عقد التسيير المفوض

The Authorized Management Contract

Le Contrat de Gestion Autorisé

تاريخ الإرسال: 2019/11/27	تاريخ القبول: 2019/12/22	تاريخ النشر: 2020/01/10

د/ مقدم ياسين

Dr. elyacine megueddem

كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة

Faculty of Law and Political Science - University of Msila

elyacine.megueddem@univ-msila.dz

ملخص:

يقصد بتفويض المرفق العمومي لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص، التفويض للتسيير فقط دون الاستغلال و عدم التنازل الكلي عن المرفق العام و ذالك في الإطار التعاقدي. وقد لجأت الجزائر إلى هذا النمط من التسيير بعد الانفتاح الاقتصادي و ذلك من خلال احتفاظ الدولة و الجماعات المحلية بملكية وتنظيم المرافق العامة مع التخلي عن تسييرها لشخص أخر. إن المشرع الجزائري بتدخله لتنظيم عقد التسيير المفوض بموجب الأمر الرئاسي 247/15 يكون قد خطا خطوة كبيرة في تنظيم تقنية جد مهمة لما لها من دور كبير في تحسين أداء المرافق العمومية و القضاء على ظاهرة البيروقراطية التي ما فتئت تنغص على المواطن حياته، و تفرمل كل مظاهر التطور و تكبح مجهودات التنمية الوطنية، كما انه جاء في فترة جد ملائمة تتميز بالصعوبات المالية التي يعرفها الاقتصاد الوطني، وكذا انتشار ظاهرة الفساد التي أصبحت تلازم الكثير من الصفقات العمومية، كما أن تطوير عقد التسيير المفوض يمكن المقاولين من اكتساب خبرات و تجارب تمهد لتطوير ميدان المقاولاتية في الجزائر.

الكلمات المفتاحية: المرفق العمومي، تفويض التسيير ، عقد التسيير المفوض، الصفقات العمومية

Abstract:

By the delegation of a public facility to a person of public or private law,it is often meant the authorization to conduct only without exploitation and the total renunciation of the general facility and the contractual framework. Algeria has resorted to this mode of

governance after economic openness through the retention of the state and local groups ownership and the organization of public utilities while giving up its management to another person.
The Algerian legislator ,intervening to organize the management contract mandated by presidential order 15/247 ,has taken a step in organizing a very important technology because of its role in improving the performance of public utilities and eliminate the phenomenon of bureaucracy.In fact , the development of the authorized management contract enables contractors to acquire experiences that will pave the way to the development of the national economy, as well as the spread of the phenomenon of corruption that has become associated with many public transactions. The field of contractors in Algeria.
Key words: The public facility, the authorization to conduct, the authorrized management contract , public transactions.

مقدمة:

لجأت الجزائر في تسيرها للمرافق العمومية بعد الاستقلال إلى نظام التسيير المباشر والذي كان يلائم المنهج الاقتصادي الاشتراكي ،بعد الانفتاح الاقتصادي بداية من سنة 1988 كان من الضروري إتباع منهج جديد و ذلك من خلال احتفاظ الدولة و الجماعات المحلية بملكية و تنظيم المرافق العامة مع التخلي عن تسييرها لشخص أخر (قد يكون عاما أو خاصا) .ويكون ذالك عن طريق تفويض المرفق العمومي لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص أي التفويض للتسيير فقط دون الاستغلال و عدم التنازل الكلي عن المرفق العام و ذالك في الإطار التعاقدي .

و إذا كان تفويض المرفق العام ، و إن عرف تطبيقا واسعا له في الجزائر ، فانه من الناحية التشريعية لم يرد تنظيما خاصا به ، ما عدا عقد الامتياز الذي تم الإشارة إليه في عدة نصوص قانونية متناثرة [1] ، إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام والذي نظم تفويض المرفق العام لأول مرة.

و بالرغم ما يؤخذ على هذا التنظيم من مآخذ كونه جاء بموجب مرسوم رئاسي ، في حين أن هذه المسالة تعتبر من الاختصاص التشريعي الحصري للبرلمان أي تكون بموجب قانون، طبقا للمادة 140 من الدستور ، باعتبارها مسالة تتعلق بتنظيم العقود و التي هي من اختصاص البرلمان .

ولقد خصص المرسوم الرئاسي السالف الذكر لموضوع عقد تفويض التسيير الباب الثاني منه من المادة 207 إلى المادة 210 ولعل أول ملاحظة يكمن إدراجها لأول وهلة أن هذا التنظيم كان مقتضبا و موجزا.

و لقد قسمنا هذه المداخلة إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم عقد التسيير المفوض و في المبحث الثاني أحكامه.

المبحث الأول: مفهوم عقد التسيير المفوض

سنتناول في هذا المبحث تعريفه و عناصره الأساسية في المطلب الأول ثم أشكاله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف عقد التسيير المفوض و عناصره الأساسية

وسنتطرق فيه إلي تعريفه (فرع أول) ثم بيان عناصره الأساسية (فرع ثاني)

الفرع الأول: تعريف عقد التسيير المفوض

استعمل المشرع الجزائري لأجل التعبير عن عقد التسيير المفوض مصطلح تفويض المرفق العام ،هو مصطلح حكر على فرنسا ،حيث استعمل في القوانين الفرنسية ،رغم انه كان موجودا منذ زمن إلا أن المشرع تعرض له أول مرة من خلال القانون 122/92 المتعلق بالإدارة الإقليمية و كذا القانون 122/93 الذي يعتبر القانون المؤطر لتفويض المرفق العام خاصة فيما يخص الإشهار و المنافسة[2].

و قد استعمل مصطلح تفويض المرفق لأول مرة من طرف الأستاذ J.M.AUBY في سنوات الثمانينات في كتابه المرافق العمومية المحلية.

أما بالنسبة المشرع الجزائري فان أول استعمال لهذا المصطلح كان بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 وعليه سنحاول التطرق إلى بعض التعريفات التشريعية ثم الفقهية.

أولا :التعريفات التشريعية

1-تعريف المشرع الجزائري: تنص المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 على انه "يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام،أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له و ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف . و يتم التكفل بأجر المفوض له،بصفة أساسية ، من استغلال المرفق العام".

2- تعريف المشرع المغربي: عرف المشرع المغربي عقد التسيير المفوض بموجب القانون 05. 54 المتعلق بالتدبير المفوض بقوله : " عقد يفوض بموجبه شخص معنوي عام يسمى "المفوض" لمدة محددة تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي عام أو خاص "المفوض إليه "و الذي يصبح في حكم المخول له تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور

أو هما معا ،مؤكدا أن العقد قد يكون موضوعا أيضا في السياق ذاته انجاز أو تدبير منشاة عمومية أو هما معا تساهم في مزاولة نشاط المرفق العمومي المفوض ".

3- تعريف المشرع الفرنسي: عرف قانون 11 ديسمبر2001 المعروف بقانون Murcef و الذي أضاف فقرة لقانون Sapin رقم 122/93المؤرخ في 29 جانفي 1993 ، عقد تفويض المرفق العام بأنه " مجموع العقود التي بموجبها يمنح شخص عام أو خاص تسيير المرفق العام و يضعه تحت مسؤولية مفوض إليه عام أو خاص في مقابل أجر يكون بصفة أساسية من استغلال المرفق العام ".

« Des contrats par lesquels une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité a une délégation public on prive' dont la rémunération est substantiellement liée au résultât d exploitation du service » .

ثانيا – التعريفات الفقهية

يعرفه الأستاذ C .Chenuaud-fragies بأنه " التقنية التي تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل (امتياز ، إيجار ، التسيير ...الخ "[3].

وتعرفه الأستاذة أمال عواج مراد بأنه "العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات و المهام الضرورية لتسيير مرفق عام و استغلاله لأشخاص من القانون الخاص "[4]

كما عرفه الأستاذ Stéphane Braconnier بأنه:" العقد الذي من خلاله يخول شخص من القانون العام تسيير مرفق عام بكل مسؤولياته و بكل ما يحمله التسيير من أرباح و خسائر لشخص آخر بمقابل مالي يتعلق بمباشرة نتائج استغلال المرفق و يتحمل بذلك كل المنشات و التجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد و التسيير العادي للمرفق".[5]

الفرع الثاني : العناصر الأساسية لعقد التسيير المفوض

من خلال المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 يتضح لنا أن العناصر الأساسية لعقد تفويض المرفق العام هي

1 –ضرورة وجود مرفق عام

2- وجود علاقة تعاقدية

3- محل هذه العلاقة التعاقدية هو استغلال المرفق العام

4 – أن يكون ذلك في مقابل مالي يرتبط أساسا بنتائج الاستغلال

أولا : ضرورة وجود مرفق عام

1/ **تعريف المرفق العام :** يعرف المرفق العمومي بأنه " نشاط تقوم به السلطة العمومية اتجاه المواطنين بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو تحت رقابتها (وفي بعض الأحيان هو نفسه الجهاز

الذي يقوم بهذا النشاط) الذي يهدف تحقيق المصلحة العامة و خاضعا في ذالك جزئيا إلى قواعد القانون العام .[6]

2/ **المرافق العامة القابلة للتفويض** :يمكن القول أن كل المرافق العمومية قابلة للتفويض سواء كانت إدارية أو صناعية أو تجارية .لكن هناك بعض المرافق المنشاة بسبب طبيعتها الخاصة أو من طرف المشرع لا تقبل التفويض،وقد حاول الفقه و الاجتهاد تحديدها في ما يلي[7]

ا -لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة نظرا لارتباطها بسيادة الدولة و جوهر وظائفها كمرفق الدفاع و العدل و الشرطة و الصحة.

ب- يجوز تفويض بعض الأنشطة الملحقة بالمرافق العامة التي لا يجوز تفويضها مثل إدارة، المطاعم في مرفق التعليم

ج- لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط مثل الانتخابات و الحالة المدنية .

د -لا يجوز تفويض إدارة المرافق العمومية التي تحتكر إدارتها و استغلالها الدولة أو احد أشخاص القانون العام كمرفق توزيع الغاز و الكهرباء .

هـ- لا يجوز أن يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام تحصيل الإيرادات العامة التي يكون لها طابع ضريبي.

ثانيا : وجود علاقة تعاقدية

يوجد في الحقيقة نوعان من تفويض المرفق العمومي [8]،تفويض من جانب واحد ، وهو يكون تفويض أحادي الجاني من طرف الشخص العام و الذي يرتكز على وجود عقد أو اتفاق بين شخصين الأول هو المفوض و الثاني مفوض إليه ،ويتم من خلال تحديد كافة شروط التنفيذ ،المقابل المالي فهو اتفاق بين إرادتين (الجماعة العمومية و المتعامل معها) يحتوي هذا العقد على بعض الأحكام غير المألوفة في القانون الخاص وهي التي جعلها تصنف العقد كعقد إداري خاصة وانه مسير لمرفق عام ،وبذلك فهذا النشاط هو نشاط تعاقدي وهو ما ذهبت إليه كل تعاريف تفويض المرفق العام .[9]

ثالثا : أطراف عقد التفويض

يبرم عقد التفويض عادة بين شخص عام هو مانح التفويض و شخص خاص هو صاحب التفويض الذي لا يهم الشكل القانوني الذي يتخذه.

1- **المفوض** و يسمى أيضا صاحب التفويض و يجب أن يكون شخص معنوي خاضع للقانون العام (الدولة ، الجماعات المحلية ، المؤسسات العمومية) له اختصاص أصيل لتسيير المرفق محدد قانونا .[10]

2- **المفوض له** لا يوجد شكل قانوني خاص له فيمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا أو مؤسسة أو جمعية من القانون العام أو الخاص.

رابعا : محل العقد هو استغلال مرفق عام

يهدف عقد التسيير المفوض، إلى تولي المفوض تشغيل المرفق العام و استغلاله ويقتضي ذلك أن يتحمل مخاطر التشغيل، وإذا اقتصر دوده على إدارة المرفق العام دون تحمل مخاطر التشغيل، بصفة جزئية أو كلية فلا نكون بصدد عقد التسيير المفوض.[11]

خامسا :وجوب أن يكون الاستغلال بمقابل مالي مرتبط أساسا بنتائج الاستغلال: يشكل إرتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام و الصفقات العمومية .فالمقابل المالي في عقد التسيير المفوض له علاقة بنتيجة الاستغلال وله علاقة مباشرة بتسيير المرفق و التي تكون في الغالب إتاوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة[12] .

سادسا : مدة التفويض: يجب أن تحدد في مدة التفويض مدة معينة لسريان هذا العقد ،وهي تختلف من عقد لأخر ، و عادة ما تكون أطول في عقد الامتياز ،لأنه يحتاج إلى وقت طويل لكي يستعيد رأس المال المستثمر و هامشا من الربح.

فعقد تفويض التسيير ليس عقدا أبديا ، وليس تنازلا عن المرفق العام ،وإنما مجرد طريقة للتسيير ،ويراعى في تحديد المدة أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع و السماح للمفوض له بقدر معقول من الربح [13].

المطلب الثاني :أشكال تفويض المرفق العام

تنص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 147/15 على انه "يمكن أن يأخذ المرفق العام ،حسب مستوى التفويض و الخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة، شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير".

من خلال هذا النص يتضح لنا أن التسيير المفوض ،يأخذ عدة أشكال ، و ذكر المشرع أهمها و أكثرها انتشارا ،لذا سنحاول التطرق بإيجاز لكل شكل من الأشكال .

الفرع الأول : الامتياز

يعرفه الأستاذ جوال كرباجو بأنه " تلك الاتفاقية التي يقوم بموجبها شخص عام يسمى "مانح الامتياز" بتفويض شخص طبيعي أو معنوي خاص أو في بعض الحالات شخص عام يسمى "صاحب الامتياز" لضمان تسيير المرفق بكل

مخاطره وتحت رقابة السلطة مانحة الامتياز ،ويتلقى أجره المتمثل أساسا في الإتاوة المقدمة من طرف المستعملين، مقابل الخدمة التي استفادوا منها ويتكفل صاحب الامتياز كذلك بانجاز المنشات الضرورية لتوظيف و عمل المرفق".

كما عرفته المادة 210 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 15/147 بأنه:" تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله و إما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه و على مسؤوليته ، تحت مراقبة السلطة المفوضة ، و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يفوض المفوض له المرفق العام باسمه و على مسؤوليته ، تحت مراقبة السلطة المفوضة و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام".

يمول المفوض له الانجاز و إقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام بنفسه.

ويعد الامتياز النموذج الأساسي لعقد التسيير المفوض فصاحب الامتياز يكلف بالهياكل القاعدية ،بناء و تسيير كما يقوم بكل الأعمال و التجهيزات الضرورية لسير المرفق العام [14]

الفرع الثاني : الإيجار L'affermage

يعرفه الأستاذ : C.Boiteau بأنه "عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا ، استغلال مرفق عام مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات ،ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون ، متعلقة مباشرة باستغلال المرفق [15].

تعرف المادة 210 من المرسوم الرئاسي247/15 الإيجار بأنه "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام و صيانته ، مقابل أتاوة سنوية يدفعها له . و يتصرف المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

نكون أمام عقد إيجار عندما تكون منشآت المرفق موجودة ، قبل العقد ،ويتولى المستأجر بعض أعمال الصيانة و التجهيزات فقط .يكون المستأجر أو الهيئة العمومية مسؤولة عن التجهيزات بنسب متفاوتة محددة في عقد الإيجار. فالهيئة العمومية هي المسؤولة عن توسيع المرفق و تجديده و تجهيزه إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة ويكون ذلك عن طريق إبرام صفقات عمومية.[16]

الفرع الثالث : عقد الوكالة المحفزة (عقد مشاطرة الاستغلال) régie intéressé

يعرف بأنه "العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية (التي أنشئت المرفق العام) إلى تسيير و صيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة ،ولا يتحصل على المقابل المالي من أتاوات المرتفقين بل باجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق ، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية و جزء من الأرباح .[17]

و تعرف المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، الوكالة المحفزة بأنها " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير و صيانة المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي

تمول بنفسها إقامة المرفق العام و تحتفظ بإدارته.ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية و حصة من الأرباح عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له ، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام و يحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

من خلال هذا التعريف نستخلص الخصائص التالية لهذا العقد :[18]

-الاستغلال يكون لحساب المرفق العام.

-الهيئة العمومية هي المكلفة بأشغال البناء و الصيانة و التجهيزات الضرورية لسير المرفق العام.

- استقلالية محدودة للمسير بالمقابل صلاحيات واسعة للإدارة .

-المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بالاستغلال بنسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات الإنتاجية ، وبذالك فهاذ المقابل مرتبط بأرباح و خسائر تسيير المرفق وفي بعض الأحيان وكضمان لمسير المرفق فان هناك حد أدنى مضمون محدد جزافيا في العقد .

الفرع الرابع:عقد التسيير La gérance

عقد التسيير هو "عقد بموجبه يفوض شخص من أشخاص القانون العام للغير (الخواص) شخصا طبيعيا أو معنويا تسيير مرفق عام لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزافي، فهو يضمن التسيير اليومي و العادي للمرفق بكل عناصره".

تعرف المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 عقد التسيير بأنه"تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام و تحتفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال ، تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام و تحتفظ بالأرباح و في حالة العجز فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا . ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.

المبحث الثاني: أحكام عقد التسيير المفوض

سنتناول إبرام عقد التسيير التفويض في المطلب الأول و تنفيذه في المطلب الثاني و انقضاؤه في المطلب الثالث.

المطلب الأول: إبرام عقد التسيير المفوض

لاشك أن إبرام عقد التسيير المفوض يخضع مبدئيا لقواعد إبرام العقود ،إلا انه احتراما لمبادئ الاستمرارية و المبادرة و قابلية التكييف وفق للمادة 02/209 و المادة 05 من المرسوم الرئاسي 147/15

فانه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتحري في اختيار المفوض إليه (الفرع الأول)، ليتم إبرام العقد و ذلك بعد استحضار بعض الوثائق (الفرع الثاني).

الفرع الأول : اختيار المفوض إليه

رغم أهمية مرحلة اختيار المفوض إليه ،إلا أن المشرع على خلاف الصفقات العمومية ،لم يحدد إجراءات ذلك ،وأحال في ذلك إلى التنظيم و إلى غاية ذالك فان الإدارة تبقى تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المفوض له دون التنفيذ بأتباع طريقة معينة .

ومبدئيا تكون الإدارة المفوضة حرة في اختيار المفوض له على أساس الاعتبار الشخصي ، ويلتزم ذلك اختيار الإدارة للمتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط و الضمانات المالية .[19]

الفرع الثاني:إبرام عقد التفويض

يمر إبرام عقد التفويض بالمراحل التالية

1 **- صدور القرار بالتعاقد**:تقوم الجهة الإدارية مانحة التفويض بإصدار قرار ، يعبر فيه عن إرادتها الصريحة بمنح التفويض إلى شخص معين .

2**-انعقاد العقد**: يتم إبرام عقد التفويض بين المفوض و المفوض له ،ويوقع من الطرفين و المصادقة علية من طرف السلطات المكلفة بذلك حسب كل قطاع .

المطلب الثاني:تنفيذ عقد التسيير المفوض.

يولد عقد التسيير المفوض مجموعة من الالتزامات و التي تمثل حقوقا بالنسبة لكل طرف لذا نتناول حقوق و التزامات المفوض في الفرع الأول و حقوق و التزامات المفوض إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : حقوق و التزامات المفوض :

للمفوض العديد من الحقوق (أولا) والالتزامات (ثانيا) والتي سنتناولها تباعا

أولا حقوق المفوض :

إن جميع الحقوق التي تتمتع بها السلطة الإدارية المفوضة هي حقوق مستمدة من طبيعة المرفق العام نفسه و التي تتمثل في سلطة الإشراف و المتابعة و حق التعديل و كذا سلطة توقيع الجزاءات على المفوض له.

1/ سلطة الإشراف و المتابعة : يخضع المفوض إليه للرقابة الوصائية للجهة الإدارية و لا يجوز لها التنازل الجزئي أو الكلي عنها ، كما لا يمكن للمفوض إليه الاحتجاج على السلطة مانحة

التفـويض عنـد ممارسـتها للرقابـة بعـدم الـنص عليهـا في العقـد و تنقسـم الرقابـة إلى تقنيـة ومالية[20].

-الرقابـة التقنيـة : و تتعلـق الرقابـة التقنيـة بأشـغال إنشـاء و إعـداد المرفـق ، و مـدى احترام المفوض إليه قواعد تسيير المرفق المحدد في دفتر الشروط[21]

-الرقابة المالية : و تتم من خلال إطلاع الإدارة على كل الوثائق الضرورية لتحديد التقديرات الخاصة بقسم التسيير[22]

2/ سلطة التعديل : يجوز للجهة المفوضة تعديل عقد التفويض دون موافقة المفوض إليه ، و هذا الحق مستمد من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يساير الظروف دائما ليؤدي خدماته على أحسن وجه ، و لهذا فقد اخذ به مجلس الدولة الفرنسي (فيما يتعلق بالامتياز) و تنص عليه دفاتر الشروط في اغلب الأحيان[23]

3/ سـلطة توقيـع الجـزاءات تملك الإدارة سـلطة توقيـع الجـزاءات المترتبـة عـن الإخـلال بعقـد التسيير المفوض عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية دون الحاجة للجوء إلى القضاء مسبقا [24] و تختلـف الجـزاءات التي يتسـنى للإدارة توقيعهـا على المتعاقـد ، حسـب الهـدف الـذي تنـوي بلوغه ، فقد تقتصر على جزاءات مالية في شكل غرامات و تعويضات و قد تكون جزاءات غير مالية في شكل جزاءات ضاغطة تهدف إلى إرغام المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية و التي تتمثل في وضع المشروع تحت الحراسة أو الحلول محل المتعاقد، وقد تتعدى هذه الجزاءات في بعض الحالات إلى فسخ العقد[25]

ثانيا : إلتزامات المفوض :

إبرام الإدارة لعقد التسيير المفوض ، لا يرفع عنها تسيير المرفق العام نهائيا ، إذ يبقى لها من السلطات ما يضمن حسن سيره و هو ما يفرض عليها إلتزامات تتمثل أساسا في منح التراخيص الضرورية (أ) و الوفاء بالالتزامات و حقوق المفوض إليه التي يفرضها عقد التسيير المفوض(ب).

1/ مـنح التراخيص اللازمـة للمفـوض إليـه : يجـب على الجهـة الإداريـة المفوضـة أن تمكـن المفـوض إليـه مـن كـل التراخيص اللازمـة لاسـتغلال المرفـق العمـومي كوضـع الارتفاقـات و الاستفادة من إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة حتى و لو لم يتم النص عليها صراحة.[26]

2/ التقيد بالحقوق و الالتزامات الواردة في عقد التفويض : لا يحق للإدارة ما عدا ممارسة الحقوق العامة ، التعرض للحقوق التي منحها العقد لصاحب التفويض بأي طريق ، فلا يجوز لها التعاطي مع موظفي الاستثمار أو المستفيدين ، سوى تلقي الشكاوى و في حالة أي إخلال من المفوض إليه بالعقد لا يحق لها التدخل مباشرة بل تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة و في حالة عدم إحترام الإدارة لهذا الالتزام فإنها تتعرض لتحمل المسؤولية و من حق المتعاقد أن يطلب التعويض عن ذلك[27].

الفرع الثاني : حقوق و التزامات المفوض له :

على غرار المفوض فان المفوض له يتمتع ببعض الحقوق (أولا) وكذلك بعض الالتزامات (ثانيا)

أولا : حقوق المفوض له : يتمتع المفوض إليه بمجموعة من الحقوق يمكن إجمالها فيما يلي:

1-**تمكينه من استغلال المرفق العمومي**: و ذلك بوضع كل أملاكه و وسائله و تجهيزاته تحت تصرفه من أجل تنفيذ عقد التفويض و ذلك طيلة مدة العقد ، لذا يجب على المفوض أن يقدم مساعدته غير المشروطة للمفوض إليه للحصول على هذا الحق.

2-**حق المقابل المالي:** يعتبر الحق المالي من ابرز الحقوق بالنسبة للمفوض إليه ، حيث يأذن عقد التسيير المفوض للمفوض إليه بتحصيل و استخلاص الرسوم من الأتاوى أو الأموال أو المساهمات لحساب المفوض أو الدولة و يبين كذلك حقوق الأتاوى بالنسبة للمفوض إليه و هو ما عبر عنه المشرع الجزائري بعبارة ".... و يتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام...."[28]

ثانيا : إلتزامات المفوض له: يلتزم المفوض إليه باعتباره طرفا في عقد التسيير المفوض ، أن يوفي بإلتزاماته التعاقدية وفقا للشروط المحددة في العقد و ما تقتضيه المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة .

1/ الالتزامات المستمدة من عقد التسيير المفوض : يفرض عقد التسيير المفوض على المفوض إليه واجب الوفاء بإدارة المرفق العام شخصيا و في المواعيد المحددة و بعناية و طريقة سليمة

أ- **إلتزام المفوض إليه بإدارة المرفق العام :** و يكون ذلك بأن يكفل للمرفق العام الاستمرار و الانتظام و مسايرة التطور ، و لا يمكنه التخلي عن التزاماته لمجرد خطأ الإدارة المتعاقدة أو ما يعتريه من صعوبات مادية أو مالية ما لم يكن في حالة القوة القاهرة [29]

ب- **إلتزام المفوض إليه بتنفيذ التزاماته شخصيا** : فلا يجوز للمفوض إليه أن يتنازل كليا أو جزئيا ، دون الموافقة المسبقة من الإدارة المفوضة .

ت- **إلتزام المفوض بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة**: عادة ما يتم النص في العقد على تحديد تاريخ بداية تنفيذه و تاريخ انتهائه

2: التزامات المفوض المستمدة من طبيعة المرفق العام :

نظرا لاعتبارات المصلحة العامة ، يلتزم المفوض إليه بالتزامات لم يتم النص عليها في العقد و لكنها تستمد شرعيتها من طبيعة المرفق العام محل العقد من مراعاة لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد (أ) فضلا عن المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة .

ا/ التزام المفوض بتنفيذ العقد بحسن نية : ومفاده انه يجب على من يتعاقد مع الإدارة أن يكون أمينا على المصلحة العامة ، و يعمل على أن يساهم و يتعاون مع الإدارة في ذلك و يبذل عناية الرجل الحريص [30]

ب/ التزام المفوض إليه باحترام المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة :

و تتمثل هذه المبادئ في– مبدأ دوام سير المرافق العمومية

-مبدأ قابلية المرافق للتغير و التبدل

-مبدأ المساواة بين المنتفعين من المرفق العمومي

-مبدأ الدوام: و يترتب عن هذا المبدأ النتائج التالية :

* تحريم الإضراب بالمرافق العمومية

* تنظيم استقالة الموظفين و العاملين بالمرفق

*الأخذ بنظرية الموظف الفعلي

*تقدير سلطات فعالة للإدارة عند تعاقدها كسلطة توقيع الجزاءات و نظرية الظروف الطارئة

-مبدأ القابلية للتعديل و التغير: يفرض على المفوض إليه مسايرة الطرق الجديدة ومنه يحق للإدارة التدخل في أي وقت لتعدل من قوانين سير المرفق العمومي بإرادتها المنفردة.

-مبدأ المساواة بين المنتفعين من المرافق العامة: فجميع الأشخاص يستفيدون من المرفق العام بطريقة متساوية ما عدا التمييز في الأعباء.

المطلب الثالث : انتهاء عقد تفويض المرفق العام :

بعد أن نتعرض لطرق انتهاء عقد التسيير المفوض (الفرع الأول) ، نتناول تصفية النتائج المترتبة عن هذه العلاقة العقدية (الفرع الثاني)

الفرع الأول : طرق انتهاء عقد التسيير المفوض

باعتبار عقد التفويض عقدا مرتبطا بمدة محددة فإنه ينتهي بانتهاء اجله (أولا) و قد ينتهي قبل ذلك (ثانيا).

أولا : الانتهاء العادي لعقد التفويض :

عادة ما يتم تحديد المدة صراحة في العقد و في حالة إغفال ذلك و هو أمر نادر إن لم نقل مستحيل ، نستعين في هذه الحالة بالمدة القصوى المحددة قانونا ، و هي تختلف حسب طبيعة كل مرفق و يجوز للمفوض إليه أن يطلب تجديد العقد لمدة جديدة و بعقد جديد[31]

ثانيا: الانتهاء غير العادي لعقد التسيير المفوض :

يكون الانتهاء غير العادي لعقد التسيير المفوض بقوة القانون أو عن طريق الفسخ أو استرداد المرفق العام

1/ انتهاء عقد التسيير المفوض بقوة القانون: و يكون في حالتين :

ا/ حالة القوة القاهرة : و يقصد بها مختلف الظواهر الطبيعية الاستثنائية التي لا يمكن وقفها أو التغلب أ عليها و تجعل تنفيذ الخدمة أو الاستغلال مستحيلا ، و خارج عن نطاق المفوض إليه ، الذي يعفى من كل مسؤولية تعاقدية في هذا الإطار[32]

ب/ وفاة المفوض إليه : باعتباره من عقود الاعتبار الشخصي فإن وفاة المفوض إليه تؤدي إلى انقضاء عقد التسيير المفوض [33] و يلحق بها حالة حل الشخص المعنوي أو إفلاس المفوض إليه.

2/ الفسخ : و يكون فسخ عقد التسيير المفوض في الحالات التالية :

ا / **الفسخ الاتفاقي:** أي اتفاق طرفي عقد التسيير المفوض على إنهائه قبل حلول أجله.

ب / الفسخ بطلب من المفوض إليه : و يحدث ذلك في حالتين :[34]

- إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها.
- وجود أضرار تؤثر على التوازن المالي للعقد.

ت/الفسخ بطلب من المفوض : (كعقوبة) : و يسمى كذلك إسقاط الحق ، و هو فسخ العقد من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة ، كعقوبة بسبب ارتكاب المفوض إليه لخطأ جسيم .

3/ استرداد المرفق أو الشراء: و هو إجراء منفرد صادر عن الإدارة المفوضة بغرض إنهاء عقد التسيير المفوض قبل انقضاء مدته العادية مقابل دفع تعويض للمفوض إليه و يتم تطبيقه عادة في حالة الامتياز[35]

الفرع الثاني : تصفية عقد التسيير المفوض

عند انتهاء عقد التسيير المفوض تطرح مسالتان مهمتان هما : مصير الأموال المستعملة في استغلال المرفق العام(أولا) ، و تصفية الحسابات بين المفوض و المفوض إليه (ثانيا).

أولا: مصير الأموال المادية المستعملة :

موضوع استرداد الأموال المستعملة أثناء الاستغلال ، كان محل قرار مهم صادر عن الغرف المجتمعة في 22 ديسمبر 2012 ، عن مجلس الدولة الفرنسي .[36] و إن كان هذا القرار لم يغير من المفاهيم السابقة بل أكدها و أضاف بعض التوضيحات الجد مهمة في هذه المسالة ,

ومن المعروف أن الأموال المستعملة في إطار عقد التسيير المفوض تنقسم إلى ثلاث طوائف : الأموال العائدة من الاستغلال les bien de retour ، و الأموال التي تسترد من المفوض إليه les bien de reprise ، و الأموال المملوكة للمفوض إليه les bien propres ,[37]

1-الأموال المملوكة للمفوض إليه les bien propres: و هي الأموال التي لا تستعمل من طرف المفوض إليه في استغلال المرفق العام إلا بشكل تبعي بالنسبة لحاجات المرفق العام ، لذا فهي تبقى دائما و في كل الحالات ملك للمفوض إليه.

2-الأموال التي تسترد من المفوض إليه les bien de reprise: و هي الأموال التي تستعمل من طرف المفوض إليه دون أن تكون ضرورية ، و قد أكد بالنسبة إليها مجلس الدولة المبادئ التالية :

-في حالة سكوت العقد تبقى مملوكة للمفوض إليه

- يجوز أن ينص في العقد أنها تكون ملك للمفوض أثناء سريان العقد أو بعد انتهائه.

- حالة لم ينص العقد على أن هذه الأملاك تسترد من طرف الشخص المعنوي عند انتهاء العقد ، يجوز لهذا الأخير أن يتملكها في مقابل مالي يدفعه للمفوض إليه.

- كما يمكن أن ينص العقد أنها تكون محل استرداد مجاني.

3-الأموال العائدة من الاستغلال les bien de retour : و لقد كانت هذه الطائفة محل احتجاج من الفقه على القضاء ، بدعوى انه تم منح حرية كبيرة للأطراف عند تكييف ما إذا كانت الأموال هي أموال تسترد أم عائدة من الاستغلال.

و قد أعاد القرار الأخير لمجلس الدولة الفرنسي التذكير بأنه ليس جديدا بان مجموع الأموال المنقولة و العقارية التي يتم خلقها أو شراؤها في إطار الامتياز "و تعد ضرورية لعمل المرفق العام" تعد أموالا عائدة من الاستغلال و عليه

ليس هناك أي هامش للمناورة من طرف المتعاقدين ، لان تحديد الأموال العائدة من الاستغلال هو مسالة موضوعية بحتة و هو مدى ضرورة هذه الأموال لاستغلال المرفق العام.

كما أكد مجلس الدولة بأنه في حالة سكوت العقد عن تحديد مصير هذه الأموال العائدة من الاستغلال فإنها تعود للشخص العام.[38]

ثانيا: تصفية الحسابات بين المفوض و المفوض إليه

يثير عقد التسيير المفوض عند انقضائه مسالة تصفية الحسابات بين الطرفين ، و خاصة إذا كانت هذه الأخيرة قد إلتزمت في مواجهة المفوض إليه بضمان حد ادني له من الربح ، وقد يكون المفوض إليه تسبب بتصرفاته في تحمله بعض الأعباء ، كما لو كان المفوض إليه مقصرا فيما يتعلق بصيانة الأموال التي تؤول إلى الإدارة المانحة للتفويض ، و غالبا ما تنص دفاتر الشروط على انه عند نهاية العقد يتم اللجوء إلى تصفية الحسابات بين تلك التي تحدد الديون و التي تحدد الحقوق المتبادلة بين الطرفين[39].

و يأخذ إجراء التسوية المالية في الاعتبار التعويضات المستحقة بسبب الأخطاء التعاقدية لأحد الطرفين مثل الفسخ غير المشروع أو إهمال المفوض إليه في صيانة المنشآت.[40]

الخاتمة :

من خلال ما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري بتدخله لتنظيم عقد التسيير المفوض بموجب الأمر الرئاسي 247/15 يكون قد خطا خطوة كبيرة في تنظيم تقنية جد مهمة لما لها من

دور كبير في تحسين أداء المرافق العمومية و القضاء على ظاهرة البيروقراطية التي ما فتئت تنغص على المواطن حياته ، و تفرمل كل مظاهر التطور و تكبح مجهودات التنمية الوطنية ، كما انه جاء في فترة جد ملائمة تتميز بالصعوبات المالية التي يعرفها الاقتصاد الوطني بسبب تدهور أسعار المحروقات في السوق الدولية و انتشار ظاهرة الفساد التي أصبحت الظل الظليل لإبرام الصفقات العمومية ، كما أن تطوير عقد التسيير المفوض يمكن المقاولين الشباب الوطنيين من اكتساب خبرات و تجارب تمهد لتطوير ميدان المقاولاتية في الجزائر و التي أصبحت رافدا من روافد العملة الصعبة لكثير من الدول.

و لكن و بالرغم مما سبق ذكره ، إلا أن هذه الخطوة ليست مكتملة كما أنها تحتاج إلى خطوات أكثر لا زالت تنتظر كل المهتمين بهذا المجال من اجل تطويره و دفعه أكثر ليحقق الغاية المرتجاة منه ليصبح هذا العقد يلعب نفس الدور الذي يلعبه في الدول المتقدمة و خاصة فرنسا التي تعتبر مهد هذا النظام و تجربة ناجحة يمكن لبلدنا أن يستلهم منها الكثير من النجاح و الازدهار و الرقي في هذا المجال.

فالدارس للمرسوم الرئاسي 247/15 فيما يتعلق بتنظيمه لعقد التسيير المفوض يلاحظ انه اعتراه بعض النقص و القصور سنحاول حصرها في بعض الأمثلة و نقتصر على الأهم منها:

1- صدور التدخل التشريعي بموجب مرسوم رئاسي افقده الكثير من البريق و الهيبة و الوقار ، كما انه لو أتيح الأمر وصدر بموجب قانون لفتح المجال لإثراء هذا النص عبر القنوات الرسمية و كذا الإعلامية و حتى من جانب المجتمع المدني.

2- جاء هذا النص فيما يتعلق بالتسيير المفوض مقتضبا و موجزا إيجازا مخلا وهو ما زاد الأمر تعقيد و خلق غموضا أكثر مما يكاد يفقده الفائدة المرجوة منه.

3- اقتصر المشرع على تعريف عقد تفويض المرفق العام و تعداد أشكاله و لا شك أن هذه ليست وظيفة المشرع.

ث- لم يتطرق المشرع إلى الكثير من المسائل بالغة الأهمية خاصة منها طرق و إجراءات إبرام هذا العقد و أحال في ذلك إلى التنظيم .

ج-لم ينظم و ينص على حقوق و إلتزامات الطرفين بشكل مفصل و دقيق.

ح-لم ينظم المسائل المتعلقة بانتهاء عقد التسيير المفوض و خاصة مسالة مصير الأموال المادية للمشروع التي تعد مسالة جد معقدة و تحتاج للفصل الواضح فيها.

لذا سنحاول تقديم بعض المقترحات في هذا الإطار من اجل سد النقص الذي يعتري تقنية التسيير المفوض من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 كمايلي:

1- الإسراع بإصدار التنظيم الخاص بكيفيات و طرق إبرام عقد التسيير المفوض و معالجة هذه المسالة بطريقة مفصلة و دقيقة بحيث يفتح المجال لإبرام عقود

بطريقة شفافة و تمكن من انتقاء متعاملين جيدين و جديرين بمهمة تسيير المرفق العام و شرف خدمة المواطن و الوطن.

2- التفكير في إعادة تنظيم هذا الموضوع في قانون (وليس مرسوم رئاسي) منفصل عن الصفقات العمومية مثلما فعلت الكثير من الدول كالمغرب مثلا.

3- يجب الاهتمام في حالة تعديل محتمل بتنظيم كل المسائل إلي يشملها هذا العقد من مرحلة إبرام العقد إلى تنفيذه إلى انقضائه.

4- العمل على التعريف بهذه التقنية و تحسيس المشرفين على المرافق العمومية و كذا الجماعات المحلية بمدى أهمية هذه العملية و دورها في ترقية و تحسين تسيير الشأن العام .

5- العمل على الارتقاء بثقافة التسيير المفوض و فتح معهد وطني و معاهد جهوية لتكوين إطارات ذات كفاءة في هذا المجال.

الهوامش:

[1] منها قانون البلدية لسنة 1967 و قانون الولاية لسنة 1969و القانون 17/83 المتعلق بالمياه و القانون 08/90 المتعلق بالبلدية و القانون 09/90 المتعلق بالولاية و قانون البلدية الحالي رقم 10/11.

[2] ضريفي نادية ، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، دار بلقيس ، الجزائر ، د س ن ، ص 152.

[3] Carrel Chenuaud-fragies , la notion de délégation de service puplic, RDP n 01 , 1995 , p 176.

[4] Amel Aouaj Mrad, droit des services puplic , centre de recherche et l etude administrative (ENA) tunis ;1998 ; p 129.

[5] Stéphane Braconnier,droit des services puplic , presses universitaire de France 2004 p413. نقلا عن ضريفي نادية المرجع السابق ص 130

6 ناصر لباد ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، النشاط الإداري ، لباد Editeur ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص 116.

[7] سرحان البرق ، القانون الإداري الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010 ص 95.

[8] Pierre Brunet , les modes de gestion par personnes privees , 2007 , Article sur internet site

[9] نادية ضريفي، المرجع السابق ، ص 131.

[10] نادية ضريفي، نفس المرجع ، ص 132

[11] لشلق رزيقة ، تفويض المرفق العام للخواص ، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة ص 26

[12] لشلق رزيقة ، نفس المرجع ، ص 28

أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة تيزي وزو، [13] تاريخ المناقشة 2013/12/12، ص 54.

[14] Joel carbajo,droit des services public , 3 eme edition , DALLOZ ,Paris,1997 ,p 82

[15] ضريفي نادية، المرجع السابق ، ص 154.

[16]ضريفي نادية ، نفس المرجع ، ص 156
[17]ضريفي نادية ،نفس المرجع ، ص 156
[18]ضريفي نادية ، المرجع السابق ، ص 157
[19]أكلي نعيمة ، المرجع السابق، ص 61
[20]لشلق رزيقة ، المرجع السابق ، ص 76
[21] لشلق رزيقة ، نفس المرجع ص 77
[22]لشلق رزيقة ، نفس لمرجع ، ص 193
[23]ضريفي نادية المرجع السابق ص 193
[24]نعيمة أكلي ، المرجع السابق ، ص 105
[25]نعيمة اكلي ، نفس المرجع ، ص 111
[26] نعيمة اكلي ، المرجع السابق ، ص 139
[27]نعيمة اكلي ، نفس المرجع ، ص 140
[28]المادة 207من المرسوم الرباسي15/147
[29] اكلي نعيمة المرجع السابق ، ص 142
[30]أكلي نعيمة ، نفس المرجع ص 145
[31]نادية ضريفي ، المرجع السابق ص 197
[32] لشلق رزيقة ، المرجع السابق ، ص 198
[33]نادية ضريفي، المرجع السابق ، ص 198
[34]نادية ضريفي، نفس المرجع السابق ، ص 199
[35] نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 200

[36] CE ,21 ,dec.2012.n 342788 ,commune de douai.

[37] Emmanuel GLASER , le régime juridique des délégation de service puplic, aticle sur l internet site http:/lamyline .lamy.fr.

[38] Emannual GLASER, Op.Cit ;

[39]أكلي نعيمة ، المرجع السابق ، ص 158
[40]أكلي تعيمة ، نفس المرجع ، ص 159