مجلة
القانون، المجتمع والسلطة

مدير المخبر

الدكتور: فاصلة عبداللطيف

مدير المجلة

الدكتور: محمد بوسلطان

مدير التحرير

الدكتور: نصر الدين بوسماحة

ردمك :ISSN 2253 - 0266

رقم 6 / 2017

بإسم الله الرحمن الرحيم

الإفتتاحية

مجلة القانون، المجتمع والسلطة هي مجلة سنوية محكمة، تصدر عن مخبر القانون، المجتمع والسلطة بكلية الحقوق، جامعة السانية وهران، والتي أصبحت تسمى رسميا جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ابتداء من السنة الجامعية 2014-2015. المخبر المعتمد بموجب القرار الوزاري رقم 66المؤرخ في 30ماي 2010.

تنشر المجلة البحوث العلمية في المجالات القانونية والسياسية، وتأمل في هذا الإطار أن تكون منارة جديدة في حقل الدراسات بفضل مساهمات الأساتذة والباحثين من مختلف الجامعات والمؤسسات ومراكز البحث.

بعد تخصيص العدد الأول من المجلة لموضوع الحكم الراشد ثم العدد الثاني لموضوع العدالة الانتقالية، ارتأت هيئة المجلة أن تفتح المجال أكثر إبتداء من العدد الثالث لنشر دراسات متنوعة ما بين العلوم القانونية والعلوم السياسية. نتيجة لذلك ورد في هذا العدد السادس دراسات تندرج ضمن مختلف تخصصات الحقوق والعلوم السياسية، إلى جانب أشغال اليوم الدراسي الدولي حول موضوع "المؤسسات في القضاء الدستوري" المنظم من قبل المخبر يوم 05 ماي 2016.

مجلة: القانون، المجتمع والسلطة

مدير المخبر
الدكتور: فاصلة عبداللطيف

مدير المجلة
الدكتور: محمد بوسلطان

مدير التحرير
الدكتور: نصر الدين بوسماحة

اللجنة العلمية

أمانة تحرير المجلة
أ.قاسي فوزية

أد. محمد بوسلطان	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة وهران 2 محمد بن أحمد**
أد. عزور كردون	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة منتوري قسنطينة**
أد. عمر صادوق	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة مولود معمري**
أد. لمين شريط	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة الأمير عبدالقادر قسنطينة**
أد. تراري ثاني مصطفى	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة وهران 2 محمد بن أحمد**
أد. شربال عبد القادر	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة سعد دحلب البليدة**
د. نصر الدين بوسماحة	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة وهران 2 محمد بن أحمد**
أد. فاصلة عبد اللطيف	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة وهران 2 محمد بن أحمد**

أمانة تحرير المجلة
أ.قاسي فوزية

مجلة سنوية محكمة، تصدر عن مخبر
القانون، المجتمع والسلطة
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

محتويات العدد

1. **التحديات الأمنية والاستراتيجيات الجديدة في غرب المتوسط**

الدكتور مصطفى صايج، جامعة الجزائر3..... 11

2. **جزاءات مجلس الأمن ضد الكيانات من غير الدول: من الجزاءات الدولية الشاملة إلى الجزاءات الدولية المستهدفة الذكية**

الدكتور خالد حساني، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية..... 35

3. **الإتفاق كعنصر للعقد في النظام القانوني الإنكليزي**

الدكتور حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، جامعة بغداد-العراق..... 53

4. **الحياد الإيجابي كأحد ثوابت السياسة الخارجية الجزائرية**

الدكتور فلاح مبارك ردان، جامعة الأنبار- العراق 79

5. **التعددية السياسية وعلاقتها بالتعددية الحزبية**

الدكتور هادي شعبان ربيع، جامعة الأنبار- العراق..... 101

6. **تسييس المحكمة الجنائية الدولية في ظل النظام العالمي الجديد**

الأستاذ داود كمال، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد..... 121

7. **ممارسة حق الشفعة على الإستثمار الخاص الأجنبي في القانون الجزائري**

الأستاذ بوالقرارة زايد، جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة..... 137

8. **أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري**

الأستاذ صالح زمال بن علي، جامعة العربي التبسي.....157

9. **عقود التعمير: قراءة في أحكام المرسوم التنفيذي 15-19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها**

الأستاذة قاسي نجاة، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد..... 171

أشغال اليوم الدراسي الدولي حول:

"المؤسسات في القضاء الدستوري"

يوم 05 ماي 2016

1. **دور المحاكم الدستورية الإفريقية في حماية النظام الدستوري**

الأستاذ الدكتور كايس شريف، جامعة – مولود معمري تيزي وزو 191

2. **القضاء الدستوري والقضاء العادي: علاقة مبهمة في خدمة دولة القانون**

الدكتور بوسماحة نصر الدين، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد 197

3. **توسيع إخطار المجلس الدستوري على ضوء تعديلات 2016**

الأستاذ الدكتور خلفان كريم، جامعة مولود معمري تيزي وزو 203

4. **Les péripéties de la vertu et de la raison constitutionnelle en temps de crise économique**
Professeur Yiannis Z. Drossos, Université Nationale et Capodistriènne d'Athènes, Grèce ….....209

5. **Ombudsman comme juge constitutionnel**
Dr.Patricia Jonason, Université de Södertörn (Suède)... 213

6. **Quelques réflexions sur la fonction consultative du conseil constitutionnel algérien**
Dr. Sam Lyes, Chef de département au centre d'études et de recherches en droit constitutionnel.....223

أسس إبرام عقود
تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري

أ.صالح زمال بن علي
أستاذ مساعد قسم "أ"
جامعة العربي التبسي

الملخص:

إن تنازل الدولة عن تسيير المرافق العمومية لأشخاص القانون العام أو الخاص يفرض عليها السهر على إحترام المبدأ الأساسي الذي يحكم المرافق العمومية وهو مبدأ المصلحة العامة بأبعاده المختلقة، لذا فإن نجاح سير المرفق العام بموجب عقد التفويض مرتبط بداية بقابلية المرفق للتفويض، ثم حسن إختيار المفوض له فالتسيير الفعال يبدأ بالإختيار العقلاني والأحسن.

يلعب مبدأ حرية المنافسة المبني على حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات الضمانة الأساسية لحسن إختيار المفوض له القادر على الإستجابة لمتطلبات مبادئ سير المرفق العام، المرتبطة بالإستمرارية، المساواة والقابلية للتكيف. وفي ظل عدم كفاية أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 تهدف هذه المداخلة إلى دراسة إستشرافية نسلط الضوء من خلالها على المبادئ التي يخضع لها تكوين عقد التفويض بمختلف طرق التفويض، ثم المبادئ التي يخضع إليها المفوض له خلال تنفيذ إتفاقية تفويضه من أجل الوصول إلى الغاية المرجوة من تفويض المرفق العام.

مقدمة:

تقنية التفويض في تسيير المرافق العمومية ليست بالتقنية الحديثة على صعيد التشريع الوطني، بل تعود جذورها إلى العديد من النصوص القانونية التي تؤطر القطاع العام الإداري والإقتصادي على السواء، إلا أن عودة الاهتمام بتفويض المرافق العامة بموجب أحكام المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية[1]، ترافقت مع تطورات تحت تأثير ضغوط العديد من الأسباب الداخلية والخارجية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر حاجة الدولة إلى إمكانيات القطاع الخاص، خاصة إثر أزمة أسعار النفط التي أدت إلى تراجع مواردها المالية، والبحث عن بدائل إضافية لتمويل إستثماراتها وبنيتها التحتية، مشاطرا بذلك تجارب دول أوروبية يعتبر التشريع الفرنسي في هذا المجال أعرقها على الإطلاق، وكذا تجارب دول مغاربية أبرزها التشريع المغربي والتونسي. إلا أن تنازل الدولة عن تسيير المرافق العمومية لأشخاص القانون العام أو الخاص يفرض عليها السهر على احترام المبدأ الأساسي الذي يحكم المرافق العمومية وهو مبدأ المصلحة العامة بأبعاده المختلقة، لذا فإن نجاح سير المرفق العام بموجب عقد التفويض مرتبط أساسا بنجاعة الخدمات المرفقة المقدمة من قبل المكلف بتسيير المرفق العام، طالما أن السلطة المفوضة تبقى مسؤولة كذلك في مواجهة المرتفقين عن الخدمات المقدمة، لذا وجب إخضاع عقد التفويض إلى أسس ومبادئ حتى يحقق الغاية المرجوة منه ألا وهي تقديم الخدمة المرفقية للمنتفعين.

إن عدم كفاية النصوص التي تنظم تفويضات المرافق العمومية بموجب مرسوم 2015، إضافة إلى عدم صدور النصوص التطبيقية لأحكامه تطرح العديد من التساؤلات حول تطبيقات هذه التقنية على الصعيد الوطني، أبرز هذه التساؤلات: ما هي **الأسس التي على أساسها يتم اختيار المتعامل المتعاقد في مجال إبرام عقود تفويض المرافق العمومية؟**. وفي دراسة استشرافية لأحكام الباب الثاني من مرسوم سنة 2015 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمتعلقة بإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، يمكن تقسيم هذا المقال إلى محورين أساسيين: أولهما قابلية المرفق العام للتفويض، أما الثاني نحاول فيه بيان مبدأ المنافسة بين المترشحين.

1 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج.ر عدد 50، بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

المبحث الأول

قابلية المرفق العام للتفويض

إن تقرير منح تفويض المرفق العام هو ترجمة لإرادة الشخص العام المسؤول عن المرفق العام، والذي يتمتع بحرية واسعة، لكن على غرار أي حرية ليست دون حدود، فهي لا تقوم إلا في إطار تنظيمي أوجده التشريع. ويمكن أن تكون المرافق العامة بحسب طبيعتها مرافق عامة إدارية كمرافق التعليم، الصحة والسجون، أومرافق عامة إقتصادية، ويتوقف تفويض المرفق العام على طبيعة هذا المرفق، ونعني بالقابلية لتفويض تلك المرافق التي تشكل ميدانا لتقنية التفويض في تسيير المرفق العام، ذلك أن النصوص القانونية قد تمنع مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ أنواع معينة من الخدمات المرفقية، ونستشف ذلك من خلال نص المادة 207 من مرسوم 2015 التي تنص على "**يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكمتشريعي مخالف** ...". لذا يمكن أن نميز نوعين من المرافق العامة على الصعيدين المحلي والوطني: مرافق عامة قابلة للتفويض، وأخرى غير قابلة للتفويض.

المطلب الأول

المرافق العامة القابلة للتفويض

جميع المرافق باختلاف أنواعها قابلة للتفويض من حيث المبدأ[1]، ذلك أن أي قيد أو مانع على مبدأ جواز تطبيق تقنية التفويض يعلن عنه المشرع بموجب نص قانوني أو قد يكون موضوع اجتهاد قضائي، وهو ما عبرت عنه المادة 207 من مرسوم 2015 بـــ "... **ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف**". رغم أن كلا من التشريع والإجتهاد أجازا تطبيق تقنية التفويض على كافة المرافق بغض النظر عن طبيعتها، إلا أن هذا التطبيق يبقى نسبيا وتبقى

1 كان لقرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 07 تشرين 1986 الفضل في إرساء مبدأ قابلية المرافق العمومية الإقتصادية والإدارية على السواء للتفويض، والذي جاء فيه:

"Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale d'en confier l'exécution à des personnes privées" .CHRISTIAN Bettinger, La gestion déléguée des services publics dans le mode de Concession ou BOT, édition Berger, Levrault, 1997, p46.

المرافق العامة ذات الطابع الإستثماري الإقتصادي الميدان الأمثل لتقنية التفويض، دون أن نستبعد المرافق العامة الإدارية على الإطلاق[1].

الفرع الأول

ملائمة المرافق العامة الإقتصادية للتفويض

تجد فكرة ملائمة المرافق العامة الاقتصادية للتفويض أساسها في فكرة الاستثمار خاصة إذا تعلق الأمر بطرق التسيير عن طريق الإمتياز أو الإيجار مثلا، وما يرتبط بها من نتائج مالية والأرباح والمخاطر التي يتحملها المستثمر، مما يجعل المرافق العامة الإقتصادية مشابهة للمشاريع الخاصة من حيث مصادر التمويل والتقنيات والطرق المالية والمحاسبية المتبعة. ومن قبيل المرافق الإقتصادية التي كانت موضوع تفويض في التشريع الجزائري نذكر ما يلي:

- القانون رقم 2000- 03 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية[2]، والذي يجيز فيه إمكانية إستغلال شبكات عمومية أو منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية، وتوفير خدمات الإتصالات والذي يمكن أن يأخذ شكل رخصة أو ترخيص أو تصريح بسيط[3]، والذي يتم بحسب دفتر شروط يلتزم به المتعامل الذي يسو عليه المزاد بعد الدعوة للمنافسة.

- القانون 05-12 المتعلق بالمياه[4]، الذي يعد من أهم المرافق، والذي يرسي فيه المشرع أحكام النظام القانوني لإستغلال الموارد المائية بموجب أحكام الباب الخامس، وذلك عن طريق عقدين إداريين الأول يتمثل في عقد الامتياز والثاني بموجب عقد الرخصة وذلك ضمن أحكام المواد 74 و76[5] على التوالي.

---

1 وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة–، بيروت لبنان، منشورات دار الحلبي، 2009، ص 227-227، يمكن التمييز بين المرافق الإدارية والاستثمارية بتوفر 3 معايير: 1- إذا كان يقوم بذات الأنشطة المحققة من قبل أشخاص القانون الخاص، 2- تشابه مصادر التمويل مع تلك الموجود في المشاريع الخاصة، 3- وجود نظام محاسبي ورقابي وكذا نظام العمال والمستخدمين.

2 المؤرخ في 05 أوت 2000، ج.ر عدد 48، بتاريخ 06 أوت 2000.

3 المادة 28 وما يليها من أحكام القانون 2000-03.

4 القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، ج.ر عدد 60، بتاريخ 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم.

5 المادة 74 "تسلم رخصة استعمال الموارد المالية التي تعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة...".

المادة 76 "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي او معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص .."

- القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات[1]، الذي يجير منح إمتياز توزيع الغاز والكهرباء تطبيقا لأحاكم المادة 73 منه.

أما بالنسبة للموافق العمومية المحلية فإن كل من القانون البلدية والولاية ومنذ سنة 1967 قد نصا على الإمتياز، لكن كطريقة إستثنائية لتسيير المرافق العمومية المحلية، كان آخرها صدورا كلا من:

- قانون البلدية 11-10 ضمن المادة 149 التي فتحت نطاق تقنية التفويض في العديد من المجالات ذات الطابع الإقتصادي: المياه الصالحة للشرب، تسيير مراكز الردم التقنية، صيانة الطرقات وإشارات المرور، الإنارة العمومية، الأسواق المغطاة، الأسواق الجوارية، الأسواق العمومية، الحظائر ومساحات التوقف، المحاشر، المذابح والمسالخ البلدية... .
- قانون الولاية 12-07[2]، ضمن أحكام المادة 149 التي تنص على أنه في حال تعذر إستغلال المصالح العمومية الولائية؛ فإنه يمكن للمجلس الولائي الترخيص بإستغلالها عن طريق عقد امتياز.

نشير إلى أن تقنية التفويض على الصعيد المحلي كرست كذلك بموجب تعليمات الهيئات المركزية، وذلك عبر التعليمةرقم 842/3.94 المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، والتي حددت النظام القانوني لتفويض المرافق العمومية المحلية وفقا لطريقتي الإمتياز والإيجار، اللذين نص عليهما المشرع ضمن أحكام المرسوم 15-247، كما وجهت وزارة الداخلية والجماعات المحلية بتاريخ 15 جانفي 2016، برقية إلى الولاة والولاة المنتدبين ورؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية وجميع مسؤولي المرافق العمومية على المستوى المحلي، دعتهم فيها إلى إعداد تصور عن تفويضات المرفق العام، الذي صدر مرسومه مؤخرا في الجريدة الرسمية، وإرسال تقرير بشأنها إلى المديرية العامة للمالية والوسائل بوزارة الداخلية قبل شهر مارس المقبل.

الفرع الثاني

التقارب بين التفويض والمرافق العامة الإدارية

مبدئيا لا تتعارض فكرة تفويض المرفق العام مع المرافق الإدارية، وإن كان تطبيقه على المرافق العامة الاقتصادية أوسع، وعدم التعارض يتجلى في إعتبارات كثيرة منها:

- أن معيار الإنتاجية لم يعد حكرا على المرافق العامة ذات الطابع الإقتصادي، بل إمتد ليشمل العديد من المرافق الإدارية.

1 مؤرخ في 05 فيفري 2002، ج.ر عدد 08، بتاريخ 06 فيفري 2002.

2 القانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية ، ج.ر عدد 12، بتاريخ 29 فيفري 2012.

- تقنية التفويض في الإدارة والإقتصاد تقوم على فكرة الإستثمار والنتائج المالية المرتبطة بها، وبالتالي لم يعد من الضروري أن تنشا علاقة بينهم وبين المستثمر، كما هو الحال في طرق الإدارة عن طريق الوكالة أو التسيير، ومن أبرزها أعمال جمع النفايات ومعالجتها التي يعتبرها الإجتهاد الفرنسي من المرافق العامة الإدارية[1].

نشير إلى أن الإجتهاد الفرنسي الذي يمثل مصدر إلهام للعديد من التشريعات الوضعية كرس قابلية المرافق الإدارية للتفويض في العديد من القرارات القضائية، أولها قضية *Terrier*حين إعتبر مهمة المتعاقد مع السلطة المفوضة في التخلص من الأفاعي القاتلة بأنها امتياز لمرفق إداري عام، كذلك قضيتي *Société des établissements vezia*و*Magnier*[2]. وفي هذه المسألة وعلى صعيد التشريع الوطني نجد المشرع قد تبنى تقنية التفويض فيما يخص المرافق الإدارية، بموجب القانون المرسوم 91-419[3] الذي ينظم أحكام القانون 89-09 المتعلق بتنظيم المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية[4]، حيث تنص المادة 2 منه على أنه "**يعهد التنازل لاستغلال المنشآت الرياضية عن طريق اتفاقية لصالح هياكل مذكورة في المادة السابقة، ويوقع على الإتفاقية بصفة قانونية الشخص المعنوي المخصص له أو مالك المنشآت الرياضية من جهة ورئيس أو رؤساء الهياكل الرياضية المتنازل عنها**" والإتفاقية المبرمة تكون تحت مسمى الإيجار *l'affermage*[5] الذي يعد أحد تقنيات التفويض المنصوص عليها ضمن أحكام مرسوم 2015. أما على الصعيد المحلي وعملا بالإجتهاد القضائي الذي أضفى صفة المرافق العامة الإدارية على مرفق جمع النفايات ومعالجاته، يمكن للجماعات المحلية تفويض هذه الأخيرة للمكلف بتسييرها.

المطلب الثاني

المرافق غير القابلة للتفويض

وتجد هذه المسألة أساسها في الاستثناء الوارد في نص المادة 207 من مرسوم 2015، وقبله الاجتهاد الفرنسي الذي وضع استثناء فيما يخص المرافق العامة الإدارية في رأي مجلس الدولة الفرنسي الذي تضمن تحفظات على مبدأ قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض،

1 وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 232.
2 المرجع نفسه، ص 234.
3 مرسوم تنفيذي رقم 91-419 مؤرخ في 2 نوفمبر 1991، يتعلق بالتنازل عن المنشآت الرياضية، ج.ر عدد 54، بتاريخ 3 نوفمبر 1991.
4 مؤرخ في 14 فيفري 1989، ج.ر عدد 07، بتاريخ 15 فيفري 1989.
5 MOUHAMED Koured, La notion de délégation et son originalité dans la législation sportive algérienne, mémoire de magister, Faculté de droit, Univ d'Alger, p135.

نظرا لطبيعة هذه المرافق[1]. وفي حال عدم وجود قائمة تحدد المرافق العامة غير القابلة للتفويض لا سبيل لمعرفة هذا النمط من المرافق إلا بالبحث عن المهام والوظائف التي يؤديها المرفق العام، كما أن المنع يرد كاستثناء بموجب نص قانوني وذلك بالنظر لطبيعة المرفق العام ذاته[2].

الفرع الأول

الأساس الدستوري

يمكن تعريف المرفق العام الدستوري على أنه المرفق العام الوطني ذو الطبيعة الإدارية، لا يقوم على فكرة الإستثمار وما يرتبط بها من نتائج مالية، لكونه يمثل المهام الأساسية للدولة التي قد ترتبط أساسا بسيادة الدولة[3]. ومن قبيل المرافق التي يشملها المنع:

- **المرافق الدستورية السيادية:** ومنها الجيش فتحرص معظم الدساتير على احتكار السلطة السيادية إنشاء القوات المسلحة، وعدم السماح بتكوين مليشيات خارج هذا الإطار، كذلك مرفق القضاء الذي يعد من المرافق الدستورية السيادية التي تختص بها الدولة حصرا، أما بالنسبة لمرفق الشرطة الذي يعد مرفقا دستوريا كذلك تحظر دساتير الدول تفويض مرفق الشطة للقطاع الخاص[4]، أما مرفق السجون فأصبح في الآونة الأخيرة قابلا للتفويض في تجارب لبعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا[5].

- **المرافق الدستورية غير السيادية:** وهي تلك المرافق التي تتصل بإشباع حقوق اجتماعية وثقافية مكفولة دستوريا، ومن أمثلة ذلك مرافق التعليم والصحة والمساعدات

---

1 وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 237.

"sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté de législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoire elle-même"

2 A.De laubarère. F.Moderne. P.Delvolvé, Traité des contrats administratifs, p44.

3 أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص36-36. ويشير الكاتب أن هذه المسألة إرتبطت بسياسة الخصخصة التي ظهرت لأول مرة ضمن قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 حزيران 1986، الذي اعتبر أن هذه المرافق تستمد أهميتها من مبادئ وقواعد دستورية، إلا أن هذه الفكرة ليست بالسهلة نظرا لغموض بعض النصوص الدستورية ولا توجد إلا مؤشرات محدود في بعض النصوص أو الاجتهادات الدستورية.

4 Traité de droit administratif, Tome 13 édition, Paris,1963, p967.

يرى الأستاذ*A.De laubarère* أن "مرفق الشرطة لا يمكن أن يعهد به إلى شخص خاص وأن الجماعة العامة لا يمكنها التخلي عن مسؤولياتها في هذا المجال"، وهو ما اتجه غليه كذلك كل من الأستاذين *Gartner* و *Frier*.

5 أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 40.

الاجتماعية، رغم أن هذه الأخيرة أصبحت تقبل وجود مبادرات القطاع الخاص في تحقيقها، ينص الدستور الجزائري على أن مرفق التعليم مجاني ضمن المادة 65[1]، كذلك تضطلع الدولة بتحقيق مرفق الصحة وفقا لنص المادة 66[2].

الفرع الثاني

الأساس التشريعي

وجب التأكيد على أن المنع يكون بموجب نص قانوني لا تنظيمي، ذلك أنه إذا كان بإمكان السلطة المفوضة تنظيم تقنية التفويض عن طريق دفتر الشروط بوضع قيود على حرية التعاقد مثلا، إلا أن ذلك لا يجيز لها منع مرفق عام أن يكون موضوع لتقنية التفويض. ولقد عبر الإجتهاد الفرنسي عن المنع وفقا لنصوص قانونية في عدة قرارات قضائية نذكر منها *Syndicat des psychiatres français*، حيث رفض مجلس الدولة تفويض مرفق عام إداري لوجود حظر بموجب نص قانوني[3]. دون التطرق للإجتهاد القضائي الجزائري في هذا الشأن والذي لم يتطرق لمسألة تفويض المرافق العمومية، عمد المشرع إلى سن قوانين منع من خلالها صراحة تفويض تسيير المرفق العام، نذكر منها قانون النقد والقرض الذي يمنح بنك الجزائر دون غيره امتياز إصدار النقد دون سواه، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 2 من القانون 03-11[4]، بالإضافة إلى وجود حالات احتكار طبيعية حصرية في بعض المجالات، نذكر منها على سبيل المثال مرفق الغاز والكهرباء الذي ينظمه القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات[5] لاسيما المادة 29 منه التي تنص على أنه "**تعد شبكة نقل الكهرباء إحتكارا طبيعيا، ويتم تسييره من طرف مسير وحيد**".

المبحث الثاني

مبدأ المنافسة بين المترشحين

التسيير المفوض للمرفق العام يهدف إلى إقامة شراكة فعالة بالمفهوم القانوني والإقتصادي للمصطلح، ولأن التفويض يفوض لأحد المتعاملين مهمة تسيير مرفق عام،

1 المادة 65 "الحق في التعليم مضمون، التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون".

2 المادة 66 "الرعاية الصحية حق للمواطنين ...".

3 وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص243-235.

4 الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، تنص المادة 2 فقرة2 و 3 "يعود للدولة امتياز إصدار العملة النقدية عبر التراب الوطني، ويفوض ممارسة هذا الامتياز البنك المركزي دون سواه ...".

5 مؤرخ في 05 فيفري 2002، ج.ر عدد 8، بتاريخ 06 فيفري 2002.

فإن نظام انتقاء المفوض له يكتسي رهانا أساسيا، كما سيكون من المهم التركيز على إشكالية مرحلة منح التفويض والتي تحدد الإقتصاد العام لعقد التفويض والتسيير المستقبلي له.

إن أي نص تطبيقي لأحكام مرسوم 2015 يجب أن يوفق بين أمرين متميزين: منح الشخص العام نوعا من الحرية في تسيير المرافق العامة، وإحترام المقتضيات المتعلقة بمجـــال مجال المنافسة، يمكن أن نتساءل إذن عن مكانة المنافسة في نظام إبرام عقود التدبير المفوض للمرافق العامة خاصة في ظل أحكام المادة 209.

المطلب الأول

حرية الوصول إلى الطلبات العمومية

مقتضى المبدأ هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام والخاص على السواء والمختصين بنوع واحد من النشاط الذي ترمي السلطة المفوضة تفويض تسييره، أن يتقدموا قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم، وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة مما يحرمهم من منافع المنافسة عملا بأحكام المادة 6 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة[1]، وفقا للشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط. ولا يتحقق مبدأ حرية وصول المتعهدين إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواء من حيث كيفيات إبرام عقد التفويض أو من حيث إجراءات إبرامه.

الفرع الأول

كيفيات إبرام عقد التفويض

في غياب النصوص التطبيقية لأحكام تفويض المرافق العمومية الواردة ضمن مرسوم 2015، قد يبدو أن السلطة المفوضة حرة في اختيار الكيفية التي تختار بها المتعاقد معها[2]، إلا

1 الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية، يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، بتاريخ 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم.

2 وليد حيدر جابر، المرجع السابق ص262، يشير الكاتب أن مبدأ حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له شكل الأصل قبل صدور قانون *Sapin* في الفقه الفرنسي، حيث يشير الأستاذ *A.De-laubadere* إلى "أن الإدارة لها أن تختار بحرية التعاقد معها كما يفعل الشخص الخاص ذلك وإن هذه الحرية تشكل قاعدة أساسية في تقنية التفويض، والتي ترتبط بصلة وثيقة بالسلطة التنظيمية للإدارة"، إلا أن هذا المبدأ شهد تطورا حيث أصبح نسبيا قابلا للتبدل والتطور بعد تقييد السلطة المفوضة بمبادئ العلانية التي تشكل شرطا ضروريا في تحقيق المنافسة.

أنه بالبحث في بعض النصوص الخاصة ببعض المرافق العمومية نجد أن المشرع تبنى مبدأ الدعوة للمنافسة بين لمتعهدين[1]، وذلك من خلال:

- القانون 2000-03 المتعلق بالإستثمار في مجال الإتصالات، تنص المادة 32 منه على أن رخصة استغلال شبكات المواصلات السلكية اللاسلكية تمنح على إثر إعلان المنافسة، وتشير الفقرة الثانية "**يكون الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة موضوعيا وغير تمييزي وشفافا ويضمن المساواة في معاملة مقدمي العروض**"، وفقا لأحكام المادة 05 من المرسوم التنفيذي 01-124 وتطبيقا لهذه المادة رسم المرسوم التنفيذي رقم 01-124 المؤرخ في 09 ماي 2001 الذي يتضمن تحديد الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، تشير إلى ذلك المادة 09 من نفس المرسوم "...**يمكن أن ينص هذا القرار على إجراء المزايدة بإعلان المنافسة الذي يتضمن مرحلتين** الأولى مرحلة التأهيل الأولي أما الثانية فهي مرحلة العروض.

- المرسوم التنفيذي رقم 08-114[2] الذي يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز، تطبيقا لأحكام المادة 73 من القانون 02-01، حيث تنص المادة 06 منه "**يكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الغاز والكهرباء**".

كما في مجال الصفقات العمومية يمكن أن يكون هناك استثناءات على مبدأ الدعوة للمنافسة، ففي فرنسا حددت المادة 31 من قانون *Sapin* لسنة 1993[3] حالات استثنائية يمكن للسلطة المفوضة عدم اللجوء للدعوة للمنافسة، وهو مذهب المشرعين المغربي والتونسي[4]، حيث تتماثل إلى حد قريب حالات التراضي المنصوص عليها في أحكام إبرام الصفقات العمومية، الواردة في المادة 49 من مرسوم 2015 منها:

- حالة الإستعجال قصد ضمان إستمرارية المرفق العام.حالة الإحتكارات الطبيعية بشأن خدمة أو نشاط معين أو بموجب إختصاص متعاملين حاملين لبراءات إختراع.في حالة عدم جدوى الدعوة للمنافسة أو عقود التفويض التي لا تتجاوز قيمتها مبالغ معينة.

---

1 المشرع المغربي كذلك تبنى مبدأ الدعوة للمنافسة بموجب المادة 05 من الظهير الشريف رقم 1.06.15 المتعلق بتطبيق أحكام القانون 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العمومية "لاختيار المفوض إليه يجب على المفوض ماعدا في الحالات الاستثنائية القيام بدعوة إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المترشحين ...".

2 المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 9 أفريل 2008، يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج.ر عدد 20، بتاريخ 13 أفريل 2008.

3 أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 134-135.

4 المادة 6 من ظهير شريف رقم 1.06.15 والمادة 10 من قانون اللزامات رقم 23 لسنة 2008 .

الفرع الثاني

إجراءات إبرام عقود التفويض

تكريسا لحرية الوصول إلى إتفاقيات التفويض وجب الإعتماد على وسائل إشهار والتي تتم عادة ضمن الصحف اليومية والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور، خاصة مقرات الهيئات المحلية والمركزية التي تقوم بتقديم خدمات مرفقية، ويجب أن يتضمن الإعلان مدة تقديم العروض مع بيان الوثائق المطلوبة في العروض وكذا كيفيات التقييم. ويمكن استلهام نصوص تطبيقية لأحكام مرسوم 2015 في هذا الشأن من تشريعات مقارنة كمرسوم 1993/3/29 المحدد للقواعد الخاصة بالعلانية السابقة، الذي يفرض نشر الإعلان مرتين مرة في دورية لها نشر الإعلانات القانونية ومرة في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض[1].

يمكن أيضا اعتماد الإشهار الإلكتروني بعد تبني المشرع إمكانية التعامل عن طريق الوسائط الإلكترونية، حيث تنص المادة 204 من مرسوم 2015 على أنه "**تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني ....، يرد المتعهدون أو المترشحون على الدعوة للمنافسة بالطريقة الإلكترونية**".

المطلب الثاني

المساواة في معاملة المرشحين

يقتضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين أن لا تنطوي معايير اختيار المفوض له على طابع تمييزي، وبالتالي يعد ضمانة للمنافسة الحرة في مجال تفويض المرافق العامة، إذ تلتزم السلطة المفوضة بوضع معايير تتعلق أساسا بـــــ:

1. **شروط تقديم التعهدات المقدمة من قبل المتعهـــدين** ***Les conditions d'accès a l' appel d'offre***
2. **معايير تقييم وآليات إرساء العقد** ***Les critères d'attribution et les instruments de jugement des offres***، من قبيل ذلك ما أشارت إليه المـــادة 7 مـــن المرســـوم التنفيذي 08-114 أن الامتياز يمنح على أساس المقاييس العامة الآتية:

- المقدرة التقنية والمالية للمترشح للإمتياز.
- إحترام كامل أحكام دفتر الشروط الملحق بالمرسوم.

1 أبو بكر احمد عثمان، المرجع السابق، ص132.

- إحترام التنظيم المعمول به في ميدان أمن الأشخاص والممتلكات وخدمة الزبائن وحماية البيئة.
- تقديم الضمانات المالية الكافية لتحقيق الخدمة العمومية كضمان حسن التنفيذ لصالح الدولة.

ويستند هذا المبدأ على دعامة أخرى هي تكافؤ الفرص بين المتعهدين، بإلزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية، بما يضفي الشفافية على العملية بل ويمتد ليشمل عدم إمكانية التفاوض مع المتعهدين قبل إتمام عملية تقييم العروض عن طريق لجنة متخصصة مستقلة عن السلطة المفوضة، في عمل أقرب إلى عمل لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض في مجال الصفقات العمومية.وتضمن اللجنة اختيار أفضل العروض واستبعاد العروض التي لا تتوفر على الضمانات والقدرة الكافية لدى المترشحين.

بقي أن نشير فقط إلى إمكانية أن ترد بعض الإستثناءات على مبادئ المنافسة، كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية، وذلك حماية للمتعاملين والوطنيين أمام المتعاملين الأجانب كالعمل بهامش الأفضلية الوطنية[1] أو تخصيص نسبة من الطلبات العمومية من عقود التفويض لفائدة المتعاملين المحليين[2]، وطرح دعوة المنافسة وطنيا فقط دون الدعوة المنافسة الدولية *A.O.International*[3]، والتي تبقى مسائل مرهونة بتوجهات المشرع في مسألة تفويض المرافق العمومية.

1 المرسوم الرئاسي 15-247 المادة 83 "يمنح هامش للأفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والتي يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون".

2 المرسوم الرئاسي 15-247 المادة 87 "عندما يمكن تلبية بعض الحاجات الوطنية من قبل المؤسسات المصغرة ... تخصيص هذه الحاجات لها حصريا...".

3 المرسوم الرئاسي 15-247 المادة 85 "عندما يكون المنتوج الوطني أو الأداة الوطنية قادرين على الإستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة فإن على هذه الأخيرة أن تصدر دعوة للمنافية وطنية ...".

الخاتمة

نجاح مشاركة القطاع الخاص في إدارة وتسيير المرافق العمومية في الجزائر بموجب تقنية التفويض يبقى مرهونا ليس فقط بالإمكانات المادية والمهنية والتقنية للمفوض له فحسب، بل بصورة أساسية بوجود ضوابط تتضمنها مبادئ وأسستفرض على طرفي العقد منذ بدأ تكوينه وحتى مرحلة تنفيذه، وهو الأمر الذي يبقى رهين النصوص التطبيقية لأحكام مرسوم 2015 التي ستحكم تفويض المرافق العمومية، وكذا لتوجهات المشرع والغايات التي يرمي من خلالها لتطبيق تقنية تفويض المرافق العامة، رغم وجود تجارب سبقت صدور مرسوم 2015 كمرفق المياه والإتصالات والنقل.

أما عن التساؤل حول مدى قدرة تفويض المرفق العام على التوفيق بين تأمين تنفيذ المرفق العام وغايات المفوض له الإستثمارية، فيبقى المكلف بتسيير المرفق العام خاضعا لموجبات المرفق العام خاصة المبادئ الكلاسيكية الراعية له؛ على الخصوص مبادئ الإستمرارية والتكيف والمساواة بين المنتفعين، على أن يفيد من ضوابط تحد من سلطة الإدارة في الإختيار عن طريق تطبيق مبادئ المنافسة الحرة للوصول إلى الطلبات العمومية المتعلقة بتفويض المرفق العام، وكذا المساواة بين المتعهدين وشفافية الإجراءات.