الى اعتبار تقنية تفويض المرفق العام إنما تكون ملازمة للمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري ولعل هذه الفكرة تجد أساسا لها في ما يميز المرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري من نتائج مالية ومخاطرة في تحقيق الأرباح ومسؤولية المفوض له في إيجاد المصادر التمويلية للمرفق العام موضوع

¹ بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، شركة الأصالة للنشر، الجزائر، طبعة 2021 ص 43.

التفويض، كل هذه الميزات تؤدي الى التقارب بين تقنية التفويض والمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري¹.

وبالاطلاع على المنظومة القانونية الجزائرية نجد أن أغلبية المرافق العامة محل التفويض أو الامتياز على اعتباره الوجه الأقدم لتفويض المرفق العام في الجزائر، هي مرافق عامة ذات طابع صناعي وتجاري، وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري اهتم بالمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري من حيث تطبيق أسلوب التفويض، واعتبرها المرافق العامة الأكثر ملائمة لتطبيق عملية التسيير المفوض عليها، لأنه أدرك وجود علاقة تكامل قائمة بين أسلوب التفويض باعتباره أداة للاستثمار والمرافق الصناعية والتجارية غير أن هذا التقارب الحاصل بين أسلوب التفويض والمرافق العامة الاقتصادية لا يلغي بالضرورة المرافق العامة الأخرى خاصة منها الإدارية من أعمال تقنية التفويض²، لأن التطور الحاصل بالنسبة لوظائف المرافق العامة الإدارية التي أصبحت في كثير من الأحيان تدر رسوما وعائدات مختلفة من نشاطاتها الإدارية، وبالتالي فالإنتاجية لم تعد محصورة في المرفق العام الاقتصادي وإنما أصبحت تلازم العديد من المرافق العامة الإدارية التي كانت في السابق مرافق تقدم خدمات ذات طابع مجاني ترتبط بالوظائف التقليدية للدولة.

إلا أن كون المرافق العامة الاقتصادية تمارس نشاطات تجارية وصناعية شبيهة بالنشاطات التي يمارسها الخواص، جعلها المجال الأقرب لتطبيق تقنية تفويض المرافق العامة، فهي تشكل الحقل الأنسب لاستثمار أموال الخواص باعتبارها تدر أرباحا كبيرة، وتشكل دافعا رئيسيا لأشخاص القانون الخاص من أجل الإقبال على التعاقد، ويمكن تعريفها على هذا الأساس بأنها " مشروعات صناعية وتجارية تقوم بنشاط مماثل للنشاطات التي يقوم بها الافراد والجماعات الخاصة تتوافر لها في الوقت نفسه جميع الصفات المميزة للمرافق العامة، والتي تخضع لأحكام القانون العام والخاص في الوقت نفسه كل في نطاق محدد له، فتعبير المرافق العامة أطلق قديما على المرافق التي تدار من قبل الإدارة العامة كي تتميز عن المرافق التي تدار من قبل الأشخاص الطبيعيين في الوقت الذي لم تكن فيه الدولة تتدخل في الحياة الاقتصادية وتنشئ المرافق العامة لها، غير أن هذه التسمية لم تعد اليوم تؤدي

¹ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 2009، ص 230.

² إيمان وناس، الضوابط القانونية لتقنية تفويض المرفق في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07 العدد 1، جوان 2022، ص 800.

المعنى المطلوب¹، على خلاف المرافق العامة الإدارية التي لازمتها خدمات مرفقية تقليدية ارتبطت بوجود وكيان الدولة منذ القدم، وهي نشاطات ارتبطت إما بسيادة الدولة ، وبالتالي لا يمكن أن تكون موضوعا للتفويض لما في ذلك من خطورة كبيرة على سيادتها²، أو أنها نشاطات لا تدر أرباحا مغرية للخواص مما نتج عنه عزوف الأفراد عن ممارستها، وهو ما يفرض على الدولة إدارتها بالأسلوب المباشر .

إلا أن التغير الحاصل الذي فرضته الأحداث والتطورات المتسارعة على المهام الكلاسيكية للدول انعكس بشكل كبير على نشاط ومهام المرافق العامة الإدارية التي ظلت الى وقت طويل حكرا على التسيير المباشر لأشخاص القانون العام ، حيث لم يكن هناك مجال للتسليم بتفويض بعض الأنشطة الإدارية العامة الى أشخاص القانون الخاص على وجه التحديد لارتباط هذه الأنشطة في الصورة الذهنية لأفراد المجتمع بأنها خدمات ذات طابع مجاني تلتزم السلطات العامة في الدولة على القيام به بغض النظر عن التكاليف والاعباء التي تتكبدتها أشخاص القانون العام من أجل تأمين هذه الخدمات لكن ذلك التصور لم يدم طويلا بالنظر الى تغير الكثير من هذه المفاهيم وظهور العديد من المرافق العامة المفوضة على مستوى التشريع المقارن على غرار مرفق التعليم ومرفق الصحة ومرافق إدارة السجون وغيرها من المرافق ذات الطابع الإداري .

2/ قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض

إن خضوع المرافق العامة الإدارية الى قواعد القانون الإداري يضيف عليها بعض الخصوصية كونها قواعد متميزة تتضمن قواعد غير مألوفة بالنسبة لأشخاص القانون الخاص، فهي توسع من سلطات الجهات المانحة للتفويض، وذلك في مواجهة المتعاقدين معها، وهذا الوضع طبعا لا يستهوي أشخاص القانون الخاص كونهم مستثمرين في المرفق العام، ويبحون عن هامش مريح للربح، وبيئة مناسبة للاستثمار، ومرونة في المنافسة، ويفضلون الاستفادة من قواعد القانون الخاص التي تتساوى فيها المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، وتبرز فيها السمة العقدية بشكل جلي، أكثر مما هو عليه الحال في القانون العام، لكن هذا لا يمنع تأقلم المرافق العامة الإدارية مع تقنية التفويض، فلأصل أن المرافق العامة الإدارية ليست مرافق تهدف الى تحقيق الأرباح بقدر ما تلبي خدمات ضرورية وأساسية في المجتمع عادة ما ترتبط بسيادة الدولة وكيانها.

¹ يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 31.

² عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2007، ص 419.

لكن هذا المفهوم أخذ في الزوال والتضائل مع مرور الوقت، فقد أثرت هذه التحولات والتطورات التي طرأت على مهام ووظائف المرافق العامة الإدارية، وجعلت منها مرافق قابلة للتفويض، فلم تعد فكرة ارتباط المرافق العامة الإدارية بسيادة الدولة فكرة مطلقة، وذلك لأن كثير من المرافق الأساسية ترتبط بمهام أساسية للدولة، إلا أن هذه أضحت تقوم بها مرافق اقتصادية كمرافق الكهرباء والغاز ومرافق المياه، ولكن توسيع مجال تقنية تفويض المرافق العامة بالنسبة للمرافق العامة الإدارية يجب أن يحاط بتوفير مجموعة من الظروف ترتبط أساسا بالظروف العامة للدولة، مثل الإرادة السياسية خاصة ثم سن القواعد القانونية الملائمة لخصوصية المرفق العام الإداري التي تتيح عملية تفويض عملية تسييره للغير.

فقد عمد المشرع الجزائري ومن خلال انتهاج أسلوب تفويض المرافق العامة الى السعي الى توسيع مجالات تطبيق هذه التقنية الحديثة في التسيير لتمتد الى المرافق الإدارية وألا تقتصر تطبيقها على المرافق الاقتصادية فحسب وذلك لأنه أسلوب التفويض يتضمن صورا وأشكالا متعددة يمكنها إستيعاب المرافق العامة الإدارية، بالإضافة الى تغير بعض الاعتبارات التي كانت تحول دون تفويض المرفق العام الإداري¹. فميزة الإنتاجية والمردودية لم تعد حكرا على المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري فحسب، بل أصبحت في إمكان العديد من المرافق العامة الإدارية بلوغها، ذلك أن تقنية تفويض المرافق العامة في الأساس تقوم على فكرة تحقيق الاستثمار والنتائج المالية المرتبطة بها وبذلك لم يعد شرطا تحصيل العائدات من المنتفعين، ويكفي في ذلك أن تكون هناك علاقة بين استغلال المرفق العام و العائدات التي يحققها المفوض له².

فالمرافق العامة ذات الطبيعة الإدارية يمكن أن تشكل محلا للتسيير المفوض للمرافق العامة لكنها تكون بدرجة أقل من المرافق العامة الاقتصادية، فلا يمكن منع تفويض المرفق العام الإداري ، لمجرد طبيعته الإدارية ، حيث استقر مجلس الدولة الفرنسي على هذا الرأي والذي أكد فيه على " أن الصفة الإدارية للمرفق العام، لا تحول دون أن تعهد الوحدة الإقليمية المختصة بتنفيذه الى أشخاص خاصة مع مراعاة ألا يكون المرفق في عداد المرافق التي لا يجوز الاضطلاع بها الا بواسطة الوحدة الإقليمية بنفسها سواء كان ذلك راجعا الى طبيعة المرفق أو الى إرادة المشرع " ³. فقد أصبح بالإمكان أن يكون المرفق العام الاداري موضوعا لتقنية تفويض المرفق العام، طالما تحققت الركائز الأساسية الأخرى

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 200.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 232.

³ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 42.

التي يركز عليها أسلوب التفويض من جهة، وطالما أنها لا ترتبط بسيادة الدولة وكيانها لما في ذلك من مخاطر على الدولة نفسها وعلى المرفق العام موضوع التفويض، لأنه في الأخير لا بد للسلطة المفوضة مراعات حساسية بعض المرافق العامة التي لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تكون محلا لعملية التفويض.

3/ المرافق العامة غير القابلة للتفويض

مبدئياً تعد جميع المرافق العامة باختلاف أنواعها ومواضيعها قابلة لتطبيق الإدارة المفوضة للمرفق العام، إلا أن هذه القاعدة لا يمكن إعمالها على إطلاقها، لأنها مرهونة بعدم وجود نص قانوني يمنع التفويض، ذلك أن أي تقييد أو منع على قاعدة جواز تطبيق تقنية التفويض، يجب أن ينص عليه القانون بموجب نص صريح، أو قد يكون موضوع اجتهاد قضائي ملزم، وبذلك فقد أقر كلا من التشريع والاجتهاد وأجاز إعمال أسلوب التفويض على كافة المرافق العامة، بصرف النظر عن طبيعتها إلا أنه من الناحية العملية تبقى العملية نسبية وتبقى المرافق العامة ذات الطابع الاستثماري الاقتصادي تحوز على الحصة الأكبر في ميدان التفويض، دون استبعاد المرافق العامة الإدارية على الإطلاق¹ والأصل أن جميع المرافق العامة إدارية كانت أو صناعية أو تجارية قابلة للتفويض باستثناء بعض المرافق العامة التي جاء فيها المنع من التفويض بشكل صريح من المشرع أو كان ذلك تبعاً لطبيعتها الخاصة.

1.3 المرافق العامة غير القابلة للتفويض بحكم طبيعتها

تفرض الطبيعة الحساسة لبعض المرافق العامة عدم قابليتها لعملية التفويض، وهذا لارتباطها الوثيق بمسألة السيادة الوطنية للدولة، فتعتبر هذه المرافق خارج نطاق أسلوب التفويض، فلا يمكن تحقيق هذه المرافق الحساسة إلا عن طريق السلطة الأصلية المناطة بها إدارتها، ولا يمكن تصور إدارة مرفق الدفاع أو العدالة من قبل طرف آخر غير الدولة، نظراً لحساسية المهام الموكلة لهذه القطاعات والتي ليس بمقدور الدولة التخلي عن إدارتها لأي سبب أو تحت أي ظرف كان، فمن غير الممكن التخلي عن المرافق السيادية أو ما يطلق عليها بالمرافق الدستورية بالإضافة إلى كون هذه المرافق ليست المجال الأنسب للاستثمار بالنظر إلى الطبيعة المجانية للخدمات التي تؤمنها للأفراد لارتباطها باعتبارات سياسية وأخرى اجتماعية لا تقبل المغامرة بها في سوق الاستثمارات الذي تحكمه قواعد تجارية صارمة يستحيل معها ضمان السير المنتظم والمضطرد لهذه المرافق.

¹ سمية سلامي، مرجع سابق، ص 75.

فالمرافق السيادية الدستورية، لا يمكن التخلي عنها، فهي تضطلع بوظائف تتعلق بسيادة الدولة وكيانها ، فالتفويض يمكن أن يرد على عملية الإدارة دون المساس بجوهر السلطة العامة الذي يدخل في صميم المهام الدستورية لهذه المرافق ، فهذه المرافق لا يمكن أن تكون موضوعا للتفويض، وذلك لحساسية وضعها وملازمتها لسيادة الدول وأمنها¹، وتحرص جل الدساتير المقارنة على تعزيز وترسيخ احتكار السلطات العامة في الدولة بشكل حصري عملية إنشاء وتنظيم وإدارة القوات المسلحة حفاظا على مقتضيات الأمن القومي، كما يعد مرفق العدالة من المرافق المتعلقة بالسيادية الوطنية التي هي من صلاحيات الدول الحصرية التي يمنع التنازل عنها².

وعلى غرار جل الأنظمة القانونية المقارنة، فقد نص المشرع الجزائري على عدم قابلية المرافق العامة السيادية للتفويض من خلال نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام المحلي حيث جاء في نص المادة 02 على أنه "يقصد بتفويض المرفق العام، في مفهوم المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة الى المفوض له المذكور في المادة 04 أدناه، بهدف الصالح العام "، وهو ما يعني استبعاد المشرع الجزائري للمرافق السيادية من مجال أسلوب التفويض بنص صريح لا يقبل أي لبس ويكرس فكرة ضرورة تميز وخصوصية المرافق العامة الدستورية السيادية ويخرجها من دائرة تقنية التفويض، وهذا التميز إنما ينبع بدافع الحفاظ على مقتضيات الصالح العام، فلا يمكن التوسع في أسلوب التفويض وتطبيق التقنية دون ضوابط، وإلا يترتب على ذلك نتائج عكسية للأهداف المتوخاة من وراء انتهاج هذا الأسلوب في التسيير، وما يمكن ملاحظته أيضا أن المشرع الجزائري لم يحدد قائمة بالمرافق السيادية التي لا يمكن تفويضها وإنما ترك المجال لنفسه لتقرير ماهي المرافق السيادية التي يتوجب عليه النص على عدم جواز تفويضها.

إلا أن هناك نوع آخر من المرافق الدستورية لكنها غير السيادية، وهي تلك المرافق التي تتعلق بتحقيق حاجيات وحقوق متعددة للأفراد في مختلف المجالات الاجتماعية والثقافية يحميها الدستور لكنها لا ترتبط بسيادة الدولة ويمكن للقطاع الخاص تسييرها، فبالرغم من أنها مرافق دستورية كالصحة

¹ إيمان وناس، مرجع سابق، ص 802.

² أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 38، 39.

والتعليم والحماية الاجتماعية، فهذه مرافق خدماتية يمكن تفويضها كاستثناء على مبدأ قابلية عدم قابلية المرافق العامة الدستورية للتفويض¹.

غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي توصل الى أن بعض من هذه المرافق لا يمكن تفويضها، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له صادر في 16 جوان 1994 أنه لا يمكن للمؤسسات الصحية أن تفوض الى الخواص مهمة القيام بإيواء المرضى الذين تتطلب حالتهم الحجز في المستشفى، ويرتكز هذا الرأي على فكرة أن الإقامة بالمستشفى هي جزء لا يتجزأ من مهمة المرفق وهي تشكل أحد العناصر الأساسية غير القابلة للانفصال عن مهمة المرفق، الذي تضطلع به المؤسسات العلاجية وتبعا لذلك استقر على أنه لا يجوز تفويضها، في حين رأى مجلس الدولة إمكانية تفويض مرفق إقامة الايواء الفندقية وإيواء الأشخاص المرافقين للمرضى².

فالمرافق التي كفلها الدستور تعتبر جميعا من الأهمية بمكان التي تدفع بالمشروع الى النص على كفالتها في القانون الأساسي للدولة، غير أن تعدد وظائف الدولة الحديثة وكثرة المرافق الضرورية وتنوعها، أدى الى تخلي بعض الدول عن هذه المرافق الدستورية إلى الخواص كمرفق التعليم والصحة وإدارة السجون، لتتفرغ السلطات العامة في الدولة الحديثة إلى مرافق دستورية أيضا، لكنها أكثر أهمية وحساسية وارتباط بكيان وسيادة الدولة فلا يمكن تفويض إدارتها ولا استغلالها، فهي تمثل مشروعات لا بد للدولة من احتكارها بنص القانون.

وقد سار كذلك المشرع الجزائري على هذا النحو من خلال فتح المجال لتفويض المرفق العام في مجال التعليم الخاص وإنشاء المؤسسات الصحية الخاصة في إطار ضوابط وقواعد تحددها النصوص القانونية الخاصة مثل الامر 07/05³ الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في المؤسسات التربوية والتعليم الخاص، فهذه المرافق بعد أن كان المشرع يقصر عملية تحقيقها على الدولة لحساسيتها وأهميتها إلا أنه فتح المجال أمام تسييرها من قبل الخواص وفق ضوابط وقواعد دقيقة وضعها في دفا تر شروط خاصة لهذه النشاطات على الحصر، وهذا لحماية هذه المشاريع الحساسات من الانحرافات التي ترافق عملية التسيير المفوض لها.

¹ أبو بكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 41.

² ايمان وناس، مرجع سابق، ص 803.

³ الأمر 07/05 الذي يحدد القواعد التي تحكم التعليم في المؤسسات التربوية والتعليم الخاصة، ج ر العدد 59 الصادر في 28 اوت 2005.

2.3. المرافق العامة غير القابلة للتفويض استنادا الى نص قانوني

ويتجلى منع التفويض هنا من خلال تدخل المشرع بالنص صراحة على عدم قابلية بعض المرافق العامة للتفويض ففي هذه الحالة فإن المشرع يخص مرفق عام معين بالمنع من أن يكون هذا المرفق محل لعقد التفويض نظرا لاعتبارات معينة يقرها المشرع حين وضعه للقاعدة القانونية التي تمنع عملية التفويض، نظرا للأهمية الخاصة التي يمتاز بها المرفق بالنسبة للدولة من الناحية السياسية أو الاقتصادية، كما أن إشراك الخواص في عملية إدارة هذه المرافق يمكن أن يلحق ضررا بالسلطة المفوضة أكثر مما يمكن أن يحققه من أهداف.

وقد يكون حظر تفويض بعض المرافق العامة بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال احتكار تسيير بعض المرافق من قبل الدولة، فيمنح القانون صلاحية إدارة بعض المرافق المعنية على وجه التحديد الى أشخاص القانون العام أو مؤسسات عامة تنشئها الدولة لهذا الغرض خصيصا، كما قد يحدد القانون طريقة معينة بالذات لتسيير مرفق العام كوجوب تسييره بطريق المؤسسة العامة أو أسلوب الشركة المختلطة¹، نظرا لطبيعة المرفق العام أو لخصائص معينة تتعلق بطبيعة نشاط المرفق العام وهذا المنع غير المباشر يمثل أحد أشكال احتكار هذه المرافق العامة ويقصر تسييرها على اتباع أسلوب أو طريقة معينة فتتقيد الجهات العامة بهذه الأساليب التي يتم النص عليها مسبقا، وبالتالي فإن السلطة العامة المانحة لا تتمتع بالحرية الكاملة في اختيار الأسلوب الأنسب لتنظيم واستغلال هذا النوع من المرافق العامة.

ما يجدر الإشارة اليه فيما يخص قابلية المرافق العامة للتفويض الى أن هذا يشكل مسألة نسبية فهو يختلف من دولة الى أخرى، وإن كان هناك شبه اتفاق بين التشريعات القانونية المقارنة على ضرورة مراعات تميز وخصوصية بعض المرافق العامة نظرا لاعتبارات مختلفة واستبعادها من نطاق تقنية تفويضات المرافق العامة، بالإضافة الى تأثر هذا الأسلوب من التسيير بالنظام الاقتصادي السائد في كل دولة على حدا، فقد يتوسع أسلوب التفويض ليشمل مجالات واسعة في الدول الليبرالية المنفتحة اقتصاديا ، بينما تضيق مجالات تطبيقه في الدول المنغلقة اقتصاديا والتي تضيق فيها المبادرات الخاصة في التسيير، بالإضافة الى أن هناك دول تأخذ بقاعدة التمييز بين المرافق العامة القابلة للتفويض وأخرى غير قابلة للتفويض، ومن جهة أخرى هناك بعض الدول لا تتوسع في هذا التمييز.

¹ أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص45.

وفي المحصلة فإنه أيا كان نوع المرفق العام موضوع التفويض فإن هذه الآلية غير المباشرة في تسيير المرافق العامة لا يمكن تجسيدها في أرض الواقع، إلا بناءا على عمل قانوني تبرز فيه سلطان الإرادة لطرفي العقد فالعمل الأحادي الذي يكون في الغالب بطبعه ناتج عن أعمال السلطات العامة لإرادتها المنفردة ليس الوسيلة الملائمة لتجسيد هذه التقنية لذلك فإن التفويض الناتج عن قرار إداري أحادي صادر عن السلطة العامة في إطار ما يعرف بالاعتماد أو الترخيص أو التأهيل ليس معني بتطبيق تقنية تفويض المرافق العامة ، وبالتالي لا بد أن تتجسد آلية التفويض في إطار علاقة تعاقدية نظرا للمزايا العديدة التي يوفرها العقد من جهة ونظرا لأن كثرة التفاصيل التي يتضمنها أسلوب التفويض لا يمكن أن يحتويها عمل قانوني إنفرادي.

الفرع الثاني: وجود علاقة تعاقدية

لا يمكن الحديث عن عقد تفويض المرفق العام إلا في إطار علاقة تعاقدية بين السلطة المفوضة وصاحب التفويض فهي في الأساس عبارة عن اتفاق بين إرادتين، إرادة شخص معنوي عام يمكن أن يكون الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية، مع إرادة شخص من أشخاص القانون العام أو خاص على عقد موضوعه تفويض إدارة واستغلال مرفق عام، يتضمن هذا العقد بنود غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ويحدد عقد التفويض كل الشروط والالتزامات والحقوق المالية ومدة الرقابة¹، فالعقد هو القالب الأنسب الذي يمكن من خلاله تدوين الشروط وبنود الاتفاق، وكذا التفصيل في بعض المسائل والوضعيات التي لا يمكن أن يستوعبها أي عمل قانوني آخر، فالاتفاق في العادة تجسد فيها سلطان الإرادة بالنسبة للأطراف المتعاقدة وتتبلور فيه نواياهم المشتركة ويبين في العقد الحل المناسب الذي يؤمن التصدي لكل الظروف التي تصاحب تنفيذ عقد التفويض خاصة وأن هذه العقود من العقود الزمنية التي يستغرق تنفيذها مدة زمنية طويلة إذا ما قورنت بالعقود الإدارية الأخرى كعقود الصفقات العمومية.

فالصورة الطبيعية لعقد تفويض المرفق العام لا يمكن أن تتحقق إلا في إطار علاقة عقدية بين الإدارة المانحة وصاحب التفويض، لذا فإنه يستبعد الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة من نطاق تقنية التفويض كأسلوب غير مباشر لتنفيذ المرافق العامة، هذا العقد الذي نظمه كل من المشرع الجزائري والفرنسي، والذي يكون في العادة في صيغ تعاقدية متعددة ، وليست على سبيل الحصر ولكن المشرع الجزائري على عكس نظيره الفرنسي أقر مجموعة من العقود التي تكون صور التفويض، في حين المشرع الفرنسي لم يحدد صور التفويض بل ترك مهمة التكييف للقضاء في اعتبار العقد

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 70.

الذي تبرمه الإدارة يستوفي الركائز التي يتطلبها عقد التفويض ام لا¹، وفي هذا السياق حصر المشرع الفرنسي من خلال قانون سابان المؤرخ في 29 يناير 1993 السالف الذكر تفويض المرافق العامة على وجوب أن تكون في إطار علاقة التعاقدية².

وهو كذلك ما اشترطه مجلس الدولة الفرنسي الذي أكد على ضرورة وجود عقد لإتمام تفويض المرفق العام وهذا ما جاء في قراره الصادر في 28/01/1995 " إن أحكام المادتين 38/40 من القانون المؤرخ في 29/01/1993 لا تطبق أحكام عقد التفويض إلا في الحالات التي يكون فيها التفويض موضوع عقد ولا تعد هاتان المادتان قابلتان للتطبيق عندما يكون اختيار المفوض له ناجم عن قرار أحادي الجانب، ويترتب على ذلك أن تخويل نقل الغاز الذي هو عمل أحادي الجانب لا يخضع للإجراءات المنصوص عليها في المادة 38³، وأكد الطبيعة التعاقدية لعقد التفويض مجلس الدولة الفرنسي في رأيه المؤرخ في 09 مارس 1995، المتعلق بالنقل العمومي في جهة parisienne حيث أقر أن تطبيق المادة 38 والمادة 40 من القانون 122/93 يكون عندما يتعلق الأمر بتفويض المرفق العام في إطار علاقة تعاقدية، وهذا بالاستناد إلى عدة اعتبارات ومبررات تتصل بطبيعة عقد التفويض وتتجانس أكثر مع الصيغ التعاقدية وتتمثل هذه المبررات فيما يلي⁴:

1/ أن عقد التفويض تتداخل فيه مجموعة من الالتزامات والحقوق لصالح وعلى عاتق أطراف العقد الأمر الذي يستدعي ضرورة إفراغ هذه الالتزامات في شكل عقد، الشيء الذي يعجز العمل المنفرد على إستعابه.

2/ إن العمل القانوني الإنفرادي هو ترجمة لمظهر من مظاهر امتيازات السلطة العامة، لذا فهو يعبر عن إرادة السلطة العامة، وما تمليه من مقتضيات والتزامات دون الإعتداد بإرادة الشخص الملتمزم معها مع الإدارة المفوضة.

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص44.

² Jean cloude douence, les contrats de délégation de service public, RFDA, 1997.p 947.

³ تياب نادية، تفويض المرفق العام مفهوم جديد لتطور وظيفة الدولة في النظام الجزائري، الملتقى الدولي التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر، منشورات مخبر السيادة والعولمة منشور على موقع جامعة يحي فارس لمدينة <https://www.univ-medea.dz> المنعقد يومي 28 و 29 نوفمبر 2018، ص 19.

⁴ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 70.

3/ إن الشفافية وحرية المنافسة تقتضي وجود عقد سواء في مرحلة إجراءات التعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد، وهي المبادئ التي لا يمكن تصورها أو إعمالها خارج الإطار التعاقدي، وهذا ما يعزز ضرورة وجود الصيغة التعاقدية لتجسيد أسلوب التفويض على أحسن وجه، وعليه فالأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة للشخص العام في إطار ما يعرف بأسلوب الترخيص لا يدخل في إطار مفهوم التفويض.

بالإضافة إلى كون تنفيذ عقد التفويض يتم خلال مدة زمنية طويلة نوعا ما يفرض على السلطة المفوضة ضرورة إبرام عقد يتم من خلاله وضع بنود تعاقدية وشروط يمكن أن تعالج تفاصيل ومتغيرات عديدة قد تطرأ خلال تنفيذ العقد.

وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي جاء فيها "وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي عام خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية"، فالعلاقة القائمة بين صاحب التفويض والمفوض له ذات طبيعة تعاقدية، فمناح التفويض شخص عام يمكن أن يكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العامة، أما المفوض له فهو شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن يكون شخصا عام أو خاصا يطلب من هذه الأخيرة إدارة واستغلال المرفق العام موضوع العقد.

أما بالنسبة إلى طبيعة عقد تفويض المرفق العام فهي عقود إدارية لتوفرها على الشروط التي يتطلبها هذا النوع من العقود فأحد أطراف عقد التفويض جهة إدارية والموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود يتضمن تنفيذ مقتضيات المرفق العام وتخول هذه العقود مانح التفويض امتيازات السلطة العامة وبذلك تكون عقود التفويض المرفق العام مستوفية الشروط المطلوبة لاكتساب الصفة الإدارية، أما بالنسبة للطرف الثاني في بالنسبة لعقد التفويض المرفق العام وهو المفوض له فيمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا، ومن ثم فإن من المتصور أن يكون المفوض له شخص من أشخاص القانون العام كأن يكون مؤسسة عامة.

وبالتالي لابد لأسلوب التفويض أن يكرس عن طريق عقد يبرم بين السلطة المانحة للتفويض وبين شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص، ويشكل هذا العمل القانوني التعاقدي بين أطراف التفويض المرجع الأساسي الذي تنظم من خلاله العلاقة بين أطراف العقد وكذا فئة مستخدمي المرفق العام الذين امتد إليهم آثار هذا العقد لارتباطهم الوثيق بالمرفق العام موضوع التفويض وكونهم المستهدفون بالدرجة الأولى من انتهاج أسلوب التفويض كآلية للرفع من جودة الخدمات العامة، التي يقدمها المرفق العام مقابل تحملهم أعباء مالية تدفع للمفوض إليه كمقابل لهذه الخدمات والتي تشكل

في النهاية المقابل المالي الذي يحصله المستثمر في المرفق العام كنتاج عن عملية إدارته واستغلاله للمرفق العام موضوع التفويض.

الفرع الثالث: المقابل المالي

مما لا شك فيه أن كل متعاقد يسعى لتحقيق هدف معين يسعى إليه من خلال عملية التعاقد التي يبرمها، فإذا كان هدف الإدارة من إبرام تعاقداتها وتنفيذها، إنما هو تلبية حاجات تتعلق بالصالح العام في غالب الأحيان، من خلال إنشاء أو تسيير المرافق العامة الضرورية، فإن الهدف الأساسي للمتعاقد معها، هو تحصيل أكبر قدر من المكاسب المالية، باعتبار هذه المكاسب هي الدافع الرئيسي الذي جعله يقبل على التعاقد، وبغض النظر عن المصلحة العامة المباشرة أو غير المباشرة التي ستتحقق حتماً من وراء العقد¹. ذلك أن القطاع الخاص إنما يحركه المال في جميع التعاقدات التي يقبل عليها وخاصة إذا تعلق الأمر بالعقود الإدارية التي يتنافس على الظفر بها مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين من خلال تقديم عروض مالية تقنية ومالية متفاوتة.

فالتعاقد مع الإدارة حتى وإن كان متضامناً معها في تحقيق أهدا فالمصلحة العامة، غير أنه حساباته المالية والأرباح المحققة تكون لها الأولوية المطلقة في حساباته، لذلك يكون حريصاً أكثر بخصوص الجوانب المالية ضمن بنود العقد باعتباره من أهم حقوقه، وهو في المقابل أبرز التزام يقع على عاتق الإدارة تجاهه، ويضم الالتزام المالي الذي يقع على عاتق الإدارة مجموع الحقوق المالية التي تؤول إلى المتعاقد معها، وتتمثل على الخصوص في الحق في اقتضاء السعر المحدد في العقد وجميع الحقوق ذات الطبيعة المالية.

بالتالي فالمقابل المالي للمتعاقد مع جهة الإدارة يمثل أهم حقوقه، بل هو الأهم على الإطلاق ولذا فهو لا يقدم بدونه على التعاقد، أي كانت المزايا المترتبة على هذا التعاقد، فالتعاقد يتحمل بموجبها على مدة زمنية طويلة مخاطر ومتاعب الاستثمار في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، بما يتطلبه ذلك من تكاليف الاستثمار من تصميم وبناء وتشديد وكافة المعدات والأدوات اللازمة لتشغيل المرافق، وكذا التزامه بعملية نقل التكنولوجيا المتطورة وأعمال التشغيل والصيانة والإدارة وتقديم خدمات ذات جودة لجمهور المنتفعين من المرافق العامة، خاصة وأن السلطة المانحة أو جهة الإدارة المتعاقدة في بعض صور العقود الإدارية لا تلتزم بتقديم أي مساهمة أو منح مالية لم

¹ إسلام ممدوح إسماعيل لبيب، المسؤولية العقدية للسلطة الإدارية في مراحل العقد المختلفة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2023، ص 351.

ينص عليها صراحة في عقد المشاركة، بل تسعى هذه الجهات في الغالب الى تقليص التزاماتها المالية إلى أقصى قدر ممكن، بحيث يبقى المتعاقد هو المسؤول الأول عن توفير التمويل اللازم لتنفيذ تلك المرافق العامة والذي يعتمد في خصوصه وبصفة أساسية على القروض من المؤسسات المالية والعائدات المالية الناتجة إصدار السندات والصكوك المالية الأخرى القابلة للتداول في سوق الأوراق المالية¹.

وكذلك الحال بالنسبة لعقد التفويض باعتباره عقد إداريا ينفرد ببعض الخصائص، إلا أن المقابل المالي يبقى هو الدافع الجوهري للتعاقد بالنسبة للمفوض له، فهو يمثل الأرباح التي يسعى لتحقيقها من وراء عملية الاستثمار في المرفق العام، ومن جهة السلطة المفوضة يعد مصدرا لتمويل المرفق العام وضمانا لاستمراره، باعتبارها تسعى إلى ضمان موارد مالية لازمة لسير المرفق، وكذا التخلص من العبء المالي الذي تتحمله الخزينة العامة في سبيل تسيير مرافقها العامة بالطرق التقليدية المباشرة، إلا أن المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له يختلف باختلاف الصورة التي يأخذها عقد التفويض وفي هذا الإطار فقد قسم المشرع الجزائري عقود التفويض حسب مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له، ومستوى رقابة السلطة المفوضة، ومدى تعقيد المرفق العام إلى أربعة عقود هي: عقد، امتياز، عقد الإيجار، عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير، ويختلف المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له من عقد إلى آخر.

ففي عقد الامتياز مثلا يكون المقابل المالي في شكل أتاوى يدفعها المنتفعون للمفوض له، مقابل الخدمات المرفقية التي يتلقونها من المرفق العام موضوع عقد الامتياز، وذلك لأن صاحب التفويض يمول من يضطلع بمهمة إقامة المرفق العام وتشغيله، واقتناء العتاد اللازم لتشغيل المرفق ويقوم نظير ذلك باستغلال المرفق العام لنفسه، ويسعى لتغطية تكاليف استثماراته وتحقيق فوائد من خلال المبالغ التي يدفعها مستخدمي المرفق العام، وكذلك الحال بالنسبة لعقد الإيجار الذي يحصل فيه المستثمر في المرفق العام على مبالغ مالية في شكل أتاوى يدفعها له مستعملي المرفق العام، تغطي تكاليف الصيانة والاستغلال لكنها تكون بشكل أقل من التي تدفع في عقد الامتياز، لأن السلطة المانحة للتفويض هي تأتي تتولى إقامة المرفق العام في عقد الإيجار.

وفيما يتعلق بعقد الوكالة المحفزة يشكل المقابل المالي صاحب التفويض من مبلغ مالي تدفعه السلطة المفوضة، وذلك على شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها عند

¹ عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة PPP (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، طبعة 2019، ص293.

الاقتضاء منحة إنتاجية وحصة من الأرباح، فيما يكون المقابل في عقد التسيير يأخذ صورة منحة بنسبة مئوية من رقم الأعمال تدفعها السلطة مانحة التفويض تضاف إليها منحة إنتاجية.

وبالتالي فإنه من المسلم به المقابل المالي يعتبر هو العنصر الجوهرى بالنسبة لعقد التفويض فهو الدافع والمحفز الرئيسى للمتعاقدين مع الإدارة، وعلى وجه التحديد بالنسبة للقطاع الخاص فقضية المكاسب المالية هي العنصر المحفز للغير من أجل الاستثمار في المرافق العامة، ومن جهة ثانية فإن إعمال السلطة التقديرية للجهة المانحة للتفويض في مسألة اختيار أسلوب التفويض لإدارة مرفق عام يكون في جوهره مبني على القدرة المالية للشخص المعنوي، فهذه الأخيرة تعد عاملاً أساسياً في تقرير أهمية اللجوء الى تقنية التفويض.

فإدارة واستثمار المرافق العامة يوجب توافر موارد مالية وبشرية كبيرة، قد لا يقوى الشخص العام على تأمينها، فعدم الاستقرار الاقتصادي والمالي وما ينجم عنه من صعوبات مالية تؤثر على استمرارية تأمين الموارد المالية اللازمة لانتظام وسير المرافق العامة، وأدى الى وقوع الدول في عجز مالي كبير انعكس سلباً على آلية عمل المرافق العامة¹، فلم يعد المقابل المالي هدف يخص المستثمر في المرفق العام لوحده بالرغم من كونه يشكل بالنسبة له الدافع الرئيسى والباعث الجوهرى الذي دفعه الى التعاقد مع الجهة المانحة، وإنما أضحت تأمين الموارد المالية اللازمة لسير واستغلال المرافق العامة هدف أساسياً بالنسبة لأشخاص القانون العام المفوضة للمرافق العامة زيادة على الهدف الاسمى المتمثل في تأمين المصلحة العامة، وأصبح التوجه الغالب في الأنظمة المقارنة هو البحث عن إنتاجية ومكاسب مادية للمرفق العامة المفوضة وتجاوز الأهداف التقليدية للمرافق العامة نتج عن تغير في سياسة مجانية الخدمة العمومية فلم يعد مستخدمي المرفق العام يرضون بأي خدمة عمومية يحجه أنها تقدم بشكل مجاني، بل تطورت المطالبات الرامية الى تحقيق أرقى معايير الجودة والكفاءة مقابل مشاركة المنفعين في الإسهام في تحمل تكاليفها من خلال العائدات المالية المدفوعة من طرفهم الى صاحب التفويض والتي تصب في الأخير في إطار تأمين استمرارية المرفق العام من خلال ضمان الموارد المالية اللازمة لتمويله واقتناء العتاد اللازم وإقامة المنشآت الضرورية التي تكفل ديمومة المرفق العام موضوع التفويض.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 302.

الفرع الرابع: استغلال المرفق

يتوجب إبرام عقد تفويض المرفق العام، أن يكون محل عقد التفويض استغلال وإدارة مرفق عام وأن يتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام كما يجب أن يكون استغلال المرفق العام بند من بنود اتفاقية التفويض، باستغلال المرفق العام ويكون هذا باستعمال صلاحية المفوض له الكاملة في تسيير المرفق¹، ومن سلطاته التي يملكها لاستغلال المرفق العام ويملك نوعا من الاستقلالية بالرغم من احتفاظ الإدارة المفوضة بسلطة تنظيم المرفق ووجود علاقة مباشرة بين المرتفقين والمستغل للمرفق، فالمفوض له علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين و يضمن المستغل السير العادي والمنتظم للمرفق كما يتحمل جميع المخاطر، ويستفيد من الأرباح مقابل توفير الوسائل والمنشآت الضرورية لتسيير المرفق العام، والقيام بكل الأعمال الضرورية لذلك².

فيتولى المفوض له تشغيل المرفق واستغلاله ويقضي هذا أن يتحمل جميع مخاطر التشغيل فإذا لا يجب أن يقتصر دور المستثمر في المرفق العام على إدارة المرفق فحسب، دون تحمل المخاطر فلا نكون حينئذ بصدد عقد تفويض، وفي مقابل ذلك يكون لصاحب التفويض أن يستعمل سلطته الكاملة واستقلالية تامة في تسيير المرفق.

فلكي ينشأ عقد التفويض لا يكفي أن يكون محله مرفقا عاما، وأن يكون في شكل علاقة تعاقدية بين الشخص المعنوي العام والمفوض له، فلا بد أن يقوم هذا الأخير باستغلال المرفق العام أي أن يقوم بإدارة المرفق وتشغيله تحقيقا للغاية التي أنشأ لأجلها، تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض وعليه يشترط لإتمام عملية تفويض مرافق العام، أن يكون موضوع عقد الاستغلال مرفق عام حيث يقوم المفوض بتشغيل المرفق العام واستغلاله متحملا المخاطر المترتبة على ذلك، وهذا الشرط ليس بالفكرة الجديدة وإنما ارتبط وجوده بنشوء عقود امتياز المرفق العام.

فيتولى المفوض له تشغيل المرفق العام واستغلاله، متحملا جميع مخاطر التشغيل، بصورة كلية أو جزئية، ويترتب عن ذلك أن يقوم صاحب التفويض بالقيام بجميع الأشغال الضرورية اللازمة لتنفيذ المرفق العام موضوع التفويض على أحسن وجه، وبذلك لا بد من تحويل تسيير المرفق العام من

¹ Claudie Boiteau, les conventions de délégation de service public, imprimerie nationale, 1999.p.89.

² ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المروية، مرجع سابق، ص 121، 122.

الشخص المفوض إلى المفوض له بصفة كاملة، بحيث يتولى صاحب التفويض القيام بكل الأعمال الضرورية التي يتطلبها حسن سير المرفق العام¹.

ويترتب على ضرورة قيام المفوض له بإدارة واستغلال المرفق العام على نفقته وتحت مسؤوليته مجموعة من النتائج أهمها²:

1/ أن يمنح للمفوض له في عقد التفويض الحرية في اختيار القواعد والأنظمة الداخلية المناسبة التي يطبقها على المرفق العام موضوع التفويض، والتي ترتبط أساسا بالخدمات وعمليات تشغيل المرفق.

2/ يجب على صاحب التفويض توظيف الأجراء والعاملين من أجل ضمان المهام الموكلة للمرفق العام المفوض، على أساس علاقة تعاقدية تنظمها أحكام قانون العمل.

3/ تنظيم العلاقة بين المفوض له ومستخدمي المرفق العام تخضع لأحكام القانون الخاص.

4/ تمنح للمفوض له بعض امتيازات السلطة العامة بالقدر الذي يقتضيه سير المرفق العام بانتظام

5/ يقع على عاتق المفوض له تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق، والتي تؤول الى الشخص العام المانح للتفويض عند انتهاء مدة التفويض في شكل منشآت وعتاد لازم للتشغيل الخاص بتسيير المرفق العام واستغلاله بطريقة فعالة، فالسلطة المفوضة تسترد مرفقا عاما مؤهلا وجاهزا لتقديم خدماته عند انتهاء مدة التفويض أو عند استرداد المرفق العام المفوض لأي سبب من الأسباب ويمكن بعدها للسلطة المانحة اختيار الطريقة الأكثر ملائمة لاستغلال المرفق العام موضوع الاسترداد من خلال تقييم نتائج التفويض بطريقة موضوعية مبنية على قراءة نتائج الاستغلال في إطار أسلوب التفويض ومقارنتها مع الأساليب الأخرى للتسيير، وبالأخص في مسألة تحمل أعباء ومخاطر التسيير التي أصبحت الدافع الجوهرى لأسلوب التسيير غير المباشر ولاسيما عقد التفويض.

بالرغم من كون مسألة تحمل المفوض له لجميع المخاطر لم تعد على إطلاقها، فخصوصية مرفق العام بالنسبة للسلطات العامة المفوضة، تفرض عليها مرافقة صاحب التفويض لإنجاح عملية لاستثمار في المرافق العامة، لما لهذه الأخيرة من حساسية بالنسبة للدولة، لأن عقد التفويض يجب أن تتكامل فيه عوامل خارجية كثيرة ومتعددة يصعب على المستثمر مواجهتها بمعزل عن مساندة أشخاص القانون العام ، وإن كانت طبيعة الاستثمار تقتضي تحمل المخاطر كاملة بحيث تصبح السلطة

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 447.

² المرجع نفسه، ص 449.

المفوضة متحررة من أي مسؤولية، إلا أن مراعاة مصلحة المرفق العام وخصوصيته تفرض التخفيف من حدة هذه القاعدة التي تفرضها قواعد التجارة والاستثمار، ليتم الانتقال الى مشاركة السلطة المفوضة في تحمل بعض المخاطر مع صاحب التفويض، فبغض النظر عن مصلحة المفوض له في ذلك إلا أن مقتضيات الصالح العام تفرض على السلطة المفوضة تأمين المرفق العام المفوض من جميع المخاطر التي يمكن أن تعترض سيره وفق المبادئ الضابطة المقررة له، خاصة أن جل عقود التفويض تستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذها وتعترض المفوض له صعوبات يصعب توقعها كلها أثناء إبرام العقد.

الفرع الخامس: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

إنه من الطبيعي أن يفرض تعدد الأساليب في إدارة واستثمار المرفق العام بالضرورة الى تطور فكرة المقابل المالي ومدى ارتباطها بالإتاوة المحصلة من المنتفعين، فقد وسع الاجتهاد القضائي من فكرة المقابل المالي، على اعتبار أنه إذا كانت الأتاوى تشكل الميزة الأساسية في عقد امتياز المرفق العام، فإن ذلك لا يجب أن ينسحب على أسلوب تفويض المرفق العام، والذي يضم كفة قانونية مستقلة لأساليب وطرق من بينها امتياز المرفق العام، فهذه التقنية يجب أن لا تقتصر على نوع معين من العائدات لاسيما الإتاوات، بل على العكس من ذلك فإن هذه التقنية قد تتصل بوجودها بعائدات ذات مصادر مختلفة ومتعددة، غير أن الشرط الأساسي هو أن تكون جميعها متصلة بالنتائج المالية والاقتصادية للاستثمار والمعبر عنها بارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال¹، وهو ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي في عدة اجتهادات قضائية كما هو الحال في قضية samit om حيث أكد فيها على ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال رغم أن الجزء الذي يدفعه المستفيدون هو الأقل²، كما أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي بارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج استغلال المرفق العام، ولذلك فإن ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال هو نتيجة طبيعية وحتمية لضرورة تحمل صاحب التفويض لمخاطر التسيير التي تفرضها عملية الاستثمار في المرفق العام وهي بذلك تعكس مسؤولية المفوض له عن اختياراته التي تتعلق بعملية إدارة واستغلال المرفق العام.

فمن الضروري أن يتم التكفل بأجر المفوض له ويكون الأجر مرتبط ارتباطاً وثيقاً بنتائج استغلال المرفق العام فإن مثل هذا العنصر يجعل من الممكن التمييز بين تقنية تفويض المرفق العام والصفقات

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 102.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 142.

العمومية، بل يعد العنصر الأساسي والحاسم في تمييز اتفاقية تفويض المرفق العام عن الصفقات العمومية، إذ لا يمكن الحديث عن وجود عقد تفويض المرفق العام إلا إذا كان المقابل المالي يتكون من حصيلة استغلال المرفق في شكل إتاوات يدفعها المنتفعون نتيجة الاستفادة من خدمات المرفق العام، وهذا ما نصت عليه المادة 207 من المرسوم رقم 247/15 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأن ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال يعطي بشكل واضح صورة على مدى كفاءة ونجاعة أسلوب الإدارة المفوضة ويبرر للسلطات المانحة قرارها المتعلقة بانتهاج هذا الأسلوب في التسيير، فخلق الموارد المالية عن طريق استغلال المرفق العام المفوض يؤثر على نجاح وفعالية هذه التقنية وضمان توسيع العمل بها في إطار تنشيط والرفع من كفاءة المرافق العامة موضوع التفويض.

فالمقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له لابد أن تكون له علاقة بالنتائج المالية لاستغلال المرفق العام موضوع التفويض، وتتعدد صوره وأشكاله بتعدد صور وأشكال أسلوب التفويض، ومن أبرز المسائل التي تثار بشأن المقابل المالي هو كيفية تحديد قيمته، والعوامل التي تدخل فيها، وكذا طبيعة الشروط المعتمدة في تحديد التعريفة، ومدى سلطة الأطراف المتعاقدة في تعديل هذه الأتاوى والتعريفات¹، فهو عنصر جوهري في عقد التفويض يتوجب تحديده بدقة في اتفاقية التفويض بالشكل الذي يكفل للمفوض له تغطية تكاليف استثماراته في المرفق العام بالإضافة إلى تحقيق أرباح معقولة وفي المقابل تحقيق التناسب بين جودة الخدمة المقدمة لجمهور المنتفعين وتكلفتها، هذه الموازنة في عملية تحديد المقابل المالي هي التي تساهم في إستقرار عقود التفويض وتعزيزه من خلال ضمان كل أطراف العقد لمصالحها الخاصة والعامة.

إن مسألة ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بالنتائج المالية للاستغلال هي التي تميز عقود التفويض المرفق العام عن العقود الإدارية الأخرى، إلا أن المقابل المالي هنا يمكن أن يتشكل من أكثر من مصدر، بعضها يرتبط بنتائج الاستغلال والبعض الآخر يكون في صورة ثمن يحصل عليه المتعاقد من الإدارة أو من مصادر أخرى، كحصوله على الإعانات من الإدارة مثل المساعدات أو دعم في حالة وجود خسارة نتيجة الاستغلال، وأن ذلك ليس من شأنه أن يغير من طبيعة عقد التفويض²، فوجود مصادر تمويل زيادة على المنتفعين من المرفق العام، لا يلغي طبيعة

¹ ابوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 96.

² ستار جبار البدرى، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة) منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ط 1، 2018، ص 131.

عقد التفويض بل من الممكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، حتى وإن كان جزء من المقابل المالي تدفعه السلطة المفوضة في شكل دعم المرفق العام¹.

ومن هنا فالشرط الجوهري الذي يتعلق بالعائدات هو ارتباطها بعملية الاستثمار في المرفق العام أيا كان نوعها سواء في شكل ثمن تدفعه السلطة مانحة التفويض أو أتاوة يدفعها مستخدمي المرفق المفوض، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في تعريفه لعقد تفويض المرفق العام حيث اعتبر أن أجر المفوض له لابد أن يرتبط مباشرة بنتائج استغلال المرفق العام، سواء كانت إتاوات محصلة من المنتفعين لحسابه، كما هو عليه الحال في عقد الامتياز وعقد الإيجار، أو ثمن يتقاضاه من السلطة المفوضة كما هو الحال في عقد التسيير والوكالة المحفزة، وهذا تكريس لفكرة الاستثمار بمفهومه الواسع، حيث يصبح المقابل المالي يتعدى فكرة الإتاوات أو الثمن للوصول إلى مصادر أخرى مختلفة تدخل كلها في إطار نشاطات المرفق موضوع الاستثمار نفسه، وسبب ربط العائدات بالاستغلال هو تحمل المستثمر كل أو جزء من مخاطر الاستثمار أي أن مفهوم الاستثمار ليس له معنى دون أن يتحمل صاحب التفويض كل أو جزء من المخاطر التي يتحملها وإلا لا يمكن الحديث عن استثمار حقيقي للمرفق العام عن طريق أسلوب التفويض².

ويبقى ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، فإذا كان المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمنا للخدمات المؤداة دون أن يتحمل المفوض له أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عمومية أو أي عقد إداري آخر غير عقد تفويض المرفق العام، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في مضمون المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي نصت على "...ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام" وأكدت على هذا المعيار التعليمي الوزاري رقم: 006 المؤرخة في 09 جوان 2019 بنصها على "إن أهمية هذا النمط في تسيير المرفق العام تكمن على وجه الخصوص في كيفية التكفل بأجر المفوض له والذي يرتبط أساسا بنتيجة استغلال المرفق العام".

وبتوافر الشروط السالفة الذكر مجتمعة نكون أمام عقد تفويض المرفق العام بكل أركانه، من وجود المرفق العام القابل للتسيير بأسلوب التفويض إلى ضرورة تنظيم العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له وإفراغها في صيغة تعاقدية، ثم ضرورة استغلال المرفق العام وارتباط العائدات المالية

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، 450.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 144.

مهما كانت مصادرها بنتائج استغلال المرفق، و ينجعرون ذلك من نتائج عديدة تتعلق بالأساس باتصال العقد بالمرفق العام فيستمد العقد مكانته وأهميته من مكانة وأهمية المرفق العام في حد ذاته ومن الأهداف المرتبطة بضمان الصالح العام، وبالإضافة إلى الأركان التي لا بد أن يقوم عليها عقد التفويض لا بد من وجود أطراف لعملية التعاقد تمثلها سلطة مختصة ومؤهلة لاتخاذ قرار تفويض المرفق العام واختيار الصورة الأنسب لذلك والمفوض إليه الذي يمكن أن يكون شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص، ويسهر على تحقيق المرفق العام المفوض وفق القواعد والبنود المقررة لذلك وفي ظل العمل على تأمين مصالح الأطراف المتعاقدة.

المطلب الثالث: أطراف عقد التفويض

تفترض الصيغة التعاقدية التي ينبغي أن يفرغ فيها عقد التفويض، وجود أطراف تتوافق إرادتها على إبرام عقد يكون موضوعه إدارة واستغلال مرفق عام، يتحدد ضمن هذا العقد التزامات وحقوق كل طرف من هذه الأطراف، ويسعى كل طرف لتحسين شروط التعاقد بما يضمن مصالحه، وتكون الجهة مانحة التفويض في الغالب أحد أشخاص القانون العام، التي يعود إليها الالتزام الأصلي في تسيير واستغلال المرفق العام، فيما يكون الطرف الثاني في العقد أحد أشخاص القانون العام أو الخاص يتولى إدارة واستغلال المرفق العام لمدة محددة يسعى فيها إلى تحقيق مكاسب مالية تغطي استثماراته بالإضافة إلى تحقيق أرباح، فيما تسعى الجهة المانحة للتفويض من خلال اختيار أسلوب التفويض في إحدى صوره التي تتلاءم مع طبيعة وموضوع المرفق، إلى ضمان حسن سير المرفق العام في إطار احترام المبادئ العامة التي تحكمه .

وفي كل الأحوال وبما أن تفويض المرفق العام هو عبارة عن عمل تعاقدية وهو في الأخير عبارة عن عمل قانوني لا بد أن يصدر عن سلطة لديها كامل الصلاحية التي تتيح لها إمكانية القيام بهذا العمل القانوني الذي يتضمن عمل تعاقدية مع أحد أشخاص القانون العام أو الخاص من أجل تحقيق مرفق عام في إطار تقنية التفويض ولا بد أن تكون السلطة المفوضة مسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق العام محل التفويض.

الفرع الأول: السلطة المفوضة

إن تفويض المرفق العام باعتباره عملاً قانونياً لا يمكن أن يصدر إلا من سلطة مختصة، وهي السلطة صاحبة الاختصاص الأصلي في تنظيم وإدارته، وبالتالي فإن السلطة المكلفة فقط بتنظيم المرفق وليس بإدارته ليس لها الحق في تفويض المرفق العام، إلا في الحالة التي تختلط فيها سلطة

التنظيم والإدارة لدى سلطة واحدة¹، بالإضافة إلى ذلك لا بد للسلطة المفوضة أن تكون مختصة قانوناً أي بحكم الصلاحيات التي يمنحها لها التشريع في إمكانية تفويض المرافق العامة التي تدخل في نطاق اختصاصها من أجل تسييرها عن طريق أسلوب التفويض، فلا ينعقد عقد تفويض المرفق العام بكامل أركانه إلا إذا كان قرار الإبرام صادر عن سلطة مختصة، والسلطة المختصة بإصداره أي تلك السلطة التي يدخل المرفق في نطاق اختصاصها وتقع عليها مسؤولية تنظيمه وإدارته.

وبالتالي فإن الأصل في تفويض المرافق العامة أن يكون من اختصاص الأشخاص الاعتبارية للقانون العام وفق ما أقره قانون سابان إلا أن القانون الأوربي خالفه في ذلك، حيث أقر أنه يمكن حتى لأشخاص القانون الخاص والتي تتشأها أشخاص القانون العام أو حتى هيئات التابعة للقانون الخاص والتي تكلف بالقيام بمهام ذات نفع عام أن تمنح امتياز أشغال عامة لأحد الأشخاص الخاصة، وبهذا المفهوم فإن ذلك يعد انقلاباً على القواعد المقررة في القانون الفرنسي المتعلقة بتفويضات المرافق العامة، والذي يتبنى فكرة أن السلطة المفوضة لا بد أن تكون أحد أشخاص القانون العام، وتعهد بالمرفق إلى أحد أشخاص القانون الخاص بتحقيق المرفق العام²

وفي هذا الإطار اشترط المشرع الجزائري في المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن تكون السلطة المفوضة شخص من اشخاص القانون العام، فنصت على أن " الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، المسؤول عن مرفق عام " وبهذا فإن الأشخاص المعنوية العامة يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العامة بالرغم من أن المرسوم التنفيذي 199/18 اقتصر على تنظيم تفويضات المرافق العامة بالنسبة للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، غير أن ذلك لا يمنع قيام الأشخاص المعنوية العامة الأخرى بتفويض مرافقها العامة، فقد نصت قوانين قطاعية كثيرة على أحقية الدولة في تفويض المرافق التابعة لها، كمرفق المياه بموجب القانون 12/05 المتعلق بقانون المياه وقطاع الاتصالات وكثير من المرافق الخدماتية المهمة.

وبالتالي فإن السلطة المختصة بتفويض المرفق العام يمكن أن تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري التابعة لها، فمن خلال المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص على أنه يمكن لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام مسؤول عن

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 104.

² Pierre delvolve, les contradictions de délégation de service public, AJDA 1996, P 687.

مرفق عام إبرام اتفاقية تفويض مع أحد أشخاص القانون العام أو الخاص، فقد جاء النص في هذه المادة على إطلاقه فكل شخص معنوي عام خاضع للقانون الجزائري يكون له الصلاحية في تسيير المرفق العام عن طريق أسلوب التفويض، وهذا ما تم تضيقه بموجب نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18 الذي قصر صلاحية التفويض على الجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري التابعة لها.

1/ الدولة:

تعتبر أصل الأشخاص الاعتبارية العامة، تتفرع عنها باقي الأشخاص المعنوية العامة وقد نص المشرع الجزائري في كثير من القوانين القطاعية صراحة على أن الدولة يمكن أن تكون هي السلطة المفوضة لكثير من المرافق العامة المهمة التي كانت إلى وقت قريب حكرا على التسيير المباشر، فقد نصت المادة 104 من القانون رقم 12/05 المتعلق بقانون المياه على أنه " يمكن للإدارة المكلّفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة أو صاحبة الامتياز، تفويض كل أو جزء من تسيير نشاطات الخدمة العمومية للماء أو التطهير لمتعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية و ضمانات مالية كافية ..."

وبالعودة إلى نص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر نجدها حصرت أطراف عقد تفويض المرافق العامة، فنصت على ما يلي: " يمكن للجماعات 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. " وعلى هذا الأساس فإن السلطة المفوضة وتتمثل أساسا في:

2/ الجماعات الإقليمية:

أعطى المشرع صلاحية إبرام عقود تفويض المرافق العامة إلى الجماعات الإقليمية من أجل تلبية الحاجات العامة وتحقيق الصالح العام، وبالنظر إلى كون هذه الجماعات الإقليمية تسهر على تحقيق مرافق عامة والأكثر دراية بالمصالح العامة المحلية، وبالتالي تكون أكثر إطلاعا على المرافق العامة التي يمكن إدارتها واستغلالها عن طريق تقنية التفويض، بالإضافة إلى أن المشرع يستهدف خلق موارد مالية خاصة بالمرافق العامة المحلية، التي تضمن سيرورتها وانتظامها دون أن تشكل عبئا على الموازنة العامة للدولة، وتعد البلدية والولاية هي الجماعة المحلية المعنية بتقنية التفويض.

وتعتبر كل من البلدية ولالية هي الجماعات الإقليمية بالنسبة للدولة، تتمتع كل منها بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، وهما بالنسبة لباقي مؤسسات الدولة تمثل هئئتان محليتان يجسدان الطابع اللامركزي في النظام الإداري ومكان لممارسة المواطنة، تعمل على إدارة وتهيئة الإقليم وتسعى إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمادية بكل الوسائل المادية والقانونية الممنوحة لها من قبل السلطة المركزية.

3/ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

هي تلك المؤسسات ذات الطابع العام تسهر على تقديم خدمات عامة تستهدف تحقيق الصالح العام في مجال معين من القطاعات المختلفة وهذه المؤسسات العمومية قد تكون ذات طابع وطني تنشأها الدولة وقد تكون مؤسسات عامة تنشأها الجماعات الإقليمية، حيث نص القانون 10/11 المتعلق بالبلدية على أنه في المادة 15 منه "يمكن للبلدية أن تنشئ مؤسسة عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، من أجل تسيير مصالحها، كما ينص القانون 07/12 المتعلق بالولاية على أن تنشأ مؤسسات عمومية ولائية حيث جاء في المادة 147 منه على أنه "تأخذ المؤسسة العمومية الولائية شكل مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري حسب الهدف المرجو منه"، حيث تستطيع هذه المؤسسات المحلية كذلك أن تفوض المهام المرفقية الموكلة لها عملية إدارتها إلى أشخاص عامة أو خاصة من أجل تحقيق هذه المرافق العامة.

بالإضافة الى أنه ووفقا للمادة 05 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتضمن قانون تفويضات المرفق العام فإنه يمكن للسلطة المفوضة أن تكون عبارة عن مجموعة من الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون العام، ينتظمون في إطار تجمع ويختارون ممثل عنهم في إطار ذلك التجمع بناء على اتفاقية ويمتلك العضو المعين صفة السلطة المفوضة حيث يقوم بتمثيل أعضاء التجمع في القيام بإجراءات ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: المفوض إليه

ويشمل كل من الأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو تجميع اقتصادي لمجموعة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام، فالأشخاص المعنوية العامة جاء اللفظ عاما ليشمل جميع الأشخاص المعنوية العامة المركزية والمرفقية، كالمستشفيات والجامعات ويتسع المعنى من الهيئات اللامركزية الإقليمية كالبلدية والولاية ليشمل المؤسسات الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري الذي أخذت شكل شركات، وهو مبدأ يترجم مبدأ استقلالية سلطان المساهمة أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة، وكذا الخضوع لأحكام القانون الخاص الأشخاص المعنوية الخاصة

الخاضعة للقانون الجزائري، والممثلة أساسا في الشركات المدنية والتجارية، ولا يهم إن كانت وطنية أو أجنبية فالمهم أنها تخضع لدى ممارسة نشاطها في استغلال المرفق العام أو أي نشاط آخر للقانون الجزائري من حيث المكان والزمان، وكذا التجميع الاقتصادي لمجموعة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام ويجدر التنويه إلى أنه كان على المشرع أن يحدد المرافق العامة التي يجوز أن تكون محل تفويض إلى جانب تحديده لأشخاص المعنوية التي يمكنها اللجوء للتفويض، ذلك لأن هناك بعض المرافق العام التي لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تكون محل تفويض، كالإدارة الضريبية والمؤسسات الدستورية والإدارة المحلية فلا يجوز بأي حال تفويض الأنشطة التي تتطلب اللجوء لامتيازات السلطة العامة كالتنفيذ الجبري وسلطات الضبط الإدارية.

ويشترط في المفوض إليه بناءا على المرسوم 18/ 199 أن يكون أحد الأشخاص الاعتبارية سواء من أشخاص القانون العام أو الخاص غير أنه لابد أن يكون خاضعا للقانون الجزائري وفي المرسوم الرئاسي 247/15 لم يميز في الطبيعة القانونية للمفوض له، فيمكنه أن ينتمي إلى أشخاص القانون العام أو الخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا أو كان جزائري أو أجنبي شرط أن يكون خاضعا للقانون الجزائري.

وبالتالي فالتفويض يمكن أن يتم لصالح الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري، وأن يمتلك القدرات التقنية والمالية التي تتيح له القيام بالمهام المرفقية موضوع التفويض وبالتالي تتحقق الأهداف التي تسعى إليها الأشخاص الاعتبارية العامة من خلال انتهاج أسلوب التفويض، فالمفوض يسعى سواء كان من أشخاص القانون العام أو الخاص، فهو يسعى إلى تحقيق مكاسب استثمارية في المرفق العام، والتي يكون من شأنها تحقيق الصالح العام من خلال رفع كفاءة المرافق العامة المفوضة، والتي تشكل الأهداف الجوهرية للسلطات العامة المانحة للتفويض.

وبالتالي فإن المفوض إليه في عقد التفويض يعتبر ركن أساسي وجوهري في عقد التفويض وعامل مهم لنجاح آلية التفويض، لأن صاحب التفويض هو في الأخير من يسهر على تنفيذ المهام المرفقية موضوع التفويض، وفي هذا الإطار يشكل المفوض إليه الحجر الأساس في نجاح وفعالية تقنية التفويض، فالمفوض إليه يشكل عامل أساسي وجوهري في إنجاح أسلوب التسيير غير المباشر لأن الهدف الأساسي من تقنية التفويض، هو تلافي العجز والفشل الذي لازم التسيير المباشر للمرافق العامة، وبالتالي فإن اختيار المرافق العامة المناسبة لتطبيق تقنية التفويض لابد أن يرافقها الاختيار الأنسب والملائم للمفوض له القائم على تنفيذ المهام المرفقية موضوع التفويض، وبالتالي تشكل شخصية المفوض إليه محل اعتبار في أسلوب التفويض تركز عليه السلطة المفوضة في عملية إبرام اتفاقيات التفويض.

وإن كان من الناحية التطبيقية فإن المفوض إليه لا يمكنه في غالب الأحيان القيام بالمهام المرفقية المسندة إليه بشكل شخصي، مما يضطره إلى القيام بعملية التفويض الفرعي ويمكن أن يتم التفويض لشركة تكون قدم تم إنشاؤها للقيام بهذا الغرض بالذات، فبالرغم من أن عقود التفويض تلعب فيها شخصية المفوض إليه دورا كبيرا بل قد تكون هي الباعث الرئيسي لدى السلطة المفوض الاختيار صاحب التفويض غير أن الضرورة العملية وتشعب الوظائف المرفقية وخاصة منها ذات الطابع الفني المعقد التي تتطلب للقيام به أيادي فنية متخصصة يكون لزاما على المفوض إليه الاستعانة بآلية التفويض الفرعي غير أن هذا التفويض وإن كان لضرورات عملية ومبررات موضوعية غير أنه لا بد أن يمارس في إطار ضوابط معينة أهمها الحصول على موافقة وترخيص السلطة المانحة بالإضافة إلى ضرورة أن يكون التفويض بشكل جزئي للمهام محل التفويض لأن التخلي عن المرفق بشكل كامل ينافي قواعد التفويض وأهمها مسالة الاعتبار الشخصي.

المبحث الثاني: صور تفويضات المرفق العام

تتعدد صور وأشكال تفويض المرفق العام فيأتي أسلوب الامتياز في المقدمة، إلا أن الامتياز الذي يشكل أحد صور تفويضات المرافق العامة له مفهوم يختلف عن ما هو عليه الحال عند الحديث عن الامتياز بمفهومه التقليدي لا سيما فيما يتعلق بالقواعد التي يخضع لها كل منهما، وهذا إلى جانب عقد إيجار المرفق العام Affermage وعقد الإدارة بالشراكة Reggie intrressee وعقد الإدارة Gerance وهي كلها من صور تفويض المرفق العام، إلا أن هذه الأشكال لا يمكن حصرها في مجموعة معينة من العقود، فكل عقد تتوفر فيه الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام يمكن تصنيفه ضمن عقود التفويض، بالإضافة إلى مجموعة من العقود غير المسماة التي تدخل ضمن عقود التفويض¹ ويتميز عقد الامتياز بكونه أقدم صور تفويض المرفق العام من حيث التطبيق وباعتباره الصورة الأمثل للاستثمار في المرافق العامة التي يحتاج تحقيقها إلى رأس مال كبير، باعتبار أن الملتزم يقع على عاتقه جميع تكاليف إقامة واستغلال المرفق العام، ويتحمل جميع الاخطار الناجمة عن عملية استغلال المرفق العام المفوض ويتلقى الملتزم في إطار عقد الامتياز في صورته التقليدية عائدات مالية بصورة أساسية من المنتفعين من خدمات المرفق العام موضوع الالتزام.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 441.

المطلب الأول: عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز من العقود المسماة التي صنفها المشرع الجزائري في إطار آلية تفويض المرافق العامة، ويعتبر أقدمها من ناحية التطبيق وأشهرها، حيث أنه الأصل لعملية التفويض في بداية الأمر تتم عبر طريق امتياز المرافق العامة قبل الوصول إلى الإطار القانوني الموحد الذي يضم مجموعة من العقود من ضمنها عقد الامتياز، ويمكن القول بأن عقد الامتياز هو الإمتداد التاريخي لعقود تفويض المرفق العام بأشكالها المختلفة الحالية، فالمبدأ المشترك هو إشراك الغير في تسيير المرافق العامة بهدف إيجاد تمويل منتظم لها وتخفيف العبء عن الأشخاص الاعتبارية العامة التي يقع عليها مسؤولية التسيير.

ويمثل عقد امتياز المرافق العامة أحد أشهر العقود الإدارية المسماة ولعله أهمها على الإطلاق ويمكن تعريفه على أنه " عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز، فالامتياز عقد إداري ذو طبيعة خاصة موضوعه إدارة المرفق لقاء ما يحصل عليه من المنتفعين بخدمات المرفق في صورة رسوم "، ومن هذا المفهوم يتضح لنا أن هذا عقد الامتياز ينفرد عن بقية العقود من ناحيتين، فالمقابل المادي الذي يتقاضاه المتعاقد مقابل ما أداه من خدمات من الأشخاص الذين انتفعوا بها، وليس لديه أي مبالغ يتقاضاها من السلطة المفوضة، وأيضا من مضمون هذه العقود أن ينصب على إدارة المرافق الأكثر ملائمة لعملية الاستثمار، كالمرافق الاقتصادية التي تزيد فيها فرص تحقيق مكاسب المالية أكبر وتبرز أهمية عقد الامتياز في حلول الملتزم محل السلطة المفوضة في إدارة مرافقها العامة، في ظل تنامي لجوء الدولة الى تبني مبدأ الاقتصاد الحر، الذي يتيح فرص أكبر للاستثمار وهو ما يلائم طبيعة عقد الامتياز¹.

غير أنه بتلاحق التطورات التي عرفت المرافق العامة وتعدد وظائفها، أخذ مفهوم عقد الامتياز هو الآخر يواكب هذه التطورات وعجز المفهوم التقليدي لعقد الامتياز عن إستيعاب هذه التغيرات التي طرأت على صورته التقليدية، فظهرت صور متطورة لعقد الامتياز باعتباره أحد صور الشراكة بين

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، الرقابة على عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2020، ص 115.

القطاعين العام والخاص، وأصبح الحديث عن فروقات بين امتياز المرفق العام في صورته التقليدية وامتياز المرفق العام باعتباره أحد صور تفويض المرفق العام، وتتلخص هذه الفروقات فيما يلي¹:

1/ خضوع عقود تفويض المرفق العام لنظام قانوني خاص وموحد وضعه المشرع في حين أن امتياز المرفق العام التقليدي يخضع للمبادئ العامة للقانون الإداري.

2/ يخضع صاحب الامتياز في امتياز المرفق العام في صورته التقليدية الى مبدأ الاختيار الشخصي لصاحب الامتياز في حين تلزم القواعد القانونية في النظام القانوني للتفويض اتباع إجراءات وقواعد قانونية شفافه للوصول إلى اختيار صاحب التفويض.

وقد أجمع الفقه الفرنسي على كون عقد امتياز المرفق العام من أشهر عقود التفويض حيث عرفه الأستاذ BRACONNIER على أنه " العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصا عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكل أعباءه ومخاطرة وأرباحه ويتحصل على مقابل مالي من خلال أتاوات المرتفقين مباشرة " ويعرفه الأستاذ CHENAUD على أنه " اتفاقية يفوض بموجبها شخص عمومي استغلال مرفق عام لشخص آخر ويكون أجره مرتبط بالناتج المالية للاستغلال وتعتبر عقود تفويض المرفق العام وعلى رأسهم عقد الامتياز عقود إدارية مبرمة بين أحد أشخاص القانون العام وهو مانح الامتياز من جهة وأحد الأشخاص الطبيعيين و المعنويين من القانون العام والقانون الخاص وقد ذهب الفقهاء في فرنسا وعلى رأسهم الأستاذ AUBY إلى القول بأن لفكرة التفويض جذور تمتد إلى بداية القرن الماضي، عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري عن طريق عقود الامتياز².

ويعرفه الأستاذ الجزائري رشيد زوايمية على أنه " عقد تبرمه الجماعات المحلية مع شخص طبيعي أو معنوي عام كان أو خاص يسمى صاحب الامتياز لتسيير مرفق عام في إطار احترام دفتر الشروط مع تحمل صاحب الامتياز مخاطر أو أعباء التسيير".

كما يعرفه الأستاذ ناصر لباد بأنه " عقد أو اتفاق تكلف بموجبه الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز لتسيير واستغلال مرفق عام لمدة محددة ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا

¹ فوناس سهيلة، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10 العدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، سنة 2014، ص 246.

² فوناس سهيلة، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، مرجع سابق ص 245، 246.

المرفق مستخدما عماله وأمواله متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك في مقابل القيام بتسيير المرفق العام، ويتقاضى صاحب الامتياز مقابلا ماليا يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق¹.

ويعد امتياز المرفق العام أقدم وأهم تطبيق لتقنية تفويض المرافق العامة، وذلك لأنه ساهم لفترة طويلة في عملية إقامة مرافق عديدة وإعادة تأهيلها لخدمة الجمهور، وتأهيل العديد من المرافق العامة الأساسية، لاسيما المرافق التي ترتبط موضوعاتها بالاستثمار في البنية التحتية باعتبارها من أهم المجالات الحيوية التي يبنى عليها الاقتصاد الوطني والتي تساعد في إزدهار عمليات الاستثمار بشكل عام في مختلف المجالات، بالإضافة الى أن عقود الامتياز شكلت في فترات زمنية طويلة حلا مناسباً لتلبية الحاجيات الأساسية للجمهور خارج الموازنة العامة للدولة.

وفي هذا الإطار كرس المشرع الجزائري عقود الامتياز منذ قانون 17/83 المؤرخ في 16 يونيو 1983 المتضمن قانون المياه فعرفه في المادة الرابعة منه على كونه أحد عقود القانون العام تكلف الإدارة من خلاله شخصا معنويا عاما أو خاصا بضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية، وهذا في إطار التجسيد العملي لفكرة التعاون بين القطاعين العام والخاص، حيث أضحي عقد الامتياز من بين الآليات التي تتيح إشراك القطاع الخاص في تسيير واستثمار المرافق العامة بالنظر للمزايا التي يوفرها فيما يتعلق بتمويل مختلف المشروعات العامة، فعبر المشرع الجزائري عن نيته في انتهاج الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال إنشاء واستثمار المرافق العامة، وذلك استجابة للتحويلات الجديدة التي تبنتها مختلف الدول، حيث تحولت من النظرة الاشتراكية القائمة على احتكار التسيير العمومي من قبل الدولة، والتخلي عن الأيديولوجية التي كانت سائدة بشأن تنظيمها الاقتصادي².

وبالرغم من أن تسمية عقد الامتياز لم تتغير الى أن عقد الامتياز ظهر في ثوب جديد في الإطار الموحد لعقود التفويض، حيث عرفته المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه الشكل الذي تعهد به المصلحة المفوضة للمفوض له عملية إنشاء واستغلال مرفق عام أو استغلاله فقط ويتقاضى أجره من الأتاوى التي يدفعها المنتفعين، كما أن الملتزم يعمل باسمه ولحسابه الخاص ويتحمل كل المخاطر الناتجة عنه، ويعرفه أيضا على أنه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الجماعات المحلية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام أو القانون الخاص

¹ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الوجيز في القانون الإداري، للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة، 2004 ص212.

² نوال ايرابن، عقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرفق العمومي، مجلة القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، سنة 2022، ص 302.

يسمى صاحب الامتياز بتسيير مرفق عمومي لمدة محددة ويقوم صاحب الإمتياز بإدارة هذا المرفق مستخدماً عماله و أمواله و متحماً للمسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي المقابل يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد، يدفعه المنتفعين الذين استفادوا من خدمات هذا المرفق ويبقى تحت الرقابة الجزئية للسلطة المفوضة حسب ما نصت عليه المادة 53 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويضات المرفق العام المحلي السالف الذكر.

في حين يعرف الامتياز في شكله التقليدي من خلال المادة 76 من القانون 12/05 المتعلق بقانون المياه بأنه عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص ، فبالمقارنة مع جاء من خلال المادة 53 من المرسوم 199/18 يتبين أن هذا التعريف يدرج أسلوبين للامتياز، حيث يعد الأسلوب الأول عقد امتياز على الشكل التقليدي لامتياز المرفق العام أما الأسلوب الثاني فيتمثل في امتياز على شكله المتطور بوصفه أحد صور تفويضات المرفق العام هذا ما تؤكد عليه صراحة المادة 208 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال النص عليه كأحد أشكال التفويض.

فعقد الامتياز كأحد أشكال تفويض المرفق العام يهدف لإقامة المشروعات العامة المهمة التي تتطلب رؤوس أموال معتبرة تعجز أشخاص القانون العام عن تأمينها أو على الأقل تشكل إرهاقا بالنسبة لموازنتها العامة، وهي بذلك تتطلب قدرا كبيرا من مغامرة من أجل تحمل مخاطر إقامة وتسيير المرافق العامة المفوضة من قبل المفوض له في شكل عقد الامتياز، ويعتبر القطاع الخاص في هذه الحالة هو المؤهل الأول لتحمل هذه المخاطر بحكم الإمكانيات المادية والبشرية التي يتمتع بها، والتي تعطيه الأفضلية في تشييد واستغلال المرافق العامة عن طريق تقنية التفويض وعلى وجه التحديد عن طريق أسلوب الامتياز الذي يشكل الصورة الأنسب لجلب استثمارات القطاع الخاص في المرافق العامة بما يتيح للمفوض إليه من فرص لتحقيق عائدات مالية من المنتفعين وذلك بالنظر إلى طول الاستثمارات المجسدة وطول مدة العقد بالمقارنة مع صور التفويض الأخرى.

المطلب الثاني: عقد الإيجار

الإيجار كصورة من صور تفويضات المرفق العام نصت عليها المادة 210 ف2 من المرسوم الرئاسي 247/15 في متناول نصها على الأشكال التي يمكن أن يتخذها أسلوب تفويض المرفق العام، حيث نصت على أن "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها وتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته " وتمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

ففي عقد إيجار المرفق العام يقع على عاتق الجهة الإدارية المانحة للتفويض أن تضع تحت تصرف المستأجر المرفق العام موضوع التفويض بالإضافة المعدات اللازمة لتشغيل المرفق على خلاف لما هو عليه الحال في عقد امتياز المرفق العام حيث يتوجب على الملتزم في عقد الامتياز إقامة وبناء الانشاءات التي يتطلبها استغلال المرفق العام، غير أن هذا الاختلاف قد لا يظهر في بعض صور الامتياز خاصة تلك العقود التي يقتصر فيها صاحب التفويض على عملية الصيانة وإدخال بعض التحسينات على المنشآت التي هي موضوعة تحت تصرفه بغرض استغلال المرفق بمقتضى عقد التفويض، كما يمكن للمستأجر للمرفق العام أن يشترك مع جهة الإدارية المانحة للتفويض ، في إقامة بعض المنشآت اللازمة لتشغيل المرفق، غير أن ذلك لا يؤثر على طبيعة عقد الإيجار، فقد أُنقِر مجلس الدولة الفرنسي في أحدث قراراته على أن معيار التمييز بين إيجار المرفق العام وعقد الامتياز يكمن في عدم تحمل المستأجر لتكاليف انشاءات تقتضيها استثماراته في المرفق العام وهذا بالرغم من أن المجلس لم يضع معيار للاستثمارات المهمة، لذا يجب دراسة حالة كل عقد الاقتصادية بشكل منفصل مع الأخذ بعين الاعتبار تكاليف الإنشاءات الأولية¹.

فإيجار المرفق العام اتفاق يقتضي بموجبه أن يعهد شخص اعتباري من أشخاص القانون العام إلى شخص آخر باستغلال مرفق عام مع تقديم المنشآت اليه، وبالمقابل على المستأجر أن يدفع مقابلا للجهة الإدارية المانحة للتفويض، ويتفق في هذا عقد الإيجار مع عقد الامتياز في أمرين الأول يعهد الى المستأجر مهمة إدارة واستغلال المرفق العام والثاني أن المستأجر يقوم بتحصيل مقابل من المنتفعين بالمرفق، ويدفع المستأجر مقابلا ماليا للإدارة من حصيلة ما يتقاضاه من المنتفعين، وذلك حتى يمكن لها تغطية مصاريف استهلاك التجهيزات التي قامت بتنفيذها، ومع ذلك فإن عقد الامتياز يتميز عن الإيجار، فلا يعتبر الإيجار مجرد تطبيق لعقد الامتياز والتمييز بينهما لم يتم إلا حديثا وأساس

¹ أبوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص113.

التميز بينهما أن في عقد الايجار ليس من مهام المستأجر بتنفيذ انشاءات تتطلب استثمارات عامة غير أن ذلك لا يعني أن المستأجر لا يتحمل أي أعباء وإنما يعني أنه لا يقع على عاتقه تنفيذ الجزء الأكبر من الاستثمارات اللازمة لتشغيل المرفق العام، فيجوز بالتالي تكليفه للقيام ببعض أشغال التوسع في المرفق الذي عهد إليه¹.

وعلى ذلك فإن عقد الايجار ينفرد بنقاط أساسية يقوم عليها تميزه عن غيره من عقود تفويض المرفق العام تتلخص في ثلاث نقاط أساسية تتمثل في:

1/ موضوع عقد الايجار هو استغلال مرفق عام ويتحمل المستأجر مسؤولية الاستغلال فقط ويقوم بتحصيل مقابل الخدمة كمكافأة له على إدارة واستغلال المرفق العام، وتلتزم السلطة المفوضة بتحقيق المنشآت والمباني اللازمة التي تمكن المستأجر من القيام بمهمته على أكمل وجه والمتمثلة في إدارة واستغلال المرفق، إذ أن السلطة المفوضة للمرفق تكلفت بعمل جميع الإنشاءات اللازمة لاستغلال المرفق المفوض².

2/ يقع على عاتق مستأجر المرفق العام دفع مقابل مالي للجهة المفوضة وبناء عليه يقوم المستأجر بتحصيل مقابل مالي من المنتفعين مقابل استغلال المرفق العام، ويتوجب عليه أن يعطي الإدارة جزء من العائدات التي حصلها من المنتفعين، وتعتبر نتيجة طبيعية طالما أن الإدارة هي التي تتطلع بمهمة تقديم المنشآت أو الأعمال محل الاستغلال.

وينتقاطع عقد ايجار المرفق العام مع عقد امتياز المرفق العام في بعض الجوانب ففي الحالتين ينعقد الاتفاق بين طرفي العقد، الإدارة وشخص آخر للقيام باستغلال مرفق عام على مسؤولية المتعاقد مع الإدارة وفي مقابل عائدات مالية ترتبط بنتائج الاستغلال تكون غالبا صورة جعلات، تعريفات يدفعها المنتفعين من خدمات المرفق العام، إلا أنه بالرغم من كل ذلك توجد اختلافات عديدة بين عقد امتياز المرفق العام وعقد ايجار المرفق العام نجملها في:

1/ التزام المستأجر بدفع مقابل مالي لاستغلال المرفق لما كانت مسؤولية المستأجر في عقود ايجار المرفق العام تقتصر على تحمل نفقات التشغيل، لذا عليه أن يؤدي للسلطة المفوضة جزء من البدلات التي يتلقاها من المنتفعين، بخلاف عقد الامتياز الذي يتحمل فيه الملتزم جميع الأعباء والنفقات اللازمة لاستغلال وسير المرفق العام، لذلك يكسب الحق في الحصول على جميع العائدات المرتبطة

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 81.

² أبو بكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 64.

باستغلال المرفق العام المفوض وبالنتيجة لا يمكن للملتزم بدفع مقابل مالي الى الجهة الإدارية المانحة لعقد التفويض.

2/ بالنسبة لمدة العقد تكون مدة عقد ايجار المرفق العام قصيرة نوعا ما مقارنة مع مدة عقد امتياز المرفق العام الطويلة بالنظر الى طبيعة الاستثمارات المالية المعتبرة التي ينفقها الملتزم لإدارة وتشغيل المرفق العام، وهو ما يفرض طول المدة بالضرورة، من أجل عملية استرجاع تكاليف هذه الاستثمارات ناهيك عن سعي الملتزم الى تحقيق مكاسب مالية تناسب حجم الاستثمارات المنفقة.

وبناء على ما سلف من أوجه تشابه واختلاف بين كل من عقد ايجار المرفق العام وعقد الامتياز يذهب بعض من الفقه الى الإقرار بأن هذا التباين بين العقدين المذكورين، ليس في الطبيعة ولكن اختلاف في الدرجة، فعقد الايجار هو صورة مخففة من عقد الامتياز، فهو يحد من دور المستأجر في مجال اقامة الانشاءات والأعمال اللازمة لاستغلال وسير المرفق العام، ولكن توجد بين 'عقد الامتياز وعقد الايجار تدرجات وصور عديدة للمزج بينهما تحدث من الناحية العملية¹، وهذا الاختلاف بين صورتين من صور تفويضات المرفق العام إنما يمثل عامل ثراء وتعزيز لاستخدام تقنية التفويض بحيث يناسب كل شكل من هذين الشكلين موضوع أو نوع معين من المرافق العامة التي يمكن تفويضها الى الغير، فقد يناسب عقد الامتياز المرافق العامة التي تتطلب مبالغ مالية كبيرة من أجل إعادة تأهيلها ثم إعادة استغلالها حيث تتخلص الخزينة العمومية من هذه الأعباء المالية الكبيرة اللازمة لإقامة هذه المشاريع وكذلك تعفى الجهة المانحة للتفويض من تحمل مخاطر الاستغلال، في حين يناسب عقد الايجار المرافق العامة المقامة والمعدة للاستغلال والاستفادة من القطاع الخاص في عملية الاستغلال.

¹ أبوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص.ص 114.

المطلب الثالث: عقد الوكالة المحفزة (المشاطرة والاستغلال)

عسرف المشرع الجزائري عقد الوكالة المحفزة، في الفقرة الثالثة من المادة 210 من المرسوم 247/15 بان " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق لعم وتحفظ بإدارته.

ويدفع اجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من الأعمال تضاف اليها نسبة من الأرباح، عند الاقتضاء، تحدد السلطة المفوضة بالإشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.

فعقد الوكالة المحفزة اعتبره المشرع الجزائري من بين صور عقود تفويض المرفق العام يكون موضوعه تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام موضوع التفويض، لحساب الشخص المعنوي العام الذي يقع عليه مسؤولية تمويل وإقامة المرفق العام في الوقت ذاته، وتوفير كل المنشآت الضرورية واللازمة لتشغيل المرفق العام محل التفويض، ويحتفظ الشخص العام المانح للتفويض بإدارة المرفق العام، ويشترك المفوض له مع الجهة مانحة التفويض في تحديد مبالغ التعريفات التي يدفعها مستخدمو المرفق العام لقاء الخدمات التي يتلقونها من المرفق العام المفوض، ويقتصر صاحب التفويض على تحصيل هذه المبالغ من المنتفعين ويحولها الى الشخص العام مانح التفويض¹، ويتلقى المفوض له مقابل مالي في شكل أجر يدفع له من السلطة مانحة التفويض و يتكون المقابل المالي في عقد الوكالة المحفزة من عنصرين:

عنصر ثابت: وهو مبلغ مالي تدفعه السلطة المانحة للتفويض للمفوض له لقاء إدارته للمرفق بغض النظر عن حالة العائدات المالية التي يحققها المرفق سواء كان في حالة ربح أو خسارة، فهو مبلغ مالي مضمون لا يتغير من سنة الى أخرى وهو مبلغ من المال محدد بنسبة مئوية من رقم الاعمال.

عنصر متغير: يرتبط بالنتائج الاستثمارية المحققة من جراء استغلال المرفق فهي عبارة على مكافأة إضافية ترتبط بنتائج استغلال المرفق وتقدر على أساس الربح الصافي للمشروع، أو على أساس الدخل الإجمالي²

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 458.

² الهام فاضل، حكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 08.

فيتحدد المقابل المالي في عقود مشاطرة الاستغلال الذي يتقاضاه المفوض له، خاصة في الجزء المتغير منه بنتائج سير استغلال المرفق العام، فيما يكون على الإدارة المفوضة تحمل المخاطر المالية للمشروع ، و بذلك تتفادى طريق مشاطرة الاستغلال عيوب كل من الاستغلال المباشر من جهة وعقود الامتياز وإيجار المرفق العام من جهة أخرى، فتعالج قصور الاستغلال المباشر خاصة في انعدام الدوافع الشخصية لصاحب التفويض، وذلك بمنح المفوض له بعض المزايا وتقرير المسؤولية المادية مما يحملهم على المبادرة والاجتهاد في تسيير المرفق، ويحصل هذا من جراء تقرير نسبة من الأرباح أو مبلغ مالي تضاف اليه نسبة من الأرباح إضافة الى القدر الثابت المضمون الذي يتقاضاه المفوض له مقابل إدارة المرفق، فالقدر المتفاوت وهو العائد الإضافي من جعالات و أرباح تقدر على أساس الربح الصافي للمشروع أعلى أساس الدخل الإجمالي للمشروع وتشكل حافزا للمستثمر في المرفق المفوض كما أن جعل الإدارة بيد جهة خاصة يحررها من الأساليب المالية التقليدية¹.

بالإضافة الى ذلك فإن مشاطرة الاستغلال تتفادى بعض سلبيات امتياز المرفق العام ولاسيما عند تحقيق الأرباح مع إرهاب جمهور المنتفعين بمبالغ مالية كبيرة والاستئثار بأرباح المشروع التي قد تكون معتبرة في بعض الحالات على حساب مصلحة السلطة المفوضة التي لا تتلقى في أسلوب الامتياز لأي عائدات مالية من الملتزم، بالإضافة الى إمكانية خطر توقف المرفق العام عند حدوث أزمة اقتصادية تمس بمصالح الملتزم، ناهيك عن إهمال الملتزم للمشروع عند قرب انتهاء مدة الامتياز فكل هذه العيوب في الإمكان تجنبها في عقد مشاطرة الاستغلال لأن المفوض له إنما يعمل بوصفه وكيلًا عن السلطة مانحة التفويض ونيابة عنها ولحسابها².

كما تختلف عقود مشاطرة الاستغلال عن التسيير المباشرة للمرفق العام في أن السلطة العامة لا تتولى بنفسها إدارة المرفق العام، وإنما يتولى المفوض هذه الإدارة ومع ذلك فإن القائم بالإدارة يتولى لحساب الشخص العام الذي يتحمل كل مخاطر المشروع، كما تختلف عقود مشاطرة الاستغلال عن امتياز المرفق العام من ناحية أن الملتزم يقدم رأس المال اللازم للمشروع والكافي للاستثمار فيه خلافا للقائم بالإدارة في مشاطرة الاستغلال، الذي لا يقدم شيئاً سوى إدارة المرفق وكذلك فإن المقابل المالي الذي يتقاضاه القائم بالإدارة من المنتفعين لا يتولى تحصيله لحسابه، وإنما لحساب الإدارة، وأخيراً فإن

¹ أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 115.

² أبوبكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 116.

المقابل المالي في عقد مشاطرة الاستغلال نظير لإدارة المرفق المستحق للقائم بالإدارة يتم تحديده وفق لحسن الاستغلال وليس وفق للأرباح.

هذا وقد اختلف الفقه في تحديد ما إذا كان عقد الوكالة المحفزة ينتمي الى طائفة عقود التفويض بسبب عدم تحمل المفوض له أي مخاطر متعلقة باستغلال المرفق العام المفوض، باعتبار أن السلطة المانحة للتفويض تتحمل جميع مخاطر الاستغلال في عقد مشاطرة الاستغلال فبالنظر الى طريقة تمويل المرفق المفوض فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في قضية smitom في قراره الصادر في 30 جوان 1999 حيث أكد القرار على ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال على الرغم من أن الجزء الذي يدفعه الشخص العام الى المفوض اليه يقدر بحوالي 70 بالمئة في حين أن الجزء المتغير والمرتبط بنتائج الاستغلال لا يتجاوز 30 بالمئة، وبالتالي عقد الوكالة المحفزة يصنف من عقود تفويض المرفق العام على بالرغم من أن الجزء الأكبر من المقابل المالي يدفعه الشخص العام الى المفوض إليه، في المقابل يرى جانب من الفقه أن عقد مشاطرة الاستغلال لا يشكل عقد تفويض مرفق عام إلا عندما تكون طريقة تمويل المرفق العام مرتبطة بنتائج استغلال المرفق العام المفوض، بحيث يجب أن يتحمل المفوض له مخاطر فعلية وحقيقية في استغلال المرفق العام المفوض، في حين أكد القضاء الإداري الفرنسي أن عقد مشاطرة الاستغلال الذي لا يتضمن ارتباط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال ولا يمكن اعتباره من عقود تفويض المرفق عام¹.

يفهم من قرار مجلس الدولة الفرنسي أنه لم يربط قيام تفويض المرفق العام بتحصيل نوع معين من الإيرادات المالية مثل الرسوم التي يدفعها المنتفعون، فلا يقتصر المقابل المالي على مورد مالي محدد إنما يمكن أن يأخذ المقابل المالي أشكال متعددة، لكن الشرط الجوهري هنا هو أن يكون المقابل المالي مرتبطاً بالنتائج المالية والاقتصادية للاستغلال بالمفهوم الواسع، كما يعني ارتباط المقابل المالي بالكامل بنتائج الاستغلال بمعنى أنه قد يشتمل المقابل على أكثر من مصدر بعضها مرتبط بنتائج الاستغلال والبعض الآخر يمكن أن يحصل عليه من الإدارة وهو ما ينطبق بالضبط على عقد الوكالة المحفزة².

وعليه يمكن القول أن عقد المشاطرة والاستغلال يتميز عن عقدي الامتياز والإيجار في أن المفوض له يتقاضى مقابلاً مالياً يختلف بشكل جوهري عن الملتزم والمستأجر، إذ أنه في الامتياز

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 459.

² إلهام فاضل، حكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 08.

والإيجار يتلقى المفوض له عائداته من الأرباح، بينما يرتبط المقابل المالي في عقد مشاطرة الاستغلال بنتائج الاستغلال المتمثلة في نتائج الخدمة التي تقدمها للجمهور، وترى الباحثة ميادة عبد القادر أن عقد مشاطرة الاستغلال يعد حسب نظرها أفضل صورة للتفويض التي تمكن من الحصول على أفضل جودة للخدمة تقدم للجمهور، هذه الخدمة التي لا بد أن تكون محل رقابة صارمة من قبل الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام، ويتحدد المقابل المالي بناء على جودة الخدمة بالإضافة إلى أن الإدارة تحتفظ في هذا العقد ببعض سلطاتها على المرفق العام تفوق تلك التي تمارسها في عقود الامتياز التي يحصل فيها الملتزم على المقابل المالي من الأرباح المحققة من المنتفعين دون النظر إلى نوعية و جودة الخدمة للجمهور أو حتى في عقود الإيجار، ويعتمد فيها المقابل المادي للعقد أيضا على أرباح المرفق ويقع عليه فقط عبء سداد الأجرة إلى الشخص العام¹، وتتحمل السلطة المفوضة مخاطر الاستغلال بينما يتحمل مدير المرفق جزءا منها، لارتباط أجره بنتيجة استغلال المرفق العام، وفي بعض الأحيان وكضمان للمفوض له، فإن هناك حد أدنى مضمون يحدد جزافيا في العقد²، وتجدر الإشارة إلى أن استقلالية المفوض له محدودة في عقد المشاركة إذا ما تم مقارنتها بالصلاحيات الواسعة التي تملكها السلطة المفوضة للمرفق العام.

وفي الأخير يمكن القول أن عقد الوكالة المحفزة بالرغم من كونه يمثل صورة من صورة تفويضات المرفق العام إلا أنه لا يمثل الشكل الأمثل للاستثمار في المرافق العامة كون المفوض له في هذا العقد لا يتحمل أية مخاطر متعلقة بإنشاء مرافق عامة من أجل استغلالها وتمويلها، في حين أن مثل هذا العقد قد يصلح لاستغلال وإدارة المرافق العامة الجاهزة والتي لا تتطلب أموال كبيرة لتشييدها، بل تحتاج إلى خبرة وكفاءة القطاع الخاص على وجه التحديد في التحكم في الإدارة والتكنولوجيا الحديثة لإدارة واستثمار المرافق العامة المفوضة، ويكون عقد الوكالة المحفزة في الغالب عقد قصير المدة وذلك بالنظر إلى محدودية الاستثمارات التي يكرسها المفوض له³، لكنه يناسب طبيعة بعض المرافق العامة التي لا تحتاج إلى استثمارات مالية كبيرة ولا تحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة تستغرق مدة زمنية طويلة لاسترجاعها بالقدر الذي تحتاج إلى خيرة ومؤهلات المفوض إليه في التحكم في تسيير المرفق العام موضوع التفويض خاصة من الجوانب الفنية.

¹ ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2016، ص 45.

² ضريفي نادية، المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سابق، ص 158.

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 459.

المطلب الرابع: عقد التسيير

وهو عقد تكلف الإدارة بموجبه المفوض إليه بتسيير المرفق العام المفوض يسمى عقد التسيير ويطلق عليه أيضا عقد الإدارة ظهر في بداية الأمر على يد الاجتهاد القضائي الفرنسي في اجتهاد لمحكمة حل الخلافات الفرنسية في 1989/06/06، حيث يعهد للمتعاقد مع الإدارة مهمة استغلال المرفق وتسييره من الناحية المالية والإدارية، ويقترّب فيه دور الشخص المكلف بالإدارة بمظهر الوكيل لأنه يعمل باسم ولحساب السلطة المانحة للتفويض، يتقاضى مقابل إدارته للمرفق أجرا محددا بصورة ثابتة وجزافية، بالإضافة الى إمكانية حصوله على تحفيزات في شكل علاوات تقدر بناء على نتائج إدارة واستغلال المرفق العام موضوع التفويض وكذا إنتاجية المرفق العام¹، فهو عقد يتم إبرامه بين أحد أشخاص القانون العام مع شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وذلك بغرض تأمين عملية سير المرفق العام لحساب الجماعة العامة ويتم ذلك بمقابل مالي جزافي، مع عدم تحمل أي أعباء تتعلق بإقامة المرفق العام المفوض أو توفير المنشآت اللازمة لتسييره، بالإضافة الى أنه لا يتحمل أي مخاطر مرتبطة بتسيير المرفق العام².

وقد عرفه القانون الجزائري من خلال المادة 210 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي بأن تعهد السلطة المفوضة للمفوض له مهمة تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته، وبالتالي هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للقائم بإدارة المرفق بتسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته معا وتحفظ الإدارة المفوضة بتحديد السياسة التي يسير عليها المرفق بالإضافة الى تحملها مسألة التمويل وتوفير كل ما هو ضروري لاستغلال المرفق العام موضوع عقد التسيير.

ومن خلال تعريف عقد التسيير يستشف أنه في هذا النوع من العقود لا يتحمل المتعاقد مع الإدارة أي مخاطر متعلقة بتسيير المرفق العام، الأمر الذي دفع جانب من الفقه الى إخراج هذا العقد من نطاق عقود تفويضات المرفق العام، بالنظر للمقابل المالي الجزافي المضمون للقائم بالتسيير حيث يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة دون تحمل أي مخاطر تتعلق بإمكانية تكبد المرفق لأي خسائر ناتجة

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 24.

² ضريفي نادية، المرفق العام والتحويلات الجديدة، مرجع سابق، ص 159.

عن عملية إدارة المرفق المدار بعقد التسيير¹، لذلك تقترب وظيفة مدير المرفق من وظيفة المسؤول عن الإدارة في مشاطرة الاستغلال في كونه يسير المرفق لحساب الشخص العام وأنه على صورة وكيل²

وبذلك فإن عقد الإدارة يطرح بعض الإشكال في تحديد الطبيعة القانونية له فيما يتعلق بمسألة تصنيفه ضمن عقود التفويض، فموقف مجلس الدولة الفرنسي غير ثابت فقد ذهب في بعض أحكامه الى أن عقد الإدارة يعد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام، وفيما ذهبت في اجتهادات أخرى الى ضم عقد الإدارة الى طائفة عقود تفويض مرفق عام³.

بالرغم من أن المشرع الفرنسي نادرا ما يصف عقد بأنه من عقود تفويض المرفق العام أو على العكس يستبعدا من دائرة هذه العقود لذا فقد لعب الاجتهاد القضائي الفرنسي دورا كبيرا في تحديد ما إذا كانت هذه العقود عقود تفويض أم لا، لأن المشرع نص على معايير ثابتة في حين تبقى مهمة التكيف للسلطة المفوضة وللقضاء الإداري، في حين أن المشرع الجزائري حدد العقود التي كيفت في الاجتهاد القضائي الفرنسي على أنها عقود تفويض المرفق العام، وهي على التوالي عقد الامتياز وعقد الايجار وعقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير ونشير الى أن هذه العقود ليست على سبيل الحصر فالتفويض يمكن أن يأخذ أشكالا أخرى غير العقود التي تم النص عليها إذ يمكن أن يوجد عقود إدارية غير مسماة تتضمن أسس عقود تفويض مرفق عام فتصنف على هذا الأساس كعقود تفويض وهذا ما يستخلص من الفقرة الثانية من المادة 210 والتي نصت على انه " يمكن ان يأخذ تفويض المرفق العام اشكالا أخرى غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم ".

لكنه وبالرغم من كل ذلك يعد عقد التسيير تقليديا من ضمن عقود تفويض المرفق العام لأن أجر المفوض له الذي يتم دفعه من السلطة المفوضة يكون عبارة عن منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال وتضاف إليها منحة إنتاجية في حالة تحقيق مكاسب مالية من جراء عملية الاستثمار في إدارة المرفق المفوض، وهذا يعطي انطباع على ارتباط منحة الإنتاجية بنتائج استغلال المرفق وهو ما يمكن أن يعزز مسألة تصنيف عقد التسيير ضمن عقود التفويض، لأن ارتباط المنحة المقدمة بإنتاجية

¹ خلدون عائشة، أشكال تفويض المرفق العام في الجزائر والمقارنة بينها، مجلة دراسات وابحاث الجلفة، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 12، عدد3، جولية 2020، ص 878.

² محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 46.

³ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 460.

المرفق يمكن أن يشكل حافزا للقائم بإدارة المرفق العام المفوض من أجل السعي لرفع كفاءة التسيير لزيادة نسبة هذه المنحة.

وعلى كل فإن هدف السلطة المفوضة من خلال تبني عقود التسيير هو السعي لرفع كفاءة تشغيل المرفق وصيانتها بالاعتماد على الإمكانيات المادية والمؤهلات الكبيرة والمتخصصة التي يوفرها القطاع الخاص على وجه التحديد، فعقود الإدارة تلجأ إليها السلطة المفوضة في حالات معينة يصعب فيها الاعتماد على عقود امتياز المرفق العام وعقود الإيجار، ويرجع ذلك الى انخفاض أسعار تقديم الخدمة المقدمة للمنتفعين والتي لا يمكن زيادتها لأسباب مختلفة اجتماعية وسياسية أو لتدهور حالة المرفق على نحو يتعذر معه الالتجاء الى أسلوب الامتياز أو الإيجار¹.

فيمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم "وهذا تماشيا مع التوجه الفرنسي المتمثل في رأي استشاري صادر عن مجلس الدولة الذي أكد على أنه يعد مهمة مرفق عام بموجب عقود مسماة وأخرى غير مسماة لا تشكل صفقات عامة ولأخضع للنظام القانوني للصفقات العامة"²، وهنا تجدر الإشارة الى أنه يمكن أن يتخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المذكورة في المرسوم الرئاسي 247/15 وهو ما نصت عليه المادة 210 منه في فقرتها الأخيرة، فأى عقد يتضمن المرتكزات التي يقوم عليها عقد التفويض يعتبر من قبيل عقود تفويض المرفق العام.

المطلب الخامس: عقد البوت كشكل من أشكال التفويض

وبالتالي يمكن القول بأن عقود تفويض المرفق العام غير قابلة للحصر نظرا لتعلقها بالمرافق العامة الكثيرة والمتنوعة والتي تتطور وظائفها بشكل متسارع، فلا يمكن حصرها بمجموعة محددة من العقود المسماة، وإنما يمكن وضع معايير ومرتكزات قانونية يمكن للسلطة المفوضة الاستناد اليها من أجل تقرير ما إذا كان العقد ينتمي الى عقود التفويض من عدمه، في الوقت ذاته يجب تحديد بدقة العناصر التي يقوم عليها كل عقد من عقود تفويض المرفق العام على حدي وتفرقتها عن العقود الإدارية الأخرى.

فالمشرع الجزائري مقارنة مع المشرع الفرنسي وضع نفسه في تحد ربما لم يتجرأ عليه المشرع الفرنسي فحصر عقود معينة بالتعريف على أنها عقود تفويض المرفق العام ليقفل باب الاجتهاد

¹ أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 118.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 121.

القضائي للتكييف، وهو بذلك يضيق ما هو واسع ويحصر ما هو غير قابل للحصر لأن هناك العديد من العقود تتشابه مع الأشكال المتعددة والمختلفة لعقود تفويض المرفق العام ولو أخذنا على سبيل المثال عقد الامتياز لوجدناه يتفرع الى العديد من الأوجه لأننا سوف نكون أمام إشكالية أي من عقود الامتياز يمكن أن يدخل في نطاق عقود تفويض المرفق العام¹.

فمع تنامي العجز المالي في العديد من الدول في مجالات الحياة المختلفة أفرز هذا الوضع ضرورة الاستعانة بأساليب حديثة لجلب استثمارات القطاع الخاص على وجه التحديد في مشاريع البنية الأساسية، خاصة في ظل تبني سياسة التحرر الاقتصادي التي عرفها العالم في العشرية الأخيرة من القرن العشرين، فكانت بمثابة أرضية خصبة لدعم هذا التوجه ، لتظهر بذلك عقود البوت كأحد وسائل عملية الخصخصة التلقائية، وإن كانت هذه العملية مؤقتة الا أنها تحافظ على الأملاك العامة للدولة و تضمن تطويرها وتحديثها لتستطيع مواكبة التطورات الحاصلة في العالم، فقد حرص العديد من الفقهاء الذين اهتموا بعقود البوت على ضرورة اظهار دور الدولة أو الحكومة كمتعاقد أساسي مع مختلف الشركاء والمتعاملين الاقتصاديين، ويعتبر نظام البوت أحد أساليب التنمية التي تسمح بمشاركة القطاع الخاص في المرافق العمومية التي تضمن للدولة السيطرة على مقدراتها بشكل أفضل من عملية الخصخصة الكاملة كون ملكية المشروع لا تنتقل بشكل نهائي للمستثمر من القطاع الخاص بل تظل ملكية عامة طوال فترة التعاقد².

فتبني هذه العقود للنهوض بالاقتصاد وخاصة في ظل ما يسمى بخصوصية التسيير التي تضمن النهوض بالمرافق العامة مع دون التفريط في ملكيتها ودون أن يؤدي ذلك الى الانتقاص من السيادة الوطنية للدول فقد عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية عقد البوت بأنه " اتفاق تعاقدى تتولى بموجبه هيئة خاصة انشاء إحدى المرافق العامة الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة وتتولى الهيئة الخاصة إدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة³، ويعرفه beltinger على أنه " اتفاق يتولى بموجبه المتعاقد مع الإدارة تشغيل المشروع وإعادة المنشأة الى الدولة عند انتهاء مدة العقد التي لا تتجاوز عادة الثلاثين عاما ويتضمن العقد البنية التحتية من قبل شركة خاصة لإقامة المشروع ونقوم بتشغيله طوال مدة العقد وتحصل على إيرادات

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 122

² علاء العناني، العقود الإدارية الحديثة ذات الطابع الدولي والتحكيم فيها، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ط1، 2019، ص154.

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 295.

التشغيل مقابل الخدمات التي تقدمها ويقتضي أن تكون الإيرادات كافية لتغطية نفقات التشغيل والديون المترتبة نتيجة إقامة المشروع¹.

تعريف منظمة اليونيدو لعقد الامتياز بنظام البوت هو اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عمليات التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق وأية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخصية خاصة جديدة يتم إختيارها عن طريق الممارسة العامة².

وعرفه جانب آخر من الفقه على أنه تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية كانت أو أجنبية وسواء كانت شركة من شركات القطاع الخاص أو القطاع العام وتسمى شركة المشروع وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية³، ويعد البوت من أبرز العقود التي تترجم استثمارات كبيرة في المرافق العامة، وهي اختصار للكلمات الإنجليزية (بناء، تشغيل، تحويل) وبموجب هذا العقد يكلف القطاع الخاص بتمويل مشاريع البنية الأساسية وخاصة المرافق العامة الحيوية في الدولة كالكهرباء والطرق السريعة وغيرها من خلال تصميمها وبنائها ومن ثم إدارتها على أن تنتقل ملكيتها إلى الدولة بعد نهاية المدة القانونية المتفق عليها في العقد، فهذا النوع من التفويض يتماشى مع المرافق الوطنية الكبرى أكثر من المرافق ذات الطابع المحلي⁴، لأن طبيعة الاستثمارات فيها تكون مكلفة وترهق ميزانيات الدول خاصة النامية التي تفتقد إلى الإمكانيات المالية والفنية اللازمة لإقامة وتشغيل المرافق العامة الكبرى.

إلا أنه يثور الإشكال في مسألة اعتبار عقود البوت من قبيل عقود تفويض المرفق العام المتعارف عليها أو أنها مماثلة لها أو بينهما اختلاف طفيف، ذلك أن هذه العقود هي عبارة عن صورة جديدة

¹ مروان محي الدين القطب، نفس المرجع، ص 295.

² علاء عناني، مرجع سابق، ص 156.

³ علاء عناني، المرجع نفسه، ص 157.

⁴ ميادة عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 190.

من عقود الالتزام، فعقود البوت هي عقود تمويل من الدرجة الأولى ، فالمفوض له لديه أموال معتبرة يسعى الى استثمارها، والدولة بحاجة الى إقامة وتشغيل مرافق حيوية كبيرة تهدف الى انشاءها وتلقي مشاكل في تمويلها مما يجعلها عاجزة أو مرهقة في تنفيذ هذه المرافق بمفردها، لذلك فهي تعهد بها الى مستثمرين خواص لديهم الإمكانيات المؤهلة للقيام بذلك، وفي المقابل تحصل إيرادات من المنتفعين على شكل مبالغ مالية النقدية طيلة مدة العقد¹.

فإذا لا يعتبر العقد من عقود تفويض المرفق العام إلا إذا كان المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة يرتبط جوهريا بنتائج الاستغلال وهذا ما يميز عقد التفويض عن العقود الإدارية الأخرى التي غالبا ما يكون فيها المقابل المالي للمتعاقد يكون في صورة ثمن، ويتم تحديد هذا الثمن بناء على التكاليف التي يتحملها المتعاقد بالإضافة الى تمكينه من هامش ربح معقول، فهذا المقابل المالي لا يختلف بناء على اختلاف العائد الاقتصادي للمرفق الذي يقدم المشروع، على عكس عقود تفويض المرفق العام التي لا بد للمقابل المالي فيها أن يكون له ارتباط بنتائج استغلال المرفق، فاذا كان المقابل المالي يأخذ في الحسبان التكاليف اللازمة لاستغلال وتشغيل المرفق بالإضافة الى تحقيق هامش من الربح، فإنه يتضمن بالإضافة الى ذلك ضرورة تحمل قدرا من المخاطر التي ترتبط بالحصول الاقتصادية للمرفق العام، ويرى الدكتور محمد علي ماهر أن ربط تكيف عقد تفويض المرفق العام بمدى تعلقه بنتائج استغلال المرفق هو نفس تكيف عقود البوت لأن الأخير مؤسس على استغلال المرفق فترة زمنية محددة وقد تقع مخاطر أثناء هذه الفترة تؤثر على الناتج الاقتصادي للمرفق².

وفي ذلك يذهب جانب آخر من الفقه الى أن إقامة مشروع امتياز البوت ينطوي على كثير من الأطراف الفاعلة والمشاركة من الترتيبات التعاقدية والمالية والتخطيط والتصاميم اللازمة لإنجاح المشروع موضوع عقد البوت، فضلا عن ضرورة وجود إطار تنظيمي لمشاركة القطاع الخاص باعتباره الاطار الذي يضمن الحماية الكافية لأصحاب رؤوس الأموال وتشجعهم على الاستثمار، لذلك يعتبر تمويل المشروع هو حجر الزاوية والعنصر الأهم في استراتيجية عقود البوت، هذا يعني أن المستثمرين والمقرضين يركزون أساسا على أصول المشروع وما يدره من عائد للسداد أثناء اقدمهم على ابرام مثل هذه العقود أكثر من تركيزهم على مصادر الضمانات الأخرى مثل الضمانات الحكومية أو أصول الجهة المشاركة للمشروع ماهر، وانطلاقا من ذلك يرى الدكتور محمد علي ماهر أن عقود البوت يمكن ضمها الى عقود تفويض المرفق العام، وذلك لارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 208.

² محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام، مرجع سابق، ص 69.

حيث أن الملتزم صاحب الامتياز له حق تحصيل الرسوم من المنتفعين نتيجة تلقيهم خدمات من جراء تشغيل المرفق، ويكون الضمان الأكثر أهمية في ذلك أصول المشروع وأرباحه من المشاريع الأخرى المرتبطة به¹.

وبالرغم من كل ذلك تظل مسألة تحديد موقع عقد ال BOT من تقنية تفويض المرفق العام من المسائل الشائكة التي تحتل العديد من الآراء المتباينة والتي تختلف من دولة الى أخرى وذلك حسب نظرة الدولة الى القطاع العام من جهة وللطرق المعتمدة في تحقيقه من جهة أخرى، فبالنسبة للاجتهاد القضائي الفرنسي لم يستقر على رأي حاسم للجدال فيما يخص الوصف القانوني لنظام عقود البوت وما إذا كان يدخل في تقنية التفويض من عدمه، أما الفقه فقد رأى أن عقد البوت يدخل في أسلوب الامتياز لكن دون تحديد أي نوع منها، وفي هذا الخصوص يقول الأستاذ bettinger أن البوت هو من الامتيازات التي تتطلب عمليات التصميم في الاستثمارات الجديدة ويقول الأستاذ وليد حيدر جابر أن نظام البوت لا يمكن تكييفه إلا في اطار صورتين² :

1/ امتياز الاشغال العامة وهي الصورة الكلاسيكية له قبل التطرق الى مدى ارتباط الاشغال المنفذة بوجود مرفق عام.

2/ امتياز الشغل والمرفق العام وهي الصورة التي تستخلص لاحقا من التثبيت من أن تنفيذ الاشغال العامة جاء في إطار إدارة واستثمار المرفق العام وهنا في هذه الحالة يدخل نظام البوت في تقنية التفويض

ومما سبق يمكن القول بأنه الحديث عن عقود تفويض المرفق العام باعتبارها أسلوب حديث وغير مباشر لتسيير المرافق العامة يفرض توافر العديد من المقومات والركائز الأساسية لتجسيد آلية التفويض من الناحية العملية وتطبيقها على المرافق العامة موضوع التفويض تبعا لطبيعة كل مرفق عام والخصائص المتعلقة به وكذا تبعا للأهداف التي تسطرها الجهات المانحة من جراء انتهاز أسلوب التفويض، فمن المرافق العامة التي تحتاج الى صور التفويض التي تتلاءم مع تجسيد استثمارات كبيرة وتحتاج الى استقطاب رؤوس أموال معتبرة من أجل إقامة بعض المرافق وتهيئتها لإعادة بعث نشاطها وتقديم خدمات ذات جودة للمنتفعين ومن المرافق العامة التي تكون مؤهلة ومجهزة ولا تحتاج إلا الى الخبرة والكفاءة المناسبة للتسيير.

¹ محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام، مرجع سابق، ص 70.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 496.

ويبقى على الجهات العامة المانحة عند اللجوء الى الطريق غيرالمباشر للتسيير عبرالاستعانة بعقود التفويض أن تقوم بالدراسة المناسبة التي تبرر اللجوء الى الأسلوب المفوض لتسيير واستغلال المرافق العامة التي ترغب في تفويضها من جهة، وكذا دراسة احتياجات المرفق العام بدقة وتسطير الأهداف التي تنشدها من خلال عملية التفويض بحيث تتمكن من إختيار الصورة الأمثل من عقود التفويض التي تمكن من تحقيق هذه الأهداف من جهة ثانية، وذلك من خلال الاعتماد على الخبراء والمختصين الذين لهم دراية كافية بإدارة واستغلال المرافق العامة، ولعل الإختيار الأمثل للمرافق العامة التي يمكن أن تكون موضوعا للتفويض حسب طبيعة وخصائص وأهمية كل مرفق، بالإضافة الى اختيار الشكل الملائم للتفويض تشكل عوامل أساسية وضرورية لإنجاح عملية التسيير المفوض قبل عملية إبرام عقد التفويض، ويعد تحقيق هذه العوامل من الالتزامات الأساسية التي تقع عاتق السلطة المفوضة والتي تدخل في السلطة التقديرية للجهة المانحة بوصفها سلطة عامة مسؤولة عن المرفق العام بصفة أصلية.

إلا أن الطبيعة الخاصة للمرافق العامة تحتم على السلطة المفوضة وضع كل الآليات الكفيلة التي تضمن نجاح تقنية التفويض، بالرغم من تخليها عن عملية الإدارة والاستغلال لصالح أشخاص أخرى ومن بين هذه الآليات وضع منظومة رقابية منضبطة ومتكاملة لمرافقة عملية تحقيق المرافق العامة موضوع التفويض، وذلك بدءا بدراسة مدى جدوى المشروع وملائمة أسلوب التفويض لإدارة المرفق العام ، مروراً برقابة الإجراءات ومراحل الإبرام التي يمر عبرها العقد وصولاً الى عملية تنفيذ المرفق المفوض على أحسن وجه، ووفق المبادئ العامة التي تحكم سير المرفق، وهذا بغية ضمان بلوغ الأهداف المسطرة للمرفق العام، بالإضافة الى التأكد من عدم انحراف المفوض له وتحيزه لمصالحه الخاصة على حساب مقتضيات الصالح العام.

وسنبين في الفصل الموالي من هذه الدراسة دور تفعيل الآليات الرقابية المختلفة والمتعددة في إعطاء نوع من الفعالية والنجاعة لعقود التفويض، من خلال فرض إجراءات معينة على السلطة المفوضة يتحتم عليها اتباعها سواء في مراحل إبرام عقد التفويض بهدف الوصول لأفضل العروض المقدمة خاصة من ناحية المزايا الاقتصادية، أو في مرحلة تنفيذ العقد من خلال المراقبة الميدانية لمدى التزام المفوض له باحترام البنود التعاقدية والتنظيمية المكرسة في دفتر الشروط الخاص بالمرفق العام المفوض.

الفصل الثاني: دور الرقابة في نجاعة وفعالية عقود التفويض

إن لجوء الجهة الإدارية المبرمة لعقد الشراكة مع القطاع الخاص لا يبرر تخليها عن التزاماتها الأساسية في الإشراف والرقابة على سير المرافق العامة، ولذلك وجب عليها ضمان حصول المنتفعين على الخدمة العمومية المطلوبة على أحسن وجه، لأنه لا يمكن الاعتماد فقط على المتعاقد الشريك في الوفاء بالتزاماته من تلقاء نفسه، ذلك أنه مهما يكن للشريك الخاص من تقان ونزاهة إلا أن الهدف الأساسي له من التعاقد هو تحقيق أكبر قدر من الأرباح، وفي المقابل فإن ارتباط المشروع بنشاط حيوي وببنية تحتية حساسة تهم جميع أفراد المجتمع، فإنه يبقى من واجب السلطة العامة المانحة للمشروع، أن بسط رقابتها وتوجيهها لشريكها وذلك قصد توجيهه إلى الحصول على الخدمة المطلوبة أو السلعة المطلوبة وفق المعايير المحددة، والموضوعة سلفاً في دفتر الشروط من قبل الإدارة تحقيقاً للنفع العام لهذا فإن سلطة الإدارة في الرقابة من السلطات الأصلية التي تتمتع بها الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها، فلا يمكن لها أن تتخلى عنها لأي سبب كان وذلك حماية لمصلحة المجتمع¹.

بذلك تتمتع الجهة المانحة للمشروع بصلاحيات الإشراف والرقابة على تنفيذ المشرع ومتابعة المتعاقد تبدأ منذ بداية التحضير للمشروع أو حتى من مراحل سابقة، بداية من التصميم والتخطيط وتجهيز المنتجات والخدمات اللازمة لاستغلال المشروع موضوع عقد المشاركة، وضرورة التأكد من تحقيق مستويات الجودة المطلوبة قانوناً، ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ بناء على مقتضيات دفتر الشروط الخاص بالمشروع موضوع العقد، وبمراعاة معايير وقواعد الرقابة المقررة قانوناً، وبذلك فإن حق الإشراف والرقابة والتوجيه لا يقتصر على الجهة الإدارية المتعاقدة فقط بل يمتد لجميع السلطات الإدارية التي يقع المشروع في نطاق عملها²، وإلى جميع الجهات التي لها وصاية على الجهة الإدارية المتعاقدة وإلى كل الهيئات التي لها علاقة بالمشروع محل العقد.

غير أن ما يميز عقود التفويض هو خضوعها لمنظومة رقابية قانونية متخصصة ومتكاملة تبدأ من التفكير في المشروعات التي يمكن أن تكون موضوعاً لعقود التفويض إلى تحديد الشكل الأكثر ملائمة للعقد والموافقة عليها من السلطات المختصة، ثم تحديد الأهداف المرجوة منها و تنظيم متابعة

¹ سالي محمد جمعة سليم، سلطات الإدارة في عقد الشراكة مع القطاع الخاص، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2023، ص 73.

² حسن عبد الله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة (دراسة تحليلية نقدية تطبيقية مقارنة) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2016، ص 306.

آلية التعاقد التي تمر بمراحل متعددة وصولاً إلى إبرام العقد، بما يحقق الموازنة بين مصالح السلطة المفوضة في حفظ أملاكها وحسن إدارتها لمرافقها وتحقيق أهدافها التنموية، وبين مصالح الأفراد المستثمرين في المرفق العام، وصولاً إلى تقديم مستوى لائق من الخدمة العمومية حسب الأسس والمعايير المتعارف عليها في مجال الخدمات المتعاقد عليها.

فتتميز هذه المنظومة الرقابية بالنظر لخصوصية عقود تفويض المرفق العام بأنها رقابة واسعة جداً بالمقارنة مع بقية العقود الأخرى ويرجع ذلك إلى أن السلطة المفوضة تبقى مسؤولة عن المرفق العام بالرغم من تفويض إدارته إلى الغير، فتتعدد صور الرقابة التي تمارسها الممارسة على عقود التفويض بشكل واسع فقد تكون إدارية أو مالية أو فنية أو رقابة مشروعية، ومن الملاحظ أن المشرع يتدخل باستمرار لتنظيم هذه الرقابة على هذه العقود بشكل خاص، فأساس الرقابة على المفوض إليه هو أن الإدارة لا تزال مسؤولة عن تنظيم المرفق العام، وبذلك يمكن القول أن سلطة الرقابة موجودة في الأصل خارج النصوص التعاقدية وأن وجودها في هذه النصوص لا يعدو أن يكون سوى كاشفاً لها ويترتب على ذلك أن سلطات الرقابة ليست بالضرورة مقصورة على ما تم الاتفاق عليه في العقد فيمكن للجهة الإدارية ونظراً لاعتبارات الصالح العام أن توسع من هذه الرقابة¹، بالقدر الذي يسمح بتحقيق جميع الأهداف المسطرة للمرفق العام المفوض.

المبحث الأول: مفهوم وصور الرقابة على عقود التفويض

إن الرقابة التي تمارس من طرف الجهة الإدارية المانحة على الشريك الخاص وهو بصدد تنفيذ المشروع محل الشراكة تكون على أساس طبيعة النشاط الذي يتناوله موضوع عقد المشاركة وغالباً ما يكون موضوع عقد الشراكة هو إنشاء واستغلال مرفق عام يتعلق بمشاريع حيوية كالبنية التحتية فلا يمكن أن يعطى المتعاقد مع الإدارة الحرية المطلقة في تنفيذ المشروع كيفما يشاء، لأن ذلك فيه من الخطورة على الصالح العام، فلا بد من إخضاع الشريك للرقابة وللإشراف والتوجيه من قبل السلطة العامة المانحة للمشروع للتأكد من حسن سير المشروع وفق ما تم رسمه من أهداف لذا فالرقابة تشمل نواحي عدة منها نواحي إدارية وفنية ومالية².

ولما كان التفويض بالأساس يستهدف عملية إدارة واستغلال المرفق العام ولأن هذا الأسلوب يفضي إلى إدارة المرفق من طرف شخص متميز عن الجهة المانحة المسؤولية بشكل أصيل عن

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 182.

² سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 81.

المرفق العام محل التفويض، فإن الأخير يظل تابعا للسلطة العامة التي لا يمكن أن تتوقف عن ممارسة صلاحياتها في مواجهته¹ فالرقابة مسألة بالغة الأهمية بالنسبة لعقود التفويض فهي تضمن نجاح تقنية التفويض وترعاها وترعى المصلحة العامة، فوجود رقابة فعالة وموضوعية ينعكس بالضرورة على سير المرفق العام بصورة فعالة، ووفق النظام القانوني المرسوم له، فالرقابة تضمن الانتظام للمرفق العام والاستمرارية في التمويل بالإضافة الى كل ذلك تضمن حماية المصلحة العامة التي تعتبر المحور الاساس في وجود المرافق العامة، ومن هنا تنبعث أهمية الرقابة كأحد المقومات والمؤشرات التي توحى بنجاح أسلوب التفويض².

وبذلك فإن لمفهوم الرقابة معنيين المعنى الأول الضيق وفيه تبدو الجهة الإدارية كطرف عادي في علاقته التعاقدية، فيكون لها بذلك الحق في مراقبة تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته المنصوص عليها في العقد وكراسة الشروط، وهي هنا تعني مفهوم الرقابة بالمعنى الضيق فهي لا تملك صلاحيات سلطة التوجيه في تنفيذ العقد، وذلك خلافا للعقود الأخرى ومرد ذلك الى أن المفوض إليه هو المسؤول عن الاستغلال والإدارة واختيار الوسائل الكفيلة بسير المرفق العام، وتكتسي سلطة الرقابة أهمية كبيرة في عقود التفويض خاصة في ظل وجود علاقة أخرى تربط المفوض إليه بمستخدمي المرفق العام وقد يكون هذا السبب الذي يجعل سلطة الرقابة لا تكون مجرد حق للسلطة مانحة التفويض فحسب وإنما هي كذاك التزام يقع على عاتقها³.

أما المعنى الثاني فهو أوسع تظهر السلطة المفوضة بمظهر السلطة المميزة في اطار علاقات القانون العام ، فتقوم بصلاحيات عديدة منها إصدار أوامر توجيهية ملزمة تدفع المتعاقد الى تنفيذ التزاماته على طريقة معينة بالذات والمعروف في الفقه والقضاء أن سلطة الرقابة والتوجيه في عقود التفويض هي سلطة لائحة تنظيمية، فهي رقابة مفترضة بذاتها دون الحاجة الى النص عليها في العقد أو كراسة الشروط، بل أنها موجودة حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد، أو النص على استبعادها من التطبيق على عقد التفويض، فهذه السلطة لا تستمد وجودها من العقد أو دفتر الشروط فهو في هذه الحالة يكشف عن وجودها فقط ولا ينشئها، ويشترط لممارسة سلطة الرقابة من الجهة المانحة لعقد التفويض أن تتم وفق مبدأ المشروعية لحسن سير المرفق على وفق الإجراءات والقواعد القانونية المقررة لها، والا تكون معرضة للطعن فيها بالإلغاء ويجب أن تتم الرقابة في معنى الإشراف أي التأكد

¹ Pierre DELVOLLE, les contradictions de la délégation de service public, AJDA, 1996 , p.678.

² ضريفي نادية، تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 294.

³ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 182.

من عملية السير المنتظم والمضطرب للمرفق المفوض وأن عملية استغلال تسير وفق الهدف المرسوم للمرفق، من دون أن تمتد الى التدخل في إدارة المرفق العام موضوع التفويض، فالرقابة يجب أن تقف عند حد الإشراف على الاستغلال دون أن تتضمن توجيهها أو تدخلا في إدارة المرفق العام لأن ذلك يؤثر سلبا على حرية المفوض إليه في مباشرة نشاطه على الشكل الذي يختاره¹، بالإضافة الى أن طريقة الإدارة والتسيير تبقى من صميم الاختصاصات الأصلية التي يجب أن يتمتع بها المفوض إليه من أجل تحقيق أهدافه الخاصة.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة

إنه بغض النظر عن المفاهيم السائدة للرقابة على عقود التفويض، فسواء كان المقصود منها المفهوم الضيق الذي يقتصر على التأكد من قيام صاحب التفويض بالالتزامات المقررة على عاتقه سواء العقدية منها أو التنظيمية اللائحية المنصوص عليها في دفاتر الشروط، وبالتالي اقتصارها على سلطة الإشراف فقط، أو كان المقصود منها ممارسة الرقابة بمفهومها الواسع حيث يمكن للسلطة المفوضة تغيير بعض الأوضاع المتعلقة بعقد التفويض حيث تصبح أذاك الرقابة بمثابة توجيه ولا تقتصر على الإشراف فقط، ففي كل الأحوال لا يجوز للجهة مانحة التفويض التنازل عن حق وواجب الرقابة كليا أو جزئيا، لأن موضوع الالتزام مرفق عام حيوي يتعلق بحاجات ضرورية و أساسية للمنفعين لا يمكن الاستغناء عليها.

ففرض رقابة بكل مفاهيمها من قبل السلطة المفوضة على عقد المرفق العام يعد ضمانا مهما لأداء الخدمة العمومية من طرف صاحب الالتزام على أكمل وجه، فالرقابة ليست هدفا بحد ذاتها بقدر ماهي وسيلة لتحقيق غاية، والتي تتمثل في تأمين مستوى لائق للخدمة العمومية، وذلك بالتأكد من أن الطرق المتبعة في تحقيق المرفق العام سوف تؤدي بالضرورة الى الوصول الى الأهداف المسطرة لذا فإنه لا ينبغي للرقابة الممارسة على عقد التفويض أن تقتصر على اكتشاف الانحرافات والاختلالات بين الأداء والمعايير الموضوعية، وإنما لابد أن تبين أيضا وسائل وسبل جبر الانحرافات والأخطاء لإعادة الأمور الى وضعها الطبيعي².

بالإضافة الى أن كون الرقابة هي حجر الأساس في عقود تفويض المرفق العام بالنظر للأهداف المتوخاة من وراءها ضمن هذا الاطار، فسواء كانت الرقابة تقتصر على الجهة العامة المفوضة

¹ أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 107.

² حمادة عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص 450.

للمرفق أو جهات وهيئات أخرى مثل الجهة القضائية أو التشريعية، فالرقابة المعنية هي رقابة الكل بمفهومها الواسع¹، وهي تحصيل حاص لمسألة اتصال عقد التفويض بالمرفق العام و تعتبر من أهم آثاره وهي عبارة عن نشاط انسيابي يتجه نحو عملية تنفيذ العقد الإداري على أكمل وجه، وتركز المنظومة الرقابية على توقع حدوث أخطاء في المستقبل ومحاولة إيجاد المخرج لتجنبها والتغلب عليها عن طريق قياس النتائج المحققة ومقارنتها بالمعايير الموضوعية الموجودة².

وبذلك يتضح أن رقابة الجهة الإدارية لعملية تنفيذ العقد الإداري تعمل على تصحيح مسار العقد عن طريق معالجة النقائص أو الإهمال، حتى يمكن وضع خطط لعلاجها وتقادي الأسباب التي أدت الى وقوعها في المستقبل، لأن الإدارة لا تستمد سلطتها في الرقابة من النصوص المنخرطة في العقد فحسب وإنما من فكرة أوسع وهي فكرة المرفق العام المفوض، فإذا كانت الإدارة غير قادرة على أن توفر بنفسها المواد والحاجيات التي يقتضيها سير المرفق العام وعهدت بهذه الأمور الى الأفراد فإن ذلك لا ينفي مسؤوليتها عن إدارة المرفق العام بانتظام واضطراد، مما يتطلب منها رقابة النشاط الخاص القائم على تنفيذ العقد وتلك مسألة متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على استبعاد تلك الرقابة أو التقييد في القيام بمتطلباتها، فهي عملية لصيقة بعقد التفويض ترافقه من منذ مراحل الابرار وصولاً إلى عملية تنفيذ العقد وهي آلية تعتمد السلطة المانحة للتفويض في سبيل ضمان تحقيق المرافق العامة المفوضة على أفضل شكل ممكن على يد المفوض إليه الذي يكون في الغالب من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي تتضاعف الحاجة الى أعمال تنظيم العملية الرقابية بشكل الذي يحقق أهداف أطراف التفويض وعلى وجه الخصوص الأهداف المتعلقة بالمصلحة العامة التي تعد من أبرز التزامات السلطات العامة المانحة للتفويض، بل تعد المصلحة العامة ذاتها هي السبب الرئيسي الجوهري الذي دفعها الى انتهاج الأسلوب المفوض في التسيير.

الفرع الأول: تعريف الرقابة

تختلف التعريفات الموضوعية للرقابة باختلاف الزاوية والمدخل الذي تعرف من خلاله فمن الصعوبة بمكان إيجاد تعريف جامع ومانع لمصطلح الرقابة يمكن استخدامه في كل الظروف والأحوال والوظائف التي تقوم بها السلطات القائمة بعملية الرقابة، ويرجع ذلك الى أن لفظ الرقابة يمكن أن يستخدم للدلالة على أفعال مختلفة ومتعددة، زيادة على أن المصطلح يتعلق بنشاط إنساني بالإضافة

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 226.

² محمد عبد الحميد أبو زيد، مرجع سابق، ص 207.

يهدف الى تحقيق أهداف متنوعة، كما أن للرقابة مفاهيم متعددة انطلاقا من الثقافة السائدة وأنظمة الحكم التي تتميز من دولة الى أخرى تبعا لاختلاف الأيديولوجية والأنظمة السياسية والقانونية المطبقة في كل مجتمع، بل يمكن أن تختلف داخل الدولة الواحدة حسب كل حقبة زمنية¹، غير أن هذا الاختلاف بين الفقهاء والباحثون لا يعد جوهريا، فهو في النهاية لا يؤثر على عملية الرقابة أو مضمونها وإنما هو اختلاف مرده الى اختلاف المداخل والظروف المحيطة بكل باحث ويمكن من استقراء تعاريف الكتاب رد هذه التعاريف الى مداخل ثلاثة :

1/ الهدف الذي تسعى الى تحقيقه الجهة الرقابية من وراء عملية الرقابة فاختلف الفقهاء من هذا المدخل الى اتجاهات متباينة وذلك باختلاف الغرض أو الهدف من الرقابة حول ما إذا كان التعريف يهتم بالهدف التقليدي للرقابة أم أنه يتعدى ذلك الى تحقيق الأهداف الحديثة حيث يتوسع مفهوم الرقابة الى أبعاد أخرى غير الأهداف التقليدية المتعارف عليها.

حيث تم تعريف الرقابة انطلاقا من الأهداف التقليدية على أنها السعي الى التحقق من مطابقة الأشياء طبقا للخطة المعدة سلفا لذلك ومدى مطابقة القواعد والتعليمات الصادرة في هذا الشأن وأن الغرض منها هو كشف نقاط الضعف والنقص و الأخطاء بقصد دراستها ومعالجتها و القيام بما يمكن القيام به لمنع تكرار حدوثها، وهي بذلك تنطبق على الوسائل المادية والموارد البشرية، غير أن التعريف السابق بالرغم من أنه وسع من نطاق الرقابة وفصل في العديد من جوانبها، غير أنه كذلك لا يعتبر تعريفا جامعا، حيث لم يتضمن جميع عناصر عملية الرقابة من خلال تحديد أغراض الرقابة والتطورات التي طرأت، مما دفع جانب من الفقه الى محاولة وضع تعريف للرقابة يجمع بين الأهداف التقليدية للرقابة والأهداف الحديثة لها، فعرفت الرقابة بأنها " عملية متابعة الأداء وتعديل الأنشطة التنظيمية بما يتفق مع انجاز الأهداف " ولعلها من أهم التعاريف التي ركزت على جانب الهدف والغاية من الرقابة التي واكبت التطور العلمي الحديث من خلال عملية تعميق وتوسيع مفاهيم الرقابة أكثر للتأكد من أن النتائج موافقة للخطط الموضوعة فحسب وإنما أصبح الهدف من الرقابة أن تكون شاملة لعدة جوانب²، تركز أساسا على الجانب الوقائي أكثر من تركيزها على الجانب العلاجي لمنع ظهور الاختلالات قبل وقوعها والتنبؤ بالأخطاء ووضع آليات لتفاديها في المستقبل.

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 76.

² سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق ص 78.

2/ الإجراءات والخطوات العملية التي تتخذ من أجل تحقيق الأهداف الرقابية فعرف العيديد من الفقهاء الرقابة من حيث كونها مجموعة من الإجراءات والخطوات العملية التي يتعين على القائم بها التقيد بها من أجل القيام بعملية الرقابة على أكمل وجه، وفي سبيل ذلك يتعين وجود بيانات عن أوجه النشاط المتعددة كشرط جوهري وأساسي للقيام بعملية الرقابة على أن تنجز في الشكل الذي يمكن من الاستفادة منها في متابعة النشاط ومراجعة نتائج الأعمال وفحصها.

3/ الأجهزة والأشخاص القائمين بممارسة الوظيفة الرقابية وفقا لهذا المدخل الذي يركز على الجانب العضوي فيرى جانب من الفقهاء في تعريفهم للرقابة على القائمين بها، فتعرفها من خلال الأجهزة التي عليها القيام بعملية المراجعة والفحص والمتابعة وجمع المعلومات وتحليل النتائج، فالرقابة وفق لهذا المدخل هي الوظيفة الأساسية التي تمارسها أجهزة متعددة بغية التأكد من تحقيق النشاط المالي للدولة لغايته، حسب ما تم تحديده سلفا في الموازنة وما تم التخطيط له في إطار ترشيد المال العام وعلى حسن سير الإدارة¹ أو أنها المساءلة التي تقوم بها سلطة أو هيئة متخصصة لها الصلاحيات الكاملة في المراجعة والفحص الموضوعي لنفقات وموارد الدولة لتحقيقها وتحليلها من حيث الاقتصاد والكفاءة والفعالية لتقييمها وتقويمها إداريا وقانونيا في الوقت المناسب وبالتكلفة المعقولة.

ومن جانب آخر تعرف الرقابة على أنها مجموعة الوسائل التي تمتلكها الإدارة في مرحلة التنفيذ والتي من شأنها أن تجعل التنفيذ محققا للغرض الذي أبرمت عقودها من أجله ، فيقصد بها وفقا للمعنى الضيق سلطة الإشراف على تنفيذ العقد وبمعنى آخر أكثر اوضاحا حق الإدارة في مراقبة التنفيذ والتأكد من مدى مطابقتها تتضمنه بنود العقد من شروط وأحكام ، ويمكن ممارسة عملية الرقابة في شكل أعمال مادية ميدانية مثل دخول مندوبي الجهة الإدارية المتعاقدة أماكن تنفيذ العقد للتأكد من وتيرة سير العمل ومعاينة العتاد اللازم المستعمل في تشغيل المشروع والتأكد من جودة الخدمة العمومية، كما يمكن أن تمارس الرقابة كذلك في صورة أعمال قانونية من خلال إصدار التعليمات والأوامر والتوجيهات اللازمة الى المتعاقد مع الإدارة، فالجهة الإدارية المتعاقدة تملك صلاحية الاشراف المباشر على أعمال المتعاقد معها، وممارسة الرقابة على جميع مراحل وهذا للتأكد والاطمئنان على سير المشروع ، وأن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على أكمل وجه وبحسب الشروط التي تضمنها العقد ودفاتر الشروط الخاصة أو العامة².

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، المرجع نفسه، ص 80.

² الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 181.

ومما سبق ومن خلال التعاريف المختلفة والمتعددة التي عالجتها موضوع الرقابة يستشف منها إن هذا التباين في التعاريف وعدم الإجماع على تعريف واحد مرده الى عدة زوايا ينظر منها الباحث لعملية الرقابة، فهناك من يعرفها انطلاقاً من الأهداف المتوخاة من ممارستها وهناك من يعرفها باعتبارها مجموعة من الإجراءات والقواعد الواجبة الاتباع لبلوغ أهداف معينة، ويعرفها البعض الآخر بالرجوع الى الأجهزة والهيئات القائمة على ممارستها، غير أن المتفق عليه هو ضرورة ممارستها من قبل الجهة الإدارية على التعاقد معها باعتبارها حق وواجب في الوقت نفسه بالإضافة الى كونها الوسيلة الوحيدة للاطمئنان على حسن تنفيذ العقود الإدارية، فهي تضمن بذلك سلامة الأبرام والتنفيذ للعقود الإدارية المنفذة بالأسلوب غير المباشر.

غير أنه لا بد للرقابة من أن تسير التطورات الطارئة في مجال التسيير الحديث للمشاريع العامة ، بحيث لا تقتصر على عملية تنفيذ الالتزامات من قبل المتعاقد مع الإدارة وتوقيع الجزاءات في حالة الاختلال بها، بل تتعدى ذلك الى ما يسمى بالرقابة الوقائية التي تتيح للجهات الإدارية توقع الاختلالات المسبقة في العقود من خلال تحليل الأخطاء والانحرافات السابقة وتوضع على أساسها خطط لتقاضي وقوع اختلالات في تنفيذ المشاريع العامة المنفذة بالطريق غير المباشر لأن في الأخير تهدف الرقابة بكل أنواعها للتسيير الحسن للمشاريع العامة.

الفرع الثاني: أهمية الرقابة على عقود التفويض

إن موضوع الرقابة على عقود الإدارية تكتسي أهمية بالغة تستمدها من الأهمية ذاتها التي تحوز عليها العقود الإدارية في ميدان القانون العام، نظراً لتطور وتعدد وظائف أشخاص القانون العام وتعدد المرافق العامة التي يتوجب على الدولة تحقيقها وتوسع في أنشطة القطاع العام وتعدد مهامه وضخامة الأموال المستثمرة في مشروعاته وبرامجه المتعاقد عليها، الأمر الذي فرض أهمية وجود عملية الرقابة بهدف محاربة الغش وحماية المال العام وضمان سلامة استخدامها والحاجة الى توفير بنك معلومات لدى الإدارة المعنية بتسيير هذه المشاريع في أحسن الظروف، فتوفر هذه المعطيات بصفة دورية ومنظمة تشكل عوامل تساعد على اتخاذ القرار المناسب وتقييم الأداء والتخطيط لتحقيق الأهداف المسطرة بكفاءة وفعالية خاصة في ظل الدول الحديثة القائمة على الفصل بين السلطات في الدولة، وما فرضه هذا التنظيم الدستوري والإداري فيما يتعلق بضرورة تنظيم لضوابط الرقابية تحقيقاً للترابط والتجانس بين ممارسة هذه السلطات لاختصاصاتها¹.

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 75.

وبالرجوع الى عقود تفويضات المرفق العام باعتبارها أحد العقود الإدارية التي تستعين بها أشخاص القانون العام على إدارة مرافقها العامة، فإن أعمال رقابة فعالة على هذه العقود من شأنه أن يشكل أحد العوامل الهامة والمحورية في إنجاح هذه التقنية وذلك لكونها تدخل في صميم الحق المعترف به للجهة الإدارية المانحة الذي تقره لها قواعد القانون العام، وهي بالموازاة تشكل صمام الأمان في إنجاح سياسات الدولة المتعلقة بتحديث مرافقها العامة لاسيما فيما يخص إدارتها واستثمارها.

والرقابة المقصودة التي تمارس على عقود التفويض هي الرقابة بمفهومها الواسع أي التي لا تقتصر على رقابة السلطة المفوضة، إنما تتكامل هذه الرقابة مع رقابة مجموعة من السلطات والهيئات الأخرى كالسلطة القضائية والتشريعية و تسمى أيضا بالرقابة السياسية، فأهمية الرقابة الكبيرة في عقد تفويض المرفق العام وتتمثل في كونها أحد الوسائل الهامة التي تضمن السلطة المانحة من خلالها قيام المفوض له بالوفاء بالتزاماته وضمان سير المرفق العام في تلبية احتياجات المستفيدين على الشكل المأمول، وبالنظر الى هذه الأهمية فإن سلطة الرقابة لم تكن تشكل مجرد حق للجهة المتعاقدة مانحة التفويض وإنما تتعدى ذلك الى كونها التزاما أيضا على عاتقها¹. ومن هذا تكتسي عملية الرقابة أهميتها الكبيرة من خلال تعلقها بالمرفق العام الذي يعد من بين المحاور الرئيسة لأشخاص القانون العام.

فالإدارة المفوضة للمرفق العام لا تعني أبدا التقصير في عملية الرقابة وفي ذلك يرى الدكتور علي ماهر بأنه إذا كانت الإدارة المفوضة تقوم على إتاحة إدارة منوط بها ممارسة نفس الاختصاصات الموضحة طبقا للقوانين واللوائح، بأن تكون للمفوض له سلطات الإدارة الأصلية وهو النظام المعمول به في دول القانون المدني والقانون الانجلوسكسيوني غير أن ذلك لا يعني إطلاق سلطات صاحب التفويض تعويلا على أن له نفس سلطات الإدارة الأصلية وأنه ينفذ التزاماته التعاقدية دون أعمال رقابة مع اعتبار أنها إدارة متعاقدة وفقا لترتيب تعاقدية، يحكمها القانون المنظم للعقود الإدارية وعدم النعي أن تلك الإدارة ستنترك للشفافية والعلانية دون الإستناد الى القواعد التي تحكم النظام العام ، ولا ينقص من شأن عملية التفويض خضوع هذه العقود للجهات الرقابية للدولة التي تعمل دوما على ضمان تحسين أداء المرفق وانتظامه واضطراده وكيفية أداء خدماته بما يحقق مبدأ المساواة بين المنفعين².

¹ محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام، مرجع سابق، ص42.

² محمد علي ماهر، وكالة المرفق العام، المرجع نفسه، ص52.

المطلب الثاني: أنواع الرقابة

إنه من منطلق الحديث عن المقومات التي يرتكز عليها عقد التفويض الذي يقتضي في الأساس تمتع المستثمر في المرفق العام باستقلالية تجاه الجهة الإدارية المانحة للتفويض، وذلك في سبيل تحقيق المرفق العام المفوض بالطريقة التي تناسبه إلا أن ذلك لا يجب أن يفتح المجال للتعدي على مقتضيات المصلحة العامة، لأنه لا يمكن الحديث عن وجود المرفق العام بمعزل عن مقتضيات النفع العام زيادة على أن السلطة المفوضة هي الكفيل الأول دون سواها في تأمين استمرارية المصلحة العامة، فهو التزام أصيل لا يمكن للجماعة العامة التخلي عنه ولا يمكن لتفويض المرفق العام أن يكون مبررا لتنازل السلطة المانحة عن المرفق بشكل كلي، فلا بد إذا للجماعة العامة التي تبقى محتفظة في ممارسة امتيازات السلطة العامة والتي من مظاهرها الأساسية سلطة الرقابة في مقابل استقلالية المفوض في إدارة واستثمار المرفق العام¹.

ومن نافلة القول أن وجود أنواع متعددة للرقابة وصور مختلفة لها لا يعني استقلالية كل نوع من أنواع الرقابة عن الآخر وجعلها رقابة قائمة بذاتها، إذ لا يمكن ممارسة نوع واحد من الرقابة على أعمال الجهات الإدارية المختلفة، وإنما تتعدد أنواعها وأنماطها والجهات القائمة على ممارستها وتصب كلها في إطار تحقيق الأهداف المرجوة من تفويض المرافق العامة، فهي أنماط مختلفة من الرقابة تمارس من جهات متعددة تفضي إلى تحقيق المرافق العامة الحيوية والضرورية بالشكل الذي يلبي حاجات المستفيدين من هذه المرافق على أحسن وجه وتتخذ الرقابة على عقود تفويض المرفق العام عدة أنواع تبعا لموضوعها و الجهة القائمة عليها إلى عدة أنواع منها:

الفرع الأول: الرقابة الإدارية

يقصد بالرقابة الإدارية رقابة السلطة المفوضة على المرفق العام الذي تدخل مهمة تحقيقه أصلا في صلب مهامها، وتعتبر الرقابة الإدارية التي تمارس على المفوض له أحد الخصائص الملزمة لتقنية التفويض، فالإدارة المانحة للتفويض تبقى القيمة وصاحبة الكلمة الأخيرة في سيره وتنظيمه وكيفية استمراره، وبذلك تتمتع الجهة الإدارية المانحة سلطة واسعة في إجراء رقابتها على المرفق العام²، وفي العموم فإنه يقصد بالرقابة الإدارية إشترك الجهة الإدارية في إدارة المرفق العام بواسطة إعطاءها الحق الكامل في الإشراف ومتابعة إدارة وسير المرفق العام والمشاركة في ضبطه من خلال

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 340، 341.

² وليد حيدر جابر، المرجع نفسه، ص 341.

إصدار القرارات الداخلية، فالرقابة الإدارية على عقود الشراكة بشكل عام هي عبارة عن جهد منظم تقوم به الجهة الإدارية المتعاقدة لوضع معايير أداء تتسجم مع الأهداف المبتغاة من إقامة المشروعات العامة بنظام الشراكة وإجراء مقارنة بين الأداء الفعلي مع المواصفات والمعايير الموضوعة سلفاً والمتفق عليها عند إجراء التعاقد للتأكد من مدى انسجام ما يحدث في الواقع العملي مع ما هو وارد في الاتفاقيات الموقعة والقوانين واللوائح السارية، ومن ثم التعرف على نقاط الضعف والأخطاء لتصحيحها ومنع تكرارها¹.

وهي الرقابة التي تمارسها الجهة الإدارية مانحة التفويض على المتعاقد معها صاحب التفويض إذ يتوجب على المفوض له الخضوع لرقابة الجهة المانحة طيلة فترة مدة العقد ذلك أن السلطة المفوضة تبقى هي المسؤولة الأولى عن إقامة وتحقيق مشروعاتها العامة التي تسعى من خلالها إلى توفير الحاجات الأساسية للأفراد والجماعات، فقد ألزم المشرع الفرنسي وفقاً لما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 40 من قانون سابان لعام 1993 المعدل في 1995/2/7 حيث ألزم صاحب التفويض على ضرورة تقديم تقرير سنوي إلى السلطة المانحة قبل الأول من حزيران من كل سنة يتضمن حسابات للعمليات المرتبطة بسير وبتنفيذ عقد التفويض، فضلاً عن تحليل يبين فيه خطط وتطلعات صاحب التفويض للنهوض بالمرفق العام وتطويره الأمر الذي يمكن جهة التفويض من الوقوف على مدى تنفيذ المتعاقد لدفتر الشروط وللأحكام الواردة في عقد التفويض².

وفي هذا الإطار فإن المشرع الفرنسي لم يقتصر على صورة واحدة لتنظيم عملية الرقابة الإدارية على عقود تفويض المرفق العام، بل تبنى العديد من أنواع الرقابة يمارس البعض منها عن طريق السلطة المانحة للتفويض بنفسها وتبقى بعض الاختصاصات الرقابية الأخرى تدخل في نطاق اختصاصات الهيئات الإدارية التالية³.

1/ الرقابة بواسطة السلطة المفوضة ذاتها:

تقتضي بالزام المفوض له على تقديم تقارير دورية وبصفة منتظمة ودائمة كل سنة وقبل الأول من حزيران إلى السلطة المانحة للتفويض يتضمن كشف مفصل لجميع الحسابات التي ترتبط بالمعاملات المتعلقة بتنفيذ تفويض بالإضافة إلى تقرير عن جودة الخدمة العمومية المقدمة لمستخدمي المرفق

¹ سميرة عمر علي محمد الكايدكي، مرجع سابق، ص 486.

² محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 170.

³ ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 201.202.

يجب تدعيم هذا التقرير بملحق تفصيلي بحيث يمكن من خلاله السلطة المفوضة من إجراء عملية الرقابة وتقييم أداء المشروع بشكل أكثر شفافية وموضوعية، وتعد أهم أنواع الرقابة باعتبار السلطة المفوضة المعنية بالدرجة الأولى بسير وانتظام المرفق العام موضوع التفويض.

2/ الرقابة بواسطة لجنة التحقيق الوزارية:

نص القانون الفرنسي على أن عقود تفويض المرفق العام تخضع للرقابة الإدارية بواسطة " اللجنة الوزارية للتحقيق وتفويض المرفق العام " أي ممارسة الرقابة الإدارية على المرفق العام بإنشاء لجنة تحقيق وقد أنشأت هذه اللجنة بموجب القانون رقم 91/3 المؤرخ في: 1991/01/01 المتعلق بالشفافية والإجراءات الواجب الالتزام بها عند إبرام العقد، وتتشكل اللجنة من بين القضاة والموظفين من الفئة أ وتعين تشكيلتها عن طريق قرار يصدر من قبل الوزير الأول ووزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية وتسند الى اللجنة المذكورة عند مباشرة عملية التحقيق والاطلاع على المستندات والوثائق وتفتيش أماكن العمل، ولكن على الرغم من ذلك تبقى لها مهمة محددة تتلخص في التثبت من الإجراءات القانونية كافة الواجب الالتزام بها في مرحلة إبرام العقد الإداري وإجراء التحقيقات الواجبة، وينتهي دور اللجنة المعنية بالانتهاء من إجراء التحقيق وتسليمه الى الجهة الإدارية لكن ليس لها الحق في توقيع أي جزاء بحق المتعاقد المخالف لالتزاماته.

3/ الرقابة بواسطة الجهاز المركزي لمكافحة الفساد:

وهو جهاز أنشأ بموجب قانون سابان 1993 وهو تابع لوزير العدل ومن صلاحياته جمع وتنسيق المعلومات حول الأوضاع الاقتصادية والمالية للمرافق العامة وموضوع التفويض العائدة للجماعات المحلية والتأكد من مطابقة عقود التفويض للقواعد القانونية والأنظمة واللوائح المعمول بها، غير أنه في حالة وجود مخالفات ذات طابع جزائي تحال هذه المخالفات مع الأوراق الثبوتية لها الى النيابة العامة للقيام بالإجراءات القانونية اللازمة بشأنها.

وبالتالي فالرقابة الإدارية هي الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة على المرفق العام المفوض الذي هو في الأساس يدخل ضمن المهام الأساسية والأصلية للجهة الإدارية مانحة التفويض وهي التي لا بد أن تضطلع من ناحية المبدأ بكل ما يتطلبه السير الحسن للمرفق العام ولا يعفيها من ذلك أن تعهد بمهمة تحقيقه الى جهة أخرى، وتبقى مهمة الرقابة الإدارية المفروضة على المستثمر في المرفق العام المفوض، أحد الخصائص اللصيقة بتقنية التفويض فالسلطة المفوضة في تفويضها إدارة واستثمار المرفق العام تبقى القيمة وصاحبة الكلمة الأخيرة في ضمان سيره وتنظيمه وتأمين استمراره في

القيام بمهامه، وهي انطلاقاً من كل هذه الاعتبارات تتمتع بسلطة رقابية واسعة على المرفق العام موضوع التفويض¹.

والرقابة الإدارية كمصطلح قانوني عام تعرف على أنها " عملية التقييم والقياس للأداء الكمي والنوعي في الأعمال والأنشطة على ضوء مقارنتها بالأهداف المخططة " فجوهر الرقابة هي وجود معايير ومقاييس أو أهداف بواسطتها يتم مقارنة الأداء والأعمال المنجزة على ضوءها، وكتعريف آخر عام يقصد بها جميع الوسائل القانونية المتاحة التي تمتلكها الجهة الإدارية في مراحل تنفيذ العقد والتي من شأنها أن تجعل ذلك العقد محققاً للغرض الذي إبرم من أجله²، فتحكيم المعايير والأسس يسمح بإجراء الرقابة بشكل موضوعي للقول ببلوغ الأهداف المرجوة من عملية التفويض من عدمه بالإضافة إلى أنه يسمح للجهة الإدارية المانحة للتفويض من تكوين صورة واقعية على مدى كفاءة صاحب التفويض في أداء المهام الموكلة إليه بشكل أكثر إنصافاً.

وبهذا تشكل الرقابة الإدارية جهد منظم ودقيق تقوم به السلطة الإدارية المتعاقدة تضع من خلاله معايير مضبوطة للأداء تتناسب مع الأهداف المرسومة التي تسعى السلطة العامة للوصول إليها من وراء إقامة المشروع العام وفق لعقد المشاركة، وهي تقتضي مقارنة الأداء الفعلي مع المعايير الموضوعية مسبقاً، وحتى يتم التأكد من مدى تطابق الميدان العملي مع ما تم الاتفاق عليه في العقد وهذا ما يسمح بتكوين فكرة شاملة ودقيقة على ظروف تنفيذ العقد، و يتيح الاطلاع على مواطن الضعف والخلل في التسيير بغرض الوقوف عليها ومعالجتها وتصحيحها والتأكد من عدم تكرار هذه الأخطاء في المستقبل³.

ونعني بالرقابة الإدارية رقابة الجماعة العامة مانحة التفويض على المرفق العام الذي تدخل مهمة تحقيقه أصلاً في صلب مهامها، وتشكل الرقابة الإدارية المفروضة على المستثمر أحد خصائص تقنية التفويض، فالجماعة العامة في تفويضها إدارة واستثمار المرفق العام تبقى القيمة وصاحبة الكلمة الأخيرة في سيره وتنظيمه وكيفية استمراره، وهي انطلاقاً من هذه الاعتبارات تتمتع بسلطة واسعة في

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 348.

² مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلحاني العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، مصر، سنة 2008 ص 131.

³ سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 85.

إجراء رقابتها عليه¹، فالرقابة الإدارية في مجال تفويض المرفق العام هي إشراف ومتابعة السلطة المفوضة للمرفق المفوض كونها تبقى المسؤولة عن حسن سير مرافقها المفوضة، ورقابتها على المفوض له، عنصر أساسي في تفويض المرفق العام فيلزم المفوض له بتنفيذ العقد واحترام بنوده ويقع على عاتق السلطة المفوضة التأكد من قيام صاحب التفويض بجميع الالتزامات التعاقدية مع ضمان الجودة المناسبة للخدمة العمومية المقدمة للمنتفعين.

فتستمد الجهة الإدارية سلطة الرقابة من المرفق العام نفسه، حيث أن ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام يضيفي عليه الطابع المميز، حيث أنه وطبق لما تمليه مبادئ سير المرافق العامة وخاصة ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد، يستلزم ذلك ضمان وجود المرفق وضرورة تحقيقه بأي شكل من الأشكال، وبذلك يمكن للإدارة أن تتخذ إجراءات سريعة ومباشرة دون الرجوع الى أخذ موافقة أو إذن من أي جهة، فالسلطة الإدارية تمارس كل ما يتطلبه السير الحسن للمرفق العام إعمالا لامتيازات سلطتها العامة الأصلية في التنفيذ المباشر، وحتى في إصدار القرارات التنفيذية اللازمة لمعالجة الاختلالات التي قد تعترض سير المرفق العام، وذلك بإرادتها المنفردة وفي غالب الأحيان دون الاستعانة بالقضاء، وبذلك يعتبر حق الجهة الإدارية المتعاقدة في مسألة الرقابة والتوجيه حق أصيل يمارس على نحو معين قانونا، وهو حق مقرر لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية عامة ولولم يتم النص عليه في شروط العقد صراحة، إلا أن نطاق ممارسة هذا الحق ومداه قد يختلف من عقد الى آخر حسب نوعيته².

ومن هذه العقود الإدارية عقد التفويض الذي يتفرد بخصائص معينة ينبغي مراعاتها عند قيام الجهات المانحة للتفويض المختصة بمتابعة تنفيذ المفوض اليه لمقتضيات العقد الذي جرى الاتفاق على بنوده في دفتر الشروط الخاص بموضوع التفويض، فلا يمكن ممارسة حق الرقابة بشكل واسع على المفوض إليه، فهو المسؤول عن استغلال المرفق العام بالطرق التي يختارها وهو من يملك سلطة التوجيه بما يضمن حسن سير المرفق وتحقيق الأهداف المنشودة من ورائه، فهو من يتحمل مخاطر الاستغلال في عقد التفويض، فمن المنطقي جدا أن لا يسمح للجهة المفوضة بسط رقابتها المطلقة على كل ما يقوم به صاحب التفويض، بل يترك له الهامش المناسب الذي يمكنه من تحقيق أهدافه

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 340، 341.

² سميرة عمر علي محمد الكايدكي، مرجع سابق، ص 88.

الاستثمارية في المرفق العام وذلك بالطبع من دون المساس بمبادئ المرفق العام التي توجب تدخل السلطة المفوضة في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد.

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر الى القول بأن " من القواعد المسلمة في القانون الإداري هي أن الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العام، فإذا عهدت الى غيرها أمر القيام بذلك لم يخرج الملتزم في إدارته على أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها وهذا النوع من الإنابة وبعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل الجمهور عن إدارته واستغلاله وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق وتعدل أركان تنظيمه وقواعد إدارته واستغلاله كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهي في ذلك لا تستند الى عقد الالتزام بل الى سلطتها العامة وتحقيقاً لغايات هذه السلطة متمتعة بامتياز وسيادة ينتهي معها كل طابع تعاقدى وضماناً لحسن سير المرافق العامة واستغلالها وإدارتها وكفالة ذلك محققة بما لها من حقوق الإشراف والتدخل والتعديل حسب ما تمليه المصلحة العامة، وهي حقوق لا تملك السلطة المانحة للالتزام التنازل عنها كما أنها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتج بأنها تمسك الحق الأعلى أو تخل بشروط عقدية لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن إنما تتناول نظاماً قانونياً خاصاً بمرفق عام، فهي تملك تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وإدارته بل لها أن تنهي الالتزام نفسه متى اقتضت ضرورة المصلحة العامة ذلك¹.

فالرقابة الإدارية وإن هي الرقابة الأكثر فعالية من ناحية كونها تمارس من قبل السلطة المانحة للتفويض التي تعتبر الجهة المكلفة على تنظيم وإدارة المرفق العام موضوع التفويض والأكثر دراية بمتطلبات السير الحسن للمرفق العام المفوض، بالإضافة الى كون الجهة الإدارية تتمتع في ممارستها لأعمالها الرقابية لسلطات واسعة مستمدة من مركزها كسلطة عامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة.

وبناء على ذلك فالرقابة الإدارية المفروضة على المفوض له تتعدى فكرة كونها حق للجهة مانحة التفويض فهي التزام ومسؤولية لا يمكن التخلي عنها في أي حال فلا يجب أن يحتج في مواجهه السلطة المانحة بمكتسبات عقدية لأن النظام القانوني الخاص بالمرفق العام يعد نظاماً خاصاً أصيلاً للسلطة مانحة التفويض وهي المناطة بممارسة هذا الحق والالتزام في الوقت ذاته، بما يضمن متطلبات الصالح العام، غير أن الرقابة الإدارية بطبيعة الحال ليست كافية لتحقيق الأهداف المسطرة من

¹ محمد علي ماهر محمد علي، التطبيقات الحديثة للالتزام المرفق العام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، القاهرة 2012، ص 42.

تفويض المرافق العامة، بل لابد أن ترافقها وتكملها أنواع أخرى من الرقابة، نظرا لتشعب وتعقيد بعض المرافق العامة المفوضة بحيث يصعب كشف الاختلالات الممكنة خاصة في مرحلة تنفيذ المرافق موضوع التفويض.

الفرع الثاني: رقابة المشروعية

يكتسي مبدأ الشرعية أهمية بالغة في مجال القانون العام وهو يمثل مدخلا أساسيا لدراسة الرقابة على العقود الإدارية بصفة عامة، فمن الأهداف الرئيسية لتلك الرقابة للتأكد من مشروعية أعمال الجهة الإدارية وكذا التحقق من مطابقتها لصحيح القانون وعدم مخالفتها للقواعد القانونية المقررة لها ومبتغى تلك الرقابة هو بيان مدى خضوع الجهات الإدارية شأنها في ذلك شأن الأفراد الطبيعيين لمقتضى القانون وهو ما يعبر عنه بمبدأ المشروعية¹، ويقصد بهذا المبدأ الخضوع التام للقانون بمفهومه الواسع حكما ومحكومين فتخضع كل الهيئات في الدولة للقانون في كل نشاطها ومختلف التصرفات والأعمال التي تبادر بها باعتبار أن القانون يعتبر ضمانا للجميع ويقف حاجزا دون الاعتداء على حقوق الأفراد والجماعات.

فإنه لابد للعمل الإداري أن يترك على إطلاقه فالإدارة تتقيد في كل ما تقوم به بخضوعها الى مبدأ المشروعية لأنه أحد أهم المكونات الأساسية للقانون الإداري ومجال تطبيقه بصورة محورية هو الأعمال التي تقوم بها الهيئات الإدارية، فيجب على الأشخاص المعنوية العامة بوصفها شريك عام في العقود الإدارية أن تخضع هي من باب أولى للالتزام بالقوانين واللوائح وهي بصدد جميع مهامها الروتينية، وبشكل خاص إذا ما كانت بصدد ممارسة سلطاتها المتعلقة بالرقابة على أعمال الشريك الخاص، فالالتزام بمبدأ المشروعية يقتضي استعمال سلطاتها في الإطار الذي يتوافق مع تحقيق أغراض تتصل بالمرفق العام وحسن تنظيمه وسيره، وإذا ما انحرفت بعملية الرقابة لتحقيق أغراض لا تتصل بالمرفق العام موضوع العقد، فإن قرار الجهة الإدارية هنا يكون مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة².

فرقابة المشروعية ليس موضوعها مدى تنفيذ الالتزامات الذي يفرضه عقد المتعلق بالمرفق العام وإنما تنحصر في مراقبة مدى مطابقة هذا العقد للقواعد القانونية واللوائح التنظيمية المعمول بها في هذا الصدد، وتتم مراقبة هذه المشروعية من قبل السلطة المختصة، ففي فرنسا مثلا تقوم بذلك السلطة

¹ يوسف بن مصباح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 387.

² سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 88.

المركزية أي سلطة المحافظ كما هو النظام المعمول به في فرنسا بموجب قانون 02 مارس 1982 فيجب أن يحال عقد التزام المرافق العامة مع جميع مرفقاته الى المحافظ خلال خمسة عشر يوم التالية للتوقيع على العقد، ويجوز للمحافظ إذا قدر عدم مشروعية العقد أن يقرر إحالته إلى المحكمة الإدارية المختصة كما يجوز له إن يقرر الإحالة مع وقف التنفيذ¹.

فقد أوجب المشرع الفرنسي كذلك على المتعاقد المستثمر تقديم الى السلطة العامة المفوضة المختصة تقريراً سنوياً يتضمن جميع العمليات الحسابية الإجمالية التي تتعلق بتنفيذ المرفق العام موضوع التفويض، بالإضافة الى تحليل عن الوضع العام للمرفق، يظهر من خلاله البيانات والخطط المتعلقة باستثماراته، وكذا آفاق تطلعات صاحب التفويض والآليات التي يمكن اعتمادها لتكييف وتطوير المرفق العام، ويرسل التقرير مفصلاً مرفقاً بالأوراق الثبوتية لمضمون التقرير بالشكل الذي يمكن السلطة المفوضة المختصة من التقييم العقلاني والموضوعي لنشاط المرفق المفوض، وكذا الوقوف على مدى احترام المستثمر لدفتر الشروط أو للمبادئ العامة للمرفق.

كما سعى المشرع الفرنسي في اطار تعزيزه للمبادئ اللامركزية الإدارية، عمل على تخصيص قواعد وإجراءات خاصة لإعمال الرقابة على عمليات التفويض التي تصدر عن الجماعات الإقليمية فالمحافظات والمناطق وفقاً للقانون الفرنسي من أشخاص القانون العام وقد فرض القانون رقابة متأخرة عليها، ففي البداية وكمرحلة أولى تلتزم هذه الجماعات بعرض كافة المداولات والأعمال المتعلقة بتفويض الغير إدارة المرفق العام والممهدة لذلك على ممثل الدولة في المحافظات والمناطق، وقد اعتبر القانون الفرنسي أن توقيع العقد قبل مرحلة عرض المداولات الخاصة به وفقاً للأصول المذكورة يؤدي الى اعتباره صادراً عن سلطة غير مختصة، وفي المرحلة الثانية فقد فرض القانون إرسال العقد موقعا من الأوراق الأساسية الى ممثل الدولة لإجراء الرقابة عليه وذلك في مهلة 15 يوم من تاريخ التوقيع على العقد²، غير أنه بالنسبة لعقود التفويض التي تعقدها البلديات فهي لا تكون نافذة الا بعد عرضها على ممثل الدولة في المحافظة وله مهلة شهرين للتأكد من مدى صلاحيتها ومطابقتها للأنظمة المعمول بها وله في النهاية أما أن يجيزها أو أن يطلب إجراء بعض التعديلات أو يلجأ أخيراً الى إحالة عقد التفويض الى القاضي الإداري للنظر في مدى شرعيته.

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 190.188.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 346، 347.

فهي رقابة تمارسها السلطة الإدارية الوصية على الهيئات المحلية التي تنشط في نطاق اختصاصها والهدف منها تدارك مسألة مشروعية العقد قبل وضعه حيز التنفيذ وقبل أن يرتب مراكز قانونية يصعب تداركها فيما بعد، وبهذا الصدد تثير عملية رقابة المشروعية على عقود تفويض المرفق العام في القانون الفرنسي نقطتين هامتين تتعلق الأولى بمضمون رقابة المشروعية وموضوعها فيما تتعلق الثانية بنظام رقابة المشروعية.

1/ مضمون ونطاق رقابة المشروعية على عقود تفويض المرفق العام

وبذلك فإنه وطبقا لهذا الإتجاه فإن الجهات الإدارية تقوم بعملية مراجعة وتقييم لما تقوم به من إجراءات وأعمال الجهات الإدارية القائمة بالتنفيذ وما يصدر عنه من قرارات للتأكد من سلامتها القانونية ومدى مطابقتها للقواعد القانونية المنصوص عليها، أي أنها رقابة قانونية لقيامها على مبدأ المشروعية والذي يعني بمفهومه الواسع سيادة حكم القانون وخضوع جميع أشخاص القانون له فالإدارة في الأخير هي شخص من أشخاص القانون العام يتعين عليها الإلتزام في كل تصرفاتها بعدم الاعتداء على القانون وبالتالي فإن دور الرقابة الإدارية هنا هو التحقق من أن التعاقد تم وفقا لحكم القانون بمعناه الواسع وكل ما يقتضيه هذا المفهوم من متطلبات احترام النصوص القانونية التي تنظم عملية التعاقد¹. ويلاحظ أن هذا التفسير للرقابة يعييه أننا سنكون أمام نوع واحد من أنواع الرقابة وهي رقابة الإلتزام حيث يقف فقط عند حد رقابة المشروعية، ولا يواكب الأغراض المتطورة للرقابة .

2/ نظام رقابة المشروعية

يفسر هذا الإتجاه الرقابة باعتبارها اختصاصات لوظيفة عامة تستند الى سلطة بمفهومها القانوني فالرئيس يستمد سلطته باعتبارها مكنة قانونية تعطي له الحق في مراقبة المرؤوسين كما أن هذه الرقابة تقوم بها هيئات إدارية يصدر تشكيلها وتحديد اختصاصاتها قوانين ولوائح عامة وهي تلتزم فيما تباشره من إجراءات ووسائل للأحكام التي تنص عليها القوانين واللوائح.

إن عملية تحديد مفهوم للرقابة القانونية وفقا لهذا الاتجاه يعني أنها رقابة قانونية تمنحها نصوص صريحة من القانون، وبالتالي لا يجوز لأي جهة أن تمارس الرقابة دون أن تكون مخولة بالاختصاص الرقابي وفقا قواعد قانونية صريحة، وبالتالي يمكن التوسع في مفهوم الرقابة القانونية على العقود التي تبرمها الجهة الإدارية، لنصل الى ما يسمى برقابة ملائمة التي تسمح ببسط الرقابة وتجاوز حرفية النصوص القانونية التي تحكم عقود التي تبرمها الدولة، وذلك بالبحث في مضمونها دون الاكتفاء

¹ سميرة عمر علي محمد الكايدكي، مرجع سابق، ص 81

بحرفية القواعد القانونية، بالإضافة الى أنه يمكن تحديد أنواع الرقابة المتعددة محددة بشكل يجعل كل نوع من أنواعها واضح المعالم والحدود بما يتوافق مع تحديد الاختصاصات والتي معها تمنع الازدواج في الرقابة أو عملية التداخل بينها أو اغتصاب السلطة الأعلى لنوع الرقابة الأدنى في تحديد الرقابة بموجب النصوص القانونية التي توضحها وتضع اطارها العام¹.

فلا يجوز للجهة الإدارية أن تستعمل سلطتها الرقابية لتحقيق غرض ليس له علاقة بحسن سير المرفق العام موضوع التعاقد، وإلا كان ذلك سبيلا لإثارة عيب إساءة استعمال السلطة وبالتالي يجوز للقضاء فحص الأوامر غير المشروعة والتأكد من سلامة الأعمال الإدارية المتخذة من السلطة المفوضة المتصلة بالعقد ومبنية على أساس صحيح².

فرقابة المشروعية على عقود تفويض المرفق العام لا تختلف عن العقود الإدارية الأخرى فهي رقابة تتلخص في مدى احترام العقود المبرمة من طرف الجهات الإدارية للقانون، فلا تخضع لنظام قانوني متميز لكنها تخضع للقواعد القانونية العامة وهذه الرقابة لا تتعلق بمدى الاستجابة لتنفيذ عقود تفويض المرفق العام، ولكنها تتعلق بمدى احترام العقد للنصوص والقواعد القانونية فحسب فهي إذا رقابة تستهدف حماية العقد واخضاعه لما ينص عليه القانون بمفهومه الواسع³، وهي رقابة تمارسها إما السلطة المفوضة على ذاتها من خلال اللجان والهيئات التي تنشأها لهذا الغرض وإما عن طريق هيئات مركزية تمارس الوصاية على الجهات المفوضة فالرقابة الإدارية من خلال إحالة العقود موضوع التفويض الى إليها من مراقبة مدى مطابقتها للنصوص القانونية المعمول بها.

فالحرص على أن يكون عقد تفويض المرفق العام مطابقا للقواعد القانونية هو في حقيقة الأمر حماية للعقد في حد ذاته والمساهمة في استقراره، وبالتالي استقرار ونجاح عملية الاستثمار في المرفق العام، لأن تعلق العقد بالمرفق العام يفرض تمتعه بنوع من الضمان ويساهم في استقرار المراكز القانونية لجميع أطراف العقد ويحميها من مخاطر دعاوى الإلغاء والبطالان مما يؤثر سلبا على عملية استغلال وإدارة المرفق العام بشكل منتظم، فالتأكد من مشروعية النشاط الإداري للجهة المانحة للتفويض يساهم بشكل فعال في بتحقيق الأهداف المسطرة من قبل الجهات العامة المتعاقدة⁴، في

¹ سميرة عمر علي محمد الكايدكي، المرجع نفسه، ص 83.

² حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 559.

³ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 189.

⁴ سميرة عمر علي محمد الكايدكي، مرجع سابق، ص 83.

إطار ما تقرره السياسة العامة للدولة وفي إطار التوجه العام الذي تنتهجه السلطات العامة في الدولة بالإضافة الى أن مبدأ الشرعية والخضوع للقانون بمفهومه الواسع أصبح أبرز المفاهيم التي تركز عليها الدول الحديثة، فالالتزام بمبدأ المشروعية هو بمثابة صمام الأمان بالنسبة لجميع الأشخاص القانونية سواء العامة أو الخاصة غير أن مركز السلطة المفوضة باعتبارها شخص اعتباري عام يمثل السلطة العامة، يفرض عليها بذل عناية خاصة في سبيل تأمين الشرعية اللازمة لجميع أعمالها وتصرفاتها القانونية باعتبار الالتزام بالشرعية ولاسيما في إطار العقود الإدارية وعقود التفويض على وجه التحديد يحافظ على المصادقية المفترضة لأشخاص القانون العام المتعاقدة ويشكل حافزا مهما لإقبال الخواص على التعاقد مع الجهات المانحة.

الفرع الثالث: الرقابة السياسية التشريعية

الرقابة التشريعية تتجسد خاصة في شكل نصوص قانونية تسنها السلطة التشريعية لتنظيم عقود التفويض في شكل قواعد قانونية تفصل في الحالات التي يجوز للجهة الإدارية فيها إبرام عقود تفويض المرفق العام وكذا وضع الآليات اللازمة لذلك، فبداية عملية الرقابة على عقود التفويض تنطلق من السلطة التشريعية بوصفها صاحبة السيادة في تنظيم جميع المجالات المتعلقة بجميع أشخاص القانون ومنها تنظيم عملية التعاقد، والحالات التي تتيح للإدارة استخدام تقنية التفويض وتبين حدودها وتمارس هذه الرقابة السلطة التشريعية وفقا للنظام الدستوري المعتمد في كل دولة، وبالإستعانة بوسائل تتباين من نظام قانوني لآخر، ففي فرنسا واستنادا لدستور الجمهورية الخامسة لعام 1958 يمكن للإدارة إبرام عقود تفويض للمرافق العامة دون الرجوع لأخذ إذن الموافقة المسبقة من السلطة التشريعية، لذا انحصرت الرقابة التشريعية على عملية تشكيل لجان تحقيق بالإضافة الى الرقابة من خلال الاستجابات التي يمكن توجيهها للجهة الإدارية المفوضة من قبل أعضاء السلطة التشريعية¹.

وبالنظر الى الأهمية القصوى التي تتمتع بها عملية الرقابة التشريعية بالنسبة للمرفق العام بشكل خاص حرص معظم المشرعين على تضمين تشريعاتهم الوطنية قواعد قانونية تنظم عملية الرقابة على العقود المتعلقة بالمرفق العام في العديد من الدول، وفي هذا الإطار حرص المشرع الفرنسي على تنظيم الرقابة على عقود التفويض المرفق العام منذ مرحلة إبرامها حتى انتهائها وإعادة المرفق الى الجهة المانحة وقد فصل المشرع الفرنسي في عملية الرقابة والجهات التي تمارسها وأخذ بصور الرقابة الفنية والمالية وبين كيفية ممارستها، بالإضافة الى أنه وفي إطار تنظيم هذه الرقابة على عقود

¹ محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 169.

تفويض المرفق العام لم يقتصر على أسلوب واحد، بل تبنى العديد من أنواع الرقابة البعض منها تمارسه السلطة المانحة للتفويض بنفسها والبعض الآخر يمارس من قبل هيئات أخرى¹.

فالرقابة التشريعية هي رقابة أصيلة ذلك أن المشرع هو صاحب الاختصاص الأصلي في وضع القواعد القانونية التي تسيّر وتنظم استغلال المرافق العامة، بغض النظر عن طريقة التسيير المتبعة سواء كانت مباشرة تتولاها أشخاص القانون العام بنفسها أو غير مباشرة عن طريق الإدارة المفوضة للمرافق العامة، ففي النهاية المشرع هو المسؤول الأول عن وضع الإطار القانوني الذي تعتمده الجهات الإدارية التي تضطلع بالمهمة الأصلية لإدارة المرافق العامة، وفي حالات حدوث الاختلالات في سير هذه المرافق العامة أيا كان الأسلوب المعتمد في تسيير واستغلال المرفق العام، فتبقى لأطراف عقد التفويض أو حتى للمستفيدين من خدمات المرفق العام حق اللجوء إلى القضاء من أجل تصحيح الأوضاع أو جبر الأضرار الناتجة إما عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات أو عن مخالفة القواعد القانونية المنظمة لإدارة المرافق العامة، هذه النصوص القانونية هي في الأخير صنيعة السلطة التشريعية التي يقع عليها إيجاد الحلول عن طريق سن التشريعات الملائمة.

فضلا عن ذلك يمكن للسلطة التشريعية تشكيل لجان تحقيق تحدد مواضيع تدخلها في قرار انشائها توكل لها مهمة التحقيق في كل الانحرافات والاختلالات التي عادة ما تكون موضوع شكاوى من قبل المنتفعين من خدمات المرفق العام أو جمعيات لها صلة بموضوع المرفق أو حتى انشغالات والنماسات أعضاء السلطة التشريعية، بالإضافة إلى الاستجابات التي يقدمها أعضاء السلطة التشريعية إلى أعضاء السلطة التنفيذية بغرض طلب توضيحات أو تدخلات لتقويم سير واستغلال المرافق العامة التي تدار بالأسلوب المفوض، فالسلطة التشريعية هي الهيئة المكلفة أصلا بعملية التشريع ويقع على عاتقها السهر على الحفاظ على مبدأ الشرعية.

الفرع الرابع: الرقابة المالية

يقصد بالرقابة المالية حق الجهة الإدارية المتعاقدة في الاطلاع على حسابات المتعاقد معها المتعلقة بعملية سير واستغلال المرفق العام، حيث أنه يقع على عاتق المتعاقد المسير للمرفق العام مسك دفاتر حسابات منتظمة وفقا لقواعد المحاسبة العمومية المتعارف عليها، فيكون من حق الجهة الإدارية المتعاقدة صلاحيات تخص عملية الرقابة والتفتيش، وبذلك يعترف القضاء الفرنسي للجهة الإدارية مانحة الالتزام بحق ممارسة حق الرقابة المالية بمعناها الواسع في مواجهة الملتزم فقد تنصب

¹ ابوبكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 201.

الرقابة على الموازنة التي يعرضها الملتزم، وقد يتعدى ذلك الى مراقبة كافة العقود التي يبرمها المستثمر في المشاريع العامة، وكذا الرقابة على الحسابات الخاصة باستغلال المرفق بوجه عام ومن حق الإدارة بموجب هذه الرقابة الاطلاع على كافة المستندات والوثائق المحاسبية المثبتة للنفقات والايادات وكذا رفض المصروفات والنفقات غير المبررة وتوجيه الملتزم الى الأعمال التي من شأنها الإضرار بالمصالح المالية للحكومة¹.

كما أنه في فرنسا يمكن اسناد الرقابة المالية الممارسة على عقد التفويض الى القضاء المالي وهو ما يعرف بمحكمة المحاسبات، فلم يتطرق القضاء المالي للرقابة على عقود التفويض الا حديثا فلم يكن القضاء المالي يتعرض لعقود تفويض المرفق العام حتى بعد صدور التشريعات الخاصة بتفويضات المرفق العام في فرنسا، الا في خضم ممارسة الوظيفة الرقابية العادية بشكل عام على حساب الإدارات العمومية المحلية ككل أما فيما يتعلق بحسابات المفوض له فان لم تكن تدخل ضمن اختصاصات القضاء المالي الفرنسي، إلا أن المشرع تدارك الأمر وجعل مراجعة حسابات المفوض اليه ضمن اختصاصات بدافع الحرص على تحقيق الشفافية ومقاومة كل أشكال الانحرافات والرشوة وكل الاختلالات التي يمكن أن تطرا على عقود المشروعات الخاصة التي تقوم بإدارة واستغلال المرافق العامة².

وتعني رقابة القضاء المالي على وجه الخصوص الرقابة المسطرة على الحسابات العامة من نفقات وإيرادات للمرفق العام موضوع التفويض وكذا مدى احترام أطراف عقد التفويض ككل من سلطة مفوضة ومفوض له للقواعد القانونية المنصوص عليها لاسيما تلك المتعلقة بحماية المال العام وتتوزع الرقابة المالية القضائية في فرنسا الى نوعين من الرقابة فمنها الرقابة التي تمارس على عقود التفويض الممنوحة من قبل الدولة والمؤسسات العامة، ويخضع هذا النوع من العقود لرقابة ديوان المحاسبة كهيئة مركزية ، ورقابة ثانية تمارس على العمليات المتعلقة بتفويض المرفق العام التي يكون موضوعها المرافق عامة المحلية مثل البلديات والمحافظات والمناطق فتكون هذه الرقابة على مستوى الغرف الجهوية للمحاسبة³.

¹ محمد يعرب الشرع، درر القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، 172.

² محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 186، 187.

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 350.

ويمكن للجهة المتعاقدة ممارسة الرقابة المالية التي تتعلق بالحسابات الخاصة بالتفويض كما يمكنها أن تعهد بذلك لجهات متخصصة من أجل القيام بهذه المهمة، ففي مصر على سبيل المثال يجيز القانون المتعلق بالتزامات المرافق العامة لرئيس الجمهورية بناءً على اقتراح الوزير الأول مانح التفويض أو المشرف على الجهة الإدارية المفوضة أن يكلف الجهاز المركزي للمحاسبات بهذه المهمة ويقوم الأخير برفع تقريراً مفصلاً بذلك إلى كل من الوزير المعني والجهة الإدارية مانحة التفويض¹ وقد نصت المادة السابعة معدلة من القانون 129 لعام 1947 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص على حق الجهة الإدارية في رقابة صاحب التفويض من الناحية المالية عن طريق مندوبيها الذين يتم تعيينهم لهذا الغرض في الفروع والإدارات التي يقيمها الملتزم لغرض تنفيذ واستغلال المرفق العام ويتوجب على الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة كل المعلومات والوثائق التبريرية التي قد يطلبونها في إطار تنفيذ المهام الموكلة اليهم، كل هذه الأجهزة الرقابية لا يجب أن تخل بالحق الأصل للجهة المانحة للالتزام في القيام بتدقيق الحسابات المالية ومراقبة كيفية إدارة واستغلال المرفق².

كما يمكن أن تمتد الرقابة المالية إلى رقابة مختلف الأعمال المرتبطة بتكاليف الصيانة والتجديد خاصة في مشروعات البنية الأساسية الحيوية التي تتطلب مدة زمنية طويلة للإنجاز والاستغلال، فقد يؤدي طول المدة بعض الأحيان إلى التلف في الأصول أو المعدات اللازمة لاستغلال المرفق، فكل هذه الظروف تتطلب ضرورة المرافقة المستمرة بصفة دورية من جانب جهة الإدارة المتعاقدة مانحة الالتزام ليس على الأصول فحسب، وإنما على كل ما تم إنفاقه من أموال على الصيانة أو استبدال التالف من المعدات من أخذ فكرة شاملة على سير وإدارة المشروعات العامة وتجنب المبالغة في التقديرات المالية الكبيرة في تكاليف المشروع³.

وبالتالي فالرقابة المالية الممارسة على عملية تنفيذ المشاريع العامة المفوضة من قبل أشخاص القانون العام تسمح للجهة الإدارية المانحة للتفويض من تكوين نظرة شاملة على موازنة هذه المشاريع من ناحية النفقات التي تتطلبها لحسن سيرها ثم من ناحية الإيرادات التي يمكن لهذه المرافق المفوضة أن تحققها، بما يسمح للسلطة المفوضة اتخاذ القرارات المناسبة عند إبرام مختلف عقود التفويض المستقبلية من ناحية الحفاظ على المصالح المالية للجهة الإدارية المانحة باعتبارها أموال عامة لا بد

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 186.187.

² محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 172.

³ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 484.

من حمايتها، بالإضافة الى التقييم المالي العقلاني للمكاسب المالية للمفوض له بما يسمح من إرجاع الأرباح المالية الخيالية لبعض المرافق الى الحد المعقول وفي المقابل ضمان التوازن المالي لصالح المفوض له بصفته مستثمرا في المرفق العام، و يتوجب على الجهة المفوضة تحفيزه على توسيع استثماراته في المرافق العامة.

بالإضافة الى أن الرقابة المالية تمنح للسلطة المفوضة فرصة للتحديد الموضوعي والعقلاني للأعباء التي يتحملها المترفقون من رسوم وأتاوات ومجموع المبالغ المالي التي يدفعها كمقابل للخدمة العمومية التي يتلقاها من المرفق العام محل عقد التفويض، وهو ما يتيح تحقيق التوازن بين جودة الخدمة التي يتلقاها المستفيد من خدمات المرفق العام والتكلفة التي يتوجب عليه دفعها مما يساهم في تحقيق رضا المنتفع واستقرار عقد التفويض، بالإضافة الى أن الرقابة المالية تسمح للسلطات المفوضة بالوقوف على الأرباح الحقيقية التي يمكن أن يجنيها صاحب التفويض وتعطيها فكرة متكاملة في الاختيار الأنسب لأسلوب التسيير الملائم للمرفق العام مستقبلا حيث تمكن من تقييم مداخل المرافق العامة المفوضة كما أنها تمكن من تحسين مركز السلطة المفوضة فيما يتعلق بالنسب المالية التي تطلبها في عملية التفاوض لإبرام عقد التفويض.

الفرع الخامس: الرقابة الفنية

الرقابة الفنية على عقود تفويض المرافق العامة تمارسها الإدارة على الملزم بتنفيذ المرفق في كل الجوانب التي لها علاقة باستغلال واستثمار المرفق العام موضوع التفويض قصد التأكد من أن الاستغلال يتم وفق المتطلبات الفنية التي كانت محل اتفاق بين طرفي عقد التفويض، ففي فرنسا على سبيل المثال نظم هذا النوع من الرقابة عن طريق دفاتر الشروط التي يتم إلحاقها باتفاقية عقد الالتزام ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 47 من دفتر شروط عقود امتياز العقود الهيدروليكية ما يلي : من حق موظفي الإدارة الفنيين الدخول الى مناطق الاستغلال والاطلاع على سائر الوثائق الفنية من رسومات وخرائط كما لهم إجراء الاختبارات اللازمة على مستوى القوى للتأكد من معدلات الاستغلال كما تخول المادة 30 من عقد امتياز الإنارة السلطة مانحة الالتزام حق ممارسة رقابتها على الملزم عن طريق فحص كافة الوثائق الفنية بالاستغلال والحصول على نسخ منها¹.

وبتلخص هذه الرقابة بمراجعة الكيفية التي ينفذ بها المشروع المفوض ومراقبة كافة المراحل التي يقوم بها الملزم حتى يتوصل الى تحقيق جودة الخدمات وفق المواصفات الفنية المطلوبة والمتفق

¹ محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 171.

عليها سلفا مع الجهة الإدارية المتعاقدة في بنود التعاقد، فقد نص قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص المصري على أن تسند إلى الجهة الإدارية المتعاقدة إلى جانب هيئات أخرى معنية بحكم القانون بمتابعة ورقابة المرفق العام والخدمات التي يقدمها من حيث الجودة التي يتلقاها جمهور المنفعين، ولذلك يجب على الجهة الإدارية المتعاقدة وفقا لما تنص عليه اللوائح التنفيذية أن تبادر بأخطار الجهات المكلفة بالتنظيم ومتابعة تنفيذ المرفق العام بنسخة من العقد وكافة ملاحقه الفنية لكي تتم متابعة المشروع في كافة مراحله، وفي الوقت نفسه عرض كافة المنتجات والخدمات التي هي محل العقد تحت الرقابة الفنية المطلوبة لكي يتم التأكد من المطابقة الفنية للمنتج حسب القواعد والمواصفات المنصوص عليها في العقد¹.

فهي رقابة فنية متخصصة يهدف من خلالها إلى للتأكد من أن استغلال المرفق العام يتم بشكل يطابق الاشتراطات الفنية المتفق عليها سواء في بنود العقد وكراسة الشروط والملاحق الخاصة بها هذه المواصفات الفنية التي يقع على عاتق الملتزم إحترامها فيكون للإدارة المتعاقدة الحق في بسط رقابتها على هذا الجانب الفني للمشروع، لتضمن بنفسها التزام مسير المرفق بها وفق تلك المواصفات المتفق عليها وتقوم الجهة المانحة بهذه المهمة بالإعتماد على فنيين مختصين تقوم الإدارة بإرسالهم إلى موقع تنفيذ المشروع وذلك قصد الاطلاع على الوثائق الفنية من خرائط والرسومات بيانية ومتابعة عملية التنفيذ في جوانبها الفنية ككل طبقا للتقنيات الفنية الحديثة.

وفي مصر على سبيل المثال تنص المادة السابعة من القانون 129 لعام 1947 الخاص بنظام التزامات المرافق العامة على أن "لما منح الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع الإدارية التي ينشأها الملتزم لاستغلال المرفق ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الإلتزام وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبهم من معلومات أو بيانات أو إحصاءات وتحرص الجهة مانحة الإلتزام على تضمين العقد تنظيما مفصلا لسلطاتها في الرقابة الفنية"².

فالرقابة الفنية هي إحدى صور الرقابة على عقود تفويض المرفق العام، فرضها التطور الملفت الذي لازم بعض المرافق العامة التي اتسم تسييرها بالتعقيد والاستخدام المفرط للتكنولوجيات الحديثة في

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 481.

² محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 172.

التسيير بحيث عجزت الوسائل الرقابية الإدارية التقليدية على مواكبة هذه التطورات والتعقيدات في وظائف بعض المرافق العمومية الحديثة في حالات كثيرة يكون الالتزام بتنفيذ بنود العقد يتطلب جودة ومهارات فنية عالية يكون من الصعب على الرقابة الإدارية البسيطة التأكد من منها إلا بالرجوع الى هيئات وأفراد مختصين لتقييم مدى التزام المتعاقد وكذا جودة الخدمة المقدمة.

وعلى هذا الأساس كان لزاما على الجهات الإدارية المانحة للمشاريع العامة المفوضة أن تنص على تضمين مختلف القواعد القانونية التي ترتبط بعملية التسيير المفوض للمرافق العامة بنودا وشروط تعاقدية وأخرى تنظيمية تحكم عملية الرقابة الفنية، والتي تصب في الأساس في صالح جودة الخدمة العمومية المقدمة من طرف المرفق العام المفوض، فلم يعد يهم تنفيذ المفوض له لالتزاماته التعاقدية مهما بالقدر الذي تكتسبه مدى احترام الشروط الفنية الحديثة وتنفيذ الالتزامات التعاقدية وفقا للصورة الفنية المطلوبة، فقد أدى التطور الملفت لوسائل الإنتاج وفق مبادئ التسويق الحديثة الى وجود مرافق عامة متنوعة ومعقدة من حيث أساليب التسيير حيث يصعب على الأعوان الإداريين تقييم هذه النشاطات العامة الفنية إلا من خلال اللجوء الى فنيين ومختصين يمكنهم الحكم على مدى الالتزام بالبنود التعاقدية للمفوض له مما يتطلب من السلطات المانحة الاستعانة بالوسائل الفنية والبشرية الملائمة للتأكد من مدى تنفيذ بنود عقود التفويض بالطريقة الصحيحة وبالشكل الذي يضمن تحقيق أهداف المرافق العامة موضوع التفويض.

الفرع السادس: الرقابة القضائية

من المسلم أن الرقابة القضائية هي رقابة مستقلة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وبالتالي فهي فalcضاء وأكبر حماية وضمانا للحقوق بكل حيادية وبوصفها سلطة مستقلة عن أطراف العقد، ويعتبر العقد الإداري هو من محاور القضاء الإداري الرئيسية، فيكون من اختصاصه النظر في مدى شرعية تكوين العقد الإداري لاسيما عند مرحلة اختيار صاحب التفويض من ضرورة احترام موجبات الإعلان عن التعاقد أو حماية مبادئ المنافسة ومختلف إجراءات الأبرام التي تستدعي تدخل قاضي الأمور المستعجلة أو تدخل قاضي الموضوع عن طريق التصدي للطعون التي ترتبط بمنازعة القرارات المتصلة بتنفيذ موجبات العقد كتجاوز السلطة من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة أو الإخلال من طرفي العقد بالالتزامات العقدية للتفويض أو حال حدوث ظروف طارئة من شأنها أن تؤدي الى خلل في التوازن المالي للعقد وتؤثر على استقراره وديمومته¹.

¹ محمد يعرب الشرع، المرجع نفسه، ص 173.

فرقابة القاضي الإداري الاستعجالي في حالة الاخلال بالمراحل السابقة لتوقيع عقد التفويض تستدي اتخاذ تدابير مؤقتة لإلزام أطراف العقد لاتباع الإجراءات والخطوات القانونية المناسبة المنصوص على اتباعها قبل إرساء عقد التفويض على أحد المتعهدين، فيختص القاضي الإداري الاستعجالي في المرحلة السابقة لتوقيع العقد المتعلق بتفويض المرفق العام، وقد تبني المشرع الفرنسي حالات الاستعجال القضائية والتي تتطلب توافر الشروط التالية:

1/ مخالفة القواعد والمبادئ التي تقوم عليها المناقصة مثل احترام مبدأ المنافسة والمساوات بين المتعهدين وكذا مبدأ علانية الإجراءات.

2/ أن يكون اللجوء للقضاء الاستعجالي من ذوي المصلحة في إبرام العقد أي الأشخاص الذين يمكن أن يصيبهم ضرر في مراكزهم القانونية من جراء مخالفة المبادئ المتعلقة بإبرام العقد.

3/ أن يكون اللجوء الى القضاء الاستعجالي قبل توقيع العقد إذ تنتقل الصلاحية لقضاء الموضوع بعد التوقيع عن طريق دعوى البطلان لتجاوز السلطة أو في دعوى التعويض.

فيصل القاضي الاستعجالي في صحة الإجراءات المتخذة التي تسبق توقيع العقد وهذا لأن طبيعة هذه القواعد المتعلقة بالإبرام ذات طبيعة استعجالية لارتباطها بمواعيد مضبوطة يخضع لها جميع العارضين والجهة الإدارية مانحة التفويض على حد سواء.

لذلك فهناك بعض القرارات التي تسبق مرحلة إبرام عقد التفويض تتخذها السلطة المفوضة كالقرارات المتعلقة بالمصادقة على عملية انتقاء المفوض له والقرار المتعلق بإبرام عقد التفويض إذا ما تم الطعن فيها لعلة تجاوز حدود السلطة بهدف إبطال تلك القرارات كلياً أو جزئياً فقد يترتب على إبطال هذه القرارات إبطال إبرام عقد التفويض، في حين أن إبطال القرارات المنفصلة عن عقد التفويض في حال كان لاحقاً لإبرام العقد فلن يؤدي الى إبطال العقد لأن ذلك يرجع الى قاضي الموضوع من خلال دعوى إبطال العقد التي ترفع من قبل أحد أطرافه، بالإضافة الى أن هذه الدعوى يمكن ترفع من قبل المنتفعين من خدمات المرفق العام بالرغم من كونهم ليسوا أطراف في عقد التفويض، بالإضافة الى أنه كذلك يحق للطعن بالإجراءات المتخذة بمناسبة تنفيذ العقد إذا كان من شأنها أن تشكل خرقاً لمضمون البنود التنظيمية التي يتطلبها تنفيذ المرفق العام¹.

فيفصل القاضي الإداري بين أطراف العقد في النزاعات موضوع الطعون بالبطلان وإلغاء القرارات والعقود الإدارية المخالفة للقواعد القانونية المعمول بها وكذا الاعمال القانونية المشوبة بعيوب البطلان

¹ محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 174.

كتجاوز السلطة، وبذلك يوفر القضاء حماية مزدوجة لعقود التفويض الأولى تتعلق بحماية شرعية الإجراءات قبل إبرام العقد مما يساهم في اختيار أفضل المترشحين من بين العروض المقدمة من قبل المتعهدين، والحماية الثانية في مرحلة ما بعد توقيع العقد، مما يشكل ضماناً قوية للحفاظ على مبدأ الشرعية للعقود، كما أنه يمكن للأطراف المتعاقدة اللجوء العدالة كلما اعترضت عملية تنفيذ العقد ظروف خارجة عن نطاق طرفي العقد للمطالبة بتعديل الالتزامات .

فالطعن بالإلغاء هو وسيلة قضائية تتطلب توافر مجموعة من الشروط الواجبة لقيام الدعوى القضائية وهي تمثل وسيلة قانونية إجرائية لحماية الحق، تهدف الى حماية شرعية الأعمال الإدارية من عقود وقرارات يتم رفعها الى جهة قضائية مختصة من أجل الفصل بموجب حكم قضائي وهي دعوى تصدر بشأنها أحكام قضائية، والهدف الأساسي هذه الدعوى هو حماية المصلحة العامة ومبدأ الشرعية فهي تتعلق بفحص شرعية القرار المطعون فيه وذلك بغض النظر عن الحقوق الشخصية لرافع الدعوى¹.

كما يمكن للقضاء الإداري مساءلة الجهة الإدارية المتعاقدة عن الأضرار التي يمكن أن تنتج عن التقصير، وكذا في حالة الإمتناع عن ممارسة الرقابة التي ينص عليها القانون أو الإساءة في استخدامها، فيترتب عن ذلك إمكانية رفع الطرف المتضرر لدعوى التعويض الذي هو عبارة عن مبلغ نقدي يفرض بحق صاحب الالتزام المخلل بالتزاماته سواء التعاقدية أو التنظيمية، وأدى ذلك الإخلال أو التقصير الى وقوع ضرر مادي أو معنوي على أحد أطراف العقد، ويتم تقدير ذلك الضرر عن طريق حكم قضائي²، ويقدر قدر الضرر من طرف القاضي وفق شروط يقرها القانون وطبقاً للمعطيات الاقتصادية لكل عقد على حدى .

وبالتالي يتبين أن الرقابة القضائية على عقود التفويض كباقي العقود الإدارية الأخرى إنما تستهدف حماية شرعية هذه العقود من خلال حماية العقد منذ المراحل الأولى لتكوينه من جميع أشكال الانحرافات المتعلقة أساساً بحماية المنافسة وشفافية إجراءات الإبرام وصولاً الى مرحلة التنفيذ، حيث تضمن الرقابة القضائية كذلك التحقيق الأمثل للمرفق العام في ظل احترام المبادئ التي تحكم تنظيم استغلاله وسيره بانتظام واضطراد.

¹ سميرة عمر محمد علي الكاديكي، مرجع سابق، ص 438.

² محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 174.

وتستمد الرقابة القضائية فعاليتها من كونها رقابة مستقلة عن أطراف العقد فهي أكثر حيادية وحفاظا على حقوق أطراف العقد واحتراما لمبدأ المشروعية، للمستثمر الحق في التظلم أمام العدالة في حالة المساس بحقوقه أو في حالة تقصير السلطة المفوضة في القيام بالتزاماتها فنجاح عقود التفويض مرهون بوجود رقابة قضائية فعالة ومستقلة تضمن احترام حقوق جميع الأطراف وتخلق نوعا من الطمأنينة خاصة لدى المستثمرين في المرافق العامة فتدفعهم الى المبادرة أكثر في خلق استثمارات جديدة.

وبالتالي يمكن القول بأنه لا يقتصر دور الرقابة الممارسة على عقود تفويض المرافق العامة على مدى التزام الأطراف المتعاقدة بتنفيذ الالتزامات الموكلة إليها بموجب عقد التفويض، وإنما يبرز دور الرقابة بكل أنواعها الممارسة على عقود التفويض أكثر من خلال ضمان شرعية الإجراءات المتبعة في عملية إبرام العقد وكذا في مرحلة تنفيذ العقد بالموازاة مع مراعاة خصائص ومتطلبات المرفق العام ، فاتباع الاجراءات والقواعد المنصوص عليها في عملية إبرام عقد التفويض التي تمكن من الوصول الى عقود أكثر نجاعة وفعالية باعتبار هذه الإجراءات المكرسة في القانون بداية من المراحل التمهيدية وانتهاء بالتنفيذ وهي تمثل ضمانا أساسية لحماية كل الأطراف المتعاقدة من أي انحراف يمكن أن يشوب عملية التعاقد.

فالفساد والانحراف في إبرام عقود التفويض ينعكس سلبا على الأداء الفعال للمرافق العامة بطريق غير مباشرة من حيث أن احترام قواعد الاختيار من منافسة وشفافية يتيح الوصول الى المفوض اليه الكفاء وفي المقابل يؤدي الانحراف في هذه الإجراءات الى اختيار صاحب التفويض غير المؤهل مما يؤدي الى التنفيذ السيئ للمرفق العام موضوع التفويض وهذا ما سنعرض له في هذا المبحث دراسة من خلال تسليط الضوء على الآليات الرقابية والمبادئ المقرر احترامها أثناء مراحل تكوين وصولا الى احترام المبادئ المقررة لتنفيذ المرافق العامة المفوضة.

المبحث الثاني: الرقابة على تكوين وتنفيذ عقد التفويض

ولعل الاتجاه الى أسلوب التفويض كان من أهم النتائج المترتبة على مفاهيم المعتمدة في اطار عملية خوصصة التسيير، لأن الخوصصة لم تعد تقوم على نقل الملكية فحسب وإنما باتت تعني وفق المفهوم الواسع لها، على أنها تقوم على نقل إدارة واستغلال المرفق العام الى القطاع الخاص، والاتجاه تقليص دور أشخاص القانون العام في مختلف مجالات التسيير، وتعويض ذلك بالاعتماد مبادرة الأفراد والقطاع الخاص على وجه التحديد، فامتد مفهوم الخصخصة ليشمل إدارة واستغلال المرفق العام وفقا للآليات التي يفرضها السوق، فبات من أبرز أهداف تلك المرافق تحقيق الربح زيادة على كونه يلبي

حاجات عامة أساسية ، فأصبحت كل المرافق العامة مطالبة بتحقيق مردودية بما فيها تلك المملوكة للدولة، بحيث لم تعد نوع الملكية عاملاً حاسماً في تحديد أسلوب تسيير المشروع أو المرفق العام وبذلك أصبحت الإدارة المفوضة للخواص أحد أبرز رهانات التسيير الحديث، لذا فهو يوفر فرص كبيرة للنهوض بالمرافق العامة، فخصوصية التسيير تشكل حلاً وسطاً تحتفظ فيها الدولة بالملكية ويظل دورها باقياً تجاه المرافق وتبقى تحتفظ بدورها الرقابي والإشرافي¹.

فإن كان إنشاء المرافق العامة وتنظيمها من صميم صلاحيات أشخاص القانون العام وهو من يختار الطرق المثلى والوسائل الملائمة لتنظيمها وإدارتها واستثمارها، فهو يستمد ذلك من سلطاته الاستثنائية في الاختيار بين أسلوب التسيير المباشرة أو أسلوب الإدارة غير المباشرة، والتي من أشكالها المتعددة أسلوب تفويض المرافق العامة، فالاختيار يعد مسألة ملائمة من صلاحيات الشخص المعنوي العام المكلف بتنظيم وإدارة المرفق العام وفقاً لحاجياته وقدراته²، إضافة إلى اختيار أسلوب التسيير يتمتع الشخص العام المفوض بسلطة اختيار الصورة الأنسب من بين الأشكال المتعددة لأسلوب التفويض، والتي تتوافق مع موضوع المرفق محل التفويض حسب طبيعة المرفق واحتياجاته والحالة التي يكون عليها فبعض المرافق العامة تكون في حالة متدهورة تحتاج إلى نفقات كبيرة من أجل إعادة استغلالها والاستثمار فيها في حين تكون مرافق عمومية أخرى في حالة جيدة يمكن تنشيطها بالاعتماد على خبرة الخواص في التحكم في التسيير فقط ، فهي تتلاءم مع صور التفويض التي لا تحتاج إلى استثمارات كبيرة كعقود الإدارة و عقود مشاطرة الاستغلال.

فتفويض المرفق العام الذي يقوم أساساً على مبادئ الاستمرارية والمساواة والتكيف، لا يعني بأي حال من الأحوال تخلي السلطة المفوضة عن مسؤولياتها، إنما تبقى هذه المسؤولية قائمة ويتصرف المفوض له في جميع الأحوال، تحت رقابة السلطة المفوضة المكلفة أساساً بتلبية حاجات مستعملي المرفق العام، والتي تعتبر من أبرز اهتمامات السلطات العمومية³، فكان لزاماً على السلطة المفوضة

¹ ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2016، ص 174.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 398.

³ التعليم رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019 التي تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المؤرخ في 02 أوت 2018. المتعلق بتفويض المرفق العام.

بسط رقابتها على عقود التفويض مستعينة بوسائل السلطة العامة وامتيازاتها لضمان المصلحة العامة باعتبارها الهدف الجوهرى المنشود للمرافق العامة بغض النظر عن الأساليب المعتمدة في تسييرها.

وبالتالى فإن لعملية الرقابة على عقود التفويض أهمية كبيرة في ضمان فعالية تقنية التفويض كأسلوب غير المباشر معتمد في تسيير واستغلال المرافق العامة، بالإضافة الى أنها التزام أصلي يقع على عاتق السلطة المانحة للتفويض، ولا يعفيها من هذا الالتزام كون المرفق يدار بطريقة غير مباشرة وإنما تصبح عملية الرقابة أكثر إلحاحاً باعتبار الغير المفوض لن يكون في كل الأحوال أكثر حرصاً من صاحب الالتزام الأصلي وبالأخص في الحفاظ على مقتضيات الصالح العام وهذا ما سنتعرض له في هذا المبحث من خلال إبراز دور الرقابة خلال الرقابة الذاتية للسلطة المفوضة (المطلب الأول) احترام مبادئ تكوين العقد (المطلب الثاني)، ثم نتعرض للرقابة على عقود التفويض خلال مرحلة تنفيذ العقد في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الرقابة الذاتية للسلطة المفوضة

إن الهدف من تحقيق المرافق العامة على اختلاف موضوعاتها وتباين صوره والطرق المعتمدة في إدارتها هو الوصول الى إشباع الحاجات العامة للأفراد والجماعات من خلا تحسين جودة الخدمات العامة المقدمة لجمهور المنتفعين، فكان من أبرز مهام هذه المرافق ضمان الكيفية المثلى لإرضاء مستخدميها وإتاحة الخدمة العمومية للجميع دون تمييز وبشكل دائم ومنظم، ومن هذا المنطلق يتوجب على الجهة القائمة على المرفق العام أن تهتم بضرورة سير المرافق العامة واستمراريتها في تقديم الخدمة، بغض النظر عن طرق إدارة واستغلال المرفق العام سواء كانت بطريقة التسيير المباشر وإتباع الطرق التي فرضتها عملية التحرر الاقتصادي من خلال إشراك الغير في إدارة هذا المرفق العام¹، غير أن الجهة الإدارية العامة باعتبارها المسؤول عن إدارة وتنظيم المرافق العامة تبقى كذلك هي المسؤولة عن السير الحسن لمرافقها العامة حتى في حالة التسيير غير المباشر لها.

وبذلك ينبغي التنويه الى أن سلطة الإدارة في الرقابة تمتد الى المراحل التي تسبق تنفيذ العقد وهي الرقابة التي تكون في مرحلة اختيار المتعاقد مع الإدارة، وهاتان الرقابتان تختلفان عن بعضهما اذ أن لكل مرحلة خصوصيتها، وقد تكون ممارسة الرقابة أثناء مرحلة الابرام واختيار المتعاقد الخاص من خلال عدة هيئات ولجان معدة لهذا الغرض وفي عدة مراحل، وذلك لضمان حسن ابرام العقد وتحقيق الاهداف العامة المرجوة منه، وكذا مطابقة النصوص القانونية المنصوص عليها وفقاً للشكل

¹ ميادة عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 259.

الذي يؤدي الى حماية المال العام والرقابة يمكن أن تكون داخلية ذاتية أي أنها تمارس داخل الهيئة نفسها والتي تحدث عدة هيئات مثل لجنة فتح العطاءات وتقييم العروض وقد تكون الرقابة خارجية أي تمارس من خارج الوحدة الإدارية¹. فبالنظر الى أهمية هذه العقود الإدارية خاصة من ناحية الجوانب الاقتصادية والاجتماعية، فقد أحاطها المشرع بالعديد من الضوابط أثناء عملية إبرامها بهدف حماية المال العام من جهة وإتاحة أفضل الآليات للجهة الإدارية العامة لاختيار أفضل المتعهدين للتعاقد معها²، فتمارس الرقابة على إجراءات تكوين العقد التفويض أثناء المراحل التي تسبق إبرام عقد التفويض في ما يعرف بالرقابة الداخلية التي تمارسها السلطة المفوضة من خلال لجنة اختيار وانتقاء العروض ورقابة خارجية تمارس من طرف لجنة تفويضات المرفق العام.

وهذا النهج كرسه المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فبالرغم من أن المرسوم لم يحدد نظاما قانونيا يكفل إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام إلا أنه اسند تطبيق أحكام المرسوم الرئاسي للتنظيم وذلك ما عالجه من خلال أحكام المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي نظم إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام بنظام قانوني خاص يتشابه إلى حد ما مع النظام القانوني الفرنسي لكن وفق إطار ونظم تتسجم مع خصوصية النظام القانوني الجزائري³، فالرقابة الذاتية على عقود التفويض تعد هي الأصل وهي الأكثر جدوى باعتبارها تمارس من قبل السلطة المانحة صاحبة الاختصاص الأصيل في تسيير واستغلال المرفق العام موضوع التفويض وباعتبارها الهيئة الأكثر دراية بشؤون إدارة المرفق العام.

بالإضافة الى أن هذا النوع من الرقابة يكون أكثر فعالية باعتبار أن السلطة المفوضة تملك العديد من الأدوات الرقابية والمؤهلات التي تمكنها من القيام بهذا الدور بالاستعانة بلجان متخصصة تنشأ خصيصا لهذا الغرض لدى السلطة المفوضة، زيادة على أن تدخل السلطة المفوضة في الوقت المناسب وتمتعها بامتيازات السلطة العامة التي تمنحها صلاحية التنفيذ المباشر تضيفي على عملية الرقابة الذاتية الفعالية المنشودة في تحقيق نجاعة عقد التفويض.

¹ سالي محمد جمعة، مرجع سابق، ص 77.

² يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 66.

³ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 265.

الفرع الأول: الرقابة الداخلية

الرقابة الداخلية على عقود التفويض هي عملية رقابة ذاتية تمارسها السلطة المفوضة بنفسها وتتم على المستوى الداخلي، تمارس من خلال لجنة تنشأها السلطة المفوضة تسمى "لجنة اختيار وانتقاء العروض"، وهي لجنة تشكل من موظفين مؤهلين من بينهم الرئيس يعينهم مسؤول السلطة المفوضة، ويتم اختيار هؤلاء الموظفين من بين الموظفين الأكثر كفاءة وخبرة، تضع هذه اللجنة نظاما داخليا تبين فيه طريقة عملها، فقد ترك المشرع الجزائري مهمة وضع النظام الداخلي لهذه اللجنة لمسؤول السلطة المفوضة، الذي يحدد بموجب مقرر يصدر عنه، و يوضح في النظام الداخلي طريقة عمل اللجنة، والنصاب القانوني الواجب توفره لانعقاد اجتماعاتها والنصاب القانوني لاتخاذ قراراتها وسير أشغال اللجنة، فهي لجنة داخلية نص عليها المشرع الجزائري للقيام بمهام محددة في إطار ممارسة الرقابة الداخلية على الإجراءات والخطوات التي تسبق إبرام عقد التفويض.

1/ مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض:

تحدث السلطة المفوضة لجنة اختيار وانتقاء العروض كآلية قانونية لإعمال عملية الرقابة الداخلية للتأكد من سلامة الإجراءات القانونية التي تمر بها اتفاقية تفويض المرفق العام ويتضح من تسميتها مهمتها الأساسية التي وهي مهمة اختيار وانتقاء العرض المؤهل من الناحية التقنية والمالية ومن حيث المزايا الاقتصادية التي يقدمها المتعهد، وبالتالي وتبعا للمراحل التي لا بد لعقد التفويض أن يمر عليها، تنقسم هذه المهمة الى أربعة مهام أساسية وهي:

أ. **مرحلة فتح العروض:** تكلف هذه اللجنة في مرحلة فتح العروض بالتأكد من تسجيل ملفات العروض في سجل خاص وفق ترتيب ورودها، ثم بعد ذلك تقوم بفتح الأظرف ثم العمل على إعداد قائمتين تضم القائمة الأولى أسماء المترشحين حسب الحالة وتاريخ وصول الأظرف، والقائمة الثانية تضم الوثائق التي يتكون منها كل عرض، وتحرر اللجنة في هذا الشأن محضر اجتماع موقع عليه من جميع أعضاء اللجنة الحاضرين أثناء جلسة الفتح.

في حالة تبين عدم جدوى العروض المقدمة، تقوم اللجنة بتحرير محضر يوضح ذلك ويوقعه الأعضاء الحاضرين أثناء الجلسة، وبذلك تنتهي أشغال اللجنة في هذه الحالة بتدوين أشغالها في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة.

ب. مرحلة فحص ملفات التعهد:

تقوم اللجنة المختصة في هذه بفحص وتدقيق ملفات العرضين التي وصلت إليها، فتقوم بدراسة جميع المؤهلات التقنية و المالية والمهنية للمتعهدين، وتدرس إمكانياتهم وقدراتهم بناءا على المعايير

التي يحددها دفتر الشروط الخاص بالمرفق العام موضوع التفويض ، وتقوم بهذا الصدد باستبعاد ملفات المتعهدين غير المطابقة لتلك المعايير المحددة سلفا، وتقوم بإعداد قائمة للعارضين الذين تم قبولهم لتقديم عروضهم وتبليغها للسلطة المفوضة، وتختتم هذه المرحلة كذلك بتحرير محضر اجتماع موقع عليه من جميع أعضاء اللجنة الحاضرين أثناء الجلسة، وفي حالة عدم الجدوى تقوم اللجنة بتحرير محضر بذلك يوقعه الأعضاء الحاضرين أثناء الجلسة، وفي الأخير تقوم بتسجيل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة.

ج. مرحلة فحص العروض:

تقوم اللجنة في هذه المرحلة بفحص العروض التي تم انتقاؤها مبدئيا من خلال دراسة عروض واستبعاد العروض غير المطابقة للمعايير التي يتطلبها دفتر الشروط الخاص بالعملية، وكذلك يتم اعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط مرتبة حسب الأفضلية، ثم تقوم اللجنة بتحرير محضر اجتماع يوقع عليه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين أثناء الجلسة وفي حالة عدم الجدوى، يتم تحرير محضر بذلك يوقعه أيضا الأعضاء الحاضرون أثناء الجلسة¹، وأخيرا تقوم بتسجيل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة، وعند الاقتضاء تقوم اللجنة بدعوة المترشحين الذين تم انتقائهم كتابيا وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة لاستكمال عروضهم.

د. مرحلة المفاوضات:

تعتبر مرحلة المفاوضات من أهم المراحل التي يمر بها عقد تفويض المرفق العام، وتكتسي هذه الأهمية الكبيرة التي تنبع من أهمية عقد التفويض في حد ذاته ، لأن المفاوضات يبرز فيها دور الاعتبار الشخصي الذي يظل ملازما لعقد التفويض ولا يؤثر ذلك على مبدأ المنافسة في اختيار المفوض إليه² لأن طبيعة عقد التفويض تقتضي وجود المفاوضات التي تكاد تكون سمة لصيقة بعقد التفويض على خلاف باقي العقود الإدارية الأخرى التي تتضاءل فيها أهمية المفاوضات أثناء عملية ابرام العقد، لذلك فإنه يمكن القول أن فتح المجال للمنافسة بما يؤدي الى تعدد العروض لا يعني اكتفاء الإدارة المتعاقدة بآلية التعاقد المكرسة في نطاق عقود الصفقات العمومية، لذلك فإنه يتلو عملية الترشح للتعاقد أن تسعى الجهة الإدارية المانحة للتفويض الى الدخول في مفاوضات مع هذا العارض

¹ محمد شرميطي، حدود ومضمون المفاوضات في ابرام عقود تفويض المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 العدد 01، سنة 2020، ص 693.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 487.

للوصول الى أفضل الشروط والصيغ لتأمين المصلحة العامة فمرحلة التفاوض بالنسبة لعقود تفويض المرفق العام ليست مرحلة روتينية عابرة بل هي من الأهمية بمكان لأنه قد ينتج عنها إما إتمام عملية التعاقد مع المتعهد أو توقف الإجراءات وعدم توقيع العقد¹.

مرحلة المفاوضات باعتبارها هي المرحلة التي تسبق عملية توقيع عقد التفويض يعرض فيها كل طرف من ما يعتقد أنه يحقق مصلحته، فهي خطوة ضرورية لتقريب وجهات النظر والتوفيق بين إرادة الأطراف المتعاقدة من خلال التقريب بين المصالح المتعارضة للراغبين في التعاقد، للوصول الى حلول وسط على أساس من حسن النية المتبادلة بين الجهة المانحة والعارضين وتعكس الجدية في الوصول الى اتفاق تعاقدى منتج من قبل جميع الاطراف، فتقوم المفاوضات على هذا النحو بدور جوهري في مجال هذه العقود انطلاقاً من فكرة الحرية التعاقدية والتي تعني أن كل شيء قابل للتفاوض لأن في ذلك مزايا قانونية كثيرة تساهم في إثراء صيغ التعاقد².

فالمفاوضات بشكل عام تهدف الى تحقيق صياغة قانونية جيدة لبنود عقد الشراكة بشكل عام وهو أمر بالغ الأهمية، وذلك كون هذه المشاريع العامة تستثمر فيها مبالغ مالية معتبرة وتترتب عليها مخاطر كثيرة متوقعة وغير متوقعة بالنسبة لطرفي العقد، فضلاً عن التطور التقني الذي يؤدي الى ظهور نفقات زائدة للإعلانات والدعاية و تتخللها العديد من التعاقدات من الباطن مما يضيف المزيد من التركيب والتعقيد على هذه العقود، بالإضافة الى طول المدة التي تستغرقها عملية الإنجاز والتنفيذ فبالنظر الى جميع هذه الأسباب يصبح إجراء المفاوضات أمر لا بد من تغييره، فتختار الجهة الإدارية في هذه المرحلة من يقوم بهذه المفاوضات على أساس من الكفاءة والخبرة والالمام بالعديد من التخصصات الفنية والمالية والقانونية بحيث يمكن للمفوض الإحاطة بكل جوانب العقد فيعمل على تحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين وهو الأمر الذي يؤدي الى التقليل من حدوث منازعات مستقبلاً بشأن تنفيذ العقد ويحدث ذلك من خلال حوار تنافسي تجريه الجهة المانحة يهدف الى دعوة المستثمرين المؤهلين الذين تم تأهيلهم الأولي بهدف الحصول على معلومات أكثر تبرر جميع عناصر العرض الفني والمالي المقدمة من قبل المتعهدين³، وبالتالي الإلمام بكافة جوانب العقد موضوع التفاوض والإقبال على توقيع العقد بكل ثقة مما يساهم في استقرار العقد.

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 260.

² كمال طلبية، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (دراسة مقارنة)، ص 181.

³ سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 153.

وهذا على خلاف ما جرى عليه العمل في عقود الصفقات العمومية في مسألة اختيار المتعاقد فالاختيار في عقود تفويض المرفق العام، يتسم بهامش كبير من الحرية والمرونة في الوقت ذاته من حيث التفاوض بين السلطة المفوضة ومختلف العرضين الذي تم تأهيلهم مبدئياً و الذين قدموا عروضهم فالسلطة العامة لا يمكن أن يقتصر دورها في ابرام العقد فحسب، وانما عليها أيضاً أن تضمن تحقيق المرفق العام لجمهور المنتفعين بشكل مستمر لمدة قد تكون طويلة نوعاً ما، وهذا يفرض على السلطة المانحة ضرورة الدخول في حوار مع العرضين المتأهلين للتأكد أكثر من امكانياتهم وقدرتهم على إدارة واستثمار المرفق العام¹، وفي هذا الإطار فإن المشرع الفرنسي ورغم تبنيه لنظام قانوني استثنائي في عقود التفويض عن ما هو عليه الحال في قانون الصفقات العمومية، إلا أنه لم يقيد السلطة المفوضة به بل ترك لها الحرية في اختيار الإجراءات الملائمة بمعنى أنه يمكن تطبيق إجراءات ابرام عقود الصفقات العمومية على عقود تفويض المرفق العام اذا كانت تتناسب مع متطلبات العقد².

فالحوارات وحرية المفاوضات جائزة في عقود تفويض المرفق العام، ولكن ليست غريبة في العقود الإدارية الأخرى، ولكن ما يميزها في عقود التفويض أنها مرنة وتتلاءم مع عقود التفويض.

فالمفاوضات مرحلة حساسة في اجراءات ابرام عقود تفويض المرفق العام، فالإحتكام الى المنافسة من حيث المبدأ واستقبال العروض هذا لا يعني أن الجهة المتعاقدة ستلجأ الى التعاقد عن طريق آليات المنافسة فحسب، التي يتم اتباعها في نطاق عقود الصفقات العمومية والعقود الإدارية الأخرى بل لابد أن يعتمد الابرار هنا على عملية التفاوض التي تأتي بعد إجراءات العلانية وقيود المنافسة المسبقة مما يحقق التوازن المطلوب بين متطلبات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة، وفي المقابل ضرورة تمتع الجهة الإدارية المانحة بهامش من الحرية عند اختيارها لصاحب التفويض بناء على ما يقتضيه مبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى³.

فخصوصية مشروعات تفويض المرافق العامة تواجهها عقبات مختلفة تكون على شكل تكاليف ومخاطر الاستغلال، وبالحوار والمناقشات أثناء مرحلة المفاوضات يمكن تذليل هذه العقبات، فهذا يستدعي التأكد من الامكانيات اللازمة لتنفيذه والصعوبات المتوقعة في إنجازه فهي تعطي فكرة تفصيلية

¹ محمد شرميطي ، مرجع سابق، ص 631.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 261.

³ ابوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 126.

تلم بفكرة المشروع تساعد المتعاقد على اكتساب معرفة اقتصادية وفنية تسهل عليه اتخاذ القرار الاستثماري الصحيح، ويبقى على السلطة المفوضة الإحاطة بجميع المشاكل والعقبات التي تواجه المستثمر.

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ laure lagasse أن إبرام العقد دون اللجوء الى المفوضات من شأنه التأثير على الخدمة العمومية، وذلك لأنه لا يسمح بمناقشة العروض من جميع جوانبه وتفقدته بهدف تحسين فالتفاوض يمكن السلطة المفوضة من اجراء تغييرات وتعديلات على العرض المقدم وذلك لتحقيق أكبر قدر من التوافق مع احتياجات السلطة المفوضة لأن أغلبية عقود التفويض تمتاز بمدة طويلة بالإضافة الى الحجم الكبير للاستثمارات المعقدة .

وبالتالي فإنه لا يوجد أي تعارض بين مبدأ المنافسة والمفاوضات في عقود تفويض المرفق العام بل هناك تكامل ضروري يصب في اطار إنجاز أسلوب التفويض فلا بد من وجود مرونة لإبرام اتفاقية التفويض ، فليس الهدف من التفاوض التسهيل في عملية التعاقد بقدر ما هو وسيلة لاختيار أفضل العروض وبالتالي خدمة أكثر جودة للمرتفقين ولتمكين المتعاقدين من مناقشة التفاصيل التي عادة ما تكون هي أسباب الخلاف بين الأطراف المتعاقدة أثناء عملية تنفيذ المرفق المفوض، فخضوع المفاوضات لرقابة القضاء والقضاء الفرنسي قطع شوطا مهما في ذلك، في حين يجب على السلطة المفوضة إذا كانت لا تريد استخدام التفاوض في إبرام عقد التفويض أن تحتفظ به كإجراء يتم اللجوء إليه عند الضرورة التي تملئها المصلحة العامة أثناء إبرام العقد¹، وإذا اختارت السلطة المفوضة إبرام عقد التفويض عن طريق التفاوض فيجب عليها أن تلتزم بالمبادئ التالية :

1/ احترام مبدأ المساوات في التفاوض مع المتعهدين وعدم تفضيل مرشح على آخر في عملية التفاوض من خلال تطبيق القواعد القانونية المتبعة في هذا الشأن.

2/ تطبيق مراحل التفاوض وذلك بالمساواة في المعاملة أثناء تقديم العروض والسماح للعارض بمناقشة عرضه طبقا لقاعدة السؤال والجواب والتي تشمل جميع تفاصيل العرض وتمكين العرض من الدفاع على المزايا التي يقدمها عرضها

3/ يجب على السلطة المفوضة أن تحتكم الى المعايير والمواصفات المحددة مسبقا في دفتر الشروط وعند تعديل هذه المعايير يجب على الجهة المانحة للتفويض الالتزام بعدم تكريس معايير تمييزية.

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 262.

5/ احترام مبدأ السرية

وضعت هذا المبدأ أحكام المادة 38 من الأمر 2016/65 والتي نصت على " أنه دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوصول الى الوثائق الإدارية لا يمكن للسلطة المفوضة أن تقدم أي من المعلومات التي تحتفظ بها الإبرام العقد والتي من شأنها أن تؤثر على المنافسة العادلة بين المرشحين " ويترتب على مبدأ السرية ما يلي:

يقتضي مبدأ السرية أن تبقى الوثائق التي يودعها العارض أو المعلومات التي يدلي بها أثناء مرحلة التفاوض بشأن الخصائص التقنية والفنية التي يبرر بها أفضلية عرضه، أن تبقى هذه المعلومات في سرية تامة لدى الجهة الإدارية مانحة التفويض لأن الإخلال بهذا المبدأ يؤدي الى انتهاك مبدأ المنافسة ويضر بمصالح المترشح ويمس بمصادقية المنافسة، إلا أن ذلك لا يتعارض مع القواعد القانونية التي تنص على إمكانية الاطلاع على هذه المعلومات أمام الجهات القضائية المختصة بمناسبة نظرها في الطعون التي يمكن أن يرفعها أحد المترشحين أمام العدالة للتحقق من صحة الوثائق التي تم الاعتماد عليها لإبرام العقد، غير أنه يمكن تجاوز هذا المبدأ من طرف العارض وموافقته على الكشف عن بعض المعلومات عن عرضه وتكون موافقته كتابيا¹.

وانطلاقا من ذلك وبالرغم من أنه يوجد تقارب بين بعض صور عقد التفويض وعقود الصفقات وتشابهه في كثير من الإجراءات المتبعة لإبرام هذه العقود، نظرا لطبيعة عقود التفويض التي تتعدد صورها وأشكالها مثل التشابه بين عقود الخدمات وعقود التسيير²، ألا أن مرحلة المفاوضات مرحلة لها أهميته كبيرة في عقود التفويض ودور حاسم في تحديد العرض الفائز بعقد التفويض بالنظر الى طبيعة عقد التفويض وتعقيده وطول مدة إنجازه وارتباطه بالمرفق العام، كل هذه العوامل زادت من أهمية التفاوض كأهم مرحلة تسبق توقيع عقد تفويض المرفق العام، بالإضافة الى أن مرحلة التفاوض يبرز فيها الاعتماد على المعيار الشخصي في إبرام عقد التفويض، وتمتع الإدارة بهامش كبير من الحرية في إبرام عقد التفويض بالمقارنة مع القواعد الإجرائية المضبوطة التي تميز العقود الإدارية الأخرى كعقود الصفقات العمومية.

لذلك عمد المشرع الجزائري الى تكريس مبدأ التفاوض في المرسوم 199/18 حيث تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض، عن طريق مسؤول السلطة المفوضة بدعوة المترشح أو المترشحين الذين تم

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 263.

² المرجع نفسه، ص 262.

انتقائهم والمعنون بالمفاوضات، وتفاوض كل مترشح على حدى في ظل احترام بنود اتفاقية التفويض وتقوم بإعداد محضر المفاوضات لكل جلسة تفاوض، ثم تنهي المفاوضات بتحرير محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة حسب الأفضلية، وهنا يتعين عليها اقتراح المرشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض.

وبذلك تعد مرحلة التفاوض إحدى المراحل الأساسية التي تقوم بها السلطة المفوضة في إطار الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها على عقود التفويض من خلال لجنة اختيار وانتقاء العروض التي تنشأ لهذا الغرض وتتأكد السلطة المفوضة من خلال هذه المرحلة من الإمكانات التقنية والفنية للعرض وتتلقى الشروحات والمعلومات المفصلة عن العرض وتتأكد من خلال الوثائق الإيضاحية قدرة المتعهد على التسيير الأمثل للمرفق العام موضوع التفويض وهذا كله بعد أن يتم تأهيله قبل ذلك من قبل لجنة الانتقاء والتأكد من مطابقة عرضه للمعايير المطلوبة في دفتر الشروط ، لتصل في الأخير الى إبرام عقد تفويض المرفق العام وفقا قواعد قانونية سليمة.

الفرع الثاني: الرقابة الخارجية

تنشأ في إطار الرقابة الذاتية القبلية الخارجية، لدى السلطة المانحة للتفويض لجنة تفويضات المرفق العام، إذ تمكن هذه اللجنة السلطة المفوضة من مراقبة نفسها بنفسها ولذلك تدعى رقابة ذاتية فهي تمكن السلطة المفوضة من معالجة الاختلالات والتجاوزات التي يمكن أن تطال عملية إبرام عقود تفويض المرفق العام، وتعد لجنة تفويضات المرفق العام إحدى آليات السلطة المفوضة للقيام بهذه المهمة الرقابية، وتضطلع هذه اللجنة بمهمة الرقابة الخارجية على المستويين على الولائي والبلدي يحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر يصدر عن مسؤول السلطة المفوضة، و يعين أعضائها بموجب مقرر بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون اليها هؤلاء الأعضاء ، لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، فنصت المادة 79 من المرسوم 199/18 على تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام على المستويين الولائي والبلدي كما يلي:

1/ على المستوى الولائي: تتشكل اللجنة الولائية لتفويضات المرفق العام من:

- ممثل الولاية المختص إقليميا رئيسا
- وممثلون عن السلطة المفوضة
- ممثل عن المجلس الولائي
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية
- ممثل عن المديرية الولائية للأموال الوطنية.

على المستوى البلدي: تتشكل اللجنة البلدية لتفويضات المرفق العام من:

- ممثل رئيس المجلس الشعبي البلدي رئيسا
- وممثلون عن السلطة المفوضة
- ممثل عن المجلس البلدي
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأملاك الوطنية
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.
- وتوكل الى لجان تفويضات المرفق في إطار ممارستها لوظيفتها الرقابية المهام التالية:
- تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بالمهام التالية
- الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويضات المرفق العام
- الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال متابعة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له.
- الموافقة على مشاريع ملاحق الاتفاقيات تفويض المرفق العام.
- منح التأشيرات لاتفاقيات تفويضات المرافق العامة

دراسة الطعون المودعة لديها من طرف المترشحين غير المقبولين والفصل فيها

والجدير بالذكر هنا أن لجنة تفويضات المرفق العام المحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 199/18 تختص فقط بتفويضات المرفق العام التابعة للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، وبذلك تندرج عقود تفويضات المرفق العام التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ضمن نطاق اختصاص لجنة تفويضات المرفق العام المحدثة لدى الجهات الإدارية الوصية على المؤسسة العمومية المفوضة، وبالتالي فإن لجنة تفويضات المرفق العام تقوم بدور محوري في عملية إبرام عقد التفويض، من خلال المهام الموكلة اليها، بالإضافة الى كونها آلية فعالة لحل النزاعات التي تنور بشأن إبرام عقود التفويض بشكل ودي وهذا من خلال تصديها للطعون التي يمكن أن يرفعها المترشحون المتضررون من خرق أحد الإجراءات المتعلقة بإبرام عقد التفويض بالإضافة الى دورها الأساسي في المصادقة على مشاريع دفاتر الشروط التي تتضمن المعايير التي على أساسها يتم انتقاء العروض وتأهيلها الى المرحلة النهائية .

وبالرغم من كون اللجان التي تنشأها السلطة المفوضة تضطلع بدور مهم في الرقابة على عقود التفويض إلا أن تبعيتها نسبيا للسلطة المفوضة قد لا يسمح لها بالقيام بدورها الرقابي بشكل فعال وقد يدفعها الى التساهل في الإجراءات المتعلقة بالانتقاء أو التقييم أو عدم تطبيق الإجراءات بالصارمة اللازمة بالنظر الى الولاء التام للسلطة المفوضة باعتبارها الجهة التي تقوم بتعيينهم ، لذلك يستحسن

لو توسع هذه اللجان الى أعضاء آخرين يمثلون جهات حيادية، بالإضافة الى السماح بحضور المتعهدين لحضور جلسات اللجان في كل مراحلها بالإضافة الى ذلك فإن إعطاء السلطة المفوضة حق الغاء اجراء تفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض دون أخذ رأي لجان الرقابة القبلية ولو حتى من باب الإعلام مما يقلل من أهمية دور هذه اللجان فتكون مجرد أداة شكلية للتطبيق قرارات السلطة المفوضة¹.

كما أن هذه اللجان بالنظر الى تشكيلتها وبالمقارنة مع المهام الموكلة اليها من الناحية العملية لا يمكنها القيام بهذه المهام على أكمل وجه فكون هذه اللجان تنشأ على مستوى الجماعات الإقليمية التي تفتقد لكثير من الإمكانيات المتعلقة بتكوين الإطارات البشرية المشكلة لهذه اللجان، والتي تشارك في انتقاء عروض تقنية وفنية معقدة تتعلق بإبرام عقود تفويض المرافق العامة التي تمتاز بالتركيب والتعقيد وطول مدة الإنجاز وكثرة الالتزامات الملقة على أطراف العقد وكذا الحسابات الدقيقة للمخاطر والمكاسب المالية لأطراف العقد ، كل هذه المهارات تفتقرها في الغالب أعضاء هذه اللجان وفي المقابل فإن خبرة وامكانيات القطاع الخاص التقنية والبشرية تساهم في ترجيح الكفة لصالح المتعهدين الخواص خاصة في مرحلة المفاوضات التي تسبق التوقيع النهائي لعقد التفويض.

لكن وبالرغم من ذلك فإن اهتمام المشرع بلجان الرقابة الذاتية القبلية يشكل مظهرا إيجابيا في اطار السماح للسلطة المفوضة لممارسة الرقابة الذاتية التي تشكل آلية فعالة للرقابة من ناحية أنها رقابة وقائية أي تستهدف حماية مبدأ الشرعية والتحقق من مدى احترام القواعد القانونية الإجرائية واحترام المبادئ التي تقرضها شفافية المنافسة والمساواة بين العارضين فهذه اللجان بالرغم من المآخذ التي تشوبها الى أنها وسيلة فعالة كونها تركز رقابة الإدارة لنفسها وتسعى لتصحيح الاختلالات قبل التوقيع النهائي للعقد وهذا ما يكسبها أهمية كبيرة، بالإضافة الى ذلك فإن القيام بالرقابة القبلية الذاتية في حد ذاته يعطي الجهة الإدارية فرصة لتصحيح أخطائها بنفسها دون تدخل لجهات رقابية أخرى مما يعزز مصداقية الأعمال الإدارية.

فالرقابة الإدارية الذاتية التي تمارسها السلطة المفوضة عبر مختلف الآليات واللجان التي تنشأها تهدف الى سلامة الإجراءات المتعلقة بعقد التفويض من خلال السهر على تكريس المبادئ المتعلقة بالمنافسة والشفافية، دون إغفال مسألة الاعتبار الشخصي والتي تبرز بشكل واضح في مرحلة المفاوضات من خلال أعمال نوع من السلطة التقديرية في اختيار المترشح الأكفأ بعد تلقي الشروحات

¹ شباب حميدة، بولدي مصطفى، تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 199/18، مجلة الدراسات

الحقوقية، المجلد 08 العدد 01، جامعة سعيدة، ماي 2021، ص 696

والتبريرات المتعلقة بالعروض المقدمة، والتي تؤدي بدورها إلى الوصول في نهاية المطاف إلى عقود تنافسية تقدم فيها عروض جيدة تضمن نجاعة عقد التفويض بالنسبة لكل الأطراف.

غير أن المبادئ الحديثة التي أجمعت عليها الكثير من التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري تصب جميعها في ضمان التنافس النزيه الذي تفرضه مبادئ الحرية والشفافية التي تتطلبها قواعد السوق وحرية التجارة في مجال إبرام العقود الإدارية بصفة عامة وعقود التفويض بصفة خاصة باعتبارها عقود تطول مدة تنفيذها وتتداخل فيها مصالح متعددة لأشخاص القانون العام والخاص معا لذلك فإن الحرص على احترام المبادئ العامة المتعاقبة بضمان شفافية الاختيار يمثل أول لبنة توضع على طريق التحقيق الأفضل للمرافق العامة موضوع التفويض المساهمة في الرفع من كفاءتها والقدرة على المنافسة التي تفرضها المشاريع الخاصة لأن البقاء في مجال التنافس لا يمكن إلا برفع مستوى الإنتاجية والمردودية الاقتصادية.

المطلب الثاني: الرقابة على المبادئ المقررة لإبرام عقود التفويض

إن أسلوب تفويض المرافق العامة يعتبر من أهم الأساليب غير المباشرة التي عرفتھا الدول من أجل تحقيق المرافق العامة، غير أن هذه التقنية لم تبقى جامدة فهي قابلة للتجديد والتطوير كبقية الأفكار فقد أدخلت عليها الكثير من المتغيرات بهدف مواكبة التقدم المتسارع في مختلف الميادين الذي فرضه التطور العلمي غير المسبوق والذي هو سمة الدول الحديثة، وقد تبنت العديد من التشريعات المقارنة تنظيم عقود التفويض من مختلف جوانبها وفي مقدمة هذه الدول رائد فكرة التفويض ومنبتها وهي فرنسا، وأن أهم النواحي التي ركز عليها التطوير والتحديث في مجال عقود تفويض المرفق العام كانت في مجال طرق وإجراءات الإبرام، فبعد أن سيطرة في السابق قاعدة الاعتبار الشخصي وحرية الجهة الإدارية المانحة في اختيار المفوض اليه، من دون التقيد بأي قيد يذكر أصبح الوضع مختلفا بانتشار مفاهيم جديدة كالمنافسة والشفافية والمساواة والعلانية وبما تتطلبه هذه المبادئ من إجراءات يتوجب على الجهة الإدارية اتباعها، ومنها فتح المجال لتعدد العروض وعلانية الإجراءات وعدم التمييز بين المرشحين في المعاملة¹.

هذه المبادئ الحديثة التي أصبحت تشكل نقطة البداية لأي حديث عن الفعالية للمرفق العام وذلك باحترام المبادئ الكلاسيكية المتعارف عليها منذ القدم بالنسبة لسير المرفق العام بالإضافة الى ضرورة تكريس المبادئ الحديثة التي فرضتها التحولات العالمية في كل المجالات، لاسيما ما تعلق منها

¹ أبو بكر احمد عثمان إبراهيم، مرجع سابق، د ص.

بالشفافية والجودة والمنافسة وغيرها من المبادئ التي تساهم في تطوير فعالية المرفق العام المفوض والمقصود بالفعالية هنا القدرة على تحصيل الأهداف والنتائج المسطرة والمبتغاة والوصول الى تحقيق رضا الجمهور المستهدف بخدمات المرفق العام المفوض¹، لم تستثني مسألة إبرام عقود التفويض من فرض الرقابة على إجراءات الإبرام، نظرا لأهميتها وتعلقها بتسيير المال العام للدولة فالهدف الرئيس من الرقابة المكرسة على إجراءات الإبرام هدفها التأكد من تحقق الأهداف من وراء التعاقد بالإضافة الى إلزام الجهة الإدارية المانحة وجميع الهيئات المتدخلة في العقد باحترام القانون وهو ما يضمن مراعاة المبادئ الكبرى للتعاقد كمبدأ الشفافية، وحرية المنافسة والمساواة بين العارضين او المتنافسين².

وانطلاقا من هذا كله فإن عقد التفويض لا بد أن يخضع للمبادئ نفسها التي تحكم عقود الصفقات العامة باعتبارها المبادئ التي تهدف في النهاية إلى حماية عقد التفويض من جميع مظاهر الفساد التي تؤثر في الإجمال على نجاعة وفعالية العقد، وتحول دون تحقيق الأهداف المسطرة من قبل الجهات المانحة لعقود التفويض، فقد نص المنظم الجزائري في المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر على المبادئ الأساسية التي تحكم مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، حيث نصت على الآتي: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم، وبالرجوع إلى المادة 05 من نفس المرسوم الرئاسي، نجدها تنص على أنه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم". لذلك يعتبر احترام الإجراءات الطريق الأقصر لضمان نجاعة وفعالية عقد التفويض ويأتي مبدأ الشفافية وفتح المجال للمنافسة على رأس هذه المبادئ.

الفرع الأول: مبدأ الشفافية وتكريس قواعد المنافسة

المقصود بالشفافية هو السهولة واليسر في الحصول على المعلومة وإتاحة إمكانية التدقيق فيها لكل ذي مصلحة ويرغب في الوصول إليها، الشيء الذي يمكن من خلق شبكات لتواصل جميع المنتفعين مع محيط المرفق العام، وبذلك أصبح مبدأ الشفافية من أهم المبادئ وأشهرها باعتباره يكاد يجمع كل معايير الأخرى التي تتطلبها الخدمة العمومية الحديثة، التي تتكرس من خلالها الثقة

¹ بودرع حضرية، المرفق العام بين تحقيق المصلحة العامة وبلوغ الفعالية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، سنة 2018 ص180.

² يوسف بن مصباح بن سعيد الشكيلي، مرجع سابق، ص 109.

المطلوبة بين المرفق العمومي والمنتفعين منه¹. فالشفافية هي المدخل الرئيسي والجوهري لتطبيق كل المعايير الأخرى فشفافية الإجراءات تقتضي علم الجميع بها وهو ما يتيح لكل من له مصلحة أن يحتج على أي إخلال بها والشفافية في تحقيق وتنفيذ المرفق العام تقتضي كذلك علم جميع المتدخلين في سير المرفق العام بجميع ظرف عمل المرفق وهو ما يمكن الجميع من مراقبة سير المرفق العام والتدخل لكل طرف بما له من صلاحيات من أجل تقويم سير المرفق العام موضوع التفويض.

وتعرف الشفافية أيضا بأنها مجموعة الآليات والوسائل التي تتيح للمتعهدين أو أي ذي مصلحة من التأكد من صحة اختيار صاحب التفويض من طرف السلطة المانحة للتفويض من خلال اتباع وسائل قانونية وإجراءات واضحة وشفافة، فهناك تكامل وارتباط وطيد بين مبدأ الشفافية والعلانية والمنافسة الحرة، حيث أن مبدأ الشفافية يضع مبدأ المنافسة موضع التنفيذ، فشفافية الإجراءات هي التي تضفي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، فلا يتصور تنافس بدون الاعلان عن التسابق ولا حديث عن منافسة حقيقية دون توفير مناخ لها من خلال حث الراغبين في التعاقد مع الإدارة إلى المبادرة إلى ذلك من خلال إعلامهم ببدا الإجراءات، ويعبر كذلك على مبدأ شفافية الإجراءات على ذلك النظام الذي يبين الإجراءات والشروط التي يمكن للمنافسين التعاقد مع الإدارة على أساسها²، فمبدأ الشفافية يقتضي مراقبة تنفيذ المرافق العامة من خلال مراقبة خدماتها المقدمة لجمهور المنتفعين من قبل الأجهزة الرقابية المختصة والمستفيدين أو المستهلكين من أجل التأكد من أن مصالحهم قد تم مراعاتها فعلا من قبل صاحب التفويض المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام³.

بالإضافة إلى أن ضمان مبدأ المنافسة الذي يترتب على شفافية الإجراءات يمكن جميع الراغبين في عرض العطاءات الذين يرون في أنفسهم الكفاءة والجدارة المطلوبة أن يتقدموا للمنافسة في ظل زوال كافة العقبات والقيود التي يمكن أن تحد من المنافسة، فتتحرى الجهة الإدارية المتعاقدة تطبيق مقتضيات المنافسة الحرة بين المترشحين للظفر بالمشروع، بحيث تتمكن الجهة الإدارية المتعاقدة من تأمين أفضل العروض من الناحية الفنية والمالية التي تتطابق مع كراسة الشروط التفصيلية حول المشروع المعدة سلفا، فتكريس هذه المنافسة الحرة والحقيقية بين العارضين من شأنه أن يفضي بالضرورة إلى الوصول إلى المستثمر الكفء واستبعاد المتعهد غير الكفء وخروجه من المنافسة

¹ يسمينه بوجريو، أخلقة عقد تفويض المرفق العام المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، المجلد 16 العدد2، 2021، ص 528.

² تقرير نؤارة، مرجع سابق، ص43.

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص81.

ويؤدي ذلك الى اعطاء الفرصة لأفضل المستثمرين من أجل تحقيق المرفق العام، ظل أحسن الظروف وفي المقابل فإن غياب المنافسة الحرة يفتح الباب واسعا أمام مختلف مظاهر الفساد وهو ما يلحق بالمرفق العام موضوع التفويض أضرارا جسيمة، وذلك من خلال اسناد المشاريع العامة التي تكتسي أهمية بالغة بالنسبة للمجتمع ككل الى مستثمرين تنقصهم الكفاءة اللازمة لإدارة وتنظيم واستغلال هذه المرافق مما ينعكس بالضرورة على جودة الخدمات العامة المقدمة لمستخدمي المرفق العام المفوض¹، فالفساد مهما كان مصدره وأيا كام الشكل الذي يتخذه أو السبب الذي يؤدي إليه له آثار وخيمة على المجتمع بصفة عامة وعلى الاستثمار والنمو الاقتصادي بالدرجة الأولى، وفي هذا السياق فقد أشارت بعض الدراسات الى وجود تناسب عكسي بين مستوى الفساد وبين عملية الاستثمار فكلما انخفض مستوى الفساد ازدادت معدلات الاستثمار والنمو الاقتصادي².

فبعدما كانت الجهات الإدارية المانحة للتفويض تتمتع في ظل النظام التقليدي لعقود تفويض المرفق العام بصورها المختلفة بحرية واسعة في اختيار صاحب التفويض إلا أن المشرعين سوءا في فرنسا أو في مختلف البلدان التي تبنت تفويضات المرفق العام، اتجهت الى ضرورة فرض بعض القيود على السلطة المانحة للتفويض، ومن هذه القيود الإعلان المسبق عن المنافسة لاختيار المفوض إليه وأن يتم الاختيار وفق قواعد المنافسة التي يجب أن تتعدد فيها العروض وتفتح فيها المنافسة لجميع الراغبين في التعاقد³، فارتباط تفويض المرفق العام بقواعد المنافسة الاقتصادية مكن من توفير خدمات ذات جودة وحقق إنتاجية جيدة، ولم يتأتى ذلك إلا من خلال اقام معايير حديثة في عملية التسيير لاسيما معيار المنافسة والشفافية، فلا يمكن تحقيق عملية تنموية ناجحة دون تمكين المفوض له من ممارسة دوره في العملية التنموية، فتقع على المستثمر في المرفق العام المسؤولية التنموية الى جانب السلطة المفوضة وهو ما يفسره التكافل الموجود بين طرفي عقد التفويض، وذلك في ظل تأمين مشاركة فعالة للقطاع الخاص عن طريق عقود التفويض، وسمح على الخصوص للجماعات الإقليمية التي تتميز على العموم بضعف الإمكانيات وقلة الموارد المالية المرصودة لعملية التنمية بتبني هذا

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 269، 270.

² محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 197.

³ أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 119.

النظام من أجل تحقيق الكثير من المشاريع التنموية بما يسمح للمتعاقد بالاستثمار في مشروعه والاستفادة من عائداته¹.

فاختيار المتعاقد المفوض له وفق إجراءات تنافسية فعالة يؤدي بالضرورة الى تخفيف الأعباء على الخزينة العمومية، و يعد إحدى الوسائل الإضافية للنهوض باستثمارات الدولة وتطوير بنيتها التحتية، وهي الأهداف التي قد يصعب تحقيقها بالاعتماد على الموارد المالية الذاتية للخزينة العمومية فحسب، وبذلك يقصد بالفعالية الاقتصادية القدرات المالية والفنية للمفوض له، والتي على أساسها يتم تقييمه فهي أحد المعايير الأساسية التي تستند عليها العملية التنافسية، بالإضافة الى أنها الضمانة الجوهرية لتحقيق الفعالية الاقتصادية لاتفاقية التفويض فالمنافسة تطور النشاط المرفقي بشكل عام من الناحية الاقتصادية وتحقق الفعالية الاجتماعية كذلك²، من خلال اشباع الحاجيات العامة للجمهور وبالتالي تحقيق نوع من الرضا من الجانب الاجتماعي الى جانب تحقيق المكاسب الاقتصادية لجميع أطراف عقد التفويض.

وفي ذات السياق فقد أصبحت الفعالية الاقتصادية بجانب الفعالية الاجتماعية مطلب أساسي لمستعملي المرفق العام والجهات المفوضة على حد سواء وهي في ذات الوقت تشكل التزاما في ذمة صاحب التفويض، فاستهداف جودة الخدمات وتحقيقها بأفضل الوسائل والكيفيات يجب أن تشكل محور عملية التفويض، وإن كان من الصعب النص عليها وتأطيرها بقواعد قانونية إلا أنها ممكن أن تكون هذه الشروط موضوع مفصل في دفاتر الشروط الخاصة بمشاريع اتفاقيات التفويض وذلك بالملائمة مع أنماط التفويض المنصوص عليها³، وفي هذا الإطار تعتبر كذلك القدرة المالية للدولة و جماعاتها الإقليمية هي المحدد الأساسي لدرجة التنافس المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام على أساس أن إدارة المرفق العام بأحد أساليب التفويض يتطلب الاستعانة بموارد بشرية ومالية ضخمة غالبا لا تستطيع الجهة الإدارية المانحة لوحدها مواجهتها بأموال الخزينة العمومية ، فتلجأ الى توسيع المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها لتأمين الموارد اللازمة لاستغلال المرفق العام .

¹ تقرير نوار، مبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، سنة 2023، ص31.

² المرجع نفسه، ص 32.

³ المرجع نفسه، ص 32.

فقد عززت الأزمات الاقتصادية المتتالية من دور الخواص في الاستثمار في المرفق العام حيث أضحت مسألة إشراكهم ضرورة لا بد منها في إطار نقل مخاطر التسيير و المسؤولية المالية من الدولة الى الخواص¹، بالاستعانة بأسلوب التفويض فقد ظلت المرافق العامة قديما بعيدة عن مفهوم المنافسة ولم تكن هي الأساس بل كادت أن تختفي نهائيا لأن المرافق العامة ارتبطت أكثر بتحقيق مهمة مرفقية احتكرتها الدولة لفترة طويلة من الزمن، فتولت اشباع الحاجات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكن ظهرت المنافسة في عقود التفويض وذلك لسد عجز الدولة في إدارة مرافقها خاصة من الناحية المالية والتقنية والتكنولوجية².

وقد عزز قانون سابان المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة مبادئ الشفافية والمنافسة الشريفة في ابرام عقود تفويض المرفق العام، ولكن بمفهوم مختلف عن ما هو متعارف عليه في قانون الصفقات العمومية، هذه الأخيرة التي شدد فيها المشرع من خلال اعتماد قيود وضوابط أكثر شدة مما ومعمول به في عقود التفويض، وقد يكون ذلك دافعا مهما لأشخاص القانون الخاص الى اللجوء لتقنية تفويض المرافق العامة لتقاضي تلك الصرامة المفروضة في الصفقات العمومية³، ويرجع ذلك الى الخصوصية التي تتمتع بها عقود التفويض من عدة نواحي كطول مدة الإنجاز وتعلق العقود بالمرافق العامة وما تقتضيه هذه العوامل.

و في الجزائر تم النص دستوريا على كفالة الحق في الحصول على المعلومات و الوثائق الإحصائيات كأحد أهداف سياسية مكافحة والوقاية من الفساد التي تتولاها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2016، وبموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 خطأ المؤسس الدستوري خطوة إيجابية كبيرة نحو تعزيز مكاسب الشفافية بتحويل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته إلى سلطة عليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المادة 204، وأضافت المادة 205 أن من مهام هذه الهيئة المساهمة في أخلاق الحياة العامة وتعزيز مبادئ الشفافية والحكم الرشيد⁴، باعتبارها

¹ ارزيل كاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الثالث كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، سنة 2017، ص 23.

² جليل مونية، تفويض المرفق العام المحلي كآلية فعالة للتمويل المحلي في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08 العدد 04، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تمنراست، سنة 2019، ص 101، 102.

³ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 171.

⁴ ياسمينه بوجريو، مرجع سابق، ص 528.

مفاهيم متكاملة فالشفافية هي نقطة البداية نحو تكريس كثير من هذه القيم ومحاربة جميع مظاهر الفساد.

وبذلك نص المشرع الجزائري من خلال احكام المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام في ابرامها الى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم، وجاء في نص المادة الخامسة من ذات المرسوم الرئاسي على أنه " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام هذا المرسوم "

ومن خلال هاتين المادتين يتبين أن المشرع يسعى الى تكريس المبادئ التي تتركس المنافسة في عملية ابرام عقود التفويض، وذلك من خلال تبنيه للمبادئ التي تضفي إليها وهي النص على كفالة حرية الوصول الى الطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ، فهذه كلها مبادئ تعزز الشفافية وتكرس المنافسة في ابرام عقود تفويض المرفق العام، في اطار احترام المبادئ الكلاسيكية التي لازمت إدارة واستغلال المرافق العامة المتمثلة في الاستمرارية والمساواة وقابلية المرفق العام للتكيف والتغير ومراعاة مبدأ المساواة في المعاملة بين المرتفقين، وهذا ما أكدته المادة 209 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر حيث نصت على "...وزيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص الى مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية " . وبالتالي فإن المراد من احترام هذه المبادئ سواء في عقود الصفقات العامة أو في تفويضات المرفق العام هو حماية هذه العقود من الممارسات الفاسدة، وفي الآن ذاته الوصول الى ابرام عقود تفويض ناجحة واسنادها الى متعهدين أكفاء وبالتالي نجاح أسلوب التفويض كأسلوب بديل عن التسيير المباشر الذي أثبت عجزه عن مواكبة التطورات التي طرأت على وظائف المرفق العام الحديث.

وجاء في نص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 199/18 المتضمن تفويض المرفق العام التأكيد على ضرورة احترام هذه المبادئ من خلال النص على أنه " دون الاخلال بأحكام المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المذكور أعلاه، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في اطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية" وتنص المواد 74، 75 من المرسوم التنفيذي 99/18 على الزامية خضوع اتفاقيات تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية داخلية تمارسها لجنة اختيار وانتقاء العروض التي تسهر على صحة وسلامة الإجراءات المتبعة

في عملية إبرام عقد التفويض ومنه ضمان حسن اختيار المترشح الذي سوف تعهد إليه مهمة تسيير المرفق العام.

وفي هذا الإطار كذلك ألزم المشرع الجزائري السلطة المانحة للتفويض بضرورة نشر الاعلان على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، وألزمها بضرورة إشهاره في يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، باستثناء بعض المرافق العمومية صغيرة الحجم ومحدودة النشاط لكن يظل الإعلان والاشهار واجبا لكن باتباع وسائل أخرى ملائمة، وفي كل الحالات لابد للجهة المانحة من تبرير سبب لجوئها الى هذا النوع من الإشهار.

وفي هذا الإطار نص كذلك المرسوم التنفيذي 199/18 بموجب المواد 25، 26، 27، 28 التي ضبطت بعض المعايير والإجراءات مثل مبدأ علانية الطلب على المنافسة وقد ألزمت المادة 25 من المرسوم 199/18 السلطة المفوضة على نشر الإعلان الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة ملائمة فأوجبت ضرورة الإشهار في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية والأجنبية وتحديد بدقة البيانات التي يتضمنها الطلب على المنافسة تحديد ساعة ومكان إيداع العروض وفتحها مع دعوة كافة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة ، و تكريسا لمبدأ الشفافية كذلك أوجبت المادة 41 من المرسوم التنفيذي 199/18 اشهار قرار منح المؤقت لتفويض المرفق العام وذلك وفق إجراء اشهار الطلب على المنافسة حتى يتمكن أي عارض شارك في المنافسة من العلم بنتيجة الانتقاء ويتمكن من الطعن في النتيجة في حالة الاحتجاج على قرار المنح وذلك بتقديم طعن برفع طعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى عشرون يوما، ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض وتبلغ اللجنة قرارها المعلن إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن¹، وهذا في إطار المهام الرقابية للجنة تفويضات المرفق العام، وفي ذلك تكريسا واضحا لشفافية الإجراءات التي تصاحب عملية إبرام عقد التفويض وهذا كله بهدف فتح المجال لأكثر عدد من المترشحين للتنافس من أجل الفوز بعقد التفويض، وهذا من شأنه أن يوفر للسلطة المفوضة اختيارات متعددة من المزايا الاقتصادية التي يعرضها كل متعامل والتي تصب كلها في الأخير في صالح تحسين الخدمة العمومية للمنتفعين من المرفق العمومي.

فالعلانية هي مؤشر على النزاهة والشفافية من قبل السلطة العامة المانحة للتفويض، وتتحقق العلانية من خلال الإعلان عن رغبة الجهة الإدارية بالتعاقد وذلك بالاستعانة بكل الوسائل المتاحة، فقد بات المتعاملون الاقتصاديون يقيمون الدول من خلال معايير الشفافية في إجراءات التعاقد وبالتالي

¹ المادة 42 من المرسوم 199/18 السالف الذكر

هي أحد أهم المؤشرات التي تساعد في اتخاذ قرار الاستثمار في المشروع العامة الأمر الذي يحفز هذه الدول الى السعي الى العمل بكل جهد من أجل كسب ثقة المستثمرين خاصة القطاع الخاص وتحفيزهم على المشاركة في المشروعات العامة من خلال علانية الإجراءات وسلامتها لاختيار أفضل العروض من خلال النزاهة والشفافية الابتعاد عن المصالح الخاصة¹، التي تنحرف بهذه العقود عن الغايات المرجوة منها.

فقد شكلت المنافسة جوهر النصوص القانونية التي تسعى الى تحديث وعصرنة التسيير العمومي للمرافق العامة ، فأصبح اللجوء الى تكريس قواعد التنافس طابع يميز جل المرافق العامة والغاية من ذلك هي تحقيق الجدية والفعالية في أداء المرافق العامة مع تعزيز روح المبادرة والعمل على إعطاء جدية أكثر لدور الدولة ومختلف جماعاتها الإقليمية في عملية التسيير العمومي، فدخول مبادئ المنافسة لساحة المرافق العامة أوجب على الجهات الإدارية العامة البحث عن وسائل لعصرنة الطرق القديمة المستعملة في تسيير المرفق العام، والعمل على إيجاد طرق حديثة لتسيير مرافقها العامة وقد شكلت تقنية التفويض المجال الخصب لتطبيق مبادئ المنافسة في ظل تنامي فكرة المردودية والإنتاجية في وسط المرافق العامة، فتطورت مفاهيم المنافسة الى أن أصبحت من المستهدفات الجوهرية للنشاط المرفقي، بعد أن كانت لفترة طويلة حكرا على الخواص لأنها هدفهم الجوهري ومحركهم الأساسي، إلا أن دخول فكرة التنافس الى القطاع العام أحدث ثورة في طرق التسيير خاصة بالنسبة للمرافق العامة المفوضة غير أن ارتباط أهداف المرافق العامة بمقتضيات المصلحة شكل في بعض الأحيان عائقا أمام تطبيق مبدأ المنافسة على إطلاقه فكان لابد من التوفيق بين المفهومين من تكييف معايير المنافسة مع الهدف الأصيل للمرفق العام الذي يتلخص في ضمان المصلحة العامة، وقد ترجم ذلك التكيف والموازنة من خلال الأشكال العديدة لتفويض المرافق العامة، إذ أنه للتوفيق بين النقيضين اللذين يصعب الموازنة بينهما من الناحية النظرية غير أنه يجب تكييف المصلحة العامة تارة وتغليبها على قواعد المنافسة تارة أخرى سهل من عملية اقتحام مبادئ المنافسة لعقود التفويض ولكن دوما مع مراعاة الخصوصيات التي يفرضها هذا النوع من العقود².

وبذلك يعد تكريس المبادئ التي تعزز من الشفافية عاملا حاسما لتكريس مقتضيات الفعالية في مختلف جوانب النشاط الإداري، وبالذات في المرافق العامة وعقود التفويض بشكل خاص، فهي أحد

¹ عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1 2016، ص 154.

² تقرير نؤارة، مرجع سابق، ص 33.

الركائز المحورية التي يعتمد عليها في تفعيل الإجراءات والخطوات اللازمة لإبرام العقود الادارية وهي في المقابل تشكل طريق الجهة الإدارية العامة للتزود بالمعلومات المتعلقة بالآثار المحتملة لأنشطتها الإدارية، بالإضافة الى أنها إحدى دعائم و مقتضيات التي تعزز الديمقراطية الإدارية وبذلك تقتضي مبادئ الشفافية إعلام مختلف المتدخلين في النشاط المرفقي من مستخدمين للمرفق وأعوان وغيرهم بالأسباب والدوافع القانونية والواقعية المبررة لجميع القرارات التي ترتبط بتنظيم واستغلال المرفق العام، زيادة على ذلك تمكن المتعاملين مع المرفق العام وكل من له مصلحة في نشاطات المرفق من الاطلاع على الوثائق الإدارية الخاصة بالمرفق أو وضعيتهم الفردية¹، مع مراعاة ما تسمح به مبادئ السرية الإدارية ومقتضيات السر المهني لأعوان المرفق العمومي فيجب الموازنة بين شفافية الإجراءات التي تقتضيها فعالية المرفق العمومي المفوض وضوابط السر الإداري التي تقرضها متطلبات السير الحسن للإدارة.

لذلك تعتبر حماية مبدأ الشفافية وفتح مجال المنافسة من المبادئ التي تشكل الأساس بالنسبة لجميع المبادئ الأخرى فكفالة شفافية الإجراءات وعلاقتها يفرض علم الجميع بها ويقتضي ذلك أن الطرف المتضرر من أي إجراء أن يطعن في ذلك ويعيد الأمور الى طبيعتها بالإضافة الى أن احترام مبدأ الشفافية من قبل السلطات المفوضة يقتضي بالضرورة أن تكون الإجراءات المتخذة من طرف السلطة المانحة موافقة لصحيح الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لأنه في الغالب يتكون الفساد كلما كانت الإجراءات المتبعة غير واضحة وليست معروفة للجميع مما يمكن من الالتفاف على النصوص وتأويلها على الشكل الذي يرضي مصالح أحد أطراف متعاقد على حساب مصالح المتعاقد الآخر.

الفرع الثاني: مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي

هناك علاقة وطيدة بين مبدأ حرية الوصول الى الطلبات العمومية وتكريس المنافسة الحرة فيقضي هذا المبدأ بتمكين أي مرشح يرغب في التعاقد مع الإدارة من إيداع عرضه لدى الجهة الإدارية المختصة دون وضع معايير أو عراقيل تحول دون وصوله الى الطلب العمومي، غير أن هذا لا يمنع الجهة الإدارية المتعاقدة من وضع بعض الاشتراطات الدنيا التي لابد من توفرها في المترشح، شريطة أن تكون هذه الاشتراطات تملية طبيعة المرفق موضوع التعاقد وتمليها مقتضيات المصلحة العامة ولا يكون الدافع إليها منح أفضلية لأحد المترشحين على حساب آخر حتى لا نكون أمام إنحراف في استعمال السلطة.

¹ بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، مرجع سابق، ص 166.167.

وبذلك فإن خلاصة هذا المبدأ هو إتاحة الفرصة للنفوذ الى الطلبات العمومية ضمن وسط تنافسي أساسه الحرية وعدم التمييز في قبول المترشحين لتفويض المرفق العمومي، وهوما يفرض التزامين أساسيين على عاتق السلطة المفوضة يتعلق الأول بالالتزام بعدم رفض أو استبعاد أي مترشح من المنافسة إلا للأسباب التي يقررها القانون، ووفق الشروط التي يقتضيها الصالح العام بينما يتعلق السبب الثاني بعدم وضع السلطة المفوضة لأية عراقيل أو شروط تمييزية تستهدف إقصاء لعروض بعينها ولا يكون لهذه الشروط أي مبرر مستمد من طبيعة المرفق العام موضوع التفويض أو شروط تنفيذ المرفق المفوض¹، ومفاد هذا المبدأ هو تمكين أي مرشح تتوفر فيه الشروط والمؤهلات التي تطلبها السلطة المفوضة لإدارة المرفق العام موضوع التفويض من الولج للمنافسة والاستفادة من المزايا التي توفرها بدون تمييز أو إقصاء مبدئي، إلا في حالة عدم توفر المؤهلات الدنيا التي تشترطها السلطة المفوضة في دفتر الشروط الخاص بعملية التفويض.

فتلبية واشباع الحاجات المتزايدة للمواطنين في ظل ما تمليه قواعد اقتصاد السوق والانفتاح العالمي على التحرر الاقتصادي يفرض على الإدارة انتهاج أفضل السبل الممكنة من أجل اختيار أفضل العروض المتنافسة من حيث المزايا الاقتصادية التي توفرها ومن ذلك جودة الخدمات وتكلفة الخدمة هذا مالا يمكن الوصول إليه إلا من خلال انتهاج ما تمليه المنافسة الحرة من مبادئ، ولأن اتباع هذا الأسلوب يعد ضماناً مهمة لتسيير المرفق العام بانتظام واضطراد من أفضل المتعاملين فمحتوى مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يعتبر مقدمة لا بد منها للوصول في فتح التنافس الحر الذي يمكن كل من يرغب في التعاقد مع الإدارة أن يقدم عرضه، مما يتيح حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة لكن وفق ما تمليه الإجراءات والقواعد القانونية التي تنظم عملية التعاقد، فيصبح بذلك مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية مفاده فسح المجال لكل من تتوفر فيه الشروط الدنيا المحددة من طرف الإدارة ولديهم الرغبة في التعاقد من أجل تقديم عروضهم ولا يمكن للجهة الإدارية التحجج بسلطانها التقديرية من أجل إقصاء أي فئة من تقديم عروضها دون يكون لذلك سند قانوني وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية كما يلي "إن المقصود بحرية المنافسة هو السماح للأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع من الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول الى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عام أو الخاص"².

¹ بشير شمس الدين الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، مرجع سابق، ص 240.

² تقرير نورة، مرجع سابق، ص 36.

وفي نفس السياق أقرت محكمة القضاء الإداري المصرية للإدارة النص على حق الجهة الإدارية في تقييد مبدأ حرية الوصول الى الطلب العمومي بشروط معينة ترى وجوب توفرها في المتنافسين تتعلق بالكفاءة والنزاهة وبناء على ذلك فمبدأ حرية الوصول الى الطلبات العمومية في عقود تفويض المرفق العام يتطلب إعطاء الفرصة لكل أشخاص القانون العام والخاص دوم تمييز والذين يشتركون في نوع معين من النشاط الذي ترغب الجهة المفوضة تفويضه الى الغير في أن يتقدموا قصد التعاقد مع الجهة الإدارية دون تمييز بينهم وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف الى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة وذلك دون أي تمييز قد يشكل عائقاً لهم مما يحرمهم من مزايا المنافسة¹.

وفي المحصلة فإن اتباع منطق السوق والحرية الاقتصادية من شأنه أن يعزز من مفاهيم التنافس الحر لنصل في النهاية الى الهدف المبتغى وهو العمل على تحقيق رضا لدى المنتفعين من المرافق العامة ضمن الأحكام التي تقرها قواعد السوق، وبالإضافة الى ذلك تحقيق الفعالية الاقتصادية المرجوة من تكريس المبادئ التي تكفل أكبر هامش من الشفافية في الإجراءات المتبعة لأجل التعاقد وبالتالي يتمكن المتعاملون الاقتصاديون من التنافس الشريف من خلال اتباع إجراءات محددة توفق بين متطلبات قواعد السوق والمقتضيات الاجتماعية بالرجوع الى قانون المنافسة نجده ينص على " يهدف هذا الأمر الى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة القانون الإقتصادي قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين²، ففسح المجال للتنافس من خلال تسهيل أكبر قدر من المترشحين للوصول الى الطلب العمومي يتيح للجهة الإدارية المتعاقدة مساحة واسعة لاختيار الأفضل.

فالمنافسة بمفهومها الواسع تعني إتاحة الحرية الكاملة لأصحاب العروض من أجل الدخول في المناقصة التي تعلن عنها الجهة الإدارية المتعاقدة ضمن الحدود التي رسمها القانون، وعرف آخرون مبدأ المنافسة الحرة بكونه من المبادئ الجوهرية والتقليدية التي تحكم إبرام العقود الإدارية بشكل عام سواء من ناحية الإجراءات المتعة في التعاقد أو من ناحية الممارسة الفعلية والمنافسة بهذا المعنى تفرض معاملة الجميع على المساوات دون إعطاء ميزة لأحدهم دون الآخر وتكريس المنافسة من حيث المبدأ عند فتح المجال لجميع الراغبين في التعاقد عن طريق إعلامهم بأي من الطرق والوسائل

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 112.

² المادة الأولى من الامر 03/03.

الملائمة ودعوتهم للتنافس من خلال تقديم تعهداتهم وبهذا تكون الإدارة قد قامت بما هي ملزمة به من إجراءات دون استبعاد أي طائفة من التنافس¹.

وعلى العموم يمكن القول أن هذه الاشتراطات المسبقة أو المؤهلات الدنيا المطلوب توفرها في فئة معينة من المتنافسين لا تعد من قبيل أشكال التمييز، شريطة أن تكون هذه الشروط المسبقة عقلانية وموضوعية وتصب في إطار للصالح العام وأن لا تكون تعجيزية وألا يكون الهدف من ورائها قصر التنافس وتضييق نطاقه بين فئة قليلة من المترشحين لأغراض تتجاوز متطلبات النفع العام ولتقادي مثل هذه الممارسات فقد نص المرسوم التنفيذي في المادة 24 منه 199/18 على إمكانية تحديد عند الحاجة دفتر شروط نموذجي لمرافق معينة تتحد في أهدافها ونشاطاتها بهدف استبعاد بعض الشروط التعسفية التي تقدم بعض الجهات الإدارية على وضعها ضمن دفاتر الشروط من جهة وتقادي كثرة التأويلات والاستتباطات والقراءات المختلفة للنصوص القانونية، وتتاط بهذه المهمة لجنة تفويضات المرفق العام التي تصادق على مشاريع دفاتر الشروط الخاصة بالمرافق العامة موضوع التفويض وهنا تجدر الإشارة إلى أن منح الأولوية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي يكون بإمكانها إنجاز موضوع تفويض المرفق العام كما جاء في نص المادة 23 من نفس المرسوم². لا يضر بمبدأ التنافس كونه يصب في مصلحة وطنية قررها المشرع كذلك للمصلحة العامة بأبعادها المختلفة ومنها إعطاء فرصة لهذه المؤسسات من أجل المشاركة في هذه المشاريع العامة.

زيادة على ذلك فإن هذه الاشتراطات المسبقة التي تقوم بوضعها السلطة المفوضة إنما تهدف في الأساس إلى التأكد من ذوي الخبرة والذين لديهم مؤهلات خاصة تخدم النشاط الذي يغطيه المرفق العام موضوع التفويض، فانهصار المنافسة في فئة معينة تتوفر لديهم التخصص المطلوب أو الاعتماد المسبق في مجال معين يكفل ضمان إسناد هذه المرافق إلى من تتوفر فيهم الكفاءة والخبرة والمؤهلات اللازمة لإدارة واستغلال وتنفيذ المرفق العام المفوض على أكمل وجه، وبالنتيجة تضمن الجهة المانحة للتفويض تحقيق الفعالية المطلوبة وضمان المصلحة العامة من خلال تنظيم وإدارة المرافق العامة المفوضة، وفق المبادئ المقررة لها وتسهيل في الوقت ذاته على المفوض له عملية الاستثمار وتحقيق المكاسب المالية بحكم التخصص والدراية والكفاءة التي يتمتع بها والخبرة في النشاط المرفقي الذي يسند له في إطار عملية التفويض.

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 216.

² المواد 23، 24 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر.

الفرع الثالث: المساواة في معاملة المترشحين

مقتضى شرط المساواة أن تساوي الجهة الإدارية المانحة للتفويض بين مقدمي العروض الراغبين في التعاقد معها فهي مجبرة على عدم وضع لي معيار تمييزي يستهدف استبعاد أي عرض كما لا يحق للسلطة المانحة أن تمنح بعض المترشحين للتعاقد امتيازات خاصة دون البعض الآخر كما يمنع على الجهة الإدارية أن تضع أي نوع من العقوبات التي تحول دون الوصول الى الطلب العمومي وسواء أكانت هذه العقوبات قانونية أو مادية كإعفاء أحد المرشحين من دفع التأمين، كما يقصد بالمساواة إتاحة نفس الفرص لكل راغب في التعاقد مع الجهة المانحة من دون تمييز بين شخص وآخر وذلك بعدم إعفاء البعض من المترشحين من شرط دون الآخرين أو إثقال البعض بشروط إضافية أو تعديلها بالنسبة للبعض دون الآخرين، ويستلزم تطبيق هذا المبدأ إتاحة الفرصة بشكل متساوي لمن تتشابه مراكزهم القانونية وتتجلى المساواة في المعاملة بالمثل من الناحية العملية والقانونية معاً¹، ويوجب هذا المبدأ على الجهة المانحة العمل على توحيد معايير الانتقاء التي يتضمنها دفتر الشروط الخاص باتفاقية التفويض، فمعايير الاختيار يجب أن يكون بالتفصيل والوضوح الكافيين بحيث لا تقبل تفسيرات وقراءات متعددة حتى يساعد في عمل اللجنة المكلفة بانتقاء العروض فيسهل عليها تطبيق المعايير المحددة مسبقاً على العروض المودعة لدى السلطة المفوضة بشكل موضوعي ومجرد على جميع العروض دون أي استثناء.

ويشكل مبدأ المساوات أحد تفرعات المبدأ الدستوري المتعلق بالمساواة أمام القانون والذي بمقتضاه تلتزم الجهات الإدارية بمعاملة جميع أشخاص القانون الذين تتشابه وضعياتهم القانونية بنفس المعاملة ويفرض هذا المبدأ في عملية تفويضات المرفق العام على عاتق السلطة المفوضة التزاماً بالابتعاد عن أي مظهر من مظاهر التمييز في معاملة العارضين من خلال الامتناع عن وضع أي مركز استثنائي لأي مرشح أو أي شرط يقصد من خلاله تفضيل أي من المتعاملين الإقتصاديين الراغبين في الظفر باتفاقية التفويض إلا في حالة وجود مبررات قانونية وموضوعية تملئها طبيعة المرفق موضوع التفويض أو مبررات تقتضيها عملية تنفيذه المرفق².

ونظراً لأهمية المبدأ في إضفاء الفعالية على عقود التفويض فقد جرم كل من المشرع الفرنسي والجزائري أي فعل من جانب الإدارة من شأنه أن يمنح أي أفضلية غير مبررة سواء من الناحية

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 223.

² بشير شمس الدين، لعقابي سميحة، مرجع سابق، ص 241.

القانونية أو العملية لأي أحد من المترشحين على حساب غيره بمناسبة إبرام عقد التفويض، وذلك بمخالفة القوانين والأنظمة المكرسة لمبدأ المساوات وعلى الرغم من كل ذلك إلا أن هذا مبدأ المساوات لا يمكن الإعتداد به على إطلاقه وإنما يمكن أن ترد عليه بعض الاستثناءات¹ فالمشرع في بعض الأحيان قد يعطي أولوية معينة عند تقديم العروض كما أنه قد يوسع من سلطة الإدارة التقديرية في أن تفرض شروط معينة ترى وجوب توافرها في من المترشح الراغب في إبرام عقد التفويض وأيضا يمكن للإدارة استبعاد بعض الأشخاص الذين يثبت عدم قدرتهم الفنية أو المالية الذين سبق لهم الإخلال بالتزاماتهم العقدية معها غير أن هذا الاستبعاد يصب في المصلحة العامة، ولا يكون ناتج عن أي حسابات تتعلق بحصر المنافسة أو استغلال للسلطة العامة، وبذلك تضمن السلطة المفوضة ألا يتقدم للعقد إلا المتعهدين الذين تتوفر فيهم الصلاحية للتعاقد.

وفي هذا الإطار نص المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر في المادة الثالثة منه على أنه "يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة...". والمساواة هنا تعني ألا ينطوي اختيار الجهة المانحة للتفويض على أي طابع تمييزي أو تفضيلي لأي من المترشحين الذين هم في مراكز قانونية متشابهة، غير أنه يمكن للإدارة أن تشترط مؤهلات معينة للمشاركة في المنافسة تتلاءم مع طبيعة المرفق العام، وبذلك تعد المساوات بين المترشحين لعقود التفويض أحد الركائز الأساسية في ضمان نجاعة أكبر لاتفاقيات تفويض المرافق العامة فهي مبدأ دستوري يشمل كل المجالات و يطبق على كل النشاط الإداري وبخاصة العقود الإدارية على غرار عقود الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام، ونظرا لحساسية هذه العقود بالنسبة للدولة بصفة عامة وباعتبارها تعكس مدى التزامها بالمبادئ التي تفرضها معطيات ومفاهيم دولية كالعولمة وحرية التجارة التي تقتضي رفع القيود عن الحياة الاقتصادية بصفة عامة، ويبقى احترام وصيانة المبادئ التي تحكم المرافق العام أهم التزام يقع على عاتق المفوض إليه خاصة خلال مرحلة تنفيذ عقد التفويض.

المطلب الثالث: الرقابة على تنفيذ عقد التفويض

تتميز العقود الإدارية بصفة عامة باتصالها بالمرافق العامة التي تقوم أساسا على سد احتياجات الأفراد والجماعات داخل المجتمع الأمر الذي يدفعها الى السعي لأداء وظائفها في إطار ضمان تحقيق المصلحة العامة لتلبية متطلباتها وفي سبيل ذلك يخول للجهة الإدارية المتعاقدة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على عملية تنفيذ العقد الإداري، وذلك من خلال العمل على إصدار التوجيهات

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، 224.

والتعليمات اللازمة لضمان حسن تنفيذ هذه المرافق ، ويتحقق ذلك طريق إيفاد مندوبين مؤهلين لمتابعة عملية التنفيذ¹، فصلة العقد الإداري بالمرافق العام تمنحه خصوصية وتمييزه عن باقي العقود الإدارية وترتب آثار هامة في مجال عملية التنفيذ على وجه الخصوص، فهذا العقد الذي يعد وسيلة من وسائل إدارة واستغلال المرفق العام، وانطلاقاً من ذلك يجب أن تدمج أحكام تنفيذ العقد بطابع القواعد اللازمة لسير واستغلال المرفق العام الذي أبرم من أجله فاتصال العقد الإداري بخدمة المرفق العام يجعله متميزاً ببعض الأحكام الخاصة².

فلا بد من خضوع عملية تنفيذ عقود تفويض المرفق العام للمبادئ العامة التي تقررها العقود الإدارية حيال المرافق العامة لكن يميز عملية الرقابة على صاحب التفويض في أحيان كثيرة بالتشدد في الرقابة تارة أو في تحديد الشروط التي يمكن للسلطة الإدارية أن تعدلها بإرادتها المنفردة أو لتقرير ضمانات لصاحب التفويض في حال إخلاله بالعقد و تعرضه الجزاءات معينة³، وفي العموم يخضع المفوض له للرقابة بمجرد دخول عقد تفويض المرفق العام موضع التنفيذ، فتخضع للرقابة البعدية التي تمارسها السلطة المانحة للتفويض بنفسها، وهو حق تكتسبه الإدارة المفوضة من طبيعة المرفق العام نفسه الذي يبقى تحت مسؤوليتها يشكل جزئي أو كلي حسب الصورة التي يتخذها التفويض، فتبقى صاحبة الرقابة والإشراف والمسئولة عن حسن سير المرفق لأنها في كل الحالات تعد المسئولة الأولى عن سيرورة وانتظام المرفق العام المفوض فهي تمارس رقابتها البعدية على التنفيذ بصور متعددة حسب طبيعة كل مرفق⁴.

ومن المعروف فقها وقضاء أن حق الرقابة بالنسبة للجهة المانحة حق أصيل وثابت بغض النظر عن النص عليه في العقد فحق السلطة المانحة في مراقبة تنفيذ العقد يستمد وجوده من المرفق العام بحد ذاته وإن لم تقرره القوانين واللوائح التنظيمية، فهي سلطة موجودة بذاتها دون الإستناد إلى نص خاص من أجل إقرارها، باعتبارها سلطة نابعة من المبادئ العامة للقانون الإداري وأن العقد إذا تضمن النص على هذه السلطة، فإنه لا يعدو كونه يكشف عنها وينظمها ويبين وسائل وشروط وكيفيات

¹ يوسف بن مصبيح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 180.

² محمد عبد الحميد أبو زيد، مرجع سابق، ص 207.

³ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 149.

⁴ شباب حميدة، بوادي مصطفى، مرجع سابق، ص 697.

ممارستها بل إن السلطة الإدارية لا يمكنها التخلي عنها لأنها من النظام العام¹، بل إن التقصير في الرقابة في عامة العقود الإدارية وبالأخص على المرافق العامة أو حتى التقصير في أدائها على الوجه المطلوب يمكن أن يعرض الجهة الإدارية المتعاقدة للمساءلة القانونية حتى قبل مساءلة القائم بالتنفيذ ذلك أن المسؤول الأصلي عن إدارة وتسيير المرافق العامة هو أشخاص القانون العام، ويعد التسيير غير المباشر هو الاستثناء أملت ضرورات متعددة، وبالتالي في إن مسؤولية الجهة الإدارية المتعاقدة تزداد في حالة التسيير غير المباشر للمرافق العامة.

الفرع الأول: احترام المبادئ المتعلقة بتنفيذ المرفق العام

إن تنفيذ المرفق العام هو أهم مرحلة تمر بها عقود التفويض وتعتبر عملية الرقابة على مرحلة التنفيذ من أهم التزامات السلطة المفوضة بالنظر الى طول مدة التنفيذ التي تتخللها ظروف مختلفة تحيط بعملية تحقيق المرفق العام، بالإضافة الى ذلك خصوصية المرفق العام وارتباطه بمبادئ جوهرية ثلاثة لا بد من احترامها سواء في حالة التسيير تقليدي المباشر للمرفق العام من قبل أشخاص القانون العام أو في إطار التسيير الحديث عن التسيير غير المباشر للمرافق العامة، إذ أن تخلي السلطة المفوضة عن إدارة المرفق العام وإسناده للغير لا يعفيها بأي شكل من الأشكال من الالتزام بمراقبة مدى احترام المفوض له للمبادئ الضابطة لتنفيذ المرفق العام وهذا ما نص عليه المرسوم 199/18 في المادة 86 ف3 حيث منعت المفوض له من المساس بأي مبادئ تسيير المرفق العام.

1/ المساواة في معاملة المرتفقين

نعني بالمساواة في الانتفاع من المرفق العام أن تكون وفق الاستحقاق ووفق ما هو معمول به في إطار ما تمليه القواعد القانونية من شروط ومتطلبات للانتفاع من المرفق حيث أنه "... إذا كان مبدأ المساواة قيد من قيود المصلحة العامة، يرد على الشخص المكلف بتسيير واستثمار المرفق العام فهذا لا يعني أن مساواة المرتفقين أمام المرافق العامة يقصد منه انتفاعهم منها بصورة متساوية ومطلقة، وإن ما نعنيه بمبدأ المساواة هو الانتفاع وفقاً للشروط و القيود المحددة قانوناً فمبدأ المساواة أمام المرافق العامة يوجب احترام القانون وتطبيقه بالسواء على جميع المواطنين دون الانتقاص من أحكامه"² فهي حق دستوري وجب مراعاته بالإضافة إلا كونه مبدأ من المبادئ التي لازمت تنظيم واستغلال المرافق

¹ عبد الكريم الشاطر، مرجع سابق، ص 356.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 87.

العامة وجب على المفوض له التقيد به فقد خولت مختلف الأنظمة القانونية للسلطة المانحة للتفويض سلطة الرقابة على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام وبالأخص مدى احترام هذا المبدأ.

فالمساوات بين المرتفعين نعني بها التساوي في الاستفادة من المنافع التي يقدمها المرفق العام دون أي تمييز لا مبرر له ويترتب عن هذا المبدأ كفالة الخدمات التي يطلبها أي شخص يرغب في الاستفادة منها وفق الشروط والمعايير التي يحددها القانون بصفة عامة بالإضافة إلى ما تتضمنه اتفاقية تفويض المرفق العام من بنود، إلا أن ذلك لا يمكن أن يشمل إلا الأشخاص الذين تتماثل مراكزهم القانونية، وفي هذا الصدد لم يعتبر مجلس الدولة الفرنسي وجود خرق لمبدأ المساوات في حالة اختلاف في التعريفات لأن ذلك يبرره الاختلاف في تكاليف الأشغال المتعلقة بتوسيع شبكة المياه بالنسبة لأقسام مختلفة من أقسام المقاطعات فاختلاف في ذلك يرجع إلى اختلاف شروط الاستثمار من منطقة إلى أخرى¹.

فمبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة ما هو في الحقيقة إلا مجرد تكريس لمبدأ جوهري ودستوري وهو مساواة الأفراد أمام القانون في الحقوق والواجبات²، فالمساوات ليست حسابية بالمعنى المطلق لأن ذلك غير ممكن عمليا فالمشرع يتمتع بسلطة تقديرية وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة في خلق شروط معينة تتطلبها طبيعة المرفق المفوض وتتحدد بها المراكز القانونية للمنتفعين بحيث إذا انطبقت هذه المعايير على طائفة من الأفراد وجب على السلطة المانحة تطبيق مبدأ المساوات بينهم وهذا لتماثل ظروفهم و تشابه مراكزهم القانونية فإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط في مجموعة من المنتفعين دون الآخرين انتفى مناط التسوية بينهم وكان لمن توافرت الشروط فيهم الأحقية دون سواهم في الانتفاع بحقوقهم المكفولة قانونا³، فالمصلحة العامة بكل أبعادها تقتضي تحقيق المساواة في الاستفادة من الخدمات التي يقدمها المرفق العام المفوض فهي من أهم التزامات المفوض له أثناء تنفيذ المرفق العام، فلا بد من أن تكون طبيعة الخدمة المرفقية ميسرة للجميع مهياً للكافة بشروط حددها وفصل فيها، بالإضافة إلى أنه يتوجب الالتزام بالمساوات بين المواطنين إزاء الانتفاع بالمرافق العامة ممن يتساوون في الأحوال والظروف فالتفرقة هنا لا تتطوي على إخلال بمبدأ

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 225

² محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 38.

³ حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 447.

المساوات¹، بل هي المساوات في أفضل صورها إذ لا يعقل أن تساوي بين الجميع بغض النظر عن مراكزهم وظروفهم ومدى تحقق الشروط التي فرضها القانون عليهم.

فمن حيث المبدأ فإن الشخص الملتزم بتسيير المرفق العام غير ملزم بتوفير الخدمات ذاتها للمنتفعين الذين لا يتواجدون في أوضاع متماثلة، فمستعمل المرفق العام ليس له الحق في الحصول على خدمات متميزة كأصل عام ولكن له الحق في الاستفادة من الخدمات نفسها التي حصل بها منتفع آخر على الخدمة ذاتها في المركز ذاته وبالشروط نفسها²، فمبدأ المساوات ليس مطلقا بل يمكن للمشرع أن يحدد منه فيميز بين المرتفعين إذا كان هذا التمييز مصدرا للقانون أو إذا وجد المواطنون في أوضاع قانونية مختلفة وإذا اقتضت المصلحة العامة ذلك³.

فوجود اختلاف في الظروف والمراكز القانونية الخاصة بالمنتفعين يعود أمر تقديره للشخص القائم على تسيير واستغلال المرفق العام والذي يعود له حق تصنيف الخدمات المقدمة من المرفق العام الى فئات بحيث تدفع كل فئة من المنتفعين تعريفة مميزة عن التعريفات الأخرى التي تؤدي من قبل منتفعين آخرين، غير أن هذا التقسيم للخدمات والمرتفعين في المرفق الواحد لا يجب أن يكون إلا إذا كانت تمليه ضرورات الاستثمار أو أملتته مقتضيات المصلحة العامة التي تتعلق بشروط وظروف الاستثمار المجسد من خلال عملية التفويض⁴، فمبدأ المساوات يستمد قيمته من الدستور لكن هذا ليس مانعا من إحداث بعض الاختلافات في شروط الاستفادة من المرفق العام، ويجب أن ينظم ذلك بنص قانوني ينظم شرط الاستفادة من المرفق العام وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي وبدأ يكرسه تدريجيا وحتى المجلس الدستوري الفرنسي إعتبر أن مبدأ المساوات أمام المرافق العامة لا يتعارض مع إمكانية أو حق المشرع في إيجاد تمييز للاحية الانتفاع من المرفق العام إما لوجود أوضاع مختلفة تبرر ذلك وإما أن المصلحة العامة تتطلب ذلك⁵.

¹ حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 447.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 226.

³ هيام مروة، طارق المجذوب، الوجيز في القانون الإداري الخاص، المرافق العامة الكبرى وطرق ادارتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ط2 220، ص 56.

⁴ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 88.

⁵ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 227.

فالمساوات في المحصلة هي مطلب اجتماعي قبل أن تكون ضماناً قانونية مكرسة للانتفاع من خدمات المرافق العامة، ويعد السهر على تكريس هذا المبدأ واجب أصيل يقع على عاتق السلطة المفوضة بشكل خاص بوصفها صاحبة الاختصاص الأصلي في إقامة وتسيير المرافق العامة بالإضافة إلى ذلك يمثل الالتزام بالمساوات في إطار المرافق العامة المفوضة عاملاً يبعث الإطمئنان لدى مستخدمي المرفق العام المفوض، ويعزز رضاهم وثقتهم في طرق التسيير غير المباشرة للمرافق العامة ويزيل الهواجس والمخاوف التي تتعلق بإشراك الخواص في إدارة واستغلال المرافق العامة.

فالمصلحة العامة هي المحور الأساسي الذي يدور حوله مبدأ المساواة وقد تقتضي المصلحة العامة ذاتها التمييز وعدم المساواة أمام المرافق العامة فتصح المصلحة العامة هي كذلك المبرر لهذا الاستثناء، وهذا ما يبرر السلطة الواسعة للقاضي الإداري أثناء مراقبته لتطبيق هذا المبدأ في سير المرافق العامة، نظراً لدقة هذا المبدأ فيتأكد من أن أي تمييز بين المنتفعين في تحمل تكاليف الخدمة العمومية المقدمة من طرف المرافق العامة إنما مرده إلى مقتضيات الصالح العام¹، وهذا ما يصعب تقديره في بعض الحالات التي تختلط فيها الأهداف الخاصة للمفوض إليه مع أهداف أخرى تتعلق بالمصلحة العامة خاصة مع المرونة التي تميز مفهوم الصالح العام حيث يمكن التوسع في هذا المفهوم ليشمل حتى الأهداف التي يسعى المستثمر في المرفق العام من أجل تحقيقها، فالأخير يهدف إلى تحقيق مكاسب وموارد مالية تمكنه من الاستمرار في تمويل استثماره في المرفق العام المفوض وتأمين هذه الموارد اللازمة لانتظام واستمرار المرفق العام محل التفويض، ويعد من بين الأهداف الجوهرية التي تنتشدها السلطة العامة المانحة للتفويض وبالتالي فإن مصلحة المفوض إليه جزء لا يتجزأ من المصلحة العامة.

وفي كل الأحوال وأياً كانت مبررات التمييز بين المنتفعين التي لا بد أن تستند إلى اختلاف المراكز القانونية فحسب، لأن مبدأ المساوات يعد من جوهر الأهداف التي قامت عليها المرافق العامة لذلك يجب على صاحب التفويض أن يلتزم بمبدأ المساوات بين المرتفعين وأن لا ينحرف عن ذلك تحت أي غطاء أو ظرف، لأن ذلك يولد نوعاً من الرضا في أوساط جمهور المنتفعين ويساهم في تقليل المشاكل والصعوبات التي يمكن أن تنشأ بين المنتفعين وصاحب التفويض مما يصب في الأخير في مصلحة الأطراف جميعها، بالإضافة إلى أنه يساهم في تحفيز السلطات المانحة على توسيع أسلوب التفويض ليشمل العديد من المرافق العامة، ويشكل حافزاً مهماً للمستثمرين من أجل التعاقد مع الجهات العامة في إطار عقود تفويض المرافق العامة.

¹ بركيبة حسام الدين، المرجع نفسه، ص 227

فاحترام مبدأ المساوات باعتباره مبدأ دستوري حثت عليه جل التشريعات المقارنة ومنها المشرع الجزائري لأنه يعد من بين الضمانات الأساسية التي تخلق ارتياحا لدى المنتفعين والمستثمرين في المرافق العامة والسلطات المفوضة على حد سواء، لذلك تلتزم الجهة المانحة عند القيام بمهامها الرقابية على التزام المفوض له بهذا المبدأ أثناء جميع مراحل التعاقد وعلى وجه الخصوص في مرحلة التنفيذ باعتبارها المرحلة الأخيرة التي يتبلور فيها العقد ويحس بها مستخدم المرفق العام عن قرب وتمكن من تقييم مدى نجاعة ونجاح أسلوب التسيير غير المباشر بشكل عام وآلية تفويض المرافق العامة على وجه الخصوص.

2/ ضمان استمرارية المرفق

إن وصول نشاط معين الى تصنيف المرافق العامة فلأنه يرتبط بنشاط حيوي يقوم على اشباع حاجات أساسية لا يمكن للأفراد أو الجماعات الاستغناء عنها وقد تكون هذه الحاجات ذات طابع وطني المحلي، فتجد مسألة الاستمرارية وعدم توقف النشاط من مبدأ دستوري يقضي بثبات الدولة ويستند على مبدأ اجتماعي يؤسس للسلم الاجتماعي وتقادي الاختلالات المجتمعية التي تنتج عن كل أشكال الاضطرابات التي ممكن أن يتسبب فيها التوقف والاضطراب في سيرورة المرافق العامة بانتظام واضطراب¹، فالاستمرارية ببساطة هي الديمومة والتواصل والانتظام في العمل دون انقطاع، فإن هدف مبدأ الاستمرارية يحصل عندما يتمكن المرفق العام من تلبية واشباع الحاجات العامة للأفراد والجماعات دون توقف، فيقع على السلطات العامة الإدارية ضمان إدارة وتنظيم المرافق العامة بصورة منتظمة²، لذلك فإن الطابع الخاص الذي يميز المرفق العام مقارنة بالمشاريع الخاصة الأخرى هو عدم قابلية المرفق العام لأي توقف أو انقطاع أو حتى تذبذب في القيام بالمهام المنوطة به، بالإضافة الى أن الحفاظ على هذا المبدأ بالنسبة للمرفق العام يبرر للسلطة العامة القيام بالعديد من الإجراءات للحفاظ عليه.

ومن المعلوم أن الاستمرارية من المبادئ الأساسية التي اقترنت بالمرافق العامة منذ نشأتها فهي إحدى الركائز الأساسية التي تلازمها، فخدمة الجمهور تمتاز بالتواصل ولا تقبل التوقف كون المرفق العام يلبي احتياجات أساسية لا يتصور التوقف عن تحقيقها، وذلك بالنظر للعواقب التي تنتج عن انقطاع سير المرافق العامة و أثارها السلبية على المجتمع ككل ، لذلك تسعى السلطات العامة في أي

¹ هيام مرة، طارق المجذوب، مرجع سابق، ص 158.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، الوجيز في القانون الإداري، ص 87.

دولة الى تأمين استمرار تقديم المرافق العامة للخدمة العمومية في كل وقت وتحت أي ظرف، ويلزم هذا المبدأ المرفق العام مهما كان الأسلوب المعتمد في تسييره، ففي التسيير المفوض يقع على عاتق صاحب التفويض في أن يسهر على تقديم الخدمة العمومية للمنتفعين على سبيل الاستمرارية والتواصل، و يوفر كل ما يلزم من عتاد مادي وبشري لتأمين استمرارية المرفق العام¹.

فالهدف من استمرارية المرفق العام هو بالضرورة استمرارية تلقي الخدمات من قبل المنتفعين بذلك يشكل مبدأ الاستمرارية أحد القيود التي تفرضها المصلحة العامة، سواء كان التنفيذ بواسطة شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص، وينتج عن هذا القيد مجموعة من الالتزامات التي تقع على المسير مهما كانت طبيعته، بالإضافة الى أن امتيازات السلطة العامة التي تمنح للقائم على تسيير المرفق العام تجد أساسها في ضرورة استمرار المرفق العام، فنشاط المرفق العام لابد أن يستمر بصورة مضطربة من دون انقطاع وتحت أي ظرف كان سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية ومن هنا يمكن استنتاج الأهمية القصوى التي يحظى بها هذا المبدأ، فلا بد للقائم على تنفيذ المرفق العام أن يسلك جميع السبل ويأخذ جميع الاحتياطات اللازمة للتصدي لأي طارئ قد يعيق استمرارية المرفق العام²، فاستمرار المرفق العام في تأدية الخدمات الموكلة إليه يعد من المسلمات التي استقرت عليها جل التشريعات والفقهاء والاجتهادات القضائية.

وبناء على ذلك نصت كل التشريعات المقارنة على تنظيم عمل المرافق العامة حتى في الظروف الاستثنائية والحالات الطارئة بما يكفل تقديم الحد الأدنى من الخدمات الضرورية لتفادي مخاطر التوقف التام للمرافق العامة عن القيام بوظائفها، وألزمت الشركاء الخواص في التسيير العام على أخذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان استمرارية عمل المرافق العامة المفوضة بنصوص واضحة وكذا تضمين اتفاقيات التفويض ودفاتر الشروط الخاصة بالمرافق المفوضة ببند تلزم صاحب التفويض بمبدأ استمرارية عمل المرفق بانتظام واضطراد تحت أي ظرف من الظروف مهما كان مرهقا بل واشتطرت أغلب النصوص القانونية استمرار المفوض اليه في القيام بالمهام المرفقية المسندة اليه في اطار تنفيذ المرفق العام موضوع التفويض كشرط وبند أساسي للاستجابة الى مطالبه الرامية الى التعويض عن كل الاضرار التي يمكن أن تواجهه في إطار تحقيقه للمرفق العام محل التفويض ذلك

¹ بوضياف عمار، المرجع نفسه، ص 278.

² نادية ضريفي، المرفق العام بين المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 207.

لأن مبدأ الاستمرارية والديمومة من المبادئ الأساسية للصيغة بالمرافق العامة مهما كانت الأنماط المعتمدة في تنظيم واستغلال المرافق العامة.

فلا يمكن لأي حال من الأحوال تصور مرفق عام يتوقف عن أداء المهام المرفقية الموكلة إليه مها بلغت جسامة وخطورة الظروف المصاحبة لعملية التنفيذ، لذلك نظمت كل القوانين عملية سير وتنظيم المرافق العامة في الحروب والظروف الاستثنائية من خلال عدة اعتماد عدة آليات كنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، وضمان الحد الأدنى من الخدمة العمومية في حالة الإضراب وتدخل السلطة المانحة لإعادة التوازن المالي للعقد، كلها إجراءات تستهدف من جرائها السلطات العامة المانحة للتفويض لضمان عدم توقف أو تذبذب المرفق العام في أداء المهام الموكلة إليه مهما كان الأسلوب المنتهج من السلطات العامة في إدارة واستغلال مرافقها العامة.

ويشكل هذا المبدأ بالنسبة للمستثمر في المرفق العام تحدياً والتزاماً كبيراً ويعد خصوصية تميز الاستثمار في المرفق العام حيث تفرض على المفوض له بوصفه مستثمراً في المرفق العام أن يتقبل هذه الخصوصية المتعلقة بالاستثمار في المرفق العام لأن في المشاريع الخاصة الأخرى يستطيع المستثمر التوقف عن الأشغال أو تأجيلها إلى حين زوال الظروف التي ترهقه، لكن ذلك غير متاح بالنسبة للمرافق العامة فهو ملزم بالاستمرار في تقديم الخدمات المرفقية تحت أي ظرف مهما كان مرهقاً له مع كفالة حقه في التعويض والتوازن المالي إذا استطاع إثبات الضرر اللاحق به من جراء هذه الظروف، بل لا يستطيع المطالبة بالتعويض إلا إذا ثبت استمراره في تنفيذ المرفق العام في ظل وجود الظروف الاستثنائية.

3/ تطوير المرفق وضمان تكيفه المستمر

إن تنامي الوعي عند مستعملي المرفق العام وخاصة في المجالات الاقتصادية مما أدى إلى اهتمامهم بجودة الخدمة والسرعة في أدائها، يعتبر إحدى مقتضيات الحكم الرشيد الذي يفرض على الجهات العامة التخلي عن مظاهر سلبية كثيرة على مستوى النشاط الإداري بشكل عام وحتم عليها ضرورة الإرتقاء بالخدمة العمومية، إذ لا مفر من تطوير المرفق العام من أجل التكيف مع المتغيرات الطارئة في محيطه حتى يتمكن من الحفاظ على مكانته وفعاليته المطلوبة لتحقيق الأهداف المتعلقة بالنفع العام، فالتكيف مع التغيرات واقع فرض نفسه في ظل التطورات المتسارعة التي تمس بمختلف نواحي الحياة.

ويقصد بمبدأ التكيف هو القدرة على التأقلم والتحول من نظام قديم إلى نظام آخر جديد فيما يتعلق بنظام تقديم الخدمة العمومية، ويكون التغير حسب المعطيات التي تملئها الظروف الطارئة ومتطلبات

المصلحة العامة، وهو ما يفرض معه تدليل كافة العقوبات القانونية أو التنظيمية التي تحول دون مواكبة المرفق للتغيرات الحاصلة على مستوى المرفق¹، وبذلك فمبدأ التكيف إنما يهدف الى تحسين الخدمة العمومية للمرفق العام، فتكيف المرفق العام مع احتياجات المرتفقين يساهم بشكل كبير في التقدم في أداء المرفق العام وتحسين خدماته من الكمية والنوعية والرفع من كفاءة المرافق من أجل التمكن من مسايرة الإدارة لمفاهيم العولمة والتنافسية².

وفي العموم يهدف مبدأ تكيف المرافق العامة الى تحقيق المنفعة العامة على أفضل السبل الممكنة هذه المنفعة التي تشكل الهدف الأساسي من إنشاء المرافق العامة وذلك بمسايرة الظروف المتغيرة التي تحيط بنشاط المرفق فإذا ما تغيرت الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي كانت سبب في إنشاء بعض المرافق يصبح من الضروري تغيير موضوع أو طريقة تسيير التي يدار بها هذه المرافق والعبرة من ذلك أن مادام الهدف هو اشباع حاجات جمهور المنتفعين فإن التغيير في طريقة تقديم الخدمة وتكييفها مع الطرق الحديثة إنما يصبح التزاما على عاتق مسير المرفق³ ولا بد للتغيير والتكيف أن يصب في اتجاه تحقيق المصلحة العامة فليس التغيير والتطور هدف بحد ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق المرفق العام لغاياته بغض النظر عن طريقة إدارته.

وبالنتيجة لا يمكن لأي من مستعملي المرفق العام التمسك بحق مكتسب أو على تغيير طريقة أداء الخدمة العمومية طالما لم يمس مركزه القانوني أو حدث تعسف من جهة الإدارية في استعمال سلطتها كما لا يجوز لمستخدمي المرفق العام الاعتراض بأي شكل من الأشكال على عملية إدخال تعديلات على اللوائح والنصوص القانونية المتعلقة بسير المرفق العام، حتى لو تم التشديد وزيادة الصرامة في تطبيق هذه اللوائح على جمهور المنتفعين وبالتالي لذلك لا يمكن لمستعملي المرفق العام المنتفعين التظلم من تغيير طريقة إدارة المرفق العام كان ينتقل من أسلوب التسيير المباشر الى الإدارة المفوضة كالالتزام المرافق العامة حيث تشمل قاعدة القابلية للتكيف على المرافق العامة بدون استثناء بغض النظر عن كيفية إدارتها، وبذلك ينتقل هذا الالتزام للقائم على تسيير المرفق حتى وإن كان من أشخاص القانون الخاص فلا بد أن يبقى المرفق قابلا للتكيف في كل الظروف وتسهر على ذلك السلطة مانحة الالتزام من خلال سلطة التوجيه والإشراف ولها في سبيل ذلك الحق في الرقابة على ضمان تغيير النظام الذي يسير عليه المرفق وفقا للتغيرات الحاصلة وهذا الحق ثابت للسلطة المانحة ولا يمكن لها

¹ بودرع حضرية، مرجع سابق، ص 178.

² المرجع نفسه، ص 179.

³ ميادة عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 258.

التخلي عنه تحت أي ظرف كان، بل لا يرتهن وجود حق الرقابة على وجود نص يقرره في عقد الالتزام وإلا فإن هذه التغييرات تطرأ على المرفق يمكن أن تمس بالتوازن المالي للعقد بما يحمل القائم على المرفق أعباء مالية باهضة¹ تجعل من تنفيذ المرفق أمرا مرهقا إن لم يكن مستحيلا في بعض الحالات مما يؤدي الى تذبذب في أداء المرفق أو توفقه بشكل نهائي.

وفي هذا الإطار فقد كرس المشرع الجزائري مبدأ التكيف في عديد المراسيم التنفيذية نذكر منها على سبيل المثال المرسوم التنفيذي 131/88²، في المادة 06 منه " تسهر الإدارة دوما على تكيف مهامها وهياكلها مع احتياجات المواطنين، ويجب أن تضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة " وبالرجوع الى التصوص التنظيمية المتعلقة بتفويضات المرافق العامة يظهر أن السلطات العامة تسعى دوما الى التوفيق بين مقتضيات المصلحة العامة وضمان الليبرالية الاقتصادية بمعنى أنه إذا تم تفوض إدارة المرفق العام الى الخواص تظل خاضع لنفس النظام القانوني الاستثنائي الذي يطبق على المؤسسات العامة والذي يرمي في النهاية الى أن تكون الخدمة العمومية المقدمة من طرف المفوض إليه تتماشى مع مبدأ التكيف مع التطورات التكنولوجية، بحيث تضمن في المحصلة جودة الخدمة العمومية³ كما ألزمها بتقديم خدمات تمتاز بالجودة وبفعالية للمترفعين، ويعتبر ذلك أهم الأهداف التي تسطرها الجماعات الإقليمية وهذا ما يخلق ارتياح لدى جمهور المنتفعين، فتقديم الخدمات العامة و إشباع الحاجيات التي يطلبها المترفعين في إطار الشفافية بعيدا عن مظاهر التسيب والانحراف وسوء التسيير التي لطالما اقترنت بأسلوب التسيير المباشر للمرافق العامة، ويعتبر في من أهم الانجازات التي تسعى الجماعة المحلية على وجه التحديد من أجل بلوغها ، وفي هذا الاطار أيضا نص المشرع الجزائري في القانون 10/11 المتضمن قانون البلدية وفي المادة 30 منه في فقرتها الثانية على أن البلدية تساهم مع الدولة في الحفاظ على الإطار المعيشي للمواطنين وتحسينه فضلا عن مساهمتها في إدارة

¹ ميادة عبد القادر إسماعيل، المرجع نفسه، ص 258.

² المرسوم التنفيذي رقم 31/188، مؤرخ في 04 جولية 1988، متعلق بتنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطن الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة في 06 جولية 1988 ص13.

³ Rachid zouaimia, La délégation de service public au profit de personne prive Op.Cit, p 57.

وتهيئة الإقليم، وهو الأمر الذي يتأتى من خلال سهرها لتحسين الدائم لنوعية الخدمات المقدمة للجمهور¹ ويفرض التحسين الدائم للخدمة العمومية التكيف والتطوير الدائم للمرفق العام.

وبالنتيجة يمكن القول أن مسألة التغيير والتكيف ومواكبة المستجدات مسألة مرتبطة بكل جوانب ومجالات الحياة المختلفة فالثبات وإغفال النظر عن مسايرة الظروف والتغيرات الطارئة التي تمس بالمحيط الخارجي يؤدي عادة الى خلق نوع من الركود والتراجع في الأداء ويكون الأمر أكثر حساسية إذا ما تعلق الأمر بالمرافق العامة لكونها تمثل مشاريع عامة تؤمن حاجات أساسية وضرورية لأفراد المجتمع، فلا يمكن أن تعمل هذه المرافق بكفاءة وفعالية وهي معزولة عن الظروف والمعطيات الحديثة التي تفرض نفسها على في جميع المجالات وخاصة الاقتصادية منها ولاسيما المفاهيم المرتبطة بمخلفات العولمة الاقتصادية والإحتكام الى قواعد السوق، وإشراك القطاع الخاص في الحياة الاقتصادية، كل هذه المتغيرات ألقت بضلالها على مسألة إدارة واستغلال المرافق العامة وفرضت عليها ضرورة التكيف والتطور المستمر مهما كان أسلوب التسيير المعتمد.

فإن كان من بين الدوافع التي أدت بالسلطات العامة التي تبني أسلوب التسيير غير المباشر وبالتحديد تقنية تفويض المرافق العامة هو الروتين الإداري البطيء والوسائل التقليدية المستعملة في تسيير واستغلال المرافق العامة التي عجزت عن تحقيق الأهداف المرجوة من المرافق العامة، فإنه من باب أولى أن يلتزم المفوض اليه بتغيير طرق ووسائل إدارة المرافق العامة موضوع التفويض من أجل بلوغ هذه الأهداف المتعلقة برفع كفاءة وفعالية المرفق العام المفوض.

بالإضافة الى التزام صاحب التفويض بمواكبة التغيرات والتطورات الحاصلة على مستوى طرق ووسائل الإنتاج فلا يمكن إدارة واستغلال المرفق العام موضوع التفويض بنفس الطريقة واعتماد الوسائل نفسها لمدة طويلة، لأن ذلك سيقود حتما الى استنساخ الأسباب والمبررات التي أدت الى فشل السلطات المانحة في إدارة واستثمار مرافقها العامة، وبالتالي فشل آلية التفويض في بلوغ الفعالية التي يتوخاها جميع أطراف عقد التفويض، بالإضافة إلى ذلك فإن مبدأ التغيير والتطور والقابلية للتكيف يفرض نفسه فرضا على صاحب التفويض، لأنه ينتج بطريقة تلقائية عن عملية المنافسة لأن البقاء في السوق يفرض على السلطة المفوضة منافسة المشاريع الخاصة، وهذا لا يتأتى طبعاً بالأساليب القديمة بل

¹ القانون 10/11 المتعلق بالبلدية، المؤرخ في 22 جوان 2011، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 03 جولية

بمواكبة التغييرات الخاصة في مجال الخدمات العمومية والطرق الحديثة المستعملة في التسويق وغيرها من المبادئ الحديثة المتعلقة بالاقتصاد وسرعة التجارة.

بالإضافة الى أن عملية الاستثمار ترتبط ارتباطا وثيقا بالسرعة في الأداء ومواكبة المستجدات المتسارعة في مجال الاقتصاد على الخصوص وقراءة المعطيات والظروف السياسية والاجتماعية بشكل صحيح واتخاذ القرارات الملائمة في الوقت المناسب والتكيف مع المعطيات الجديدة بالسرعة المناسبة لان الوقت في مجال عالم الاستثمار له أهمية قصوى ولأن اتخاذ القرار أو الإجراء في الوقت المناسب يحقق الكثير من المكاسب وقد يجر خسائر كبيرة في حالة التأخر في اتخاذ القرار أو الإجراء السليم في الوقت المناسب، لذلك فالتكيف والتطور وفقا للمستجدات والمعطيات يمكن صاحب التفويض من تحقيق الفعالية المطلوبة للمرافق العامة، والمساهمة في إنجاح الأسلوب غير المباشر في إدارة واستغلال المرافق العامة بشكل عام.

الفرع الثاني: الرقابة الميدانية على تنفيذ المرفق العام

تعد الرقابة الميدانية لعملية استغلال وإدارة المرفق العام أهم عمليات الرقابة الممارسة على اتفاقيات التفويض بالنظر الى أن الرقابة على التنفيذ من موقع تنفيذ المرفق المفوض تعتبر أكثر فاعلية فهي تمكن السلطة المانحة للتفويض من الإحاطة بظروف تسيير المرفق العام عن قرب وتؤدي الى تكوين فكرة واضحة وشاملة عن ظروف سير المرفق العام، وتمكنها من اتخاذ القرارات الصحيحة في الوقت المناسب وإسداء التوجيهات اللازمة التي تساهم في تحسين المرفق العام، وكذا تذليل الصعوبات أمام المفوض له القائم بتنفيذ المرفق المفوض كونه مستثمرا في المرفق العام من جهة، وكذا تمكن الرقابة الميدانية من متابعة مدى احترام بنود اتفاقية التفويض خاصة فيما يتعلق بالعلاقة مع مستخدمي المرفق المفوض باعتبارهم الفئة المستهدفة من خدمات المرفق العام، وهم في النهاية أفضل من يمكنه الحكم على جودة الخدمة العمومية المقدمة وكذا على مدى نجاح تقنية التفويض بشكل عام من عدمه.

فالرقابة الميدانية على عقد التفويض تتطلب توفر الإمكانيات المادية والبشرية اللازمة لتجسيدها على أرض الواقع باعتبارها تتطلب الوقوف عن كثب على مدى تنفيذ المفوض اليه لالتزاماته ومهامه التي أسندت إليه بمناسبة تنفيذ عقد التفويض، وتتميز هذه الرقابة بكونها رقابة فعالة لكونها تنطلق من موقع تنفيذ المرفق العام المفوض وتمكن بذلك من أخذ صورة أكثر واقعية على ظروف وملابسات تحقيق المرفق العام محل التفويض.

1/ الرقابة الميدانية المباشر

تمارس عملية الرقابة الميدانية من قبل السلطة المفوضة وفق المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر على تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، بالشكل الذي يمكنها من السهر على ضمان عملية المتابعة بشكل منتظم ومستمر لاستغلال وإدارة المرفق العام، وتمتاز الرقابة الميدانية بأنها رقابة بعيدة تبدأ بعد دخول عقد التفويض حيز التنفيذ، ويمكن أن يتم هذا النوع من الرقابة وفق المرسوم 199/18 لاسيما المادة 82 منه بطريقة مباشرة، وذلك عن طريق القيام ببعض العمليات الرقابية في المكان الذي تجري فيه عملية تنفيذ المرفق العام وذلك بالاستعانة بموظفين مؤهلين تنتدبهم السلطة المانحة للتفويض لأجراء عمليات تفتيش ميدانية، وذلك فأي وقت تختاره الجهة المفوضة إما بشكل روتيني أو بناء على إخطار من مستعملي المرفق أو أي جهة لها صلة بسير المرفق العام، وعلى وجه التحديد يمكن المندوبين لغرض التفتيش إجراء كل الاختبارات والقياسات اللازمة، أو الاطلاع على الوثائق المثبتة لها في موقع تنفيذ المرفق، كما يمكن للمندوبين طلب الحصول على نسخ من الوثائق التقنية والمحاسبية المثبتة¹.

كما يمكن الرقابة على تنفيذ المرفق العام المفوض من خلال الاطلاع على الوثائق والمستندات الثبوتية ويتم ذلك من خلال الاطلاع على المستندات التي يتم إلزام المفوض له بإعدادها بواسطة التقارير الدورية التي يجب عليه تقديمها للسلطة المفوضة من أجل إعلامها بكل الظروف التي يتم فيها تنفيذ المرفق المفوض وكل المعلومات والمستندات الضرورية المتعلقة باستغلال وتنظيم المرفق العام كما يمكن للسلطة المانحة للتفويض، فتقوم السلطة المفوضة بعقد اجتماعات دورية بصفة منتظمة للتقييم والوقوف على مدى تحقيق الأهداف المسطرة والتأكد من فعالية المرفق ومدى استجابته للمعايير المتعلقة بجودة الخدمات المقدمة لمستخدمي المرفق، وكذا الوقوف على مدى احترام المبادئ المرتبطة بسير المرفق العام حتى يتسنى للسلطة المانحة للتفويض إعداد تقارير مفصلة على إثر نتائج هذه الاجتماعات تبلغ الى سلطات الوصاية لإطلاعها على ظروف تنفيذ المرفق العام².

وتكتسي الرقابة الميدانية أهميتها من كونها رقابة تمارس في الميدان أي من موقع النشاط المفوض وذلك بالاستناد الى طريقتين نصت عليهما المواد 82 و83 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر وهما إما المراقبة من خلال الإطلاع على الوثائق ذات الصلة بتسيير المرفق العام التي يطلبها

¹ المادة 82 من المرسوم 199/18 السالف الذكر.

² المواد 40،39 من المرسوم نفسه.

ممثلي السلطة المانحة للتفويض في مكان تنفيذ المرفق العام المفوض أو إعداد تقارير دورية منظمة يتم إرسالها إلى السلطة المفوضة، في ظل الالتزام بالكيفيات والآجال المنصوص عليها في عقد تفويض المرفق العام بالإضافة إلى إلزام الجهة المفوضة في إطار ممارسة المهام الرقابية الميدانية بعقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاثة أشهر مع المفوض له، لتقييم مدى نجاعة التسيير المفوض والتأكد من احترام معايير جودة الخدمات المقدمة للجمهور المحددة سلفاً في بنود اتفاقية التفويض ودفتر الشروط الخاص بالمرفق المفوض.

وفي هذا الإطار فقد منح المرسوم 199/18 للجهة المانحة إمكانية توقيع جزاءات ذات صبغة إدارية في حالة إخلال صاحب التفويض بالتزاماته المنصوص عليها في عقد التفويض التي قد تصل إلى جزاء فسخ العقد دون تعويض¹، لأن من خصائص العقد الإداري أنه لا يلتزم بالقاعدة العامة المتعارف عليها في نطاق القانون الخاص بأن العقد شريعة المتعاقدين، فتطبيق هذه القاعدة على أعمال الإدارة قد يعطل عملية استغلال وإدارة المرفق العام من خلال التأثير على انتظام وسير المرفق المفوض، لأنه من غير المنطق القانوني أن تعجز السلطة المفوضة المنوط بها أصلاً عملية استغلال المرفق العام وتنظيمه عن التصدي لإخلال يهدد تسيير المرفق المفوض مكتفية بتطبيق الجزاءات التعاقدية فحسب فالتقاعس و التقصير في تنفيذ العقد قد يخرج عن نطاق الجزاءات التعاقدية ويتعدى ذلك عقوبة الغرامة المنصوص عليها في العقد فتصبح عقوبة لامعنى لها أمام خطر توقف المرفق العام المفوض عن النشاط وما ينجر عنه من انعكاسات خطيرة على المجتمع ككل، لذلك فللجهة الإدارية المتعاقدة أن تستعين بسلطتها العامة التقديرية في فرض الجزاء المناسب على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته دون التقيد بالجزاء المنصوص عليه في العقد².

وفي المحصلة يمكن القول أن الرقابة الميدانية التي تمارسها السلطة المانحة للتفويض على المرفق العام موضوع التفويض تسمد فعاليتها من كونها تترجم حرص السلطة المفوضة على القيام بمسؤوليتها كاملة حتى في ظل كون المرفق العام يدار بالأسلوب غير المباشر، ويشكل ذلك حائلاً أمام الإهمال والانحرافات التي يقع فيها القائم بتنفيذ المرفق بدافع إعطاء الأسبقية لمصالحه الشخصية على حساب متطلبات المصلحة العامة ومراعاة خصائص الاستثمار في المرفق العام.

¹ المادة 62 من المرسوم 199/18، السالف الذكر.

² فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط12017، ص 62.

بالإضافة الى أن الرقابة الميدانية للجهة المانحة خاصة من خلال الحوارات التي يجريها المندوبون في مكان التنفيذ والوقوف على طبيعة العراقيل التي يوجهها المسير للمرفق العام المفوض وتحليلها ومعرفة مصادرها وكذا معرفة نقاط النجاح في عملية التسيير يمكن السلطة المانحة في المستقبل من صياغة عقود اتفاقيات التفويض بشكل نموذجي ناجح بتضمين العقد البنود التعاقدية اللازمة للحفاظ على مصالح الجهة المفوضة بالدرجة الأولى باعتبارها المسؤولة الأولى عن تحقيق ما تمليه المصلحة العامة ، وبالمقابل العمل على تثمين نقاط النجاح المتعلقة بتسيير واستغلال المرفق العام المفوض.

بالإضافة الى كل ذلك تساهم الرقابة الميدانية المستمرة والمنظمة في تدريب الموظفين القائمين عليها فتمكنهم من اكتساب خبرات ودراية كافية عن عملية إدارة واستثمار المرافق العامة، مما يحسن من قدرتهم التفاوضية ويؤهلهم للتصدي للخبرة والمؤهلات التي يتمتع بها الخواص في مجال التسيير والاستثمار ، مما يمكنهم من تكوين فكرة شاملة على عملية التسيير المفوض للمرافق العامة يستطيعون من خلالها مساعدة السلطة المانحة في اختيار الصورة الأمثل التي تلائم كل مرفق على حدى.

وتجدر الإشارة الى أن مستويات الرقابة البعدية تختلف من عقد تفويض الى آخر فهي لا تمارس بنفس الشكل في جميع صور عقود التفويض، فبالرجوع الى نص المادة 51 من المرسوم التنفيذي 199/18، نجدها تنص على تقسيم الرقابة الممارسة على عقود التفويض بكل أشكالها الى مستويين فإما رقابة كلية وهي الحالة التي تمارس فيها السلطة المانحة للتفويض الرقابة بشكل شامل على المرفق العام موضوع التفويض وعلى القائم بتنفيذ المرفق العام ، ويكون ذلك عموماً في العقود التي تحتفظ فيها السلطة المفوضة بإدارة وتنظيم المرفق العام وتتولى بنفسها تكاليف إقامته وتجهيزه بالعتاد اللازم لتشغيله مع تحملها لجميع المخاطر المترتبة عن التسيير بشكل كلي أو جزئي ، فهذه العقود مثل عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير تزداد مسؤولية السلطة المفوضة ومهمتها الرقابية بالنظر الى أنها هي من يتحمل تكاليف إقامة المرفق العام المفوض، وكذا يقع عليها تحمل جميع مخاطر الاستغلال وفي المقابل فإن العقود التي يزداد فيها دور المفوض له من خلال تحمل تكاليف إقامة المرفق أو مصاريف الصيانة والتجهيز مع تحمل المخاطر الناتجة عن عملية الاستغلال سواء بصفة كلية أو جزئية فإن دور السلطة المفوضة يتضاءل لصالح المفوض له فتكون رقابة الجهة المانحة رقابة جزئية كما هو الحال في عقد الامتياز وعقد الايجار فمن المنطقي أن يتناسب الدور الرقابي للسلطة المفوضة مع دورها في عقد التفويض فكلما كان لها دور في تحمل تكاليف ومخاطر الاستغلال ازداد دورها الرقابي وكلما زاد دور المفوض له في تحمل تكاليف المرفق وتحمل مخاطر الاستغلال أدى ذلك الى تخفيف الرقابة عليه وازدياد هامش الحرية لديه لإنجاح استثماراته في المرفق العام المفوض.

2/ الرقابة الميدانية غير المباشرة (رقابة المنتفعين)

إن للمفوض له علاقة متميزة بمستخدمي المرفق العام بل إن اشباع متطلبات المستفيد هي محور عملية التفويض فصاحب التفويض له علاقة مباشرة بالمنتفعين من المرفق، فهم يتعاملون معه لمدة طويلة من الزمن يتلقون فيها خدمات متنوعة من المرفق العام ويدفعون مقابلها في شكل رسوم وتعريفات فهم في احتكاك دائم مع المرفق العام ومع القوائم بتسيير المرفق العام، وهذا بخلاف العقود الإدارية الأخرى ومنها الصفقات العمومية فبالرغم من أنها تستهدف اشباع حاجات عامة إلا أنه لا يربط الجمهور بأي علاقة بالمتعاقد مع الإدارة، ولذلك تكاد تكون هذه العلاقة المميزة للمنتفعين مع المفوض له هي من أكبر سمات عقد التفويض.

فقد تفويض المرفق العام يعبر عن علاقة ثلاثية، وهذه العلاقة لا تقتصر على أطراف العقد بل تتعداها لمستعملي المرفق العام، وهم في الوقت ذاته مصدر تمويل لصاحب التفويض فالمنتفع في النهاية هو المستفيد الأول من نتائج الاستثمار، وهم بذلك الأكثر قدرة على تقييم مدى جودة الخدمة المقدمة من المفوض له ففي إطار علاقة التفويض تصبح للمفوض له علاقة مباشرة بمستخدمي المرفق المفوض، وتكون هذه العلاقة العنصر المميز لعقد التفويض، فقد اعتبر الأستاذ Rouquette أن المنتفع هو أساس وجود عقد التفويض والمستثمر في المرفق العام يحصل على عائداته من نتائج الاستثمار التي يكون المنتفع هو المصدر الأساسي لها فهو مجبر في أن يكون في علاقة قانونية مع المنتفعين وفقا لشروط العقد، واعتبر الأستاذ Marcou إن من بين العناصر المكونة لتقنية التفويض المرفق العام هو تأسيس علاقة تعاقدية مع المنتفعين¹.

وبموجب هذه العلاقة المتميزة بين المنتفعين والقائم على تنفيذ المرفق خول لمستعملي المرفق صلاحية التظلم والشكاوى لدى السلطة المانحة للتفويض، من أجل حث السلطة المانحة للتفويض على تفعيل دورها الرقابي من منطلق مسؤوليتها عن سير المرفق العام، وخصوصا في الحالة التي في يلحقهم الضرر بسبب التقصير في الرقابة أو إهمالها، غير أن رقابة المنتفعين في هذه الحالة تقتصر على الحالة التي يخل فيها كلا من السلطة المفوضة أو المفوض إليه بالتزاماته اللائحية أو التعاقدية المبينة في عقد التفويض²، فإعطاء المنتفعين امتياز الرقابة على تنفيذ المرفق إنما يجد أساسه في كونهم يمثلون المحور الثلاثي في تقنية التفويض بعد السلطة المفوضة والمستثمر من جهة بالإضافة إلى

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 149.

² محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 183.

أن الرقابة وممارستها تتعدى كونها حق الى كونها واجب يقع على عاتق الجهة المانحة غير أن المنتفع لا يمكنه ممارسة هذه الرقابة إلا إذا وفرت له كل الوسائل اللازمة للقيام بذلك¹.

وقد كرس هذا النوع من الرقابة من خلال عدة قرارات أجاز القاضي الإداري للغير ومنهم المنتفعين على الخصوص باللجوء للقضاء الإداري للمطالبة بإبطال البنود اللائحة في العقد الإداري وكرس القاضي الإداري للمستفيد من المرفق العام الحق في إبطال قرارات رفض السلطة المفوضة احترامها للالتزاماتها المتعلقة بتنظيم المرفق العام، فكرس عدم جواز تضمين بنود عقدية أو فرض شروط تعسفية على المنتفعين أثناء تعاملهم مع المرفق العام، كإدراج بند يحمل المنتفع كامل الأضرار التي تقع جراء انتقاعه من خدمات المرفق العام²، وتعد هذه الشروط تعسفية يجوز للمنتفعين من المرفق إبطالها عن طريق القضاء الإداري في حالة وجودها في العقد.

والعبرة من ذلك أنه في عقد التفويض لا ينتهي دور الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة بصفة عامة بمجرد التوصل الى إبرام العقد، إذ يظل دور السلطة المانحة متواصلاً حتى بعد توقيع العقد الى غاية انتهاء مدة تنفيذ المرفق المفوض، ويتمثل هذا الدور في الرقابة والإشراف على الأداء وحق تعديل العقد وكذا حق الحلول محل القائم على إدارة واستثمار المرفق في تقديم الخدمة بما يحقق إشباع حاجات المنتفعين من المرفق العام، فيمكن للمنتفعين مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة بالتدخل لدى المتعاقد مع الإدارة لإعمال حقوقها وإجبارها على الوفاء بالتزاماتها لصالح المنتفعين³.

فإذا أخل المفوض له بالتزاماته الى الدرجة التي تنتفي معها تقديم الخدمات أو تقديمها على غير الوجه المطلوب أو عدم تمكين الكافة منها، ففي هذه الحالة يجوز لأي من مستعملي المرفق العام مطالبة الجهة الإدارية المانحة لإعمال شؤونها في توقيع الجزاءات المنصوص عليها بالعقد على مقدم الخدمة أو إنهاء العقد مبكراً⁴.

وبذلك يعتبر مستخدم المرفق العام الحلقة الأهم في عقد التفويض، بل قد تعتبر الخدمات العمومية التي يتلقاها المنتفع أهم المبررات التي أدت إلى تبني أسلوب تفويض المرافق العامة بحد ذاتها لأن استتجاد الأشخاص العامة بالخواص، إنما كان تحت دافع تفعيل المرافق العامة وتحسين الخدمة

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 355.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 304، 305.

³ حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 444.

⁴ المرجع نفسه، ص 445.

العمومية والارتقاء بها، فمن المنطقي أن تحتل هذه الخدمة مكانة مميزة من حيث أنها تمثل مؤشر حقيقي على مدى نجاعة أسلوب تفويض المرافق العامة، وأن يصبح المعني الأول بالخدمة مستخدم المرفق العام هو المراقب الحقيقي لعملية سير واستغلال المرفق العام، وأن يشكل آلية فعالة يمكن أن تستعين بها السلطة المفوضة في عملية الرقابة على التفويض، وفي هذا الإطار حيث نصت المادة 86 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر على أحقية الجهة المانحة للتفويض وبسط رقابتها على المرفق العام بواسطة مستعمل المرفق نفسه، والذي يقع عليه واجب إخطار الإدارة في الحالات التالية:

1/ إخطار الجهة المانحة للتفويض بأي تقصير أو إهمال أو أي مساس بالمبادئ الضابطة لسير المرفق العام من قبل المفوض له.

2/ عدم احترام المفوض له للبنود المتعلقة باستغلال المرفق العام.

3/ المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه.

4/ سوء استغلال المرفق العام.

فتقوم السلطة المفوضة بناء على هذا الإعلام على الفور بتشكيل لجنة تحقيق تقوم بإعداد تقريراً مفصلاً في الموضوع، وتتخذ بناءً على ذلك التدابير القانونية اللازمة لمعالجة الوضع وإسداء التوجيهات اللازمة للمفوض له من أجل إتخاذ الإجراءات اللازمة لتصحيح الأوضاع بما يتيح السير المنتظم للمرفق العام.

غير أن مستعمل المرفق العام لا يمكنه مساءلة السلطة العامة المفوضة وإلزامها باحترام التزاماتها الرقابية إلا في إطار الالتزامات المقيدة في دفتر الشروط، والتي ثبت إهمال أو امتناع الجماعة العامة عن احترامها والتقيّد بها، وبهذا ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بغض النظر عن طبيعة نشاط المرفق العام موضوع التفويض، وقد تم تكريس حق الرقابة للمنتفعين في القضاء الإداري الفرنسي فكرس هذا النوع من الرقابة من عدة قرارات لمجلس الدولة الفرنسي أهمها القرار الصادر في قضية cayzeele ، فأجاز القاضي الإداري لكل ذي مصلحة ومنهم مستعملي المرفق العام اللجوء إلى القضاء الإداري لإبطال الشروط اللائحية المتضمنة في العقد الإداري وكذلك في قضية C ne Toulon حيث أقر القاضي الإداري للمنتفع الحق في إبطال قرارات السلطة المفوضة في حالة عدم احترامها لالتزاماتها المتعلقة بتنظيم المرفق العام¹، ولعل إعلان وتكريس القضاء الإداري لحق المنتفعين في الرقابة على سير المرفق العام المفوض يرتبط بنظام الحماية الذي يكفله القضاء لمستعملي المرفق العام، الذي

¹ يركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 304

يمنع إدراج شروط تعسفية على مستخدمي المرفق كإدراج شرط يحمل المنتفع مخاطر الانتفاع ضمن عقد التفويض¹، كما فعل في قضية société Eaux du nord حيث أقر بعدم جواز النص على شروط تعسفية على مستعملي المرفق كتضمنين العقد الموقع بين المنتفعين والمستثمر لئلا يتحمل فيه المنتفع كامل الأضرار التي تقع جراء انتفاعه من خدمات المرفق العام².

وذلك باعتبار حقوق مستعملي المرفق العام تعتبر من أهم صور امتداد آثار العقود الإدارية إلى غير المتعاقدين فبالرغم من أن المنتفع طرف أجنبي على عقد التفويض فلا تربطه أي رابطة خاصة بأي طرف من أطراف العقد، إلا أن ذلك لا يمنع من اكتسابهم حقوقا من العقد بالطريق غير المباشر ويمكنهم التمسك بهذه الحقوق في مواجهة المتعاقدين³، ومن هذه الحقوق حق الرقابة على تحقيق المرفق العام، فالمنتفع يشكل محور ثالث في عقد التفويض إلى جانب السلطة المفوضة وصاحب التفويض⁴، فمستعملي المرفق العام هم الأشخاص الذين ينتفعون بالمرفق العام أو يستعملون المنشآت العامة التابعة له، وبذلك يمنح لهم القانون مركزا حساسا وهاما خصوصا فيما يتعلق بأسلوب تفويض المرفق العام، وذلك في إطار ضمان المزيد من الشفافية والوضوح بين السلطة المانحة للتفويض وصاحب التفويض⁵.

وتثبت للمنتفعين من المرفق العام من خلال العلاقة التي تربطهم بعقد تفويض المرفق العام عدة حقوق نذكر أهمها:

- 1/ حق الإطلاع على عقود تفويض المرفق العام، وفقا لقانون 17 جوان 1978 في فرمسا بشأن تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن، فالوثائق التي تبين كيفية تنفيذ مرفق عام أو ترتبط بهذا التنفيذ تعتبر بطبيعتها وبحسب موضوعها وثنائق إدارية يجوز للمستفيدين الاطلاع عليها.
- 2/ يجب أن تفصل عقود تفويض المرفق العام في التعريفات والرسوم التي يتحملها المستفيدين وأن تتضمن أيضا المؤشرات التي تؤثر في هذه التعريفات أو المؤشرات التي تؤثر في تغييرها.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 345، 346.

² بركيبة، مرجع سابق، ص 305.

³ كمال طلبة، مرجع سابق، ص 218.

⁴ نادية ضرفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 299.

⁵ محمد عبد الطيف، مرجع سابق، ص 97.

- 3/المساهمة في عملية الرقابة على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام وتبدو مظاهر الرقابة التي يمارسها المستفيدون في مجال التفويض فيما يلي:
- 4/ التقارير التي ترفع من المفوض له وتحتوي جميع الوثائق التبريرية توضع تحت تصرف الجمهور .
- 5/ يوضع كذلك تحت تصرف الجمهور التقرير السنوي للسلطة التنفيذية للشخص العام المفوض.
- 6/ اللجان الاستشارية للمجتمع المدني.

كما أنه يمكن لمستعملي المرفق العام الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة باستغلال وتسيير المرفق العام، والتي يمكن أن تتضمن اخلالا بشروط تنفيذ عقد التفويض وبالأخص تلك التي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، ويستند ذلك على أن البنود التي تنظم كيفية أداء الخدمة هي بنود ذات طبيعة لائحية تنظيمية وبالتالي لا يجوز لأي طرف من أطراف العقد القفز عليها لأن ذلك ليس مجرد إخلال بالتزام شخصي تعاقدى مستمد من مقتضيات العقد، وإنما الأمر يرتبط بمخالفة قاعدة من القواعد اللائحية تضمنها العقد، وتصدق هذه الحماية المقررة للمستفيدين سواء كانت هذه المرافق العامة صناعية أو تجارية وسواء صدرت الأعمال المخالفة من الشخص العام الذي أنشأ المرفق أو المفوض إليه الذي عهد إليه تنفيذ المرفق.

وبالتالي فإن البنود التنظيمية اللائحية المذكورة في اتفاقية التفويض يمكن لمستعملي المرفق العام المنازعة فيها من خلال الطعن بالطريق المباشر، أما في ما يتعلق بالبنود التعاقدية التي يتوافق عليها أطراف العقد فإنه من حيث المبدأ لا يجوز لمستخدمي المرفق العام الطعن فيها إلا بالطريق غير المباشر، وذلك عن طريق المنازعة في القرار المنفصل وهو الأمر الذي استقر عليه رأي مجلس الدولة الفرنسي، وللتمييز بين الشروط التعاقدية والبنود التنظيمية اللائحية يرجع الى معيار مؤداه أن الشروط اللائحية هي تلك البنود المتضمنة في دفاتر الشروط الخاصة بالمرافق العامة موضوع التفويض، كما يمكن أن نجدها في اللوائح المعدة لاستغلال المرفق العام في حالة استغلاله وإدارته بالأسلوب المباشر فيما تصنف الشروط التعاقدية على أنها تلك الشروط التي لا يتصور وجودها في نظام الاستغلال المباشر لأنها لا يكون لها موضوع لعدم وجود العقد أساسا، ومما سبق يمكن القول إجمالا أن الشروط الخاصة المتعلقة بتنظيم أو إدارة المرفق العام هي بنود ذات طبيعة لائحية وتنظيمية أما الشروط المالية التي تتعلق بالمزايا المالية التي يمكن أن يحصل عليها الملتزم من الجهة المانحة للالتزام، فإنها تعتبر من الشروط التعاقدية لأنها لا تهم الجمهور ولا تتعلق بتنظيم واستغلال المرفق العام، فالطبيعة التعاقدية ترتبط بالشروط التي تتناول العلاقات المالية بين المنتفعين والقائم بتنفيذ المرفق العام موضوع الالتزام.

وفي هذا الاطار يمكن القول أن بأن المشرع الجزائري أحسن الفعل من خلال تبني رقابة المنتفع من خلال إلزام المفوض له بوضع سجل خاص تحت تصرف مستخدم المرفق العام المفوض بغرض تدوين شكاويهم واقتراحاتهم واحتجاجاتهم على القصور الذي يشوب طريقة سير المرفق العام، لتتمكن السلطة المفوضة من الاطلاع على هذه الشكاوي من خلال زيارة مندوبيها الى موقع تنفيذ المرفق العام أو عن طريق طلب هذه الوثائق للاطلاع عليها لدى السلطة المفوضة، وفي هذا الصدد تلزم السلطة المانحة للتفويض في إطار مسؤوليتها الرقابية باتخاذ الإجراءات الملائمة من أجل معالجة هذه الشكاوى بالطريقة الصحيحة والإصغاء بجدية إلى اقتراحات المرتفقين المتعلقة بهذه النقائص والبناء عليها لإيجاد الحلول المناسبة باعتبارها اقتراحات نابعة من واقع التسيير بعيدا عن الأفكار النظرية التي في الغالب لا تجد مجالا لتطبيقها في الواقع ولأن الاقتراحات المدونة في التقارير والوثائق غالبا ما تكون لا تعكس الواقع بشكل دقيق وبالتالي فممارسة الرقابة على الوثائق الإدارية غالبا ما تكون غير مجدية باعتبارها رقابة نظرية أكثر و لا تعكس المشاكل الحقيقية التي تعترض السير الحسن للمرفق العام.

في المقابل يستطيع المنتفع من المرفق باعتباره المعني المباشر بسوء تسيير المرفق، أن يلمس مواطن الخلل في التسيير وبالتالي فإن السلطة المفوضة باستعانتها بالمنتفع من خدمات المرفق تستفيد من آلية غير مكلفة للرقابة على سير المرفق العام المفوض، فيمكنها أخذ صورة صادقة عن المشاكل الحقيقية التي تعترض تسيير المرفق موضوع التفويض، بالنتيجة يساعده ذلك على اتخاذ قرارات مناسبة في الوقت الملائم لتذليل هذه المشاكل والعقبات التي تعترض عملية التسيير المفوض للمرافق العامة وضمان التنفيذ الحسن لبنود عقد التفويض وبالتالي تأمين المصلحة العامة من خلال الاستجابة لإشغالات المنتفعين وضمان استمرارية تمويل المرفق وانتظام سيره، ذلك لأن رضا المنتفعين على أداء المرافق العامة المفوضة يساهم بشكل فعال في تعزيز استثمار حقيقي يوطد لعلاقة قانونية مستقرة بين المنتفعين والمستثمر، ويساهم ذلك الى حد كبير في استقرار عقد التفويض وإبعاده عن المنازعات والطعون الناتجة عن اضطراب العلاقة بين المنتفعين والمفوض له، مما يخلق كذلك حافز لصاحب التفويض من أجل تعميق استثماراته وتوسيعها في المرافق العامة عن طريق تقنية التفويض.

لذلك تعد الرقابة على عقود تفويض المرفق العام في مرحلة التنفيذ هي العملية الأكثر أهمية على الإطلاق، لأنها بكل بساطة النتيجة العملية والنهائية والمحصلة لكل أنواع الرقابة السابقة التي تمارسها هيئات مختلفة على عملية إبرام عقود التفويض، فمرحلة تنفيذ العقد هي المرحلة التي يشعر بها المنتفع بشكل مباشر وحقيقي، ذلك لأن مسألة الرقابة على إجراءات إبرام عقد التفويض تهم بالدرجة الأولى المترشحين المتنافسين على عقد التفويض والسلطة المانحة للتفويض على وجه التحديد فهي

تتعلق بمصلحة المترشح الذي يدافع من أجل سلامة الإجراءات حتى لا يبخل حقه فيها ويظفر بالتعاقد مع الجهة المانحة للتفويض، بينما تسعى السلطة المانحة للحفاظ على الصالح العام وثبات مصداقيتها في جميع نشاطها الإداري وبالأخص عقودها الإدارية، أما مرحلة التنفيذ فهي تخص أكثر المنتفع من حيث أنها الصورة النهائية التي يخرج فيها العقد ويلمسها المنتفع من خدمات المرفق العام بشكل أوضح، وبالتالي فإن حسن تنفيذ عقد التفويض هو المؤشر الحقيقي الذي يمكن من خلاله الحكم على مدى نجاعة هذه التقنية وتحقيقها للأهداف المرجوة منها ويكون للمنتفع الدور الحاسم في تقييم أداء المرفق العام المفوض.

وانطلاقاً من كل ما سبق ورغم تعدد تعريفات الرقابة واختلاف أنواعها إلا أن الهدف المرجو منها يصب في اتجاه واحد وهو السهر على اتباع الطرق والأساليب المحددة وفقاً لما ترسمه القواعد القانونية المنظمة لعملية إبرام وتنفيذ عقود التفويض، وبغض النظر عن المدخل الذي تم اعتماده في تعريف العملية الرقابية سواء بالإعتماد على الإجراءات والخطوات المحددة لسلطة الرقابة وبالنظر إلى الأشخاص والهيئات القائمة على العملية الرقابية أو الأشخاص والجهات التي تسلط عليها العملية الرقابية أو المرحلة والتوقيت الذي تمارس فيه بحسب المراحل التي يمر بها العقد، وهو في الحقيقة تعددا يرجع إلى الجانب أو الزاوية التي ينظر منها كل شخص للرقابة، إلا أنها في النهاية تهدف إلى متابعة حسن إبرام وتنفيذ العقد وتؤكد من تنفيذ عناصر الالتزام وتوفير الكفاءة والفاعلية المطلوبة في تنفيذ عقود الإدارة المفوضة للمرافق العامة، وبذلك تجتمع الصور المختلفة للرقابة في تحقيق الأهداف المسطرة للمرافق العامة المفوضة بشكل متكامل بحيث كل نوع من أنواع الرقابة يساهم في سد الثغرات التي يمكن أن يتركها نوع آخر من الرقابة.

فالتسيير المفوض للمرافق العامة يعتبر أسلوباً قانوني وإداري يعمل على التخلص من العيوب التقليدية للخصوصية بحيث يحفظ رأسمال العمومي والذي يعتبر ثروة قومية واستراتيجية، ويضع المرافق العامة خاصة الاقتصادية منها في ظروفها الطبيعية والمتمثلة في محيط التجارة و الأعمال وليس في عالم الروتين الإداري المثقل بالبيروقراطية الإدارية التي يميزها البطء في الأداء والترهل الإداري ونقص الشفافية، فيقوم على أسلوب التعاقد ويحفظ التوازن بين المصالح المتناقضة، فالتسيير المفوض يحتفظ بالملكية العامة لرأس المال وفي الوقت ذاته يتيح للقطاع الخاص إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة الاقتصادية الصناعية والتجارية، مما يؤدي إلى زيادة رأس المال القومي وتحرر الجهات المانحة من أعباء هذه المرافق ونفقاتها ، وتأمين موارد مالية مستقرة للخزينة العمومية تتحقق من نتائج استغلال

القطاع الخاص لهذه المرافق¹، فإن كانت انحرافات التسيير لازمت المرافق العامة مع وجود رقابة تمارسها هيئات عمومية مختلفة أنشأتها السلطات العامة لهذا الغرض، فإن تنظيم عملية الرقابة على عقود التفويض باعتبارها أسلوب غير مباشر للتسيير تكون من باب أولى لأن الشريك في عملية تنفيذ المرافق العامة المفوضة ليس حريصا على المصلحة العامة بنفس القدر الذي تتطلع إليه الجهات المانحة.

وفي الأخير فإن نجاح تنفيذ المرافق العامة خاصة مع الشريك الخاص على وجه التحديد يتطلب توافر منظومة قانونية وتنظيمية وإمكانيات مالية معتبرة إضافة الى ذلك يتعين أن يتم تنفيذ تلك المرافق وفقا للمعايير المتعارف عليها دوليا وفي بيئة حرة وتنافسية ومنظومة رقابية شفافة بعيدا عن مظاهر التعتيم والضبابية ومظاهر الفساد التي ساهمت في عرقلة الكثير من المشاريع العامة، غير أنه لا بد من تحقيق أهداف مشروعات الشراكة من خلال موازنة المنافع بين الشريكين الخاص والعام والوصول الى معادلة الكل كاسب، و أكثر من ذلك فإن نجاح إشراك الغير في التسيير يحتاج الى منظومة متكاملة تتولى وضع معايير واضحة في كل من الجانب القانوني والمالي والإداري لتسهيل عملية التقييم بما يضمن حقوق الدولة والخزينة والمجتمع ويكفل مكاسب للقطاع الخاص، بعيدا عن مظاهر الفساد بشتى صوره وانواعه²، من أجل إنجاح أسلوب إشراك الغير في تسيير وإنجاح المشروعات العامة المستهدفة من خلال عملية التسيير غير المباشر لهذه المشروعات وإسنادها بمنظومة رقابية فعالة.

¹ محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 11.

² علاء العناني، المرجع نفسه، ص 314.

الباب الثاني

حدود السلطة المفوضة في الرقابة على عقود تفويض المرفق العام

إن أسلوب التفويض بشكل عام تتدافع فيه فكرتين متعارضتين ويشكل العمل على توازنهما هدفاً جوهرياً للسلطة المانحة للتفويض وهما فكرة تحقيق مقتضيات المصلحة العامة بكل جوانبها إلى جانب إلى تأمين المصلحة الخاصة للمتعاقد المستثمر في المرفق العام، وبذلك فكلما نجحت عملية الموازنة بين هاتين المصلحتين المشروعتين كلما استقر عقد تفويض المرفق العام ووصل للفعالية والمردودية المنشودة لأسلوب التفويض¹، ففي عقود الشراكة بصفة عامة تظهر مشكلة تعارض المصالح المتمثلة في مصلحة المتعاقد المستثمر الذي غالباً ما ينتمي إلى القطاع الخاص الذي يهدف إلى كسب أكبر قدر من الأرباح فيما تسعى أشخاص القانون العام التي تأمين منافع عامة مختلفة اقتصادية واجتماعية وتسهر على تحقيق تنمية مستدامة لبنيتها الأساسية والخدمات والمرافق العامة².

ولضمان هذا التوازن تمارس الجهة الإدارية المتعاقدة في مواجهة الملتزم سلطتها الرقابية بهدف التوجيه والإشراف على أداء المرفق العام بناءً على الشروط المتعاقد عليها والقواعد القانونية المنظمة لسير المرافق العامة وذلك وفق حدود معينة حيث لا تتغول السلطة المانحة من خلال قراراتها المتخذة في إطار ممارسة حقها الرقابي إلى الحد الذي يمكن أن يغير من طبيعة العقد، بحيث لا يغير من جوهره وألا تحل محل المتعاقد الملتزم في تسيير المرفق العام محل العقد وإلا خرج العقد عن فحواه ونصبح أمام شكل من أشكال التسيير المباشر³، ولا يصبح هناك أي معنى لانتهاج الأسلوب غير المباشر في التسيير، لأنه في هذه الحالة يفرغ من محتواه كأسلوب بديل لتسيير المرافق العامة.

وفي تقنية تفويض المرافق العامة على سبيل التحديد تنقيد السلطة المفوضة في ممارستها لامتيازات السلطة العامة بالابتعاد عن التعسف بكل أشكاله فلا يمكنها التحكم بشكل تام في المتعاقد وإنما عليها التوافق مع متطلبات المصلحة العامة وإذا كانت هذه المقتضيات تبرر اعتبار الرقابة على عقود التفويض كمقابل لاستقلالية المستثمر وضابطاً لها فإنها في نفس الوقت ذاته تفرض وجود حدوداً وقيوداً لها، فالرقابة يجب أن تتمحور حول البحث في مدى التزام المستثمر واحترامه لبنود كراسة الشروط، وبذلك فإن السلطة العامة ليس لها أن تراقب الكيفية التي يحقق بها المستثمر للمرفق العام

¹ ضريفي نادية، تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 186.

² عبد الكريم الشاطر، مرجع سابق، ص 137.

³ سامال إسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، طبعة 2017، ص 42.

موضوع التفويض، فالمفوض إليه يبقى المسؤول الأول على كيفية تحقيق استثماراته وله في سبيل ذلك أن يختار الوسائل اللازمة لتحقيق المرفق العام¹.

فنتتبع سلطة الجهة الإدارية المتعاقدة في الرقابة على تحقيق المرفق ضيقا واتساعا بالاستناد الى نوع العقد ولها في ذلك حدودا يجب أن تتم في إطارها ولا تتجاوزها وإلا عرضت نفسها الى تعويض المتعاقد معها من جراء تعسفها في استعمال حقها في الرقابة، وبذلك فلا يمكن أن تمس هذه الرقابة بطبيعة العقد أو تؤثر على جوهره، فليس من الجائز المساس بحقوق المتعاقد الملتزم مع الإدارة بحجة الرقابة² فسلطة الرقابة الممارسة من الجهة الإدارية المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها ليست مطلقة ولا يمكن أن تكون كذلك، وإنما يجب أن يكون لها حدود بحيث تمارس خارج مجال الاعتداء على حقوق الآخرين ، حيث أنه من المقرر أنه لا حرية مع الاضطراب في تطبيقها أو الإساءة في استعمالها، لذلك يجب أن تخضع سلطة الرقابة لاعتبارات مختلفة تضمن حماية المتعاقد من تجاوز السلطة، فعلى الجهة الإدارية المتعاقدة أن تتوخى مبدأ المشروعية وهي بصدد ممارسة سلطة الرقابة فلا ينبغي لها أن ترسم هدف بعيدا عن مقتضيات الصالح العام ومتطلبات سير المرفق العام موضوع التعاقد وألا يكون من شأن أعمال الرقابة الانحراف عن موضوع وجوهر العقد أو تعديله³، لأن في ذلك مساس واضح بحرية المتعاقد وتقييدا لحيته.

فسلطة الرقابة لا يمكن أن تكون سلطة مطلقة بل لابد أن تتم وفق حدود معينة ويرتكز القضاء الإداري على معيارين اثنين لرسم الحدود التي يجب على سلطة التفويض أن تقف عندها، يتمثل المعيار الأول في أنه من غير الممكن أن تفضي عملية الرقابة الى تغيير جوهري في طبيعة عقد التفويض وبناءا عليه لا يمكن أن ينتج عن الرقابة على المتعاقد تعديل في العقد إلى حد يشبه أسلوب التسيير المباشر للمرافق العامة، فإن كان المرفق تابعا للدولة إلا أن طريقة إدارته تتم بالاستعانة بالغير الذي يستقل بكيانه الخاص، وهذا يفيد بأن الجهة الإدارية المتعاقدة لا يمكنها أن تتغاضى عن سلطة المبادرة التي يفترض أن يتمتع بها المتعاقد معها في هذا النوع من العقود وإلا تحول الأخير الى مجرد أداة للتنفيذ، أما المعيار الثاني فيلزم الجهة المانحة على أن تقصر رقابتها على النشاط المرفقي الذي يشكل تحقيق المرفق نفسه أما مسألة اختيار الوسائل الملائمة التي يستعين بها المتعاقد على

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 344.

² يوسف بن مصباح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 186.

³ محمد عبد الحميد ابوزيد، مرجع سابق، ص 208.

تحقيق المرفق مثل العتاد اللازم أو اختيار العمال، فإن الملتزم هو المسؤول الأول عنها فالرقابة تقتصر على نشاط الاستغلال وليس على وسائل الاستغلال¹.

وتستند السلطة المفوضة في بسط رقابتها على عقود تفويض المرافق العامة الى اعتبارات متعددة تنبع من طبيعة العقد في حد ذاته فتمثل الأسس التي تركز عليها عملية الرقابة على عقود التفويض، وتتجلى في مختلف الصلاحيات التي تمارسها الجهة المانحة على عقد التفويض بوصفه عقدا إداريا من أجل تقويمه وضمان مواكبته لكل الظروف التي تطرأ على عملية التنفيذ وحمايته من كل ما يؤدي الى الاخلال باستقراره كعقد استثماري يستوجب توفير الحرية اللازمة للمبادرة والحركة التي تكفل المردودية المرجوة من المرافق العامة المفوضة، وفي هذا الاطار سننتظر الى أسس ومظاهر عملية الرقابة في (الفصل الأول) ثم الى القيود التي تفرضها الطبيعة الاستثمارية على عملية الرقابة على عقد التفويض بوصفه عقد يهدف الى إيجاد مصادر تمويل للمرافق العام بالدرجة الأولى ثم الى المساهمة بالدفع بالاقتصاد بدرجة ثانية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: أسس ومظاهر الرقابة على عقود التفويض

لقد تميز النظام القانوني للعقود الإدارية بشكل عام بمنح السلطة العامة المانحة جملة من الصلاحيات الاستثنائية التي ليس لها نظير في مجال علاقات القانون الخاص ومن هذا الأساس تستمد الجهة الإدارية المتعاقدة أساسها القانوني في أعمال تلك الصلاحيات الاستثنائية، فتقوم بمهام الرقابة وتوجيه المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد حتى في حالة عدم النص عليها في العقد، وبما أن عقود الشراكة هي عقود ذات صبغة إدارية فهي أيضا مجالا مناسباً للسلطة المتعاقدة لتطبيق هذه السلطات الاستثنائية على المتعاقد الخاص ولو كانت بشكل مخفف يختلف عن بقية العقود في بعض التفاصيل إلا أن ذلك لا يعني أن الجهات الإدارية تتمتع بسلطات مطلقة وتمارسها الجهة العامة بدون قيد أو معيار يوطرها فمهما اتسع مداها إلا أن هناك ضوابط أو قيود التزم بها الإدارة وهي تمارس هذه السلطة²، هذه السلطات الاستثنائية تلازم العقود الإدارية بشكل عام وعقود التفويض بشكل خاص.

فتتميز عقود تفويض المرفق العام هي الأخرى بخضوعها الى نظام قانوني متميز عن النظام القانوني الذي يحكم عقود القانون الخاص، لذا تتمتع السلطة المفوضة في نطاق عقود تفويض المرفق العام بمجموعة من الصلاحيات التي تفتضيها طبيعة العقد والمرفق العام المفوض وهذه السلطات وأن كانت تنسجم في مضمونها مع بقية العقود الإدارية إلا أنها تتميز عنها في بعض الجوانب الناتجة عن

¹ محمد عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص 183.

² سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 86.

الارتباط بعقود التفويض وخصائص المرفق العام وبشكل عام يمكن حصر سلطات الجهات المانحة في مجال عقود تفويض المرفق العام في ثلاث أنواع وهي سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة التعديل وفرض الجزاءات¹.

ويمكن الأساس القانوني لسلطة الجهة الإدارية المانحة في الحق الرقابة على المتعاقدين معها في البنود المستمدة من العقد نفسه أو الشروط اللائحية التنظيمية المدرجة في كراسة الشروط بعنوان البنود اللائحية العامة والتي تنطبق على كل المتعاقدين معها بشكل نموذجي لأن الجهة الإدارية هي المسؤولة في النهاية عن حسن سير واستغلال المرفق العام أمام المتعاقدين معها بعقد إداري ولتأمين ذلك فإن لها الحق في توقيع الجزاء المناسب في حالة الإخلال بالالتزامات العقدية المترتبة في ذمة المتعاقد معها، بالإضافة إلى ذلك يستند هذا الحق إلى ما يسمى بامتيازات السلطة العامة التي تسمح للسلطة المانحة للتفويض توقيع بعض الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية ولها أن تقوم بذلك بنفسها دون الرجوع إلى القضاء باستثناء حقها في فرض جزاء الإسقاط كما يحق للجهة العامة توقيع الجزاء المناسب خارج الجزاءات العقدية²، وذلك بالنظر إلى الخصائص التي يفرضها موضوع عقد التفويض كونه عقد إداري يتعلق بالمرفق العام ويهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

وبناء على ذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى الأسس التي تستمد منها سلطة الرقابة على عقود تفويض المرافق العامة وخصوصية الرقابة عليها في المبحث الأول ثم إلى الجزاءات التي يمكن أن توقعها السلطة المفوضة على المتعاقد معها كامتداد لسلطتها الرقابية على عقد التفويض بوصفه عقد إداريا يتميز ببعض الخصائص التي يستمد منها من المرفق العام والمبادئ الحاكمة لسيره في المبحث الثاني.

المبحث الأول: أسس وخصوصية الرقابة على عقود التفويض

قد يتم النص على سلطة الجهة الإدارية المانحة في الرقابة في مضمون وثيقة العقد أو في دفاتر الشروط المتعلقة بالعملية التعاقدية، كما قد يرد النص في قواعد القانون أو ضمن اللوائح التنظيمية فتحدد هذه النصوص القانونية أو اللوائح عملية الرقابة وتفصل فيها وتحدد الوسائل المتاحة للإدارة من أجل ممارستها فيسهل في هذه الحالة معرفة الأساس القانوني للرقابة فيصبح مصدرها وثيقة العقد في حد ذاتها، وكذلك في حالة النص على هذا الحق في اللوائح أو القواعد القانونية فتستمد الجهة العامة سلطتها من هذه النصوص وتصبح بذلك أساسا لهذه السلطة لعلها في حكم الشروط التعاقدية وذلك

¹ أبو بكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 197.

² يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 124.

بتضمين العقد وسائل تضمن الجودة وأدوات الرقابة والإشراف في كل مراحل التي يمر بها المشروع ومهما يكن فإن النص من عدمه على سلطة الرقابة لا يغير من طبيعتها فهي سلطة أصيلة للجهة الإدارية العامة فهي في كل الحالات قائمة بذاتها ومستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري بذاته، وعند ممارستها فإنها تتم بقرارات عادية لا صلة لها بالعلاقة العقدية، وحتى في حالة النص عليها في العقد فالراجح في الفقه أن سلطة الرقابة مفترضة بذاتها دون الحاجة إلى تقريرها بالنظر إلى مبادئ القانون الإداري العامة، وليس ارتكازها على نص قانوني أو عقدي ذلك أن مسألة النص عليها لا توجد إلا إنما تكشف عليها فحسب، وتنظمها وتحدد الوسائل المناسبة لممارستها، لأن الحق معترف به حتى في حالة وجود نص يخالفه أو يستبعده فالجهة الإدارية المانحة لا تملك حق التنازل عن الرقابة لأنها تعد من النظام العام¹.

فتمارس الرقابة على عقود تفويض المرافق العامة وعلى المرافق المفوضة أثناء مرحلة التنفيذ من قبل السلطة المفوضة بصفة أساسية بحكم مسؤوليتها على تنظيم واستغلال المرفق العام المفوض وبالرغم من أن هذه الرقابة غالبا ما تلحظ في بنود دفاتر الشروط الخاصة بعملية التفويض التي لها الطابع التنظيمي وفي نصوص قانونية أو لائحية أو في نصوص قانونية مختلفة تحدد كيفية إجرائها ونطاقها، غير أن للرقابة على تفويض المرفق العام تجد مصدرها في المرفق العام في حد ذاته ومقتضيات المصلحة العامة وكذا امتيازات السلطة العامة، فكل هذه المفاهيم تعد المرتكزات الأساسية لعملية الرقابة على عقد التفويض وتعتبر أساسا لها بغض النظر عن مسألة النص على سلطة الرقابة فهي موجودة ومفترضة طالما ارتبط عقد التفويض بالمرفق العام.

فهي رقابة أصيلة تتمتع بها السلطة العامة المانحة للتفويض تتبع من طبيعة المرفق العام موضوع التفويض وتتعلق بالأهداف المتصلة بالصالح العام، وتتبع من المركز الاستثنائي للسلطة المفوضة باعتبارها تحوز على صلاحيات مرتبطة بامتيازات السلطة العامة كل هذه الأسس تشكل المستندات الجوهرية التي يركز عليها عقد التفويض ويستمد خصائصه المختلفة من ارتباطه الوثيق بهذه الركائز الأساسية لعملية الرقابة.

المطلب الأول: الأسس القانونية للرقابة على عقود التفويض

إن ما يمليه الواقع هو وجود نصوص تركز حق الجماعة العامة في الرقابة على المستثمر وتتبع كيفية تحقيقه للمرفق موضوع التفويض، غير أن هذه النصوص لا تشكل وحدها الأساس القانوني لعملية الرقابة بل تقتصر دورها على إعلان وجودها لأن الأساس القانوني للرقابة يكمن في الامتيازات

¹ سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 79.

المخولة للسلطة العامة التي تتمتع بها أشخاص القانون العام، ولهذا فإنه من الخطأ الاعتقاد أن سلطة الرقابة إنما تقتصر على النصوص فحسب فالسلطة المفوضة يمكنها أن تتجاوز النصوص التي تبين مدى وكيفية ممارسة الرقابة متى كانت المصلحة العامة تبرر ذلك¹، ومتى عجزت هذه النصوص عن معالجة الاختلالات التي تشوب عملية تحقيق المرفق العام.

الفرع الأول: السلطة العامة كأساس للرقابة على عقد التفويض

فخضوع المرفق العام للسلطة العامة من أهم وأبرز السمات التي لازمت تحقيق المرفق العام ولأن ذلك العنصر هو المميز للمرفق العام عن المشروعات الخاصة، ذلك أن النفع العام يمكن أن تقوم به المشروعات الخاصة إلا أنها تظل محتفظة بالعنصر المميز وهو الخضوع للسلطة العامة، ويتضمن مفهوم خضوع المرفق العام للسلطة العامة سيطرة السلطة المتعاقدة على المشروع وتوليها تنظيمه واستغلاله سواء بالأسلوب المباشر أو غير مباشر فالسلطة العامة هي أساس المشروع العام فهي المتحكمة في مصيره انشاءا والغاءا وهي التي تحدد قواعد تنظيمه وسيره²، وهي من تساهم في وضع المنظومة الرقابية الممارسة عليه سواء في التسيير المباشر أو في التسيير المفوض للمرافق العامة.

فهذه الفكرة تقضي بأن ممارسة الدولة لنشاطها إنما يمثل مظهر من مظاهر السلطة العامة وهو ما يميزها عن باقي الأشخاص القانونية ولاسيما أشخاص القانون الخاص، وفي هذا الإطار ذهب رأي من الفقه الى أن سلطة الجهة المانحة في ممارسة الرقابة لا تعدو إلا أن تكون تطبيقاتا من تطبيقات أساليب السلطة العامة، وفي هذا السياق أقرت محكمة القضاء الإداري المصري أن ذلك لا يمنع من القول أن شروط العقد الموضوعية هي مظهر لإدارة لها سلطة الزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها وهذا القانون هو دستور العقود الإدارية والذي يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين إذا اخل بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها بل لها حق إنهاء العقد إذا رأت بحسب مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات ولو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام، وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين³، فالتفويض في إدارة واستثمار المرفق العام إنما يستهدف تنظيم المرافق العامة، وبما أن تنظيم هذه المرافق يعد أحد أهم امتيازات السلطة العامة فإن تقنية التفويض في حد ذاتها تشكل أحد مظاهر امتيازات السلطة العامة بالإضافة الى

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 343.

² يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 28.

³ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 87.

أن وصف نشاط ما بأنه نشاط مرفقي يستلزم خضوعه لنظام قانوني خاص واستخدام لوسائل خاصة ترتبط بنوع الامتيازات، فهذا الترابط بين أسلوب التفويض وامتيازات السلطة العامة يجزنا الى الحديث عن العلاقة بين هذه التقنية من جهة وما تتضمنه من مظاهر سيادية من جهة أخرى هذا الترابط يجد أساسه في العلاقة الوثيقة بين مفهومي السلطة العامة والمرفق العام¹، فالمرفق العام مجال خصب لتطبيق فكرة امتيازات السلطة العامة حيث تتجلى امتيازات السلطة العامة بشكل أكثر وضوحا إذا تعلق الأمر بالمشروعات العامة.

فالعقد الإداري عموما يتميز بأن الجهة الإدارية العامة تقدم على ابرامه بوصفها سلطة عامة وتتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة التي لا يتمتع بها لمتعاقد معها ومرد ذلك الى تحقيق النفع العام ويختلف عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يستند في ابرامه على إجراءات وأساليب نصت عليها قواعد القانون العام وضمنها شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق عقود القانون الخاص سواء كانت الشروط منصوص عليها في بنود العقد ذاته العقد أو منصوص عليها بمقتضى القوانين واللوائح ويمنح المتعاقد مع الإدارة حقوقا لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية فحسب، بل هو شريك للسلطة العامة في إدارة واستغلال المرفق العام و ذلك تحقيقا للصالح العام ويبدو من الإجماع الفقهي الضمني على أنه طالما أسندت إدارة المرفق العام لملتزم بموجب عقد إداري وهو التزام المرافق العامة فلا يؤثر ذلك على المسمى القانوني للالتزام لو جعل تفويض وأن كان المعنى العام للتفويض يستغرق الأشكال سائلة الذكر من العقود الادارية².

فتكييف عقود تفويض المرفق العام ضمن نطاق العقود الإدارية كونها تهدف الى تسيير واستغلال مرفق عام وتسعى لتحقيق النفع العام يقوي المركز القانوني للجهة الإدارية في هذا العقد حيث لها أن تتمتع بسلطات وامتيازات عامة واسعة في سبيل ضمان السير المنتظم للمرافق العامة المفوضة وفق المبادئ الكلاسيكية والحديثة التي تحكمها و التي من شأنها أن تساهم في تحقيق المصلحة العامة بكل أبعادها³، فالمرافق العامة إنما وجدت لتقديم خدمات ضرورية للجمهور لا يمكن الاستغناء عنها لذلك يتوجب على السلطة المانحة أعمال امتيازاتها العامة باسم المصلحة العامة من أجل أن تقدم هذه المرافق خدماتها على نحو يشبع حاجات الجمهور وهذا بالسهر على ضمان سيرها بانتظام واطراد فأي خلل أو تعطيل في استغلال تلك المرافق يؤدي الى حدوث أضرار بالغة الأثر للمنتفعين ومصالحهم الأساسية من ناحية واضطراب في النظام العام من ناحية ثانية، وإذا كانت التزامات

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 73.

² محمد علي ماهر، وكالة المرفق العام، مرجع سابق، ص 28.

³ عامر نعمة هاشم، مرجع سابق، ص 15.

المتعاقد مع الإدارة ترتبط بالنفع العام فإن أي إخلال بهذه الالتزامات يشكل زيادة على الإخلال بالتزام تعاقدى مساسا بالمرفق العام موضوع العقد الذي يلبي للجمهور حاجات أساسية، فإذا امتنع المتعاقد عن التنفيذ أو تأخر أو أهمل في أدائه أو فرض غيره بدلا منه دون إذن من الجهة الإدارية المانحة فإنه يكون حينئذ مقصرا في تنفيذ التزاماته التعاقدية يستحق على إثرها توقيع جزاءات من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة بغية ضمان الاستمرار في تنفيذ الالتزام المتعلق بالمرفق العام وإزالة دواعي ومسببات الإخلال أو التقصير¹، ولا يتم ذلك الى من خلال أعمال الرقابة على تنفيذ المرفق العام بالاستناد الى امتيازات السلطة العامة المقررة لصالح الجهات العامة المتعاقدة.

فتمتع السلطة العامة المانحة للتفويض في نطاق عقود تفويض المرفق العام بطائفة من الحقوق تقابلها مجموعة من السلطات الاستثنائية التي تخولها قواعد القانون العام للجماعة العامة من خلال امتيازات السلطة العامة بوصفها الجهة الساهرة على تلبية الحاجات العامة عن طريق مرافق عامة حتى وإن كانت هذه المرافق لا تدار بالطريق المباشر، إلا أن الجهة الإدارية المتعاقدة تبقى دائما صاحبة الكلمة الأخيرة في ضمان سير وتشغيل المرفق العام وفق المنحى الذي يؤدي الى ضمان النفع العام والتأكد من احترام صاحب التفويض لخصائص وطبيعة المرفق العام موضوع عقد التفويض وبذلك تشكل هذه السلطات العامة الاستثنائية التي تتمتع بها السلطة المفوضة بصفتها مانحة التفويض من جهة و كونها سلطة عامة وكطرف ممتاز في علاقة قانونية تعاقدية من جهة أخرى، وهذا ما يفرض عليها التزامات كبيرة تتعلق أساسا بضمان تحقيق المرفق العام المفوض للفعالية المطلوبة وتحقيق المردودية الاقتصادية التي تضمن ديمومته بواسطة تنظيم عملية رقابية فعالة.

كذلك تتمتع السلطة المفوضة بحق الملكية على العتاد المستخدم من قبل المتعاقد المستثمر والذي تم تخصيصه لتسيير واستغلال المرفق العام باعتبارها ملكية أصلية للجهة الإدارية المانحة قبل اللجوء الى أسلوب التفويض، بل أن حق السلطة المفوضة في الملكية لا ينحصر في أموال السلطة المفوضة فحسب وإنما يشمل حتى الممتلكات التي يشيدها المستثمر و المعدات التي تكون لازمة لتحقيق مهمته الاستثمارية في المرفق العام و وذلك عند نهاية مدة التفويض إذ أنها ضرورية لسير المرفق العام مقابل التزامها بدفع قيمتها للمستثمر².

فإذا ما سلمنا أن التفويض ما هو في الحقيقة إلا نقل لعبء تسيير واستغلال المرافق العام الى شخص من أشخاص القانون الخاص بالمفهوم الواسع لفكرة الخصخصة وليس المفهوم التقليدي الذي

¹ محمد عبد الحميد أبوزيد، مرجع سابق، ص 209.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 226.

يقوم على نقل كامل للملكية¹ فإن السلطة المانحة عند اختيارها لهذا الأسلوب إنما تهدف الى الاحتفاظ بامتيازاتها كسلطة عامة التي تتيح لها فرض رقابة فعالة على مشروعاتها العامة، وهي من جهة أخرى تتفادى المعنى التقليدي أو الضيق للخصخصة والذي يقوم على نقل ملكية المشروعات العامة الى القطاع الخاص وتقليص سلطات الجهات العامة على هذه المرافق.

وبالتالي يمكن القول أن السلطة المانحة للتفويض وهي تمارس عملية الرقابة على عقود التفويض لا تعدو أن تكون بصدد تفعيل امتيازات السلطة العامة المقررة في قواعد القانون العام لأشخاص المعنوية العامة، فلا يمكن للسلطة المانحة أن تتجرد من الظهور بمظهر السيادة حتى في إطار التسيير غير المباشر لمرافقها، ذلك أن طبيعة المشاريع العامة لا يمكن المجازفة بها كلياً وتركها في أيدي القطاع الخاص على وجه التحديد لأن مجال الخواص تغطي عليه المصالح الخاصة والسعي الى الكسب السريع وما تفرضه قواعد السوق من منافسة في هذا الإطار، وهذا ما يهدد فكرة ديمومة المشروعات العامة وارتباطها بالمنفعة العامة التي هي مطلب جمهور المنتفعين، لذلك فإن استخدام السلطة المانحة للتفويض لسلطاتها الرقابية على عقد التفويض إنما يصب في اتجاه تدعيم عملية التسيير غير المباشر للمرافق العامة دون التخلي عن سلطاتها الرقابية.

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على عقد التفويض

إن الجهة الإدارية المتعاقدة إنما تستمد سلطاتها الرقابية من المرفق العام في حد ذاته ذلك أنه فبمجرد اتصال العقد بالمرفق العام يظهر الطابع الخاص والمميز للعقد الإداري حيث أن المبدأ الذي يؤمن وينص على ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد إنما يقرر أيضاً ضمان وجود المرفق العام في حد ذاته ، فمقتضاه يخول للإدارة أن تقوم باتخاذ ما هو مناسب من الإجراءات بشكل مباشر ودون الرجوع الى أي جهة لأخذ الموافقة فهي بذلك إنما تمارس سلطاتها في هذا الشأن تطبيقاً لامتيازاتها الأصلية في حالة التنفيذ المباشر لمشاريعها العامة، وتصدر قراراتها بإرادتها المنفردة دون ما حاجة الى الاستعانة بالقضاء، ويعتبر حق الجهة الإدارية العامة في عملية الرقابة والتوجيه على هذا النحو مقرراً لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية ولو لم يتم النص عليه في بنود العقد صراحة الا أن مدى هذا الحق قد يختلف من عقد الى آخر حسب نوعيته، ويعد هذا أحد المبادئ الجوهرية في مجال القانون الإداري الذي لا يحتاج الى نص يقرره لأن ذلك يلزم طبيعة المرافق العامة وضمن سيرها بشكل منتظم ومطرّد تحقيقاً للمصلحة العامة، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري

¹ ميادة عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 45.

بقولها " أن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها¹.

وهذا ما هو متداول العمل به في جل التشريعات المقارنة مثل مصر وفرنسا إذ تقرر أن جهة الإدارة العامة لا يمكن أن تستمد سلطتها من نصوص العقد فحسب، وإنما من طبيعة المرفق العام ذاته وأن ارتباط العقد بالمرفق العام والحرص تكريس المبادئ الحاكمة له مثل مبدأ ضرورة استمراريته وانتظام سيره بما يحقق النفع العام، وبالتالي ترجع سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ مقتضيات العقد حتى في حالة عدم النص عليها الى مضمون فكرة المرفق العام إذا أن الجهة الإدارية المتعاقدة مسؤولة بشكل أصيل عن أداء الخدمة وتلبية الحاجات العامة وتحاسب الإدارة كذلك في حالة تقديم الخدمة العمومية على نحو غير لائق وحتى تواجه الجهة المانحة المسؤولية المناطة بها لا بد أن تمنح سلطة الرقابة والتوجيه حتى في حال عدم النص عليها فلا يجوز مخالفتها أو التنازل عنها² لأن ذلك يعد مساسا بالمبادئ المسيرة للمرافق العامة.

وفي هذا الإطار اعتبر عدد من الفقهاء أن الكلام عن امتياز المرافق العامة مرتبط بشكل أساسي بوجود سلطة رقابة إدارية وذلك عندما عرف الامتياز من خلال وجود رقابة تمارسها السلطة العامة على المستثمر في المرفق العام، هذه الإرتباط بين أسلوب امتياز المرافق العامة ووجود الرقابة وهذا يعد أمراً منطقياً لأن عنصر الرقابة من العناصر التي تؤثر على وجود المرفق العام في حد ذاته وبالتالي يمكن القول أن هناك علاقة وطيدة بين المرفق العام من جهة والأسلوب الذي يتم تحقيقه من خلاله من جهة أخرى ويرى الاستاذ Jeze في هذا السياق أن الرقابة تعتبر سند لوجود المرفق العام فطبيعة المرفق هي الأساس القانوني لسلطة الجماعة العامة في الرقابة.

وبذلك فإن تعلق العقد بالمرفق العام على وجه التحديد من الأسباب التي أدت بالسلطات العامة الى عدم التخلي بصورة مطلقة عن ملكيتها لبعض المشروعات العامة لصالح القطاع الخاص فارتباط هذه المرافق بالمصلحة العامة يقتضي في بعض الأحيان ضرورة الحرص على الحفاظ على دور الأشخاص العامة على القيام بنشاط معين بالذات وعدم التخلي عليه لصالح الغير بشكل غير مقيد الى القطاع الخاص دون ضمان الحد الأدنى من الرقابة على هذه المشروعات من قبل أشخاص القانون العام، لأن محرك القطاع الخاص إنما هو تحقيق أكبر قدر من الأرباح والذي يمثل من المسلمات الأساسية التي تفرضها آليات السوق، وبالتالي قد لا يأخذ بعين الاعتبار الى البعد الاستراتيجي طويل

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 88.

² سالي محمد جمعة سليم، المرجع نفسه، ص 80.

الأمد الذي قد لا يناسب أهداف أشخاص القانون الخاص فالخصخصة ليست هدفا في حد ذاتها، وإنما هي وسيلة لبلوغ الكفاءة الاقتصادية فتغيير الملكية إذا لم يواكب تغيير في أسلوب التسيير لن يحقق الأهداف الاقتصادية والإدارية المرجوة¹، لذلك لابد من الانتقال الى تغيير شكل تسيير واستغلال المشروعات العامة في ظل إعداد منظومة رقابية فعالة تحافظ على أهداف المرفق العام من جهة وتضمن للمستثمر الاستفادة من مزايا الاستثمار في المرفق العام وتشجعه على الاستقرار فيها.

وانطلاقا من فكرة المرفق العام التي ترتبط ارتباطا وثيقا وبشكل جوهري بالقواعد المكرسة في إطار القانون العام ولاسيما القواعد الخاصة بالقانون الإداري، فالمرفق العام هو لب وجوهر النشاط الإداري يصفه عامة ومحور العقود الإدارية بشكل خاص فطبيعة المرفق العام وتعلقها هي الأخرى بمقتضيات الصالح العام يوجب الحرص على ديمومة المرفق وانتظامه في أي يد كان، وتتضاعف مسؤولية السلطة المتعاقدة المانحة للتفويض في حالة خضوع المرفق للإدارة والاستغلال غير المباشرين، فلا بد لها من ضمان تحقيق المرفق العام في ظل كل الظروف ولا يتسنى لها ذلك إلا بوضع المرفق المفوض تحت الرقابة الدائمة والمستمرة من خلال الإستعانة بسلطاتها وامتيازاتها العامة الممنوحة لها في الأساس لتعلق العقد بأهداف وموضوع المرفق العام.

فعقد التفويض يتضمن كباقي العقود الإدارية شروطا تعاقدية وأخرى لائحية تنظيمية هذه الأخيرة هي شروط تتعلق بالأساس بانتظام سير المرفق العام، ويمكن للسلطة المانحة للتفويض أن تفرض ارادتها بشكل منفرد عبر البنود التنظيمية لعقد التفويض وتكون في الغالب هذه الشروط اللائحية ضمن دفتر الشروط الخاص بالمرفق العام المفوض في شكل بنود عامة تتعلق بجميع المرافق التي لها نفس الطبيعة، ولا يمكن للمتعاقد مع الجهة الإدارية مناقشة هذه البنود أو التعقيب عليها فهي تتعلق بالمرفق العام وتمثل إرادة السلطة العامة في العقد بالإضافة الى أنها تضيف صبغة العقد الإداري على عقد تفويض المرفق العام، أما الشروط التعاقدية فهي البنود التي يتوافق عليها طرفا العقد وتضمن بشكل عام المزايا التعاقدية لصاحب التفويض.

غير أن التوسع في البنود التعاقدية على حساب الشروط التنظيمية اللائحية تلبية ونزلا عند رغبة الأطراف المتعاقدة وتماشيا مع أهداف هذا العقد من تطورات حديثة تعزز من خلالها سلطان الإرادة في العقود الإدارية، إلا أن هذا التوسع لا يجب تحت أي مبرر أن يكون بدون ضوابط أو حدود الى الحد الذي تتغول معه شروط المتعاقدين على طبيعة العقد وتندثر معه كل امتيازات السلطة العامة في العقد لأن ذلك يؤدي الى انتفاء الصفة الإدارية عن العقد الذي تكون السلطة العامة طرفا فيه، ويكون موضوعه مرفقا عاما وهذا لا يستقيم مع العقد التي تتصل بالمرافق العامة، ولاسيما عقود تفويض

¹ ميادة عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 165.

المرفق العام ، وانطلاقاً من ذلك فإن عملية الرقابة على عقد التفويض في الحقيقة ليست آلية من الآليات القانونية التي فرضتها طبيعة المرفق العام والخصوصية المتعلقة به، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعامل المستثمر في المرفق العام كغيره من المستثمرين في قطاعات أخرى خاصة، لأنه ببساطة ما ينطبق على المرفق العام لا ينطبق على المشاريع الخاصة.

بل إن طبيعة عقد التفويض وتعلقه بالمرفق العام قد يتيح للمفوض إليه التمتع ببعض من امتيازات السلطة العامة من أجل تمكينه من تنفيذ مهامه موضوع عقد التفويض المرتبطة بإدارة واستغلال المرفق العام، ومن بين هذه الامتيازات سلطة نزع ملكية العقارات والأشغال العامة وإصدار قرارات ذات طابع إداري من أجل تسيير المرفق، وبذلك فإنه يحق لصاحب التفويض طلب نزع الملكية دون أن يعد ذلك إعتداء من جانبه على الأملاك الخاصة باعتبار أن صاحب التفويض ليس له سلطة نزع الملكية بشكل مبدئي وأصلي وإنما استمد هذا الحق من جراء تعلق نشاطه بالمرفق العام المفوض، بالإضافة إلى أنه في الأخير تقول المشاريع العامة المنجزة في إطار التفويض، والتي تقيمها الأشخاص الخاصة المفوضة في نهاية مدة العقد إلى السلطة المفوضة أو في الحد الأدنى فإن المتعاقد المفوض يقوم بإنجازها لحساب الجهة الإدارية المتعاقدة، وهذا من شأنه أن يضع تلك الأشغال في نطاق حصانة المنشآت العامة المتمثلة بعدم جواز هدمها حتى لو تم تشييدها بشكل يخالف القواعد القانونية الخاصة المعمول بها في مجال قوانين البناء والتعمير¹.

وفي هذا الإطار أقر القضاء الفرنسي حق المفوض له القائم على إدارة واستثمار المرفق العامة في إصدار ما يلزم من القرارات الإدارية اللازمة لحسن سير المرفق العام موضوع التفويض ومن هذه الأشخاص صندوق التأمينات الاجتماعية والنقابات المهنية، وما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي يجد مبرراته في أن هذه القرارات الصادرة عن الأشخاص الخاصة المفوضة بتحقيق المرافق العامة إنما تهدف في الأساس إلى تحقيق المصلحة العامة ضمن البنود التي نص عليها عقد التفويض والأحكام القانونية الواردة في القوانين ذات الصلة بتنظيم المرافق العامة، إلا أنه في كل الحالات لا يجب أن تكون سلطة تنظيم المرفق العام التي يتمتع بها المفوض إليه سلطة مطلقة، إذ يقع على السلطة المانحة للتفويض مسؤولية التدخل في تعديل تنظيم المرفق العام لأن السلطة المفوضة بالأساس لا تملك التنازل عن تنظيم المرفق العام²، ولا يكون لها ذلك إلا من خلال أعمال سلطتها

¹ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 178.

² المرجع نفسه، 179.

الرقابية التي تستند في الأساس على ارتباط عقد التفويض بالمرفق العام المفوض وما يترتب على ذلك من موجبات لابد للسلطة المفوضة من مراعاتها.

وبالتالي فإن المرفق العام يشكل محور القانون الإداري بشكل عام والعقود الإدارية بشكل خاص فأغلب الأعمال القانونية التي تقوم بها الجهات الإدارية من خلال عقودها الإدارية تستهدف تحقيق مرافق عامة بطرق وأساليب مختلفة ومن بين هذه الأساليب عقود تفويض المرافق العامة التي تتضمن إشراك الغير في تسيير المشاريع العامة ولاسيما القطاع الخاص، وترافق السلطات المانحة للتفويض عملية تحقيق المرفق العام منذ بداية مراحل التفويض الى نهايتها بواسطة منظومة رقابية تقوم بها السلطة المانحة الى جانب هيئات متخصصة أخرى، ويفرض ارتباط عقد التفويض بالمرفق العام على السلطة المفوضة اتخاذ إجراءات خاصة في مجال رقابة عقد تفويض المرافق العامة تختلف عن الرقابة التي تمارس على عملية تحقيق المشاريع الخاصة نظر للخصائص والميزات المتعلقة بالمرفق العام فتستمد جل سلطاتها في الرقابة من طبيعة وخصوصية المرفق العام الذي يمثل في النهاية مشروع من المشاريع العامة لا بد أن يتميز عن المشاريع الخاصة.

الفرع الثالث: المصلحة العامة كأساس لسلطة الرقابة على عقد التفويض

إن تخلي السلطة المانحة للتفويض عن إدارة واستغلال المرافق العامة لا يكون أبدا في إعفائها من مسؤوليتها الرقابية على التي تضمن المصلحة العامة بأبعادها المختلفة، إذ أن صاحب التفويض لا يهتمه الصالح العام بالدرجة الأولى بقدر ما يهتمه تحقيق أكبر قدر من الأرباح، بصفته مستثمرا في المرفق العام، بل تعد المصلحة الخاصة هي الدافع الجوهري لإبرام عقد التفويض بالنسبة للخواص على وجه التحديد، في حين تعتبر المصلحة العامة من بين أهم التزامات أشخاص القانون العام المسؤولة عن إقامة وتسيير المرافق العامة، بل يعتبر التخلي عن إدارة هذه المرافق للغير بواسطة تقنية التفويض ما هو في الحقيقة إلا لضمان تسيير أفضل للمرافق العامة، مع ضمان خدمة عمومية لائقة ذات جودة لمستعملي المرفق، بعيدا عن تعقيدات التسيير التقليدي المباشر.

لذلك توجب على السلطة المفوضة السهر على مراقبة المصلحة العامة بكل ما تتطلبه من مقتضيات في مختلف مراحل عقد التفويض بداية من مراحل التكوين وانتهاء بمرحلة تنفيذ العقد، لذلك حرص المنظم الجزائري في المرسوم التنفيذي 99/18 السالف الذكر على سن جملة من الإجراءات لابد من مراعاتها عند إبرام اتفاقية التفويض تهدف في مجملها إلى ضمان مصلحة كل الأطراف المتداخلة في اتفاقية التفويض فالسلطة المفوضة تهدف إلى ضمان تسيير المرفق العمومي بأكثر فعالية ممكنة وبأقل تكاليف بعيدا عن الميزانية العامة للدولة، في حين يسعى الملزم بتسيير المرفق العام إلى تحقيق نسبة كبيرة من الأرباح مستفيدا في ذلك من بعض مزايا السلطة العامة التي تنتقل إلى صاحب التفويض باعتباره يحل محل أشخاص القانون العام في تسيير المرفق.

فهدف الجهة الإدارية المانحة الأصل المسطر من خلال اللجوء عملية الإدارة المفوضة للمرافق العامة فهي تلجأ الى التعاقد لتنفيذ مشاريع الدولة من أجل تحقيق المصلحة العامة للجمهور فهي تنشأ المدارس والمستشفيات ومختلف مشاريع البنية التحتية الأساسية، وتساهم في ترميم وإصلاح المنشآت القائمة من أجل مواكبة متطلبات المصلحة العامة، ومن ثم حازت فكرة المصلحة العامة اهتماما بالغاً لدى السلطات العامة وهي في الوقت ذاته تشكل المبرر الجوهري لوجود السلطة العامة في الأساس وعلى هذا الأساس فإن المنفعة العامة يمكن أن تكون أساساً قانونياً لممارسة الجهة الإدارية لسلطاتها المختلفة وسلطة الرقابة على العقود الإدارية على وجه الخصوص على اعتبار أن السلطة الإدارية هي الجهة التي تسهر على تحديد أهداف المصلحة العامة إذا سكت المشرع عنها¹، وهي بالتالي تشكل محور نشاط الجهات الإدارية المتعاقدة والتزام أساسي ينبغي التركيز عليه في أي عمل قانوني للإدارة وبالأخص في العقود الإدارية المنفذة بالطريق غير المباشر التي تتطلب حرص أكبر من الجهات المانحة على مقتضيات الصالح العام.

فلما كانت خصخصة التسيير هي الأسلوب الحديث البديل لتقادي عملية الخصخصة الكلية لعدم ملائمتها في كثير من الحالات حيث يصعب في بعض الأحيان وحفاظاً على ما تمليه المصلحة العامة التخلي عن بعض المؤسسات الاقتصادية عن طريق بيعها للقطاع الخاص وتخلي الدولة التام عن ملكيتها لما تتمتع به من أهمية قومية ترتبط بنشاطات استراتيجية يصعب تفويضها الى الغير وفي سبيل ذلك تلجأ بطريقة أو بأخرى الى نقل التسيير فحسب الى القطاع الخاص مع الاحتفاظ بأصول الملكية اللازمة ذاتها بالبيع وبحيث تصبح التصرف الإداري والفني من صلاحية القطاع الخاص في حين تظل ملكية الأصول تابعة للدولة وللقطاع العام².

لذلك يجب أن تكون المصلحة العامة في كل الظروف المحيطة والمعاصرة بعقد التفويض هي الدافع أو الباعث الرئيسي الذي ترمي الى تحقيقه الجهة المانحة فملخص الأعمال التي تلتزم بها أشخاص القانون العام تتمحور حول هدف رئيسي لابد أن يرافق كل ما تقوم به السلطات العامة من أنشطة وما تقوم به الجهة الإدارية من تصرف أو عمل مادي يجب لن يحيد عن متطلبات الصالح العام وإلا فإن هذا النشاط سواء كان عمل قانوني مادي يكون مشوباً بعيب الإنحراف في استعمال السلطة العامة ذلك أن تحقيق المرفق العام بالشكل المطلوب هو الهدف الرئيس للسلطة المفوضة الذي تسعى اليه من خلال استخدامها لسلطاتها في الرقابة عند تنفيذ العقد، وخلاصة القول أن الجهة

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، المرجع نفسه، ص 89.

² ميادة عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 165.

المتعاقدة وهي بصدد استعمال سلطتها الرقابية فإنها تراعي دوما ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد من خلال أعمال سلطتها الرقابية¹.

إن الجهة المانحة بوصفها سلطة عامة عليها أن تسعى وتستهدف فكرة الصالح العام وهي تسعى لذلك من خلال تفويض أحد الأطراف المتعاقدة بأداء هذا الدور عن طريق آلية التعاقد الإداري ومن هنا يبرر تدخلها بوصفها سلطة عامة لتعديل عقودها الإدارية على النحو الذي تراه ملائما لتحقيق المصلحة العامة بكل ما تقتضيه من موجبات².

فإن أصل وجود المرفق العام هو الغاية الجوهرية والأساسية وهي ضمان المصلحة العامة وقد وجدت هذه الأخيرة كذلك من أجل تلبية الحاجات العامة للأفراد والجماعات التي عجز الأفراد في الغالب عن تحقيقها ومن هنا تزايدت الحاجة لتدخل السلطة العامة من أجل ضمان تقديم الخدمة العمومية التي تصب في إطار ضمان المصلحة العامة بالنظر لأهميتها، ففي المرحلة الأولى كانت الدولة مطالبة بتسيير المرافق العامة عن طريق التخصص المؤسسات العمومية ولم يكن يطرح أشكال الهدف من المرفق العام لأن الهدف الواضح والوحيد آنذاك كان المصلحة العامة بمفهوم المردودية الاجتماعية كما يسميها الاشتراكيون³، لكن مع تطور وظائف الدولة الحديثة الذي أدى بالضرورة إلى تطور وظائف المرفق العام وتطور الوعي لدى المنتفعين من المرفق العام الناتج عن الظروف العامة خاصة منها الاقتصادية لم يعد للمصلحة العامة مفهوم ضيق وهو الاقتصار على المطالب الاجتماعية بل أصبح للمصلحة العامة مفهوم واسع يشمل مصالح أطراف العقد جميعها ولاسيما المصلحة الاقتصادية التي باتت جزء لا يتجزأ من المصلحة العامة بمفهومها الواسع.

فالمصلحة العامة في كل الأحوال هي علة وجود المرفق العام وسبب قيامه، فلا تقوم للمرفق قائمة إلا إذا كان موضوعه يرتبط بمصلحة عامة ينبغي تأمينها للأفراد والجماعات، فهي إذا جوهر المرفق العام والهدف الأصلي الذي كان سببا في قيام ونشأة المرفق، فكل تعاريف المرفق العام الصادرة عن الفقهاء أو تلك التي نصت عليها التشريعات اقترنت بتوفر المصلحة العامة كغاية أساسية وأصلية للمرفق العام ، ذلك أن المرفق العام متعلق بمتطلبات ضرورية للمواطنين تقوم بتأمينها السلطة العامة فعند التساؤل عن هدف النشاط المرفقي هل يحقق المصلحة العامة نلاحظ المهام التي يزود بها

¹ سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 89.

² يوسف بن مصبح سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 193.

³ نادية ضريفي، تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص4.

الأشخاص الاعتباريون ، وتطابق المعيار الموضوعي مع المعيار الشكلي يؤدي الى اليقين أننا أمام مرفق عام¹.

وفي كل الأحوال يشكل أسلوب تفويض المرافق العامة آلية الغرض منها إدارة واستثمار المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واضطراد وعملية التنظيم ماهي في الواقع إلا تطبيق لامتيازات السلطة العامة لكن أعمال هذه الامتيازات من طرف السلطة العامة ليس مجردا من أي قيد فهناك من الضوابط أو القيود التي لا بد أن ترافق بشكل ضروري وجوهري وتعتبر لازمة من حيث أنها تشكل صمام الأمان حيث تمنع من انحراف الأشخاص المعنوية العامة المفوضة أو المفوض اليه على الخصوص القائم باستغلال واستثمار المرفق العام عن متطلبات تأمين المصلحة العامة²، وهذا ما أجمع عليه غالبية الفقهاء في البداية حيث ربطوا المصلحة العامة بالشخص العام دون غيرهم وهذا ما أشار إليه الأستاذ Braient في قوله " نكون أمام وجود لمرفق عام عند وجود المهمة ذات المصلحة العامة التي يمكن تحقيقها من قبل شخص عام وأما عند وجود لمهمة ذات مصلحة عامة عهد تحقيقها لشخص خاص مع منحة لهذه الغاية لامتيازات السلطة العامة وخضوعه أيضا لواجبات يقتضيها الصالح العام³ وترتبط المصلحة العامة بشخص عام سواء من حيث الإنشاء والتنظيم أو الإدارة ومرد هذا الارتباط والتلازم هو أن الشخص الاعتباري العام هو المسؤول عن تحديد الحاجات العامة للأفراد وهو الساهر على اشباعها من خلال القيام بنشاطات يحقق المصلحة العامة⁴، و بالتالي فان المصلحة العامة بهذا الشكل هي الأساس القانوني الأقوى لممارسة سلطة الرقابة على عقد التفويض وهي في الوقت ذاته المبرر الأساسي والجوهرى في الحد من مدى الرقابة الإدارية للمرفق العام موضوع التفويض، فحدود الرقابة تملئها مقتضيات حسن سير المرفق العام وبالتالي لا حدود مرسومة مسبقا على رقابة السلطة المفوضة إلا تلك المتعلقة بالصالح العام وهذا مع الحرص دائما على الموازنة بين حق المفوض له في حرية الإدارة والاستغلال للمرفق العام المفوض وحق الجهة المانحة في الرقابة على عقد التفويض.

¹ بوردع حضرية، المرفق العام بين تحقيق المصلحة العامة وبلوغ الفعالية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية جامعة الجزائر 3، ص 174.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 274.

³ بوردع حضرية، المرجع نفسه، ص 174.

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 29.

المطلب الثاني: مراعاة مرونة مدة عقد التفويض وتوازنه المالي

تشكل المرونة السمة الجوهرية التي يركز عليها عقد التفويض لارتباطه بفكرة المرفق العام فمن حيث الواقع لابد لهذه المرونة من أن تتجسد من خلال توازن ضروري ومهم بين المصالح الخاصة لصاحب التفويض ومتطلبات الصالح العام بالنسبة للجهة العامة المانحة ، فالمتعاقد مع الجهة الإدارية بحاجة الى نوع من الحرية والاستقلالية اللازمة لتحقيق خطته ومشاريعه الاستثمارية في مجال المرافق العامة من خلال تنفيذ مهامه المرفقية بأعلى درجات الجودة والانتقان في مقابل تسجيله مكاسب مالية تتحقق مآربه الاستثمارية، وتتطلق هذه المرونة من الصيغة التعاقدية التي تجد أساسها في مبدأ هام وهو قابلية المرافق العامة موضوع التفويض للتكيف والتغيير والتعديل اللازم والضروري الذي يكفل الصالح العام من خلال استمرارية المرافق العامة المفوضة، و تكمن المرونة كذلك في القدرة القدرة على التوفيق والموائمة بين متطلبات ممارسة امتيازات السلطة العامة وما تقتضيه من إجراءات ومظاهر تدخل في العقد من جهة السلطة المانحة، وفي المقابل كفالة حرية واستقلالية المفوض اليه وضمان هامش من الحرية يمكنه من التنفيذ الأمثل لمهامه المرفقية المحاطة بالتزامات ومتنوعة ومتداخلة مع المتعاقد صاحب التفويض¹.

كما تظهر هذه المرونة كذلك في المدة المعينة اللازمة لتنفيذ المهام المرفقية المتعاقد عليها هذه المدة التي يجب أن تكون كافية وتسمح بمواجهة مخاطر الاستثمارية الممكنة هذه المدة التي تعد أحد الركائز الجوهرية في عقد التفويض، وهي تمكن بالدرجة الأولى في الحفاظ على مبدأ هام وهو التوازن المالي والاقتصادي لتقنية التفويض²، فالمدة في مجال الاستثمار تعتبر من الميزات الجوهرية والأساسية للعقد وهي في العادة تكون محل تفاوض كبير بين السلطة العامة المانحة للتفويض والمتعهد الراغب في الاستثمار في المرافق العامة.

وتكتسب هذه المرونة من المرفق العام في حد ذاته، فمن الخصائص للصيغة بالمرفق العام قابليته للتكيف والتطور والتغيير وفقا للمتغيرات التي تطرأ على المحيط العام الذي ينفذ فيه المرفق العام بغض النظر عن طريقة استغلاله فهو يخضع للتغيير والتبديل كلما دعت الضرورة الى ذلك بغرض مسايرة الطرق والوسائل المعتمدة في تحقيقه وبتعكس هذه المرونة على عملية الرقابة على عقد التفويض في حد ذاته بحيث يجب دوما مراعاة خصائص التفويض من حيث أنه ينفذ عبر فترة زمنية طويلة ويولد علاقات متشابكة ومتداخلة بين المنتفعين والسلطة المانحة وصاحب التفويض، وهي علاقات من طبيعة خاصة لأنها تتعلق بالأساس بتنفيذ مشروعات عامة تستهدف النفع العام بالإضافة الى أن عقد

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 71.

² المرجع نفسه، ص 82.

التفويض يستهدف الرفع من كفاءة المرفق العام المفوض من خلال جلب الاستثمار الخاص بالتحديد الى ميدان المشاريع العامة التي ظلت الى وقت كبير حكرًا على الاستغلال والتسيير المباشر لأشخاص القانون العام، لذلك يتوجب تحلي الهيئات الرقابية بالمرونة الكافية التي تمكن من بلوغ هذه الأهداف.

الفرع الأول: مراعاة مدة عقد التفويض

ان أغلب عقود التفويض يتم إبرامها لمدة زمنية طويلة نسبيا بالمقارنة مع العقود الإدارية الأخرى لأن عقد تفويض المرفق العام يراعى فيه بشكل أساسي وجوهري بلوغ أهداف مختلفة مسطرة سواء من الجهة من طرف الجهة العامة المانحة للتفويض أو من جانب المقبل على الاستثمار في المرفق العام بالإضافة الى مراعاة الهدف الأساسي الذي انتهجت من أجله السلطة المفوضة أسلوب تفويض المرافق العامة والمتمثل في تحقيق المرفق العام واستثماره بما يكفل بلوغ المصلحة العامة من كل جوانبها ويحقق جانب من المكاسب المادية لصاحب التفويض من جهة ثانية، ففي مصر اعتبر القضاء المصري عنصر المدة بمثابة معيار للتمييز بين عقد الالتزام والتراخيص فكلاهما يتعلق باستغلال مرفق عام إلا أن عقود الالتزام تمنح لمدة طويلة مقارنة بالتراخيص فهي مؤقتة وتمنح لمدة قصيرة¹.

فالمدة في عقد التفويض هي المعيار الأساسي الى جانب المقابل المادي الذي يركز عليه صاحب التفويض المستثمر خاصة في مرحلة التفاوض حيث يسعى المتعهد الراغب في التقاعد الى ضمان أطول مدة ممكنة لتنفيذ الاستثمارات، لأنه بذلك يضمن الوقت اللازم لاسترداد المبالغ المالية التي جسدها كاستثمارات في المرفق العام من جراء تكبده الأعباء اللازمة لإعادة تأهيل المرفق العام المفوض أو إقامته من جديد وشراء العتاد اللازم الذي يستخدمه في تشغيل واستثمار المرفق العام.

وفي هذا المقام يمكن الإشارة الى أن النصوص القانونية الأولى التي نظمت الاطار القانوني والتنظيمي لعقود تفويض المرفق العام ظهرت من خلال قانون سابان لعام 1993 الذي أقر مفهومًا لمدة عقد التفويض، يرتبط هذا المفهوم بالأساس بطبيعة المرفق العام موضوع التفويض والخدمة العمومية التي ينشد بلوغها، وفي ذلك نصت المادة 40 من القانون المذكور على أنه "ينبغي أن تكون اتفاقات تفويض المرفق العام محددة بمدة من جانب الإدارة أو الجهة العامة بالنظر للمهام أو الخدمات المطلوبة من المفوض إليه أما تحديد هذه المدة فيتم بالنظر لطبيعة وحجم الاستثمار دون أن تتجاوز المدة العادية لاهتلاك المنشآت المستخدمة².

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 135

² يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 153.

وبالتالي ووفقا لهذا المعيار الذي وضعه القانون فإن تحديد مدة عقد التفويض يرتبط بشكل جوهري بالاستناد حجم الاستثمارات المكرسة من قبل صاحب التفويض بهدف تشغيل واستثمار المرفق العام، فمن عقود الامتياز ما يتضمن على التزامات كبيرة كإقامة منشآت ضخمة من أجل تحقيق المرفق العام وتشغيله فتكون بالنتيجة المدة المحددة لعقد التفويض طويلة مقارنة بعقد الإيجار بالنظر الى أن الجهة المانحة هي من تتكفل بإقامة المرفق العام موضوع التفويض، وتقتصر مهام المفوض اليه في القيام بأعباء التشغيل والصيانة الضرورية للمنشأة فحسب وفي العادة فإن هذه الأعباء تكون بتكاليف أقل وتحتاج الى وقت قصير للقيام بها غير أنه وفي كل الأحوال يجب أن لا تتعدى مدة عقد تفويض المرفق العام العادية اللازمة لاستهلاك تكاليف الاستغلال المبذولة لتشغيل المرفق العام التي تتحدد بالاستناد الى العمر الافتراضي للأصول والأموال المخصصة لتشغيل المرفق بالإضافة الى ضرورة تمكين صاحب التفويض من تحقيق مكاسب مادية¹، وفي هذا الإطار فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على إلزامية تحديد مدة المرفق العام وأن عدم تحديد المدة يوقع عقد التفويض تحت طائلة بطلان العقد برمته²، فهي ركن جوهري لابد من توفره لصحة عقد التفويض.

وبالتالي فإن احترام الفترة الزمنية للعقد يشكل أحد الضمانات الجوهرية التي تمكن من ناحية للمفوض اليه في تحقيق مشروعه وفقا لإمكانياته المادية والبشرية وبناءا على تقديراته الخاصة التي اعتمد عليها في التفاوض على مدة العقد وقت إبرام عقد التفويض، ومن جهة ثانية تحقق الجماعة العامة هدفها من خلال كفالة وتأمين حق المنتفع في تلقي الخدمة وفق لمبدأ الاستمرارية والانتظام بالإضافة الى أن تمديد في المدة قد يخدم مصلحة الطرفين المتعاقدين فبالنسبة للمتعاقد والسلطة المانحة في الوقت ذاته، فالجهة العامة المانحة للتفويض قد ترغب في إطالة علاقتها مع المتعاقد نظرا لكفاءته وما يتمتع به من مزايا أو في الحالة التي تكون فيها عراقيل وعقبات تمنع من استرداد المرفق العام موضوع التفويض بغية إعادته الى الإدارة المباشرة من قبل أشخاص القانون العام، بالإضافة الى حاجة السلطة المانحة الى الوقت اللازم لاختيار شخصا بديلا لتسيير واستثمار المرفق العام موضوع الاسترداد، لكن وبصرف النظر عن أهداف الأطراف من التمديد يبقى السند القانوني الجوهري لعملية التمديد هو مبدأ ضمان استمرارية المرفق العام في تأدية مهامه بشكل منتظم³.

وبناء على ذلك وتبعاً لما تقدم فإنه ومن خلال القاعدة العامة المتأصلة في التشريع الفرنسي يتضح أن مدة العقد تتحدد بصفة رئيسية بالرجوع الى طبيعة وحجم الاستثمارات المطلوبة من

¹ أبوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 78.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 490.

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 534.

المفوض اليه، والمهام المرفقية المراد تحقيقها بهدف تشغيل المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة فبعض عقود التفويض ما تنطوي على التزامات معقدة وكبيرة تقع على عاتق المتعاقد مع الجهة العامة المانحة وعادة ما يكون فيها من ضمن الالتزامات إنشاء وإقامة المرفق العام واستغلاله وإدارته واستثماره مثل عقد التزام المرفق العام فتكون المدة بطبيعة الحال طويلة نسبيا وغيرها من العقود الأخرى التي تنتمي الى طائفة عقود تفويض المرفق العام، بينما ينحصر فيها دور الدور الرئيسي للمتعاقد مع الإدارة في استثمار المرفق العام من دون إقامته وإنشائه إذ تتلخص الالتزامات الرئيسية للمتعاقد مع الجهة الإدارية في تحمل نفقات التشغيل وإجراء الصيانة الدورية وهذه الأعباء والتكاليف ولا تحتاج بطبيعتها لوقت أطول من أجل لتحقيقها¹، وعلى كل فإن عقود تفويض المرفق العام بصورها وأنواعها المختلفة تعد من العقود الزمنية وبالتالي فلا بد من أجل معين سواء كان طويلا أو قصيرا من أجل القيام بالمهام المرفقية التي يكلف بها صاحب التفويض وهذه المدة الزمنية قد تنتهي بصورة طبيعية بحلول الأجل المحدد لنهاية العقد أو قد يتحقق بصورة أخرى غير طبيعية.

وفي هذا السياق لم يحدد المشرع الجزائري قاعدة ثابتة يمكن الاعتماد عليها لتحديد مدة تفويضات المرفق العام لكل صورة من صور التفويض، وإنما اكتفى بتحديد سقف معين لكل شكل من أشكال التفويض لا يمكن للمستثمر تجاوزه الا بشروط معينة وفي حالات محددة ، هذا السقف الذي وضعه المشرع يختلف من صورة الى أخرى من صور التفويض، ومن ذلك يمكن الاستنتاج بأن اختلاف السقف المحدد للمدة من شكل الى آخر يفيد بأن لذلك علاقة وطيدة بمميزات وخصائص كل عقد فالعقود التي تتطلب استثمارات كبيرة ويكلف فيها صاحب التفويض بصرف أعباء مالية كبيرة تتعلق بإنشاء المرفق العام موضوع التفويض تكون بالنتيجة مدتها طويلة، وهي بذلك تتناسب مع حجم الاستثمارات المنجزة، غير أن ذلك لا ينطبق على جميع صور التفويض ففي العقود التي يكتفي فيها المستثمر بصيانة والتشغيل أو التي يتحمل فيها المستثمر شيء من التكاليف ويكتفي بعملية التسيير فقط وتوكل المهام التمويلية جميعها للسلطة المفوضة ففي هذه الحالة تتضاءل أهمية المدة وتكون في العادة قصيرة ذلك أن المستثمر في هذا النوع من العقود يساهم في الغالب بخبرته وكفاءته في التسيير وليس مطالب باسترجاع أي مبالغ مالية لأنه لم يخسر شيء لذلك غالبا ما تكون هذه العقود قصيرة المدة بالمقارنة مع الطائفة الأولى وفي الغالب تكون صورة الوكالة المحفزة وعقد التسيير هما الأنسب لتطبيق المدد القصيرة .

هذا الارتباط بين تعيين المدة إما على أساس للإنشاءات اللازمة للمرفق العام والتي سيتم إقامتها، وبناءا على الخدمات المرفقية المطلوب القيام بها، مما يرتب هناك علاقة وطيدة وتناسبية

¹ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 155.

بين مدة الاهتلاكات اللازمة لهذه المعدات والمنشآت ومدة العقد فالمدة تساهم في تحقيق الموازنة بين السلطة العامة والمستثمر في إطار قانوني تحكمه مبادئ الأيديولوجية الليبرالية¹، ويساهم في تفسير ذلك طول مدة عقود التفويض بالمقارنة مع كافة العقود الإدارية العامة الأخرى كعقود الصفقات العمومية العارض على مدة الإنجاز بطريقة عكسية أي كلما قصرت المدة كان العرض التقني أفضل وينقط بشكل جيد، فالسرعة في إنجاز الصفقة العمومية يعد من معايير الكفاءة لدى المتعاقد مع الجهة الإدارية المتعاقدة.

كما أن تبني المشرع الجزائري تحديد سقف معين للمدة يصب في اتجاه وضع حد الأقصى لا يمكن لأطراف العقد تجاوزه، مما يتيح لجميع الأطراف سواء السلطة المانحة أو المستثمر في المرفق العام هامشا مهما من الحرية وبالأخص بالنسبة للمستثمر في المرفق العام حول تقييم المدة اللازمة لاهتلاك الاستثمارات المتوقع إنجازها²، ومن جهة أخرى فإن تحديد سقف معين يضبط المدة اللازمة لتنفيذ العقد يضمن بالمقابل محاربة أي نوع من أنواع احتكار النشاط المرفقي المفوض، وإعادة فتح المنافسة بعد فترة زمنية معينة مما يعد في حد ذاته فرصة حقيقية تمنح للمستثمرين الآخرين لإعادة المنافسة من أجل الظفر بعقد تفويض المرفق العام وبالتالي فرصة جديدة للاستثمار في المرفق العام.

فبشكل عام فإن مدة عقد التفويض لا بد أن تتحدد بناء على الاستثمارات المجسدة من قبل المفوض اليه، وذلك بهدف تشغيل المرفق العام بالإضافة الى تمكين صاحب التفويض من تحقيق مقدار معين من الأرباح والفوائد، هذه المدة يمكن تمديدتها لعدة اعتبارات حددها المشرع الفرنسي بدقة³، ففي فرنسا تطرق المشرع الى مسألة تمديد عقود التفويض وحدد لها أطارا معيناً وأخضعها لمجموعة من الضوابط وذلك من خلال المادة 40 من قانون سابان التي رسمت الإطار القانوني للمدة وحددت الحالات التي يمكن فيها تمديد عقود التفويض وبين الشروط المطلوبة في ذلك فوفقا للمادة المذكورة أن التمديد لا يتم إلا في حالتين.

¹ فتحي رزيقة، دور تفويضات المرفق العام في ترقية الاستثمار المحلي، مجلة الحقوق والحريات المجلد 10 العدد 1 جامعة الجزائر 1 سنة 2022، ص 596.

² فتحي رزيقة، المرجع نفسه، ص 602.

³ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 154.

1/ لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة:¹

وتقتضي هذه الحالة أن لا يتجاوز التمديد مدة سنة ويتم ذلك بناءا يتم بناءا على طلب السلطة العامة المفوضة أيضا قد يكون بناءا على طلب المتعاقد المفوض اليه وهذه الأسباب تكون متنوعة كوجود صعوبات وعقبات تحول دون عملية استرداد الجهة المانحة لمرافقها العام موضوع التفويض أوفي الحالة التي تتغير فيها السياسة العامة للحكومة حيال المرافق العامة وطرق إدارتها.

2/ لأسباب مرتبطة بتنفيذ الاستثمارات

وفي هذه الحالة تكون الأسباب مادية تتعلق بالخصوص بالمعطيات الاقتصادية للمشروع وهذه الحالة ينبغي توفر الشروط التالية:

- أن يكون التمديد لازما لتحقيق الأهداف الاستثمارية
- أن تطلبه السلطة العامة المانحة فقط
- أن تكون الاستثمارات المطلوب تحقيقها أساسية وضرورية للوصول الى التنفيذ الحسن للمرفق العام او تكون كذلك لازمة من أجل توسيع المجال الجغرافي الذي تغطيه خدمات المرفق العام المفوض.
- ألا يتم النص على هذه الاستثمارات في بنود العقد الأساسي المتعلق بتفويض المرفق العام.
- أن يؤدي تحقيق هذه الاستثمارات الى تغير بسيط في اقتصاديات العقد فلايجوز الوصول الى حد الاضطراب في موازنة العقد.
- ألا يكون بالإمكان تحقيق هذه الاستثمارات الا بدفع تكلفة الخدمة المرفقية.

ومن ذلك يتبين أن المشرع الفرنسي قد حصر إمكانية اللجوء الى التمديد بضوابط معينة وواضحة وقرن ذلك بتوفر أسباب وتبريرات معينة لا يكون من السهل توفرها في كل الأحوال سيما التمديد الناتج لأسباب مادية²، وهو في هذا الإطار يقطع الطريق أمام إمكانية التلاعب بالمدة كركن أساسي في عقد التفويض لأن فتح المجال في هذا السياق يفقد مدة العقد مكانتها الجوهرية في عقد التفويض ويجعلها عرضة للتغيير لأسباب وهمية مما يؤثر على مصلحة طرفي عقد التفويض، وبهذا فإن المشرع الفرنسي ترك هامش من الحرية لأطراف عقد التفويض من أجل تحديد المدة الملائمة لذلك لأن تقديرهم لا بد

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص535.

² المرجع نفسه، ص 537.

أن يتأسس على الضوابط المذكورة آنفا وتتوافق أسباب التمديد مع ما تنص عليه المادة 40 من قانون سابان 122/93 السالف الذكر.

وقد أقر المشرع الجزائري إمكانية تمديد مدة عقد التفويض وذلك بموجب اتفاق ملحق أي بناء على اتفاق المستثمر والسلطة المانحة فيما يبقى تعديل المدة متعلق بشكل التفويض أي يختلف من صورة الى أخرى إلا أنه في الغالب يرتبط بإقامة انجازات مادية غير مذكورة في عقد التفويض أو في حالة السعي لضمان استمرارية المرفق العام المفوض، وذلك من خلال نص المادة 57 من المرسوم 18 / 199 ، ويلاحظ في هذا السياق أن المشرع الجزائري ينظم فقط تمديد مدة التفويض دون التطرق الى مسألة تخفيضها وهذا يرجع الى أهميتها من ناحية تحقيق اهتلاك الاستثمار وتحفيز المستثمرين على الاستمرار في ضخ أموالهم في تنشيط المرافق العامة موضوع التفويض كما يلاحظ أن عقد التسيير هو العقد الوحيد الذي لم يشر فيه المشرع الى إمكانية تمديد المدة بالنظر الى عدم إنطوائه على استثمار حقيقي¹، وليس لمدة العقد كذلك أهمية للمتعاقد المسير للمرفق العام المفوض باعتباره يشتغل لحساب السلطة المفوضة فقط وهناك جانب من الفقه ينفي عن هذا العقد صفة عقد التفويض من الأساس لذلك فالمعني الأول في عقد التسيير بطول أقصر المدة هي السلطة المفوضة وليس المتعاقد المسير للمرفق المفوض.

لأن مدة تفويض المرفق العام تلعب دورا بالغ الأهمية في العقد نظرا لتعلقها الوثيق بالعائدات المالية المحصلة بالخصوص من الإيرادات التي يحققها المرفق العام المفوض، فكلما كانت المدة متجانسة مع حجم الاستثمارات المجسدة في إدارة واستغلال المرفق العام موضوع التفويض كلما كان الاستثمار في المرفق ناجعا وحقق الأهداف المرجوة منه، ولذلك تكون المدة من الأركان الجوهرية في عقد التفويض التي يحرص المفوض اليه عليها بشكل أساسي أثناء مرحلة المفاوضات التي تسبق عملية إبرام عقد التفويض، ومن أجل ذلك تسعى السلطة المانحة للتفويض الى التأكد من ضمان المدة المناسبة لكل شكل من أشكال عقود التفويض بهدف حصول الموازنة المطلوبة بين حقوق المفوض له والمتمثلة في تحقيق المكاسب المالية المعقولة وضمان المصلحة العامة من خلال انتظام سير المرفق العام واستفادة مستخدمي المرفق من خدمة عمومية ذات جودة مرضية للجميع وبالخصوص المنتفعين من خدمات المرفق العام.

وبالتالي فإن احترام الفترة الزمنية المخصصة لعقد التفويض يشكل أحد الالتزامات الأساسية الواقعة على عاتق السلطة المفوضة، فالمفوض اليه يسعى من جراء إقباله على عملية الاستثمار في المرفق العام بلوغ أكبر قدر ممكن من المصالح المادية وتجسيد ذلك لابد له من مدة زمنية تكون معقولة و

¹ فتحي رزيقة، مرجع سابق. ص 596.

كافية تسمح له باهلاك المنشآت بالأموال اللازمة لتنفيذ المشروع، فتعيين المدة يشكل ضماناً جوهرياً تسمح لصاحب التفويض من تحقيق المرفق العام وفقاً لإمكاناته وتقديراته الخاصة ومن ناحية أخرى تعتبر المدة ضرورة من أجل تأمين المنتفع وللغير ضمان استمرارية المرفق العام وهذا يؤدي إلى أن التمديد في مدة عقد التفويض تعد ضماناً إضافية بالنسبة للمتعاقد فالمادة 40 من قانون سابان رسمت الإطار القانوني للمدة وحددت الحالات التي يمكن فيها تمديد عقد التفويض¹، فالمدة لها دور أساسي في تقييم واسترجاع المستثمر لأمواله المنفقة في المرفق وتحقيق الربح و هي قيد على المستثمر باعتباره مرتبط بزمان معين عكس الاستثمار الخاص لذلك وجب عليه وضع خطط دقيقة لكيفية تنفيذ استثماراته خلال المدة المتفق عليها.

وفي فيما يخص المشرع الجزائري فإنه لم يحدد مدة عقد تفويض المرفق العام بشكل عام في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لكن بصور المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام نص المشرع في احكام المواد 53 الى 56 على مدة عقد التفويض والتي تختلف حسب شكل التفويض وفق ما يلي:

1/ تحدد مدة عقد الامتياز ب 30 سنة تكون قابلة للتجديد مرة واحدة وبناء على طلب من السلطة المفوضة لمدة 04 سنوات.

2/ تحدد مدة عقد الايجار ب 15 سنة تكون قابلة للتجديد مرة واحدة وذلك بناء على طلب من السلطة المفوضة لمدة 03 سنوات.

3/ تحدد مدة عقد الوكالة المحفزة ب 10 سنوات تكون قابلة للتجديد مرة واحدة وذلك بناء على طلب من السلطة المفوضة لمدة سنتين.

4/ تحدد مدة عقد التسيير ب 05 سنوات غير قابلة للتجديد وبالعودة الى احكام المادة 57 من المرسوم نجد أن المشرع الجزائري أجاز في كل الحالات وزيادة على التمديدات السابقة أن يمدد العقد بسنة واحدة هذا ما يجعل عقد التسيير قابل للتجديد مرة واحدة ولمدة سنة.

فالمدة في عقد التفويض بالإضافة الى أنها أحد المميزات الرئيسية من حيث ارتباطها باهلاك الاستثمارات المرتبطة بتفويضات المرفق العام، ومن هذا المنطلق حرصت كل التشريعات المقارنة ومنهم المشرع الجزائري على سن القواعد القانونية اللازمة التي تساعد في عملية تحديدها بالشكل الذي يوفق بين المتطلبات المتعلقة بمصالح المنتفعين من حيث ضمان الاستمرارية لسيرورة المرفق العام وعدم انقطاع الخدمة العمومية لأسباب تتعلق بمدة العقد، بالإضافة الى ذلك يتطلب عقد التفويض

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 247.

ضمان مصالح المستثمر في المرفق العام ومراعاة شكل الاستثمارات وحجمها والاعتماد عليها بشكل مرجعي من أجل التوصل الى تحديد المدة المناسبة التي تتلاءم مع كل شكل من أشكال التفويض على حدى.

بالإضافة الى وضع ضوابط دقيقة ومحددة تحصر الحالات التي يمكن من خلالها تعديل مدة عقد التفويض نظرا لكل الأسباب السافة الذكر، بالإضافة الى أن هناك عنصر جوهري يمكن الإشارة اليه في هذا السياق وهو أن تعديل مدة العقد من خلال تمديداتها والتوسع في هذه الحالات يشكل من ناحية أخرى انتهاكا صارخا للمبادئ المتعلقة بالمنافسة التي يبرم على أساسها عقد التفويض بالنظر الى أن المدة تعتبر أحد العناصر الأساسية التي اعتمدت عليها السلطة المفوضة في تقييم العرض الذي قدمه صاحب التفويض، فتمكن المتعهد من الظفر بعقد التفويض بناء على معايير ثابتة منها معيار المدة فيما إذا ما تم إعطاء فرصة للمفوض من خلال زيادة مدة التفويض بدون مبررات جادة تتعلق بالأساس بالمصلحة العامة، فإن ذلك يؤدي بالضرورة الى زيادة أرباحه بصورة مبالغ فيها مما يعتبر شكل من أشكال محاباة صاحب التفويض على حساب الغير، بالإضافة الى ذلك فإن تمديد المدة قد يغلق الباب لمدة طويلة أمام متنافسين جدد على الاستثمار في المرافق العامة قد تكون لهم من المؤهلات ما يخدم المصلحة العامة بشكل أفضل .

ومفهوم المصلحة العامة التي تشكل الباعث على التعديل والتمديد يعني المصلحة العامة بمفهومها الواسع جدا وبذلك فهو مرن قد يشمل على حالة صعوبة اختيار السلطة المانحة لصاحب التفويض جديد أو عدم تمكن السلطة المفوضة من استعادة المرفق العام للقيام بإدارته بصورة مباشرة أو حصول تغير شامل في خطط وسياسات الحكومة في مجال تسيير مرافقها العامة، وفي هذا السياق أقر مجلس الدولة الفرنسي أن استمرارية المرفق العام هي جوهر المصلحة العامة التي يمكن أن تكون مبررا لتمديد مدة عقد تفويض المرفق العام¹، فتمديد العقد لابد أن يرافقه تمديد لكل بنود العقد الأصلي الأساسي وبذلك لا يمكن إنشاء عقد جديد بداعي التمديد لأن ذلك يعتبر شكل من أشكال التحايل الذي يؤثر بالسلب على مصداقية السلطة المفوضة.

أما بالنسبة لتعديل مدة عقد التفويض وفق المشرع الجزائري فإنه يمكن تمديداتها وذلك بموجب ملحق أي باتفاق المستثمر مع السلطة المفوضة ويبقى بذلك التعديل هو الآخر متعلق بشكل التفويض أي يختلف من صورة الى أخرى إلا أنه دوما يبقى متعلق بإنجاز استثمارات مادية غير منصوص

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 248.

عليها في العقد أو ضمانا لاستمرارية المرفق العام¹، وفي ذلك يلاحظ أن تعديل مدة العقد ضمانا للمصلحة العامة المتعلقة باستمرارية المرفق العام لا تتم في صورة التعديل الفردي أي من جانب السلطة المانحة بوصفها سلطة عمومية ضمانا لاستمرارية المرفق العام كما هو متعارف عليه في القانون العام و في العقود الإدارية عادة، وإنما يكون في إطار ملحق للعقد بمعنى عن طريق التعديل بالاتفاق بين الطرفين وبناء على طلب من السلطة المفوضة مما يظهر بشكل صريح نية المشرع في التضييق من سلطة التعديل الفردي للجهة المانحة وذلك سعيا لتدعيم وتعزيز علاقة شراكة متينة مع المستثمر في المرفق العام، بالإضافة الى أن تقييد وتحديد مدة التعديل يشكل ضمانا أخرى في إطار جهود محاربة الفساد حيث يمكن تمديد مدة العقد بمبررات استمرارية المرفق العام والحقيقة شيء آخر وهو ما يبرر اشتراط المشرع للتقرير مغل والمفصل لأسباب التعديل.

الفرع الثاني: مراعاة التوازن المالي لعقد التفويض

تستهدف عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص بصفة عامة تحقيق مرافق عامة ذات نفع عام و استغلال وإدارة المرافق العامة بطرق أكثر حداثة وفعالية كما تعد طريقا ووسيلة تعتمد لتنفيذ المشروعات العامة الكبيرة التي يستدعي انشاؤها مدة زمنية طويلة، والتي ترهق ميزانية الدولة بتكاليف مالية قد يصعب عليها تحملها لأن تبعاتها قد تمتد لميزانيات سنوات عديدة متعاقبة، وفي العموم فإن هذا النوع من العقود يهدف الى تفعيل دور القطاع الخاص في النهوض بالمشاريع العامة، وتنفيذ مرافق عامة ظلت حكرا على أجهزة الدولة لفترة زمنية طويلة، غير أن ذلك لا يجب أن يخل بدور الجهات العامة للقيام بدورها المتعلق بعملية الإشراف والرقابة على عقود الشراكة بالرغم من حداثة القواعد القانونية المنظمة لها².

وباعتبار عقود المشاركة هذه من العقود الإدارية فإنه لا يمكن للجهات الإدارية العامة الاكتفاء بدور المراقب فقط وإنما عليها أن تتدخل في كل مرة تكون فيها ضرورة لإعادة الفعالية لنشاط المرفق العام من خلال الحفاظ على التوازن المالي الذي يعد أبرز السمات الجوهرية والاساسية التي تؤطرها النظرية العامة للعقود الادارية بصفة عامة، وهو بذلك يتبوأ أهمية خاصة في الأساليب المستحدثة في إدارة واستغلال المشاريع العامة، وبالأخص بالنسبة للمشاريع التي تنضوي في إطار أسلوب التفويض، ويعد هذا المبدأ الذي يضمن عملية الموازنة و التوفيق بين المصلحة الخاصة للمستثمر في

¹ المادة 57 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر.

² سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 103.

عقد التفويض التي في الغالب تهدف الى تحقيق أكبر قدر من المنافع والأرباح والتي تجنبه الخسائر المالية من جهة، والمتطلبات الأساسية لاستمرارية المرفق العام من جهة أخرى¹.

وبذلك فإن نجاح أسلوب تفويض المرفق العام يقتضي بصفة جوهرية تحديد كامل وواضح ومتوازن لحقوق والواجبات التي تترتب على عاتق أطراف العلاقة التعاقدية من مفوض ومفوض اليه وبالأخص مسألة احترام مبدأ التوازن المالي، باعتبار المقابل المالي في عامة العقود وبالأخص في عقد التفويض يمثل لب العملية التعاقدية وجوهرها، فعقد التفويض يقوم على فكرة تقضي الى نقل جل المخاطر والأعباء المترتبة على عملية تشغيل المرفق المفوض لتقع على عاتق المفوض إليه بحيث يتحمل الأخير كل هذه التبعات إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه، فهذه القاعدة لا تعني التخلي بشكل كلي ومطلق عن المشاركة في تحمل جزء من التبعات والمخاطر التي يمكن أن تعترض عملية استغلال المرفق العام من المفوض اليه، وبناء على ذلك فإن كل من الفقه والقضاء قد استقر على ضرورة التزام الجهة الإدارية المتعاقدة بالمحافظة على التوازن المالي لعقد التفويض بما يحقق الإرادة المشتركة لأطراف المتعاقدة عند إبرام العقد².

فكرة التوازن المالي لعقد تفويض المرفق العام وإن كان منبعها القضاء الإداري وخاصة القضاء الفرنسي من ناحية النظرية وأن تطبيقاتها التقليدية أكثر ما تتعلق بمسألة الظروف الاستثنائية إلا أن هذه الفكرة تطورت وتكيفت بمرور الوقت وشهدت تطوراً كبيراً في تطبيقاتها خاصة من حيث نطاق التطبيق ومداهما كما أن تطبيقها لم يعد يتعلق فقط بمجال القضاء الإداري فحسب وإنما شهدت هذه الفكرة في غالب الأحيان تطوراً على مستوى التشريع وذلك من خلال نص المشرع نصوصاً تنظم قواعد وأسس لمواجهة التبعات والمخاطر التي يمكن أن تعرقل تنفيذ المشاريع العامة ومن ناحية ثانية سعت الأطراف المتعاقدة في عقود التفويض الى تضمين عقودهم بنوداً تتعلق بمسألة الحفاظ على التوازن المالي للعقد³.

وبالتالي فإن مسألة الحفاظ على التوازن المالي لعقد التفويض تمثل أحد أهم حقوق المستثمر في المرفق العام، فهي مبنية أساساً على ما تمليه قواعد العدالة والمساواة وهو آلية تمكن المفوض اليه من القيام بمهامه المرفقية بطريقة فعالة تضمن التعاون والتكافل مع الجهة العامة المانحة للتفويض من أجل تحقيق متطلبات المرفق العام، وقد أقر الاجتهاد القضائي عن معنى هذا التضامن المالي الذي

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 328.

² أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 89.

³ المرجع نفسه، ص 89.

يجسد عن طريق أعمال قاعدة التوازن المالي في الوقت الذي ألزم السلطة المفوضة باتخاذ كل الإجراءات والتدابير الممكنة لضمان السير المضطرب للمرفق العام، وتجنب توقف الأنشطة المرفقية تحت أي مبرر كان مما يشكل انعكاس خطير على مقومات المصلحة العامة، هذا الالتزام يستند بشكل جوهري على المبادئ العامة التي تنظم إدارة واستغلال المرافق العامة، فهو يهدف في المقام الأول لحماية المرفق العام نفسه، وهو التزام يقع على عاتق الجماعة العامة في كل الظروف، فالتوازن المالي لعقد التفويض لا يفرض بالضرورة الى تحقيق تعادل وموازنة بين المنافع والأعباء فحسب بل تكمن أهميته أكثر في حماية القدرة المالية للمستثمر من خلال دفعه الى تحقيق مكاسب مالية مقابل المسؤولية المالية التي تقع على عاتقه المتعلقة بتكاليف الاستثمار، وقد يجسد مبدأ التوازن المالي في نصوص العقد في حد ذاته من خلال البنود التعاقدية أو تنظيمية التي يتضمنها ، وفي هذا السياق أقر الإجتهد القضائي الفرنسي بضرورة تكريس هذا المبدأ كأحد المرتكزات الأساسية التي تميز أساليب تسيير واستثمار المرافق العامة¹.

ويتبلور هذا المبدأ بشكل أساسي من خلال تقديم يد المساعدة من الجهة العامة المانحة للتفويض لصالح المستثمر في المشروعات العامة وإسناده بمجموعة من الضمانات والمساعدات المالية بشكل خاص تساعده على الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية والمرفقية في ظل كل الظروف، هذا التضامن الذي تبديه السلطة المانحة مع صاحب التفويض ليس من شأنه التأثير على الطبيعة القانونية لعقد التفويض باعتباره آلية حديثة في تسيير واستثمار المرافق العامة، كما ليس من شأنه كذلك الانقصاص من دور المستثمر في تحمل الأعباء والمخاطر الاستثمارية، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في رأيه سنة 1995²، عندما أقر أن مجموعة الضمانات المالية المتاحة لصاحب التفويض من قبل السلطة العامة بهدف مساعدته من أجل تمويل المنشآت والعتاد اللازم لتشغيل المرفق العام والتقليل من نسبة المخاطر التي يمكن أن تواجهه، لا ترقى الى المساس بطبيعة العقد والوصف القانوني له طالما أن هذه الضمانات الممنوحة لا تكون هي الأساس في عملية التمويل بالوجه الذي يجعل من العائدات المحصلة من قبل المنتفعين شكلية ووهمية³، ذلك أنه من غير الممكن أن تتحول هذه الضمانات التي تقررها القواعد العامة للعقود الإدارية من باب التضامن الذي تفرضه طبيعة المشروعات العامة المفوضة الى مصدر لتمويل المرفق العام لأن ذلك ينافي الغرض من عقد التفويض ويؤثر على طبيعته القانونية.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 328، 329.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 287.

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 333، 334.

إن الهدف المسطر الأول من الامتيازات والضمانات المالية التي يمكن للسلطة المانحة إعطاؤها للمستثمر في المرفق العام هو بلوغ الحفاظ على الموازنة المالية لعقد التفويض، هذه الضمانات لا تؤثر على حقيقة عقد التفويض ولا تمس بمفهومه بشكل خاص، فالمقابل المالي للخدمة العمومية يدفع من قبل مستعملي المرفق وتكون هذه الضمانات والامتيازات المالية في إطار أسمى وهو هدف الاستمرارية والديمومة للمرفق العام، كما تهدف من جانب آخر الى تشجيع عملية الاستثمار في حقل المشاريع والمرافق العامة، ويمكن لهذه الضمانات المالية أن تركز بواسطة إقرار صيغ عقدية محددة أو في حالة تحقق ظروف مالية معينة، وقد يكون إقرار هذه الضمانات إما عن طريق العقد موضوع التفويض نفسه أو من خلال نصوص وقواعد قانونية ، لذلك فاحترام التوازن المالي لا يشترط فيه توفر ظرف أو حالة معينة خاصة ، فنظرية التوازن المالي قابلة للتطبيق حتى في الظروف العادية بالنظر الى أن الغاية من إقراره تتمثل في تأمين المرفق العام، ويتجلى التوازن المالي في الظروف العادية في المساعدات والتقديمات المالية المقدمة من الجهة العامة المانحة للتفويض لفائدة المستثم¹، وتبعاً لذلك فإنه كلما كانت هذه الضمانات المقدمة للمستثمر في المرفق العام قوية من أجل الحفاظ على التوازن المالي للعقد فإن ذلك يساعد في تحفيز الاستثمار في مجال المرافق العامة ويضمن استقرار عقود التفويض التي تعد إحدى آليات التي تركز هذه الاستثمارات.

لأن في النهاية فإن المراد بالتوازن المالي للعقد الإداري هو أن يكون هناك تناسب حقيقي ما بين التزامات الواقعة على عاتق المتعاقد مع الإدارة في مقابل الحقوق التي يمكنه التمتع بها هذا التناسب يمكنه من تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بالشكل المتفق عليه ضمن العقد فالمتعاقد عندما يقدم على عملية إبرام العقد مع الجهة الإدارية، يكون ضمن أهدافه الجوهرية هي كسب المزيد من الأرباح وبالنظر الى السلطة التي تتمتع بها الإدارة بالنسبة لعقودها الإدارية كتعديل العقد بإرادتها المنفردة دون الإعتداد بإرادة المتعاقد معها، وقد يشكل عائقاً أمام المستثمرالذي لا يتمكن من تحقيق أهدافه المالية خاصة في الحالات التي يؤدي فيها هذا التدخل الى الإخلال بالحقوق المالية للمتعاقد معها التي تم تسطيرها وقت التعاقد، وبذلك يصبح واجباً على الجهة الإدارية المتعاقدة إعادة التوازن المالي للعقد الى ما كان عليه ويمكنها تضمين هذا الحق في دفا تر الشروط الخاص بالمشاريع المتعاقد عليها بالرغم من أن ذلك ليس ضرورياً باعتبار أن هذا الحق قائم بذاته بشكل دائم بالنسبة لأطراف المتعاقدة مع الإدارة، وفي هذا السياق فإنه لا يمكن أن ينظر الى سلطة الإدارة في الاتجاه السلبي دائماً ذلك أن المتعاقد معها كذلك يتمتع بحقوق مقابلة مردها الى كونه محمي من المخاطر الاقتصادية التي قد

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص286،287.

تعرضه اثناء عملية تنفيذ العقد استنادا لنظرية الظروف الطارئة وهو كذلك مؤمن من المخاطر الإدارية التي تتجم عن أعمال الإدارة وفقا لنظرية فعل الأمير¹.

بالإضافة الى ذلك فإن المتعاقد مع الإدارة بالرغم من كونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية إلا أنه يتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة ووسائل القانون العام في مواجهة الغير بالنظر الى الميزات التي يمنحها له التعاقد في اطار المشاريع العامة بالإضافة الى التطور الذي تشهده العقود الإدارية التي تركز الحماية من المنافسة وحقوق تعاقدية حديثة فرضتها المنافسة المفروضة من القطاع الخاص، بالإضافة الى مبادئ الحديثة المتعلقة بخضوع جميع الأطراف التعاقدية لمبدأ المشروعية وتطور الاجتهادات القضائية في هذا الاتجاه، بالإضافة الى تطور وسائل أخرى للفصل في النزاعات كالتحكيم الذي أصبح يمثل الوسيلة المثلى التي يفضلها المتعاقد مع الإدارة في فض النزاعات والتي شكلت دافعا للجهات الإدارية المتعاقدة لتضمن لمحاولة إعطاء عقودها الشرعية اللازمة والمصادقية التي تليق بها كهيئة عامة تسهر على المصلحة العامة من كل جوانبها.

فإنه بالنظر الى الطبيعة والخصائص التي يتمتع بها عقد التفويض كونه يتسم بالصبغة الإدارية في المقام الأول، بالإضافة الى كونه عقد يستهدف عملية استثمارية في المرفق العام ويتطلب تجسيده توفر إمكانيات مالية معتبرة لدى صاحب التفويض، ويتطلب تجسيد هذه المشاريع العامة موضوع التفويض مدة زمنية طويلة في غالب الأحيان مما ينتج عنه تغير دائم ومستمر في الظروف والملابسات التي في اطارها عقد التفويض، هذه الظروف والمتغيرات تؤثر في الغالب على القدرة المالية للمتعاقد مع الإدارة على نحو مغاير لما تم الاتفاق عليه يوم ابرامه في غالب الأحيان، وبذلك تتدخل السلطة المفوضة بالاستناد الى اعتبارات سامية تتعلق بمفاهيم العدالة ومصلحة المرفق العام فتبادر الجهة الإدارية لمعاونة المتعاقد معها بغرض مجابهة تلك الظروف التي أدت الى الإخلال المالي بالعقد من أجل العمل على إعادة التوازن المطلوب للعقد من ناحية المستحقات المالية، وتحقيقا لهذه الاعتبارات أستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على آراء تركز مواجهة تلك المخاطر والظروف الاستثنائية التي تتزامن مع تنفيذ العقد، واختلفت الحلول التي أوجدها مجلس الدولة باختلاف وتنوع مصادر المخاطر التي تحدث أثناء عملية التنفيذ وبالتالي صنفنا هذه الحلول التي حددت تسمية نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الى ثلاث نظريات تتمثل في فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة².

¹ سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق، ص 222.

² أبو بكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 171.

1/ نظرية فعل الأمير

عرف فالين عمل الأمير بأنه " العمل الذي يصدر عن سلطة عامة من دون خطأ من جانبها تسوء مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي هذا الى إلزام الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن سائر الأضرار التي تصيبه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي، وفي مصر عرفت محكمة القضاء الإداري عمل الأمير في حكمها الصادر في سنة 1957 بأنه " كل إجراء تتخذه السلطات العامة و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية " وهذه الأعمال الإدارية التي تصدر من جانب السلطة العامة قد يكون مصدرها الجهة الإدارية التي أبرمت العقد الإداري كما وقد تتخذ شكل قرار إداري فردي يعالج حالة خاصة ، أوقد يكون في الغالب بقواعد تنظيمية عامة تختص بحالات عامة وتنظم حالات عامة تتعلق بالنظام العام، ويشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير الشروط التالية¹:

- وجود عقد إداري لذلك بينت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الشرط بقولها " متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرقابة العقدية ، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي ترتبت على التشريع الجديد استنادا لنظرية فعل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية أعمال الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المتضرر بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة علاقة تعاقدية أثر فيها هذا التشريع بأن زاد في الأعمال التي يتحملها في تنفيذ التزاماته.

- أن يكون الفعل الضار صادرا عن السلطة المفوضة وفي هذا السياق تصب أغلب اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي وهذا ما يجعل من نظرية فعل الأمير تخص فقط الأعمال الصادرة عن الجهة المانحة للتفويض على خلاف نظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع الأعمال.

- أن يلحق الضرر الحاصل بالمتعاقد وهذا الشرط يتوجب أن يكون فعل الأمير خاصا بالمتعاقد فقط والذي لا يشترط فيه أن يكون جسيما وكفي أن يكون الضرر قد وقع فعلا على المتعاقد بصفة خاصة

- ألا يشكل فعل الأمير نفسه خطأ من جانب السلطة المانحة فيجب أن يدخل العمل الذي قامت به الجهة الإدارية المانحة ضمن حدود السلطات التي منحها إياها القانون في تنظيم عقودها الإدارية، وانطلاقا من ذلك فإن مسؤوليتها عن التعويض مستمدة من مسؤوليتها التعاقدية حتى من دون أن يصدر منها أي خطأ.

¹أبو بكر احمد عثمان، المرجع نفسه، ص 172، 173.

- أن يكون الضرر الصادر من الجهة المانحة غير متوقعا غير أنه يبدو هناك شيء من الغموض بخصوص هذا الشرط ففي الحالة التي يكون فيها فعل الأمير في شكل إجراءات ذات طابع عام إلا أنه لا يمكن طرح هذا التساؤل في الحالة التي يصدر فيها الاجراء من الجهة المتعاقدة وهي بصدد ممارسة سلطتها في التعديل عن طريق الإرادة المنفردة، وقد أجاب الدكتور محمد سليمان الطماوي في هذا الصدد على هذا الإشكال بأن المقصود بعدم التوقع لا يشمل أصل الحق في التعديل ونطاقه فإذا تكفل القانون بالكيفية التي يمارس بها التعديل والحدود التي يلتزم بها استبعدت آنذاك تطبيق هذه النظرية أما اذا لم يحدد كيفية ممارسة هذا الحق فتطبق النظرية.

وانطلاقا من ذلك تتعدد الأشكال التي يمكن أن تتحقق بها نظرية فعل عمل الأمير فاذا ما تعلق الأمر بفعل الأمير من خلال الإجراءات الصادر في صورة إجراءات فردية خاصة فإن ذلك قد يتعلق بالتعديل المباشر للعقد أو قد يشمل ذلك الأثر الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، أما في الحالة التي تستعمل الجهة الإدارية المتعاقدة لسلطتها بمناسبة عملية التوجيه والرقابة أو في حالة قيامها بتدابير ترتبط بعملية الضبط الإداري والتي يتحمل من جرائها المتعاقد تكاليف وأعباء إضافية. أما في حالة صدور عمل الأمير في شكل إجراء تنظيمي عام فإن أثره قد ينصرف كذلك الى تعديل شروط العقد مباشرة أما بتعطيل بنوده أو مضمونه وإما بإنهاء العقد قبل مدة انتهائه، وقد ينصرف أثره الى الظروف الخارجية للعقد حيث يصبح التنفيذ أكثر إرهاقا، وفي ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض التعويض في هذه الحالة الا في حدود نظرية الظروف الطارئة.

2/ نظرية الظروف الطارئة

وهي الملابس التي تطرأ خلال تنفيذ العقد وتكون ظروف استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وقت انعقاده وأدت الى اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا من شأنه أن يؤثر على عملية تنفيذ الالتزام من دون أن يبلغ درجة الاستحالة حيث يصبح أشد وأكثر كلفة وأكثر إرهاقا فإنه يمكن للطرف المتعاقد مع الجهة الإدارية المطالبة بإشراك الجهة المانحة بتحمل النتائج الناتجة على ارتفاع كلفة الأعباء الناتجة عن تلك الظروف بتعويضه بشكل جزئي ولمدة مؤقتة تكون لازمة لزوال هذه الظروف عن الخسارة التي لحقت به مع مراعاة الظروف المحيطة بالعقد¹.

وعلى الرغم من كون نظرية الظروف الطارئة أضحت ميزة لكل أنواع العقود الإدارية إلا أنه مع ذلك يبقى لها مجالا واسعا في عقود امتياز المرافق العامة لأن في هذا النوع من العقود يرتب على القائم بتنفيذ المرفق أن ينفذه بشكل خاص حيث لا يعرقل انتظام النشاط المرفقي المستمر والمنتظم

¹ أبوبكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 175، 176.

للمرفق العام، إذ لا يكفي قيام المتعاقد مع الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماته كما لو كان متعاقد مع الأفراد لأن الالتزامات المترتبة عن العقد الإداري لها تتميز بطابعها الخاص الذي يتضمن ضرورة الاستجابة لطبيعة المرفق و كل ما من شأنه أن يضمن مصلحة المرفق العام وانتظامه، ففي مصر وفي القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بالتزامات المرافق العامة نص على الأخذ بهذه النظرية في إطار الالتزام بقولها " إذا طرأت ظروف لم يكن في المستطاع توقعها لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت الى الإخلال بالتوازن المالي أو الى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الامتياز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أي تنظيم للمرفق العام وقواعد استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول¹.

فالمفوض اليه في عقد التفويض الذي يعد من العقود الزمنية التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة لذا يكون بالضرورة عرضة للتعامل مع ظروف مختلفة منها ما تكون في صالح تنفيذ العقد وهي لا تطرح أي اشكال، ومن هذه الظروف ما يعرقل تنفيذ عقد التفويض وبالنتيجة يهدد النشاط المرفقي سواء يشكل كلي أو جزئي فيؤدي الى التذبذب في تقديم الخدمات المرفقية كما قد يؤدي الى التوقف التام عن أداء الخدمات المرفقية، مما يشكل تهديدا خطيرا لمقتضيات المصلحة العامة وينعكس بصورة مباشرة على الاستقرار المجتمعي، هذا الوضع يحتم على السلطة المفوضة للمرفق العام اتخاذ الإجراءات الملائمة لوضع عملية تحقيق المرفق العام في الإتجاه الصحيح.

هذه الظروف التي تعترض عملية تنفيذ المرفق العام يجب أن تكون غير متوقعة وتنتج في الغالب عن التقلبات في المجال الاقتصادي على وجه التحديد وتنعكس بالطبيعة على اقتصاديات العقد بصفة كلية، ويكون ذلك دون أن يكون المتعاقد مت دخلا في هذه الظروف وغير مسؤول عنها، هذه الظروف التي تؤثر على عملية التنفيذ الطبيعي لالتزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية فتجعل تنفيذ هذه الالتزامات أكثر إرهاقا للمستثمر في المرفق العام دون أن تبلغ درجة استحالة التنفيذ، الأمر الذي يؤدي بالنتيجة الى إلزامية تدخل السلطة المانحة بوصفها تمثل السلطة العامة وتتمتع بامتيازاتها وصلاحياتها في التعديل من أجل إعادة تقييم الالتزامات وإرجاع التوازن المالي من خلال تعويض السلطة المفوضة عن الخسائر التي إنجرت عن هذه الظروف بالقدر الذي يسمح بتغطية الفارق المالي الذي ترتب عن الظروف الاستثنائية والقدر الذي يسمح بالإستمرار في تنفيذ المهام المرفقية الى حين زوال هذه الظروف.

¹ أبوبكر أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص 177.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن على توافر شروط معينة لإعمال هذه الظروف وتتمثل هذه الشروط في¹:

- حدوث الظرف الطارئ غير المتوقع: وهو الحادث غير المتوقع الذي يستجد أثناء تنفيذ العقد ويحدث اختلال واضطراب في تنفيذ بنوده التي اتجهت إرادة الطرفين للتوافق عليها قبل الإقدام على إبرام عقد التفويض فتجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية أكثر إرهاقا وتحمله أضرار لا يستطيع دفعها بمفرده.

- أن يؤدي الظرف الطارئ الى قلب اقتصاديات العقد لذلك فإن الضرر البسيط الذي قد يصيب المتعاقد على شاكلة انخفاض الأرباح المعتادة في الظروف العادية لا يرقى لأن يكون ظرف طارئ يمكن الإعتداد به لإعمال نظرية الظروف الطارئة وبالتالي استحقاق المفوض له للتعويض.

وبالتالي فإن تدخل السلطة المفوضة بحكم مسؤوليتها الدائمة على المرفق العام مهما كانت طريقة إدارته يعد التزاما تفرضه بالأساس طبيعة ومقتضيات ديمومة المرافق العامة، بالإضافة الى قواعد الإنصاف التي يجب أن يتسم بها العقد الإداري، فلا يجب تحميل المتعاقد مع الإدارة نتائج ظروف لا دخل له فيها وتحمله أعباء لم يكن يتوقع حدوثها يوم قرر التعاقد مع الجهة العامة والاستثمار في المرافق العامة.

الصعوبات المادية غير المتوقعة:

الصعوبات المادية غير المتوقعة هي الظروف التي تصادف المتعاقد مع الإدارة في أثناء فترة تنفيذ مهامه التي التزم بها وتكون في شكل معوقات ذات طبيعة مادية لكنها غير عادية لم يكن بالإمكان توقعها وقت إبرام العقد، والتي من شأنها أن تجعل الوفاء بالالتزامات التعاقدية أمرا مرهقا بالنسبة للمتعاقد مع الجهة الإدارية ويصبح من حقه المطالبة بالتعويض عن كامل الأضرار التي مسته من جراء هذه الصعوبات²، وتجد هذه النظرية بالذات مجال تطبيقها الأساسي في عقود الأشغال العامة بصفة خاصة وهو الشيء الذي جعل جانبا من الفقه الفرنسي للقول بفكرة أنه لا يوجد مجال آخر لهذه النظرية عدا نطاق عقود الأشغال العامة، إلا أن عدد آخر من الفقهاء اعترض على هذا الرأي ويشير الى أنه لا مجال لوجود أسباب جدية تؤدي الى استبعاد هذه النظرية من نطاق الأعمال القانونية الأخرى كالعقود الإدارية الأخرى مثلا، في ظل توافر الشروط اللازمة لأعمالها، وفي هذا السياق وباستقراء بعض آراء مجلس الدولة الفرنسي يستشف استبعاده تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود أخرى غير عقود الأشغال العامة، فقد رفض المجلس سنة 1944 تعويض ملتزم

1 بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 291.

2 ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2009، ص 182.

عن الأضرار التي نتجت عن زلزال عنيف أدى الى قطع الأسلاك الممتدة تحت الماء، واتجه مجلس الدولة الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة¹، وجذير بالذكر أنه لا يمكن تطبيق أي نظرية على إطلاقها فلا بد من توفر شروط معينة يمكن على أساسها تطبيق هذه النظرية منها:

-الشرط الأول: يجب أن تكون الصعوبات المادية من طبيعة مادية كما تعبر عنها التسمية وتكون في الغالب عبارة عن ظواهر تتعلق بالطبيعة مثل طبيعة مكان الأشغال الذي يكون محل لتنفيذ المشروع الذي تنفذ فيه الاشغال وغالبا ما تكتشف هذه الصعوبات عند البدء في التنفيذ كوجود أرض ذات طبيعة صخرية تستلزم تكاليف كبيرة لتهيئتها قبل الشروع في التنفيذ، وذلك لأن التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض أرض سوية ولكن ليست بالضرورة عائدة الى ظروف طبيعية في جميع الأوقات فقد يكون مصدرها فعل الإنسان كاكشاف مواصفات خاصة بجوار موقع الأشغال ولم تظهر هذه المواصفات في التصاميم التي التعاقد على أساسها.

بالرغم من ذلك فإن البعض من هذه الصعوبات المادية يمكن الاحتراز لها قبل عملية إبرام العقد كالصعوبات التي تتعلق بطبيعة الأرض التي تنفذ عليها الأشغال وذلك بأن تدرج الجهة الإدارية المتعاقدة في دفتر الشروط الخاص بالمشروع بند خاصا بزيارة موقع تنفيذ الأشغال قبل إبرام العقد من أجل الوقوف على التكاليف الحقيقية التي تقع على كل طرف من أطراف العقد، وبالتالي التخلص من مسألة مطالبة الجهة الإدارية بالتعويض وتقاضي الإضطراب في تنفيذ العقد الإداري، وربح الوقت الذي يمكن أن يتم تضييعه في المنازعة المتعلقة بتحديد ثبوت الأضرار وكذا عملية تقديرها مما يؤثر في النهاية بشكل مباشر على سيرورة المشاريع العامة موضوع التعاقد.

-يجب ألا يكون للطرفين دخل في حدوث الحدث الذي ترتبت عنه هذه الصعوبات التي تعيق تنفيذ العقد لا الجهة الإدارية والمتعاقد معها أيضا، لأن الجهة الإدارية إذا كانت هي المتسبب في هذه الصعوبات فأنها تكون مسؤولة بالضرورة عن الضرر، فإما يكون ذلك على أساس الخطأ وإما على أساس نظرية فعل الأمير إذا حدثت هذه الصعوبات من دون ارتكاب الجهة الإدارية لأي خطأ من جانبها فهي في الحالتين مسؤولة تجاه المتعاقد معها.

-أن تكون الصعوبات مفاجئة وألا يكون بالإمكان توقعها عند إبرام العقد مع الجهة الإدارية فتنفيذ العقد عموما ينضوي في العموم على بعض المخاطر والصعوبات التي يقع على عاتق المتعاقد مع الجهة الإدارية مواجهتها وتحمل تبعاتها وتكاليفها، لأنه من المفترض أن الأضرار التي تستدعي أن

¹ ابوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 178.

تعويضها الجهة الإدارية يجب ألا تكن ضمن المتوقع بل يجب أن تكون مفاجئة فإذا كان ثمة إمكانية لتوقعها ببذل بعض المجهود قبل عملية التعاقد فلا مجال لإعمال هذه النظرية.

-أن تكون الصعوبات استثنائية غير مقدور عليها بحث فلا يكفي لإعمال هذه النظرية أن يتلقى المتعاقد صعوبات عادية بسيطة بل يجب لإعمال هذه النظرية أن تكون الصعوبات غير عادية أو استثنائية ولا تنتمي الى نطاق المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ بالعادة وبمعنى آخر أن الصعوبات المادية يجب أن تكون استثنائية تجاوز كل ما كان مقدرا أو متوقعا أما الصعوبات العادية فلا يمكن التعويض عنها.

لأن التوسع في تطبيق هذه النظرية وإعمالها بمناسبة كل صعوبة أو حدث مهما كان ضئيلا يفقدها أهميتها فهذه النظرية إنما وجدت للتصدي للأحداث الإستثنائية الكبيرة التي تعيق تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة وبالأخص منها العقود الزمنية التي تنفذ عبر فترة زمنية طويلة مثل عقود تفويض المرافق العامة، التي عادة ما تعترض تنفيذها هذه الصعوبات نظرا لامتداد المدة الزمنية التي يستغرقها وبالإضافة الى ذلك فإن هذه العقود بالذات تقوم على أساس فكرة الاستثمار في المرافق العامة وتقتضي هذه الفكرة استعداد المستثمر في المرفق العام الى تحمل كافة الأخطار والتصدي لكل العقوبات التي تحول دون تنفيذ المرفق العام، لذلك فالتوسع في تطبيق هذه النظرية ينفي صفة المستثمر في المرفق العام عن المفوض اليه باعتباره لا يتحمل مخاطر التسيير ويعتمد على الجهة المانحة للتغلب على هذه الصعوبات مهما كانت بسيطة، وهنا تكون الجهة الإدارية المانحة أقرب الى التسيير المباشر منه الى أسلوب التفويض الذي يظل يتميز بخصائص لا بد من احترامها.

-أن تجعل هذه الصعوبات المادية عملية تنفيذ العقد أكثر إرهاقا إذ يتوجب لإعمال هذه النظرية زيادة الأعباء التي تقع على عاتق المتعاقد مع الجهة الإدارية أو أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا من الناحية المالية، أما في حالة استحالة تنفيذ العقد بشكل مطلق فلا تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بل نكون بصدد حالة القوة القاهرة.

وفي الحالة التي تتوفر فيها مقومات وشروط تنفيذ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإننا نكون بصدد نشوء حق للمتعاقد مع جهة الإدارة لمطالبتها بمقدار من التعويض لجبر أضراره الناتجة عن اختلال التوازن المالي للعقد، والتعويض بهذا الصدد يكون بشكل كامل بمعنى يشمل كل ما لحق المتعاقد مع الجهة الإدارية من خسارة وما فاتته من كسب، ويشترط لحصول المتعاقد على التعويض أن يبقى في حالة استمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه، وذلك بالرغم من استمرار تلك الظروف التي ولدت تلك الصعوبات المادية، فهو لا يجب أن يتوقف عن التنفيذ إلا في الحالة التي يصبح فيها التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة إذ ننقل بذلك الى حالة أخرى وهي حالة القوة القاهرة لأن الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الواقعة على المتعاقد مع الجهة الإدارية المتعاقدة

في ظل استمرار تلك الظروف، إنما يجد أساسه بشكل جوهري في الاعتبارات المتعلقة بحسن سير المرفق العام موضوع العقد¹.

بالإضافة الى ذلك فإن استمرار المتعاقد في الوفاء بالتزاماته التعاقدية في ظل كل هذه الازهاقات المالية في سبيل استمرار في تقديم الخدمات المرفقية، خاصة إذا تعلق الأمر بالمرافق العامة التي تدار بأسلوب التفويض ينم عن الجدية في الاستثمار في المرفق العام والالتزام بالمبادئ المسيرة له وترجيح للمصلحة العامة على حساب المكاسب الخاصة وبالتالي فإن اشتراط استمرار المرفق في تأدية خدماته شرط منطقي لاستحقاق التعويض الناتج عن الصعوبات المادية الطارئة على العقد.

وفي المحصلة فإن المغزى من تطبيق فكرة التوازن المالي ككل إنما يهدف الى تكريس حق المستثمر في التعويض المناسب الذي يجبر خسائره جراء ظروف معينة لم يكن مستعدا لها أثناء إقدامه على إبرام العقد، فهو في الأساس يستند الى أصل عام مستمد من اعتبارات تتعلق في الجوهر بالمبادئ التي تقوم عليها قواعد العدالة فهو إذا أحد الوسائل التي تسمح للمتعاقد بتنفيذ مهامه العقدية بشكل صحيح، كما يجسد التوازن المالي فكرة التعاون الفعال مع السلطة المانحة في إدارة واستثمار المرافق العامة، وفي هذا السياق عبر الإجتهد القضائي عن معنى التضامن المالي الذي يحمله مبدأ التوازن المالي عندما أوجب على السلطة المانحة اتخاذ كل ما من شأنه تأمين السير العام المنتظم للمرفق العام المفوض، وذلك حتى لا يقع المستثمر في أي من المشاكل التي تعيق تنفيذ المرفق العام ، مستندا في ذلك الى أحكام المرفق العام ، فهو بهذا المعنى يمثل حماية للمرفق العام نفسه وهو واجب يقع على عاتق السلطة العامة تحت أي ظرف من الظروف، فالتوازن المالي على هذا النحو لا ينحصر في تحقيق تعادل وموازنة بين المنافع والأعباء فحسب، بل في إتاحة الفرصة للمستثمر من أجل تحقيق هامش من الربح مقابل تحمله المسؤولية المالية التي تقع على عاتقه وقد يظهر التعبير عن مبدأ التوازن المالي في نصوص تعاقدية أو تنظيمية وقد أقر الفقه والإجتهد الفرنسي تكريس مبدأ التوازن المالي كأحد المرتكزات الجوهرية في أساليب إدارة واستثمار المرافق العامة².

ولابد من رعاية العقد الإداري في كل الظروف سواء العادية منها أولئك التي تطرا على مختلف العقود الإدارية خاصة في مرحلة التنفيذ ، ولأسيما إذا تعلق الأمر بعقود التفويض التي تربطها علاقة خاصة بطبيعة المرفق العام المفوض والمبادئ المسير له، بالإضافة الى كون المستحقات المالية تعتبر جوهر العملية التعاقدية في الغالب و في أسلوب التفويض بدرجة خاصة فلا بد من مراعاة هذه

¹ ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 178.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 328، 329.

الخصوصية في عقود التفويض، لتطبيق هذه النظريات على اختلاف مبرراتها بدافع ضمان التوازن المالي للعقد بما يتيح للمتعاقد مع الإدارة الحافز في العملية الاستثمارية في المرفق العام، ويعد أعمال مبدأ التوازن المالي في عقود تفويض المرفق العام واسعاً وشاملاً ولا يقتصر على الظروف الإستثنائية فقط بل يمتد تطبيقه الى الظروف العادية كذلك لأنه في كل الظروف تبقى الغاية منه تأمين السير الحسن للمرفق العام¹.

وبالنظر الى أن الجانب المالي يشكل عصب العملية التعاقدية بالنسبة لأنواع العقود بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة وعقود التسيير غير المباشرة للمرافق العامة بدرجة أكثر خصوصية نظراً لأنه في الغالب يكون لجوء السلطة العامة المانحة لهذا النوع من العقود يكون في الغالب لدوافع مالية تتعلق بالعجز عن التمويل أو محاولة إيجاد مصادر تمويلية مختلفة للمرافق العامة ومن جهة أخرى شكل الباعث الجوهري للخواص على التعاقد مع الجهات الإدارية المانحة لذلك يكون تدخل الجهة المانحة لحماية المتعاقد معها من الظروف الطارئة من خلال العمل على إعادة التوازن المالي للعقد يصب بصفة جوهرية في صالح الأطراف المتعاقدة جميعها.

وانطلاقاً من كل العوامل التي تم ذكرها والتي تتبع من الأهمية التي يحتلها عقد التفويض في مجال تمويل المرافق العامة والاستثمار فيها وانطلاقاً من مكانة السلطة المفوضة ومسؤوليتها الدائمة في الرقابة على نزاهة عقود تفويض المرفق العام، يتوجب عليها السهر على حماية العقود أثناء مرحلة الأبرام من كل أشكال الفساد بما يتيح التوصل الى عقود سليمة من ناحية احترام الخطوات والإجراءات القانونية من أجل اختيار أفضل للمتعهدين للقيام بالمهام المرفقية نيابة عن السلطات المانحة، وبالإضافة الى ذلك رقابة عملية التنفيذ التي تتطلب مراعاة طول المدة الزمنية التي يستغرقها تنفيذ العقد والظروف المحيطة به والعمل كل مرة وفي إطار مسؤوليتها على المرفق وصلاحياتها الرقابية على تذليل هذه العراقيل بما يشجع على حسن إدارة واستغلال المرافق العامة وضمان التمويل الدائم واللازم لانتظام سير هذه المرافق من خلال تحفيز المستثمرين في المرافق العامة، واحترام الخصوصية التجارية التي يسعى الى تكريسها القطاع الخاص على وجه التحديد في مجال المشروعات العامة.

وبالتالي فإن لعقد التفويض ارتباط كبير بالظروف العامة للمجتمع فهي إما عوامل مساعدة تساهم في الاستفادة من مزايا هذا النوع من التسيير وإما أن تشكل عوامل تعيق العمل بهذه الآلية المبتكرة في تسيير المرافق العامة وتؤدي الى العودة الى أساليب التسيير المباشر بما تنطوي عليه من نقائص وأعباء مالية إضافية على الموازنات العامة للدولة، وفي ما يلي نعرض الى القيود العامة التي يتأثر بها عقد التفويض من عرض القيود المتعلقة بالمحيط العام الذي ينفذ في إطاره أسلوب التفويض في

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 286.

المطلب الأول ثم نعرض الى مسألة الخصائص التي تميز عقد التفويض والتي يتوجب مراعاتها أثناء إعمال آلية الرقابة من قبل السلطة المفوضة.

بالإضافة الى كل ذلك فإن التوازن المالي يجد أساسه كذلك في مبدأ جوهرى يتعلق بعقود الشراكة بشكل عام فهو يمثل حجر الزاوية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث أن هذه العقود تتطلب زمنا طويلا لتجسيدها، وهي بذلك تكون خلال هذه المدة عرضة لمخاطر عديدة لم يكن يتوقعها أطراف العقد وقت الإبرام لذلك يتعين الإتفاق بين الجهة المتعاقدة مع المتعاقد معها على كيفية إقتسام مخاطر التوقف عن التنفيذ أو تعديل التنفيذ لتلبية لحاجات جديدة لم تكن معروفة لدى جهة العامة المانحة، فليس من مصلحة السلطة المتعاقدة أن يتوقف المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ بسبب تلك المخاطر، لأن الجهة العامة المتعاقدة يهمها استمرار التنفيذ تطبيقا لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد، كما أنه إذا كان الهدف للسلطة العامة في العقود التقليدية يتمثل في التخلص قدر المستطاع من جميع المخاطر المحيطة بالعملية العقدية، فإن إعمال هذا المبدأ في عقود الشراكة يكون نظاما مثاليا في العقود قصد من بين أهداف هذه العقود هو ضمان تمويل المشاريع العامة فإذا كان هدف الجهة العامة المتعاقدة على سبيل المثال مقتصر على الحصول على وضع متميز في العقد يمنحها كامل الصلاحيات مع دفع كل المخاطر المتعلقة بالمشروع الى الطرف المتعاقد الآخر فإنه بالضرورة تزداد التكلفة الإجمالية للمشروع محل التعاقد، وتصبح الأعباء مرتفعة بما ينافي الهدف الأصل من الانخراط في عقود الشراكة كأسلوب تمويل للمشاريع الأساسية، وظهر مبدأ تقاسم المخاطر بالأساس في دول القضاء الموحد ومنه الى المستوى الدولي وذلك لتلبية الحاجة الى ضرورة وجود آلية متكاملة للتوازن العقدي، وذلك من أجل تفادي أزمة عدم وجود آليات متكاملة للتوازن العقدي بالإضافة الى أن المبدأ يمثل وسيلة لتدوين المخاطر المحيطة بعقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص في صورة بنود تعاقدية لضمان أعلى درجة ممكنة من الاستقرار والثبات العقدي¹.

المبحث الثاني: سلطة التعديل وتوقيع الجزاءات كامتداد لسلطة الرقابة

إن الجهة الإدارية المانحة وهي تمارس عملية التعاقد في إطار تفويض مرافقها العامة لا يمكن لها التجرد من السلطات العامة التي ترافقها في كل أعماله الإدارية فهي من تسعى الى التعاقد مع الغير من أجل تحسين مردودية المرافق العامة، وضمان مصادر التمويل اللازمة لسيرها فلا يمكنها البقاء مكتوفة الأيدي عند ملاحظة أي اختلال يطرأ على تنفيذ المشاريع العامة، لما لذلك من انعكاسات خطيرة على الحاجيات الأساسية لجمهور المنتفعين، وبالتالي الإخلال بالنظام العام بشكل عام لذلك

¹ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، ص 141.

تبادر الجهة العامة المتعاقدة الى التدخل كل ما كان ذلك لازماً وضرورياً من أجل الزام القائم بتنفيذ المرفق العام بالقيام بالتزاماته التعاقدية أو حتى القيام بما هو ضروري لانتظام خدمات المرفق العام وإن كانت خارج الالتزامات التعاقدية.

فالاستعانة بالقطاع الخاص حتى وإن كان في إطار نقل عملية التسيير فقط فإنه ينطوي على جزء من المخاطر فهو يؤدي بالضرورة الى زيادة دور القطاع الخاص واستثنائه باختيار أساليب عديدة ومبتكرة في التسيير المفوض للمرافق العامة، فقد يلجأ المفوض له الى اتخاذ إجراءات تتعلق بالتسيير لكنها تمس المصلحة العامة وتؤثر على توازنات العقد وتهدد بانقطاع أو توقف خدمات المشروعات العامة المدارة بطرق غير مباشرة، كما يمكن أن تتدخل السلطات العامة بتشريعات أو إجراءات يمكن أن تمس باستثمارات القائم بتنفيذ المرافق العامة المفوضة، مما يؤثر كذلك على ثبات العقد واستقراره وتشكل كل هذه العوامل مدعاة ومبررات موضوعية تدفع الجهات العامة المتعاقدة الى أعمال سلطاتها العامة من أجل الحفاظ على توازنات العقد وتحقيقه للأهداف المبتغاة.

فأسلوب تفويض المرافق العامة كآلية لاستغلال واستثمار المرافق العامة تحمل فكرة التحرر الاقتصادي ولا تحمل معنى الخصوصية بمفهومها الواسع، فهي لا تعتبر وسيلة للتدخل في الاقتصاد بل تعد وسيلة لتوجيه الاقتصاد وتنظيمه، إلا أنه يبقى لأشخاص القانون العام وفي مقدمتها الدول مهمة رسم السياسة العامة الاقتصادية¹، فهي من تقدر الأسلوب الأمثل لتحقيق المشاريع العامة وتختار الصورة الأفضل لتسييرها وهي من تقدر المصلحة العامة بكل جوانبها بغض النظر عن الأنماط التي تتبناها لتنظيم واستغلال مرافقها العامة، ولها في سبيل ذلك القيام بكل الخطوات والإجراءات اللازمة بإرادتها المنفردة ووفق ما يمليه لها مركزها القانوني كسلطة عامة.

وتبعاً لذلك ولتقادي مساوئ الخصخصة التي أصبحت إحدى الآليات التي تمكن من خلالها أصحاب رؤوس الأموال من المساس السيادة الوطنية بحجة إعادة بعث وهيكلية الاقتصاد الوطني للدول النامية بدعم من المؤسسات المالية الدولية، وقد أضحت الشراكة بين القطاعين العام والخاص الحل الأنسب لتحديث التسيير مع الاحتفاظ بملكية المرافق العامة والتحكم في تنظيمها²، غير أن النهوض بعبء المرافق العامة وخاصة الاقتصادية منها أصبح يشكل تحدي من نوع خاص بالنسبة لأشخاص القانون العام التي دأبت على روتين معين في التسيير المباشر للمرافق العامة يتسم بالتعقيد تارة وبالبطء في الكثير من الأحيان، غير أن هذا التحول في نمط التسيير لابد من إحاطته بالآليات الكفيلة

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 356.

² محمد يعرب الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاته، عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البوت BOT (دراسة مقارنة)، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الطبع الأولى 2017، ص12.

بإنجاحه لاسيما بإعطاء الجهات العامة الصلاحيات اللازمة والكفيلة بضمان حقوق جميع الأطراف المتعاقدة بالشكل الذي ينعكس بالطريق غير المباشر على جودة الخدمات المقدمة من طرف المرافق العامة المفوضة.

المطلب الأول: سلطة الرقابة والتوجيه

تعد سلطة الرقابة والتوجيه واحدة من أهم مظاهر السلطة العامة المتاحة للجهة الإدارية المتعاقدة والتي تهدف من خلالها الى ضمان تحقيق المرفق العام المنوط به تأمين المصلحة العامة في أحسن شكل ممكن، ولو تم ذلك على حساب المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة فقد تنص الجهة العامة المتعاقدة على تكريس حقها في الرقابة في دفا تر الشروط، كما قد تضمن ذلك في مضمون العقد نفسه كما أنه قد لا يرد النص عليها اطلاقاً¹، كما قد يرد بنص على سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في القواعد القانونية أو اللوائح التنظيمية فتتكفل هذه النصوص القانونية أو اللوائح بتحديد عمليات الرقابة بطريقة مفصلة والوسائل التي تستعين بها الجهة الإدارية المتعاقدة وبذلك فإن أساس الرقابة القانوني قد يكون في وثيقة عقدية أو في اللوائح أو في القوانين والإدارة بذلك إنما تستمد سلطتها من هذه النصوص وتصبح أساساً لهذه السلطة حيث تعد في حكم شروط العقد ومثال ذلك هو ما أقرته القوانين المقارنة كالقانون المصري رقم 27 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم المشاركة مع القطاع الخاص على ضرورة أن يكرس عقد المشاركة مع القطاع الخاص الوسائل الكفيلة بضمان الجودة وأدوات المستعملة في عملية الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارة الفنية في كل مراحل المشروع ابتداءً من بنائه الى غاية تشغيله وصيانته².

في حين قد لا يرد النص على سلطة الرقابة في مضمون العقد، إلا أن الراجح في الفقه في هذه الحالة أن سلطة الرقابة لها كيان بذاتها حتى دون النص عليها إطلاقاً لأنها سلطة نابعة من الأصل وهو المبادئ العامة للقانون الإداري العام الذي يكرس المبادئ العامة لسير المرفق العام، فسلطة الرقابة والتوجيه لا ترتكز على القواعد القانونية أو العقد الإداري فحسب، فالنص عليها لا يخلقها إنما يكشف عن حق الجهة الإدارية العامة في استعمال هذه السلطة وتنظيم هذا الحق وتحديد وسائله بل هو حق معترف به حتى في حالة النص على ما يخالفه، فالجهة الإدارية ليس لها حق التنازل عن الرقابة لأنها جزء من النظام العام فجهة الإدارة لا تستمد سلطتها من نصوص العقد وإنما من طبيعة المرفق

¹ يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 183.

² سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 78.

العام واتصال العقد به فالجهة العامة مسؤولة عن أداء المرفق العام وعن الخدمة العامة¹، لذلك وجب عليه الحرص على أداء المرفق العام المفوض زيادة على نوعية الخدمة المقدمة من خلال سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف.

هذا الحق الأصيل في الرقابة والتوجيه للجهات العامة المتعاقدة سواء كان تتضمن في العقود الإدارية أو دفا تر الشروط فهو يبين كيفية ممارسة الجهة الإدارية المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه وبيان الطرق والوسائل الكفيلة بتحقيقها كما قد تتضمن بعض القوانين واللوائح الخاصة بأنواع معينة من العقود التزامات المتعاقد وسلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ هذه العقود ووسائل ممارسة هذه السلطة بطريقة منتظمة وفعالة²، إذا فالجهة الإدارية يقع على عاتقها في كل الأحوال مها كانت طبيعة المشروعات التي تفوضها السهر على ضمان نجاح وفعالية هذه المشروعات فهي المشرفة العامة على ضمان النفع العام، فسلطة الرقابة والتوجيه تعد مقابل للمسؤولية الأصلية القائمة بذاتها في حق أشخاص القانون العام ابتداء الا أنها بكل بساطة تتعلق بموجبات النظام العام الذي يعد أحد أبرز التزامات السلطات العامة.

فالسائد في الفقه والقضاء أن حق الرقابة موجود ومفترض من دون النص عليه و ذلك مستمد من الأحكام التنظيمية المتعلقة بسير المرفق العام وليس من النصوص التعاقدية وهذا يشكل جوهر الاختلاف بين العقد الإداري والعقد المدني حيث أن العقد المدني لا يمنح أي سلطة للمتعاقد الآخر إلا إذا نص عليها القانون أو قررها العقد تطبيقاً لفكرة العقد شريعة المتعاقدين، فيما يمكن في إطار العقود الإدارية بوصفها عقود القانون العام فتمنح للجهة الإدارية سلطة الإشراف والتوجيه وإن لم تذكر في العقد بشكل صريح وهذا كله في سبيل الهدف الأسمى وهو ضمان إشباع الحاجات العامة ورفع أداء جودة الخدمة العامة المقدمة لمستخدمي المرفق العام، وفي هذا السياق يبرز المعنى الواضح للشروط الاستثنائية غير المألوفة في نطاق قواعد القانون الخاص والتي تميز العقد الإداري عن باقي العقود الأخرى³.

وبالتالي فإن التزام الجهة الإدارية بحقها في رقابة العقود الإدارية وخاصة فيما يتعلق بعقود التفويض إنما ينبع بشكل أساسي من مسؤولياتها إزاء المرافق العامة، فهي حتى وإن أشركت معها بعض أشخاص القانون الخاص في تنفيذها أو إدارتها، فإن المنطق القانوني يمنحها عدد من

¹ سالي جمعة سليم، مرجع سابق، ص 80.

² يوسف بن مصبح سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 183.

³ المرجع نفسه، ص 184.

الحقوق لا نظير لها في مجال القانون الخاص وذلك لكي تتمكن بواسطة هذه المزايا من الاضطلاع بمهامها المتصلة بالمرافق العامة، ومن أبرز هذه الحقوق حق الرقابة، ولها بناءا على ذلك مراقبة تنفيذ العقد للتحقق من مطابقة التنفيذ للشروط المتعاقد عليها من كل النواحي سواء من الناحية الفنية أو الناحية المالية ، الا أن المتعاقد يظل حرا في اختيار الوسائل اللازمة لتنفيذ التزاماته فليس لها أن تبالغ في سياق ممارستها لحق الرقابة الى حد الاعتداء على حقوق المتعاقد الآخر، إلا أن مدى ممارسة هذا الحق يختلف من عقد الى آخر حسب نوعيته¹.

ففي عقود التفويض يختلف حق الجهة المانحة في الرقابة والإشراف ضيقا واتساعا بحسب الصورة التي يأخذها العقد فيتسع في عقود التفويض التي تتحمل فيها الجهة المانحة لأغلب التكاليف والمنشآت اللازمة لتشغيل المرفق العام المفوض وتضيق كلما ازدادت استثمارات المفوض له فيصبح صاحب المبادرة ويتسع هامش حريته في اختيار الأساليب والطرق الكفيلة بتحقيق الأرباح التي يسعى الى تحقيقها صاحب التفويض، غير أنه في كل الأحوال لا يمكن للجهة المانحة التخلي عن حق الرقابة والإشراف على المرافق العامة بشكل كلي لأن مسؤولية الجهة الإدارية المتعاقدة تظل قائمة بغض النظر عن حجم الاستثمارات التي تشارك بها السلطة المفوضة.

وفي الأخير ومهما يكن الأساس القانوني الذي تستند عليه الجهة العامة المانحة في لبسط رقابتها على المرافق العامة التي تدار بالأسلوب غير المباشر، الا أنه للوصول الى الأهداف المسطرة من وراء انتهاج هذه الأساليب لا بد أن تمارس سلطة الرقابة في إطار قانوني منظم حتى تضمن عدم الاعتداء على حقوق أي من الأطراف المتعاقدة من جهة وحتى تحافظ على مصداقية أشخاص القانون العام بوصفها واجهة السلطة العامة في الدولة، بالإضافة الى كسب ثقة المتعاقدين مع الإدارة بشكل عام وتشجيع المستثمرين في المرافق العامة بمنحهم الأمان القانوني اللازم للاطمئنان على استثماراتهم وتوسيعها في المشاريع العامة، مستفيدين بذلك من بعض امتيازات السلطة العامة في مقابل خضوعهم للرقابة الدائمة من قبل كل الهيئات التي يمنحها القانون تلك الصلاحية وعلى وجه الخصوص السلطة المانحة كونها الأدرى بالمعطيات المحيطة بالمرفق العام المفوض وصاحبة الاختصاص الأصيل في إدارة واستغلال المرفق العام موضوع التفويض.

¹ ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 149، 148.

المطلب الثاني: سلطة تعديل عقد التفويض

تعد سلطة تعديل العقد الإداري أحد أهم السلطات العامة والخطيرة نوعاً ما الممنوحة للجهة الإدارية في نطاق العقود الإدارية، فالإدارة لا تتوقف في بعض الحالات عند حد الإشراف والمتابعة فقط بل تتعدى ذلك إلى تغيير الالتزامات المترتبة على طرفي العقد إما بالزيادة أو النقصان¹، وبذلك فتتمتع السلطة المفوضة بسلطة تعديل أحكام عقد التفويض بالإرادة المنفردة خاصة في الجانب المرتبط بالبنود التنظيمية، لكنها لا بد أن تكون متوازنة في ذلك فلا ينبغي أن يكون التعديل جذرياً يمس بطبيعة العقد أو إثقال المفوض له بأعباء وتكاليف جديدة، كي لا يتولد للمفوض له حق المطالبة بالتعويض اللازم لغرض إعادة التوازن المالي².

الأمر الذي قد يؤدي إلى نشوء منازعة بين صاحب التفويض له والسلطة المانحة للتفويض من جراء رفضها الاستجابة لطلب المتعاقد معها الرامية إلى الحصول على التعويض، إلا أنه في العموم قد استقر الفقه والقضاء الإداريين على إقرار حق السلطة المانحة في إجراء التعديلات الملائمة التي تملئها المصلحة العامة، وكل ذلك بهدف تطوير المرافق العامة، وليس للمفوض له أو المنتفعين في هذا الصدد بخدماتها حق مكتسب يقف في وجهها وهي تمارس حقها في التعديل³.

الفرع الأول: أساس سلطة التعديل

ف نطاق القانون الخاص يظل الاتفاق المبرم بين المتعاقدين بمثابة التشريع في حق أطراف العقد فاتفق الأطراف بهذا المفهوم لا يمكن الاعتداء عليه إلا عن طريق عمل جديد صادر بالإرادة المشتركة للأطراف، ويطلق عليه بمبدأ ثبات العقد، غير أن هذا ليس له محل في نطاق العقود الإدارية ولا سيما عقود تفويض المرفق العام، فقاعدة ثبات العقد أو ما يعرف بالعقد شريعة المتعاقدين لا يسري تطبيقها بشكل مطلق في مجال عقود التفويض، وبالتالي فإنه من الوارد أن يتم تعديل بعض بنود العقد الإداري بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية مانحة التفويض بناءً على سلطة الجهة المانحة في تعديل العقد، فبإمكان الجهة الإدارية أن تقوم بتعديل بنود العقد وطريقة تحقيقه سوءاً بالزيادة أو النقصان في التزامات المفوض له بإرادتها المنفردة، ولا يترتب على ذلك أي حق في الاحتجاج للطرف

¹ سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 98.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 458.

³ الهام فاضل، منى مقلاتي، الاتجاه نحو لمنازعات عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم 199/18، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد 2، سنة 2022، ص 343.

المتعاقد مع الإدارة بدعوى الحفاظ على الحقوق المكتسبة أو استنادا الى مبدأ القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليها في نطاق عقود القانون الخاص¹.

فإذا كانت عقود التفويض تتمتع بالقوة الإلزامية، التي تستمدّها من صفتها الإدارية فهي بالضرورة تؤدي الى نتائج تميزه عن العقود المدنية ومن أهم أبرز هذه النتائج ما يتعلق بسلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة²، فتقوم سلطة التعديل حينئذ على فكرة السلطة العامة فالسلطة المانحة وهي بصدد تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تظهر في مظهر سيادي تمنحه لها السلطة العامة حيث تختص الجهة الإدارية المتعاقدة بالاستعانة بامتيازات السلطة العامة، ولعل أبرزها هذه الإمتيازات التنفيذ المباشر وسلطة تعديل العقود الإدارية بالإرادة المنفردة وفق ما يمليه الصالح العام ولا يكون ذلك بصفتها طرف متعاقد بل بوصفها سلطة عامة³.

فإذا كان الراجح في الفقه والقضاء أنه كرس للإدارة الحق في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، فإن فريقا آخر من الفقه أنكر هذا الحق بصفة كاملة في حين استقر رأى فريق آخر من الفقهاء على ضرورة اقتصار هذا الحق على عقود إدارية معينة وحصر ذلك في نطاق لبنود اللائحية التي تختص بوضعها الجهة الإدارية حصرا والواردة في بنود العقد، فسلطة الجهة الإدارية في تعديل عقودها وإن كانت بشكل عام سلطة ثابتة وأصلية إلا أن ذلك لا يعني أنها سلطة مطلقة فلها حدود لا يحق لها أن تتعداها، وضوابط لا بد من التحلي بها ومراعاتها وأن للمتعاقد في مقابل هذه سلطة التعديل الحق في المطالبة بالتعويض أو حتى فسخ العقد إذا كان المبرر جديا غير أن الرأي الراجح يذهب الى تأييد نكرس سلطة التعديل للجهة الإدارية حتى في حالة عدم النص عليها في العقد اذ يقول العميد هوريو في هذا الصدد " كل عملية إدارية هي عملية إحتماالية بمعنى أنه يمكن أثناء التنفيذ العمل على وقفها أو تأجيلها أو تعديلها لأسباب تتعلق بالصالح العام"⁴.

ففي كل الأحوال يجب أن يكون الدافع لتعديل العقد هو المصلحة العامة لأن انفراد الجهة الإدارية المتعاقدة بسلطة التعديل بالإرادة المنفردة، إنما يشكل في العموم تعدي عن الأصل العام للعقد وتجاهلا لإرادة الطرف الآخر المتعاقد فالأصل العام أنه لا يمكن تعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة، غير أن المصلحة العامة هي مبرر الاستثناء وتكمن العلة في منح الجهة الإدارية

¹ أبوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 205، 206.

² محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 191.

³ يوسف بن مصبح سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 193.

⁴ أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 112.

المتعاقدة سلطة تعديل العقد ليس في نصوص العقد فحسب وإنما في الارتباط بالنظام العام واحتراما للمبادئ الحاكمة للمرافق العامة، فلا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة التنازل عن هذا الحق طبقا لما استقر عليه القضاء ويستوي هنا أن يكون قد حدث ما يبرر تعديل العقد اثناء عملية التنفيذ أو أن يتبين لجهة الإدارة المتعاقدة خطأ في تقدير مقتضيات سير المرفق العام وأن الأمر يستدعي التقييم وذلك في سياق تفعيل مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير¹.

وقد أقر مجلس الدولة المصري في هذا الشأن أن للجهة الإدارية إذا حدثت ظروف لم تكن في الحسبان وقت إبرام العقد الحق في تعديل بنود العقد بالشكل الذي يواكب الظروف المستجدة لأن الطرفين المتعاقدين كانا يجهلان هذه الظروف وقت التعاقد وبالتالي ينبغي لبحث عن الإرادة المشتركة التي من الممكن أن يضعها المتعاقدان نصب أعينهما لو أنهما علما مسبقا بهذه الظروف الجديدة ، وهذا إنما يؤكد على الحق الراسخ للجهة الإدارية في السعي الى القيام بالتعديلات الملائمة بما يجعل العقد في هيئته المعدلة متماشيا مع الظروف التي طرأت بعد إبرام العقد واثناء عملية تنفيذه ، وقد أقرت محكمة القضاء الإداري المصري كذلك حق الجهة الإدارية في تعديل عقودها إذا استجدت ظروف لم تكن في الحسبان وقت توافق الإرادتين على إبرام العقد بقولها "إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد التعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تمتلك من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدما حصول تغير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات السير المنتظم المرفق العام"²

الفرع الثاني: قيود سلطة الإدارة في تعديل العقد

إنه لا يمكن أن تمارس سلطة التعديل على إطلاقها لما في ذلك من أخطار متعددة على أطراف العقد جميعها، الا أنها تمارس على العقود الإدارية جميعها ومنها عقود التفويض، فهي رقابة مقيدة وترد عليها مجموعة من الضوابط التي يتوجب على الجهة الإدارية الالتزام بها ومراعاتها أثناء القيام

¹حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 318.

²محمد عبد الحميد أبو زيد، مرجع سابق، ص 213.

بسلطة التعديل، وقد حاول بعض الفقه تصنيف تلك الضوابط في الإطار العام المتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة ويمكن تلخيص تلك الضوابط التي تقيد سلطة الجهة الإدارية بتعديل عقود تفويض المرفق العام في النقاط التالية¹:

1/ أن يقع تغيير جدي في الأوضاع والظروف التي تم إبرام العقد في ظلها وهذا لا يعدو أن يكون تكريس لأحد أهم المبادئ الحاكمة لسير المرفق العام وهو المبدأ القاضي بضرورة وقابلية المرفق العام للتكيف والتأقلم والتطور وفق الظروف المحيطة به.

2/ أن يقتصر على شروط العقد المتصلة بتسيير المرفق العام ففكرة المرفق العام تكاد تكون محور سلطة الجهة الإدارية في التعديل فليس لجهة الإدارة أن تمتد الى جميع الشروط المتعاقد عليها بل يجب التفرقة بين بنود العقد الإداري المتعلقة بسير المرفق العام، وتلك الشروط الخارجة عن هذا المجال كالشروط التي ترتبط بالمزايا المالية للمتعاقد، فالشروط اللائحة وحدها هي التي تكون مجالا لأن تطالها سلطة التعديل، أما الشروط التي ترتبط بالمستحقات المالية، فلا يمكن للجهة الإدارية أن تقوم بتعديل هذه المزايا التعاقدية بإرادتها المنفردة، ويمكن القول أن نسبية سلطة الإدارة في التعديل تشمل كافة العقود الإدارية إلا أن تطبيقها يتميز ببعض الخصوصية إذا ما تعلق الأمر بتعديل عقود تفويض المرفق العام لاسيما عقود الامتياز إذ لا يتم التعديل وفق المعيار السابق وإنما وفق معيار هو التمييز بين الشروط اللائحية التنظيمية والشروط التعاقدية فيقتصر حق الجهة الإدارية على حق تعديل الشروط اللائحية دون التعاقدية.

3/ عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد فالجهة الإدارية يجب أن لا تهمل لمتعاقدين معها كان قبل التعاقد وقت إبرام العقد يبني عقده على إمكانياته المالية والفنية المتاحة له ليفاجئ عند إجراء التعديل بالتزامات لم يكن يتوقعها لذلك يجب الحرص على مراعاة تلك الاعتبارات الاقتصادية والفنية المتعلقة بصاحب التفويض باعتباره محرك الاستثمار في المرفق العام بحيث لا يؤدي التعديل في نهاية الأمر الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب وتحمله تكاليف إضافية قد لا يكون باستطاعته تحملها ومثل هذا المبدأ الأخير يستعمله مجلس الدولة الفرنسي في كثير من احكامه، فممارسة السلطة المانحة للتفويض لسلطانها في تعديل وتغيير بنود عقد التفويض يعد مظهرا واضحا لامتيازات السلطة العامة والتي لا يمكن إعمالها دون قيد أو شرط².

¹ ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 209.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 553.

1/ فالتعديل لا يمكن أن يطل إلا البنود التنظيمية في العقد أي البنود التي ترتبط بشكل جوهري بمقتضيات السير المنتظم للمرفق العام.

2/ لا يجب أن يشمل التعديل البنود الأساسية في العقد أي تلك المتعلقة بالمقومات الاقتصادية الجوهرية للعقد وكذلك بموضوع العقد فالسلطة المانحة لا يمكنها أن تضيف على المهمة الأساسية للمرفق مهمة مرفقية أخرى غير ملحوظة في أصل العقد.

3/ أن التعديل في العقد يلزم بالنتيجة الحكم بالتعويض على المتعاقد الذي يتعرض الى إحداث ضرر والتعويض في هذه الحالة لا يؤسس على خطأ من السلطة العامة وإنما على أساس نظرية فعل الأمير وهو يشمل الربح الفائت والضرر الحاصل ويتم احتسابه وفقا لقيمة العقد نفسه

4/ إن تعديل العقد لا يجب أن يمس الكيان التنظيمي والمالي لشخص المتعاقد لأنه في هذه الحالة نكون أمام عقد جديد يستتبع احترام قواعد العلنية والمنافسة كتحويل الشخص المكلف تحقيق المرفق العام من شركة عادية الى شركة اقتصاد مختلط¹.

وبالتالي فان سلطة الجهة الإدارية المتعاقدة فكل الحالات لابد لها أن تكون مقيدة بحدود وضوابط تضي على سلطتها في تعديل العقد الشرعية المطلوبة والمصادقية المفترضة في أعمال الجهات الإدارية بوصفها أحد أشخاص القانون العام، وأن يكون الدافع في كل الحالات هو تحقيق متطلبات الصالح العام وألا يكون الغرض من ذلك أي أغراض أخرى تتعلق بزيادة أعباء الطرف المتعاقد معها فحسب أو أغراض أخرى تتعلق خاصة لدى القائمين على الجهات الإدارية المتعاقدة، لذلك لابد للجهة المانحة في كل الحالات أن تتقيد بقيددين جوهريين وهما:

1/ القيد الأول: ألا يؤدي هذا التعديل إلى تغيير طبيعة العقد

بناء على هذا المعيار لابد لسلطة التعديل التي تمارسها السلطة الإدارية أن تكون ضمن حدود معقولة أي لا تمس بجوهر العقد وبالتالي تغيير طبيعة العقد كليا فإذا تجاوزت السلطة المانحة الحدود المعقولة في ممارسة هذا الحق فقد نكون أمام عقد جديد بشروط جديدة يتطلب إعادة توافق الارادات المتعاقدة على الشروط التعاقدية الجديدة، وفي هذه الحالة قد يتم الإخلال كليا بسلطة الرقابة على العقود الإدارية التي لأن سلطة الإدارة في الرقابة ومهما كان الأساس القانوني الذي استند اليه سواء كانت قوانين أو تنظيمات أو دفا تر شروط أو حتى نصوص غير مذكورة فهي لها حدود وضوابط لا يمكن أن تقفز عليها فهناك، فمن المفروض أن المستثمر أو الشريك الخاص المتعاقد مع الجهة الإدارية لا يتحمل أعباء وتكاليف جديدة نتيجة استخدام الجهة المانحة لسلطتها في الرقابة، فلا يمكن

¹ وليد حيدر جابر، المرجع نفسه، ص 553.

للجهة الإدارية المانحة أن تفرض تعديلات جوهرية على عقد الالتزام من شأنها أن تؤدي إلى تغيير مضمون العقد كتغيير المرفق موضوع التفويض.

فالتعديل من حيث الأصل لا يمكن أن يشمل إلا البنود التنظيمية اللائحية التي تشكل اختصاص أصيل للجهة العامة المانحة والتي تكون في عمومها تتصل بصفه جوهرية بسير المرفق العام موضوع التعاقد غير أنه يمكن أن تتعدى سلطة التعديل الشروط اللائحية الى المساس بالشروط التعاقدية إذا بررت المصلحة العامة ذلك، غير أنه في كل الأحوال لا يجوز أن يكون التعديل في البنود الجوهرية التي شكلت الدافع الرئيسي الذي أدى بالمتعاقد مع الإدارة لإبرام العقد، بالإضافة الى أن هذه الشروط الجوهرية في العقد تكون هي في الغالب هي التي تميز بين العقود الإدارية التي تقدم الجهة المانحة على إبرامها، فإذا كان طبيعة المرفق العام ودواعي المصلحة العامة كلها أسباب موضوعية وجدية لإعمال سلطة التعديل فإن استقرار العقود وثباتها وكسب ثقة المستثمرين في المشاريع العامة إنما يصب كذلك في إطار الجوانب المختلفة للمصلحة العامة فلا بد إذا في إطار البحث عن مقتضيات الصالح العام للعقود الإدارية أن تراعي من جميع الجوانب المحيط بالعقد، فالحفاظ على طبيعة عقد التفويض هي الضامن الذي يحمي إرادة الطرفين الأولى التي تبلورت أثناء عملية الإبرام فمن باب العدالة والانصاف لا بد لأي تعديل في بنود العقد أن لا يجاوز الحد الذي يؤدي الى تغيير جذري في طبيعة العقد لأن ذلك يؤدي الى المساس بمبدأ قوة العقد وثباته ويضعف من قداسة العقد ويمثل كذلك مساسا بسلطان الإرادة لدى المتعاقدين.

2/ القيد الثاني: ألا يفرض هذا التعديل التزامات فنية او مالية ليست في مقدور المتعاقد

فمقتضى هذا القيد لا يمكن للجماعة العامة المتعاقدة أن تفرض على الملتزم تكاليف جديدة ليست في إمكان المتعاقد معها تحملها وذلك كأن تفرض الجهة المانحة التفويض على الملتزم توزيع المياه أن يقوم بتوزيع الغاز بجانب ذلك، لكن في المقابل يمكن للسلطة المانحة أن تطلب من تلقاء نفسه إجراء ما تراه مناسباً من الإجراءات التي تتطلبها تحديث تقنيات التسيير الحديثة، ولكن دائماً يشترط ألا تغير هذه الاجراءات من طبيعة العقد وألا يقع على الملتزم بالرفق أي أعباء فنية أو مالية تفوق قدراته المالية¹ فممارسة الجماعة العامة لهذه السلطات المتعلقة بالتعديل والتغيير في شروط العقد يبقى دائماً في إطار ممارستها لمظاهر وامتيازات السلطة العامة التي لا يمكن في أي حال من الأحوال ممارستها دون ضوابط² فعملية الرقابة تلعب دور المراقبة والتوجيه في إطار استدامة المرافق العامة

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 195.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 552.

والبحث عن النجاعة الممكنة ولا تقتضي الإفراط في تعديل شروط العقد الذي يترتب عليه التعديل الكمي وهذا بالزيادة أو النقصان في كمية الأشغال المنجزة أو بالتعديل النوعي أو الزمني¹.

فالبند المتعلقة بتسيير المرفق العام هي من البنود اللائحية التنظيمية، غير أنه ينظر إلى الشروط المالية في عقد تفويض المرفق العام على أنها تعتبر من البنود التعاقدية، فهل يعني ذلك أنه يوجد تلازم حتمي بين الفكرتين وأن تحديد الشروط القابلة للتعديل في عقود التفويض وخصوصاً في عقد الالتزام يخضع أيضاً لذات القاعدة نفسها بالنسبة للعقود الإدارية الأخرى، فالتلازم ليس حتمياً بين الشروط القابلة للتعديل في عقود التفويض وغيرها من العقود الإدارية الأخرى، فمن أبرز الشروط الذي يبدو عدم التلازم واضحاً بشأنها هي البنود الخاصة بالمدة والأتاوة، فأما الشروط المتعلقة بالمدة فهي من البنود التي يمكن أن تتناولها سلطة التعديل وفقاً للقواعد العامة في العقود الإدارية خاصة فيجوز للجهة الإدارية على سبيل المثال تقصير أو تمديد مدة تنفيذ عقد التوريد وتستند في ذلك أن حاجات المرفق العام تبرر هذا التعديل وهذا يفيد بأن البنود الخاصة بالمدة هي من البنود المرتبطة بتسيير المرفق العام، أما فيما يتعلق بعقد الالتزام والعقود المشابهة له فإن شرط المدة يتعامل معه على أنه من البنود التعاقدية التي لا يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة للسلطة مانحة الالتزام، فالمدة تشكل ضماناً هامة للملتزم في ضوءها قبل إدارة المرفق².

وفي المحصلة فإن الجهة المانحة لا تتناول بالتعديل بإرادتها المنفردة جميع البنود المتعلقة بعقد التفويض، بل تقتصر هذه السلطة على الشروط التنظيمية دون الشروط التعاقدية ومثال ذلك الشروط المتعلقة بالمقابل المالي، فالشروط المتعلقة بالمستحقات المالية التي يدفعها المنتفعون من المرفق العام والتي يقوم المتعاقد بتحصيلها من مستخدمي المرفق العام تعد من الشروط اللائحية وبالتالي يمكن للجهة العامة تعديلها بالإرادة المنفردة³، فالشروط التنظيمية اللائحية هي تلك البنود التي توجد في الفقرات المتضمنة في العقد والتي تخص عملية التشييد والتطوير والصيانة للمشروع وقواعد التشغيل والإستغلال بما فيها أسعار بيع المنتجات أو المقابل للخدمة التي يقدمها المرفق⁴.

¹ يوسف مصباح سعيد الشكلي، مرجع سابق، 190.

² محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 193.

³ محمد جبر السيد عبد الله جميل، سلطة الرقابة والتعديل في عقد التزام المرفق العام، الملتقى الدولي التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر، جامعة يحيى فارس لمدينة يومي 28 و 29 نوفمبر 2018، ص 65.

⁴ سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 106.

ويتسم عقد التزام المرفق العام على العموم بالصبغة الإدارية يتمتع بقوة إلزامية وتستطيع الإدارة فيه أن تعمل سلطتها في التعديل بإرادتها المنفردة دون الرجوع الى الطرف الثاني المتعاقد معها وذلك على غرار جميع العقود التي تبرمها الإدارة وعلى خلاف غيره من العقود المدنية التي لا يمكن للجهة الإدارية تعديل العقد بإرادتها المنفردة من حيث المبدأ¹، غير أن سلطة الإدارة في تعديل عقد الالتزام تبقى ليست مطلقة فهي تنحصر في طائفة من الشروط دون سواها وهي الشروط القابلة للتعديل كما أنها مقيدة ببعض القيود التي تمس طبيعة المرفق العام في هذا الخصوص.

وترتبط سلطة التعديل في العموم بالقواعد الحاكمة لسير المرفق العام وفي مقدمتها قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف فالمرفق العام من أهم الصفات التي تلازمه في كل الأحوال هي صفة التغيير التي تفرضها عوامل مختلفة ترتبط أساسا بتحسين الخدمة العمومية المقدمة للمنتفعين ومفهوم التعديل يلزم بشكل كبير فكرة التكيف والتغيير فالجهة الإدارية المتعاقدة يجب أن تظل دائما مواكبة لأفضل الطرق المتاحة والمستحدثة التي تمكن من تقديم أفضل الخدمات العامة الممكنة، ولاشك أن سلطة الجهة الإدارية في تعديل عقودها تعد أحد أبرز وأهم الوسائل الأساسية لتلبية هذا الغرض²، ومن ذلك فقد استقر أغلب الفقه على أنه يجب على الجهة الإدارية المتعاقدة بمناسبة ممارسة سلطتها في التعديل ألا تتوسع في ذلك وتقتصر تدخلها على البنود المتصلة بالمرفق العام الذي يمثل محور المصلحة العامة أي الشروط التنظيمية ، التي تنصب على الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق العام وهي الكمية وشروط التنفيذ ومدته وذلك بحسبان أن سلطة التعديل مرتبطة باحتياجات المرفق وليس بالحقوق المالية للمتعاقد³.

أما الشروط المتعلقة بالمدة فينظر إليها على أنها من البنود التعاقدية في عقود الالتزام التي لا يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة للسلطة مانحة التفويض، وذلك لأهمية هذا العنصر للمتعاقد الذي يمكنه من القيام بالتزاماته واستثماراته اللازمة ، فلا يجوز أن تكون سلطة الجهة الإدارية في تعديل عقودها بالإرادة المنفردة مطلقة بل يجب أن تمارس ضمن حدود وضوابط للحفاظ على التوازن بين حقوق المتعاقد مع الإدارة وصلاحياتها كسلطة عامة، فهي ضوابط وضعها المشرع والقضاء والتي استوحاها من اعتبارات سامية مثل الخضوع لمبدأ المشروعية ومقتضيات الصالح العام التي ينبغي أن

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 192.

² سامال إسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والعقود الواردة عليها، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر طبعة 2017، ص 184.

³ المرجع نفسه، ص 185.

تكون مركز اهتمامات على الجهة العامة المانحة للالتزام بها عند القيام بأي تعديل للعقد الإداري لضمان حقوق جميع أطراف العقد¹.

فسلطة الجهة الإدارية في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة سلطة ثابتة وتعد إحدى القواعد العامة الراسخة في العقود الإدارية، والتي تشمل أيضا عقود تفويض المرفق العام وانطلاقا من ذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي الحكم بعدم مشروعية مرسوم يعهد بسلطة التعديل الى السلطة المسؤولة عن تنظيم مرفق عام، وكان الحكم يتعلق بعقود استغلال مرافق النقل العام المحلي ويقتررب بعضها من عقود الالتزام والايجار²، ولذلك يمكن القول بأن سلطة تعديل الإدارة لعقودها الإدارية تمثل مبدأ راسخ في مجال العقود الإدارية بصفة عامة وينسحب ذلك على عقود التفويض بالتبعية بوصفها عقود إدارية مع مراعاة بعض الخصوصية بالنسبة لبعض صور التفويض.

غير أنه في العموم فإن سلطة الجهة العامة في تعديل عقودها الإدارية إنما تستمد من امتيازاتها العامة كسلطة إدارية التي تنطلق دوما من مبررات المصلحة العامة ومقتضيات طبيعة المشاريع العامة غير أنه في كل الأحوال لا يمكن تصور سلطة مطلقة للجهات الإدارية العامة المتعاقدة لأن في ذلك مساس خطير بفكرة العقد كعمل إداري قانوني، فكون العقد إداريا لا يخرج به بشكل مطلق من طبيعته العقدية، فإذا كان لا يمكن بسط يد الجهة الإدارية في الأعمال القانونية المنفردة كالقرارات الإدارية التي تنقيد في الإدارة تعديلها بمبادئ الشرعية ومراعاة الحقوق المكتسبة والمصالح العامة فإنه من باب أولى أن نقيد يد الجهة الإدارية في مجال العقود الإدارية بشكل عام حتى نحافظ على السمة العقدية لعقود الإدارة بشكل عام.

ومن باب أولى كذلك ضبط سلطة التعديل بالنسبة لعقود التفويض نظرا لمكانتها المميزة في نطاق العقود الإدارية، وكذا بالنظر الى المراحل التي يمر بها عقد التفويض أثناء مرحلة الابرام والمفاوضات المعقدة التي تسبق عملية توقيعه ويترتب عن ذلك التزامات وحقوق متداخلة تترتب لصالح أطراف العقد وعلى عاتقهم لاسيما الحقوق المقررة للمفوض له، فإن كانت سلطة التعديل متاحة للسلطة العامة المانحة نظرا للاعتبارات السالفة الذكر والتي تتعلق في مجملها بالصالح العام فإنه من غير المنطقي إطلاق سلطة التعديل في يد الجماعة العامة بالشكل الذي ينسف كل مكتسبات صاحب التفويض المستثمر في المرفق العام الذي أبرم العقد بناء على عملية تفاوضية معقدة، وبناء على مؤهلاته المادية والبشرية المتوفرة لديه أثناء عملية التعاقد ، فإذا كان التدخل في تغيير بنود العقد عن طريق سلطة

¹ سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق ، ص 184.

التعديل فإن ذلك لا يعدو أن يكون أحد أشكال سلطة الرقابة على عقود تفويض المرفق العام التي يجب أن تحاط بالضوابط اللازمة التي تصب في مصلحة جميع أطراف العقد بما في ذلك مصلحة المفوض له باعتباره مستثمرا باحثا عن مصلحته الخاصة الى جانب المصلحة العامة.

المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات

عقود تفويض المرفق العامة كغيرها من العقود الإدارية تخضع للقواعد العامة المرتبطة بفرض الجزاءات في العقود العامة الإدارية، وبذلك فإن صاحب التفويض إذا ما أخل بأحد التزاماته التعاقدية سواء بالامتناع عن التنفيذ بشكل مباشر أو نفذ الالتزام بطريقة مخافة للإتفاق العقدي أي بغير الموصفات المتفق عليها في العقد أو في حالة التماطل والتأخير في تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه أوالتخلي عن تنفيذ العقد لطرف ثالث دون الرجوع الى السلطة المانحة للتفويض، فيصبح للسلطة المانحة الحق في توقيع الجزاء المناسب بحق الطرف المتعاقد المخل وذلك بالإرادة المنفردة لها من خلال اتخاذ القرارات الإدارية المناسبة التي تصدرها بهذا الصدد¹، غير أن هذه الجزاءات تختلف عن تلك المطبقة في نطاق القانون الخاص، التي تكون محدودة مقارنة مع الجزاءات التي يمكن للجهة الإدارية المتعاقدة أن تطبقها في مجال العقود الإدارية بشكل عام، وبالأخص منها عقد تفويض المرفق العام أين تملك الجهة الإدارية في مواجهة المفوض إليه سلط واسعة في توقيع الجزاءات أكثر اتساعا من باقي العقود الإدارية الأخرى²، وبذلك يمكن للسلطة المفوضة إعمال سلطاتها الواسعة في ضمان تحقيق المرافق العامة على النحو المسطر في عقد التفويض ومواجهة الاختلالات التي قد يتسبب فيها المستثمر في المرفق العام .

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ جيزي أنه لضمان سيرالمرافق العامة بانتظام واضطراد يجب أن يكون المتعاقد مع الإدارة فيما يتعلق بالمرافق العامة على درجة كبيرة من الدقة والانضباط في تنفيذ التزاماته، وحتى يتسنى للجهة العامة أن تؤمن هذه الدقة يجب أن تزود بأدوات وجزاءات حازمة يسمح بها في ظل قواعد القانون العام بعيدا عن تلك الجزاءات المتعارف عليها في ظل القانون الخاص، والتي تتميز بطول الإجراءات وتعقيدها خاصة في أنها تستدعي إلزامية تدخل القاضي في إقرارها وما يترتب على ذلك من سلطة تقديرية في تكييف أفعال أو تصرفات المتعاقد³، بالإضافة الى طول وتعقيد الإجراءات التي في الغالب لا تعالج الاختلالات في الوقت الملائم عكس السلطة الإدارية التي تقوم

¹ أبوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 212.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 320.

³ المرجع نفسه، ص 321.

بهذه الجزاءات في الغالب بصورة مباشرة تضمن الفعالية المطلوبة في معالجة الاختلالات في وقتها وهذا ما يقتضيه السير الحسن للمرفق العام.

فالسلطة المانحة للتفويض تتمتع في هذا المجال بحرية واسعة واستثنائية ولا مقابل لها في القانون الخاص للتعامل مع صاحب التفويض، وبالتالي لها أن تقوم بتوقيع الجزاء بنفسها من دون إلزامها باللجوء الى القضاء بشكل مسبق، ويشمل هذا الحكم صور الجزاءات كلها التي توقعها الجهة المانحة، باستثناء ما أقره مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بعقوبة إسقاط الالتزام التي يجب صدورها من القضاء¹، وتعتبر فكرة المرفق العام دوما هي الأساس القانوني لهذه الجزاءات في هذا المجال لاسيما المتعلق بالعقود الإدارية ومن طبيعة المرفق العام وجوب الحرص على استمرار سيره وانتظامه دون أي توقف تحت أي ظرف كان وذلك من منطلق هدف المصلحة العامة، فهذه العقود تخضع لأحكام وقواعد خاصة مختلفة عن القواعد القانونية المطبقة في نطاق الأفراد أي في مجال العقود المدنية لتعلقها بنشاط بالمرافق العامة بصورة أساسية، وبهذا ذهب فريق من الفقه الفرنسي إلى أن فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واضطراد هي الأساس القانوني للإدارة في توقيع الجزاءات المناسبة على المتعاقد معها².

فتتمتع السلطة المانحة للتفويض بامتيازات خاصة يجد مصدرها في امتيازات السلطة العامة التي تبنى في الأساس على موضوع العقد الذي يرتبط بتنفيذ مهمة مرفقية عامة، وهذا ما يمنحها استخدام أساليب خاصة ترجع في الأساس الى طبيعة المرفق العام، لاسيما فيما يتعلق بمبدأ الاستمرارية فيدخل لها بهذا المفهوم سلطة توقيع الجزاءات على المفوض اليه في حالة الإخلال بالتزاماته المنصوص عليها في دفتر الشروط أو في عقد التفويض، وتتنوع هذه الجزاءات فقد تتخذ صورة الجزاءات المالية الإجراءات الضاغطة كأن يتم وضع المرفق تحت الحراسة أو التنفيذ بالإستعانة بمفوض له آخر على نفقة المفوض له الأول أو فسخ عقد التفويض بقرار صادر عن السلطة المفوضة بشكل صريح ومكتوب³.

الفرع الأول: الجزاءات الإدارية

تملك السلطة المفوضة في سبيل ضمان تحقيق المشروعات العامة المفوضة سلطة فرض جزاءات مختلفة وذلك في مواجهة التقصير أو الإخلال الذي قد ينجم عن الإهمال أو التقاعس في القيام بالمهام

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق ، ص 324.

² فوزية سكران، مرجع سابق، ص 66.

³ فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 248.

الأساسية التي يفرضها عليه عقد التفويض، وفي سبيل ذلك تستهدف الجهات المانحة تقويم هذه الاختلالات التي عادة ما تصاحب تنفيذ المرفق العام موضوع التفويض ويكون ذلك دوماً في إطار مبدأ شرعية الجزاءات، فلا بد من أن تكون هذه الجزاءات متوافقة مع القواعد القانونية المقررة لها وتكون متناسبة مع الاختلالات التي تطرأ على تنفيذ المشاريع العامة المسيرة بالأسلوب غير المباشر، وتستمد هذه الجزاءات فاعليتها في هذا الإطار من كونها تصدر من طرف الجهة الإدارية المفوضة، وتنفذ بطريقة مباشرة على المفوض له المخل بالالتزامات التعاقدية أو تلك المنصوص عليها في دفاتر الشروط الخاصة بهذه المشاريع أو حتى الالتزامات المنصوص عليها في القوانين واللوائح التنظيمية وتنوع هذه الجزاءات التي توقع على المفوض اليه في عقود تفويض المرفق العام وتتدرج من توقيع الغرامات الى وضع المرفق العام المفوض تحت الحراسة الى الإسقاط وفسخ العقد.

2/ وضع المرفق تحت الحراسة:

يمكن كذلك للجهة العامة المانحة للتفويض أن تضع المرفق العام المفوض تحت الحراسة يعني أن تحل الجهة الإدارية محل المتعاقد معها المفوض اليه بصورة مؤقتة وذلك قصد تقادي مخاطر توقف المرفق العام المفوض، ويكون ذلك على حساب المفوض اليه ونفقاته فهو من يتحمل تكاليف هذه العملية لأن ذلك يعد من مهامه الأصلية وتدخل الإدارة هنا هو لتقادي مخاطر هذا الاختلال بالالتزام فوضع المرفق العام المفوض تحت الحراسة إنما يدخل في إطار الجزاءات الضاغطة لذا فالعبرة منه ليست فسخ العقد أو الى حرمان المفوض اليه من حقوقه وإنهاء الرابطة التعاقدية بينه وبين الإدارة مانحة التفويض ولكنه بغرض كف يد المفوض اليه مؤقتاً عن إدارة واستغلال المرفق العام موضوع التفويض وبذلك يترتب على قرار فرض الحراسة مجموعة من النتائج :

- أن يكف يد صاحب التفويض عن إدارة واستغلال المرفق العام ينتج عنه أبعاده عن إدارة المرفق طوال فترة الحراسة إذ تتولى الجهة العامة الإدارية مانحة التفويض إدارة المرفق بنفسها و بصورة مباشرة أو بواسطة ممثلها، ويكون من حق الجهة الإدارية المانحة للتفويض في هذا الصدد الإستلاء بشكل مؤقت على ممتلكات المفوض اليه الموجودة داخل المرفق العام من منشآت ومعدات مملوكة للمفوض اليه وبالأخص الممتلكات والعنادر اللازمة لتشغيل المرفق العام على أن تحافظ عليها السلطة المفوضة وتعاد الى المفوض اليه في حالتها الطبيعية بعد زوال أجراء الحراسة، وبذلك تلتزم الجهة الإدارية المانحة بتنظيم وإدارة واستغلال المرفق طوال فترة الحراسة، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد التفويض وفي دفتر الشروط وعلة ذلك أنه ليس من حق الجهة المانحة بوصفها حارسة للمرفق العام

المفوض أن تلجا الى أي إجراء يتضمن تخفيض في رسوم الانتفاع أو الزيادة في التعاريف وبالأخص أن لا تمنح نفسها زيادات لا مبرر لها¹.

3/الإسقاط او الفسخ

إن مصطلح الإسقاط تم استعماله من قبل مجلس الدولة الفرنسي وربطه بعقد امتياز المرافق العامة من دون جميع العقود الإدارية الأخرى حيث استعمل لفظ فسخ العقد بالنسبة للعقود الإدارية الأخرى فقد دأبت عقود تفويض المرفق العام ولاسيما عقود الامتياز بنودا تنص على صلاحية الجهة الإدارية في فسخ العقد، باعتباره جزاء لكن المتعارف عليه أن جهة الإدارة تتمتع هذا الامتياز حتى في حالة إغفاله في نصوص العقد الإداري، وهذا استنادا لسلطانها الأصلية في تنظيم واستغلال المرافق العامة المتنوعة غير أنه من الأفضل أن تتناول نصوص العقد تنظيم هذه الحالة بنصوص صريحة تقاديا لأي التباس في التأويل قد تنشأ عنه منازعات مستقبلية، وذلك اعتبارا لأهمية موضوع العقد الذي يخص بالأساس مسألة تنظيم المرفق العام وما ينطوي عليه من أهمية قصوى بالنسبة لجميع فئات المجتمع، غير أنه بالنظر الى ما قد تكبده المفوض اليه من تكاليف وخسائر في الاستثمارات التي يجسدها من أجل إعدادة تجهيز وتشغيل المرفق العام محل التفويض وما ينجر عن ذلك من مخاطر ترتبط بهذا النوع من الاستثمارات فلا بد أن يحاط هذا الجزاء بالتحديد بشروط وضوابط معينة لا بد من التقيد بها :

1/ لذلك يجب أن يبلغ الخطأ الذي يرتكبه صاحب التفويض حدا من الجسامة تبرر اللجوء إلى الاسقاط أو الفسخ ولا يمكن معالجة هذا الإخلال بما هو أقل من هذا الجزاء التي لا تجدي نفعا في مواجهة الملتزم المخل كاستعانة بالوسائل الضاغطة مثلا وبذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي في خلال أحكام كثيرة يرفض المرور الى الحكم بإسقاط الالتزام حتى في حالة ثبوت الخطأ في حق المتعاقد مع الإدارة إذا بدى أن الخطأ لا يرتقي الى درجة من الجسامة التي تتلاءم مع جسامة الجزاء، ففي بعض أحكامه مثلا يقرر أن الخطأ الذي تطلب الجهة الإدارية توقيع الإسقاط من أجله قد يسوغ وضع الالتزام تحت الحراسة ولكنه لا يسوغ فسخه²، وفي ذلك تقرير لامتلاك السلطة المفوضة للسلطة التقديرية الواسعة اللازمة في تقدير التناسب المعقول بين جسامة الخطأ المرتكب من قبل المفوض وكذا خطورة الجزاء الذي توقعه السلطة المانحة بما يضمن التوازن في تطبيق الجزاءات الموقعة وبما يحقق للجزاءات الموقعة على المفوض الغرض منها .

¹ أبوبكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 217.

² المرجع نفسه ، ص 218.

فلا تقف سلطة مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد عند حالة الفسخ فقط بل يتعين أن ينطق به القاضي و ويتأكد من مدى ملائمة جزاء الإسقاط بالمقارنة مع جسامه الأخطاء والاختلالات في الحالة ما نص العقد الإداري صراحة على حق توقيع جزاء الفسخ أو الاسقاط دون المرور على السلطة القضائية في حالة ما إذا دفع المتعاقد بذلك ومن الأخطاء التي تسوغ الفسخ في نظر مجلس الدولة الفرنسي انقطاع استغلال المرفق العام أو توقف استغلاله في فترات متلاحقة ومنها التنازل عن العقد من دون الحصول على موافقة الجهة الإدارية المانحة وعدم احترام التوجيهات التي تصدر من السلطة الإدارية بخصوص إدارة واستغلال المرفق العام وعدم وفائه بالتزاماته المالية.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على إلزامية شرط الإعذار بغض النظر عن ذكره في العقد الإداري من عدمه، ولا تستطيع الجهة الإدارية التحرر من هذا الشرط إلا إذا اشترطت ذلك في العقد نفسه أو اذا تبين من ظروف وملابسات الحال أن الأعذار غير ذي جدوى كما في الحالة التي يظهر فيها العجز التام للمتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن القيام بشؤون المرفق العام أو في حالة صدور حكم قضائي بالفسخ، وهذه الميزة يختص بها عقد امتياز المرفق العام على خلاف القاعدة التي تتيح للجهة الإدارية صلاحية التنفيذ المباشر للجزاءات العامة من دون حاجة الى الإلتجاء الى القضاء¹.

3/ سلطة إنهاء العقد

لا تختلف المبادئ التي تنظم نهاية عقود تفويض المرفق العام عن المبادئ الكلاسيكية التي تطبق على العقود الإدارية بشكل عام باستثناء القواعد التي فرضها المشرع على عقد التفويض فقد تحتوي العقود الإدارية على شرط يمنح المتعاقد مع الجهة الإدارية حق الأولوية من أجل تجديد اختياره لإدارة المرفق العام بعد انتهاء مدة العقد، غير أن هذا الشرط لا يمكن تطبيقه في ظل عقود تفويض المرفق العام وتمثل فيه المدة جوهر التعاقد وتحدد المدة بدقة في العقد و يفرض على صاحب التفويض الالتزام بها ويقيد التمديد إلا في حالات معينة على سبيل الحصر، كما أن اختيار المفوض اليه يخضع لشروط للإعلان المسبق ولإجراءات المنافسة بين عدة عروض ويبقى لصاحب التفويض عند نهاية مدة العقد ان يعرض تعهده كأى من المتعهدين المؤهلين من الناحية الفنية والمالية، ويتاح للسلطة المفوضة إمكانية التعاقد مجدد على أساس عرض جديد فعقد التفويض ينتهي بصورة طبيعية عند انتهاء مدته بصورة طبيعية غير أن الجهة المانحة يمكنها إنهاء عقد التفويض بصورة غير طبيعية بطرق غير عادية والتي تعرف بالنهاية المبسترة لعقد التفويض و تكون على شكل استرداد المرفق العام بدافع المصلحة العامة، أو إنهاء العقد بالفسخ والذي يكون في أشكال متعددة وفي هذه الحالة

¹ ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 219.

يترتب على هذا الإنهاء حقوق مكتسبة مختلفة للأطراف كون المستثمر في المرفق العام تحمل تكاليف و أموال معتبرة لاستغلال وهو ما يوجب تصفية هذه الأموال وتحديد ما هو مستحق لكل طرف¹.

تنقضي العقود الإدارية عامة بأشكال مختلفة فمنها ما تنقضي بصورة عادية طبعية وذلك إما بتنفيذ الالتزامات الملقاة على طرف المتعاقدين كاملة وهذا هو الأصل العام وترتب بذلك كل آثاره وقد تنقضي بانقضاء المدة المحددة لبقائه في العقود الزمنية التي تكون محددة بمدة معينة كما في عقود تفويض المرفق العام، كما قد يكون انقضاء العقود الإدارية يشكل غير عادي كما هو الحال بالنسبة للفسخ الإتفاقي، الفسخ بقوة القانون، الفسخ القضائي ولا تعدو أن تكون سلطة الجهة الإدارية في الفسخ الإداري أن تكون مجرد وسيلة من وسائل الفسخ السابقة وهي طريقة مبتسرة يطلق عليها الفقه المقارن بالفسخ الانفرادي أو الفسخ الإداري أو الفسخ من جانب واحد، و قد يكون الفسخ بخطأ أو بدون خطأ فيكون أحد الجزاءات التي توقعها الإدارة المانحة على المتعاقد معها نتيجة ارتكابه خطأ معين².

فلا تختلف القواعد التي تحكم نهاية عقد تفويض المرفق العام عن القواعد التقليدية التي تطبق على العقود الإدارية باستثناء القواعد التي فرضها المشرع على عقد التفويض، وتتضمن العقود تنظيم هذه الحالات المختلفة في غالب الأحيان.

1.3/ إنهاء العقد بدافع المصلحة العامة

يعتبر حق الإدارة في إنهاء العقد بدافع المصلحة العامة من الحقوق المستقرة منذ زمن بعيد ولا سيما في ظل امتياز المرفق العام التقليدي، وتملك السلطة المانحة إنهاء عقد تفويض المرفق العام بدافع المصلحة العامة مقابل تعويض عادل لصاحب التفويض، ويتولى القضاء الإداري التحقق من وجود المصلحة العامة التي تبرر إنهاء العقد.

وتتحقق المصلحة التي تبرر إنهاء العقد عند فرض نظام جديد على عقد التفويض بحيث يصبح صاحب التفويض فاقدا للشروط وللمؤهلات المهنية والفنية والمالية التي يتطلبها النظام القانوني الجديد كما تتحقق المصلحة العامة عند إعادة تنظيم المرفق العام أو تطوير الوسائل الفنية المعتمدة أو تطوير سياسات الشخص العام، ويستحق صاحب التفويض مقابل إنهاء العقد بدافع المصلحة العامة تعويضا عادلا يغطي الأصول والأموال غير المستهلكة وقيمة الأموال التي يقتضي إعادتها الى الدولة والتي لم تستهلك بعد وقيمة الأموال الممكن إعادتها.

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 328.

² يوسف بن مصباح سعيد الشكيلي، مرجع سابق، ص 198.

كما يشمل التعويض الخسائر التي لحقت بصاحب التفويض من إجراء إنهاء الإدارة للعقد والأرباح التي فاتته إلا أنه يجب ألا يتجاوز مقدارها ما يمكن أن يحققه من فوائد وأرباح في حالة الاستمرار في تنفيذ العقد لأنه لا يجوز إثراء صاحب التفويض على حساب الإدارة.

2.3 العقد بسبب خطأ صاحب التفويض:

يشكل الإخلال الصادر عن المفوض له بالالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد التفويض سببا محوريا للسلطة المانحة كي تنهي عقد التفويض، ويعد ذلك بمثابة عقوبة يتم توقيعها على المفوض اليه من جانب السلطة المانحة ويشكل ويعتبر إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة الوجه الآخر لإسقاط الملتزم عقد التزام المرفق العام ، ويجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة من الجسامة ويتولى القاضي الإداري تقدير جسامة الخطأ من أجل التأكد من التناسب بين الخطأ وعقوبة إنهاء أو إسقاط العقد، ولكن على عاتق ونفقة المفوض اليه الذي أخل بالتزاماته كما يخضع إنهاء العقد عن طريق الخطأ بعد التأكد من جسامة الخطأ الى إجراءات شكلية لابد من اتباعها كإصدار صاحب التفويض ومنحه الفرصة الكافية لتدارك وجبر الخلل.

وفي حالة إنهاء عقد التفويض من قبل الجهة المانحة يجب مباشرة الخطوات والإجراءات اللازمة من أجل اختيار مفوض اليه جديد وفقا للمبادئ التي تحددها القواعد القانونية الإجرائية في هذا الخصوص ويقع على عاتق المفوض اليه القديم التكاليف والأعباء الإضافية التي تتكبدها السلطة المفوضة من أجل اختيار ملتزم جديد لإدارة واستغلال المرفق العام كما يحق لصاحب التفويض الحصول على تعويض يتناسب مع الاستثمارات التي أقامها بمناسبة استغلاله للمرفق العام والتي يمكن للسلطة المانحة للتفويض الاستفادة منها في حالة عدم وجود شرط مخالف في العقد يمنع بالإضافة الى أنه يمكن لصاحب التفويض الذي أخل بالتزاماته للحصول على قيمة الأصول التي لم تستهلك والتي شيدها في اطار استثماراته في المرفق العام.

3.3/انتهاء العقد بسبب القوة القاهرة

القوة القاهرة لا تؤدي بالضرورة الى انتهاء عقد التفويض الا اذا كانت هذه الظروف نهائية غير قابلة للزوال وكانت سببا في استحالة مطلقة لتنفيذ التزامات المفوض اليه بشكل نهائيا أما في الحالة التي تكون فيها هذه الظروف بصفة مؤقتة قابلة للزوال فإن العلاقة العقدية يمكن تعليقها الى زوال هذه الظروف وهنا يمكن الإشارة الى أن الظروف الطارئة التي تؤدي فقط الى الإخلال بالتوازن المالي للعقد ولا تفضي الى إنهاء العقد بصفة آلية لأنه يمكن تدارك هذه الظروف بإعادة التوازن المالي الى الحد المعقول الذي يمكن من استمرار العلاقة التعاقدية بين أطراف التفويض من خلال تضامن السلطة المانحة مع صاحب التفويض فتتحمل جزء من الخسائر مما يساعد صاحب التفويض على تجنب

الظرف الا أن هناك ظروف طارئة تخل بصفة نهائية بالتوازن المالي لعقد التفويض نهائيا و تأخذ هذه الظروف حكم القوة القاهرة¹.

استرداد المرفق:

للسلطة الإدارية مانحة التفويض إذا ما تبين لها بموجب مقتضيات المصلحة العامة أن عقد التفويض يتوجب إنجازه قبل نهاية المدة المقررة له أن تسعى الى استرداد المرفق وتحل نيابة عن المفوض اليه في إدارة واستغلال المرفق العام لكونها صاحبة الاختصاص الأصيل في إدارة واستغلال المرفق العام والمسؤولة الأولى عن حسن تنفيذه وتعويض المفوض اليه عما يمكن أن يصيبه من ضرر نتيجة ذلك الاجراء ، ويمكن لها في عقد التفويض انهاءه من جانب واحد استثناء من القواعد العامة في العقود الإدارية ولو لم يخل المتعاقد منها بأي من الالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب بنود عقد التفويض².

ويتم استرداد المرفق بواسطة قرار إداري انفرادي صادر عن السلطة المفوضة حتى ولو لم ينص العقد على ذلك لأن عملية الاسترداد بالمعنى السابق تمثل أحد مظاهر حق الجهة الإدارية في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وعلى الرغم من ذلك ومراعاة للاعتبارات الخاصة بعقود التفويض يفرض المشرع في العادة أن يتضمن عقد التفويض من خلال نصوصه النص على حق استرداد المرفق العام، وذلك للموازنة والتوفيق بين مقتضيات الصالح العام التي تسعى اليها السلطات العامة والمصلحة المالية الخاصة للمفوض اليه³، وهذا من منطلق أن السلطة المفوضة بشكل عام هي صاحبة تقدير المصلحة العامة وهي التي تقدر الوقت الذي يكون فيه استرداد المرفق العام المفوض يخدم المصلحة العامة.

إن عملية استغلال وتنظيم المرفق العام يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة جادا في تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه وفي المقابل على الجهة الإدارية العامة المتعاقدة أن تكون أكثر حزمًا في تلك الاختلالات و توقيع الجزاءات المناسبة على المتعاقد المخل هذه الميزة التي لا نظير لها في مجال القانون الخاص ، الذي يستدعي اللجوء الى القضاء مسبقا لتوقيع هذه الجزاءات ، بينما في نطاق القانون العام يمكن للجهة الإدارية توقيع ما تراه مناسيا من الجزاءات بهدف الحفاظ على ديمومة المرفق العام المفوض، فطبيعة ومتطلبات المرافق العامة هي الأساس القانوني لهذه الجزاءات التي لا بد

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص515.

² ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص303.

³ أبوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 220.

للجهة المانحة العامة من الاستعانة بها في مواجهة وإهمال وتقاعس المتعاقد معها دون حتمية اللجوء الى القضاء وفي هذا الصدد يرى أيضا الفقه الفرنسي André de laubadere إن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف فحسب قمع أوجه الإخلال وإعادة التوازن للالتزامات التعاقدية، بقدر ما تهدف بالدرجة الأولى الى ضمان كفالة حسن سير المرافق العامة ، ويضيف هذا الفريق أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف مواجهة تقصير المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فحسب وإنما تهدف الى ضمان حسن سير المرافق العامة، وعلى هذا الأساس تستطيع الإدارة أن تفرض جزاءات على المتعاقد معها بسبب إخلاله في تنفيذ العقد وإن لم يكن منصوص عليها في تلك البنود وذلك باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر¹، ويعد هذا الامتياز هو الأسلوب الأمثل الذي يضمن مواجهة الاختلالات الممكنة خاصة لدى المتعاقدين مع الإدارة الخواص.

ان للسلطة العامة المانحة للتفويض حق توقيع هذه الجزاءات الإدارية، بواسطة قرار اداري ولا تعتبر في هذا الصدد شكل من أشكال التعدي وانتهاكا لاختصاص السلطة القضائية، حيث أن امتد رقابة القضاء لهذه الأعمال الإدارية بشكل لاحق من خلال دعاوى المشروعية، فالدولة منذ زمن بعيد تسعى لإنشاء المرافق العامة وتطور دورها في تنظيم و اشباع حاجات الجمهور وتقديم خدمات مناسبة لهم بالإضافة الى فرض جزاءات في إطار حالات محدودة، ويشارأن يمكن للمفوض اليه من الضمانات القانونية المتاحة التي ينص عليها المشرع في هذا الصدد فمن المنطقي أن تتمتع السلطة المفوضة بالصلاحيات الكاملة والوسائل المناسبة ، التي تضمن لها رعاية الصالح العام وإدارة المرفق العام بانتظام واضطراد، وهي تستمد كل ذلك من كونها سلطة عامة يقع عليها التزام تحقيق المشروعات العامة ، وتستمد ذلك أيضا من النصوص الدستورية والتشريعية الأخرى، ولها حق توقيع الجزاءات حتى خارج نصوص العقد ، فحق السلطة المانحة للتفويض حق أصيل في توقيع الجزاءات فهو يلزم طبيعة العقد الإداري الجزاءات هي وسائل قانونية فعالة تهدف الى إجبار المفوض له على الامتثال لالتزاماته في اتفاقية التفويض والجدية في تنفيذ مهامه المرفقية²، ويفرض على الهيئة المفوضة اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان شرعية هذه الجزاءات مثل تنبيه المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية عن طريق الإنذاره وتنبيهه لأخطائه قبل توقيع الجزاء عليه مالم تتضمن النصوص العقدية اتفاق مخالف على خلاف ذلك.

¹ فوزية سكران، مرجع سابق، ص 67.

² عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الاحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص 504.

الفرع الثاني: الجزاءات المالية

كما يمكن للإدارة استخدام الصلاحيات المقررة لها في استعمال سلطاتها في توقيع الجزاءات المالية في الحالة التي يخل فيها المفوض اليه بالالتزامات العقدية المتفق عليها، ويمكن أن تكون في شكل تعويضات يدفعها صاحب التفويض للجهة الإدارية المتعاقدة لجبر الضرر اللاحق بها جراء الاخلال، وفي سبيل ذلك تعد تطبيق الغرامات التأخيرية من أبرز أشكال الجزاءات المالية وهي مبالغ ينص على مقدارها في العقد كجزاء لإخلال المتعاقد مع السلطة المتعاقدة فيتم ذكر مبلغا محدد عن كل يوم تأخر فيه المتعاقد عن التنفيذ، والغرامة التأخيرية جزاء يمكن تضمينه في بنود العقد الإداري وهو امتياز تتمتع به السلطة الادارية حتى ولو لم يحصل للجهة الإدارية المتعاقدة أي ضرر ناتج عن التأخر المتعاقد لان تحقق الضرر ليس شرطا ويكون مفترض لتعلق الاخلال باستغلال وتنظيم المرفق العام وفي غالب الأحيان تتضمن العقود الإدارية، التي تبرمها الجهات الإدارية العامة على ذكر الغرامة التأخيرية وللجهة المتعاقدة توقيع هذه الغرامة دون أمن تضطر الى انذار المتعاقد أو اللجوء الى القضاء لكي تستصدر حكم يقضي بتطبيق الغرامة، ويلزم النص في العقد على كيفية تحديد الغرامة التأخيرية¹، بالإضافة الى أنه يمكن أن تأخذ الجزاءات المالية شكل تأمينات قانونية تتمثل في مبالغ من المال يودعها المتعاقد لدى الجهة الإدارية المتعاقد معها لتستوفي منها قيمة الجزاء المالي الذي يترتب عليه في حالة نكوله عن إتمام عملية التعاقد كفالة حسن التنفيذ.

هذه الغرامات ممكن أن يكون مصدرها هي النصوص العقدية أي يتم التوافق عليها مسبقا في شروط العقد وتحدد بكيفية دقيقة مقدما في العقد الإداري وتلتزم الجهة الإدارية حينذاك بتطبيق هذه الغرامات بالحد المتوافق عليه فلا تستطيع زيادتها حتى لو نتج عن الاخلال الصادر عن المفوض له ضرر يفوق مبلغ الغرامة المعين في العقد، كما أنه بالمقابل ليس للمتعاقد مع الإدارة الاحتجاج على توقيع الغرامة بحجة أن الضرر يطال الجهة الإدارية أو أن الضرر الناتج عن إخلال المتعاقد ضئيل الى الحد الذي لا يناسب الغرامة المتفق عليه في نصوص العقد، كما لا تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة بإثبات أن الضرر الذي لحقها من جراء الاخلال الواقع من المتعاقد معها في القيام بالتزاماته أو مقدار الضرر الواقع عليها وليس للمتعاقد أن يعترض على توقيع الغرامة استنادا الى عدم تناسبها مع الضرر الحادث للجهة الإدارية المتعاقدة، ولابد للجهة الإدارية المتعاقدة اعذار المفوض له قبل الاقدام على توقيع الجزاء، فبموجب ما نص عليه القانون الفرنسي لابد للإدارة أن تلتزم الجهة العامة

¹ سبتي عبد القادر، صالح محمد فوزي، السلطات الممنوحة للإدارة بموجب عقد الامتياز، مداخلة في الملتقى الدولي "التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر"، المنعقد بجامعة يحي فارس بالمدينة، يومي 08 و09 نوفمبر 2018 ملتقى، ص115.

المتعاقدة من حيث المبدأ بأن تعذر المتعاقد معها بالغرامة قبل توقييعها غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة فلأحاجه للإعذار بالغرامة كلما أمكن ان نستخلص من مجموع الظروف وملابسات العقد، إن النية المشتركة للأطراف اتجهت الى الالتزام بصرامة بمدد التنفيذ أو التسليم أو يستنتج ذلك من نصوص العقد ذاته¹ كما يجوز للجهة الإدارية أن تعفي المتعاقد معها من دفع الغرامات التي فرضتها عليه بشكل كلي أو جزئي في حالات معينة كالقوة القاهرة أو اذا كان الاخلال بسبب عدم قيام الجهة الإدارية بالقيام بتعهداتها في مواجهة المتعاقد معها أو إذا قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جزاء التأخير.

كما يمكن تنفيذ الإلتزامات التي إمتنع المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذها عند حلول الجهة الإدارية المتعاقدة محل الملتمزم حيث تقوم هذه الأخيرة بتنفيذ هذه المهام المرفقية المفوضة بنفسها وتتنوب عن المتعاقد معها في ذلك، غير أن التنفيذ الذي تقوم به الجهة الإدارية نيابة على المتعاقد وعلى تفقته لا يعتبر نوع من الجزاء إذا أنها لا تعدون تقوم بالمهام العادية والطبيعية للمرفق الذي هو في الأخير من الإلتزامات الأصلية المنوطة بها، فتقوم الجهة الإدارية العامة بهذه المهام المرفقية بهدف الضغط على المتعاقد معها وتطبيقاً لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام، لأنه هو الأصل العام فتقوم به الجهة الإدارية لضمان السير الحسن للمرفق العام بانتظام واضطراد، وتتمتع الجهة العامة دوماً بالسلطة التقديرية الواسعة في ملائمة عملية التنفيذ على حساب المتعاقد فلا يشترط حدوث الضرر من جراء الإمتناع عن تنفيذ الإلتزامات من طرف المتعاقد المقصر، كما لا يشترط لجوء الجهة الإدارية الى القضاء من أجل تقريره.

فالتنفيذ العيني الذي تقوم به الجهة العامة المانحة قد لا يكون من الجزاءات التي توقع على المتعاقد الممتنع عن التنفيذ كما يبدو في صورة وضع المرفق الذي يدار بطريق الإمتياز تحت الحراسة فإذا كانت الحراسة مقرونة في العادة بوقوع الخطأ الجسيم من طرف المتعاقد حيث يدار المرفق في هذه الحالة من قبل الجهة المانحة تحت مسؤولية وعلى عاتق الملتمزم، الذي يتحمل التكاليف التي يقتضيها سير المرفق والحراسة، غير أن التنفيذ العيني في هذه الحالة الأخيرة يكون من دون خطأ وإنما للمصلحة العامة التي تقدرها الجهة الإدارية العامة فلا يعد ذلك من قبل الجزاءات².

¹ أبوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 215.

² سبتي عبد القادر، صالح محمد فوزي، المرجع السابق، ص 116.

كل هذه الجزاءات الإدارية يكون الهدف منها ضمان الظروف المثلى التي يتم تنفيذ المرفق العام المفوض في ظلها، وتعتبر هذه الجزاءات وسائل قانونية تتمتع بها الجهات العامة المتعاقدة بوصفها امتيازات للسلطة العامة تمكن من رقابة العقود الإدارية، وحسن تنفيذها بشكل عام وبالأخص عقود تفويض المرفق العام بوصفها عقود إدارية تستغرق مدد طويلة للتنفيذ وتتعلق بمشاريع حيوية وذات أهمية استراتيجية للسلطات العامة وحاجات المجتمع بصفة عامة، خاصة في ظل فتح هذه المرافق العامة للمنافسة وإشراك القطاع الخاص في إدارتها بصفة خاصة.

وبالنظر دوماً لأهمية المرفق العام وحساسيته فقد أضفت جل التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري على عرقلة سير المرفق العام سوء المدار بالطريق المباشر من قبل أشخاص القانون العام أو المرفق العام المفوض الوصف الجزائي، وهذا ما يوضح الصورة بشكل خاص على الأهمية التي يحظى بها المرفق العام مهما كانت طبيعة وأسلوب تسييره، فبالرغم من أن الأصل في إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية لا يرتب في غالب الأحيان سوى توقيع جزاءات ذات طابع إداري من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة، إلا في الحالة التي يأخذ فيها الفعل المنسوب للمتعاقد الطابع الجزائي فهو بذلك مستمد من صفتها كسلطة ضبط إداري أو سلطة عامة، وقد تلجأ الجهات الإدارية في حال ارتكاب المتعاقد معها لجريمة جزائية إلى ما يسمى بحظر التعاقد عن طريق إدراج المتعاقد المخل بالتزاماته في القائمة السوداء، دون الإخلال بالمتابعات الجزائية التي تبقى من صلاحية الأجهزة القضائية المختصة فقد نص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه " دون الإخلال بالمتابعات الجزائية كل من يقوم بأفعال ... من شأنها أن تشكل سبباً كافياً لإتخاذ أي تدبير ردعي لاسيما فسخ أو الغاء الصفقة العمومية وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية".

وفي المحصلة فإن توقيع الجزاءات التي هي في الحقيقة ترجمة وتطبيق عملي لمقتضيات العقود الإدارية العامة التي تركز على القواعد المتعارف عليها في مجال القانون العام، وبالنظر إلى الصيغة الإدارية لعقد التفويض فإن توقيع هذه الجزاءات ومجمل مظاهر السلطة العامة كالتعديل بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية المانحة بقدر ما يشكل تضيقاً على المفوض إليه خاصة منهم الخواص الذين لم يألفوا مثل هذه الإجراءات في مجال القانون الخاص، إلا أنها أعمال إدارية تبررها طبيعة الاستثمار في المرفق العام، وتتبع من المسؤولية الأصلية لأشخاص القانون العام الاعتبارية بالإضافة إلى أن هذه الجزاءات خاصة تلك التي تنفذها الجهة العامة بطريقة مباشرة من دون اللجوء إلى القضاء أو تلك الجزاءات الضاغطة تكون فعالة جداً في نجاعة عقد التفويض.

كل هذه الإجراءات والجزاءات التي تقوم بها السلطات المانحة بوصفها سلطات عامة تصب في إطار ضمان التنفيذ الحسن للمرفق العام المفوض، وحمايته من كل أشكال الفساد التي تؤثر بالسلب

على فعاليتها، غير أن الإسراف في استعمال هذه السلطات والصلاحيات يصطدم بمعوقات كثيرة أهمها عدم ملازمتها لطبيعة وخصائص الإستثمار في المرفق العام المفوض، فصاحب التفويض يسعى الى تنفيذ المرفق العام موضوع التفويض دون وجود عوائق تتعلق في الأساس بتوسيع عملية الرقابة على المرفق العام الى اتخاذ إجراءات كثيرة تمس بعقد التفويض، بدعوى تأمين الصالح العام لأن المستثمرين في المرفق العام يسعون دوما الى الإستفادة من مزايا القانون الخاص في مجال التعاقد والتخلص من القيود الكثيرة التي تميز القواعد القانونية العامة لاسيما فيما يتعلق بامتيازات السلطة العامة واستعمال مفاهيم المصلحة العامة بشكل مرن وموسع مما قد يؤدي الى الإضرار بمصالح المتعاقد المفوض لذلك يجب دوما مراعاة مقتضيات الإستثمار في المرافق العامة.

الفصل الثاني: مقتضيات الطبيعة الاستثمارية لعقد التفويض

بالمراعاة الى توسع وتنوع الأنشطة الإدارية وتعدد المشاريع العامة التي يتوجب تأمينها من قبل السلطات العامة في الدولة، مما أدى التفكير في الطرق الحديثة التي يمكن أن تلبى هذه الحاجات لذلك تبنت مختلف الدول وخاصة النامية منها العمل على جذب الإستثمارات لمرافقها العامة وخاصة إذا ما تعلق الامر بالمشاريع الاستراتيجية الضرورية، والتي تمثل عصب الحياة الإقتصادية لجميع الدول وخاصة النامية منها، فاهتدت الى إعتداد عقود حديثة لتسيير هذه المشاريع، فاعتمدت هذه الدول سياسة أكثر انفتاحا تجاه الأسواق العالمية، إلا أن هذه المشاريع بطبيعة الحال تحتاج الى رؤوس أموال معتبرة تعجز الخزانات العمومية في غالب الأحيان عن تأمينها من خلال أعمال تعاقدية مبتكرة في عملية التسيير مع الأخذ بعين الإعتبار إحترام خصوصية الدول وسيادتها الوطنية في ظل إحترام الدور الرقابي على مرافقها العامة¹.

فشكل فتح الاستثمار في المرافق العامة عاملا مهما لتكريس مفاهيم المنافسة الحرة وتحرير الإقتصاد وبروز الفعالية كهدف من أهداف الإستثمار ضمن آلية الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال تبني عملية الخصخصة بمفهومها الواسع وعمليات التزام المرافق العامة على وجه الخصوص من خلال تحرير المرفق من احتكار الدولة وخضوعه لمقتضيات السوق، بالرغم من بقاء عملية الاستثمار في المرفق العام مقيدة بفكرة النفع العام التي يجب أن تبقى من أهداف المرفق العام بالرغم من تحريره والاستثمار فيه، وتعد بذلك مقتضيات المصلحة العامة من أهم خصوصيات الإستثمار في المرفق العام التي تميزه عن عملية الإستثمار في المجالات الأخرى². التي تحكم قواعد

¹ عامر نعمة هاشم، المرجع نفسه، ص38.

² ضريفي، تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 6.

ومبادئ التنافس ومعايير التكلفة والربح والجودة والتي تعتبر معايير بحتة تطبق على المستثمرين بغض النظر عن الأهداف الاجتماعية المرتبطة بالمرافق العامة على وجه التحديد.

وفي سبيل ذلك اتجهت معظم الدول الى توسيع دور القطاع الخاص على حساب القطاع العام فيما يتعلق بإدارة واستثمار مرافقها العامة، ويعد ذلك اتجاها نحو الخصخصة الجزئية فجوهر الخصخصة هو إعطاء القطاع الخاص الحق في إدارة واستثمار المرافق العامة ضمن الآليات التي تتيح السوق في إطار البحث عن المردودية والفعالية لهذه المرافق دون الإعتداد بملكية الدولة أو القطاع الخاص للمرفق حيث أصبحت الملكية لا تشكل العمل الحاسم في الطريقة التي يدار بها المشروع فتصبح الإدارة للقطاع الخاص في ظل توافر كل مقومات وأهداف الدولة حين تسعى إلى خصخصة المرفق العام ويصبح من الأفضل للدولة احتفاظها بالملكية من أجل أن يظل دورها باقيا اتجاه المرفق العام خاصة في المجال الرقابي والإشرافي¹ الذي يعد الضامن الأساسي الذي يحمي المرفق العام من الانحراف عن أهداف الصالح العام.

فتختلف الأساليب المعتمدة من طرف الدول في تنظيم عملية مشاركة الغير في تنفيذ المرافق العامة بالإستناد الى ظروف كل دولة على حدى خاصة منها الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية فالبعض منها قطعت أشواط كبيرة في هذا الإتجاه وتكرس أعراف راسخة في مجال الشراكة مع القطاع الخاص في تحقيق المرافق العامة بموجب قواعد قانونية عامة تخول السلطات العامة وأشخاص القانون العام صلاحية إسناد المرافق العامة التي هي من إختصاص الهيئات العامة لهيئات من القطاع الخاص، وتتجه البعض من الدول ولاسيما التي تحتكر فيها الدولة إدارة المرافق العامة الى تبني أساليب متنوعة في تنظيم مشاركة القطاع الخاص، وبالتالي عالجت هذه المشاركة من خلال إعداد منظومة قانونية خاصة بالاستثمارات الخاصة في المرافق العامة تعالج أوجه النشاط الإقتصادي المتنوعة من دون أن يخص المرافق العامة بإطار قانوني خاص وقائم بذاته واتجهت دول أخرى منها الجزائر وفرنسا الى تبني منهاج التنظيم القطاعي من خلال إعداد قوانين تنظيم مشاركة القطاع الخاص في قطاعات محددة بالذات لتنظيم واستغلال المرافق العامة مثل قطاع الكهرباء والغاز وأيضا في مجال المياه وغيرها من القطاعات الأخرى.

هذه الطبيعة الاستثمارية لتقنية تفويض المرافق العامة ينبغي مراعاتها أثناء ممارسة السلطة المفوضة لصلاحيتها الرقابية، فأقبال الخواص على وجه التحديد على عملية الإستثمار في المرافق العامة يعد مكسب للسلطة المفوضة والمستثمر في المرفق العام على حد سواء، يجب تعزيزه من خلال المرافقة وإضفاء المرونة اللازمة على عملية الرقابة لعقد التفويض. وهذا ما سنعرض له من خلال هذا

¹ ميادة عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 174.

الفصل بالتطرق الى مسألة التجانس بين تقنية التفويض والعملية الاستثمارية والتي تشكل البعد الاستثماري لعقد التفويض في المبحث الأول ثم نعرض الظروف المحيطة بعقد التفويض والخصائص المتعلقة به والتي تشكل قيود على عملية الرقابة على عقود التفويض لابد من مراعاتها في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الأول: البعد الاستثماري لعقد التفويض

إن مسألة الفعالية الاقتصادية ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة المردودية والإنتاجية التي ترتبط بشكل خاص بمصطلح الكفاءة في التنظيم والتسيير وهي المقدرة على بلوغ الأهداف المرسومة والمبتغاة والمتوقعة بأفضل السبل الممكنة كما تعني تنفيذ الأعمال بدقة وكفاءة من خلال اختيار الأساليب الناجعة لتحقيق نتائج مرضية كما يقصد بها تحقيق الهدف باستخدام أقل قدر ممكن من الموارد وأن مبدأ الفعالية يجد أساسه في أنه يشكل أحد دوافع اللجوء الى تقنية تفويض المرفق العام، هذه الدوافع قد تكون دوافع اجتماعية لكنها بالأساس تكون اقتصادية أكثر لأن تلبية الحاجات الاجتماعية في أي دولة مرتبط بشكل جوهري بالمقدرات الاقتصادية لأي مجتمع فنجاح الاقتصاد في أي دولة يعني بالضرورة التكفل بكل المطالب الاجتماعية، فيما يؤدي الإخفاق في المجال الاقتصادي الى عجز الدول عن حل معظم مشاكلها الاجتماعية.

فالهدف الجوهري لأسلوب التفويض زيادة على تأمين تنظيم واستغلال المرافق العامة هو الإستثماري البنية التحتية كونها تعد عاملا جوهريا التي تؤدي الى توفير وزيادة عوامل الإنتاجية والتنمية والحد من المشاكل الاجتماعية والعمل على الاقتصاد في تكاليف الإنتاج ورفع المردودية من خلال خفض تكاليف النقل والخدمات اللوجستية وبالتالي رفع التنافسية وتحقيق نمو متسارع يخدم المجال الاقتصادي ككل، فالنهوض بالبنية التحتية في جميع المجالات يساهم في إنشاء وإدارة مشروعات جديدة للبنية التحتية وإدارة مشروعات سابقة وتطوير وتحديث مشروعات قائمة¹.

مما ينتج عنه المساهمة في تحقيق الأمن الاقتصادي والاجتماعي من خلال رفع الأداء والفعالية التي تبقى التزاما في ذمة القائم بتسيير المرفق العام وهو في سبيل ذلك يقوم بتأمين أفضل الطرق والوسائل التي تؤدي الى تحقيق المنفعة العامة ونجاح تسيير كل مرفق عام ، وبذلك أصبحت تشكل الفعالية الاقتصادية التزاما يقع على عاتق القائم بتسيير المرفق العام وتستهدف النوعية والأداء في تأمين الخدمة العمومية بأفضل الوسائل والشروط، وإن كان يصعب النص عليها في النصوص القانونية إلا أن ذلك لا يمنع أن تكون أحد الالتزامات المنصوص عليها ضمن دفاتر الشروط

¹ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 94.

المتعلقة باتفاقية التفويض حسب كل شكل من أشكال المرفق العام¹، فلم يعد تفويض المرفق العام مجرد عقد إداري يتضمن تعهد المتعاقد بالقيام بمهام تنظيمية وإدارية وإنما يعني استثمار حقيقي في المرفق العام والذي ينصرف الى الدخول في مشروع وتحمل المسؤولية المالية وما ينجم عنها من أعباء ومخاطر²، وبذلك يمثل عملية استثمارية حقيقية يتوجب العمل تنظيمها وتوسيعها الى أكبر نطاق من الأنشطة المرفقية الممكنة خاصة ذات الطابع الاقتصادي منها.

وقد ساهمت التطورات الحاصلة على كل المستويات في إخراج المرفق العام من دائرته الضيقة المتمثلة في ضمان وتلبية خدمة عمومية، بغض النظر عن جودة الخدمة أو تكلفتها المالية بغرض الحفاظ على السلم الاجتماعي دون الإعتداد بالأبعاد الأخرى التي فرضتها قواعد ومتطلبات السوق وكذا متطلبات التنمية الاقتصادية، فقد أضحى المرفق العام زيادة على كونه مشروع عام يستهدف الصالح العام أصبح يشكل أحد المرتكزات التي يمكن للسلطات العامة في البلاد الإستعانة بها من أجل الدفع بوتيرة الإقتصاد وخلق الثروة، وفي هذا الإطار تطورت أهداف السلطات المانحة الى البحث عن المردودية الاقتصادية من خلال المرافق العامة وبواسطة الإستعانة بأسلوب التفويض وإشراك القطاع العام والخاص في عملية الاستثمار في المرافق العامة، لذلك لم يعد التفويض آلية تقتصر على تنظيم المرافق العامة وإنما أصبح وسيلة مهمة لإنجاز المشاريع المتعلقة بالبيئة التحتية التي تشكل القاعدة الأساس لنمو الإستثمارات سواء في المرافق والمشاريع العامة أو جميع الإستثمارات بما فيها المجسدة في إطار المشاريع الخاصة.

المطلب الأول: تمويل المرفق وتحمل مخاطر الاستثمار

ونظرا للتطور السريع الذي مس جوانب مختلفة من حياة المواطنين عجز قدرة الدولة الحديثة عن مسايرة هذه الاحتياجات وأضحت كثير من المجتمعات مرغمة على ابتكار حلول لهذه الوضعية وذلك بواسطة إستحداث أساليب متعددة لتسيير المرفق العام بحثا عن تأمين الفعالية اللازمة التي تستطيع السلطات العامة من خلالها مواكبة حاجيات المجتمع، فاهتدت جل الأنظمة المقارنة الى ضرورة فتح المرافق العامة الى للإستثمار وإعطاء الفرصة في إدارة وإستثمار المرفق العام للخواص ضمن اطار تنافسي وإجراءات شفافة وواضحة ، تسمح بالإختيار الأفضل للمستثمرين من خلال اللجوء الى التسيير غير المباشر، فشكلت تقنية تفويض المرفق العام أحد هذه الأساليب المبتكرة التي تسعى من خلالها الدولة الى تأمين المطالب الاجتماعية الناتجة عن تزايد النمو الديمغرافي الذي تعرفه جميع المجتمعات

¹ تقرير نؤارة، مرجع سابق، ص 62.

² فتحي رزيقة، مرجع سابق، ص 596.

ومنها الجزائر خلال العقود الأخيرة، فلم تغلح المرافق المسيرة بالطريق المباشر على إحتوائه هذه المتطلبات، فعمدت الى تحسين خدمات المرفق العام عن طريق إعادة تنظيم مرافقها لتحقيق أكبر قدر من الأمن الاقتصادي و تحقيق السلم الاجتماعي المنشود، و ذلك من خلال ضمان مستوى معين من الخدمات يواكب هذه التحولات سواء على الصعيد الاجتماعي أو في المجال الاقتصادي، هذا الأخير الذي يفرض قواعد صارمة لا يمكن مجاراتها إلا من خلال تقوية مراكز المرافق العامة التنافسية وتحسين مردوديتها، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال العمل بكل الوسائل على ضمان السبل المثلى لخلق موارد مالية تساهم تأمين تمويل المرفق العام وضمان استمراريته.

فلجأت المنظومات القانونية والفقهية في المجال الإداري الحديث الى البحث عن السبل الكفيلة بالنهوض بالمرفق العام، من خلال عملية تحرير إدارته واستغلاله وحاز المرفق العام الإقتصادي في هذا المجال على حصة الأسد من التطوير لملائمته أكثر لهذه العملية، وذلك بالإعتماد على صيغة تحرره من قيود القانون العام ووسائله فيما يرتبط خاصة بالجوانب المالية وطرق الإدارة والاستغلال فقد أصبحت وسائل القانون العام التي تنتهج من قبل الجهات العامة من أجل إدارة المرافق العامة تتميز بالبطء الشديد والإجراءات الطويلة والمعقدة و في كثير من الأحيان بتكاليف إنتاجية باهضة، مما أثر على مردودية المرافق العامة بشكل عام وبالأخص منها الاقتصادية التي لم يعد يساعدها الأسلوب التقليدي المباشر في التسيير على عملية الصمود في وجه المنافسة الشرسة من قبل المشروعات الخاصة التي تؤدي خدمات لها نفس الطابع، بالرغم من كل ذلك فإن هذه المرافق العامة الاقتصادية لا تتجرد كلية من قواعد القانون العام كلية وإنما لا بد من أن تظل خاضعة لقواعده على الأقل في الجانب الذي يخص تنظيم هذه المرافق العامة باعتبارها تظل خاضعة لأحكام المرافق العامة على أن تخضع لأحكام القانون الخاص في حدود كبيرة، التي تلائمها بطريقة أفضل كونها تسير أسلوب الخواص في التسيير.

الفرع الأول: تمويل المرفق العام

تعد تقنية تفويضات المرفق العام نظاما مهما لعملية إيجاد مصادر تمويلية متنوعة للمشاريع العامة وعلى وجه الخصوص إيجاد موارد مالية، ويشكل القطاع الخاص المصدر الرئيسي لها ، فهي وسيلة تهدف بالأساس الى محاولة جلب رؤوس الأموال التي يحوز عليها الخواص بشكل خاص ومحاولة ضخها في المشاريع العامة موضوع التفويض، فتشكل بذلك وسيلة فعالة للتخفيف من الأعباء المالية للخرينة العمومية، كما تساهم في الحد من عملية تضخم النفقات¹، حيث يكفل أسلوب التسيير المفوض للمرافق العامة تحويل عبء إنجاز وتحقيق المشاريع العامة من على عاتق الخرينة العمومية للدولة لصالح القطاع الاقتصادي العمومي أو الخاص، من خلال ضخ أموال معتبرة في إنجاز وتحقيق المشاريع التنموية الضرورية للأفراد والمجتمعات، في سبيل تخطي الصعوبات المالية والتقنية التي يوجهها المرفق العام بشكل عام وبذلك فإن المرفق العام يصبح أداة لترقية الاستثمار وتحقيق التنمية المحلية²، التي تنعكس بصورة عامة على الإقتصاد الوطني ككل مما يساهم في تأمين أكبر قدر من متطلبات المجتمع على مستور كل الأصعدة.

كل ذلك يساهم في عملية أكبر تتمثل في تحقيق إنعاش اقتصادي يمس كل المستويات ومجالات الحياة فيخلق التفويض بذلك استثمارات حقيقية تستمد أهميتها الاستراتيجية من المشاريع العامة موضوع التفويض، ومن الخدمات الحيوية والإستراتيجية التي يسهر على تحقيقها المتعاملون الإقتصاديون سواء الخواص أو العموميون منهم في إطار تنفيذهم للمرافق العمومية المفوضة اليهم في مجالات أساسية وحيوية كالبنيات التحتية التي تشكل العصب الحيوي لإنجاح الإستثمارات في كل القطاعات الأخرى بشكل عام، كما تؤدي الى مضاعفة وتكثيف الإنتاجية الإقتصادية المحلية والقومية وذلك من خلال تشغيل اليد العاملة الوطنية وتنشيط التكامل بين المتعاملين الإقتصاديين والمقاولات المحلية، كما تفتح أفاق للمؤسسات المالية المحلية، ومن جهة ثانية من أجل تبني مشاريع عامة وتحفيز الإستثمارات المحلية من خلال تنشيط رؤوس الأموال المحلية التي تكون في العادة لدى المتعاملين الإقتصاديين الخواص .

وتتم عملية تمويل المشاريع العامة من خلال اعتماد أسلوب تفويضات المرفق العام باعتماد شكلين رئيسيين إما عملية التمويل الكلي للمشروع، ويكون ذلك عادة في المشاريع العامة الكبرى التي تستدعي في العموم إمكانيات مالية وفنية ضخمة خاصة، والتي تعجز الميزانيات العامة للدول النامية

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص7.

² فتحي رزيقة، مرجع سابق، ص596.

في العادة على تحملها وخاصة إذا تعلق الأمر بميزانيات الدول النامية، وتختلف هذه المساهمة عموماً من قبل المستثمر باختلاف شكل التفويض، فيكون التمويل معتبر في عقد الإمتياز وعقود البوت بشكل عام أو تمويل جزئي وهو ما يظهر في عقد الإيجار والوكالة المحفزة، حيث يقع على عاتق المستثمر في المرفق العام نفقات خفيفة كنفقات الصيانة والتشغيل دون أن يقع على عاتقه عملية إقامة المرفق العام وتأمين العتاد اللازم لتحقيق الإستثمارات الضرورية التي يكرسها المتعاقد، وفي هذه الحالة تعتبر استثمارات محدودة تقتصر في الغالب على عملية الإدارة والتسيير، وفي الغالب تكون المدة المحددة في هذه العقود نسبياً بالمقارنة مع عقود الإمتياز والبوت¹، التي تعد أشكالاً لإستثمارات حقيقية يتكبد فيها المستثمر مبالغ كبيرة ويحقق في مقابل ذلك أرباح معتبرة.

وتمثل مساهمة صاحب التفويض بهذه المبالغ المالية سواء في إقامة المرفق العام أو في تسييره فقط، جزء من الموارد المالية التي تشكل أحد المصادر التي يمول المرفق العام عن طريقها وتشكل في الوقت ذاته الأعباء الإستثمارية وتتكون من مجموع النفقات التي تكبدها المفوض له المستثمر في هذا الإطار، وقد تكون هذه النفقات في شكل أجور للعمال أو ثمن للوسائل والعتاد اللازم لعملية التشغيل والهدف من وراء ذلك هو تحقيق قدر معين من الربح من جهة وتغطية النفقات الضرورية اللازمة²، وبالتالي فإن مساهمة المفوض له في تمويل المرفق العام بالإضافة الى كونها مظهر من المظاهر التي تؤكد وجود عملية استثمارية حقيقية في المرفق العام الغرض من ورائها تحقيق مكاسب ربحية، فهي من ناحية أخرى تمثل ضماناً حقيقية لديمومة سير المرفق العام المفوض وفق المبادئ المقررة له باعتبار ضمان التمويل المستمر للمرفق العام يضيف الى ضمان استمرارية الخدمة العمومية ويصب في النهاية في إطار حماية الصالح العام بكل عناصره.

لأنه في الأخير هناك خصوصية لهذا الاستثمار تتعلق في جوهرها بالمصلحة العامة بكل جوانبها وتقتضي تأمين استمرارية المرفق العام بكل فعالية، وفي كل الظروف المحيطة بعملية تحقيق المرفق فضمان المصلحة العامة يسير بالموازاة مع هدف المستثمر في بلوغ المردودية والفعالية الاقتصادية، وهذا ما يوجب على الجهة المانحة للتفويض بوصفها الجهة المسؤولة على المرفق العام التدخل للقيام بما يجب لحمايته حتى في الظروف غير العادية و الظروف الطارئة والقوة القاهرة من خلال الحفاظ على قدرة المستثمر المالية من خلال إعادة التوازن المالي للعقد لضمان تنفيذ المستثمر للمرفق العام المفوض في ظروف مناسبة³، وهو ما يضيف الى عملية الإستثمار في المرفق العام طابعاً خاصاً

¹ ميادة عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 300.

² فتحي رزيقة، مرجع سابق، ص 597.

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 111.

ومميزا لأنه من حيث الأصل المستثمر شخص يبحث عن الربح ولا علاقة للسلطة العامة به إلا من خلال تنظيم علاقة الإستثمار بقواعد قانونية يتوجب عليه الالتزام بها فالأصل أنه هو من يتحمل جميع الأعباء بصفة مطلقة وكاستثناء يمكن للسلطة المفوضة تحمل بعض الأعباء والحفاظ على توازن العقد ، وكل ذلك يصب في إطار ضمان التمويل اللازم لسيرورة المرفق العام.

كما تمثل المبالغ التي يدفعها جمهور المنتفعين لقاء الخدمة التي يتلقونها من المرفق العام مصدر آخر من مصادر تمويل المرفق العام، وتختلف هذه المساهمات التي يقدمها المنتفعين باختلاف أشكال التفويض وباختلاف الشروط التعاقدية المتعلقة بعقد التفويض من عقد الى آخر وحسب طبيعة وموضوع المرفق المفوض فترتفع هذه المبالغ كلما كانت مساهمة صاحب التفويض كبيرة في إقامة المرفق العام واستغلاله في عقود معينة بالذات كعقود الإمتياز وتساهم معايير متعددة في تحديد قيمة ومقدار التعريفات والرسوم التي تكوم كمقابل لخدمات المرفق منها حجم الإستثمارات المجسدة من قبل المفوض له، وكذا نوعية المرفق العام وطبيعته حيث تشكل تكلفة الخدمة ونوعيتها أحد أهم المعايير التي تحكم قيمة المبالغ المالية التي يدفعها المنتفعون خاصة في المرافق العامة الإقتصادية التي تتأثر الى حد كبير بقواعد المنافسة والأسعار التي تفرضها قواعد السوق، ومهما تكن قيمة المبالغ المالية التي يقع على عاتق مستخدمي المرفق العام دفعها للمستثمر فإنها تمثل طريق غير مباشر لتمويل المرفق العام فهي تدفع الى صاحب التفويض الذي بدوره يقوم بإنفاق جزء منها على المنشآت والعتاد اللازم لتسيير واستغلال المرفق العام المفوض، بالإضافة الى مستحقات العمال المكلفون بإدارة المرفق وجميع النفقات الإجبارية والضرورية لتنفيذ المرفق العام.

بالإضافة إلا أن هناك موارد أخرى يمكن أن تشكل جزءا من المصادر التمويلية للمرفق العام لاسيما المساهمات التي تقدمها السلطة المفوضة على شكل منح للمفوض اليه خاصة في العقود التي تنخفض فيها مساهمة المستثمر كعقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة التي تضطلع فيها السلطة المفوضة بتغطية الجزء المهم من نفقات تجهيز وتسيير المرفق العام المفوض، حيث تشكل هذه المنح التي تقدمها السلطة المفوض لمسير المرفق العام أحد مصادر تمويل المرفق التي تضمن استمراريته وانتظام النشاط المرفقي المستهدف.

بالإضافة الى أن تمويل المرفق العام يشكل أحد البواعث الرئيسية والجوهرية التي دفعت السلطات العامة الى تبني إشراك الغير في إدارة واستغلال المرافق العامة، ذلك أن المشاريع العامة في غالب الأحيان تحتاج الى موارد مالية من أجل تأمينها ولأن عملية التسيير المباشر قد أدت في كثير من الأحيان الى تسجيل عجز المالية العامة عن تغطية أعباء ونفقات تسيير هذه المرافق فانتهجت السلطات العامة أسلوب التفويض في الأساس من أجل خلق الموارد المالية اللازمة لتمويل المرافق العامة بالإستعانة بمصادر مختلفة بعيدا عن موازنة الدولة.

فالنجاح في تأمين المورد المالي اللازم لتسيير المرفق العام المفوض يشكل نجاحاً لآلية التفويض باعتباره الهدف الأولي الذي تترتب عليه أهداف السلطات المانحة جميعها فضمن المورد المالي المنتظم يؤمن استمرار المرفق العام وانتظام خدماته وينعكس ذلك بالإيجاب على كل أطراف العلاقة العقدية المتمثلة في السلطة المفوضة والمفوض له ويمتد كذلك الى مستخدمي المرفق العام باعتبارهم المعنيين بخدمات المرفق العام محل التفويض.

وعلى العموم تعتبر العائدات المالية مهما كان مصدرها في عقد التفويض هي المحرك الأساسي لهذا الطريق المستحدث في التسيير غير المباشر للمرافق العامة حيث تعتبر هذه المبالغ المالية في المحصلة الضامن الرئيسي والأساسي الذي يكفل تواصل خدمات المرفق بشكل دائم ويضمن من جانب آخر استمرار المستثمر في المرفق العام في تحقيق المكاسب الكفيلة ببقائه في هذا النشاط والسعي لتعميق الإستثمارات في مجال المشروعات العامة، مستفيداً في ذلك بما توفره طبيعة هذه المشاريع من امتيازات تسمح لعقد التفويض بالاستقرار وبلوغ الأهداف المسطرة.

لأن نجاح المستثمر في المرفق العام المفوض في خلق الموارد الضرورية لسير المرافق العامة المفوضة يؤكد على الطابع الاستثماري لتقنية التفويض، ويشجع السلطات المانحة على إيجاد الموارد المالية لكثير من المرافق العامة بالاستعانة بأسلوب التفويض على قاعدة تحقيق أرباح ومكاسب مالية لجميع أطراف التفويض، غير أن المستثمر في المرفق العامة يسعى دوماً الى تغطية التكاليف والأعباء المتعلقة بنفقات تسيير وتجهيز المرفق في المقام الأول، ثم يطمح الى تحقيق موارد مالية في شكل أرباح ولا بد لكل هذه الموارد أن تكون ناتجة عن عملية استغلال واستثمار المرافق العامة المفوضة وتكون في الأساس محصلة من المنفعين بالخدمة العمومية التي يقدمها المرفق العام موضوع التفويض ويشترط في هذه المبالغ المالية أن تكون مدروسة بالشكل الذي يلبي رغبات المستثمر في تغطية النفقات وتأمين هامش معقول من الأرباح وأن لاتصل الى الحد الذي يرهق المنفعين من المرفق العام باعتبارهم الممون الأساسي للمرفق العام المفوض، بطريق غير مباشر بالإضافة الى أن المبالغة في تكلفة الخدمة يؤدي الى اضطراب في علاقة المنتفع بصاحب التفويض ومنه مع السلطة المفوضة المسؤولة بالدرجة الأولى عن تحقيق المرفق العام المفوض .

الفرع الثاني: تحمل مخاطر المشروع

تؤسس الفكرة التي تقوم عليها تقنية التفويض على مفهوم تحمل المخاطر المتعلقة أساساً بعملية الإستثمار في المرفق العام بحيث تقتضي هذه القاعدة أن يلزم المفوض إليه بأن يتحمل التبعات التي تنتج عن عملية تحقيق المشروع العام، إلا أن ذلك لا يعني التخلي بشكل نهائي عن صاحب التفويض فعلى السلطة المانحة تحمل جزء من التبعات والمخاطر الإستثمارية التي يمكن أن تمس عملية تنفيذ المرفق العام المفوض، ومن أجل ذلك أسس الفقه والقضاء معاً قاعدة جوهرية وهي إلزامية التزام الجهة

المانحة بمراعاة التوازن المالي لعقد التفويض¹، ونعني بهذه المخاطر على الخصوص المخاطر المالية والتقنية التي تقع على الشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام من جميع الأضرار التي تحدث نتيجة استثمار للمرفق العام، غير أن هذه المخاطر تختلف من عقد الى آخر فالمرجع الجزائري عندما أقر أشكال عقود التفويض أخذ بشكل جوهري في الحسبان بمعيار الخطر الذي يقع على عاتق المفوض له، فقد تكون هذه المخاطر مطلقة بحيث تقع جميعها على عاتق صاحب التفويض، وهنا يتحمل المستثمر المفوض له جميع الأعباء والمخاطر لوحده دون تضامن من السلطة المانحة بحيث أنه بمجرد توقيع عقد التفويض تتخلص السلطة المفوضة من مسؤولية المرفق العام، ويقع على عاتق المفوض له تحمل التبعات والأعباء ويقابلها استقاداته من الأرباح الممكنة كما هو الشأن في عقود الإمتياز وعقد الإيجار²، كما قد تكون المخاطر المتوقعة محل تضامن بين السلطة المفوضة والمفوض له أو بمبالغ متفاوتة محددة على أساس نسب مختلفة.

فعقد تفويض المرفق العام بالذات يستند في مقوماته الأساسية على فكرة تقضي الى ضرورة تحمل صاحب التفويض مخاطر المشروع كلها خلال مرحلة التنفيذ باعتبار أن هذه العقود هي عقود إدارة وتمويل ويمكن إعمال وتطبيق فكرة توزيع المخاطر بين الجهة العامة المتعاقدة والمفوض اليه في مرحلة تنفيذ العقد نتيجة ما يمكن أن يحدث من ظروف، ويكون ذلك إما عن طريق أثر مترتب على إتفاق أطراف العقد أو بمناسبة تطبيق لحكم قضائي متعلق على الخصوص بمبدأ التوازن العقدي³. وتختلف التعريفات الخاصة بالمخاطر نظرا لاختلاف أنواعها فهناك من المخاطر ذات الطابع السياسي وأخرى ذات طابع اقتصادي ومنها ذات الطابع الاجتماعي، إلا أن المقصود هنا في هذا السياق هو على وجه الدقة المخاطر ذات الصلة بالمشروعات المتعلقة بالمرفق العام، وهي في مجملها مجموع الظروف المحيطة بعملية تحقيق المرفق العام فهي من وجهة نظر أطراف العقد الملازمات التي لها تأثير على مصالحهم التعاقدية، والتي يسعون لتحقيقها من خلال الإستثمار في المرافق العامة، بحيث تخلق هذه الظروف ما يعرض هذه المصالح الى الخطر، أما فيما يتعلق بأنواع المخاطر المختلفة فإنه لا يمكن حصرها بشكل دقيق وإنما يمكن تصنيفها الى نوعين من المخاطر فمنها المخاطر العامة التي

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 111.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، 110.

³ ستار جبار البدري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية، دراسة تحليلية مقارنة

منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2018، ص 131.

تتعلق بعملية بالنمو الإقتصادي بشكل عام والبيئة السياسية والنظام الضريبي والنظام القانوني والنظام النقدي في الدولة ومنها المخاطر الخاصة بالمشروع تتعلق بظروف المشروع في حد ذاته¹.

فقد تكون المخاطر التي يمكن أن تعترض عملية تنفيذ المشاريع العامة والأعباء التي تكبدها القائمين على هذه المشاريع مطلقة، بحيث تقع بشكل كامل على المستثمر في المرفق العام فيتحملها منفردا وهو المبدأ العام الذي ظل سائدا خاصة فيما يتعلق بامتياز المرافق العامة، حيث يرى بعض الفقه أن المخاطر والأعباء المالية تعد عنصرا أساسيا من عناصر تكوين إمتياز المرفق العام إلا أنه مع مرور الزمن اتضح أن هذا المبدأ يطبق بشكل نسبي فمن منطلق المسؤولية الملقاة على الجهة الإدارية تجاه المرفق العام لا يمكنها بأي حال من الأحوال التنصل منها، وبالتالي بات من الضروري وجود شراكة أو تضامن مالي بين السلطة الفوضة والمفوض له فيما يتعلق بمواجهة المخاطر المحتملة التي يمكن أن تعترض عملية الاستثمار في المرفق العام وهذا التضامن ليس في كل أشكال عقود التفاوض، ويظهر جليا في عقود التسيير ومشاطرة الإستغلال التي تتضاءل فيها نسبة مشاركة المفوض اليه في تحقيق المرفق العام، فينخفض هذا التضامن في صور عقد التفويض التي يتحمل فيها صاحب التفويض كامل التبعات في مقابل استفادته من كامل المزايا الاقتصادية والتي تشمل المكاسب المالية على وجه التحديد.

وفي هذا الإطار اعتمد المرسوم التنفيذي 199/18 على معيار الخطر كمؤشر لتحديد الصورة التي يكون فيها عقد التفويض، والذي كما أسلفنا يعتمد على نسبة التمويل الذي يشارك بها المتعاقد² فيتحمل المفوض له الأعباء والمخاطر المالية والتقنية للمرفق العام وكل ما يمكن أن يحدث من أضرار قد تحدث نتيجة استثماره بالمرفق العام³، فمن حيث المبدأ لا يمكن تصور وجود استثمار حقيقي دون مخاطر مالية وهي مجموع الأضرار المالية التي قد تلحق بالمستثمر وتعرضه لخسارة⁴، وبالتالي فالمخاطر ترجع الى قلب المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له في أثناء استغلاله للمرفق العام موضوع التفويض أي الخطر في كسب المال أو خسارته، وحتى بالنسبة لعقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة يحدد المقابل المالي لصاحب التفويض مسبقا وفقا لرقم الأعمال وهذا يعني أنه يحدد تبعا لنتائج الإستغلال والإستثمار دون أن تقع على عاتقه كل المسؤولية المالية على اعتبار أن السلطة

¹ علاء العناني، مرجع سابق، ص 325.

² انظر المادة 50 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر.

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، جابر ص 110

⁴ نادية ضريفي، تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 151.

المفوضة في هذا النوع من العقود هي المسؤولة عن تحقيق المرفق العام بشكل كبير، وهو ما يميز تفويض المرفق العام عن سائر العقود الإدارية المستخدمة في تحقيق المرفق العام، ويؤثر على وجود عملية استثمارية حقيقية تؤدي بطبيعة الحال الى احتمالية وقوع الأخطار وزيادة أعباء المستثمر وبالنتيجة يمكن القول بتغليب عنصر تحمل المخاطر والعبء المالي على عنصر المقابل المالي، والارتباط الوثيق بنتائج الإستثمار للقول بقيام تقنية تفويض المرفق العام، وبالرجوع الى الإجتهد الفرنسي في قضية samitom نجد أنه رجح عنصر المخاطر والإستثمار للقول بوجود تقنية تفويض المرفق العام وذلك عندما اعتبر أن التفويض هو موجود بوجود صاحب التفويض في وضعية يستثمر فيها المرفق العام على نفقته ومسؤوليته¹، وبشكل عام فإن تقنية التفويض مقترنة بشكل أساسي بوجود عملية الإستثمار في المرفق العام وبارتباط المقابل المالي للعقد بالنتائج المترتبة على عملية الإستثمار في المرفق العام، ولا يمكن الحديث عن وجود استثمار بكل ما تقتضيه الكلمة من معنى إلا اذا رافق عملية استغلال المرفق العام مجازفة حقيقية تتعلق أساسا بإمكانية حدوث أضرار ناتجة عن عملية الاستغلال والاستثمار في المرفق العام وتشكل في مجموعها ما يسمى بمخاطر الإدارة المفوضة للمرافق العامة.

فالمخاطر تتعلق بصفة عامة بالأعباء الإستثمارية أي نفقات استغلال المرفق العام والتي تتمثل بالخصوص في مخاطر الإيرادات والتي تتعلق بإنخفاض وضعف مردودية عملية الإستغلال والاستثمار وعدم تحقيقها للأرباح المرجوة، وفي العادة تكون هذه المخاطر متوقعة بالنسبة للمستثمر في المرفق العام فهي مخاطر غير مضمونة في الظروف العادية في الغالب، وهو الشيء الذي يضفي الصبغة التجارية على أسلوب تفويضات المرفق العام ويعطيها الطابع الإستثماري الحقيقي.

وفي المحصلة فإن تحمل المفوض لجميع المخاطر مهما كانت طبيعتها سواء الخاصة منها التي تتعلق بظروف تنفيذ المشروع العام المفوض في حد ذاته أو تلك المخاطر التي لها صبغة عامة والتي تتعلق بالظروف العامة للدولة في مختلف المجالات، إنما تندرج في إطار العملية الاستثمارية التي تتطلبها عملية تفويض المرافق العامة، وتندرج أيضا في ارتباط العائدات المالية من نتائج استغلال واستثمار المرفق العام المفوض هذا الاستغلال الذي ينجم عنه بشكل عام احتمالية الربح والخسارة وهي في الأساس المخاطر التي يتوجب على صاحب التفويض مواجهتها بصفة منفردة أو بصفة تضامنية مع السلطة المفوضة بحكم مسؤوليتها التي تظل قائمة على المرفق العام.

وفي هذا الإطار يمكن القول أن أسلوب التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام يعد أحد الوسائل المهمة القانونية المعتمدة في تنظيم وتسيير المرافق العامة، إلا أنه كذلك وسيلة لدفع وتيرة

¹ سمية سلامي، مرجع سابق، ص 102.

التمتية لدى القطاع العام داخل الدولة ، وهي تقنية يغلب عليها الطابع المالي والإقتصادي أكثر وقد غلب البنك الدولي هذا الطابع على تقنية لتفويض حين اعتبرها آلية تمكن من تأدية الخدمات مفروضة أصلا على السلطة العامة المانحة من جهة وأهداف القطاع الخاص في بلوغ منافع مادية من جهة أخرى¹، فأساليب التسيير التي ينتهجها الخواص تتميز بالبساطة والسرعة وتمكن من الإرتقاء بجودة الخدمة العمومية وتقديمها في الوقت المناسب وبأعلى جودة ممكنة، مما يشجع حاجيات المواطن في إبطارات علاقات تجارية ذات طابع إقتصادي محض فلم يعد الزبون مجرد مستهلك بل أن تزايد الوعي لدى الأفراد جعلهم أكثر حرص على أداء الخدمة العمومية وفق المعايير العالمية المتعارف عليها المتعلقة بالجودة²، هذا الطابع التجاري الذي أصبح ملازما للمرافق العامة التي تدار بأسلوب التفويض يستوجب إحترام الأعراف والتقاليد التجارية التي تفرض على المرفق العام الإحتكام الى قواعد الربح والخسارة وتحمل مغامم المرفق العام ومغامره على حد سواء، وتفرض على المستثمر الوفاء بالتزاماته المرفقية في ظل كافة الظروف.

فتحمل مخاطر الإستغلال يعتبر كمقابل لتحصيل العائدات المالية الناتجة عن إستغلال المرفق العام وهو في الوقت ذاته ما يضيفي الصبغة الإستثمارية على عملية التفويض بالإضافة الى أنه من الأهداف التي سطرته السلطة المانحة من خلال اعتماد تقنية التفويض وهي التخلص من مخاطر وأعباء إدارة المرافق العامة موضوع التفويض، وإن كان المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لأن هناك من الظروف الطارئة ما لا يقوى المفوض اليه على تحملها إلا بتضامن من السلطة المانحة نظرا لاعتبارات الصالح العام وطبيعة المرافق العامة موضوع التفويض، التي لا يمكن تحت أي ظرف من الظروف أو مبرر المجازفة بها من طرف السلطة العامة المفوضة كون تأمين المرفق العام المفوض وضمان تأديته لمهامه مرتبط ارتباطا وثيقا باعتبارات الصالح العام التي لا يمكن التنازل عنها مهما كانت المخاطر المحيطة بسير المرفق العام المفوض.

المطلب الثاني: العائدات المالية لعقد التفويض

إن مفهوم المردودية ينصرف في الغالب الى العائد المالي والنقدي البحت حيث تقارن بين النتائج والوسائل المادية المعتمدة في تحقيقها، وتعتبر المردودية من الأهداف الاستراتيجية للمشاريع العامة والخاصة على حد سواء فهي من جهة هدف للمرفق العام، وتمثل في المقابل معيار لتقييم المرافق العامة والخاصة والتي تعتمد مؤشر تتخذ على أساسه القرارات المناسبة لإنجاح العملية الإستثمارية

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 71.

² سلامي سمية، مرجع سابق، ص 101.

من خلال المقارنة بين أساليب إدارة المرافق العامة والبحث الجاد في سبل إيجاد السبل الممكنة لتفعيلها وتطويرها بحيث تكتسب القدرة اللازمة التي تمكنها من الصمود أمام الآليات المعتمدة في المنافسة وباعتبار أن المرافق العمومية متنوعة ومختلفة فإنه يترتب على ذلك اختلاف السبل التي يمكن أن تديرها، وبالتالي فإن سبل البحث عن المردودية تتنوع باختلاف السبل المنتهجة في تسيير المرافق العامة¹، وبما أن تقنية تفويض المرفق العام هي في الأصل وتعبر عن مصالح مزدوجة للشخص العام من جهة، وللمستثمر من جهة أخرى لذا فالحديث عن المردودية هو بالذات الدليل على نجاح أسلوب التفويض والنجاح النهائي هو نجاح الشخص العام والمستثمر على حد سواء²

وهذا النجاح يضيف بالطبيعة الى نجاح التفويض كأحد أساليب التسيير المعتمدة في تحقيق المرافق العامة ، فإذا كان دافع السلطة المانحة في اللجوء الى أسلوب التفويض ينحصر في تحقيق النفع العام فإن دوافع الغير المتعاقدة مع الجهة الإدارية وبالذات الخواص يبرره عامل واحد وهو تحقيق المكاسب المالية، والكلام عن الدافع المادي يجر حتما الى الحديث عن فكرة الإنتاجية أو المردودية التي أصبحت ملازمة لعملية الاستثمار في المرافق العامة، وهي تعني قدرة المستثمر على الوفاء بالتزاماته المتعلقة بتحمل نفقات التسيير والإستغلال وتجاوز ذلك الى تحقيق أرباح في شكل عائدات مالية تحصل بصفة أساسية من مستخدمي المرفق العام المفوض، ومنه بلوغ وفرة مالية تمكنه من ضمان القدرة المالية الكافية لتغطية وتمويل نفقات المرفق العام وتساؤه أيضا في عملية تطوير وتكييف المرفق مع متطلبات المنافسة، غير أن السلطة المفوضة وإن كانت في الغالب تبحث عن تأمين ديمومة المرفق العام، إلا أن ذلك لا يعني أبد اقتصارها على هذا الهدف إن سمحت النتائج المالية للاستثمار بتحقيق أرباح لصالح الشخص العام المفوض للمرفق العام، بالإضافة الى كون السلطة المانحة ستستعيد مرفقا عاما فعالا ومنتجا ومجهزا ومعد بشكل لائق لتقديم أحسن الخدمات العامة دون أن يكلفها ذلك مصاريف معتبرة تتعلق بتشيد وتجهيز المرفق العام فتسترد مرفقا عاما في كامل نشاطه وفعاليته عند نهاية مدة التفويض³.

مما يمكن من تحقيق أفضل لمقتضيات الصالح العام سواء من ناحية كلفة الخدمة التي تقدم بأقل سعرممكن ووفق جودة مقبولة، فالمستثمر يسعى من خلال شراكته مع السلطة العامة المفوضة الى الوصول لأكبر قد من المكاسب المالية، وهو في هذا السياق يمتلك القدرة على القيام بإجراءات يصعب على السلطة العامة القيام بها لدواعي إجتماعية في الأساس، كتخفيض رواتب العمال وخفض عدد

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 157.

² ضريفي نادية، تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، ص 276.

³ بركيبة حسام الدين، المرجع نفسه، ص 53.

ساعات العمال وزيادة ساعات العمل وخلق حوافز وفرض عقوبة وصرف العمال بسرعة وسهولة ولا تتوفر هذه الميزة لدى القطاع العام¹، وهو في سبيل ذلك ينفق مبالغ مالية معتبرة من أجل الاستثمار في المرفق العام ويسعى لتحصيل عائدات مالية في أشكال مختلفة تؤمن له الحافز المالي اللازم لتأمين الخدمة العمومية المطلوبة.

فالمرفق العام مطالب بتحقيق موارد مالية ذاتية تكون كافية لتغطية المبالغ المالية التي يتوجب عليه إنفاقها على استثماراته المرفقية وتقييم هذه الموارد المالية بالشكل الذي يسمح له إجراء مقارنة بين مجموع الإيرادات التي يمكن أن يحصلها عن طريق أسلوب التسيير المباشر للمرفق العام من قبل الشخص العام المسؤول عن المرفق والعائدات التي من الممكن تحصيلها من قبل شخص آخر مفوض بإدارة المرفق العام، سواء كان من أشخاص القانون العام أو الخاص بالإضافة الى معرفة كلفة إدارة الشخص العام للمرفق مقارنة مع كلفته في حالة الإدارة غير المباشرة من قبل شخص آخر مما يسمح بالاختيار الأفضل لأسلوب التسيير الأنجع للمرفق العام وبالتالي معرفة المبررات الأساسية التي تدفع الى الأخذ بأسلوب التفويض من عدمه².

الفرع الأول: العائدات المالية المحصلة من المنتفعين

إن الحق في استثناء المقابل المالي يعد الباعث الرئيسي والدافع الجوهرى الذي يؤدي الى الإقدام على إبرام عقد التفويض من الأساس ويحصل المفوض له على حقه في المقابل المالي في صورة أتاوى أو تعريفات يدفعها له المنتفعين من خدمات المرفق العام المفوض، وتحدد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بهذا المقابل كقاعدة عامة بأنها من قبيل البنود اللائحية التنظيمية، بحيث تتمكن الجهة الإدارية العامة من تعديل الشروط المتعلقة بالمزايا المالية المستحقة للمفوض اليه، بدافع المصلحة العامة وذلك بإرادتها المنفردة³، من دون الاعتداد بإرادة الطرف الآخر المتعاقد مع الجهة الإدارية المانحة للتفويض وذلك بموجب مقتضيات الصالح العام وبإعمال إمتيازات السلطة العامة لأشخاص القانون العام المفوضة.

فالعائدات المالية هي مجموع الأموال التي يمكن للمفوض أن يحصلها كونه مستثمرا في المرفق العام كمقابل للاستثمارات التي جسدها في إطار تنظيم واستغلال المرفق العام الذي أقامه أو نظير

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 305.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 482.

³ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 281.

قيامه بمهمة مرفقية في إطار تفويض المرفق العام¹، وفي هذا الإطار ربط أغلب الفقه المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بصفة أساسية وجوهرية بالنتائج المترتبة على استغلال واستثمار المرفق العام، وبالتالي فالعائدات في الأساس تمثل الأجر الذي يحصل عليه صاحب التفويض في مقابل استثماراته سواء كانت هذه الاستثمارات ضخمة تتضمن إقامة المرافق العامة وتسييرها أو استثمارات محدودة تشمل صيانة المرافق وتسييرها فحسب، وتتجلى أهمية العائدات كونها المحور الأساسي في عملية الاستثمار بالاعتماد على أسلوب تفويض المرافق العامة، فهي محرك عملية التعاقد وهي الباعث المباشر الذي يدفع المتعاقد نحو الاستثمار في المرفق العمومي لجني الأرباح، حيث تعتبر العائدات تعتبر محرك لاستثمار المرفق العام.

وبالتالي حرصت جل التشريعات على تعميق مصادر العائدات المالية من أجل ضمان تكاليف الاستثمار فلم تعد تفويضات المرفق العام ترتبط فقط بالعائدات المحصلة من المرتفعين وإنما اتسعت لتشمل مصادر مختلفة تشكل في مجموعها عائدات للمشاريع العامة المفوضة إلا أن المبالغ التي يدفعها المنتفعون تشكل أهم هذه المصادر.

وتكون مجموع المبالغ التي يحصلها المفوض له على شكل رسوم من مستخدمي المرفق العام فهي تمثل المقابل المالي الذي يتقاضاها كنتيجة مباشرة لاستغلال واستثمار المرفق العام وفي هذا السياق فقد ألزم المشرع الفرنسي من خلال قانون سابان لعام 1993 وكذلك الإجتهد القضائي بأن ينص عقد التفويض بشكل خاص وواضح على هذه الرسوم مع ذكر العوامل والمؤشرات التي تساهم في تحديده على أن تكون هذه الرسوم كافية لتغطية تكاليف الاستثمار وتنظيم وصيانة المرفق فالإدارة يجب أن تتدخل في تحديد هذه الرسوم من أجل حماية مبدأ المساواة بين كافة المنتفعين من المرفق العام² إلا أن هذا المبدأ لا يمكن أن يمنع من وجود تمييز في المعاملة بين المنتفعين على سبيل الاستثناء ويرجع ذلك في إلى عدة اعتبارات تتمثل في موجبات المصلحة العامة، بالإضافة الى وجود المبرر في اختلاف المراكز القانونية المنتفعين³.

وانطلاقاً من ذلك فإن فرض وتحديد رسوم بشكل خاص على فئة من المنتفعين استناداً الى الاختلاف في مكان الذي ينفذ فيه المرفق العام أو حجم الاستهلاك لا يمكن أن يصنف مساساً بمبدأ المساواة فيما بين مستخدمي المرفق العام ، ويلتزم صاحب التفويض بالمقابل بتحصيل الرسوم المعينة

¹ نادية ظريفي، تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع السابق، ص 151.

² يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 177.

³ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 152.

من قبل الجهة الإدارية العامة بناء على تلك الإعتبارات السالفة الذكر، وتجدر الإشارة الى أن تحصيل هذه الرسوم من قبل المنتفعين إما أن يكون بطريقة مباشر أو عن طريق غير مباشرة إذ يمكن أن يتم تحصيل الرسوم بوساطة موظفين تابعين لصاحب التفويض، كما يحق للمستثمر في المرفق العام أن يعهد لشخص آخر القيام بمهمة تحصيل هذه الرسوم من قبل المنتفعين، ومنه فإن صاحب التفويض يعتمد في عملية تحصيل الرسوم على أساليب القانون الخاص، ولا يتمتع بأي امتياز بهذا الخصوص ويجب عليه في حال امتناع أحد المنتفعين من أداء الرسوم المتوجب عليه اللجوء الى القضاء لإلزامه بالدفع¹.

فهي مبالغ مالية يدفعها المرفقون مقابل الخدمة العمومية التي يتلقونها من المستثمر القائم على تحقيق المرفق العام، وقد شكلت هذه الصورة تقليديا المصدر الجوهري والأساسي الذي تتكون منه العائدات المالية للمستثمر في المرفق العام، حيث استقر الفقه على اعتبار ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بمبالغ مالية يحصل عليها من طرف مستعملي المرفق العام معيارا حاسما ومؤشرا قويا على تصنيف العقد الإداري في نطاق تفويضات المرفق العام

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 على تسميات مختلفة للمقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض اليه، من مستخدمي المرفق العام المفوض فقد أطلق عليه إسم أتاوى كما في عقود الإمتياز والإيجار وبالتعريفات كما هو مبين في عقد التسيير والوكالة المحفزة، وما يمكن قوله أن التعريفات تختلف عن الأتاوى من حيث تقدير قيمتها مع ثمن الخدمة المؤداة، وما يمكن استنتاجه في هذا الإطار أن في التعريفات دائما ما يكون المقابل المالي عبارة عن ثمن يضاف الى التعريفات من أجل تغطية تكاليف التسيير المختلفة للمفوض اليه مع ضمان قدر من الأرباح، عكس الأتاوى التي تكفل تغطية تكاليف التسيير مباشرة ودون تدخل السلطة المفوضة بمعنى أن التعريفات لا تساوي القيمة المحددة لتكلفة تسيير المرفق العام، وهو ما يبرر ضرورة تدخل السلطة المانحة للتفويض للموازنة عكس الأتاوى التي تعكس قيمة الثمن الحقيقي لتكلفة الخدمة المؤداة من قبل صاحب التفويض، وفي كل الحالات وسواء كانت أتاوى أو تعريفات فهي عبارة عن اقتطاعات تؤدي من مستخدمي المرفق العام بغية المساهمة في تغطية أعباء المرفق العام أو تغطي نفقات تشييد وصيانة المنشأ العام، وذلك كمقابل للخدمات المؤداة من خلال المرفق أو في استخدام

¹ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع نفسه، ص، 177، 178.

للمنشأ¹، وفي هذا السياق فإن المقابل المالي وفقا لتعريف مجلس الدولة الفرنسي مرتبط بتوفر شروط ثلاثة تتمثل في²:

1/ أن يكون مقابل لخدمة مؤداة: لا يجب أن يدفع المقابل المالي إلا في مقابل خدمة قد تم تأديتها فعلا واستفاد منها المنتفع بصورة مباشرة وأكيدة وأن يغطي نفقة تلك الخدمة موضوع الإنتفاع.

2/ أن يكون متعادلا ومتكافئا: أن يتناسب هذا المقابل مع قيمة الخدمة المستفاد منها من قبل المنتفع وهذا بخلاف الرسم الذي لا يتناسب مع قيمة الخدمة المقدمة، لذلك يجب أن تتوفر هناك صلة وطيدة بين معدل الأتاوى من جهة، والخدمة المؤداة أو المستهلكة من جهة أخرى وهذا ما أكد عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في رأيه " إن رسوم المرافق الصناعية والتجارية والتي تشكل الأساس في تحديد الأتاوى المطلوبة من المنتفعين بغية تغطية أعباء المرفق تجد المقابل لها في الخدمة المؤداة للمنتفعين".

3/ أن يستهدف تحقيق مصلحة خاصة

فالتعريف أو الأتاوى التي يتقاضاها صاحب التفويض من مستخدمي المرفق العام يجب أن تكون في مقابل خدمة يتلقاها المنتفع بصورة خاصة وبالتالي إذا كانت المبالغ المالية التي يتم دفعها من المنتفع لخدمات أخرى لا يقتصر الإنتفاع بها على المنتفع منها والمكلف بدفعها وإنما يتعدى الإنتفاع منها لجمهور المنتفعين أي في الحالة التي تستهدف الخدمة تأمين مصلحة عامة أشمل من المصالح الخاصة للمنتفعين المكلفين بدفعها، فهنا لا يمكن أن تسمى تعريفة أو أتاوى على هذه المبالغ التي يتقاضاها المفوض اليه من المنتفعين وهذا البند أكد عليه 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، غير أن التباين يقع غالبا في تحديد نوع الأحكام المتعلقة بالتعريفات والأتاوى التي ينص عليها دفتر الشروط من ناحية كونها تندرج ضمن الأحكام اللائحية والتنظيمية يعود تقديرها للسلطة المانحة للتفويض، أو كونها تخضع لأحكام تعاقدية يتم الاتفاق على عملية تقديرها بواسطة الإتفاق مع المفوض له، وفي الحقيقة أن عملية تحديد الأتاوى والتعريفات له طبيعة مختلفة فهي من جهة تدخل ضمن قانون المرافق العامة و مبادئ المسيرة له مثل الإستمرارية والمساوات والقابلية للتكيف والتطور والتعديل الأمر الذي يضيف عليها أنها أداة تنظيمية للمرافق العامة تنظم

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 282.

² المرجع نفسه، ص 283، 284.

العلاقة بين مستخدم المرفق العام وتجعلهم في مركز مواجهة مع الشخص القائم بإدارة واستثمار المرفق العام وبالتالي فإن أي تعديل لها يستهدف مباشرة المنتفعون.

وفي المقابل فإن المبالغ المالية المدفوعة من قبل المنتفعين في شكل أتاوى وتعريفات لابد أن تكون ناتجة عن اتفاق رضائي يتم بصورة متبادلة بين السلطة المفوضة والمفوض له بحيث أن أي تعديل لهذه المبالغ يجب أن تكون بإرادة الأطراف المتعاقدة، وبالعودة دوماً الى المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع أكد على ضرورة إشراك صاحب التفويض في تحديد التعريفات التي يحصلها من المنتفعين مع السلطة المانحة للتفويض، وذلك خلال مرحلة إبرام عقد الوكالة المحفزة فقط دون الصور الأخرى من عقود التفويض ما يجعل تحديدها مقتصر على السلطة المانحة للتفويض فقط دون إمكانية التشارك مع المفوض إليه في عملية تحديدها، كما قد يحدد المشرع صراحة سعر الخدمة مثل ما هو عليه في النقل الجوي أو البحري أو الكهرباء، فحينئذ لا تستطيع الجهة الإدارية ولا صاحب التفويض أن يخرج عن النصوص القانونية.

ويميز المشرع الجزائري في هذا الصدد بين طائفتين من العائدات وذلك بالنظر الى إختلاف صور تفويض المرفق العام وكذا بالنظر الى جهة التمويل فإذا كنا بصدد تمويل كلي للمرفق العام من قبل المستثمر نكون بصدد الحديث عن ما يسمى بالأتاوى فنكون بصدد الأتاوى، حيث تشكل هذه الأتاوى مصدر لتغطية تكاليف الإستثمار التي يكون قد تكبدها المستثمر في سبيل تمويل إقامة المرفق العام بشكل كامل وتغطية جميع النفقات التي تترتب عن عملية الصيانة والتشغيل بالإضافة الى إمكانية تحقيق الأرباح عن طريق تحصيل هذه الأتاوى، التي تكون في الغالب مناسبة لقيمة الخدمة المقدمة للمنتفع من المرفق، أما في الحالة التي يكون فيها المرفق العام ممول من طرف السلطة المفوضة سواء بشكل كلي أو جزئي فإن العائدات تكون في شكل تعريفات هذه التعريفات تكون في الغالب رمزية لا تتناسب مع الخدمة المرفقية المقدمة للمنتفع المكلف بأداء هذه التعريفات للمفوض له.

والأتاوى يمكن تعريفها على أنها تلك الاقطاعات التي يقدمها المنتفعون من خدمات المرفق العام المفوض من أجل تغطية تكاليف إستغلال مرفق العام عام معين، وذلك كمقابل للخدمة العمومية المقدمة من طرف المرفق العام موضوع التفويض أو نظير إستخدام لمنشأة من منشآت المرفق¹، وفي هذا السياق فقد شكلت الأتاوى لمدة طويلة من الزمن المعيار الجوهري الذي من خلاله يمكن التمييز بين عقود تفويضات المرفق العام و عقود الصفقات العمومية، حيث يستند على هذا المعيار في تكييف العقد ضمن نطاق عقود تفويض المرفق العام إذا كان المقابل المالي الذي يتقاضاه صاحب التفويض محصلاً بصفة أساسية من مستعملي المرفق العام، أما في الحالة التي يكون أجر صاحب التفويض

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 179.

يتلقاه من الجهة الإدارية المانحة، فإنه لا يعدو أن يكون ثمنا لقاء إدارته للمرفق العام، وبالتالي يكيف العقد أُنذاك على أنه صفقة عمومية ، ومن ذلك كله تشكل الأتاوى المكون الجوهرى الذى يتشكل منه أجر صاحب التفويض وتعتبر هذه الأتاوى مرتبطة ارتباطا وثيقا وجوهريا ومتناسبة الى حد كبير مع الخدمات التى يقدمها المرفق العام المفوض لمستعملي المرفق.

وبالرغم من أن المشرع الجزائرى لم يعرف الأتاوى إلا أنه أشار الى أن صاحب التفويض يتولى عملية تحصيلها من المنتفعين من المرفق العام من خلال ما نصت عليه المادة 210ف4 من المرسوم 247/15 التضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر على أنه " يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمى المرفق العام " ويتولى المفوض له تحصيلها لحاسبه لتغطية الإستثمارات التى أنجزها" ويؤكد في هذا على أن الهدف من الأتاوى إنما هو لتغطية نفقات الاستثمارات بالدرجة الأولى وتغطية تكاليف الخدمات العامة من طرف المرفق العام المفوض زيادة على تحقيق الأرباح الممكنة.

ب/التعريفات

هي عبارة عن مبالغ من المال يتم تحصيلها كذلك من المنتفعين من خدمات المرفق ويتولى كذلك صاحب التفويض تحصيلها لصالح السلطة المانحة للتفويض، هي بذلك لا تدخل في تكوين الأجر الذى يتلقاه المفوض اليه بشكل أساسى وجوهري وإنما تعتبر جزءا منه، فأجر المفوض له تدفعه الإدارة بشكل أساسى استنادا لعدة اعتبارات من بينها أن قيمة هذه التعريفات التى يدفعها لا تشكل مقابل حقيقيا يتناسب مع تكلفة الخدمة العمومية المقدمة للمكلف بأداء هذه التعريفات، ولا تكون كافية لدفع أجرة صاحب التفويض، وبذلك تتخذ العائدات شكل التعريفات إذا كان تفويض المرفق العام في شكل عقد الوكالة المحفزة أو عقد التسيير، وهذا ما نصت عليه المادة 210 ف10 على أنه " تحدد السلطة المفوضة بالإشتراك مع المفوض له التعريفات التى يدفعها مستعملوا المرفق العام ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية " ويمكن ملاحظة الفرق هنا أن الأتاوى يحصلها المتعاقد لحسابه الخاص في حين أن التعريفات يحصلها لحساب الجهة الإدارية العامة مانحة التفويض.

الفرع الثانى: العائدات المدفوعة من طرف الإدارة

هي تلك المبالغ المالية التى تتكفل بدفعها الجهة الإدارية المانحة الى المفوض اليه بصفة جزافية والتي تختلف قيمتها بالنظر الى اختلاف رقم الأعمال الخاص بالمشروع وكذا الأرباح التى يتم تحقيقها ويمكن أن تضاف إليها منحة إنتاجية¹، فالعائدات المالية للمستثمر في المرفق العام في هذه الحالة

¹ المادة 210 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر.

تحسب بناء على النتائج المالية المحققة من جراء عملية الإستثمار في المرفق العام¹، وبذلك يعد الثمن المدفوع من طرف الجهة الإدارية المتعاقدة جزء من العائدات إلى جانب التعريفات المحصلة من مستخدمي المرفق العام، وذلك بشرط جوهري ملازم لعملية تفويض المرفق العام وهو ضرورة أن تكون هناك علاقة وطيدة بين هذا الثمن بصفة ونتائج الإستثمار المحققة.

لكنه وبالرغم من ذلك يبقى الغموض سائد في ظل صعوبة تحديد مدى الارتباط بين العائدات ونتائج الاستثمار للقول بوجود تقنية تفويض المرافق العامة، وذلك في ظل غياب وتحديد النسبة التي لا بد من تحققها للقول بذلك الارتباط ومنه تصنيف العقد، فهل يمكن أن يتحقق هذا الارتباط مثلاً عندما يكون المبلغ المالي الممنوح من الجهة الإدارية أقل من قيمة التعريفات المتحصل عليها من مستعملي المرفق العام، وبالرجوع في هذا الإطار إلى الإجهادات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي المقررة في هذا الإطار فهي لا تعتد بنسبة ثابتة للقول بمعرفة الحدود الفاصلة بين ما هو مقابل مالي تكميلي يتم دفعه من قبل من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة والمقابل المالي الأساسي المرتبط بإستغلال المرفق العام في قضية smitom حيث إعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن العقد الذي تضمن جمع النفايات المنزلية ومعالجتها يعد تفويض مرفق عام بالرغم من أن الجزء المتغير الذي يدفعه المستفيدون يشكل 30 بالمئة فقط من مجموع العائدات، في حين يشكل الجزء الثابت الذي تدفعه الإدارة نسبة 70 بالمئة وفي قضية أخرى كيف مجلس الدولة الفرنسي العقد على أنه تفويض مرفق عام بالرغم من أن المتعاقد يحصل على 20 بالمئة من المنتفعين فقط².

وبالتالي لا يهم نسبة مشاركة المفوض له في المشروع المفوض لأن الملائمة بين أسلوب التفويض والمرافق العامة الإستثمارية يستند على أساس أن فكرة الإستثمار وما يترتب عليها من نتائج مالية من تحمل الأعباء والمخاطر من قبل المستثم، بحيث يصبح مسؤولاً مبدئياً عن كل تبعات الإستثمار وبمعنى آخر عن كل ما يترتب عن العملية الإستثمارية، هذه العوامل تجعل المرافق العامة موضوع الاستثمار عن طريق آلية التفويض تتشابه الى حد كبير مع المشاريع الخاصة، مما يسهل بالتالي تطبيق أسلوب التفويض عليها³، واستفادتها من قواعد السرعة والبساطة في الإجراءات التي تميز مجال القانون الخاص.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، 104.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 451 و452.

³ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، 230.

وفي كل الأحوال ومهما كان مصدر العائدات المالية التي يحصل عليها صاحب التفويض يبقى الارتباط بين هذه العائدات ونتائج استغلال المرفق العام هي الميزة الأساسية التي ينفرد بها عقد التفويض عن العقود الإدارية الأخرى، لاسيما عقود الصفقات العمومية وهي في الوقت ذاته الخاصية التي تصنف عقد التفويض ضمن العقود الرامية الى تحقيق عمليات استثمارية من خلال تنظيم واستغلال المرافق العامة، وزيادة على ذلك لم يصبح العائد المالي والمكاسب المالية ضمن اهتمامات صاحب التفويض فحسب، وإنما تطورت أهداف الجهات المانحة من مجرد تأمين الموارد اللازمة لسير وانتظام المرافق العامة الى السعي لتحقيق عائدات مالية من خلال عقد التفويض الذي أضحى وسيلة من وسائل خلق الثروة والمساهمة في نمو الاقتصاد الوطني لما حققه من نتائج خاصة في يتعلق في الاستثمار في مجال البنى التحتية والطاقات المتجددة في كثير من الدول وبالتالي أضحت عقود الشراكة بصفة عامة وعقود التفويض على وجه التحديد آلية للمساهمة في النمو الإقتصادي.

المبحث الثاني: قيود الرقابة على عقود التفويض

إن أسلوب تفويض المرفق العام في مجمله إنما هو تعبير عن تداخل مصالح مزدوجة فالنجاح في هذه التقنية من وجهة السلطة المانحة للتفويض يكمن في بلوغ أفضل ما يمكن الوصول إليه في سبيل تحقيق مقتضيات الصالح العام، وقد تتعدى ذلك فيما يخص بعض المرافق الى تحقيق بعض المكاسب المالية في شكل تحقيق إنتاجية ومردودية أما بالنسبة للمفوض إليه فإن نجاحه هو في تحقيق القدر الممكن من المكاسب المادية¹، وإن كانت الأهداف الخاصة لصاحب التفويض تصب في إطار المصلحة العامة بمفهومها الواسع، باعتبار أن نجاح المستثمر في المشاريع العامة المفوضة يضمن بالطريق غير المباشر الإستمرار في تقديم الخدمات العامة بالشكل اللائق الذي يضمن جودة الخدمة زيادة على تأمين ديمومتها.

ومن المسلم به أن عملية الرقابة المكرسة من قبل الجهة العامة المانحة للتفويض إنما تركز على مبدأ أساسي وهو مسؤولية الجهة المانحة بالدرجة الأولى على تحقيق المرفق العام على الرغم من استعانة السلطة المفوضة بالغير من أجل تسيره، حتى في الحالة التي يغفل على ذكر هذا الحق في نصوص العقد إلا أنه من الطبيعي أن لا تكون هذه السلطة مقررة على إطلاقها بل لابد من ارتباطها بحدود معينة رسمها الإجتهد القضائي وأوجزها أمرين اثنين أولهما أنه لا يمكن الرقابة أن تمس بطبيعة العقد فلا يحق لها أن تلزم المفوض له بتعديلات تمس جوهر العقد وقد تحولت الى المتعاقد الى مجرد منفذ لمهام مرفقية نيابة عن السلطة المفوضة وهو ما يحول العقد الى نوع من الاستغلال

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 280.

المباشر وفي هذه الحالة تكون عملية الرقابة هي رقابة ذاتية فقط، أما الأمر الثاني فهو ضرورة اقتصار التدخل الرقابي على نشاط الاستغلال المرفقي دون التدخل في وسائل الاستغلال فالرقابة معنية بسير المرفق العام المفوض دون الإمتداد الى وسائل تسييره التي تبقى من الإختصاصات الأصلية للمفوض اليه¹.

فالرقابة على عقد التفويض وإن كانت عملية بالغة الأهمية تمارسها السلطة المانحة للتفويض بشكل جوهري من أجل حماية عقد التفويض والمرفق العام المفوض من أي شكل من أشكال الانحراف والفساد الذي يمكن أن يشوب عملية إبرام أو تنفيذ المرفق العام، إلا أن هذه السلطة الممنوحة للجهة العامة المتعاقدة لا يمكن أن تمارس بشكل مطلق ومجرد من أي قيد أو ضابط لأن ذلك يصطدم باعتبارات أخرى تحد من هذه الرقابة وتجعل ممارستها في إطار معين، لأن ممارسة الرقابة ليست هدفا في حد ذاته بقدر ما هي وسيلة تستخدمها السلطة المفوضة لضمان تحقيق وتنفيذ المرفق العام طبق للشروط والبنود المتفق عليها في عقد التفويض وكذا المعايير المحددة في دفاتر الشروط المتعلقة بالمرافق العامة المفوضة.

غير أن الرقابة على عقود تفويض المرفق العام لا تخضع فقط للقيود التي تفرضها طبيعة الإستثمار في المرفق العام من حيث الارتباط بمتطلبات المصلحة العامة من جوانبها المختلفة أو حتى القيود التي تفرضها مبادئ الإستثمار في المرفق من خلال القيود التي تفرضها حركة الإقتصاد وحرية المنافسة وغيرها من الضوابط وإنما تمتد العوامل المؤثرة في عقد التفويض الى المناخ العام الذي يتم فيه تحقيق المرفق العام لاسيما ضرورة مواكبة المنظومة القانونية بكل مكوناتها لهذا الأسلوب من التسيير، بالإضافة الى ضرورة تكييف الفكر الإقتصادي السائد داخل المجتمع مع التقنية التي تتطلب انتهاز سياسة إقتصادية منفتحة على التحولات الاقتصادية الدولية بصفة خاصة.

المطلب الأول: ارتباط تقنية التفويض بالمناخ العام للاستثمار

إن التطرق لإدارة واستثمار المرافق العام عن طريق آلية التفويض يعني بالضرورة الحديث عنعملية استثمارية تهدف الى إعادة تأهيل المرافق العامة التي ظلت حكرا على التسيير المباشر لفترة زمنية طويلة وتميزت ببروز نقائص كبيرة في التسيير، إلا أن إعادة بعث هذه المرافق العامة من خلال بعث استثمار حقيقي فيها يضمن الإرتقاء بالخدمات العمومية الى معايير الجودة التي تفرضها قواعد الاقتصاد الحر والمنافسة الحقيقية المبنية على التكلفة الحقيقية للخدمات العامة التي تقدمها المرافق العامة بعيدا عن كل أشكال التدخل الإقتصادي للدولة في هذه المرافق العامة لا من حيث التمويل ولا

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، 183، 184.

من حيث سياسة الدعم التي تختفي من جرائها الكلفة الحقيقية للخدمة وتؤثر على قواعد المنافسة وعلى جودة الخدمة العمومية.

فبعث الاستثمار بشكل عام في جميع المجتمعات وبالأخص في الدول النامية منها بات أكثر إلحاحا من أي وقت مضى والأهداف الخاصة للمستثمر خاصة في مجال المرافق العامة أصبحت جزء لا يتجزأ من مقتضيات المصلحة العامة، فنجاح العملية الإستثمارية ككل في حقل المرافق العامة من شأنه أن يضمن التحقيق الأفضل والامثل للمرافق العامة التي تعتبر من أبرز المحاور التي تشكل مركز إهتمامات كل المجتمعات نظرا لارتباطها الوطيد بالحاجات الأساسية والضرورية اللازمة لأفراد المجتمع، وتتمتع للسلطة العامة في هذا الصدد بسلطات وصلاحيات من شأنها أن تيسر سبل إدارة هذه المرافق العامة وتنشيط العملية الاستثمارية فيها، سواء على مستوى توفير الضمانات اللازمة التي تكفل حماية عقود التفويض من الانحراف عن أهدافها ومن مختلف مظاهر الفساد أو على مستوى توفير البيئة المناسبة التي يستطيع أن ينمو فيها عقد التفويض نمو سليما ويؤدي الغرض منه في تفعيل المرفق العام موضوع التفويض، من خلال ضمان ديمومته في تأدية الخدمات المنوطة به والسعي الى تحقيق مردودية اقتصادية تحميه من أشكال المنافسة وتضمن تكيفه المستمر مع جميع الظروف المحيطة به .

لذلك لا يكفي النص على آلية التفويض من خلال نصوص قانونية في قطاعات مختلفة أو توحيد هذه النصوص في إطار قانوني موحد كما فعلت جل التشريعات المقارنة ومنها المشرع الجزائري من خلال احكام المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام المحلي ، بل لابد من تظافر كل المنظومة القانونية بكل مستوياتها من أجل خلق البيئة الملائمة للاستثمار في المرفق العام ذلك أن المستثمر في المرفق العام يتعامل مع محيط كامل فيه العديد من العوامل التي أما أن تساهم في تحفيزه وتوسيع استثماراته في المرفق العام وإما تشكل له عوائق تثنيه عن مسعاه.

فلا بد للمستثمر من أن يتمتع بالضمانات الملائمة خاصة تلك التي تحميه من الجانب القانوني من أجل حماية شرعية العقد واكتسابه للوسائل والقواعد القانونية الضرورية التي تحميه من أي منافسة تترتب عليها منازعات قضائية خاصة وأن المستثمر في المرافق العامة يواجه منافسة شديدة من القطاع الخاص لأنه في الغالب تكون النشاطات المرفقية التي تكون موضوع التفويض مشابهة للنشاطات التي يزاولها أشخاص القانون الخاص.

فالمرفق العام المفوض يمارس في إطار زمني محدد وفي مكان جغرافي محدد وهو بذلك يتأثر بجميع المعطيات والمتغيرات وخاصة على نطاق النصوص التشريعية وتوجهات النظام الاقتصادي فكلما توفرت البيئة المناسبة اتسع نطاق عقد التفويض وترسخت أحكامه لدى الجهة المانحة والمتعاقدين معها وكذا لدى مستعملي المرفق العام المفوض، فآلية التفويض ليست منعزلة عن المحيط

العام وينطبق عليها ما ينطبق على الإستثمارات الخاصة إلا ما تعلق بطبيعة وخصوصية عقد التفويض.

الفرع الأول: الارتباط بالمنظومة القانونية

ان المشروعات العامة موضوع التسيير المفوض لن ترسم طريقها الى النجاح ما لم تتكاتف الجهود التي من خلالها توفر البيئة القانونية المناسبة، وتكرس من خلال سن قواعد قانونية حديثة في الدولة المضيفة للاستثمارات تتلاءم هذه الأحكام القانونية مع طبيعة هذه المشروعات التي يكون من شأنها تسهيل المعاملات الضرورية لتنفيذ هذه المشاريع من أجل المساهمة في تخفيض درجة المخاطر القانونية التي يمكن وقوعها بمناسبة تنفيذ وإقامة الاستثمارات في البلد المضيف الذي تنفذ هذه الاستثمارات على أراضيه ، فوجود عامل الثقة و الاستقرار القانوني يمثل أحد أهم متطلبات المتعاملين الإقتصاديين الباحثين استثمار أموالهم في المشروعات العامة وبالأخص المشروعات التي تمس البنية التحتية والمرافق العامة، التي تنضوي في العموم تحت إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص باختلاف الصور التي تتبلور فيها ويعد تفويض المرفق العام أحد أهم هذه الآليات وأشهرها عقود البناء والتشغيل والتحويل BOT وأنه من الضرورة بمكان عمل الدول المتجهة الى المشروعات الإستثمارية بتكليف تشريعاتها المشجعة على خلق المحيط الملائم لفتح بوابة الاستثمار أمام القطاع الخاص¹.

فلا بد من توفر مناخ ملائم لتجسيد الإستثمار بصفة عامة ومن ضمنها عملية الاستثمار في المرافق العامة فكل عملية تستهدف الحياة الإقتصادية لها ارتباط وثيق بالمنظومة القانونية على كل مستوياتها بدءا بالتشريع الأساسي والمتمثل في إقرار الدساتير للحق في الاستثمار وحرية التملك والإقرار بالانفتاح على متطلبات الاقتصاد الحر الذي تفرضه المتغيرات العالمية على المستوى الاقتصادي، بالإضافة الى ضرورة مواكبة التشريعات العادية الصادرة عن السلطات التشريعية التوجه العام للنظام السياسي والإقتصادي للدولة فعملية الإستثمار ومنها الإستثمار في المرافق العامة نظرا لما تكتسبه هذه المرافق من خصوصية مرتبطة بالأساس بالحاجيات العامة لأفراد المجتمع وتعلقها بأبعاد السلطة العامة المختلفة تجعل المستثمر في هذه المرافق العامة أكثر خوفا من المستثمرين في المشاريع الخاصة، وهذا التخوف مرده في الأساس في ارتباط المرفق العام الوثيق بالصالح العام الشيء الذي يخول للسلطات العامة التدخل في هذه الإستثمارات في كثير من الأحيان تحت عنوان حماية الصالح العام.

¹ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، ص 184.

ونظرا لمرونة متطلبات المصلحة العامة فإن المستثمرين يرغبون في الحصول على ضمانات تمنحهم الثقة وتقيهم من المخاطر التي يمكن أن تحدث من جراء التسارع في تعديل التشريعات خلال فترات زمنية قصيرة، وفي هذا الإطار وتقاديا لهذه المحاذير فإن السلطات العامة التي تتبنى نهج تحرير الاقتصاد وبالخصوص التي تسعى الى جلب الإستثمارات في المشاريع العامة الى ضرورة مواكبة منظومتها القانونية مع متطلبات التجارة الحرة وقواعد السوق وتحاول في الوقت ذاته صياغة قواعد قانونية مدروسة لتعمر أكبر فترة زمنية ممكنة في إطار ما يسمى بالثبات التشريعي وذلك رغبة منها لخلق نوع من الثقة لدى المستثمرين ولأسيما في المرافق العامة المفوضة، فتكون دعامة لهم وحافزا مهما لهم على ضخ المزيد من رؤوس الأموال الخاصة على سبيل التحديد في مشاريع المرافق العامة بكل أمان وهذا لما تمثله المنظومة القانونية الوطنية ككل بالنسبة للمستثمر وخاصة للأجانب منهم، فليس هناك بد للدول الساعية الى جلب الاستثمارات بمختلف أنواعها من توفير المناخ القانوني الملائم، فهو يشكل بالنسبة للمستثمر أكبر ضمانة تقدمها له الدولة المضيفة.

وجدير بالذكر أن المقصود بالمنظومة القانونية ليس فقط التشريعات التي لها علاقة بالإستثمار في المرافق العامة فحسب وإنما المقصود بها كل القوانين التي تمس الحياة الاقتصادية وعلى الخصوص التشريعات التي تخص النظام المالي والتي تنظم المؤسسات المالية ونظام القروض وقوانين الضرائب والقوانين التي تنظم الحق في التملك بالإضافة الى قوانين الشركات التجارية وصولا الى القوانين والتنظيمات التي تنظم عملية الشراكة بين أشخاص القانون العام والمتعاملين الإقتصاديون العموميين أو الخواص، فكلها تشريعات متداخلة لها علاقة مباشرة وغير مباشرة في تعزيز أسلوب الشراكة وفي مقدمتها تفويض المرافق العامة.

لذلك فتعزيز تقنية التفويض من الناحية العملية لا بد أن تكرسه القواعد القانونية والتشريعات التي تضيف على عقد التفويض الشرعية اللازمة التي تحميها من أي منازعة في المستقبل ويشكل ثبات النصوص القانونية واستقرار المنظومة التشريعية بالإضافة الى إستقلالية السلطة القضائية عوامل أساسية وضرورية في إنجاح أسلوب التسيير غير المباشر للمرافق العامة عن طريق آلية التفويض فثبات التشريع لمدة زمنية طويلة يحافظ على الحقوق ويعطي فرصة للمستثمرين في المرافق العامة المفوضة من أجل استنفاد واهتلاك استثماراتهم بالإضافة الى تحصيل المبالغ اللازمة لتغطية أعباء وتكاليف استثماراتهم بالإضافة الى تحقيق الأرباح والفوائد الممكنة كل هذه الأهداف تساعد في تحقيقها استقرار وثبات المنظومة القانونية لان المفوض اليه غالبا يتعاقد مع الجهات الإدارية العامة في ظل منظومة قانونية قائمة ويرتب حساباته على أساس تلك القواعد والتنظيمات القانونية من خلال الاستفادة من محاولة الإستفادة من مزايا التشريع في مجالات معينة.

فيخلق ذلك إطمئنان وثقة في نفوس المستثمرين في المرافق العامة ويشجعهم على الأخذ بزمام المبادرة الفردية وتوسيع استثماراتهم في المشاريع العامة المفوضة من خلال بذل المزيد من رؤوس الأموال في هذه المشاريع، غير أن كان الثبات التشريعي يتعلق بمجل الإستثمارات المجسدة حتى بالنسبة للمشاريع الخاصة غير أن ارتباط تقنية التفويض بالمرافق العامة وبالسلطات العامة وامتيازاتها العامة يجعلها أكثر من غيرها عرضة للتأثر بتغيير النصوص القانونية بشكل مستمر وخاصة فيما يتعلق بالتشريعات الخاصة بالمرافق العامة وطرق إدارتها.

لذلك يهتم المستثمرين بشكل عام خاصة منهم الأجانب بالتعرف على التشريعات الخاصة بالبلدان المضيفة عن كثف وينتدبون لذلك خبراء قانونيين يمثلونهم للوقوف على مميزات كل تشريع والطرق المتبعة في تعديل التشريعات وكذا الإجراءات المتبعة في إصدار القوانين والتنظيمات بشكل عام والتي تمس الجانب الإقتصادي بشكل خاص قبل الإقدام على أي عملية تعاقدية لأن لهم مصالح مالية كبيرة يمكن تعريضها للخطر من جراء عدم ثبات التشريعات من خلال كثيرة التعديلات.

وفي المحصلة فإن الثبات التشريعي بالإضافة الى جودة القوانين المتعلقة بالحياة الاقتصادية على وجه التحديد تساهم في اتخاذ المستثمرين في المرافق العامة لقرارات هامة تتعلق بتجسيد استثمارات كبيرة وجلب رؤوس أموال معتبرة الى المشاريع العامة التي تعتبر محور إهتمام السلطات العامة في كل الدول، لذلك يتوجب على الدول الساعية الى جلب الاستثمار بشكل عام والإستثمار في مجال المرافق والمشروعات العامة أن تبذل العناية اللازمة في إطار جودة التشريعات التي تمكنها من الصمود لأطول مدة ممكنة وتمكنها من تجسيد وتحقيق المشروعات العامة عبر أسلوب تفويض المرافق العامة.

الفرع الثاني: الارتباط بالمنظومة الاقتصادية

إن سياسة الإعتماد على القطاع الأم الذي هو القطاع العام الذي يعد في الحقيقة قطاع غير محدد الأهداف وغير مؤهل للدفع بالعملية الإنتاجية وفائدته محدودة فهو يستنزف الخزينة العامة للدولة نتيجة سوء الإختيار في المشاريع العامة وسوء التسيير الذي لازمها لفترات زمنية طويلة ، بالإضافة الى تفشي عملية الإحتكار لبعض المرافق والمشاريع التي أصبحت معوقا للعديد من الاستثمارات والمبادرات الفردية الخاصة، وبالتالي المساهمة بشكل مباشر في إفقارالمواطن وإحباطه وتفشي ظاهرة المشاريع الفاشلة والمزمنة لدى القطاع العام، ويكون أثرها كبيرا في المشاريع ذات الطابع الصناعي والخدماتي الذي من المفروض أن يشكل المجال الأمثل للتسيير الخاص ويتوجب تقليص دور القطاع العام فيه وحصر تدخله الى أضيق الحدود، وترك الفرصة للمبادرة الخاصة في هذا المجال وكل ما يمكن للقطاع الخاص القيام به و كف يد القطاع العام فيه الا للضرورة القصوى وفي المجالات التي

قد يعجز القطاع الخاص عن القيام بها، لأن تقليص القطاع العام يرافقه التقليص في العموم من عملية الفساد ويبسر عملية الرقابة والإشراف على العقود المتعلقة بهذه المشاريع¹.

بالإضافة الى أنه يمكن من خلق بيئة تنافسية تستبعد فيها كل أنواع الإحتكارات التي لم ينجر عنها إلا الآثار السلبية التي انعكست بشكل جوهري على حياة المواطن ، وبذلك يهتم الفكر الاقتصادي على خلق مناخ ومحيط اقتصادي ملائم يتعلق بشكل أساسي وجوهري بتكريس قواعد المنافسة ولا يتم ذلك الا في وجود البيئة التنافسية الملائمة النابعة في الأساس من تحرير النظام الاقتصادي من رواسب المترتبة عن سياسة الإنغلاق في مجال الاقتصاد، لأن تحرير المبادرة الاقتصادية تشكل أحد أهم العوامل الرئيسية التي تؤدي الى رفع الكفاءة الاقتصادية للمشروعات العامة حيث يلاحظ من الواقع المعاش الى أن التنافس بما يفرضه من قواعد يساهم في خلق مزايا ومحاسن للمجتمعات لا يمكن بلوغها في ظل سياسة الإنغلاق والحماية والدعم الاقتصادي، لأن مقتضيات المنافسة تعمل على إيجاد أقصى ما يمكن بلوغه من جودة في الخدمة العمومية و نمو في الاقتصاد القومي فضلا عن على إن المنافسة بين المستثمرين تمثل الطريق الطبيعي الذي يضيف الى زيادة الإنتاجية بتكاليف معقولة وهو ما يصب في مصلحة المستهلك والمنتج معا.

والحديث عن الإنتاجية المالية تتعلق بصفة خاصة ببلوغ المستثمر مرحلة يستطيع من خلالها تغطية نفقات إقامة واستغلال المرفق العام بواسطة تحصيل العائدات المالية التي تدفع من قبل المنتفعين ثم بلوغ مكاسب مالية في شكل أرباح إلا ان تقنية التفويض ومن منطلق الدواعي التي أدت الى إعتماها التي تتمثل في دواعي المصلحة العامة، إلا أن ذلك لا يمنع من تطلع الجهة المانحة الى السعي الى تحقيق نسبة من المكاسب المادية من خلال الرفع من إنتاجية المرفق العام قدر الإمكان من خلال تبني آلية التفويض فالسلطة المفوضة من جهتها تهدف أيضا الى الاستفادة من هذه المرافق من الناحية الاقتصادية خاصة في الحالات التي تكون فيها المرافق موضوع التفويض ملائمة لذلك من خلال طبيعة النشاط الذي تمارسه، فالسلطة العامة تسعى للربح أسوة بالمستثمر إذا ما حققت المهمة الأساسية وهي تأمين المصلحة العامة بالإضافة الى ذلك تؤمن مرفق عام منتج بعد نهاية التفويض قادر على منافسة المشاريع الخاصة والصمود أمامها في كل الظروف².

وبالتالي فإن هناك صلة وثيقة بين النظام الاقتصادي السائد في الدولة وأسلوب التفويض من التفويض كإطار قانوني لإدارة واستغلال المرافق العامة لا يمكن أن يبلغ أهدافه إلا في نظام اقتصادي

¹ أحمد مصطفى صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، طبعة 2015، ص 170.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص. 308، 309.

حر، لأن هذه الآلية تهدف الى النهوض بالقطاع من خلال إشراك القطاع الخاص في عملية التنمية عن طريق آلية التفويض التي تشكل إحدى صور الحرية الاقتصادية، يتجسد من خلالها الفكر الليبرالي للنظام الاقتصادي ويكون ذلك في شكل انفتاح على المشاريع الاستثمارية، وإشراك أشخاص القانون الخاص في إدارة المرافق العامة الى جانب الأشخاص العامة، بشرط أن تلتزم الأشخاص العامة بعدم التدخل في قواعد السوق¹، فالفكر الليبرالي الإقتصادي مبني على تحرير المبادرة الخاصة من خلال إعطاء فرصة أكبر للخواص من أجل الدخول في السوق وفق قواعد المنافسة والإحتكام لمبادئ التجارة الحرة وهو ما يساعد في ولوج الخواص على وجه التحديد لمجال تسيير المرافق وإقامة مشروعات العامة التي ظلت الى وقت طويل حكرا على التسيير العام دون بلوغ الفعالية التي تفرضها التطورات المتلاحقة في المجال الإقتصادي .

خاصة إذا ما لاحظنا أن جزء كبير من المرافق العامة مكانها الطبيعي هو المجال الإقتصادي فالمرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري لابد أن تكون بالضرورة جزء من النشاط الإقتصادي لأي دولة لأنها المجال الطبيعي للمشاريع والاستثمار، وبالتالي فهي تشكل الحقل الأساسي لتقنية التفويض هذا التجانس بين المرافق العامة الإقتصادية وأسلوب التفويض عبر عنه عميد الفقهاء العميد هوريو وقبل ظهور المرفق العام الإستثماري إعتبر أن هناك بعض المرافق العامة التي لا يمكنها أن تتحقق الا عن طريق الامتياز، هذه الملائمة بين المرفق العام الإقتصادي من جهة وتقنية التفويض من جهة أخرى دفعت بالبعض الى إيجاد معادلة مفادها أن كل تفويض لإدارة وإستثمار المرفق العام هو حتما قرينة على أن المرفق العام موضوع التفويض له الطابع الإستثماري².

فقد اعتبر الأستاذ auby أن المرافق العامة الإقتصادية تشكل الملائم والمناسب و المفضل من أجل تطبيق آلية التفويض أي أن هناك توافق بين المرافق العامة الصناعية والتجارية وآلية التفويض للمرافق العامة وتمثل الصورة الأكثر انتشارا وهذا بسبب الجاذبية التي تتمتع بها المرافق العامة الإقتصادية في مجال الإستثمار والإستغلال لأن نشاطها بطبيعته يتجانس و يقترب الى حد كبير من أنشطة المؤسسات الخاصة من حيث النشاط الممارس وفي نفس السياق يقول الأستاذ وليد حيدر جابر أن الملائمة بين المرافق العامة الإقتصادية وأسلوب التفويض تجد أساسها في العوامل التالية:

1/ طبيعة فكرة الإستثمار وما يتعلق بها من نتائج مالية

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 151.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، 230.

2/ الأعباء والمخاطر التي يجب على المستثمر أن يتحملها بحيث يصبح مسؤول بشكل مبدئي عن كل الأعباء وبمعنى آخر المسؤولية عن نتائج الاستثمار.

3/ العلاقة بين المستثمر والمنفعين الذين يساهمون مباشرة في استثمارات المستثمر من خلال الثمن الذي يدفعونه مقابل الخدمة المؤداة.

بالإضافة الى أن تطور التقنيات والآليات التي يتم إعتماها في تحقيق المرافق العامة الإقتصادية دفع إلى ظهور وخلق شركات إقتصادية كبرى سيطرة على المجال الإقتصادي وفرضت قواعد السوق وبالنتيجة فرضت نفسها في نطاق إدارة المرافق العامة الوطنية بالنظر الى مؤهلاتها وخبرتها في الشأن الإقتصادي¹ هذه العوامل تجعل المرافق العامة الإقتصادية أكثر ملائمة لعملية التسيير المفوض بالنظر الى مردوديتها وأن هذه المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي الأكثر تأثرا بالمحيط الاقتصادي الذي يشكل العوامل الجوهرية في المساعدة على نحفيز الإدارة المفوضة للمرافق العامة.

وفي السياق ذاته درج الأمر بالنسبة للمنظومة القانونية الجزائرية فالمنتبع للنصوص القانونية التي تتيح إمكانية منح امتياز المرفق العام باعتباره الوجه الأقدم لتقنية تفويض المرفق العام يجد أن من الناحية العملية أن غالبية المرافق هي مرافق ذات طبيعة اقتصادية بالرغم من أنه من الناحية النظرية لا يوجد نص قانوني صريح يحضر الإمتياز في المرافق العامة الإدارية إلا أن طبيعة هذه المرافق هي التي صعبت تطبيق أسلوب التفويض عليها وعدم ربحيتها فرض أمرا واقع يقر بالاستبعاد هذه المرافق من إمكانية الاستثمار فيها من قبل الخواص على وجه التحديد ولكن بالرغم من كون المرافق الإقتصادية هي الأكثر تجانسا مع أسلوب التفويض، إلا أن ذلك لا يؤدي بالضرورة الى النجاح فيها لأن ذلك مرهون بمجموعة من المعطيات متعلقة بصاحب التفويض من جهة والسلطة المفوضة من جهة أخرى²، وبالمحيط الإقتصادي العام الذي إما أن يشكل دافعا وحافزا للاستثمار في المرافق العامة عبر آلية التفويض وإما يشكل عائقا يؤدي الى فشل هذه التقنية في تحقيق الأهداف المرجة منها في إطار الاستثمار والتنمية في المرافق العامة.

فأسلوب التفويض يقوم في الأساس على فكرة الاستثمار وما يميز المرافق العمومية القبلية للتفويض أنها في الغالب مرافق ذات طابع اقتصادي تتجانس في مهامها مع المشاريع الخاصة الخاص وتلتقي معها في عدة جوانب كضرورة خلق مصادر التمويل و استخدام الطرائق والتقنيات الحديثة والوسائل المالية الملائمة، وبذلك يرى جانب من الفقه أن المرافق العمومية ذات الطابع الإستثماري

¹ Jean François Auby, la délégation de service public, guide pratique, Edition Dalloz Paris, 1997.p16.

² بركيبة حسام الدين، المرجع نفسه، ص 104.

الإقتصادي تعد الميدان الأنسب لآلية التفويض من دون إغفال إمكانية الاستثمار المرافق العمومية ذات الطابع الإداري على الإطلاق¹، بذلك تعد المرافق العامة الاقتصادية الجزء الأكبر من المرافق العامة المفوضة وذلك باعتبار أن طبيعتها الاقتصادية تساهم بشكل كلي أو جزئي في إيجاد التمويل اللازم للمرافق العامة من خلال عائدات الخدمة العمومية المقدمة من المستفيدين من خدمات المرفق العام موضوع التفويض².

وتجد فكرة التجانس والتناسب بين فكرة المرافق العامة الاقتصادية وأسلوب التفويض أساسها الحقيقي في فكرة الاستثمار وبالأخص فيما يتعلق بصور التفويض التي تعتمد على الموارد المالية للمستثمر بشكل كبير في إقامة المرفق العام كعقد الإمتياز أو الإيجار في بعض الأحيان وما يرتبط بها من نتائج مالية والأرباح والمخاطر التي تقع على عاتق المستثمر، وهو ما يجعل المرافق العامة الاقتصادية مشابهة للمشاريع الخاصة وتتقاطع معها في البحث عن مصادر التمويل والوسائل والطرق المالية والمحاسبية المعتمدة في تسيير المرفق³

بالإضافة الى ذلك فإن المصلحة الاقتصادية للسلطة العامة تحتم عليها ضرورة البحث عن الأساليب والنظم الاقتصادية الكفيلة بتدعيم المرافق العامة الاقتصادية للمساهمة في خلق الثروة القومية وتحقيق المردودية الاقتصادية التي أصبحت تشكل جزءا لا يتجزأ من متطلبات المصلحة العامة الاقتصادية للدولة، فأصبح الفكر الاقتصادي قائم على فكرة الإنتاجية التي تختلف عن مجرد تحصيل العائدات التي يدفعها المستثمر كثمن للرخصة أو للإجازة في إدارة واستثمار المرفق العام⁴، وإنما تتعدى ذلك الى دخول المرافق العامة الاقتصادية ميدان المنافسة والإحتكام الى قواعد السوق ومبادئ التجارة الحرة وضمان القدرة على الصمود في وجه المنافسة التي تفرض على المشروعات العامة خاصة منها التي تدار بطريق الإدارة المفوضة عن طريق تقنية تفويض المرافق العامة.

وإن حاجة الإقتصاد الوطني الى النهوض بالإستثمار بشكل عام يحتم على السلطات العامة الاهتمام بمشروعات البنية التحتية التي يمكن إدارتها والاستثمار فيها عن طريق إشراك القطاع الخاص وفق آليات فعالة إقتصادية فعالة تهدف الى تشجيع حركة رؤوس المال وخلق موارد مالية جديدة إذ أن المتعاملين الخواص لديهم الإمكانيات لإيجاد مصادر تمويلية متنوعة ولا تكفي بمصدر

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 227.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 444.

³ سمية سلامي، مرجع سابق، ص 75.

⁴ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 306.

واحد من مصادر التمويل الذي يكون عادة الاقتراض من المؤسسات المالية ومؤسسات التمويل المختلفة والاقتراض عن طريق آليات السوق المالية كطرح سندات وأسهم مالية للبيع، وهو ما يهدف في جميع الحالات الى محاولة بعث حركية إقتصادية و تنشيط حركة سوق المال وأصحاب الاستثمارات لضخ رؤوس الأموال في السوق المحلية¹، هذه الحركة الإقتصادية السريعة لرؤوس الأموال بالإضافة ثبات ووضوح السياسة الإقتصادية تولد نوعا من الثقة في النظام الإقتصادي والتي تشكل في النهاية حافزا للاستثمار بشكل عام والاستثمار في المرافق العامة عن طريق الإدارة المفوضة للمرافق العامة بشكل خاص لأن هذا النوع من الاستثمارات يعد حديثا بالنسبة للخواص، ويتميز بطابع خاص يجب التمرن عليه بشكل جيد وتوسيعه في إطار قواعد إقتصادية واضحة المعالم.

ولاشك أن الهدف الأساسي من عقود الشراكة هي أنها تشكل عقود تمويلية بشكل أساسي تلعب فيها الهيئات المالية المقرضة مثل البنوك والمؤسسات المالية دور جوهري في إقامة المشروعات العامة ولها في ذلك حق الرقابة والإشراف على تحقيق المشاريع طوال مدة التنفيذ والتشغيل وإجراء عمليات الصيانة، فالسيولة المالية والأرباح التي تشكل المكاسب المالية للمشروع لن تتحقق إلا إذا كانت عمليات التخطيط للمشروع في جوانبه الفنية والمالية ناجحة و تحقق أعلى درجات التشغيل بأقصى كفاءة ممكنة وبأقل ما يمكن من التكلفة المالية، ولذلك فدور مؤسسات التمويل زيادة على تأمين المبالغ اللازمة للمشروع تعمل على خفض نسبة المخاطر التي يمكن أن يتحملها المستثمرون في المشاريع العامة من خلال المتابعة الدقيقة لتنفيذ المشاريع²، ويبقى التمويل المالي في ظل عجز الموازنات العامة للدولة وجماعاتها الإقليمية أكبر هاجس يواجه السلطات العامة من أجل تأمين المشروعات العامة الأساسية، لذلك توجب عليها تكييف المنظومة الإقتصادية بصفة شاملة من تشجيع أصحاب رؤوس الأموال للاستثمار في هذه المشاريع ولاسيما المرافق العامة الإقتصادية.

التي يكون موضوع نشاطها ذو طابع تجاريا أو صناعيا يتجانس الى حد كبير مع النشاطات المرفقية التي يمارسها الخواص، حيث أن هذه المرافق تتميز بخضوعها للمزدوج للقانون العام والخاص معا، ويعود الفضل في إنشائها الى قرار باك ديلوكا، bac deloka الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 22 جانفي 1921 التي قضت باختصاص القضاء العادي للتصدي لدعوى التعويض الناتجة عن الأضرار الناجمة عن استغلال المرافق العامة الإقتصادية، كون أن هذا النوع من المرافق يعمل في أوضاع مشابهة للمشاريع الخاصة، لذلك تشكل هذه المرافق الحقل الخصب لطرق التسيير غير المباشرة وبالأخص تطبيق تقنية تفويض المرفق العام، وتهدف الى تخفيف عبء اللجوء الى

¹ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الإقتصادي في إدارة المرافق العامة الإقتصادية، مرجع سابق، ص 224.

² سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 485.

سياسة الإقتراض و احد من عملية التمويل المباشر للمرافق العامة عن طريق الطرق التقليدية وتعمل على توفير القدرة على تسريع مشاريع التنمية بدلا من الإنتظار لفترات طويلة لتأمين الاعتمادات المالية اللازمة لتمويل المرافق والمشروعات العامة، وبالتالي تلعب سياسة الدولة الإقتصادية دورا حاسما في خلق البيئة المناسبة التي تمكن أشخاص القانون العام من تحرير المبادرة لصالح المستثمرين الخواص.

وبالتالي فإن للمحيط الإقتصادي الذي يشكل الوسط الطبيعي للمرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي، هذه الأخيرة التي تعتبر المجال الأنسب لتطبيق آلية تفويض المرافق العامة علاقة وطيدة بنجاح هذه التقنية وبالتالي الإستثمار في المرفق العام، بالإضافة الى ذلك فإن الرقابة على عقد التفويض تعد جزء لا يتجزأ من مهام السلطة العامة المانحة التي تكون مرتبطة بهذا المحيط الإقتصادي بحيث كل ما كان النظام الإقتصادي أكثر تحررا كل انتعش الاستثمار في المرافق العامة خاصة منها ذات الطابع الاقتصادي وكلما زاد انخراط الخواص في عملية الاستثمار في المرافق العامة كان ذلك حافزا للسلطة المانحة للتفويض من أجل تكييف آلياتها الرقابية مع الأهداف الحديثة التي تقتضيها المصلحة العامة بمفهومها الواسع، الذي يتضمن تحقيق أكبر للمردودية الإقتصادية زيادة على المردودية الإجتماعية التي كانت تشكل هدفا جوهريا للمصلحة العامة.

الفرع الثالث: المرونة في حل النزاعات في عقود التفويض

عقد تفويض المرفق العام كغيره من العقود الإدارية التي تبرمها السلطات العامة أو ممثليها يكون عرضة للنزاعات والتأويل في تطبيق بنوده ويرجع ذلك الى طول مدة التنفيذ التي في الغالب ترافقها حدوث مستجدات تؤثر بشكل مباشر على تنفيذ العقد، بالإضافة الى ذلك فإن كثرة الالتزامات وتداخلها في عقد التفويض، وتعارض المصالح بين السلطة المانحة والمستثمر في المرفق العام صاحب التفويض، يؤدي الى نشوء نزاعات تتعلق أساسا بتأويل البنود أو البحث عن نية الأطراف المشتركة عند التعاقد وكل هذه العوامل تؤثر على إستقرار عقد التفويض وبالتالي إضطراب المرفق العام في تأدية الخدمات المنوطة به على الشكل اللائق، مما يحتم على أطراف العقد إيجاد السبل الملائمة التي تمكن من التنفيذ السليم لبنود العقد بما يحفظ مصالح الأطراف كافة وفقا لما سعا إليه الأطراف عند اتجاه ارادتهم لاختيار هذه الآلية للتعاقد.

وفي هذا السياق تعتبر الأساليب الودية بصفة خاصة آلية فعالة في حل النزاعات وتعد من أهم المظاهر الأساسية والجوهرية التي تلعب دور في تشجيع وتحفيز القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي بالدخول في عقود الشراكة مع الدولة وجماعتها المحلية، وبالنتيجة تصبح الطرق الودية مؤثر يدل على مدى نجاح أو فشل السياسة العامة للدولة في حل النزاعات التي يطرحها التسيير غير المباشر للجماعة العامة وبالأخص في نطاق عقود تفويض المرفق العام، فالمستثمر غالبا ما يميل الى إشتراط

إدراج التسوية الودية في بنود عقد التفويض قبل الدخول في علاقة تعاقدية مع الشخص المعنوي العام المانح للتفويض، وذلك للمزايا التي يوفرها فعقد تفويض المرفق العام تعتبر من العقود الفنية المتخصصة تمتاز بكثرة الإلتزامات وتعقيدها وذات أطراف متعددة تتقاضي اللجوء الى القضاء وتفضل الإحتكام الى الطرق الودية في حل النزاعات باعتبارها الوسيلة البديلة عن القضاء في حل المنازعات القائمة بين أطراف العلاقة العقدية¹.

هذه المرونة التي تتسم بها عقود التفويض يقابلها ضرورة وجود وسيلة فعالة وسريعة تعمل على حلحلة العقبات والنزاعات التي تثور إما بمناسبة إبرام عقد التفويض أو في مرحلة تنفيذ البنود التي يتضمنها ووجود هذه الآليات الودية الملائمة التي يمكن أن تطبق على عقد التفويض، يجب أن تكون وفق آليات محددة وخطوات مدروسة لتتمكن هذه الوسائل الودية من تحقيق نتيجة إيجابية وذلك من خلال تحليل العوامل التي أدت الى حدوث المنازعة التي أدت الى الاضطراب في تحقيق المرافق العامة، هذه المرونة التي تسعى أطراف العقد الى تكريسها في عقود التفويض، تنعكس بالإيجاب على تحقيق أفضل للمصلحة العامة من خلال السرعة في إيجاد الحلول للمشاكل التي تعترض المستثمرين في المرافق العامة .

وتوكل مهمة التسوية الودية في الغالب الى خبراء ومختصين باعتبار الطابع المركب لعقد التفويض وهؤلاء الخبراء يكون لهم إطلاع واسع بطبيعة المهام الموكلة للمرافق العامة المفوضة وطبيعة النزاعات التي يمكن أن تثور بمناسبة إبرام وتنفيذ هذه العقود مما يسهل عليهم إيجاد الحلول الملائمة وبشكل سريع مما يساعد على تغلب المستثمرين في المرافق العامة عن العقبات والصعوبات التي تعترض القيام بالتزاماتهم الموكلة اليهم في أحسن الظروف، مما يحقق الهدف المنشود من اعتماد آلية التفويض كوسيلة فعالة لإدارة واستثمار المرافق العامة وإقحام هذه المرافق العامة خاصة ذات الطابع الإقتصادي منها في المساهمة في تجسيد المشاريع التنموية العامة.

وفي هذا السياق نص المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويضات المرفق العام على أن السلطة المفوضة تتولى إنشاء لجان في إطار عملية التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن عقود تفويض المرفق العام مثل لجنة تفويضات المرفق العام ولجنة التسوية الودية لنزاعات عقود التفويض بالإضافة الى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فلجنة تفويضات المرفق العام التي تم إحداثها بموجب المرسوم 199/18 هي لجنة توكل إليها تسوية النزاعات الناشئة أثناء إبرام عقد التفويض وأطلق عليها لجنة تفويضات المرفق العام، وحدد تشكيلتها وصلاحياتها وقد حدد المرسوم

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص337.

أعضاء اللجنة الذين يتم اقتراحهم من السلطات التابعة لهم بموجب مقرر لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد .

بالإضافة الى لجنة التسوية الودية للنزاعات التي نص عليها المنظم الجزائري بموجب المرسوم نفسه و ألزم كل من أطراف عقد التفويض سواء السلطة المفوضة والمفوض له بعرض المنازعة عليها قبل اللجوء الى القضاء والتي تختص بتسوية النزاعات التي تنشأ بصدد تنفيذ العقد موضوع المرفق العام المفوض بطريق ودي ، ويتم ذلك أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات وفق المادة 70 من المرسوم 199/18، ويتم اختيار أعضاء لجنة التسوية الودية للنزاعات من بين الموظفين غير المشاركين في اللجان المكلفة بإجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ عقود التفويض، ويتم تعيينهم بموجب مقرر يصدر عن مسؤول السلطة المانحة للتفويض، وفي هذا الإطار يمكن لهذه اللجنة من الاستعانة بأي شخص ذو كفاءة أو أي خبير في مجال المرفق الموضوع للتفويض، وتكون هذه الإستعانة على سبيل الإستشارة حيث يمكن لهذا الخبير تنوير اللجنة بالمعلومات والمعطيات الفنية التي تساعد اللجنة على اتخاذ القرار المناسب لفض المنازعة المعروضة أمامها وإيجاد الحلول التي تمكن من التغلب على العقبات التي تحول دون تنفيذ المرفق العام للمهام الموكلة له.

تتشكل هذه اللجان بعنوان الولاية من:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا
- ممثل عن السلطة المفوضة
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية
- ممثل عن المديرية الولائية للأموال الوطنية

وبعنوان البلدية من:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي رئيسا
- ممثل عن السلطة المفوضة
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأموال الوطنية
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية
- اختصاصات لجنة التسوية الودية للنزاعات

تختص لجان التسوية الودية بالمنشأة لدى المصالح المتعاقدة للسلطة المانحة بدراسة المنازعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام، وتعمل على إيجاد الحلول الملائمة لتسويتها ويتم ذلك عن طريق اخطارها بموجب تقرير مفصل عن الشكوى ويرفق بكل وثيقة ثبوتية عن طريق رسالة

موصى عليها مع وصل استلام وسواء من السلطة المفوضة أو المفوض له ويحدد تنظيم عمل اللجنة عن طريق نظامها الداخلي الذي يعده مسؤول السلطة المانحة للتفويض.

بالإضافة الى هذه اللجان أنشأ المشرع الجزائري سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بناء على أحكام المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت على أنه " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات ... " وتجدر الإشارة من خلال هذه المادة أنها نصت على إحداث هيئة تابعا لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مهمتها تسوية النزاعات الناشئة عن عقود الصفقات والعمومية وتفويضات المرفق العام وأطلق عليها اسم هيئة وطنية لتسوية النزاعات وأن التنظيم لم يحدد اختصاصات هذه اللجنة وتشكيلاتها.

لكن الملاحظ من خلال هذه الصلاحيات العامة التي أسندت لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن مهمة هذه الهيئة تقوم على تقديم رأيا موجهها للمصالح المتعاقدة وهيئة الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الإقتصاديين لكن رأيها غير إلزامي فهي هيئة استشارية فقط ، أما في حال تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي يكون فيها المتعامل الإقتصادي أجنبيا يكون لها سلطة البث في المنازعات التي تثور مع المتعامل الأجنبي والهيئة المتعاقدة غيرأنه ليس لها سلطة البث في المنازعات المرتبطة بتنفيذ عقود تفويض المرفق العام فدورها محصور في الصفقات العمومية فقط¹.

وبالتالي فإنه ومراعاة لخصوصيات عقد التفويض لابد للسلطة المفوضة توسيع آلية التسوية الودية للنزاعات التي يمكن أن تنشأ عن إبرام أو تطبيق اتفاقيات التفويض، فهذه العقود تقوم في الأساس على إشراك المتعاملين الإقتصاديين سواء العموميين أو الخواص في إقامة واستغلال المرافق العامة التي تضطلع بمهام أساسية وجوهرية في المجتمع تتعلق بشكل جوهري بمقتضيات السير الحسن للمرافق العامة ومنه تحقيق النفع العام الذي يرتبط بشكل وثيق بمقتضيات الحفاظ على النظام العام.

لأن الأطراف المتعاقدة مع السلطة المفوضة وبالخصوص أشخاص القانون الخاص تفضل في الغالب سلك السبل الودية في فض المنازعات، وذلك بدافع التخلص من تحكيم القواعد العامة التي تتعلق بالعقود الإدارية بشكل عام بالإضافة الى محاولة فض النزاعات بعيدا عن تعقيدات القضاء الإداري التي تتسم في العموم بالتعقيد وصعوبة الإثبات، لذلك تعمل الأطراف المتعاقدة مع السلطة

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 343.

العامة في الغالب على المطالبة بتضمين شرط الإلتجاء الى التسوية الودية قبل اللجوء الى أي منازعة قضائية في بنود عقد التفويض.

وبالتالي فإن المرونة التي يتطلبها عقود التفويض باعتباره عقد استثماريا، ويتم في نطاق واسع على مستوى المرافق العامة ذات الطابع الإقتصادي التي تتطلب في الأساس حل المنازعات بأسرع الطرق الممكنة لأن طبيعة قواعد التجارة والاستثمار تقتضي السرعة لأن البطء في إيجاد حل للمنازعة الناشئة عن عقد التفويض يشكل عائق مزدوجا بالنسبة لأطراف العقد جميعا فهو من ناحية يزيد من تكاليف وأعباء والمخاطر التي يتحملها المفوض اليه، ومن ناحية أخرى يؤدي الى الاضطراب في تسيير المرافق العامة مما يخلق مشاكل متعددة للسلطة المفوضة التي لجأت الى أسلوب التفويض في الأصل لنفاذي الوقوع في هذه العوائق أو على الأقل التقليل منها، بالإضافة الى السرعة في حل المنازعة الناشئة عن اتفاقية التفويض فإن التسوية الودية تكفل حل المنازعة من طرف ذوي الاختصاص بأقل التكاليف الممكنة مما يساهم في خفض تكاليف سير المرفق العام.

لذلك ومن أجل المزايا العديدة التي توفرها التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن عقود التفويض فتنبنى المنظم الجزائري الطرق الودية كسبيل أولي لفض نزاعات عقود تفويض المرفق العام ابتداء من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وأكد على ذلك ضمن أحكام المرسوم التنفيذي رقم: 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

الذي أكد من خلال نص المادة 70 منه على أنه في حالة نشوب خلاف بين السلطة المفوضة والمفوض اليه بخصوص تنفيذ عقد تفويض المرفق العام وألزم الأطراف باللجوء الى الحل الودي وجعلها إجراء وجوبي أي أنه لا يجوز لأطراف اتفاقية التفويض في حالة الخلاف في التنفيذ الا اللجوء بشكل ابتدائي وقبل أي خطوة الى الحل الودي، وما يمكن استنتاجه هو أنه في حالة تخطي أحد أطراف العقد الحل الودي يترتب على ذلك رفض دعواه لسبق الأوان ، ولاشك أن هذا الحل الودي تختص به لجان التسوية الودية على مستوى الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري¹ فالتسوية الودية شرط أساسي وابتدائي للمرور للمنازعات الى الجهات المختصة في المقام الثاني فهذه اللجان هي لجان منشأة على مستوى مصالح السلطة المفوضة ويفترض أن تكون مؤهلة أكثر من غيرها في الإلمام بالمرفق العام موضوع التفويض وكذا الصعوبات والعقبات التي تعترض تنفيذه، وبالتالي تكون هي الأجدر للتصدي لمثل هذه النزاعات بالسرعة المطلوبة وبأقل تكاليف ممكنة مما يساهم في استقرار المرافق العامة المفوضة وتفرغها للوظائف الأساسية المكلفة بها بعيدا عن متاهات

¹ عوادي مصطفى، صحراوي العيد، التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن اتفاقيات تفويض المرفق العام في الجزائر مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، المجلد 13 العدد 01، سنة 2020، ص 58.

المنازعات الجدية أو الكيدية التي ترهق جميع أطراف العقد بما فيهم المنتفعين من المرفق بالدرجة الأولى بحكم إتصالهم الدائم بالمرفق العام المفوض.

الفرع الرابع: التحكيم كألية لحل نزاعات التفويض

يعتبر نظام التحكيم أحد الطرق المعتمدة في تسوية المنازعات على لكونه آلية فرضها الواقع وحقيقة لازمت كل عمل قانوني تعاقدى تقدم عليه الجهة الإدارية المتعاقدة بوجه عام وفي العقود المرتبطة بالصفقات العمومية على وجه التحديد، وذلك لما يترتب على هذا النظام من مرونة تتلاءم مع الأنواع المختلفة للمنازعات وتتكيف مع ما تفرضه خصوصية كل منازعة، وذلك لكونه ينجم عن توافق إرادات الأطراف ونيتهم المشتركة في الأخذ بهذا الأسلوب وبالتالي تلعب الإرادة الدور الجوهري في العملية التحكيمية، وهذا ما بوّاه مكانة خاصة وحظي بعناية كبيرة في مجال الفكر القانوني الحديث الذي إستقر على الأهمية البالغة من بين الوسائل القانونية البديلة المعتمدة في فض المنازعات، وذلك لأنه لا يكاد يخلو عقد من الناحية العملية من إدراج أسلوب التحكيم كأحد بنود العقد بالإضافة الى بروز هيئات عديدة تقوم بالمهام التحكيمية على المستوى الوطني والدولي بأعداد هائلة تعرض عليها منازعات متنوعة في مجالات مختلفة يعد أحد المؤشرات على الإتجاه المتزايد الى هذه الآلية في حل المنازعات¹.

وتتزايد أهمية أسلوب التحكيم في مجال العقود التي تجسد العلاقة بين الشريك العام والخاص على وجه التحديد، فعقود الشراكة بشكل عام تمر بالعديد من المراحل والفترات مختلفة لأسباب كثيرة فتبدأ العلاقة بشكل جيد في بدايات التعاقد ويبدو أن هناك تفاهم كبير بين الشريكين المتعاقدين، وذلك لأن مصالح كل منهما موجودة ومضمونة في عقد الشراكة ولأجل استمرار التفاهم بين أطراف العقد يجب أن تتوافر وسائل لتقريب وجهات النظر في حالة الخلاف و تساعد على إنهاء أي نزاع محتمل وأن الدولة التي تسعى الى جذب المستثمرين ليس لها بد من أن تزرع عامل الثقة والإطمئنان في نفوس المستثمرين توحى بوجود وسائل عادلة وذات مصداقية تفصل في أي نزاع يثور بين الطرفين بشكل حيادي ونزيه، وفي هذا الإطار توجد عدة سبل يمكن إنتهاجها في سبيل تسوية هذه النزاعات ولعل أبرزها الوسائل التي تتفادى طريق المنازعة القضائية المألوفة والإجراءات الروتينية المملة والتي تضيق الوقت والجهد، وتعد وسائل فعالة تختصر الزمن والتكاليف وتكون محلا لثقة الشريكين أبرزها التفاوض والوساطة والصلح وغيرها من الوسائل الأخرى ولعل أهم وسيلة يمكن اللجوء اليها هي

¹ دريال عبد الرزاق، غلاب عبد الحق، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2017، ص 2.

التحكيم¹، لأنه في الغالب يمارس من قبل خبراء ومختصين في مجالات متنوعة وفي أنواع معينة من المشاريع مهما بلغت درجة تعقيدها فتعدد الأطراف المشاركة فيها وكثرة وتداخل الإلتزامات الواقعة على عاتق أطراف العقد.

لذلك يعتبر التحكيم من أهم الركائز الأساسية والجوهرية التي تساهم في تحفيز القطاع الخاص على الانخراط في عملية الشراكة التي تتبناها الدول ومجموعة الأشخاص العامة الوطنية والمحلية التي تمثلها وبما أن آلية تفويض المرافق العامة تعد إحدى الآليات المعتمدة في تجسيد هذه الشراكة بات للتحكيم أهمية خاصة في هذه التقنية، فالمستثمر أيا كان وبالخصوص الأجنبي الذي يكون خاضعا للقانون الوطني غير أنه يشترط في غالب الأحيان قبل التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية العامة إدراج بنود في اتفاقية التفويض تضمن لجوء الأطراف المتعاقدة الى طريق التحكيم لفض المنازعات التي يمكن تترتب على عملية تنفيذ المشروع موضوع الشراكة، وذلك بالنظر الى المزايا التي يوفرها التحكيم في هذا الإطار²، فقبول الأطراف بآلية التحكيم من أجل فض النزاعات التي تنشأ على العقود ذات الطابع الإداري يمثل مظهر إيجابيا يؤثر على وجود جدية خاصة من قبل الأشخاص المعنية العامة في جلب الخواص الى الإستثمار في المشروعات العامة.

غير أن فكرة التحكيم لا تنحصر فقط على مستوى النزاعات ذات الطابع الدولي فقط بل تعدى ذلك الى أن يلعب دورا أساسيا كذلك في فض المنازعات الداخلية التي تثور بالخصوص بين الأشخاص العامة المتعاقدة مع الغير لتنفيذ المشاريع ذات الطابع العام وبالأخص منها المتعلقة بتحقيق وتنفيذ المرافق العامة الضرورية التي تكتسي أهمية استراتيجية تتعلق بالنظام العام والتي تكتسي الأهمية الوطنية الكبرى.

وفي هذا السياق فقد لعب مجلس الدولة المصري دورا هاما من وضعه للجنة الأساسية التي ارتكزت عليها معظم نظريات العقد الإداري فكان من نتائج تطور عقود التزام المرافق العامة من صورتها التقليدية وصولا الى عقود التزام المرافق العامة الحديثة ثم تطور عقود الإمتياز الحديثة الى تفويضات المرافق العامة وعقود البوت وصولا الى عقود الشراكة مع القطاع الخاص بصورها المختلفة، هذه العقود امتازت في كثير من الأحيان بتعقيد إجراءاتها وصعوبة الإحاطة بمختلف التفاصيل الناشئة عن عملية التطبيقات العملية وأدت الى وجود صعوبة في التوصل الى صيغة مبتكرة بعيدا عن المنازعة القضائية التقليدية فكانت آلية التحكيم الوسيلة المبتكرة والحديثة المعتمدة في فض المنازعات

¹ سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 148.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 216.

المحتملة فلم تعد آلية التحكيم كما كانت في الماضي تقتصر على المنازعات ذات الطابع الدولي أو تلك الناتجة عن المنازعة التجارية فحسب، وبالأخص في الوقت الذي انخرطت فيه تلك الشركات العامة أو الخاصة في تنفيذ المشاريع العامة وتسيير واستغلال المرافق العامة وبالأخص منها مجالات البنية التحتية الأساسية¹، التي تعتبر مشاريع ضرورية وقاعدية لبعث عملية الاستثمار على المستوى المحلي والدولي على حد سواء.

إن الثورة التي حدثت على مستوى العلاقات الاقتصادية العالمية فرض بشكل ملح على أغلب الدول خاصة منها الدول النامية التي لم تبلغ درجة كبيرة من الانفتاح الاقتصادي اللجوء الى طريق التحكيم وبالأخص على مستوى النزاعات الدولية، ليصبح بذلك واقعا مفروضا على الدول ولا سبيل لها استبعاده وقد كانت الجزائر على غرار باقي دول العالم النامية كثيرة التخوف من مسألة الإنخراط في عملية التحكيم خاصة على مستوى الدولي فترددت في كثير من الأحيان ولعبت دور المراقب فقط إلا أن قواعد الإنفتاح الاقتصادي والزامية جلب الاستثمارات وبالتحديد الخاصة منها، فرض عليها إعادة تقييم موقفها من التحكيم الدولي بالأخص وأدى بها الى التعجيل بالإعتراف به وهو ترجم فعلا من خلال المرسوم 233/88 والمرسوم الرئاسي رقم 34/95 المتعلقين بالمصادقة على المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم²، ثم توالى القوانين المحلية لتعزيز التوجه في هذا الإطار من خلال تضمين البنود المتعلقة بالتحكيم خاصة منه الدولي عند التعاقد مع الأجانب بصورة خاصة .

وبذلك عمد المشرع الجزائري الى تكريس التحكيم كأحد الآليات الأساسية لفض النزاعات التي يمكن أن تنشأ على ابرام وتنفيذ عقود الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها شخص أجنبي خاضع للقانوني الجزائري، وهو تأكيد منه على احترام السلطات العامة لما تمليه الإلتزامات الدولية في هذا الإطار وذلك تكريسا لما تقضي به للاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها، والتي تهدف الى تشجيع الإستثمار الأجنبي وتبين الطرق الكفيلة بحل النزاعات الناشئة عن هذه الاستثمارات، فالتحكيم يعد في الحقيقة آلية لتفعيل عقود الصفقات العمومية خاصة في الحالة التي يكون فيها المتعامل الإقتصادي المتعاقد مع الجهة الإدارية شخص أو مؤسسة أجنبية ففي هذه الحالة نكون في نطاق التحكيم الدولي الذي تم النص من خلال أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية والهدف الرئيسي منه هو تحفيز الأجانب من أجل الاستثمار خاصة في مجال المرافق العامة، وفي سبيل ذلك لابد من فتح المجال بشكل واسع لتكريس المنافسة و تمكين السلطة المانحة للتفويض من الوصول الى أفضل العروض حيث المزايا الاقتصادية، فالتحكيم يعد أحد المحاور الأساسية الضرورية والجوهرية

¹ محمد علي ماهر، وكالة المرفق العام، مرجع سابق، ص 418.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 343.

التي تمكن من تفعيل عقود الصفقات العمومية والنهوض بشكل خاص بالمرفق العام الجزائري وذلك نتيجة لفتح مجال أوسع للاستثمار من خلال منح أطراف العقد وبالأخص المستثمر الضمانات الكافية للاستثمار في المرفق العام¹.

لذلك فإن اشتراط اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة مرتبط بالظروف التي يبرم فيها العقد وبالأخص أطراف العقد فبشكل عام يكون المتعاقد مع الإدارة الأجنبي الأكثر حرصا على اشتراط بند التحكيم لأنه في نظره أن التحكيم يوفر له أكثر حماية مقارنة بالنصوص القانونية الوطنية للدولة المضيفة التي تنفذ الاستثمارات على أراضيها، وخاصة فيما يتعلق بالقواعد القانونية المنظمة لحرية التجارة والمنافسة، بالإضافة الى ذلك فإن المستثمرين بصفة عامة ليس لهم الإستعداد لتضيق كثير من الأوقات التي تقتطع من المدد اللازمة لتكريس استثماراتهم من أجل اتباع إجراءات قضائية روتينية تنسم في الغالب بالبط والتعقيد من أجل فض منازعات ذات طابع إقتصادي.

في المقابل إذا كان المتعاقد مع الجهة الإدارية المانحة خاضع للقانون الوطني الجزائري فإنه بذلك لا يحرص في الغالب على إدراج بند لأنه بالعودة الى النصوص القانونية المنظمة لعقود التفويض المرفق العام في الجزائر خاصة أحكام المادة 05 و 04 من المرسوم التنفيذي 199/18 نجد أن هذا المرسوم لا يسمح إلا للأشخاص الأجنبية الخاضعة للقانون الجزائري بالمشاركة في الطلب على المنافسة في ابرام عقود تفويض المرفق العام، فالمفوض له يجب أن يكون خاضع للقانون الجزائري وهذا يعطي انطباع على أنه مادام الأطراف كلها في عقد التفويض خاضعة للقانون الجزائري فلا مبرر لوجود بند التحكيم في عقود تفويض المرفق العام²، غير أن الجدير بالملاحظة هو أن التحكيم يمكن أن يكون سبيلا فعالا في فض المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ عقود التفويض حتى في حالة خضوع الأطراف للقانون الجزائري لأن غالبا ما يكون إراج بند التحكيم في العقود الإدارية اختياريا بتوافق إرادة الأطراف المتعاقدة بالإضافة الى أن التحكيم يعد ضمانة مهمة للمستثمرين الخواص الخاضعين للقانون الجزائري.

فانتشار التحكيم على نطاق واسع وتطوره بشكل ملفت يعتبر أحد المؤشرات التي يمكن الإعتماد عليها في الحكم على مدى تفتح الفكر الاقتصادي ذلك أن رضا الأطراف المتعاقدة وعلى الخصوص وبالذات الأشخاص الاعتبارية العامة التي تعودت في الغالب على امتلاكها الكلمة العليا في العقود الإدارية وامتلاكها لامتيازات السلطة العامة غير المألوفة في نطاق القانون الخاص بالإضافة سلطاتها

¹ ضريفي نادية تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، مرجع سابق، ص 349.

² بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 349.

الواسعة في إطار توقيع الجزاءات بالطريق المباشر ودون حاجة الى اللجوء الى القضاء لإنفاذها، بالإضافة الى سلطة التعديل بالإرادة المنفردة دون الإعتداد بإرادة المتعاقد مع الإدارة كلها تشكل عوامل تجعل من خضوع الأشخاص الاعتبارية العامة الى إملاءات المتعاقد وشروطه في اللجوء الى التحكيم أمرا يصعب تقبله خصوصا في البلدان التي لم تبلغ درجة من التحرر الاقتصادي.

الا أن هذا لا يشكل خيارا بالنسبة للأشخاص العامة المتعاقدة لأن شرط التحكيم بات ملازما لأي عملية استثمارية خاصة في المشاريع الكبرى التي تتطلب رؤوس أموال باهضة يشترطه في الغالب المستثمرون الخواص بشكل محدد، ويعد ضمانه لا يمكن التنازل عنها بالنسبة لهم وفي المقابل فإن الجهات العامة المتعاقدة ليس لها خيارات واسعة في هذا لإنعاش بأمس الحاجة الى جلب المستثمرين وبالتالي رؤوس الأموال الخاصة والإمكانات اللازمة لتجسيد المشاريع العامة التي ترتبط بسياساتها الاقتصادية العامة.

فالتحكيم يحتل مكانة خاصة في مجال حقل الاستثمارات المحلية والأجنبية ويؤشر بشكل واضح وفعال على حيوية الاقتصاد وانفتاحه أمام عمليات الإستثمار وهو في الوقت ذاته مؤشر على النية الواضحة من قبل السلطات العامة في التوجه نحو تحرير المبادرات الخاصة وفسح المجال أمام القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي للدخول في شراكة مع الدولة وجماعاتها الإقليمية، وهو كذلك أحد المؤشرات على نجاح أسلوب التفويض، باعتباره أحد الأساليب غير المباشرة المعتمدة في تسيير المرافق العامة، بالإضافة الى أن أسلوب التفويض أصبح يشكل إحدى الآليات المعتمدة في تدعيم الاقتصاد الوطني من خلال تجسيد مشاريع في إطار البنية التحتية الأساسية، وأصبح إحدى الوسائل التي اعتمدتها السلطات العمومية في جلب الاستثمارات العمومية أو الخاصة، فالمستثمر الذي غالبا ما يشترط قبل الدخول في علاقة مع الشخص المعنوي العام المانح للتفويض أن يتم إدراج بند تحكيمي إعداد اتفاق تحكيمي وذلك للمنافع التي يوفرها التحكيم مزايا عديدة منها:

1/ يضمن التحكيم لأطراف العلاقة التعاقدية إمكانية كبيرة ومؤكدة في حل النزاع بشكل سريع وذلك من خلال انتهاز إجراءات سريعة تختصر في الوقت والتكاليف من ناحية كونها تخلو من التعقيد ولا تتعلق بها شكليات محددة من جهة بالإضافة الى الإستعانة بمحكمين لديهم معارف متخصصة وخبرات قد لا تتوفر لدى القاضي في مجال معين من جهة أخرى.

2/ يضمن انتهاز طريق التحكيم الحفاظ على السرية بشكل كبيرة كونه يتم في نطاق هيئة تحكيمية خاصة عكس لجلسات العلنية في المحاكم المختصة بالسرية تبقى مطلوبة لاسيما في المشاريع الكبرى التي تحتوي على أسرار تكنولوجية ومالية تحمي عملية المنافسة.

3/ يمكن اللجوء الى آلية التحكيم عن طريق إجراءات بسيطة وواضحة وهيئة التحكيم تتمتع بحرية واسعة وأكثر من القضاء في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مما يسهل الوصول الى المعلومات المطلوبة في أسرع الآجال.

4/ يلبي التحكيم رغبة الأطراف المتعاقدة في اللجوء الى عدالة مرنة تتفهم متطلباتهم الخاصة وتراعي خصوصية تعاملاتهم وتراعي مكانتهم كمستثمرين وسوابقهم في هذا المجال وحساسية موقفهم الذي يرتبط أساسا بسمعتهم التجارية وتعاملاتهم سواء السابقة منها على النزاع أو اللاحقة لذلك يفضل المتنازعين الإستعانة بالتحكيم فيجدوا ما يريحهم ويساعدهم ويوفرا لأطراف النزاع حرية اختيار المحكمين سواء بطريق مباشرة أو غير مباشرة الأمر الذي يمنحهم الأمان والطمأنينة لدى جميع أطراف العقد المتنازعين، فنظام التحكيم الذي يتمثل في هيئة التحكيم تكون مستوعبة أكثر للنزاع المطروح أمامها على عكس القضاء الذي لابد له من الإستعانة بالخبرة في مجالات متخصصة تستغرق أوقات طويلة لإنجازها مما يؤخر فض النزاع¹، فاستعانة القضاء بالخبراء المختصين للفصل في المنازعات خاصة ذات الطبيعة الإقتصادية منها يدلل على فعالية اللجوء الى التحكيم بالطريق المباشر يكون أفضل بكثير من الطرق العادية خاصة وأن هذا النوع من القضايا لا يحتمل التأخير في الفصل في المنازعة مهما كانت طبيعتها.

وبالنظر الى الطبيعة الإدارية لإتفاقية تفويض المرفق العام التي نصت عليها المادة 6 من المرسوم التنفيذي 199/18 عندما كتبت اتفاقية التفويض بشكل صريح على أنها "عقد إداري يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به وأحكام هذا المرسوم «وينتج عن ذلك إختصاص جهة القضاء الإداري بالنظر في المنازعات التي قد تثور بمناسبة ابرام التنفيذ عقود التفويض²، إلا أنه اذا كان اللجوء الى القضاء الإداري هو الطريق العادي والمألوف الذي يؤدي للفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية، التي تنشأ بين الأفراد والدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية الإدارية فإن كثرة هذه الدعاوى يترتب عنه مشاكل عديدة أبرزها قضية تراكم أو تلاحم القضايا هذا التراكم يظهر في الأزمة الحالية، التي تطغى على المحاكم الإدارية الجزائرية حيث نتج عن هذه الزيادة الهائلة في حجم القضايا المطروحة أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة، بما يطلق عليه الفقه الفرنسي بالإنفجار القضائي، والذي قد يصل بنا الى مرحلة عجز القضاء عن القيام بمهامه .

¹ بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، طبعة 2023، ص 121.

² بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، مرجع سابق، ص 223.

لذلك فإن التسوية غير القضائية للمنازعات الناتجة عن العقد الإداري توحى برغبة واسعة في التحرر من قيود الأنظمة القانونية العادية، وترسخ مبادئ وأسس تسمح لأطراف العقد باختيار وسائلهم الخاصة التي يرون بأنها كفيلة بحل منازعاتهم الناشئة عن عقودهم التي يبرمونها ويتم ذلك إما بالنص صراحة في العقد المبرم بينهم على اختيار وسيلة فض المنازعة، أو بإبرام الاتفاق اللاحق المنفصل عن العقد عند ظهور النزاع، فهي وسائل مكملة لطبيعية الإجراءات القضائية، تسمح بمرونة أكثر في إطار الحوار بعيدا عن الضغوطات الزمنية والطابع الإلزامي لإجراءات التقاضي، وقد أدى التوسع في لجوء المتنازعين الى هذه التسوية في الفترة الأخيرة الى أنها أصبحت في كثير من الأحيان وسيلة أساسية وأصلية، يلجأ إليها الأطراف المتعاقدة ابتداء للاستفادة من المزايا العديدة التي توفرها خاصة فيما يتعلق بالسرعة في حسم المنازعات والحفاظ على السرية المطلوبة للمعلومات المتعلقة بالمشروع والقائمين على تنفيذه بالإضافة الى التكاليف المنخفضة ومرونة الاجراءات¹.

المطلب الثاني: احترام خصائص عقد التفويض

تخضع إتفاقية تفويض الخدمة العمومية الى مجموعة من القواعد والتي تنبع في الأساس من طبيعة الخدمة العمومية المرتبطة بالمرفق العام المفوض وزيادة على خضوعها الى القواعد العامة المطبقة على جميع العقود الإدارية بصفة عامة تحكمها بعض القواعد الخاصة فيما يتعلق بتكوين العلاقة التعاقدية وتنفيذ العقد ونهاية العلاقة التعاقدية، فيترتب عن انتماء إتفاقية تفويض المرفق العام الى طائفة العقود الإدارية أنها ترتبط بنظام قانوني خاص عن النظام القانوني العام الذي يحكم العقود المبرمة في إطار القانون الخاص حيث تتميز بأنها في نطاق عقود تفويض المرفق العام تمتلك مجموعة من الصلاحيات والسلطات التي تفرضها طبيعة المرفق العام المفوض، وتعد الرقابة على عقد التفويض أهم هذه السلطات الممنوحة للجهة الإدارية المانحة للتفويض، فعقود تفويض المرفق العام لها من الخصائص ما يجعلها تنفرد بميزات خاصة عن العقود الإدارية العامة الأخرى بصفة عامة بالإضافة الى أنها تختلف عن الطرق والوسائل الأخرى المعتمدة في تحقيق المرافق العامة، وبالذات طريقة الإدارة المباشرة للمرافق العامة التي تمارس في العادة من قبل الأشخاص الاعتبارية العامة بنفسها.

تفرض الصبغة الإدارية للعقود التي تنضوي في إطار تقنية التفويض وما يرتبط بها من امتيازات تمارسها السلطة العامة تجاه المفوض إليه خضوع المستثمر في المرفق العام لرقابة وتوجيهات السلطة المفوضة، غير أن ممارسة هذه السلطات لا بد أن تتكيف مع الخصائص التي تتصل حصرا بالعقود التي

¹ الهام فاضل، منى مقلاتي، مرجع سابق، ص335.

يكون موضوعها إدارة واستثمار المرفق العام المتمثلة في عقود التفويض¹ فهي السلطات والصلاحيات التي تمنح للجهة العامة المانحة خاصة في ما يتعلق بالعملية الرقابية لا بد أن لا تتجاوز ضوابطها الى الحد الذي تجرد فيه آلية التفويض من مضمونها لتصبح وجه من أوجه الإدارة المباشرة وما يترتب عن ذلك من إفراغ عقد التفويض من مضامينه وأهدافه وتجريد المتعاقد من طبيعته كمستثمر في المرفق العام .

فعقد التفويض لا بد أن يحتفظ بمكانته كعقد إداري تنطبق عليه مجموعة القواعد العامة المتعلقة بالعقود الإدارية العامة من حيث أنه أحد العمال القانونية التي تصدر عن الجهات الإدارية العامة بمناسبة القيام بنشاطاتها الإدارية، وبالإضافة الى ذلك لا بد أن يحافظ عقد التفويض على خصوصيته كآلية حديثة معتمدة في تسيير واستغلال المرافق العامة ووسيلة مبتكرة للدفع بالاستثمارات في المرافق العامة، وبالتالي المساهمة في خلق إيرادات تسمح للمرفق العام بالاستمرارية وللمنتفعين من المرفق العام المفوض من الحصول على حاجياتهم في أرقى شكل ممكن وبتكلفة معقولة، ولبلوغ هذه الأهداف لا بد من الاعتراف أولاً بخصوصية عقد التفويض أولاً ثم التعامل مع هذه الخصوصية بالمرونة اللازمة التي تمكن المرفق العام في تحقيق أهدافه في ظل ضمان مصلحة جميع الأطراف المتعاقدة دون الإخلال بأي منها.

فالحرص على هذه الخصوصية واحترامها والمتمثلة في الأساس في حماية السمة العقدية لاتفاقية التفويض، بالإضافة الى مراعاة طبيعة عقد التفويض وعدم المساس بها ومراعاة الاعتبار الشخص في ابرام عقد التفويض وما ينجر عنه من نتائج على مستوى استغلال المرفق العام المفوض والعملية الاستثمارية المتعلقة به ككل، هذه المميزات التي ينفرد بها عقد تفويض المرفق العام تشكل في عمومها قيوداً وضوابط يجب على السلطة المفوضة مراعاتها وهي بصدد ممارسة سلطاتها العامة المتعلقة بعملية الرقابة، لأن احترام هذه الخصوصية يرسخ إستقلالية عقد التفويض عن باقي العقود الإدارية الأخرى ويعطيها الطابع الخاص الذي يبرر الاستعانة بها كآلية مميزة للتسيير.

الفرع الأول: احترام السمة العقدية للتفويض

يتوجب على الجهة الإدارية المتعاقدة أثناء ممارستها لسلطاتها الرقابية أن لا تتجاوز بأي حال من الأحوال تعديل الشروط القائمة، ففي كل الأحوال لا بد للسلطة الإدارية أن تقف عند حدود معينة تفرضها مقتضيات التعاقد ، فسلطة الجهة الإدارية المتعاقدة تكون ضمن نطاق معين يجب عليها ألا تتعداها في عقود الإمتياز التقليدية، فإذا ما تجاوزت السلطة المتعاقدة حدودها بهذا الشأن حق للمتعاقد

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 535.

معها مطالبتها بدفع تعويضا ماليا جراء الضرر الذي لحق به¹، ويكون التعويض بالقدر الذي يجبر الضرر ويساهم في الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الواقعة على المتعاقد بالشكل الذي لا يرهق المتعاقد ويحقق أهداف الجهة الإدارية من جراء عملية التعاقد.

فالسلطة الإدارية المفوضة في عقد التفويض تمارس سلطتها الرقابية على المفوض اليه في إطار مهامها كضامن لتحقيق المرفق العام وفق متطلباته جودة الخدمة العمومية في مواجهة أي إخلال أو تقصير من المفوض له في تسيير المرفق العام واستثمار المرفق العام و ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية في عملية تفويض المرفق العام تنطلق من موجبات الصبغة الإدارية لعقد التفويض²، فتمارس هذه الرقابة على عقد التفويض تحت طائلة الجزاءات الإدارية التي تهدف الى إرغام المتعاقد على التنفيذ المثل لالتزاماته التعاقدية بالدرجة الأولى بشكل سليم تضمن انتظام سير المرفق العام، لأن أي إخلال بنود التعاقد يؤثر على سير المرفق العام لأنه في تلك الحالة لا يصبح إخلالا بالالتزام عقدي فحسب ولكنه يمس المرفق العام الذي يتصل بالعقد الإداري ويمس بالنتيجة الجهة الإدارية المسؤولة عن حسن سير وانتظام المرافق العامة، وهي المطالبة بضمان حسن التنفيذ للمرفق العام حتى في حالة تفويض إدارته للغير فلها حقوق تمارسها في مواجهة المتعاقدين معها وأبرزها حق توقيع الجزاء في حالة الإخلال بتنفيذ التزاماتهم³.

غير أنه لا يمكن للجهة الإدارية المتعاقدة تعديل كل بنود العقد فالسلطة المفوضة لا تملك حق تعديل الحقوق المترتبة عن التعاقد للمفوض اليه بشكل انفرادي لأنها تدخل في نطاق الشروط التعاقدية لأنه من حيث الأصل أن الأحكام التعاقدية توصل اليها الطرفين بتوافق إرادتهما فهي تخضع لرضا الطرفين وبالتالي فالأصل أنه لا يمكن تعديلها إلا بموافقة المفوض له⁴، ففي عقد التفويض يعد محل عقد التفويض هو تلبية الحاجات العامة وتقديم الخدمة العمومية في أحسن صورة وذلك ضمانا للمصلحة العامة فهو الأساس من زاوية السلطة العامة المفوضة، فالإلتجاء إلى هذا الأسلوب غير التقليدي في إدارة واستثمار المرفق العام ينتج عنه التزامات تعاقدية تقع على المفوض له بالدرجة الأولى ونهدف هذه الالتزامات الى تنفيذ تفويض المرفق العام وهو الالتزام المحوري التعاقد الذي يقع على المفوض إليه في مقابل تمتع القائم على تنفيذ المرفق بحقوقه التعاقدية والمتمثلة في حق المقابل

¹ حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 560.

² المادة 06 من المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد انهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2014، ص 66، 68.

⁴ فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 243.

المالي المتفق عليه الذي يعتبر من أهم التزامات الجهة الإدارية المتعاقدة إزاء شريكها المتعاقد معها ومن أهم الحقوق الممنوحة للطرف المتعاقد مع الإدارة في هذا السياق هو حقه في احترام التوازن المالي للعقد¹، لأن المقابل المالي هو جوهر العملية التعاقدية سواء بالنسبة للسلطة المانحة التي تسعى الى تأمين الموارد المالية اللازمة لإستمرار المرفق العام في القيام بالمهام المنوطة به أو كذلك الحال بالنسبة للمستثمر في المرفق العام الساعي الى الإستفادة من مزايا المرفق الإقتصادية من خلال تحصيل العائدات المالية المترتبة على عملية استغلال واستثمار المرفق العام.

وفي هذا الإطار تواتر قضاء المحكمة الإدارية المصرية العليا على أن البنود التي ترتبط بالمستحقات المالية في عقد التفويض ليست من البنود التنظيمية التي تكتفي فيها الإدارة بسلطة التعديل بإرادتها المنفردة لأنها لا تتعلق بالشروط المرنة التي تتصل باحتياجات التسيير المنتظم للمرفق العام إنما هي شروط تعاقدية يتم الإتفاق عليها بدقة وقت إبرام العقد ولذلك لا يمكن لأحد أطراف العقد كأصل عام القيام بتعديلها إلا من خلال موافقة الطرف المتعاقد الثاني، كما أن قيمة العقد تعتبر من ثبوته بغض النظر عن تقلبات السوق أو العملة أو التعريفات الجمركية وغيرها من المسائل المتوقعة حدوثها لدى المتعاقد مع الجهة الإدارية والقول بخلاف ذلك يؤدي الى زيادة القيمة أو نقصانها تبعاً للتغير في سعر تحويل العملة وهو أمر يتنافى مع ثبات شروط المقابل المادي للمتعاقد.

كما لا يمكن للمتعاقد المفوض له أن يتجاوز نصوص العقد للقيام بما هو مناف لإلتزامه التعاقدية في تنفيذ العقد بصفة شخصية فلا يمكنه مثلاً تفويض المرفق العام المفوض الى الغير دون أن يكون ذلك مسموحاً به في إطار نصوص عقد التفويض، وتكون هناك مبررات وظروف فرضت ذلك تتعلق بمتطلبات التسيير وفي كل الأحوال يمكن للمفوض له اللجوء الى مناولة جزء فقط من المرفق العام المفوض بعد أخذ الموافقة بشكل صريح من قبل السلطة المانحة للتفويض، وفي كل الظروف لا يمكن أن يكون المرفق العام المفوض موضوع مناولة كلية²، لأن ذلك لا يتوافق مع الإلتزامات العقدية من جهة وينتهك معيار الإعتبار الشخصي الذي اعتمدت عليه الجهة المفوضة في اختيار المفوض اليه.

لأن العلاقة التعاقدية في أسلوب التفويض لا تقتصر آثارها على أطراف عقد تفويض المرفق العام فحسب، وإنما هناك طرف ثالث معني بالعقد وتنفيذه بشكل أساسي فالعلاقة تمتد بصورة غير مباشرة الى مستخدمي المرفق العام موضوع التفويض، وهذا ما يرتب بروز رابطة قوية وخاصة بين المنتفعين وشخصية المفوض اليه زيادة على السلطة المانحة، فبالرغم من وجود الأحكام التعاقدية فإنه في

¹ طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية للنشر، ص 122.

² المادة 07 المرسوم 199/18 السالف الذكر.

الغالب يطغى الطابع التنظيمي على هذه العلاقة لكون الجهة الإدارية العامة لاتزال ترى في نفسها صاحبة الاختصاص الأصلي في إدارة واستغلال وأن تفويضها للمرفق العام ليس إلا اعتماد آلية جديدة تتبنى من خلالها إشراك الغير بهدف زيادة ورفع فعالية المرفق وتحسين نوعية الخدمة العمومية المقدمة.

غير أنه بالرجوع الى طبيعة عقد التفويض باعتباره عقد إداريا يتم ابرامه بين أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة باعتبار النظر الى أطراف العقد من جهة أن السلطة المفوضة وهي دائما شخص معنوي عام والمفوض له وهو شخص خاضع للقانون العام أو الخاص وبالنظر لموضوع العقد أيضا فهو في الأخير يتناول تسيير المرفق العام الذي هو جوهر القانون الإداري¹، وذلك يوحى بأن عقد التفويض هو عمل قانوني مبني على توافق إرادة الأطراف، وهومن ناحية أخرى بالنظر الى طبيعته تغلب عليه الصفة التنظيمية التي ترتبط بالأساس بالقواعد الصيقة بسير المرفق العام.

لأن السلطة التنظيمية تمثل أحد المكونات الأساسية في وجود السلطة العامة هي بهذا تدخل في صميم عملها حتى بغياب نص يقر بها²، فسلطة التنظيم هي السلطة التي تمارسها من قبل السلطات الإدارية العامة والتي تتمحور حول إصدار قواعد قانونية عامة ومجردة في صور متعددة تشمل جميع المخاطبين بها أو قد تكون على فئة معينة منهم دون تحديد ذواتهم وهي اللوائح والقرارات الإدارية التنظيمية العامة³، وبهذا تملك السلطة المفوضة سلطة تنظيم واستغلال المرفق العام وهي ترجمة لامتياز أصيل لها متعلق بامتيازات السلطة العامة لا يجوز لها التخلي عنه أو تفويضها في أي حال من الأحوال فالتنظيم هو صلاحية حصرية للسلطة المفوضة في مجال تفويض المرفق العام، عكس ما هو متعارف عليه في نطاق الإستثمار الخاص حيث يملك المستثمر صلاحية تنظيم مشروعه بنفسه ولهذا فإن التنظيم المتعلق بطبيعة المرفق العام موضوع التفويض يشكل أحد حدود الاستثمار في المرافق العامة⁴، فطغيان القواعد التنظيمية على عقد التفويض بالقدر الذي يكون ضروري لاعتبارات

¹ دريد كمال، طريقة التسيير المفوض للمرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07

العدد 02، سنة 2022، ص 635.

² وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 282.

³ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 153.

⁴ بركيبة حسام الدين، المرجع نفسه، ص 154.

السير الحسن للمرافق العامة المفوضة فإنه في الوقت ذاته يؤدي الى إضعاف الصبغة التعاقدية التي تميز عقد التفويض.

لأن أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو قوة مركز الجهة الإدارية فيه فالسلطة المتعاقدة في العقد الإداري لها من السلطات التي ليس لها مقابل في مجال عقود القانون الخاص ويبرر ذلك في الغالب متطلبات المصلحة العامة، وإلزامية السير المنتظم والعادي للمرفق العام و بهذه الصفة تمتلك الجهة الإدارية الإستعانة بهذه الصلاحيات حتى في حالة عدم النص عليها في العقد ولا يستطيع المتعاقد معها أن يتخلص من هذه الامتيازات من خلال الدفع بقاعدة القوة الملزمة للعقد لأن الأمر يتعلق بقواعد العقد الإداري، فسلطة الرقابة مثلا التي تمارسها السلطة العامة المفوضة تنبع من فكرة المرفق العام بشكل أساسي لا من النصوص التعاقدية، وبالتالي فهذه السلطة ثابتة للجهة الإدارية حتى في حالة إغفالها في العقد أو في القوانين واللوائح¹، وبهذا فالسلطة المانحة تمتلك سلطة توقيع الجزاءات بنفسها عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية دون الإستعانة بالقضاء مسبقا²، وبذلك تختلف الجزاءات التي تسلمها السلطة المفوضة على المفوض اليه في حال الإخلال بالالتزامات التي تم النص عليها في اتفاقية التفويض المرفق العام، وذلك في حالة عدم التقيد بالتزاماته وقصد ضمان تنفيذ تفويض المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة، هذه الجزاءات التي تطبق على المستثمر في المرفق العام قد تعيق في كثير من الأحيان المرفق العام عن أداء المنوطة به بشكل إعتيادي وفعال بالإضافة الى أنها تؤثر بالنتيجة على نتائج الإستثمار المرفق العام المفوض.

وأمام هذه السلطات الواسعة للسلطة المانحة يعد التوازن في أعمال السلطات التنظيمية على عقد التفويض ضروري لتوازن العقد، ذلك أنه إذا كان الهدف من عقود التفويض زيادة على تأمين سير المرافق العامة هو فتح هذا المجال للاستثمار، الذي يستهدف بالدرجة الأولى أشخاص القانون الخاص الذين لا يلائمهم في الغالب طغيان البنود التنظيمية على حساب الشروط التعاقدية التي اكتسبها عند أبرام العقد واتجهت إرادتهم الى الوفاء بها، غير أن الإفراط في الاستعانة بالامتيازات العامة والصلاحيات الواسعة للسلطة المفوضة يجعل عقد التفويض يفرغ من محتواه ليميل الى العمل الإنفرادي للسلطة العامة المفوضة على حساب البنود التعاقدية التي تعتبر أكثر أمانا بالنسبة للمتعاقد المستثمر

¹ مفتاح خليفة، مرجع سابق، 57، 60.

² زوية سمير، اتفاقية التفويض تجسيد للشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مرجع

سابق، العدد 10، سنة 2018، ص 287.

في المرفق العام، لأنه على دراية تامة بها حيث أنها مدونة بشكل واضح في نصوص العقد وهو مستعد لتنفيذها منذ توقيع العقد.

فبالرغم من الامتيازات العامة للسلطة المفوضة تجد مبرراتها في الغالب من اعتبارات الصالح العام وارتباط العقد بالمرفق العام الا أن اعتبارات الشراكة مع القطاع الخاص ومفاهيم السوق والاستثمار، تتجه في الغالب الى ترجيح كفة الشروط التعاقدية باعتبارها الأكثر إنصافا وذلك لان طرفي العقد مطلعون عليها بشكل مسبق وانصرفت إراداتهم للوفاء بها منذ وقت إبرام عقد التفويض وفي هذا الاطار لابد للسلطة المفوضة من أعمال الامتيازات الممنوحة لها كسلطة عامة في بالقدر الذي يكفل مقتضيات الصالح العام ودون التوسع في ذلك ، لأن عقد التفويض لابد أن يحافظ على صبغته التعاقدية لاستمالة القطاع الخاص الذي يشكل محور التسيير المفوض للمرافق العامة.

فالعقد مهما كانت النقائص والثغرات التي يخلفها إلا أن طبيعة العمل التعاقدية تجعله القلب الأنسب الذي يعبر فيه الأطراف عن إراداتهم ويناقشون آراءهم بكل تفصيل ويعالجون فيه كل الوضعيات التي يمكن أن تعترض عملية تحقيق المرفق العام موضوع التفويض وبالنسبة للخواص فالعقد هو شريعة المتعاقدين وإذا نظرنا من جهة أن المرفق العام المفوض غالبا ما يكون موضوع نشاطه مشابهة للأنشطة التي تعالجها المشاريع الخاصة، فان المستثمرين في المرافق العامة يسعون دائما في معاملاتهم الى ترجيح كفة العقد على حساب مزايا وسائل السلطة العامة لأن في ذلك أكبر ضمانا لحقوقهم كونهم مطلعون بشكل كاف على بنود التعاقد ومستعدين تماما لها بخلاف التصرفات الإنفرادية التي تقوم بها السلطة العامة في اطار امتيازاتها العامة التي تشكل إجراءات يصعب الإحتراز منها وقت إبرام عقد التفويض.

زيادة على أن أسلوب التعاقد يضمن الكثير من الحقوق لجميع أطراف عقد التفويض وخاصة حقوق المستثمر في المرفق العام خاصة عند اللجوء الى الهيئات التحكيمية والوسطاء الذين يعتمدون في فض المنازعات بشكل أساسي على البنود المنصوص عليها في العقد بالإضافة الى أن أنه يمكن لأطراف العقد النص على البنود التي تتيح لهم تعديل العقد أو مراجعة وتحيين الأسعار في حالة اختلاف الظروف عن ظروف العقد وقت الإبرام.

فعقد التفويض بالرغم من أنه عقد إداري تحتل فيه السلطة العامة مركز قانوني مميز إلا أن إرادة المفوض اليه في العقد لا يمكن تجاهلها لأن نية المتعاقد اتجهت الى استغلال وإدارة المرفق العام وتحمل الأعباء المترتبة على ذلك بالإضافة الى التمتع ببعض امتيازات السلطة العامة وفي المقابل اتجهت إرادة السلطة المفوضة الى الاستفادة من القطاع الخاص من خلال تحفيزه على الاستثمار في المرافق العامة، وبالتالي لابد للسلطة المانحة أن تحترم قواعد النشاط الخاص التي تعد السمة العقدية من أبرز خصائصها، لذلك يجب على السلطة المفوضة إيجاد الصيغ التعاقدية المثلى التي تحفظ

حقوق الأطراف جميعا وخاصة في مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام عقد التفويض، فليس للسلطة المانحة إهمال إرادة المفوض اليه أو التوسع في ممارسة الصلاحيات الإنفرادية التي تباغت بها المستثمر في المرفق العام محل التفويض وقد تؤدي الى عزوف المتعاملون الخواص عن الإستثمار في المرافق العامة .

الفرع الثاني: ميزة الإعتبار الشخصي في عقد التفويض

إن الحديث عن عقود تفويض المرفق العام في نطاق العقود الإدارية لا ينفي عنها أنها تتمتع ببعض الخصوصية وفي ذات الوقت لا تنتفي عنها الصبغة الإدارية، فهي تتميز بمزايا وخصائص لا يمكن الحديث عليها في باقي العقود الأخرى، وبالإستناد الى هذه الفكرة فإن التسليم بخضوع عقود تفويض المرفق العام لما استقر عليه العمل بالنسبة للعقود الإدارية فحسب فكرة مجافية للحقيقة بالإضافة الى أنها غير قابلة للتجسيد الفعلي نظرا للأهمية التي يكتسبها الاعتبار الشخصي بالنسبة لهذه العقود سواء من حيث الإبرام أو من حيث التنفيذ غير أن ذلك اصطدم بمسيرة تطوير وتحديث إجراءات إبرام عقود التفويض¹، خاصة فيما يتعلق بالمبادئ الحديثة في إبرام العقود التي تتعلق بتكريس مبادئ العلانية وقواعد المنافسة.

وذلك بالنظر الى الصلة الوثيقة للعقد الإداري بمقتضيات المرفق العام فقد شكلت فكرة الاعتبار الشخصي أحد الأفكار الجوهرية سواء فيما يتعلق بمسألة اختيار المتعاقد أثناء مرحلة الإبرام وفي فترة تنفيذ العقد الإداري وانقضائه، فالقاعدة أن الالتزام بتنفيذ المرفق العام يكون بشكل مبدئي شخصيا لأن ذلك تفرضه طبيعة العقد الخاصة، لذلك يجب أن تراعي فيه الاعتبارات الشخصية عند الاختيار فلا يجوز بناء على ذلك التنازل عن هذا الإلتزام للغير، إلا لترخيص من السلطة المفوضة صاحبة الإختصاص الأصل في هذه الحالة لابد من التمييز بين مسألة التنازل الكلي والجزئي في عقد التفويض ففي التنازل الكلي يعني تخلي المتعاقد عن العلاقة التعاقدية مع الجهة الإدارية المانحة مقابل دخول المتنازل له في العقد، وتنتقل في هذه الحالة المسؤولية من صاحب العقد الأصلي إلى المتنازل له مباشرة مع الاحتفاظ بمسؤولية المتعاقد الأصلي عن سيرورة المهام التي تم تنفيذها ، أما مسؤولية صاحب التفويض في حالة التنازل الجزئي عن العقد وبموافقة السلطة المفوضة فتبقى مسؤولية أصلية لا تتأثر بأي عملية تعاقدية من الباطن مع إختصاصيين أو خبراء للقيام بعمل فني دقيق ومتقن إذ أصبح التعاقد من الباطن ضرورة لابد منها في غالب الأحيان فرضتها تعقيدات المهام المرفقية

¹ أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، مرجع سابق، بدون صفحة.

المتنوعة ذات الطابع الفني التي تتطلب في الغالب اللجوء الى هذه التقنية من أجل التنفيذ الأمثل للمهام الموكلة للمتعاقدين¹.

ويرتكز مبدأ الاعتبار الشخصي بشكل أساسي وجوهري على الحرية الواسعة للجهة الإدارية في عملية اختيار المتعاقدين معها حيث يخضع انتقاء المفوض له للحرية للجهة الإدارية التي لابد لها في كل الأحوال أن تضع نصب عينها اعتبارات جوهرية تخص الصالح العام على وجه الدقة التي تتطلب بالخصوص ترشيد المال العام، بالإضافة الى المتطلبات الفنية التي باتت تقترب بوجوده وفعالية الخدمة العمومية هذه الأخيرة التي تستدعي توفير شروط أحسن من الناحية التقنية الضرورية لإدارة واستغلال المرفق العام، فلا بد للحرية التي تمارسها الجهة الإدارية أن تكون منطلقة أساساً من مقتضيات الصالح العام، هذا الالتزام يفرض عليها بذل الجهد اللازم لانتقاء المتعهد الكفء للوفاء بمهامه المتمثلة في تنظيم و تسيير المرفق العام موضوع التفويض واستغلاله وفقاً لما يقتضيه الصالح العام وقد برزت بعض النصوص في المنظومة القانونية الجزائرية التي أعطت الحرية الكاملة في اختيار المتعاقدين².

وفي هذا الإطار فقد كانت الجهة المانحة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المفوض له وبذلك لم تكن تخضع لأية إجراءات خاصة ترتبط بفكرة بتأمين المنافسة التي تتطلبها القواعد الحديثة في إبرام العقد بين المتعهدين الراغبين في التعاقد مع الجهة الإدارية، وكانت في الغالب تعتمد على فكرة الاعتبار الشخصي التي لازمت عقد التفويض بأشكالها المتنوعة لفترة طويلة من الزمن وقد وجد هذا الطرح رواجاً كبيراً من جانب بعض الفقه خاصة الفرنسي منه ومنهم الفقيه جيز الذي يقول بهذا الصدد "إن الإعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون بالمستوى نفسه بالنسبة لجميع العقود الإدارية ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام بحيث يتعين التزامه بغاية الصرامة في مجال عقد الامتياز لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى شؤون إدارته"³.

واتجه القضاء الفرنسي كذلك الى تأييد فكرة الإعتداد بالاعتبار الشخصي واستقر قضاء مجلس الدولة في هذا الشأن منذ الوهلة الأولى على أن الجهة الإدارية لا تكون ملزمة في جميع الأحوال باتباع الخطوات وإجراءات الإبرام التي نصت عليها القواعد القانونية الإجرائية المعهودة بالخصوص في مجال الصفقات العامة، فضلاً عن عدم وجود نص قانوني أذاك يجبر السلطة المانحة على اتباع اجراء

¹ فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 228، 229.

² ضريفي نادية، تفويض المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، ص 261.

³ أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، التفويض في التشريعات العربية، د ص.

معين بصدد إبرامها لعقود الامتياز، ومبدأ الاعتبار الشخصي الذي يكرس حرية الاختيار المتاح للجهة الادارية في نطاق ابرام عقود تفويض المرفق العام، لم ينحصر أعماله على فرنسا فحسب وإنما وجد له استجابة في أغلب الدول التي برزت وطبقت فيها تقنية تفويض المرافق العامة سواء كانت من خلال طريق الامتياز أو عن طريق الأساليب التفويضية الأخرى كعقود الايجار أو عقود إدارة المرفق العام¹، وذلك لما يميز فكرة الإعتبار الشخصي من مرونة ساعدت السلطة المتعاقدة في عملية إختيار المفوض إليه.

وقد بهذه الفكرة مجموعة من الدول التي لا تمتلك إجراءات معينة التي تساعد في اختيار الطرف المتعاقد معها وأهم ما تتميز به هذه الدول هو وجود موظفين عموميين مؤهلين لديهم خبرة راسخة في عملية ابرام العقود الإدارية ويتمتعون في سبيل ذلك بحرية في اختيار المتعاقد معها و لهم الحق في إبداء توجيهات للمتعهدين أثناء التنفيذ غير أن حريتهم مقيدة إداريا عن طريق رقابة رؤسائهم وطريق وجوب احترام الإجراءات الإدارية المقررة كما أن هناك رقابة لديوان المحاسبة في المسائل المالية ومن بين هذه الدول بريطانيا² التي لها تقاليد وأعراف قانونية راسخة في هذا المجال المتعلق بإبرام العقود.

في حين سلكت الدول التي تتبنى نظام إجرائي معين طريقا آخر في مجال التعاقد الإداري بشكل خاص، حيث تمتلك هذه الدول نظم تشريعية توضح الخطوات والإجراءات الخاصة التي يتوجب على السلطة الإدارية المتعاقدة أن تسلكها من أجل ابرام العقود الإدارية بمختلف أشكالها غير أن هذا الإتجاه انقسم الى فريقين الفريق الأول يوسع من حرية الجهة الإدارية في سبيل اختيار طريقة التعاقد ومن بين هذه الدول اليونان أما الفريق الثاني وهو الغالبية فيتبنى قواعد محددة ودقيقة يكون اتباعها إجباريا بحيث يجب على الجهة الإدارية اتباع الوسيلة التي أقرتها هذه القواعد من أجل اختيار الطرف المتعاقد بالإضافة الى أن هناك من الدول من تجعل القيد عاما يشمل جميع العقود الإدارية كبلجيكا ومنها من يأخذ بنظام مزدوج يفرض القيد في حالات خاصة ويسمح بالتحرر منه في حالات أخرى كالיוنان والسويد³، إلا أن فكرة الاعتداد بالاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام تراجعت بشكل كبير لصالح مبدأ الإجراءات والقيود الشكلية التي فرضت على الإدارة المفوضة مجموعة من القواعد والضوابط التي يجب عليها الإلتزام بها في عملية منح عقد التفويض لعل أهمها:

¹ أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع نفسه، د ص.

² يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 66.

³ مرجع سابق، ص 66، 67.

1/ الأنظمة القانونية الأوروبية التي سنت القواعد القانونية في مجال عملية إبرام عقود الصفقات العمومية التي تبرمه الجهات الإدارية في الدول التابعة للاتحاد الأوروبي إذ استقرت تلك الأنظمة على أن فكرة المنافسة هي الطريق الأمثل لإبرام عقود التفويض، وقد توسع في ذلك المشرع الأوروبي في تعريف تلك العقود ليشمل عقود التزام الأشغال العامة والتي اعتبرت في فرنسا على الدوام على أنها من عقود تفويض المرفق العام، وقد أدى هذا التوسع إلى أعمال مفاهيم العلانية والمنافسة والمساواة على أحد أبرز أنواع عقود تفويض المرفق العام وهو التزام أشغال العامة في الحالات التي تتوفر فيها شروط تفويض المرفق العام باعتباره عقد امتياز المرفق العام.

2/ انتشار الأفكار المتعلقة بمكافحة الفساد في مختلف الأنشطة الإدارية ومنها العقود الإدارية، هذه الأفكار التي توسعت في فرنسا منذ أواخر الثمانيات من القرن الماضي فأدت تلك السياسة بالمشرعين إلى التفكير بشكل جدي في تسطير إجراءات وخطوات محددة سلفاً تتبع لإبرام عقود تفويض المرفق العام ضمن المبادئ المتعلقة بالشفافية في الحياة الاقتصادية، والتي تمثل عقود تفويض المرفق العام أحد العناصر الحيوية فيها فتوالت المساعي لسن المبادئ المتعلقة بالشفافية والعلانية والمساواة لينتج عنها في ظهور قانون سابان سنة 1993 والذي كانت أولويته مكافحة الفساد في الحياة الاقتصادية وبث الشفافية والوضوح في المعاملات الاقتصادية ومختلف الإجراءات العامة فتضمن هذا القانون لأول مرة قواعد إجرائية مهمة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام¹ وسارت على هذا النهج عدد كبير من الدول في مجال وضع تشريعات خاصة بتفويضات المرافق العامة وتزويدها بإجراءات صارمة من أجل عملية الإبرام وكذا التنفيذ.

وفي هذا المجال اعتبر قانون سابان أن أسلوب التفاوض الذي تقوم عليه عقود تفويض المرفق العام التي يركز على العلانية الكاملة والوضوح واشتراط المنافسة المسبقة على عملية إبرام العقد وبذلك استطاع هذا القانون أن يصل إلى الانسجام المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة وبين ضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية في اختيار المتعاقد معها في عقود التفويض طبق لمقتضيات الاعتبار الشخصي من جهة أخرى².

فبالرغم من الأهمية البالغة للمبادئ الحديثة المرتبطة بإبرام العقود بصفة عامة إلا أنه وفي المقابل لا يمكن الاعتماد في بعض الحالات على معايير الشفافية والمنافسة الحرة فحسب، لأنه لا بد للسلطة المفوضة أن تتمتع بجانب من الحرية يمكن الإعتماد عليها في مرحلة اختيار المفوض إليه نظراً لعدة

¹ أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، د ص.

² أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع نفسه، د ص.

اعتبارات تتعلق في الأساس بطبيعة بعض المشاريع وإمكانات بعض المستثمرين الذين يثبتون كفاءتهم في التعاملات السابقة مع الجهة المانحة للتفويض، بالإضافة الى خصوصية عقد التفويض خاصة في العلاقة مع المنتفعين التي تتطلب قدرا من المؤهلات الخاصة.

فبالرغم من أن الإعتماد على الإعتبار الشخصي في إبرام العقود الإدارية في العموم تشوبها شبهة الفساد والمحاباة في تفضيل متعهد على الآخر، إلا أن ذلك ليس بالضرورة في كل الأحوال لأنه في كثير من الحالات ولإعتبارات المصلحة العامة قد يكون من الأفضل للجهات المتعاقدة الإستناد الى شخص المتعهد في عملية الإنتقاء بالنظر الى خصوصية بعض المرافق العامة.

المطلب الثاني: عدم مساس الرقابة بطبيعة العقد

إن عملية الرقابة على عقد التفويض بقدر ماهي ضرورة تفرضها مقتضيات الصالح العام وتفرضها مسؤولية الشخص الاعتباري العام على المرفق العام المفوض، بقدر ما لابد لها تنقيد بطبيعة عقد التفويض ومراعاة الأهداف المسطرة من وراء اللجوء الى تبني هذا الخيار من أجل إدارة واستثمار المرفق العام فانتهاج أسلوب التفويض لم يكن خيارا بمعنى الكلمة للسلطة العامة المانحة وإنما كان تحت دوافع وضغوطات فرضتها عوامل متداخلة لعل أبرزها عجز التسيير المباشر عن تحقيق الفعالية والمردودية اللازمة المنتظرة من المرافق العامة في ظل تنامي ظاهرة المنافسة التي فرضها القطاع الخاص في الحياة الاقتصادية، فلجوء السلطة المانحة لأسلوب التفويض كانت له مبررات موضوعية مختلفة لكن نجاح هذه الآلية يبقى دائما مرهون بقيام السلطة المانحة للتفويض بمسؤولياتها في رقابة العقد في الإطار المحدد والمعقول الذي يمكن المستثمر في المرفق العام من التمتع بهامش من الحرية يمكنه من تحقيق أهدافه الإستثمارية.

فالرقابة على عقد التفويض لابد أن تنحصر في الأعمال المتصلة بسير وانتظام المرفق العام لتلافي المحاذير التي يمكن أن تؤدي الى تغول السلطة المانحة وإسرافها في الاستعانة بما يكفله لها القانون من سلطات واسعة وامتيازات تتعلق في الأساس بالإمتيازات المخولة لها في إطار السلطة العامة ، فالرقابة يجب أن تنحصر في الحد الذي يضمن انتظام سير المرفق العام دون أن تتعدى السلطة ذلك الى نشاطات أخرى، وبالتالي فإذا ما أقدمت السلطة العامة على تعدي هذه الحدود كان تشترط أن تخضع كل النشاطات التي يقدم عليها المستثمر إلى الموافقة والمصادقة تكون قد أفرغت تقنية التفويض من طبيعتها، وعرضت تصرفها للإبطال ومن ثم للمساءلة¹، ذلك أن عملية التفويض آلية قائمة بذاتها لها أسس ومقومات ومزايا شكلت دافعا للمستثمر من أجل الإقدام على التعاقد مع

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 34.

الجهة العامة المانحة فإن تم المساس بهذه المزايا التي تعطي الطابع الخاص والمميز لأسلوب التفويض تتضاءل الفروق بين هذه الآلية والتسيير المباشر للمرافق العامة مما يترتب عنه عدم جدوى هذا الأسلوب في التسيير باعتباره يصبح نسخة أخرى للتسيير المباشر.

وفي هذا السياق لا يمكن للجهة الإدارية المتعاقدة أن تقدم على فرض التزامات ومهام تكون خارج نطاق المهام المنصوص عليها في إطار عقد التفويض لأن في وقت إبرام العقد انصرفت إرادة الأطراف المتعاقدة الى التزام عقدي معين ومحدد يهدف من خلاله كل طرف في العلاقة التعاقدية آلة الوصول إلى غاية وهدف معين بالذات ومن ذلك لا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة تحت أي مبرر كان أن تقفز على إرادة المتعاقدين إلى أهداف آخرة خارج إرادتهما كما لا يكون من حق الجهة العامة المتعاقدة أن تقوم بعمل يفضي إلى التعديل من طبيعة العقد الموضوع الذي يتناوله، أو تبتكر موضوعا جديدا له يختلف عن الموضوع الأصلي للعقد الذي تطابقت عليه إرادة الأطراف المتعاقدة فلا يجوز للجهة المتعاقدة، وهي بصدد استعمال سلطتها العامة في تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة أن تجعل من هذه التعديلات مبررا يؤدي إلى تجاوز الإمكانات الفنية والمالية للمتعاقد بما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد راسا على عقب، ذلك أن على الجهة الإدارية وهي تباشر سلطتها في التعديل الإنفرادي يجب أن لا تغفل على حقيقة أن للمتعاقد معها مهما كانت درجة قدرته المالية والفنية إلا أنها تبقى قدرات محدودة في إطار معين لا يمكن تجاوزه بأي حال من، هذه القدرات التي في ضوئها أقدم على التعاقد مع الجهة الإدارية من أجل تنفيذ المهام محل العقد¹، بالإضافة إلى أن هذه الإمكانيات المالية والفنية كانت محل تقييم من قبل اللجان المختصة والتي على أساسها تم منح عقد التفويض للمفوض إليه واستبعاد عروض أخرى كذلك على أساس هذه القدرات المالية والفنية المقدمة من طرف المعارضين.

لذلك يشترط في أي تعديل تقوم به الجهة الإدارية بمقتضى صلاحياتها وسلطتها العامة أن يكون في إطار الحدود الطبيعية التي تفرضها طبيعة العقد من حيث أهمية العقد وتنوع صوره فمهما كانت المصلحة العامة التي تهدف السلطة المتعاقدة إلى تحقيقها من جراء القيام بأي تعديل عليها أن تحرص على أن لا تكون هذه التعديلات جوهرية تمس جوهر العقد وتحدث انقلابا في موازينه الاقتصادية حتى يبلغ درجة تحول العقد إلى عمل تعاقدى جديد فعلى الجهة الإدارية عند إقدامها على المساس بالعقد أن يكون تدخلها ضمن الإطار المعقول الذي يضمن الصالح العام في ظل احترام اقتصاديات العقد وفق لما يمكن للشريك أن يتحمله من التزامات فالشريك الخاص يتمتع بإمكانات فنية والمالية عرضها على السلطة المتعاقدة يوم إبرام العقد وتم الاتفاق على الالتزامات العقدية مسبقا في إطار حدود هذه

¹ سأمال إسكندر محمد البجلان، المرجع نفسه، ص 186، 188.

الإمكانات، فإذا ما حملته الجهة الإدارية المتعاقد أكثر من طاقته حق له المطالبة بالتعويض المناسب لجبر الضرر في إطار التوازن المالي للعقد أو المطالبة بفسخ العقد في حالة بلوغ الضرر اللاحق به درجة معينة من الجسامة¹.

ومهما يكن من أمر فإن مصداقية الجهة الإدارية في إبرام عقودها الإدارية بشكل عام وعقود التفويض بشكل خاص تعد صمام الأمان بالنسبة لها فعد التفويض الذي ترتبط فيها السلطة المفوضة بصاحب التفويض لمدة زمنية طويلة مقارنة بالعقود الإدارية الأخرى كعقود الصفقات العمومية تتضاعف فيها مسؤولية الجهة الإدارية بسبب تعلق العقد بتسيير المرفق العام وارتباط ذلك بقاعدة واسعة من المنتفعين في الحفاظ على استقرار العقد وتحقيق الثقة اللازمة بين المتعاقدين مع الجهة المانحة الذين يكون جلهم ينتمي الى القطاع الخاص.

فالعقد في إطار القانون الخاص هو شريعة المتعاقدين وتعد هذه القاعدة هي جوهر العملية التعاقدية ومبعث للأمن والثقة بالنسبة لهم، وتنطلق من هذه الثقة حرية التعاقد وإقدامه على المبادرة الحرة والابتكار فهو يعرف تماما ماله وما عليه من خلال نصوص العقد الذي وقع عليه وهو بذلك يلتزم مع الأطراف المتعاقدة الأخرى في حدود امكانياته، وفي هذا الإطار لا يكلف التعاقد الا بما ألزم به نفسه واتجهت له ارادته الحرة وقت إبرام العقد.

إلا أنه في نطاق قواعد العامة فإن هذه القاعدة لا تجد لها كامل القوة التي تتمتع بها في إطار القانون الخاص كون أن للجهة الإدارية العامة مركز قوة وامتيازات غير مألوفة في مجال القانون الخاص ولها من السلطات والصلاحيات الرقابية على عقد التفويض ما يمكنها من اجراء تعديلات تمس بالعملية التعاقدية قد تزيد أو تنقص من أعباء التعاقد، بالرغم من أن التعاقد مع الجهة الإدارية يقطع أشواطاً كبيرة عبر مراحل التعاقد وبشكل خاص في عقود التفويض، التي تتطلب مفاوضات مع المتعهدين تستهدف على وجه التحديد التأكد من المؤهلات المادية والفنية للمتعهد المؤهل مبدئياً وكذا التوصل الى الصياغة النهائية لعقد التفويض الذي يرضي الطرفين، لذلك يبقى على السلطة المانحة مراعاة طبيعة وموضوع العقد عند أي مساس به بدافع مقتضيات الصالح العام، لأنه لا ينبغي للمصلحة العامة أن تشكل عائقاً للمفوض اليه في تنفيذ استثماراته لأن المصلحة هي ذاتها التي كانت سبباً في اللجوء الى أسلوب الإدارة المفوضة للمرافق العامة وألا نكون أمام تناقض وغموض في الرؤية لدى السلطة المانحة للتفويض.

¹ سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 109.

فطبيعة عقد التفويض بالقدر الذي تشكل عبئا على المستثمر من حيث التزامه بضمان استدامة المرفق العام وتبرر للسلطة المانحة سلطات رقابية واسعة في مواجهة المفوض إليه المخل بالتزاماته الا أنها تفرض في المقابل على السلطة المانحة مراعاة خصوصية الاستثمار في المرافق العامة والأعباء التي يتحملها المستثمر في المرفق العام، من أجل إعادة بعثه وتأهيله لاستئناف خدماته المرفقية من جديد فهي في المقابل تشكل قيودا على السلطة المفوضة باعتباره يتعلق بالمرفق العام والاستثمار فيه له خصائص معينة يجب مراعاتها عند إعمال سلطاتها الرقابية وتطبيق الجزاءات من خلال استعمال سلطاتها غير المألوفة في مجال القانون الخاص وامتيازاتها العامة، فارتباط تقنية التفويض بكل هذه الاعتبارات اللصيقة بطبيعة المشاريع العامة المفوضة يمنحها طبيعة خاصة يجب على السلطة العامة المانحة أن تضعها في الاعتبار عند القيام بأي عمل قانوني انفرادي يستهدف رقابة عقد التفويض.

المطلب الثالث: عدم التدخل في طرق التسيير

إذا كان ليس هناك بديل عن آلية الرقابة على عقود التفويض لاعتبارات متعددة سبقت الإشارة إليها في هذا البحث، فيجب أن تقتصر عملية الرقابة على مفهومها الضيق بحيث يتسنى للجهة المانحة الإشراف على عقد التفويض من أجل التأكد من أن عمليات استغلال المرفق العام تسيير بانتظام واضطراد دون أن تتعدى هذه التوجيهات الى أن تصبح عبارة عن تدخلات في كيفية إدارة المرفق العام المفوض، وخلال هذه العملية تحرص الجهة المانحة للتفويض على أن تكون لصاحب التفويض اليد العليا والقرار الفصل فيما يخص الطريقة التي يدار بها المرفق العام في مقابل تحمله أعباء مالية وتكاليف معتبرة في سبيل تحقيق المرفق العام موضوع التفويض، فهي دائما مسؤولة وملتزمة بالحرص على التوفيق بين اعتبارين هما ضمان حرية المكلف بإدارة واستغلال المرفق العام وضمان سيره بانتظام، لذا فمن الواجب أن تقف سلطة رقابة السلطة المانحة عند حد الإشراف والمراقبة على عمليات الاستغلال دون أن تتجاوزها الى التدخل في الكيفية التي يدار بها المرفق المفوض¹.

وهذا انطلاقا من الدور الكبير الذي يلعبه صاحب التفويض في إقامة وتشغيل المرفق بعد إعادة تأهيله فهو دور على درجة كبيرة من الأهمية والحساسية حيث يتولى القيام بكل ما هو ضروري من أجل القيام المرفق العام بنشاطاته على أحسن وجه، هذه المسؤولية الكبيرة لا بد أن يقابلها هامش معتبر من الحرية يكون ضروريا بالنسبة للمستثمر من أجل القيام بالمهام الموكلة إليه على اكمل وجه، وفي سبيل ذلك فهو يتمتع بمجموعة من الحقوق والامتيازات لا يشاركه فيها غيره من المتعاقدين مع الجهة الإدارية ومن بين هذه الحقوق تحصيل عائدات مالية من المنتفعين من المرفق العام والحق كذلك في

¹ حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 560.

التمتع ببعض امتيازات السلطة العامة التي يستمدّها من طبيعة المرفق العام، والمنفعة العامة التي يقدمها، فبالإضافة الى أن خضوع تنفيذ المرفق العام للمبادئ العامة في العقود الإدارية إلا أن تطبيق هذه المبادئ على عقود التفويض يتميز في أحيان كثيرة سواء في عملية تشديد الرقابة على المفوض اليه أو فيما يتعلق بتحديد الشروط التي يجوز للسلطة الإدارية أن تعدلها بإرادتها المنفردة أو لتكريس ضمانات للمفوض اليه¹.

فالرقابة على عقود التفويض لها مجموعة من الضوابط يجب أن يتم مراعاتها وفي الوقت ذاته يجب أن لاتحد من حرية واستقلالية المفوض اليه في تسيير استثماراته في المرفق العام فهي فالرقابة كفكرة ووسيلة لا تهدف أبدا الى تغول وسيطرة السلطة العامة المفوضة للمرفق العام بل هي آلية ووسيلة للتأكد من مراعاة الأهداف المسطرة في اطار تحقيق الصالح العام فالرقابة يجب أن تقتصر في عملية البحث في السبل التي تبحث في مدى تقيد واحترام المستثمر للشروط الذي يفرضها كراس الشروط وملائمة مع ذلك فإن السلطة المانحة لا يسعها وليس من صلاحياتها بسط رقابتها على الكيفية التي يحقق بها المستثمر المرفق العام موضوع التفويض، فالأخير يبقى مسؤول وقيم عن عملية الاستثمار والاستغلال للمرفق العام وهو من أجل ذلك له كامل الآليات القانونية اللازمة لتحقيق المرفق العام المفوض².

وفي هذا السياق لابد أن تتسم السلطة الرقابية التي تمارسها الجهة الإدارية المانحة على المشروع محل التعاقد خاصة مع القطاع الخاص في الإطار الضيق الذي تضمن وتتأكد من خلاله اضطراد وتنظيم سير المرفق العام محل العقد دون تجاوز ذلك الى عمليات تدخل أو توجيهات من جانبها تتعلق أساسا بإدارة المشروع المفوض، فالشريك الخاص لابد له من أن يتمتع بهامش من الحرية في عملية إدارة واستغلال وتنظيم المشروع محل التعاقد، فهو قد بذل في سبيل إنجاز مشروعه تكاليف وأعباء مالية معتبرة قصد إقامة وإعادة تأهيل المرفق العام فهو بالتالي الحريص بالدرجة الأولى على أن يحقق أهدافه الاستثمارية في إطار الموازنة بين اعتباراته الشخصية في تحقيق المصالح الشخصية التي تتعلق به من ناحية، وتقديم جودة مقبولة تتعلق بالخدمة العمومية المقدمة للجمهور من ناحية أخرى، لذلك فرقابة الجهة الإدارية تقف في حدود سلطة الإشراف على عمليات الاستغلال دون تدخل فعلي في إدارة المرفق العام³، ذلك أن مصلحة المستثمر ترتبط بشكل وثيق بالمصلحة العامة فلا يستطيع المستثمر التفريط في جودة ومعايير الخدمة العمومية، لأن لها علاقة وطيدة بحصوله على عائدات مالية من

¹ محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 149.

² بركيه حسام الدين، مرجع سابق، ص 306.

³ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، مرجع سابق، ص 492.

مستخدمي المرفق العام بالإضافة الى أنه مطالب بمواكبة المنافسة التي تفرضها عليها قواعد السوق ومتطلبات التجارة.

لذلك فالاستقلالية والحرية التي يجب أن يتمتع بها المستثمر في المرفق العام موضوع التفويض تشكل أحد العناصر الضرورية والجوهرية الأساسية المرتبطة ارتباطا وثيقا بآلية التفويض كوسيلة من وسائل التسيير غير المباشر للمرافق العامة، فصاحب التفويض يقع على عاتقه كفالة وتأمين سيرورة وديمومة المرفق العام بكل ما يستدعيه السير الحسن للمرفق من متطلبات من مختلف الجوانب التي يحملها وتظهر استقلالية المفوض له من خلال العناصر الأساسية التي تكفل له عملية اتخاذ القرار بكل حرية ودون التقيد أو الرجوع في كل شيء للسلطة المفوضة وذلك من خلال¹:

1/ يمكن للمفوض له وضع الخطط والآليات اللازمة والضرورية التي تمكنه من استغلال وتسيير المرفق العام المفوض بالإضافة الى حريته الكاملة في اختيار الشكل والكيفية التي تقدم بها الخدمة العمومية.

2/ يتمتع صاحب التفويض ببعض امتيازات السلطة العامة التي ترتبط بطبيعة تسيير المرفق العام والمستمدة في الأساس من دواعي المصلحة العامة التي يسهر على ضمانها المفوض اليه من خلال عملية استثماره في المرفق العام.

3/ يتمتع المفوض إليه بسلطة اتخاذ القرارات اللازمة والمساعدة على التسيير الحسن للمرفق العام في الوقت المناسب وبالشكل المناسب الذي يقدره.

4/ الحرية والاستقلالية في إقامة علاقات مع كل الأطراف المتدخلة من أجل تحقيق المرفق العام من عمال وموردين وكل المتعاملين مع المرفق العام المفوض.

5/ تحصيل مبالغ مالية في شكل عائدات مالية من المنتفعين من المرفق العام مما يعزز استقلاليته المالية من ناحية الموارد المالية.

6/ الحرية في إصدار التوجيهات الإرشادات الكفيلة بضمان المصلحة العامة والسهر على نوعية الخدمة العمومية المقدمة للجمهور.

7/ الحرية في الإستعانة بتوظيف عمال بالعدد الكافي والمؤهلات اللازمة التي تكفل سير المرفق العام في أحسن الظروف.

¹ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص 148.

ومن خلال العناصر السالفة الذكر يتبين أن هناك جانب من الحرية والاستقلالية يتوجب على السلطة المفوضة مراعاتها واحترام الخصوصية التي يتمتع بها عقد التفويض سواء من ناحية كونه متعلق بالمرفق العام والمصلحة العامة وكذلك من ناحية كونه آلية للاستثمار.

إن الاستقلالية التي تلازم عقد تفويض المرفق العام تبقى قائمة وموجودة بغض النظر عن طبيعة العلاقة المالية بين السلطة المانحة للتفويض وصاحب التفويض، ففي هذا الإطار اعتبر الإجهاد القضائي الفرنسي أن العقد لا يخرج من دائرة تقنية التفويض كون السلطة المانحة للتفويض تتحمل النفقات الخاصة بإقامة المنشآت العامة، وتجهيز المرفق العام بالعتاد اللازم للتشغيل وذلك مقابل تحصيل المفوض له الأتاوات من المنتفعين بالإضافة إلى أن القروض والمساعدات المالية الممنوحة من السلطة المفوضة لا تؤثر على عنصر الإستقلالية الذي يجب أن يبقى معترفاً به لأسلوب التفويض كعنصر ضروري في هذه الآلية¹.

إلا أن هذه الاستقلالية لا يمكن أن تكون على إطلاقها فهي استقلالية جزئية يملكها المفوض إليه ترتبط على الخصوص بإدارة و تسير المرفق العام المفوض وذلك باعتبار أن للسلطة العامة المفوضة سلطات وصلاحيات واسعة تتعلق أيضاً بمسؤوليتها عن تنظيم واستمرار المرفق العام وهي صلاحيات تمارسها في إطار اختصاصاتها بوصفها سلطة عامة كالرقابة والفسخ وتسليط الجزاءات مما يقيد بالضرورة الاستقلالية الحقيقية للمستثمر في المرفق العام بالرغم من تمتعه بمجموعة من الإمتيازات التي لا يحوزها المستثمرين الخواص بمناسبة تكريسهم لاستثمارات في المجالات الأخرى الخاصة وهذا راجع لخصوصية الإستثمار في المرافق العامة².

غير أنه في كل الحالات لابد لوجود حد أدنى من الإستقلالية للمستثمر في المرفق العام ولابد للرقابة من ضوابط حتى تحافظ على هذه الإستقلالية اللازمة لتجسيد المفوض له لاستثماراته في المرفق العام في جو مريح، فالرقابة الممارسة على عقد التفويض مهما كان نوعها للمرفق العام فهي ليس هدفاً في حد ذاتها كما أنها ليست وسيلة للسيطرة على المرفق العام المفوض أو المفوض إليه المستثمر في المرفق العام، بل هي لاتعدو على أن تكون آلية فعالة لحفظ المصلحة العامة بكل ما تقتضيه من متطلبات، فالرقابة لابد لها أن تختصر في التأكد من إحترام المعايير المحددة للمستثمر في اتفاقية التفويض والوقوف على مكامن الضعف والقوة في عملية الإستثمار المطبقة على المرفق

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 121.

² بركيبة حسام الدين، المرجع نفسه، ص 149.

العام والآليات اللازمة لتحسين أداء المرفق في المستقبل بغض النظر عن الطريقة التي تتبع في إدارته واستغلاله.

فالرقابة التي تمارسها الجهة العامة المتعاقدة بشكل عام على المشروع تتسم بالضيق أي أن السلطة العامة المتعاقدة تضمن سير محل عقد الشراكة بإطراد وانتظام دون أن تتجاوز ذلك إلى التدخل في إدارة المشروع ، ذلك أن الشريك الخاص في العموم لابد له من هامش من الحرية التي تمكنه من إدارة مشروعه واستغلاله، فهو من تكبد عناء الإنفاق على المرفق العام و بمبالغ معتبرة قاصدا بذلك تحقيق مكاسب مادية، بالإضافة إلى سهره على ضمان خدمة عمومية راقية وذات جودة يقدمها لجمهور المنتفعين ويبقى للجهة الإدارية المتعاقدة حق الإشراف دون المساس الفعلي بكيفية إدارة المرفق العام، فالرقابة على عقد الشراكة في العموم لابد أن تمارس ضمن حدود معقولة حيث لا تطغى عليها السلطات والامتيازات العامة من أجل ضمان الحد الأدنى من الاستقلالية للمستثمر في المشاريع العامة، هذه الاستقلالية في التسيير هي التي ينادي بها الخواص على سبيل التحديد في مقابل التكاليف التي يتحملونها فمن غير المنطقي السعي إلى استقطاب الإستثمار الخاص على وجه التحديد في المرفق العام ومطالبته بتمويل المشاريع العاجزة في العموم ثم تبادر السلطة العامة المتعاقدة معه إلى الاسراف في أعمال السلطة العامة، الأمر الذي لا يناسب المستثمرين ولا يليق إهداف السلطة المانحة ولا يحقق الفعالية المطلوبة للمرافق العامة موضوع التفويض.

وبالتالي فإن من بين الاعتبارات التي جعلت السلطات العمومية المسؤولة عن إدارة واستغلال المرافق العامة التخلي عن عملية إدارته واستغلاله لصالح الغير وإلى أشخاص القانون الخاص بالذات هي المرونة التي يتسم بهذا هذا القطاع والملائمة المالية لقواعد القانون الخاص والرغبة في تحرير المرفق العمومي من القيود الصارمة للقانون العام الإداري كالمحاسبة العمومية وقيود الوظيفة العمومية وقيود العقود الإدارية¹، وانطلاقاً من كل هذه الاعتبارات والدوافع التي ساهمت في ازدهار أسلوب الشراكة مع القطاع الخاص بشكل عام وعقود التفويض بشكل خاص، فإنه لا ينبغي العودة إلى القواعد العامة التي الصارمة من خلال التوسع في الإمتيازات العامة في عملية الرقابة على عقود التفويض وإلا كنا أمام تناقض وعدم وضوح في الرؤية بالشكل الذي يؤدي إلى التخبط في تسيير المرافق العامة وينعكس على أسلوب التسيير المفوض، فيؤدي إلى استنساخ سلبيات التسيير المباشر من خلال آلية التفويض.

فأسلوب التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة أسلوب مرن يتضمن مجموعة من الأشكال والصور يدرج بعضها في إطار العقود الإدارية المسماة كامتياز المرفق العام وإجارة المرفق العام

¹ بشير شمس الدين، لعقابي سميحة. مرجع سابق، ص214.

والإدارة بالشراكة والبعض الآخر يدرج في إطار العقود الإدارية غير المسماة بحيث يكفي أن يتضمن العقد الأسس والمقومات التي يركز عليها عقد التفويض من دون أن يعطى إسما محددا ويتمتع الشخص الاعتباري العام عند اتجاه رغبته الى التفويض اختياره الصورة والشكل المناسب لإدارة واستثمار المرفق العام المرفق العام¹، هذه الصور والأشكال المختلفة للتفويض لابد أن يرافقها ثراء وتنوع هذا الأسلوب التعاقدى وغير المباشر في تسيير واستغلال المرافق العامة ولا بد أن ترافقه هامش معتبر من الحرية للمستثمر في المرفق العام، ويجب أن تضيق فيه نطاق السلطة العامة إلا بالقدر اللازم الذي تستدعيه مقتضيات الصالح العام.

فبالرغم من أن غالبية التشريعات القانونية المقارنة إهتمت بشكل خاص بموضوع الرقابة وأشارت الى ذلك بشكل صريح في كل النصوص والقواعد المتعلقة بتسيير عقود الشراكة بشكل عام وشددت في ذلك على أهمية سلطة الرقابة بالنظر الى عدة اعتبارات المرتبطة في الأساس بخطورتها على المتعاقد مع الجهة الإدارية وبالأخص الشريك الخاص ليكون على دراية لما هو مقبل عليه وحتى يقوم في هذا الصدد بتسهيل أمور الشريك العام المتعاقد معه أثناء ممارسة سلطته الرقابية حماية للمال العام والمصلحة العامة²، إلا أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أن تشكل الرقابة الممارسة من قبل السلطة العامة مدعاة للنفور من الاستثمار في المشاريع العامة بحجة التضيق من السلطات العامة المانحة وهي بصدد ممارسة هذه السلطة.

فانتهاج السلطة المفوضة لأسلوب التفويض للمرافق العامة لأي سبب من الأسباب تكون في الغالب نتيجة عجز الأساليب الكلاسيكية عن تأمين سير المرفق العام بالشكل المطلوب الذي يضمن جودة الخدمة العمومية من جهة، وتأمين مصادر تمويل سير المرفق بانتظام واضطراد كما أن اللجوء لأشخاص القانون العام أو الخاص يكون بدافع الإستفادة من الإمكانيات والخبرات التي تتمتع بها هذه الأشخاص والتي تتعلق بالأساليب الحديثة في طرق تسيير المرافق العامة مما يجعل التدخل في طرق تسيير المرفق المفوض يفرغ تقنية التفويض من مضمونها ويعطل الأهداف المرجوة من اعتماد هذا الأسلوب.

لهذه الأسباب السالفة الذكر فإن الجهة المانحة لابد أن يقتصر نشاطها الرقابي على سلطة الرقابة والإشراف في العقود الإدارية بصفة عامة، ويكون الهدف الأساسي من هذه الرقابة هو الإشراف والتأكد من سير المشروع على الوجه المطلوب في سبيل ضمان استغلال المرفق بانتظام واضطراد دون أن

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

² سالي محمد جمعة سليم، مرجع سابق، ص 93.

تتطوي هذه الرقابة على أي تدخل في الأعمال الداخلية المتعلقة بطريقة وكيفية سير المرفق العام، حتى لا ينقلب الأسلوب غير المباشر المنتهج في إدارة المرفق العام إلى أسلوب التسيير المباشرة ومن ثم فلا بد أن تكون عملية الإشراف غير مباشرة تتماشى مع أسلوب التسيير المتفق عليه بين المتعاقد وبين الجهة الادارية¹.

فإذا كانت الأشخاص الاعتبارية العامة قد تبنت أسلوب تفويض المرافق العامة كحل بديل عن التسيير المباشر للمرافق العامة، وتمحورت أغلب المبررات لدى أشخاص القانون العام في تلافي عيوب التسيير العام وتحلل السلطات العمومية المانحة المسؤولية عن المرفق العام من القواعد الصارمة التي تفرضها أحكام القانون العام في ما يتعلق بقواعد الرقابة، والتي تحد من حرية الشخص العام في أخذ زمام المبادرة وإنعدام المرونة اللازمة من ناحية حركة رؤوس الأموال وضغط الالتزام بالقواعد الجامدة التي تفرضها قواعد المحاسبة العمومية على المسيرين في القطاع العام والأميرين بالصرف بالإضافة إلى الرغبة في تحرير سياسات إدارة واستغلال المرافق العامة بما يضمن استمراريته وخلق موارد مالية كفيلة بتمويله بشكل ذاتي بعيدا عن الموازنة العامة.

فمن غير المعقول ولا المنطقي أن تعود السلطة العامة لتقييد المستثمرين الذين بذلت جهدا كبيرا في استقطابهم للاستثمار في المرافق العامة موضوع التفويض من خلال التدخل في طرق وكيفيات إدارة واستغلال هذه المرافق المفوضة تحت ذرائع مختلفة وتحت غطاء السلطة العامة والامتيازات غير المألوفة لأن لجوء السلطات العامة المفوضة لتقنية التفويض يكون في الغالب للاستفادة من خبرات وكفاءات القطاع الخاص على وجه التحديد في التسيير وخلق الثروة فمن غير اللائق الالتفاف على كل هذه المساعي و الرجوع إلى تقييد المستثمر في المشروعات العامة وخنقه مجدد بدواعي مختلفة لثنيه مجدد عن أخذ المبادرة الفردية والمخاطرة بأمواله وتحمل المخاطر التي تشكل عصب الحياة الاقتصادية ونقطة الارتكاز لضمان نجاح أي عملية استثمارية.

كل هذه الاعتبارات لا تشكل أبدا مدعاة لتتصل السلطة المفوضة عن مسؤوليتها الأصلية عن سير وانتظام المرافق العامة مهما كانت الأسلوب المعتمد في تسييرها، لأن ذلك من صميم اختصاصاتها التي لا ينبغي لها بأي حال من الأحوال ولا تحت أي ظرف التخلي عنها، وفي الوقت ذاته لا بد أن تدرك السلطة العامة المانحة التي تدخل في صيغة من صيغ الشراكة مع أشخاص القانون الخاص لاسيما في إطار عقود التفويض أن لهذه العملية ضريبة، تتلخص في الأساس في عدم التوسع في الصلاحيات التي تتمتع بها كسلطة عامة إلا بالقدر اللازم والضروري لحماية مقتضيات الصالح العام، لأنه في النهاية فإن انتهاج الأسلوب غير المباشر في التسيير ما هو في الحقيقة إلا انتهاج لنوع

¹ يوسف بن مصباح سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 190.

من أنواع الخصخصة التي يطلق عليها خوصصة التسيير، وبالنتيجة فإن المقصود من وراء هذا الطرح هو محاولة إيجاد الموائمة والموازنة المناسبة التي تؤدي الى تطوير التشريعات في هذا الخصوص على النحوي الذي يضمن ممارسة حق الرقابة على عقود تفويضات المرافق العامة بالشكل الملائم لطبيعة الإستثمار في المرفق العام.

لأنه بناءا على التحولات المتسارعة التي يشهدها الإقتصاد العالمي والتي ترتبط على وجه التحديد بالتوجه الى إقتصاد السوق والتوجه العالمي لتحقيق المرافق العامة وخاصة في مجال مشروعات البنية التحتية والخدمات العامة من خلال انتهاج أسلوب المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحاق العديد من الدول من خلال تبني هذا النهج ولاسيما الدول العربية التي قامت بتكييف تشريعاتها من خلال إعتداد قوانين وتنظيمات توطر تلك الشراكة لتحديد القطاعات ذات الأولوية التي يمكن منح الامتيازات بخصوصها والضوابط القانونية التي تحكم هذه الشراكة، وإنشاء الهيئات المختصة للتنسيق بين أنشطة السلطات العامة المسؤولة عن إصدار الموافقات والتراخيص اللازمة لتنفيذ مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص¹.

وبناءا على هذه التحولات فإن تقنية تفويض المرافق العامة لم تعد تقتصر على أنها أحد أساليب و طرق إدارة المرافق العامة فحسب، وإنما أصبحت تشكل في ظل التحولات الإقتصادية المتسارعة زيادة على الدور المنوط بها تقليديا في إدارة المرفق العام أصبحت تشكل آلية تنظم العقود التي تتولى إدارة واستغلال المرافق العامة لاسيما من قبل أشخاص القانون الخاص، وهي بذلك مصدرا من مصادر تمويل الإقتصاد ومطالبة بتحقيق نتائج الإقتصادية على مستوى تحقيق المردودية والإنتاجية للمرافق العامة المفوضة من خلال عدة أشكال منها عقود تفويض مسماة كإمتياز المرفق العام وإجارة المرفق وإدارة المرفق العام وبعضها الآخر عبارة عن عقود غير مسماة يكفي فيها توافر الأركان والمقومات و الأسس التي تركز عليها آلية التفويض، وبالتالي فهي عقود لا حصر لها ويمكن أن تشمل معظم العقود المعنية بإدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية على وجه التحديد.

فعقود تفويضات المرفق العام هي تجسيد لأحد أوجه الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمثل بذلك نمط للتعامل بينهما في سبيل تحقيق المطالب الاجتماعية والاقتصادية على حد سواء، على المستويين المحلي والوطني ولهذا أدركت معظم التشريعات المقارنة أهمية هذه العقود وسعت لتنظيمها في إطار قانوني موحد يكون من شأنه تهيئة مناخ تشريعي مناسب لتوسيع الإستثمارات في المشاريع العامة وضمان قدر من الإستقرار لهذه العقود، وذلك ما سعى إليه المشرع الجزائري من خلال المرسومين المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18 من خلال النص على الصور

¹ علاء العناني، مرجع سابق، ص 314.

المختلفة لعقود التفويض والآليات القانونية التنظيمية المتعلقة بالأحكام الخاصة بكل صورة من هذه الصور على حدى.

ولا يزال النظام القانوني لعقود تفويض المرافق العامة في طور البناء وهو نظام حديث نوعا خاصة في ثوبه الجديد الذي يتضمن مجموعة غير محصورة من الصور وهو في هذا الإطار نظام مرن قابل للتطور ويتميز بخصائص ومزايا عديدة تجعله مناسبا لمعظم المرافق العامة باختلاف طبيعتها واختلاف مواضيعها، بالإضافة الى أن تعدد صور التفويض تساهم في مرونة هذا العقد وقابليته للتكيف مع جميع العقود التي يمكن أن تفرغ في هذه الصور المختلفة لتقنية التفويض، غير أنه لا بد لصور الرقابة التي تطبقها السلطة المفوضة على صاحب التفويض أن تتكيف مع هذا التنوع وأن تتسم بالتباين والمرونة بناء على مقتضيات كل شكل من أشكال التفويض وبالنظر الى طبيعة المهام المرفقية وحسب الأهمية التي يحتلها كل مرفق من المرافق العامة على حدى، بالإضافة الى مراعاة الطبيعة الإقتصادية الخاصة لبعض المرافق العامة التي يمكن أن تشكل إضافة إقتصادية هامة في قطاعات هامة واستراتيجية، فسلطة الرقابة يجب أن تتكيف مع طبيعة ومواضيع المرافق العامة موضوع التفويض بالشكل الذي يحقق الهدف الحقيقي من ممارستها.

هذه المرونة للعملية الرقابية يمكن أن تساهم في رفع مردودية المرفق العام المفوض وتعزز المكاسب المحققة في إطار تلبية الحاجات الإجتماعية، وتقضي في الوقت ذاته الى تلافي السلبات التي يمكن تتمخض إما عن التسيير المباشر الذي سادته الجمود لفترات زمنية طويلة، كما تسهم في نقادي المساوي التي تترتب عن انتهاج سياسة الخصخصة القائمة على نقل الملكية للقطاع الخاص وماتحمله من مخاطر عديدة، فتحقق السلطة العامة أهدافها التنموية وتساهم في نجاح الإستثمارات المجسدة من قبل المتعاقدين معها وصولا الى الهدف الأسمى الذي يتضمن رفع مستوى الخدمة العمومية في ظل احترام الأسس والمعايير العالمية للجودة .

فالمرفق العام الذي يسعى الى تحقيق المصلحة العامة سواء عن طريق أشخاص القانون العام العامة أو الخاص لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يشكل ذريعة للتعدي على مقتضيات الحريات العامة ولاسيما حرية التجارة والصناعة التي اعتبرت مختلف التشريعات المقارنة من الحريات العامة الأساسية، وبالتالي لقد أصبح من الضروري بمكان وجود نوع من الارتباط الوثيق لا بل نوع من التوازن بين المصلحة العامة من جهة وحرية التجارة والصناعة من جهة أخرى¹.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 275.

خاتمة

إن أسلوب إشراك أشخاص غير الدولة في إدارة المرافق العامة أضحي ضرورة حتمية، أملتھا ظروف إقتصادية وإجتماعية واكبت التطور الملفت الذي صاحب مفاهيم العولمة بكل مقتضياتھا فأصبح الإستيجاد بالقطاع الخاص على وجه التحديد في سبيل تحقيق المرافق العامة والرفع من كفاءتها أخذ يتعاطم بشكل جلي في مجتمعات اليوم، ويرجع ذلك لسببين هما تطوع الدول الى البحث عن موارد ثابتة لتحقيق المشروعات الضرورية للأفراد والجماعات، بالإضافة الى تزايد عامل الثقة في القطاع الخاص، لما يوفره من إمكانيات مالية وقدرات فنية وخبرة وتكوين متخصص في الإدارة والسبب الثاني هو أن إشراك القطاع الخاص، أضحي أداة من أدوات التحرر الإقتصادي تبنتھا معظم الدول الحديثة¹.

ومن بين هذه الأدوات تقنية تفويض المرافق العامة التي ظهرت الحاجة إليها في الوقت الذي ظهر فيه عجز أغلبية المجتمعات خاصة النامية منها، والتي في كثير من الأحيان تعتمد على أسلوب التدخل في الشأن الاقتصادي والتسيير الكلاسيكي لمرافقھا العامة، خاصة المرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري، فلم تتمكن هذه الدول من مواكبة المنافسة والسرعة التي يفرضھا أشخاص القانون الخاص بحكم المؤهلات المادية والبشرية التي يتحكمون فيها بشكل أفضل مقارنة بأشخاص القانون العام.

فلم تعد تقنية تفويض المرافق العامة خياراً من أجل تحقيق العديد من الحاجيات الضرورية بالنسبة للأفراد والجماعات فحسب، بل تعدت ذلك لتصبح إحدى الأدوات الإقتصادية التي تساهم بشكل أو بآخر في إنعاش الإقتصاد لكثير من الدول، على مستوى النهوض بمشاريع البنية التحتية وإستغلال الطاقات المتجددة من أجل تحقيق التنمية المستدامة²، كما أنها أضحت تمثل إحدى الوسائل المعتمدة في رسم سياسة تطوير المرافق العامة في مختلف الدول، بصرف النظر عن إيديولوجيات الدول وفكرھا السياسي، وكذا موقعھا في السلم الإقتصادي العالمي سواء كانت دولاً متطورة أو سائرة في طريق النمو، ففتح أسلوب التفويض آفاقاً واسعة في إطار عملية الإستثمار في المرافق العامة.

وبما أن عقد التفويض يضم أطراف متعددة تتداخل فيه مصالح مختلفة، فبلوغ هذه التقنية الأهداف المرسومة لها سواء من الناحية الإجتماعية أو الإقتصادية، مرهون بمدى النجاح في التوفيق بين هذه المصالح، التي قد تكون متعارضة في غالب الأحيان، فمصالح المجتمع تتلخص في تأمين مشروعات عامة للأفراد والجماعة العامة، زيادة على تحقيق بعض المكاسب المالية التي يمكن أن تساهم في تأمين سير المرفق العام بانتظام، في حين يسعى المستثمر في المرفق العام الى تحقيق المزيد من الأرباح، مما قد يخلق إشكالية طغيان المصلحة الخاصة وإنحراف صاحب التفويض عن مقتضيات الصالح العام.

¹ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 91.

هذا الوضع بالذات يفرض على السلطة المانحة للتفويض إيجاد منظومة رقابية متوازنة ومتكاملة تهدف في الأساس الى حماية عقد التفويض من الإختلالات والانحرافات الناتجة عن تغول القطاع الخاص دون الإضرار بمصالحه المالية التي يسعى لتحقيقها باعتبارها الدافع الأساسي للتعاقد من جهته، ومن أجل تحفيزه على الإستثمار في المرفق العام بصورة عامة، كما تسعى السلطة المفوضة من خلال أعمال رقابتها على المرفق العام الى الرفع من فعالية وكفاءة الخدمة المقدمة للجمهور بتكاليف معقولة يتحملها المنتفعون من المرفق العام، من خلال إحاطة عقد التفويض بالرقابة الملائمة في جميع مراحل تكوينه وأثناء عملية تنفيذه.

فنجاح أسلوب إشراك الخواص في إدارة المشروعات العامة التي من بينها تقنية التفويض لا يرتهن فقط بما يملكه الخواص من مؤهلات مادية وبشرية، بل يتوقف أيضا على تملكه السلطة المفوضة من أدوات رقابية وضوابط تلزم بها صاحب التفويض، وتفرض عليه إحترام المبادئ التي تحكم سير المرفق العام، الى جانب ضمان حقوق مستخدمي المرفق، بالإضافة الى الحفاظ على مصالح صاحب التفويض باعتباره مستثمرا في المرفق العام، هذه الضوابط والأدوات الرقابية يجب أن تفلح في التوفيق بين هذه المتطلبات.

فلا بد للنظام الرقابي الذي تحدده السلطة المفوضة على عقود تفويض المرفق العام من مراعاة الهدف المستحدث للمرافق العامة وهو البعد الإقتصادي الذي يتمثل في تحقيق المردودية، التي أصبحت مطلبا وهدفا ملازما للمرافق العامة، زيادة على مقتضيات الصالح العام، فلم يعد هناك تناقضا بين الهدفين، فالمردودية إرتبطت تدريجيا بالمرفق العام سواء من المنظور المفهوم السياسي أو حتى من الجانب القانوني أو الإقتصادي، وهذا بغض النظر عن طبيعة المرافق العامة سواء كانت ذات طابع إدارية أو إقتصادية وإن كانت المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري هي الأكثر ملائمة وخصوصية بما لها من مردودية أكبر تستهوي المستثمرين في المرافق العامة من خلال عقود التفويض.

وفي هذا الإطار تبنت العديد من الدول ومن بينها المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والرسوم التنفيذية 199/18 المتعلقة بتفويض المرفق العام، نظام الرقابة على عقود التفويض سواء في مرحلة ابرام عقد التفويض من خلال اللجان التي تنشأها السلطة المفوضة لهذا الغرض، والتي تتاط بها مهمة السهر على تنظيم إجراءات التعاقد والاختيار الأمثل لصاحب التفويض، زيادة على ذلك تنظيم رقابة ميدانية على تنفيذ العقد من خلال التقارير الدورية التي يلتزم صاحب التفويض برفعها الى السلطة المفوضة والزيارات الميدانية الدورية للمرفق موضوع التفويض من قبل أعوان السلطة المفوضة، أو التي تتم بناءا على شكاوى وإعتراضات من مستخدمي المرفق العام موضوع التفويض.

بالإضافة الى إستحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب المرسوم الرئاسي 247/15، التي تسهر على متابعة وتنظيم عملية تنفيذ المرفق العام، كما تضطلع بمهمة الإحصاء

الإقتصادي للطب العمومي، من خلال إعداد بطاقة إحصائية لهذا الغرض، وتتمحور المهام المناطة بهذه السلطة كذلك في مراقبة جميع أطراف عقد التفويض من سلطة مفوضة ومفوض له.

وتهدف الرقابة على عقود التفويض بمختلف أنواعها والتي تمارس من جهات متعددة والتي سبق لنا التطرق إليها من خلال هذا البحث، إنما تهدف الى حماية عقد التفويض من الانحراف عما يقتضيه الصالح العام، فنصت مختلف التشريعات على كيفية وشروط ممارسة الرقابة الإدارية على عقود تفويض المرفق العام، فهي تمارس وفق ما نصت عليه القوانين المنظمة لتقنية التفويض بالإضافة الى ما تنص عليه دفاتر الشروط التي تنظم حقوق وواجبات أطراف عقد التفويض، بما تتضمنه من بنود تعاقدية وأخرى تنظيمية فتفرض رقابة ذاتية تمارسها السلطة المفوضة على نفسها، من خلال اللجان المنشأة لهذا الغرض في مرحلة تكوين عقد التفويض أو من خلال رقابة بعدية تمارسها السلطة المفوضة على عملية تنفيذ العقد.

إن مشاركة القطاع الخاص في عملية تسيير المرافق العامة بقدر ما يضيف مزيدا من الفعالية على تسيير هذه المرافق العامة، فإنه بالقدر ذاته يفرض نوعا من المرونة التي يجب على السلطة المفوضة التحلي بها عند ممارسة رقابتها على عقود تفويض المرافق العامة، خاصة في ظل البحث عن النجاعة الاقتصادية للمرافق العامة بوصفها عقود ذات طبيعة استثمارية، بالإضافة الى ضرورة مراعاة خصوصية عقد التفويض التي تميزه عن باقي العقود الإدارية الأخرى، فالرقابة على هذا النوع من العقود لابد أن تتسم بنوع من المرونة والفعالية في الوقت ذاته، من أجل حماية المال العام والرفع من كفاءة المرافق العامة موضوع التفويض، والرفع من كفاءتها بما يحقق الأهداف المرجوة والمسطرة سلفا من قبل الجهات المانحة للتفويض، وذلك من خلال:

- بسط رقابة السلطة المفوضة على مرحلة تكوين عقد التفويض من خلال لجنتي اختيار وانتقاء العروض ولجنة تفويضات المرفق العام المشكلتان لهذا الغرض، بما يضمن سلامة إجراءات اختيار صاحب التفويض في إطار مبادئ الشفافية والمنافسة الشريفة، مما يضيف بالنتيجة الى منح عقد التفويض الى المتعهد الأكثر كفاءة، وبالتالي تنفيذ المرفق العام بفعالية أكبر.

- تقوم السلطة المفوضة برقابة ميدانية مباشرة تستهدف التأكد من تنفيذ المرفق العام على الوجه الذي تم الاتفاق عليه في بنود عقد التفويض، من خلال الزيارات الميدانية لأعوان مكلفين بذلك، بالإضافة الى إلزام المفوض له بأعداد تقارير دورية ترفع بانتظام الى السلطة المفوضة.

- تتعدد صور الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة اتجاه صاحب التفويض، من رقابة إدارية الى أخرى مالية ورقابة مشروعية، وبالرغم من اختلاف أشكالها إلا أنها تتكامل في أهدافها، والتي تلخص أساسا في حسن سير المرفق العام.

بالإضافة الى أن طبيعة عقود تفويض المرفق العام بحكم طبيعتها الإستثمارية، والمدة التي تتطلبها عملية تنفيذ هذه المشروعات وتتعدد الأطراف التي تتداخل مصالحها فيها، يجب ألا تكتفي فيها عملية الرقابة بالكشف عن مجموع الاختلالات التي تشوب عملية تنفيذ الإلتزامات أو التي ترافق عملية إبرام العقد أو التي يتضمنها دفتر الشروط فحسب، بل تتعدى ذلك إتخاذ التدابير الكفيلة بإنجاح هذا الأسلوب من التسيير بما يتيح للسلطة المفوضة ضمان المصلحة العامة ومرافقة صاحب التفويض لتحقيق أهدافه الخاصة وذلك من خلال التدابير التالية:

- لا بد أن تقتصر رقابة السلطة المفوضة على عملية الإشراف، دون التخلص في طرق إدارة المرفق العام، لأن هذه الأخيرة من صميم صلاحيات المفوض له، فهو من يختار أسلوب التسيير الذي يلائم ويواكب متطلبات الإقتصاد التي تملئها ظروف المنافسة في السوق، بما يضمن لصاحب التفويض الوصول الى المكاسب الربحية التي دفعته الى الإستثمار في المرفق العام.

- يجب تغليب الجانب الوقائي عند ممارسة الرقابة على عقد التفويض فيكون الهدف منها هو تقويم ومرافقة صاحب التفويض من أجل تشجيع هذا النوع من الإستثمار في المرفق العام وتوسيعه ليمس أكبر قدر من المرافق العامة باختلاف طبيعتها وحتى الإدارية منها التي عادة ما تحتكر تسييرها الدولة لضعف مردوديتها.

- قد نتج عن إقحام القطاع الخاص على وجه التحديد في إدارة المرافق العامة، نوعا من الحكامة وترشيد إنفاق المال العام، وتطوير أداء المرافق العامة بما أضفى على المرافق العامة مرونة كبيرة في الإدارة والإستغلال، مما يستدعي مواكبة ما تتطلبه هذه العلاقات التعاقدية الحديثة والمتطورة عبر آليات رقابية حديثة وملئمة.

- العمل على تقوية الرقابة الميدانية غير المباشرة للمرافق العامة موضوع التفويض، وذلك من خلال إشراك مستخدمي المرفق العام في عملية الرقابة، بحكم أن المنفعة من خدمات المرفق العام يشكل المحور والهدف النهائي الذي تسعى إليه السلطة المفوضة من خلال لجوئها الى أسلوب التفويض في الأساس، وذلك من خلال الإستجابة السريعة لانشغالاته وشكاويه المتعلقة بنوعية الخدمة ونظام تسيير المرفق العام، والعمل على إسداء التوجيهات اللازمة للمفوض إليه على أساس هذه الإنشغالات.

- العمل على تدعيم عملية الرقابة على تفويض المرافق العامة بالوسائل الالكترونية الحديثة عن طريق إنشاء بوابة الكترونية للسهر على شفافية ونزاهة إجراءات إبرام عقد التفويض، بالإضافة الى وضع سجلات الكترونية لكل مرفق عام مفوض من أجل مواكبة حسن تنفيذ المرفق العام وضمان الجودة التي تتطلبها الخدمة العمومية من جهة وكذا سرعة الإطلاع على الملاحظات والنقائص التي يضعها مستخدمي المرفق العام بصورة خاصة وكذا ممثلي المجتمع المدني وكل من له علاقة بالمرفق العام.

وفي المحصلة فإنه لا بد أن تخضع عقود الشراكة بصفة عامة وعقود التفويض بصفة خاصة الى أنظمة رقابية منضبطة، تدعمها أجهزة متخصصة بداية من التفكير في إختيار الأسلوب الأنجع للتسيير الى إختيار الصورة الأفضل لتقنية التفويض وصولاً الى التنفيذ الأمثل لعقد التفويض من خلال إختيار المجالات والمشاريع المناسبة لهذا النوع من التسيير والمصادقة على مشاريع العقود المقترحة للتسيير المفوض والمصادقة عليها من السلطات المفوضة، تحديد الأهداف المنشودة بدقة ثم تنظيم ومتابعة آلية التعاقد عبر مراحلها المختلفة الى غاية رسو العقد على المتعهد صاحب أفضل عرض بما يضمن الموازنة بين مصالح جميع أطراف العقد.

فسلطة الجهة مانحة التفويض في الرقابة سلطة أصيلة في عقود تفويض المرفق العام إذا ما قورنت بباقي العقود الإدارية، فهي تتسع في مضمونها وتختلف في أشكالها وصورها. والمعروف أن سلطة الرقابة والتوجيه في عقود التفويض هي سلطة لائحية تنظيمية تفرض بذاتها دون الحاجة الى النص عليها في العقد أو في كراسة الشروط بل إنها مفترضة حتى وإن لم ينص عليها العقد، أو نص على إستبعادها، لأن النص عليها لا يعدو أن يكون كاشفاً لا منشأً لها.

وفي هذا السياق رأي الدكتور علي ماهر في التسيير المفوض أن إتاحة إدارة مكلفة بممارسة نفس الإختصاصات الموضحة طبقاً للقوانين واللوائح بأن تكون لها سلطات الجهة الادارية الأصلية وهو النظام المعمول به على الخصوص في دول القانون المدني والقانون الإنجلوسكسيوني لكن مع الحرص على عدم إطلاق سلطاتها تعويلاً على أن لها نفس سلطات الإدارة الأصلية دون إعمال رقابة مع الأخذ بعين الاعتبار أنها جهة متعاقدة وفقاً لترتيب تعاقدى، يحكمها القانون المتعلق بالعقود الإدارية وعدم النعي أن تلك الجهة الإدارية ستترك للشفافية والعلانية دون الإستناد الى القواعد التي تحكم النظام العام، ولا يقدر في ذلك خضوعها للجهات الرقابية للدولة التي تعمل دوماً على ضمان تحسين أداء المرفق وانتظامه واضطراده وكيفية أداء خدماته بما يحقق مبدأ المساواة بين المنتفعين¹.

فالسطة المفوضة للمرفق العام لا تتخلى عن مسؤولياتها الرقابية باعتبارها صاحبة الإختصاص الأصل في إدارته، وهذا بالرغم من إختيارها لأسلوب التسيير المفوض وحق الرقابة في عقد التفويض مكفول، بالإضافة الى كونه التزام أصيل على عاتق الجهة المانحة لضمان استمرار المرفق العام وحسن سيره، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة ، بل تحكمها ضوابط مختلفة وتمارس بالقدر الذي يضمن الحفاظ على طبيعة العقد وعدم الحلول محل صاحب التفويض في إختيار الوسائل والطرق المعتمدة في تسيير المرفق، باعتبار هذه الأخيرة يحددها المفوض له في إطار ما تمليه ظروف السوق وقواعد المنافسة .

¹ محمد علي ماهر ، وكالة المرفق العام، مرجع سابق، ص52.

ويتضح من خلال ما سبق أن الأخذ بتقنية تفويض المرفق العام يدخل في إطار المفهوم الواسع للخصخصة، فهو يستهدف خصخصة التسيير القائمة على تفويض إدارة المرافق العامة دون نقل ملكيتها وذلك بغرض تحقيق المصلحة العامة بمفهومها الواسع أيضا بمعنى مصلحة المستثمر في المرفق العام الى جانب مصلحة السلطة العامة المانحة للتفويض، وتحقيق هذه الأهداف مجتمعة لا بد من إيجاد صيغة قانونية معينة لتنظيم الرقابة على عقود التفويض سواء التي تمارسها السلطة العامة المانحة بالدرجة الأولى أو الرقابة التي تضطلع بها مجموع الهيئات المكلفة بعملية الرقابة على عقود التفويض من خلال عدم الإسراف في السلطات العامة والامتيازات العامة للسلطة المفوضة وفسح المجال أكثر للشروط التعاقدية بما يتيح للمستثمرين الخواص الإقبال على عملية الإستثمار في المرافق العامة بما يحقق مجموع مصالح الأطراف المتعاقدة والمتداخلة في عقد التفويض.

وفي سبيل ذلك لا بد من وضوح الرؤية بالنسبة للسلطات العامة في البلاد التي تمكن من تبني نظام إقتصادي يسمح بتكريس سياسة خوصصة التسيير الإداري للمرافق العامة والعمل على تهيئة البيئة المحيطة بعقود التفويض سواء على مستوى مسايرة المنظومة القانونية لتطورات وظائف المرافق العامة وطرق إدارتها واستغلالها وعلى مستوى النظام الإقتصادي من خلال تبني سياسة تحرير المرافق والإستثمار فيها وبالموازاة مع ذلك تبني نظام رقابي متكامل ومرن يضمن تحقيق مصالح الأطراف المشاركة في عقد التفويض على حد سواء.

ولا بد من وجود التوافق المطلوب من قبل كل مكونات المجتمع على تبني أسلوب الشراكة في إستغلال وإستثمار المرافق العامة، لأن ذلك يؤدي الى عدم التضارب من خلال صدور قرارات متناقضة مما يهدد بثبات وإستمرارية عقد التفويض، لأنه من دون هذا تحقيق الإستقرار اللازم على كل الأصعدة سواء السياسية أو الاقتصادية أو الإجتماعية تضطر السلطات العامة الى توسيع مجال تدخلها في عمليات الإستثمار في المرافق العامة تحت عنوان الرقابة على عقد التفويض، وذلك قصد ضمان التنفيذ الأمثل للمرفق العام وهو ما يفرض بالضرورة الى إحجام المستثمرين عن المشاركة في عقود تفويض المرفق العام ، بالإضافة الى أن الظروف العامة المحيطة بالعقد تتميز بالتغيير المستمر وتتأثر بعوامل وطنية ودولية، وتتجم بالأساس على عدم وجود استقرار إقتصادي سواء بالنسبة للسلع والخدمات أو النقد والصرف وتحويل الأموال فكل هذه المخاطر تؤثر على التفويض وتزيد من أعباء صاحب التفويض¹.

فلا يكفي وضع إطار قانوني موحد يضم صورة مختلفة للتفويض من أجل إنجاح هذه الآلية الإستراتيجية في التسيير وإنما لا بد أن يسند هذا العقد بمنظومة قانونية متكاملة تمس جميع القطاعات التي هي في حاجة ماسة الى التعديل بما يتماشى مع فكر التحرر الاقتصادي في تسيير المرافق العامة بما

¹ مروان محي الدين قطب، مرجع سابق، ص 322، 321.

يحفز السلطات المفوضة على انتهاج أسلوب التفويض في إدارة واستثمار مرافقها العامة في ظل بيئة إقتصادية شفافة خالية من الفساد، ومن ثم ضبط منظومة رقابية شاملة ومتكاملة تأخذ بعين الاعتبار خصوصية ومرونة ميدان الإستثمار وقواعده من أجل تحقيق متطلبات المصلحة العامة بمفهومها الواسع التي تضم مصالح الأطراف المشاركة في عقد التفويض مجتمعة.

قائمة المراجع

قائمة الكتب العامة:

1. أحمد مصطفى صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، طبعة 2015.
2. اسلام ممدوح إسماعيل لبيب، المسؤولية العقدية للسلطة الإدارية في مراحل العقد المختلفة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2023.
3. بالجيلالي بلعيد، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، النشر الجامعي الجديد تلمسان الجزائر طبعة 2019.
4. بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، طبعة 2023.
5. حسن عبد الله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة (دراسة تحليلية نقدية تطبيقية . مقارنة) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2016.
7. حمادة عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر طبعة 2012.
8. دربال عبد الرزاق، غلاب عبد الحق، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2017.
9. سالي محمد جمعة سليم، سلطات الإدارة في عقد الشراكة مع القطاع الخاص، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2023.
10. سامال إسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، طبعة 2017.
11. ستار جبار البدري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية، دراسة تحليلية مقارنة منشورات زين الحقوقية، ط 1 2018.
12. سميرة عمر علي محمد الكاديكي، الرقابة على عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2020.
13. طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية للنشر، بدون سنة نشر.
14. عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ط 2016.
15. عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة PPP (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، طبعة 2019.
16. علاء العناني، العقود الإدارية الحديثة ذات الطابع الدولي والتحكيم فيها، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ط 1، 2019.
17. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2013.
18. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2007.

19. عمر عمتوت، قاموس المصطلحات القانونية في تسيير شؤون الجماعات المحلية دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2009 دون ترقيم للصفحات.
20. فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط1، 2017.
21. كمال طلبة، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2015.
22. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2009.
23. محمد عبد الحميد ابو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2005.
24. محمد يعرب الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، (دراسة مقارنة) ط2، دار الفكر، دمشق، طبعة 2010.
25. مفتاح خليفة عبد الحميد ، انتهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2014.
26. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، مصر، سنة 2008.
27. ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2016.
28. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الوجيز في القانون الإداري، للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة 2004.
29. هيام مروة، طارق المجدوب، الوجيز في القانون الإداري الخاص، المرافق العامة الكبرى وطرق ادارتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ط2، 2020.
30. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية طبعة 2014.
31. يوسف بن سعيد بن مصبح الشكيلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الادارية، (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2019.

قائمة الكتب المتخصصة:

1. أبوبكر احمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة) دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، طبعة 2014/2015.
2. بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، شركة الأصالة للنشر، الجزائر طبعة 2021.
3. بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، قانون المرفق العمومي، دار الهدى، طبعة 2023، عين مليلة، الجزائر.
4. ضريفي نادية، المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر. طبعة 2010.

5. محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع القاهرة مصر طبعة 2015.
6. محمد يعرب الشرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاته، عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود البوت BOT (دراسة مقارنة)، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الطبع الأولى 2017.
7. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة، 2000.
8. مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز – الشركات المختلطة – BOT- تفويض المرفق العام)، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1 2009.
9. سميرة سلامي، عقود تفويض المرفق العام المحلي، دار المتنبى للطباعة والنشر، الجزائر، طبعة 2023.
10. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، طبعة 2009

الرسائل العلمية:

1. عكوش فتحي، الإطار القانوني للمشاركة في تسيير المرفق العام، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، سنة 2021/2020.
2. فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2008.
3. قرير نواره، مبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، سنة 2023.
4. محمد علي ماهر محمد علي، التطبيقات الحديثة للالتزام المرفق العام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، القاهرة 2012.
5. مخانشة امنة، اليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه جامعة باتنة، 2017/2016.
6. نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2011.

المذكرات:

1. عبد الغني ولكور، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل، 2009.

المقالات العلمية:

1. ارزيل كاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية العدد الثالث كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، سنة 2017.

2. ايمان وناس، الضوابط القانونية لتقنية تفويض المرفق في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07 العدد 1، جوان 2022.

3. بهلول سمية، عقود تفويض المرفق العام لترقية الخدمة العمومية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13 العدد 02 جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2021.

4. بودرع حضرية، المرفق العام بين تحقيق المصلحة العامة وبلوغ الفعالية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة الجزائر، سنة 2018.

5. جليل مونية، تفويض المرفق العام المحلي كألية فعالة للتمويل المحلي في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08 العدد 04، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تمنراست، سنة 2019.

6. خلدون عائشة، أشكال تفويض المرفق العام في الجزائر والمقارنة بينها، مجلة دراسات وابحات الجلفة، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 12، عدد 3، جولية 2020.

7. دريد كمال، طريقة التسيير المفوض للمرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية المجلد 07 العدد 02، سنة 2022.

8. راضية رحمانى، قراءة في عقد تفويض المرفق العام في ظل المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 36، العدد 4، سنة 2022.

9. زوية سمير، اتفاقية التفويض تجسيد للشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مرجع سابق، العدد 10، سنة 2018.

10. شباب حميدة، بولدي مصطفى، تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 199/18، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 08 العدد 01، جامعة سعيدة، ماي 2021.

11. شريط فوضيل، د/رباحي مصطفى، صلاحيات السلطة المفوضة في تفويض مرافق الجماعات المحلية وفقا للمرسوم 199/18، مجلة العلوم الإنسانية. المجلد 30، عدد 3، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة ديسمبر 2019.
12. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الاحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة.
13. عوادي مصطفى، صحراوي العيد، التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن اتفاقيات تفويض المرفق العام في الجزائر مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، المجلد 13 العدد 01، سنة 2020، ص 58.
14. فتحي رزيقة، دور تفويضات المرفق العام في ترقية الاستثمار المحلي، جامعة الجزائر 1، مجلة الجزائر 1 مجلة الحقوق والحريات المجلد 10 العدد 1 سنة 2022.
15. فوناس سهيلة، عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10 العدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، سنة 2014.
16. محمد شرميطي، حدود ومضمون المفاوضات في ابرام عقود تفويض المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 العدد 01، سنة 2020.
17. نوال ايرين، عقد الامتياز كاث سلوب لتسيير المرفق العمومي، مجلة القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، سنة 2022.
18. الهام فاضل، حكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 25، جامعة قالمة، سنة 2018.
19. الهام فاضل، منى مقالاتي، الاتجاه نحوي لمنازعات عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم 199/18، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد 2، سنة 2022.
20. يسمينه بوجريو، أخلقة عقد تفويض المرفق العام المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، المجلد 16 العدد 2، 2021.

المداخلات:

1. أحسن عمروش، ماهية المرفق العام، أعمال الملتقى الدولي حول المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة وعملية-كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة يومي 22 و 23 أبريل 2015.

2. محمد جبر السيد عبد الله جميل، سلطة الرقابة والتعديل في عقد التزام المرفق العام، الملتقى الدولي التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر، جامعة يحي فارس لمدينة يومي 28 و29 نوفمبر 2018.
3. نسيمه مقبل، المرفق العام المقاربة النظرية والجذور التاريخية، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر، جامعة يحي فارس لمدينة يومي 28 و29 نوفمبر 2018.
- 4- سبتي عبد القادر، صالح محمد فوزي، السلطات الممنوحة للإدارة بموجب عقد الامتياز، مداخلة في الملتقى الدولي " التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر، المنعقد بجامعة يحي فارس بالمدينة يومي 08 و09 نوفمبر 2018 ملتقى.

القوانين والتنظيمات

1. المرسوم التنفيذي رقم 31/188، مؤرخ في 04 جويلية 1988، متعلق بتنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطن الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة في 06 جويلية 1988.
2. الأمر 13/96 مؤرخ في 15 جوان 1996، يعدل ويتم القانون 17/83 المؤرخ في 16 جويلية 1983 المتعلق بالمياه (ملغى).
3. الأمر 03/03، المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، ج ر عدد 36 المتضمن قانون المنافسة المعدل والمتمم.
4. القانون 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 60، المؤرخة في 04 سبتمبر 2005.
5. القانون 10/11 المتعلق بالبلدية، المؤرخ في 22 جوان 2011، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 03 جويلية، ص 04.
6. المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام الجريدة الرسمية رقم: 50 الصادرة في 20/09/2020.
7. المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتقويض المرفق العام، المؤرخ في 2 أوت 2018، الجريدة الرسمية العدد 48 الصادرة في 5 أوت 2018.
8. التعليم رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019، المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلقة بتقويض المرفق العام.

Ouvrages:

1. Jean François Auby, La délégation de service public, guide pratique, Edition Dalloz Paris, 1997.
2. Jean Claude Douence, Les contrats de délégation de service public, RFDA, France 1997.
3. Pierre Delvolve, Les contradictions de la délégation de service public, AJDA, 1996.
4. Claudie Boiteau, Les conventions de délégation de service public, Imprimerie Nationale, paris, 1999.
5. Bravonnier Stefane, Droit de service public, PUF, Paris, 2004.
6. Dribenko Bernard, Droit de l'eau, Edition Gualino, Paris, 2008.
7. Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, Edition Blkeise, Alger, 2013. **Article:**
8. Rachid zouaimia, la délégation conventionnelle de service public a la lumière du décret présidentielle du 16 septembre 2015, revue académique de recherche juridique, université, Abderrahmane Mira, Bejaia, N° 01,2017.

Législation

1. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures public, JORF n° 25 du 30 janvier 1993 modifier par la loi n° 1168-2001 du 11 décembre 2001 portant les mesures urgente de réforme à caractère économique et financier JORF n° 288 de 11 décembre 2001.
2. Loi n° 92 relative al l'administration territorial de la république JORF n° 33 du 08 février 1992.

Sites Internet :

1. <https://academia-arabia.com/ar/reader/2/118508> – Consulté le 14 juin 2024.

فهرس المحتويات

5	مقدمة
11	الباب الأول ماهية عقود التفويض ودور الرقابة في نجاعتها
14	الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام
15	المبحث الأول: ماهية تفويضات المرفق العام
17	المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام
18	الفرع الأول: تعريف عقود التفويض في بعض الأنظمة المقارنة
21	الفرع الثاني: عقود التفويض في النظام القانوني الجزائري
26	المطلب الثاني: أركان عقد التفويض
27	الفرع الأول: وجود مرفق عام قابل للتفويض
36	الفرع الثاني: وجود علاقة تعاقدية
39	الفرع الثالث: المقابل المالي
42	الفرع الرابع: استغلال المرفق
44	الفرع الخامس: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال
47	المطلب الثالث: أطراف عقد التفويض
47	الفرع الأول: السلطة المفوضة
50	الفرع الثاني: المفوض إليه
52	المبحث الثاني: صور تفويضات المرفق العام
53	المطلب الأول: عقد الامتياز
57	المطلب الثاني: عقد الإيجار
60	المطلب الثالث: عقد الوكالة المحفزة (المشاطرة والاستغلال)
64	المطلب الرابع: عقد التسيير
66	المطلب الخامس: عقد البوت كشكل من أشكال التفويض
72	الفصل الثاني: دور الرقابة في نجاعة وفعالية عقود التفويض
73	المبحث الأول: مفهوم وصور الرقابة على عقود التفويض

75	المطلب الأول: مفهوم الرقابة
76	الفرع الأول: تعريف الرقابة
79	الفرع الثاني: أهمية الرقابة على عقود التفويض
81	المطلب الثاني: أنواع الرقابة
81	الفرع الأول: الرقابة الإدارية
87	الفرع الثاني: رقابة المشروعية
91	الفرع الثالث: الرقابة السياسية التشريعية
92	الفرع الرابع: الرقابة المالية
95	الفرع الخامس: الرقابة الفنية
97	الفرع السادس: الرقابة القضائية
100	المبحث الثاني: الرقابة على تكوين وتنفيذ عقد التفويض
102	المطلب الأول: الرقابة الذاتية للسلطة المفوضة
104	الفرع الأول: الرقابة الداخلية
110	الفرع الثاني: الرقابة الخارجية
113	المطلب الثاني: الرقابة على المبادئ المقررة لإبرام عقود التفويض
114	الفرع الأول: مبدأ الشفافية وتكريس قواعد المنافسة
122	الفرع الثاني: مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي
126	الفرع الثالث: المساواة في معاملة المترشحين
127	المطلب الثالث: الرقابة على تنفيذ عقد التفويض
129	الفرع الأول: احترام المبادئ المتعلقة بتنفيذ المرفق العام
139	الفرع الثاني: الرقابة الميدانية على تنفيذ المرفق العام
151	الباب الثاني حدود السلطة المفوضة في الرقابة على عقود تفويض المرفق العام
154	الفصل الأول: أسس ومظاهر الرقابة على عقود التفويض
155	المبحث الأول: أسس وخصوصية الرقابة على عقود التفويض

المطلب الأول: الأسس القانونية للرقابة على عقود التفويض.....	156
الفرع الأول: السلطة العامة كأساس للرقابة على عقد التفويض.....	157
الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على عقد التفويض	160
الفرع الثالث: المصلحة العامة كأساس لسلطة الرقابة على عقد التفويض	164
المطلب الثاني: مراعاة مرونة مدة عقد التفويض وتوازنه المالي	168
الفرع الأول: مراعاة مدة عقد التفويض	169
الفرع الثاني: مراعاة التوازن المالي لعقد التفويض.....	177
المبحث الثاني: سلطة التعديل وتوقيع الجزاءات كامتداد لسلطة الرقابة	190
المطلب الأول: سلطة الرقابة والتوجيه	192
المطلب الثاني: سلطة تعديل عقد التفويض	195
الفرع الأول: أساس سلطة التعديل	195
الفرع الثاني: قيود سلطة الإدارة في تعديل العقد	197
المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات	204
الفرع الأول: الجزاءات الإدارية	205
الفرع الثاني: الجزاءات المالية	213
الفصل الثاني: مقتضيات الطبيعة الاستثمارية لعقد التفويض	216
المبحث الأول: البعد الاستثماري لعقد التفويض	218
المطلب الأول: تمويل المرفق وتحمل مخاطر الاستثمار	219
الفرع الأول: تمويل المرفق العام.....	221
الفرع الثاني: تحمل مخاطر المشروع	224
المطلب الثاني: العائدات المالية لعقد التفويض.....	228
الفرع الأول: العائدات المالية المحصلة من المنتفعين.....	230
الفرع الثاني: العائدات المدفوعة من طرف الإدارة	235
المبحث الثاني: قيود الرقابة على عقود التفويض.....	237

المطلب الأول: ارتباط تقنية التفويض بالمناخ العام للاستثمار	238
الفرع الأول: الارتباط بالمنظومة القانونية	240
الفرع الثاني: الارتباط بالمنظومة الاقتصادية	242
الفرع الثالث: المرونة في حل النزاعات في عقود التفويض	248
الفرع الرابع: التحكيم كألية لحل نزاعات التفويض	253
المطلب الثاني: احترام خصائص عقد التفويض	259
الفرع الأول: احترام السمة العقدية للتفويض	260
الفرع الثاني: ميزة الإعتبار الشخصي في عقد التفويض	266
المطلب الثاني: عدم مساس الرقابة بطبيعة العقد	270
المطلب الثالث: عدم التدخل في طرق التسيير	273
خاتمة	282
قائمة المراجع	290
فهرس المحتويات	298
ملخص الرسالة	303

ملخص الرسالة

يعد التفويض أسلوب مبتكر في إدارة واستثمار المرفق العام، وهو خيار فرضته ظروف متعددة يقوم بالأساس على تخلي السلطات المانحة عن إدارة بعض مرافقها العامة لصالح أشخاص من القانون العام أو الخاص، وتتجسد هذه الآلية من خلال عقد قد تتعارض فيه مصالح المتعاقدين فيفرض ذلك على السلطة المفوضة العمل على إيجاد الوسائل الرقابية المناسبة بهدف تحقيق مصالح المتعاقدين بالقدر المتوازن والفعال في آن واحد، فالمستثمر في المرفق العام يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة ولو على حساب المصلحة العامة وبالتالي يجب على السلطة المفوضة بسط رقابتها بالشكل الملائم على عقود التفويض بالموازنة بين امتيازاتها كسلطة عامة وكونها طرف متعاقد بما يكفل مصلحة جميع الأطراف المتعاقدة.

كلمات مفتاحية: تفويض المرفق العام، المصلحة العامة، الرقابة على عقد التفويض

Abstract:

Délégation represents an innovative approach in the administration and utilization of public infrastructure, necessitated by diverse circumstances. Essentially, it involves the transfer of certain public facility management responsibilities from granting authorities to individuals within the realms of public or private law. This mechanism is manifested through contracts wherein the interests of the contracting parties may clash, thereby mandating the delegated authority to establish suitable regulatory mechanisms to achieve the balanced and effective interests of the parties concurrently. The investor in public infrastructure endeavors to pursue their private interests, even at the expense of the public good. Consequently, the delegated authority must exercise regulatory oversight judiciously over delegation contracts, striking a balance between its privileges as a public entity and its role as a contracting party to ensure the interests of all contracting parties are safeguarded.

Keywords: public utility délégation, public intérêts, oversight of delegation contracts

Résumé :

La délégation représente une approche novatrice dans la gestion et l'utilisation des infrastructures publiques, rendue nécessaire par diverses circonstances. Fondamentalement, elle implique le transfert de certaine responsabilité de gestion des installations publiques des autorités attributrices à des individus relevant du domaine du droit public ou privé. Ce mécanisme se manifeste à Travers des contrats où les intérêts des parties contractantes peuvent entrer en conflit, Ce qui oblige l'autorité déléguée à mettre en place des mécanismes réglementaires appropriés pour atteindre les intérêts équilibrés et efficaces des parties simultanément. L'investisseur dans les infrastructures publiques cherche à poursuivre SES intérêts privés, même au détriment de l'intérêt public.Par conséquent, l'autorité déléguée doit exercer une surveillance réglementaire judicieuse sur les contrats de délégation, en équilibrant ses privilèges en tant qu'entité publique et son rôle en tant que partie contractante pour garantir que les intérêts de toutes les parties contractantes sont protégés.

Mots-clés: délégation de service public, intérêt général, contrôle des contrats de délégation