# المقاربة بين مبدئي الاعتبار الشخصي ومبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام

# The approach between the principles of personal consideration and the principle of competition in concluding contracts for the delegation of public utility

***ط.د. قرير نوارة**
**جامعة محمد بوضياف - المسيلة**
**مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية**
**nouara.grir@univ-msila.dz**

**أ.د. ضريفي نادية، أستاذ التعليم العالي**
**جامعة محمد بوضياف - المسيلة**
**مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية**
**nadia.drifi@univ-msila.dz**

| تاريخ الارسال: 2022/04/15 | تاريخ القبول: 2022/06/01 | تاريخ النشر: 2022/06/10 |
|---|---|---|

**ملخص:**

إن العلاقة ثلاثية الأبعاد التي تميز عقود تفويض المرفق العام بين الإدارة المفوضة والمفوض إليه، والطرف الثالث الذي له علاقة مباشرة باستغلال المرفق العام و هو المنتفعين، يتوجب إتباع إجراءات متميزة في إبرام هذه العقود، و من أجل استمرارية المرفق العام كان يطغى مبدأ الاعتبار الشخصي ، الذي تم تقييده بعد الانفتاح الاقتصادي وحرية السوق، الذي أساسه حرية الوصول للطلبات والمساواة والشفافية، هذه المبادئ التي تعتبر ركائز وأسس مبدأ المنافسة بين المعاملين الاقتصاديين، ولكن نظرا لخصوصية هذه العقود التي لها علاقة كبيرة بالمرفق العام والمال العام، فإنه لا يمكن اللجوء إلى مبدأ المنافسة الحرة في إبرامها ، و في إطار هذا الجدل بين المبدأين ، يستوجب إحداث مقاربات قانونية من أجل إقرار المبدأين معا في عملية إبرام عقود تفويض المرفق العام .

**الكلمات المفتاحية:** مبدأ الاعتبار الشخصي؛ مبدأ المنافسة؛ تفويض المرفق العام؛ حرية الوصول للطلبات؛ مقاربات قانونية.

***المؤلف المرسل :** قرير نوارة

**Abstract:**

The three-dimensional relationship that characterizes the contracts for the authorization of the public facility between the devolved administration and the commissioner, and the third party directly related to the exploitation of the public facility, which is the beneficiaries, must follow distinct procedures in concluding these contracts, and in order to continue the public facility was dominated by the principle of personal consideration, which was restricted after economic openness and market freedom, based on free access to applications, equality and transparency, these principles, which are the pillars and The principle of competition between economic coefficienes was established, but given the specificity of these contracts, which have a great relationship with the public utility and public finances, the principle of free competition cannot be used in concluding them, and in the context of this controversy between the two principles, legal approaches are required in order to establish both principles in the process of concluding public facility authorization contracts.

**Keywords**: Principle of Personal Consideration ; Principle of Competition ; Delegation of Public Facility ; Freedom of Access to Applications ; Legal Approaches

**مقدمة**

تعتبر تقنية المرفق العام الأسلوب الأمثل لإشراك الخواص في إدارة المرفق العام، فهي عقد بموجبه يعهد الشخص المعنوي من القانون العام، تسيير وإدارة مرفق عام يكون مسؤولا عنه لشخص يكون من القانون العام أو الخاص، وذلك بمقابل مالي مرتبط بصفة جوهرية بنتائج الإستغلال، فعقود تفويض المرفق العام هي نموذج لعلاقة ثلاثية الإبعاد بين الإدارة مانحة التفويض والموفوض إليه وطرف ثالث مرتبط بالمرفق العام وهو المتنفعين منه، لذا فالأصل أن الإدارة حرة في اختيار المتعاقد معها، على أساس مبدأ الاعتبار الشخصي الذي يعتبر عنصرا جوهريا فيما يتعلق بإبرام عقود تفويض المرفق العام، فهو لا يعتبر هدفا في حد ذاته بقدر ما يعتبر ما يعتبر وسيلة لتمكين الإدارة من ضمان تنفيذ العقد وذلك من أجل تحقيق المبادئ التي تحكم المرفق العام خاصة المصلحة العامة، ومن أجل ذلك فالإدارة ملزمة

بالتعاقد مع الشخص الذي يقدم أفضل الشروط مع احترام المعايير الموضوعية عند اختيار المتعاقد معها وهذا ما هو معمول به في بعض المرافق العامة، ولكن نظرا للتحولات االإقتصادية التي اتسمت غالبا بالحرية الاقتصادية، التي أساسها المنافسة تم تقييد الإدارة بخصوص حرية اختيار المتعاقد معها، فأجبرت أغلف المرافق العامة على إتباع إجراءات المنافسة، وهذا ما أقرته التعليمة رقم 842/3-94 المتعلقة بامتياز المرافق المحلية وتأجيرها[1]، إذ أعتمد من خلالها أسلوب المزايدات والمناقصات التي تعتمد أساسا على أسلوب المنافسة والشفافية والمساواة بين المترشحين، هذا ما أكدته المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي يعتبر أول نص قانوني ينظم عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، ثم المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي نظم تقنية تفويض المرافق المحلية.

إن صدور هذه النصوص أدى إلى تضييق مبدأ الاعتبار الشخصي، وذلك باعتماد مبدأ المنافسة، ونظرا لأهمية المبدأين في إبرام عقود تفويض المرفق العام، كان لابد من إيجاد مقاربات قانونية لاعتماد المبدأين معا من أجل الحفاظ على المبادئ التي تحكم المرفق العام أساس الاعتبار الشخصي من جهة، واعتماد الشفافية والمساواة وحرية الوصول إلى الطلبات أساس المنافسة من جهة أخرى.

من خلال ورقتنا البحثية هذه كان لابد من تحديد المفاهيم الأساسية أولا ثم نقوم بتحديد مجال استعمال الاعتبار الشخصي ومجال اعتماد مبدأ المنافسة، وتوضيح المقاربات القانونية التي المستخلصة من النصوص القانونية المنظمة لإبرام عقود تفويض المرفق العام، وذلك لاعتماد المبدأين معا.

لتكون إشكالية بحثنا،

**هل يعتبر خضوع تفويض المرفق العام لإجراءات المنافسة تخليا من المشرع عن الطابع الشخصي لها ؟**

للإجابة على ذا التساؤل نتتبع المنهجين التحليلي والإستقرائي، من خلال تحليل النصوص القانونية المؤطرة والمعلومات ذات الصلة، لنتوصل إلى الاستنتاجات اللازمة، وذلك من خلال تحديد الإطار المفاهيمي لمبدأ الاعتبار الشخصي ومبدأ المنافسة، ثم نحاول دراسة إبرام عقود تفويض المرفق العام بين الاعتبار الشخصي ومبدأ المنافسة، لنستخلص في الأخير إلى قراءة في النصوص القانونية لاستخلاص مقاربات قانونية تؤدي إلى تطبيق المبدأين معا.

## المحور الأول: التأصيل المفاهيمي لمبدئي الاعتبار الشخصي والمنافسة

إن الحديث عن أي موضوع قانوني يقتضي أن يتم تحديد المفاهيم المحددة له، ومن أجل ذلك كان لابد من تحديد من تحديد مفهوم الاعتبار الشخصي **(أولا)** وتحديد مفهوم المنافسة **(ثانيا)**.

### أولا- مفهوم الاعتبار الشخصي

تعتبر شخصية المتعاقدين من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة فهي تمثل عنصرا جوهريا في التعاقد، وبالرغم من اشتراك العقود المدنية والإدارية في مبدأ الاعتبار الشخصي إلا أنه يختلف باختلاف الغاية والهدف، فتحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال إبرام العقود الإدارية يجعل مبدأ الاعتبار الشخصي جوهريا بما له من الأهمية الكبرى في اختيار المتعاقد مع الإدارة لذا فإننا سوف نتطرق إلى مضمون مبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية **(في نقطة أولى)**، ثم نحدد الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية بصفة عامة وعقود تفويض المرفق العام بصفة خاصة **( في نقطة ثانية)**.

#### 1– مضمون مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية

يستند مبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له إلى قاعدة تمتع السلطة المفوضة بحرية واسعة في اختيار المستثمر[2]، ما لم يتدخل المشرع في كيفية منحها وانعقادها، بموجب نص تشريعي أو تنظيمي واعتماد مبدأ يقيد ذلك، لذا فإن تحديد مضمون مبدأ الاعتبار الشخصي سوف يؤدي إلى تحديد مفهومه التقليدي ثم نتطرق إلى المفهوم الحديث له.

##### 1-1- المفهوم التقليدي لمبدأ الاعتبار الشخصي

أساس الاتجاه التقليدي في إبرام العقود الإدارية عامة وعقود تفويض المرفق العام خاصة يرتكز على السلطة التقديرية الواسعة للإدارة في اختيار الشخص الذي تعهد إليه مهمة تسيير المرفق العام دون أن تتبع أي أصول وألا تكون مقيدة بأية قواعد[3]، فقاعدة الاعتبار الشخصي وفقا للاتجاه التقليدي تعني الأخذ بعين الاعتبار شخص المتعاقد عند إقامة الروابط التعاقدية، لتكون عنصرا حاسما في ركن الرضا، بدونه لا يتكون العقد فشخص المتعاقد يشكل محل وسبب العقد[4].

وأيد جانب من الفقه هذا المبدأ خاصة الفقه الفرنسي التقليدي إذ يقول الفقيه Jeze" إن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على المستوى نفسه بالنسبة للعقود الإدارية ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام، بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقد الامتياز لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى شؤون إدارته"[5].

في حين ذهب بعض الفقه الإداري المصري إلى أن المقصود بالاعتبار الشخصي هو أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصرا جوهريا في التعاقد.

واستقر القضاء الإداري الفرنسي على مبدأ الاعتبار الشخصي في عدة مراحل، وذلك بصدور العديد من الأحكام المتناقضة التي اعتبرت في بداية الأمر أن الامتياز العام عبارة عن صفقة عامة يتبع من خلال إبرامه جميع الوسائل والإجراءات المتبعة في إبرام الصفقات العمومية من منافسة وطلب عروض....إلخ، وبالمقابل اعترف لعقد الامتياز باعتباره عقد إداري بمبدأ حرية اختيار الغير في تحقيق المرفق العام[6].

وما لبث أن عدل عن ذلك نظرا للاختلاف بين الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام، فأقر أن عقد الامتياز لا يمكن أن يخضع لإجراءات المناقصة، بل يتم وفق مشيئة الإطراف[7]ولم يقف القضاء الإداري عند هذا الحد بل أعلن صراحة موقفه تجاه هذا المبدأ عندما أقر أن قواعد المناقصة لا تطبق في الامتياز الأمر الذي يسمح للإدارة إبرام العقد وفقا لمشيئتها الحرة [8]، من خلال ذلك فإن القاعدة المأخوذ بها هي حرية الجماعة العامة في اختيار صاحب الامتياز في ظل غياب نص يخالف هذا المبدأ، وكان ذلك في قضية Compagnie Luxembourecise de telediffussion.

فخلاصة هذا الاتجاه أن الإدارة تتمتع بحرية كبيرة في اختيار المفوض له طالما لا يوجد نص تشريعي يخالف ذلك أو مبدأ يقيدها في هذا الإجراء.

**1-2. محدودية مبدأ الاعتبار الشخصي أساسا لمفهومه الحديث**

لقد كان لمقتضيات الإدارة الحديثة أثرا في ضرورة الابتعاد عن تطبيق المفهوم التقليدي لمبدأ الاعتبار الشخصي من خلال إبرام عقود تفويض المرفق العام، فاتجه الفقه الحديث إلى ضرورة إخضاع عملية اختيار المفوض إليه، إلى مجموعة من الإجراءات التي تتطلب الشفافية والمنافسة وحرية الوصول إلى الطلبات وهذا الإطار تضمن قانون Sapin الفرنسي رقم 93-122 المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية لأول مرة إجراءات خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام من خلالها يتم الإيجاب والقبول في عقد التفويض، لا

يمكن للإدارة تجاوزه وإلا كان تصرفها باطلا[9]، إن هذا الإطار الإجرائي الجديد لم يكن مطابقا لما هو مقرر بالنسبة لعقود الصفقات العمومية[10].

وقد اعتبر قانون Sapinأن التقنية التفاوضية هي التقنية الوحيدة المعتمدة في إبرام عقود التفويض في إطار مبادئ العلانية والمنافسة المسبقة، بالمقابل لابد من إجراء مفاوضات مع العروض المؤهلة، ليكون قانون Sapin بهذه الإجراءات قد أحدث توازن بين مبادئ الشفافية والمنافسة في الإجراءات العامة من جهة وتمتع الإدارة بالحرية النسبية في اختيار المتعاقد معها وفقا لمبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى[11].

من خلال ماسبق فإن المبدأ العام في إبرام عقود تفويض المرفق العام هو مبدأ حرية الاختيار ما لم يرد نص يقيد هذه الحرية بدعوته للمنافسة.

**1- الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي**

إن مبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية بصفة عامة يأخذ أساسه القانوني من تكريس طابع المرفق العام عند إبرام هذه العقود، فالسلطة التي تملكها الإدارة في حرية اختيار المتعاقد معها في عقود تفويض المرفق العام تجد أساسها في الالتزام الذي يقع على عاتقها من أجل إشباع الحاجات العامة من أجل اختيار الأسلوب الأنجع والأحسن لتنظيم المرفق العام.

من جهة أخرى نجد أن الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي يكمن في جملة الالتزامات التي تقع على عاتق المفوض إليه[12]، الذي يجب عليه تنفيذ العقد شخصيا وتنفيذا جيدا، كما لا يمكن له أن يتوقف عن تنفيذ المرفق الذي فوض به، حتى في حالة نشوب خلاف بين الإدارة والمفوض إليه، وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة الفرنسي " أن عدم إيفاء الإدارة المفوضة بالتزاماتها لا يعفي الملتزم من تنفيذ التزاماته، على هذا الأساس فمتعاقد بهذه المواصفات والالتزامات، فإن اختياره ومنحه إدارة المرفق العام يجب أن يخضع للسلطة التقديرية للإدارة التي يمكن لها أن تنتقي أحسن المتعاقدين معها من الأكثر كفاءة للقيام بالالتزامات المفروضة عليه بناء على عقد التفويض"[13].

في الجزائر فالنصوص التي نظمت عقود الامتياز باعتباره أهم عقود تفويض المرفق العام نجد أنها أهملت تقييد الإدارة باعتبار أنها لم تعالج طرق إبرامه وكيفيات منحه، فكان أسلوب التراضي هو المتبع في منح هذه العقود دون أدنى تقييد للإدارة وأدت هذه الحرية وإغفال مبدأ المنافسة والشفافية إلى إهدار المال العام، بسبب تغليب المصلحة الخاصة عن

المصلحة العامة، التي تعتبر أهم مبادئ وأسس المرفق العام، ونتج عن ذلك تدهور المرافق العامة المسيرة بهذا الأسلوب، وأدى ذلك إلى نقص وإن لم نقل انعدام المردودية التي تعتبر بالدرجة الأولى هدف عقود تفويض المرفق العام.

بصدور المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر2015[14]، والمرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في02 أوت 2018[15]، اللذان أطرا عقود تفويض المرفق العام في الجزائر لأول مرة خاصة تفويض المرافق التابعة للإدارة المحلية، نجد أن المشرع قد حدد طرق وكيفيات إبرام هذه العقود باحترام مبدأ المنافسة والشفافية، دون الإخلال بمبدأ الاعتبار الشخصي.

**ثانيا- المنافسة مبدأ قديم لتطبيق حديث**

إن مبدأ المنافسة يكفل في حد ذاته حرية الوصول إلى الطلبات العمومية ولكن لا يكون مفتوح بشكل مطلق بل مقيد بقيود تؤدي إلى في بعض الأحيان إلى حرمان بعض المتعاقدين من الدخول في المجال التنافسي، وعليه سوف تتطرق مضمون مبدأ المنافسة، ثم الاستثناءات التي ترد عليه.

**1- مفهوم مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام**

يقصد بمبدأ المنافسة حرية الدخول في طلب العروض المعلن عنه من طرف الإدارة في الحدود التي يحددها القانون، وتقضي أن يتعامل كل المتنافسين على قدم المساواة فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعطى لأقرانه أو على حسابهم [16]، ولقد اعتبر بعض الفقهاء مبدأ المنافسة من المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقود الإدارية سواء بالنسبة للقواعد والإجراءات المنظمة لعملية التعاقد، أو بالنسبة للتطبيق العملي[17]، وتتحقق المنافسة الحرة كمبدأ عام بفتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءتهم، وحينئذ لا يكون الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة[18]، ولقد أكد قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية sociétéJean- Louis Bernard Lonsulianis، أن مبدأ المنافسة ضروري لتشجيع المنافسة الفعالة من خلال الإعلان الذي يتضمن حرية الوصول إلى الطلبات [19]، فلا يوجد نص أو مبدأ يحظر على شخص نظرا لطبيعته، من أن يكون مرشحا للفوز بعقد الصفقة أو عقد تفويض المرفق العام، بشرط أن يخضع هذا الشخص للالتزامات المحددة في الإعلان والعطاءات التنافسية.

ويختلف مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية عن عقود المرفق العام، نتيجة الاختلاف في الخصائص، كون الخصائص المكونة لعقود تفويض المرفق العام مرتبطة أساسا باستمرار

المرفق العام واستغلاله لتأدية خدمات أو مشتريات المرفق العام، كما هوالأمر في الصفقات العمومية[20].

إن الطبيعة الضخمة والمعقدة لعقود التفويض، تجعل طلب العروض مقتصرا على عدد من الأشخاص أو الشركات التي تملك المؤهلات الفنية المالية التي يحتاجها هذا النوع العقود على أن تراعى تلك الجهات الإدارية تحقيق مبدأ التنافس بالنسبة لهؤلاء المتنافسين المؤهلين[21]

على هذا الأساس فإن المنافسة في نطاق عقود تفويض المرفق العام لا تتطلب بالضرورة مشاركة عدد كبير من العارضين، لاختيار المفوض إليه.

**2- الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة**

على الرغم من الأهمية الكبيرة لمبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، إلا أنه لا يمكن أن يكون مطلقا، إنما ترد عليه قيود، إضافة إلى القيود التي تفرضها الإدارة من شروط ترى ضرورة من توافرها في المتعاقد معها، وتتمثل هذه القيود في الحرمان من تقديم العروض، وشروط الكفاءة القدرة، إضافة إلى أولوية بعض المترشحين.

**2-1 الحرمان من تقديم العروض**

لقد أقر المرسوم رقم 65-2016، المتعلق بعقود الامتياز الفرنسي مجموعة من الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة بخصوص الحرمان من تقديم العروض، وقسمها من خلال المادة 39 والمادة 42 إلى نوعين، الحرمان الإلزامي والحرمان الاختياري[22].

أما في الجزائر فإن القوانين المنظمة لعقود تفويض المرفق العام، وخاصة المرسوم التنفيذي 18-199 المنظم لتفويض المرفق العام المحلي، المذكور سابقا، فمن خلال المادة 47 منه لم ترد حالات الحرمان، وإنما أحال ذلك إلى المرسوم الرئاسي 15-247 الذي حدد الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، وهذا يعبر نقصا في المنظومة القانونية الخاصة بعقود تفويض المرفق العام، إذ ينعكس سلبا على خصوصية عقود تفويض المرفق العام[23].

**2-2 شروط الكفاءة والقدرة**

تنقسم شروط الكفاءة والقدرة إلى قسمين شروط عامة وشروط خاصة، فالشروط العامة هي التي تقرر مدى تناسب قدرات المترشح مع موضوع تفويض المرفق العام، وتشمل

هذه القدرات قدرة ممارسة النشاط المهني، القدرة الاقتصادية والمالية، والقدرة التقنية والمهنية.

في حين أن الشروط الخاصة فهي متعلقة بمدى قدرة المترشح في ضمان استمرارية المرفق العام وتقديم الخدمة العمومية، تحقيق المساواة بين مستخدمي المرفق العام[24].

### 2-3 أولوية بعض المترشحين

بالرغم من أن إعطاء الأولية لبعض المترشحين عن البقية، يخالف مبدأ المنافسة، إلا أن المشرع الفرنسي من خلال المادة 29 من القانون 2016-65 والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 2016-86 المتعلق بتطبيق عقد الامتياز، جعلت عقد الامتياز حكرا على بعض الأشخاص الذين تتوفر فيهيم شروط معينة وهي الهيئات والشركات المتعاقدة التي توظف أكثر من 50% من العمال المحرومين التي تنص عليهم المادة L5132-4 من قانون العمل الفرنسي.

-الهيئات والشركات المتعاقدة التي تستخدم أكثرمن50% من العمال المعوقين طبقا لأحكام المواد 13-5213 من قانون العمل[25]، والمادة L344-2 من قانون العمل الاجتماعي والأسرة[26].

في الجزائر فمن خلال النصوص القانونية المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام، نجد أن المادة 47 من المرسوم التنفيذي 18-199، قد أحالت إلى المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 المحددة للاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، ونظرا لأن المشرع قد نظم عقود تفويض المرفق العام والصفقات العمومية في نص تنظيمي واحد، فإن هذه الاستثناءات تطبق على النوعين من العقود معا، وعلى الرغم من ذلك إلا أنه سوف ينعكس سلبا على خصوصية عقود تفويض المرفق العام.

من خلال ما سبق فإن مبدأ الاعتبار الشخصي كان طاغيا في إبرام عقود تفويض المرفق العام، ولكن مع التحولات الاقتصادية في العام التي مفادها المنافسة والحرية، أدى إلى التغيير في هذا المفهوم، إذ أنه خضع للمرونة أحيانا، وللتقلص والانعدام أحيانا أخرى في ظل تبني مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وبما أن الجزائر ليست في معزل عن العالم فإنها اعتنت في إبرام عقود تفويض المرفق العام على الموازنة بين مبدأ الاعتبار الشخصي والمنافسة معا.

## المحور الثاني: إبرام عقود تفويض المرفق العام بين مبدأ الاعتبار الشخصي ومبدأ المنافسة

اعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أول نص قانوني تدخل من خلاله المشرع الجزائري لأول مرة لتنظيم عقود تفويض المرفق العام إلى جانب الصفقات العمومية، وقد نصت المادة 207 منه على " يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفقة أساسية من خلال استغلال المرفق العام "[27]

ليأتي بعده المرسوم التنفيذي 18-199المنظم لتفويض المرافق المحلية التابعة للجماعات الإقليمية[28]، وباستقرائنا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247،نجد أن المشرع لم يولى اهتماما كبيرا لعقود تفويض المرفق العام بالمقارنة مع الصفقات العمومية، مما يوحي أن هذا النص جاء خصيصا لتنظيم الصفقات العمومية، وتمت إضافة عقود تفويض المرفق العامة في أخر لحظة [29]، لكن قبل صدور هذه النصوص كان المشرع قد نظم عقود تفويض المرفق العام خاصة عقود الامتياز ضمن نصوص خاصة،وبصفة عامة كان الاعتبار الشخصي فيها أساس إبرام هذه العقود.

### أولا- مبدأ الاعتبار الشخصي أساسا لإبرام عقود التفويض كأصل عام

لم يتدخل أن المشرع الجزائري كأصل عام قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247، لتنظيم هذا النوع من العقود، الذي يتوسط طائفة العقود الإدارية ، خاصة فيما يتعلق بكيفية المنح، إلا من خلال ما صدر عنه من تشريعات متفرقة خاصة ببعض القطاعات، التي منحت للإدارة المفوضة سلطة واسعة في اختيار المفوض له على أساس الاعتبار الشخصي، فشخصية المتعاقد لها أثر واضح على الإيجاب والقبول **(في نقطة أولى)**،و لكن بإعتماد حرية التعاقد تم تقييد هذا المبدأ **(في نقطة ثانية)**.

#### 1- شخصية المتعاقد أساس الإيجاب والقبول

نصت الفقرة الثانية من الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية [30] على أنه " يمنح هذا الامتياز

بصفة شخصية محضة، ويلتزم صاحب الامتياز في جميع التصرفات القانونية التي يقوم بها في إطار هذه الاتفاقية مهما تكن طبيعتها باحترام أحكام دفتر الشروط المرفق "

وجاء ضمن المادة 13 من المرسوم التنفيذي 11-341 الذي يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هيكل عند أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية[31]" إن امتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية اسمي غير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق"

ونظرا لوجود بعض المرافق العامة وإستراتيجيتها قد يتدخل المشرع الجزائري لتحديد المفوض له وبصفة شخصية، فلا يمكن منحه لأشخاص آخرين كما هو الشأن في امتياز المنبع الذي بموجبه تمنح الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (ألنفط) المؤسسة الوطنية الحق في ممارسة نشاطات البحث والاستغلال في رقعة معينة، إضافة إلى امتياز النقل بواسطة الأنابيب الذي هو رخصة يمنحها الوزير حصرا للمؤسسة الوطنية [32].

وتضيف المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-220 الذي يحدد كيفيات امتياز الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة[33] بأنه " امتياز إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابل للتنازل عنه ولا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان "

المشرع الجزائري على خلاف الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، فإنه اعتبر مبدأ الاعتبار الشخصي كأصل عام في إبرام عقود تفويض المرفق العام خاصة عقد الامتياز الذي تم تنظيمه في إطار نصوص خاصة.

### 2- مبدأ الاعتبار الشخصي بين القيد والإطلاق

بالرغم من تنظيم المشرع لأحكام عقود تفويض المرفق العام في كثير من الأحيان ضمن نصوص قانونية خاصة، إلا انه ترك تفصيل بعض الأحكام لدفاتر الشروط، واتفاقية تفويض المرفق العام التي تبرم بين السلطة المفوضة والمفوض إليه، ومن خلال ذلك أقر الاعتبار الشخصي، فجعله شخصيا، أحيانا بصفة مطلقة لشخص معين من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن يكون قابلا للتنازل وإمكانية انتقاله للورثة.

**2-1-قابلية تفويض المرفق العام للتنازل**

يعرف التنازل عن العقد أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله لتنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أي تنفيذا كليا[34]، فيؤدي ذلك إلى حلول متعاقد جديد بشكل كلي محل المتعاقد الأصلي، ويعد هذا خروجا عن مبدأ الاعتبار الشخصي، لذا استقر الفقه والقضاء الإداري على ضرورة موافقة الإدارة المسبقة على هذا التنازل حتى يكون نافذا في مواجهتها، في هذا الصدد نصت المادة 13 من القانون رقم 10-03 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة[35]، يكون حق الامتياز قابلا للتنازل وللتوريث أو الحجز طبقا لأحكام هذا القانون "

ونصت المادة 32 من المرسوم 04-274 المحدد لشروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة وكيفيات ذلك[36]" يمكن نقل الامتياز موضوع هذا المرسوم إلى الغير، غير أنه يخضع نقل الامتياز إلى الغير للموفقة المسبقة هي السلطة المانحة للامتياز".

وجاء في المادة 108 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه[37] "عندما يبادر صاحب الامتياز بتفويض الخدمة العمومية بصفته هيئة مفوضة فإنه يتعين عليه طلب الموافقة المسبقة من الإدارة المكلفة بالموارد المائية قبل عرضها على المنافسة ".

أما المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199 " يمكن المفوض أن يعهد إلى مناول أو عدة مناولين إنجاز منشآت أو اقتناء الممتلكات موضوع اتفاقية التفويض، حسب درجة تعقيدها بعد الموفقة المسبقة من السلطة المفوضة على اختيار المناول أو المتناولين"

كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 61 أعلاه " لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك "

فالتنازل عن المرفق العام من خلال ما سبق يمكن أن يلجأ إليه المفوض له، ولكن بشرط موافقة الإدارة المفوضة على ذلك، أو تنص على ذلك اتفاقية التفويض.

**2-2- قابلية تفويض المرفق العام للانتقال للورثة**

جاء في نص المادة 40 من المرسوم التنفيذي 07-69 المؤرخ في 19-02-2007 المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استغلال المياه الحموية[38]" في حالة وفاة صاحب الامتياز يستطيع ذوو حقوقه الاستمرار في استغلال الامتياز شرط أن يعلموا الوزير المكلف بالمياه

الحموية بذلك عن طرق الوالي المختص إقليميا في أجل لا يتعدى شهرين وأن يمتثلوا لأحكام هذا المرسوم في أجل لا يتعدى ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ الوفاة ".

غير أنه بالمقابل فإن هذا العقد غير قابل للتنازل عنه بموجب نص المادة 24 من المرسوم 07-69 أعلاه[39].

**وهذا ما يثير التساؤل التالي : لماذا ميز المشرع بين التنازل والانتقال للورثة ؟**

للإجابة على هذا التساؤل لابد من استقراء نظرة المشرع حتى ولو لم يصرح بها مباشرة في النص القانوني، ولكن لعله يرى أن فكرة الانتقال للورثة عدم خروج العقد عن مبدأ شخصية المتعاقد، نظرا للصلة بين المورث والمورث له، فقد يتصف بنفس الصفات التي على أساسها تم اختيار المفوض له.

وبالمقابل نجد أن المادة 25 من القانون 10-03، المذكور سابقا[40]، نصت على في حالة الوفاة يمنح للورثة أجل سنة ابتداء من تاريخ الوفاة، من أجل :

- اختيار واحد من الورثة من يمثلهم ويتكفل بحقوق وأعباء مورثهم في المستثمرة مع مراعاة أحكام قانون الأسرة في حالة وجود تقصير.

-التنازل بمقابل أو مجانا لأحدهم.

-التنازل عن حقوقهم حسب الشروط المحددة في هذا القانون.

بعد انقضاء الأجل وعدم اختيار الورثة لأحدى الحالات المبينة في هذه الحالة يخطر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية كجهة قضائية مختصة بذلك.

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري قد تساهل فيما يتعلق بإلزامية الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام، الذي من المفروض أنه يتنافى مع إي تنازل أو إيجار أو تعاقد من الباطن، في الأخير الانتقال للورثة،غير أن الأخذ بهذه المسألة بصفة مطلقة قد يكون له ضرر كبير على المرفق العام والمتعاقد مع الإدارة، لذا كان على المشرع أن يكون مرنا في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وعلى هذا الأساس كان لابد من الاختيار الأنسب والأحسن للإدارة من بين عدة متنافسين لاستغلال و تسيير المرفق العام.

## ثانيا- المقاربة بين مبدأ المنافسة ومبدأ الاعتبار الشخصي في إبرام عقود التفويض

شهدت عملية اختيار المفوض إليه تطورا كبيرا، فبعدما كانت السلطة المفوضة تتمتع بالحرية المطلقة في اختيار المفوض له، أصبحت مقيدة بمجموعة من المبادئ التي تهدف إلى تكريس مبدأ المنافسة الحرة الذي أصبح حتمية ضرورية في ظل الانفتاح الاقتصادي ( **نقطة**

**أولى** )، بالمقابل ونظرا لخصوصية المرفق العام فإنه لا يمكن الأخذ بمبدأ المنافسة الحرة بصفقة مطلة فلا بد من الاحتكام لمبدأ الاعتبار الشخصي الذي هو أساس منح تفويض المرفق العام لذا فإن المشرع أحدث مقاربات بين المبدأين للخروج بإجراءات خاصة تضبط إجراءات منح عقود تفويض المرفق العام ( **نقطة ثانية** ).

## 1- تكريس المنافسة الحرة في إبرام عقود التفويض في الجزائر

لقد كان تكريس المنافسة الحرة في مجال عقود تفويض المرفق العام نتيجة لتطور الدور الذي تقوم به المرافق العمومية ، فبعدما كان الهدف إنشاء المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة ، أصبحت المرافق تهدف إلى تحقيق الربح خاصة المرافق الإقتصادية ، و لكن هذه المنافسة يجب أن تتجسد بواسطة مبادئ محددة قانونا ، و مستويات تختلف بإختلاف نوع المرفق المفوض .

### 1-1 - إعمال المنافسة ضرورة حتمية لحرية الطلبات العمومية

إن نطاق إعمال حرية المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام جاء نتيجة حتمية لاحترام مبادئ الطلبات العمومية ( Les Commandes Publiques)[41]، وقد نصت عليها المدة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-47 المذكور سابقا، غير أن هذه المادة لم تنص صراحة على مبدأ المنافسة ولكن يمكن أن نستشفه من خلال المبادئ التي تكرسه والمتمثلة في مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات، مبدأ المساواة، ومبدأ الشفافية في الإجراءات[42].

وما نلاحظه أن تكريس مبادئ المنافسة الحرة في عقود تفويض المرفق العام هي نفسها المطبقة في الصفقات العمومية، لأن المادة 209 من المرسوم 15-247 تحيلنا عند إبرام عقود تفويض المرفق العام إلى المبادئ المعمول بها في مجال الصفقات المحددة بموجب المادة 05 من نفس المرسوم الرئاسي، وهذا ما يثير التساؤل حول إمكانية تطابق الهدف من المنافسة الحرة في كلا من العقدين؟

غير أن الإجابة على هذا التساؤل تؤكد لنا أنه لابد على المشرع الفصل بين عقد الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، إذ إن الهدف من مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية يختلف عن ذلك المرجو في عقود تفويض المرفق العام، فالهدف من المنافسة في الصفقة العمومية هو الحصول على أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية وأقلها تكلفة، وهذا غير موجود في عقود تفويض المرفق العام.

**2-1 - مستويات تجسيد مبدأ المنافسة الحرة في عقود تفويض المرفق العام**

إضافة إلى ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أن المشرع كرس مبدأ المنافسة في بعض النصوص الخاصة، فنصت المادة 105 من قانون المياه 05-12[43]، " يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها للمنافسة ".

غير أن تجسيد هذا المبدأ في عقود تفويض المرفق العام يتم على ثلاث مستويات، وهذا تطبيقا لما جاء في نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 وتتمثل هذه المستويات فيما يلي

**المستوى الأول:** يتعلق بحرية أي شخص تتوفر فيه في الشروط القانونية الدخول إلى المنافسة من أجل الترشح والفوز بعقد تفويض المرفق العام، وهذا ما لم يخالف المصلحة العامة والنظام العام.

**المستوى الثاني:** أساس هذا المستوى المساواة في المعاملة بين المترشحين، فالهيئة المفوضة ملزمة على معاملة كل المترشحين معاملة متساوية، خاصة فيما يتعلق بالحصول على المعلومات وتوفير الوثائق المطلوبة، والخضوع لنفس الإجراءات.

**المستوى الثالث:** يخص المستوى الثالث الشفافية في الإجراءات ويتجسد ذلك من خلال الإجراءات المتبعة من طرف الإدارة المانحة، وهي الإعلان المسبق والذي يحدد فيه المعايير التي سوف تعتمدها السلطة المفوضة في اختيار المتعاقد معها، وشروط تنفيذ العقد، الاحتفاظ بالوثائق التي تصل للإدارة أثناء مراحل الإبرام، تعديل اختيار المفوض له ورفض باقي العروض، إشهار المنح المؤقت[44]، ولقد اعتبر الإشهار المسبق الإجراء الجوهري في تفعيل مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، إذ أنه يؤدي إلى خلق جو تنافسي من جهة، ودراسة الطلبات دراسة جدية من جهة أخرى.

وقد أخذت المادة 105 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه، بإجراء الإعلان المسبق عند تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير[45].

ما يعاب على المشرع أنه لم يحدد مكان شهر هذا لإعلان[46]، ليكون بذلك قد منح للسلطة المفوضة حرية مطلقة في اختيار هذا مكان وهذا ما قد يؤثر على المنافسة [47].

## 2- المصالحة القانونية بين مبدأ المنافسة ومبدأ الاعتبار الشخصي في إبرام عقود التفويض

إن اعتماد مبدأ الاعتبار الشخصي في إبرام عقود تفويض المرفق العام، من شأنه أن يحرم العديد من العارضين المميزين من الاستثمار في هذه العقود، ويسمح لمتعاقد واحد باحتكار المرفق العام، كما أن إخضاع منح عقود تفويض المرفق العام لمبدأ المنافسة الحرة في إطار اقتصاد السوق على غرار الصفقات العمومية، من شأنه أيضا أن يؤدي إلى تدني خدمات المرفق العام، وكذا الرداءة في النوعية، نتيجة عدم وجود ضوابط وأسس تخضع لها إجراءات إبرام هذه العقود، فبقدر ما للاعتبار الشخصي من أهمية بالغة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، فإن اعتماد مبدأ المنافسة من شأنه أن يؤدي إلى خلق نوع من التنافس في تقديم أفصل الخدمات، لذا فقد عمد المشرع الجزائري إلى خلق نوع من التوازن بين المبدأين، وذلك بإيجاد مقاربات قانونية للأخذ بالمبدأين معا في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وكان طلب العروض أهم وسيلة لإحداث هذه المقاربات، إضافة إلى مرحلة مهمة في إبرام هذه العقود وهي مرحلة المفاوضات.

### 2-1- مقاربة مبدأ المنافسة مع مبدأ الاعتبار الشخصي أثناء مرحلة الطلب على المنافسة

لقد اعتبر أسلوب الطلب على المنافسة استجابة لمتطلبات الشفافية والنزاهة فهو من أهم أساليب مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد، وجاء هذا تطبيقا لنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي أقرت إخضاع اتفاقية المرفق العام إلى حرية الوصول إلى الطلب العمومي وشفافية الإجراءات ومبدأ المساواة تكريسا لمبدأ المنافسة وذلك من أجل إحداث توازن بين حرية المنافسة وحرية الشخص العام في اختيار صاحب التفويض، فأوجد المشرع بعض القيود التي تمنح للإدارة تطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي، وذلك من أجل الحفاظ على مبادئ المرفق العام، نظرا لخصوصية اتفاقية المرفق العام وتكييفا مع المبادئ التي تحكمه، وعلى هذا الأساس حاول المشرع التقريب بين المبدأين وذلك من خلال عدة مقاربات نستخلصها من خلال النصوص القانونية المتضمنة لاتفاقيات تفويض المرفق العام ونذكر أهمها:

**المقاربة الأولى: تقييد الطلب على المنافسة بضوابط يطغى عليها الطابع الشخصي**

تعتبر آلية الطلب على المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام أساسا لتكريس مبدأ المنافسة الحرة ولكن نظرا لخصوصية المرفق العام وتكيفا مع المبادئ التي تحكمه، كان لابد من تقييد هذا المبدأ بضوابط تتيح للإدارة مجالا من الحرية في اختيار المتعامل المتعاقد في ظل المنافسة، ومن خلاله تستطيع الإدارة أن تختار انعقاد الأفضل دون التزامها لمبدأ آلية الإرساء على مقدم العطاء الأقل[48]، فكان الطلب على المنافسة مع اشتراط قدرات دنيا إلية لذلك، وتطبيقا له استوجب المشرع الجزائري في تسيير الخدمة العمومية للمياه والتطهير عرض الأمر على المنافسة ولكن منح التفويض للمتعاقدين الذين يملكون مؤهلات مهنية ويقدمون ضمانات مالية كافية [49].

أما في قطاع الطاقة الكهربائية بالرغم من فتح المشرع القطاع لمبدأ المنافسة، إلا أنه إذا كان تطبيق القانون من شأنه عرقلة مهام المرفق العام أو ممارسة السلطة العامة فلا يسري على المتعامل المكلف بأداء الخدمة، وجاء في المرسوم التنفيذي رقم 04-274 المحدد لشروط الاستغلال السياحي المفتوحة وكيفيات ذلك من خلال المادة 2 منه التي نصت على طريقة المزايدة لمنح استغلال الشواطئ، غير أن المادة 04 جاءت بخصوصية لمنح هذا الامتياز حيث ميزت منح الامتياز بين المزايدة المفتوحة وإعطاء أولوية للمؤسسات الفندقية المصنفة[50]، إضافة إلى منح الامتياز بالتراضي في حالة عدم جدوى المزايدة المفتوحة و حصر هذا التراضي للمجالس الشعبية البلدية فقط، وكما قيدت المادة 08 من نفس المرسوم الإدارة في منح هذا الامتياز من خلال وضع شروط محددة مسبقا خاصة امتلاك الوسائل المادية والبشرية الضرورية.

أما المرسوم التنفيذي 18-199 فإن المشرع أدمج المبدأين معا، وذلك من خلال وضع قيود على مبدأ المنافسة الحرة إذ أنه أقر ضرورة الحفاظ على المبادئ التي تحكم المرفق العام وهي الاستمرارية والتكيف مع إضافة مبدأين أساسين ومهما مبدأ الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية ففكرة المنافسة تهدف إلى تأمين الشخص الأكثر فعالية لتحقيق النشاط المرفقي من جهة أخرى مقيدة بالفعالية وجودة الخدمة العمومية المقدمة، مما يجعل تدخل مبدأ الاعتبار الشخصي عاملا هاما في اختيار المتعامل المتعاقد.

**المقاربة الثانية: حصر الطلب على المنافسة من خلال المرسوم التنفيذي 199/18**

لقد إعتمد المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المذكور سابقا أسلوب الطلب على المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وهذا ما نصت عليه المادتين 10 و11[51] منه، لكن لم يترك هذا المبدأ مطلقا بل جاء بمقاربات قانونية بواسطتها أدخل مبدأ الاعتبار الشخصي، نظرا لخصوصية هذا النوع من العقود نظرا لأنها تتعلق بالمرفق العام، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال هذه النقطة، فقد أعطى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة هامش أفضلية، كما حصر الطلب على المنافسة في الطابع المحلي.

**- إعطاء هامش الأفضلية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة**

من خلال المادة 23 من المرسوم التنفيذي 18-199 التي أحدثت مقاربة بين مبدأ المنافسة ومبدأ الاعتبار الشخصي، وذلك بطرح تفويض المرفق العام للمنافسة ولكن بإعطاء مبدأ الأفضلية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة إذا كان بإمكانها أن تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام.

**- حصر طلب على المنافسة في تفويض المر افق المحلية في الطابع الوطني**

نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي 18-199 المذكور سابقا " يكون الطلب على المنافسة وطنيا "

فمن المقاربات التي أحدثها المشرع في الطلب على المنافسة المحدد بموجب المرسوم التنفيذي 18-199، أنه جعل الطلب على المنافسة وطنيا داخليا مما يعتبر وضع حد للمنافسة بين المتعاملين، ولعل المشرع الجزائري حصر مبدأ الطلب على المنافسة في الطابع الوطني نظرا لن المرافق المحلية بحكم أنها لا تحتاج إلى كفاءة خبرة عالية.

**2-2- مرحلة المفاوضات**

على خلاف الصفقات العمومية قيما يخص اختيار المتعاقد المتعامل، فإن هذا الاختيار في المفوض له في عقود تفويض المرفق العام يتسم بفضاء أكبر من الحرية والمرونة، من حيث التفاوض بين السلطة المانحة بين مختلف المترشحين المقبولين الذين قدموا عروضهم[52]، إن الهدف من المفاوضات هو فتح حوارمع المترشحين المقبولين بعد الإعلان عن المنافسة من أجل

التأكد من قدرتهم في تسيير المرفق العام، إذ أن هذه المرحلة تعتبر مهمة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، إذ أن فتح المنافسة لا تعني للإدارة سوف تختار المتعاقد بالطريقة التي تختاره بها في الصفقات العمومية فبالنسبة لعقود تفويض المرفق العام هو إيجاد التوفيق مقتضيات الشفافية عن طريق الإعلان عن المنافسة من جهة، وضرورة تمتع الإدارة بالحرية عند اختيارها للمتعاقدين معها في التفويض، بناءا على مبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى[53]، لكن بالمقابل هذه المفاوضات لا يجوز إن يطلق فيها العنان لتحل بمقتضيات شروط المنافسة أو تسويتها، إذ أن هذه المفاوضات يجب أن تكون على أساس برنامج مسطر ضمن دفتر الشروط كما أن هذا الإجراء يجب أن يكون سريا، ولا يسمح باستعمال أفكار الغير وتبنيها كأنها صادرة منه عنده[54].

من خلال مرحلة المفاوضات نجد أن المشرع أحدث مقاربة قانونية لإجراءين متناقضين وهما إطلاق شروط المنافسة ثم يفتها بشكل إيجابي بواسطة المفاوضات أو مقاربة تنافسية مع الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي.

**الخاتمة:**

من خلال ما سبق التطرق إليه فإننا نستخلص أن إبرام عقود تفويض المرفق العام، يخضع لمبدئين أساسين وهما مبدأ المنافسة، ومبدأ الاعتبار الشخصي، فالأول جاء لضمان حرية الوصول إلى الطلبات تحقيقا للمبادئ التي أقرتها المادة الخامسة من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أما المبدأ الثاني فهو ضمانة لحماية المبادئ التي تحكم المرفق العام وذلك من جل تحقيق المصلحة العامة أساس استمراريته، ومن أجل ذلك توصلنا إلى النتائج التالية :

- يعتبر مبدأ الاعتبار الشخصي في إبرام عقود تفويض المرفق العام، حماية للمبادئ التي تحكم سير المرفق العام وإستمراريته.
- حرية المنافسة ضرورة لتحقيق الشفافية والمساواة وحرية الوصول للطلب العمومي
- من أجل الحفاظ على المبدأين اوجب على المشرع إيجاد مقاربات قانونية من أجل إحداث مصالحة بينها والعمل بالمبدأين معا في ظل المحافظة على المرفق العام وحرية الإدارة في إبرام عقود تفويض المرفق العام والمنافسة التي جاءت نتيجة التوجه نحو الاقتصاد الحر.

و على أساس هذه النتائج فإننا ندرج المقترحات التالية

- على المشرع إيجاد نص خاص وفعال ينظم عقود تفويض المرفق العام، ليكون المرجع الأساسي لجميع اتفاقيات التفويض.
- إن المنافسة تعتبر أساس الفعالية واختيار أحسن المتنافسين، فإخضاع اتفاقيات التفويض لهذا المبدأ خاصة القطاعات الفعالة من شأنه يؤدي إلى قفزة نوعية في تسيير واستغلال المرفق العام.
- الإبقاء على القطاعات الإستراتيجية خاصة ما تعلق بها بأمن الدولة لمبدأ الاعتبار الشخصي حتمية لابد منها.

**الهوامش:**

[1]التعليمة رقم 842/3-94 المؤرخة في 07-09-1994 الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والاصلاح الإداري،المتعلقة بإمتياز المرافق العامة وتأجيرها

[2] بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، 2018-2019، ص156

[3]مراوان محي قطب، طرق خصصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، متشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2015، ص 100

[4] أنظر - Antoine aurelien« L'intuitus personae dans les contras de la commonde publique » RFDA septembre-octobre 2011- p.p 879-898

[5]بركيبة حسام الدين، المرجع السابق، ص 156 -157.

[6]- Conseil d'Etat 24 janvier 1919 Clauzel. Recueil Lebon. P 68 .

[7] Conseil d'Etat juillet 1909. Combret. Recueil Lebon.P 728

[8]Conseil d'Etat 19 juin 1936. Gromeck. Recueil Lebon. P 672

[9] L'Art 38 de la loi N° 93-122 « Un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité ..... »

[10] - أبو بكر أحمد عثمان، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي و التشريعات العربية، مجلة قانون الإعمال جامعة الشارقة 06

[11] محمد نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2013 ص 321.

[12] بركيبة حسام الدين، مرجع سابق ص 158.

[13]- René Chapus, le service public et la puissance publique, RDP, 1968., P 509.

[14] المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 بتاريخ 20سبتمبر 2015.

[15] المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 2أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 48 بتاريخ : 5 أوت 2018.

[16] حسان حصري، فايزة جروني، ضوابط إجراءات منح تفويض مرافق الجماعات الإقليمية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17 العدد 01 2020.

[17] نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، مجلة دراسات، جامعة الأردن، كانون الأول، المجلد 25، العدد02، 1998 ص 453.

[18]إبراهيم الشناوي، عقد إمتياز المرفق العام BOT دراسة مقارنة ص 101.

[19] بركيبة حسام الدين ، مرجع سابق ص 158 - 159

[20] أبو بكر أحمد عثمان، إبراهيم عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية مجلة قانون الأعمال جامعة الشارقة 6 أفريل 2017، بدون صفحة.

[21] حسان حضري، فايزة جروني، المرجع السابق ص 166.

[22] Voir L'Art 32 de l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016.

[23] راجع حالات الإقصاء من خلال المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع سابق.

[24] Voir L'Art 42 de la Loi N° 2016 relatif de la concession

[25]- Voir L'Art T5213-4 code du travail . www.ilo.org>ELECTRONIC>LUX-74303 تم 10-01-2022على الساعة 21 :30 الإطلاع عليه بتاريخ

[26] Voir L'Art L344-2 code du travail sociale et de la famille ; www.legifrance.gouv.fr. تم 10-01-2022على الساعة 21 :30 الإطلاع عليه بتاريخ

[27] أنظر المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق

[28] أنظر المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 18-199 مرجع سابق

[29]قرير نوارة، ضياف ياسمينة مداخلة بعنوان دراسة نقدية وتحليلة لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في إطار الملتقى الوطني المعنون بالصفقات العمومية بين واقع النص وحتمية التغيير، جامعة المسيلة كلية الحقوق، المنعقد بتاريخ : 21-01-2021.

[30] الاتفاقية النموذجية المطبقة على منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 15-305 المؤرخ في : 5 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقيتين النموذجيين المطبقين على منح الإمنيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية ج ر عدد 66 بتاريخ : 9 ديسمبر 2015..

[31] المرسوم التنفيذي رقم 11-341المؤرخ في 26-09-2011، يحدد كيفيات منح إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، عدد 54 صادر بتاريخ 02-10-2011.

[32]القانون 19-13 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ينظم نشاطات المحروقات، ج ر عدد 79 صادر بتاريخ : 22-12-2019.

[33] المرسوم 11-220 المؤرخ في 12جوان2011، يحدد كيفيات امتيازاستعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومبة أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج ر عدد 34 الصادر بتاريخ 19جوان 2011.

[34] الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، مجلة الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الثامنة 2016 ص 594.

[35]القانون رقم 10-03، المؤرخ في 1-أوت 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46 بتاريخ : 18-08-2010.

[36] المرسوم 04-274، المؤرخ في 05سبتمبر 2004،المحدد لشروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة وكيفيات ذلك، ج ر عدد 56 بتاريخ 05-09-2004

[37] القانون 05-12 المؤرخ في 04-08-2005، المتعلق بالمياه، ج ر عدد 60 بتاريخ 4 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم بالقانون 08-03 المؤرخ في 23-01-2008، ج ر عدد 4 بتاريخ 27-01-2008،وبالامر09-02 المؤرخ في 22-07-2009 ج رعدد 44يتاريخ26-07-2009

[38]المرسوم التنفيذي 07-69 المؤرخ في 19-02-2007 المحدد لشروط وكيفيات منح امتيازاستغلال المياه الحموية

[39]أنظر المادة 24 من المرسوم 07-69، مرجع سابق " الامتياز غير قابل للتنازل عنه وغير قابل للتحويل، ويمكن أن يرخص منبع المياه الحموية كله أو جزء منه، ولا يمكن أن يكون موضوع تأجير من الباطن من طرف صاحب الامتيازللغير "

[40] أنظر المادة 25من القانون 10-30مرجع سابق

[41]تعرف الطلبات العمومية Commande Publiqueبأنها مجموع الإجراءات التي يقوم بها شخص من القانون العام بالتعاقد من أجل إنجاز الأشغال أو التزويد بالسلع والخدمات، أو بنظم تقديم خدمة معينة للغير ة عادة ما يكون للمرتفقين،
كما تعرف كذلك بأنها مجموع العقود التي تبرمها الإدارة بهدف تلبية متطلبات واحتياجاتها من السلع ة الخدمات من صفقات عمومية، عقود نقويض المرفق العام، عقود الشراكة، وبندرج قانون الطلبات العمومية في قائمة القوانين الإجرائية لإن من أهدافه يلزم الإدارة المتعاقدة إحترام مبدأ المنافسة والإعلان المسبق.

[42]مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة ملود معمري تزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق سنة 2019، ص 46

[43] القانون 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

[44]انظر المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع سابق

[45] المادة 105 من القانون 05-12 " يحتوي الإعلان محتوى الخدمات، شروط تنفيذها، المسؤوليات الملتزم بها، مدة تفويض الخدمات التي يتحملها المفوض له، التسعيرة، معايير تقييم الخدمة النوعية.

[46] أنظر المادة 41 من المرسوم التنفيذي 18-199 مرجع سابق.

[47] عكس المشرع الفرنسي في قانون Sapin فإن الإعلان المسبق ينشر مرتين، مرة في دورية متخصصة في نشر الإعلانات القانونية ومرة أخرى في نشرة متخصصة بالقطاع الاقتصادي المعني بالتفويض.

[48]محمد أحمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع القاهرة 2000 ص 15

[49]أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي 10-275 المؤرخ في 04-11-2010يحدد كيفيات الموافقة على إتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه ة التطهير ج ر رقم 68المؤرخة في 04-11-2010

[50]المرسوم التنفيذي 04-274 مؤرخ في 02-09-2004 المحدد لشروط الإشتغلال السياحي للشواطئ المفتوحة وكيفيات وذلك ج ر العدد 56 الصادر يتاريخ 05-09-2004

[51]أنظر المادتين 10 و11 من المرسوم 18-199 مرجع سابق

[52]شرموطي محمد، حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود التفويض المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 العدد 01 السنة 2020، ص 631.

[53]أبو أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلة مقارنة ط 1، دار الجامعية الجديدة الإسكندرية مصر 2014-2015 01 ص 126.

[54]شرموطي محمد، المرجع نفسه ص 633.