جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

طرق تسيير المرافق العمومية في الجزائر

مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص: قانون إداراي

إعداد الطالب:
صالح معروف

لجنة المناقشة:

الإسم و اللقب	الجامعة	الصفة
د. فايزة جروني	جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي	رئيسا
أ.غنية نزلـــــــي	جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي	مشرفا ومقررا
أ.الهاشمي كمرشو	جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2016-2017

الإهداء

إلى جميع أفراد عائلتي و إلى جميع الأساتذة الأفاضل الذين درست على أيديهم. . . .أهدي لهم هذا الإنجاز المتواضع.

شكر وعرفان

الحمد لله الذي هدانا لدروب المعرفة وأعاننا على انجاز هذا العمل المتواضع.

و أوجه الشكر الجزيل و الامتنان الصادق إلى الأستاذة المشرفة غنية نزلي التي أعانتني وقدمت لي المساعدة والنصح و رافقتني في إتمام المشروع.

مقدمة:

يقدم المرفق العام خدمة عمومية لها خصوصياتها، وأهدافها تتعلق بالروح الجماعية لأفراد المجتمع وتهدف مباشرة إلى تلبية حاجياتهم، وبما أن الحاجيات تزداد وتتطور نوعا وكما خاصة في ظل نمو الوعي المدني فيجب أن يواكبها تطور ونهوض بالمرافق العامة لاسيما في طرق تسييرها لتتماشى مع نوعية النظام السائد.

فإذا كان تفويض إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص لا يعني تخلي شخص القانون العام عن المرفق العام المرتبط به بل يبقى مسؤولا عن حسن إدارته واستمراريته وهذا بحسب طبيعة النظام وبحسب طبيعة المرفق في حد ذاته فالنظافة العمومية والأسواق العمومية مثلا يختلف تسييرها عن تسيير قطاع الكهرباء أو الغاز أو المياه أو النقل والطرقات ....الخ.[1]

إن تعدد مظاهر تدخل الدولة في مختلف المجالات والميادين ترتب عنه تنوع وتعدد في طرق وكيفيات وأساليب تسيير المرافق العمومية فكل نوع تناسبه طريقة تسيير معينة كما أن هناك مرافق لا يمكن أن تتخلى عنها الدولـــــــــة نظرا لخصوصيتها وطبيعتها المتميزة ومرافق أخرى قابلة للتفويض جزئيا أو حتى التخلي عنها كليا عن طريق الخوصصة أي أن أشخاص القانون الخاص هم الأقدر على تسييرها بفعالية أكثر وعليه تعددت طرق تسيير المرافق العامة وإن ذلك لمن حسن التسيير والتدبير.

حيث يهدف أشخاص القانون الخاص إلى تحقيق الفعالية في إدارة وتسيير المرافق العامة خاصة الاقتصادية منها لكونهم يستخدمون أساليب مرنة تتناسب مع طبيعة الأنشطة الصناعية والتجارية لذلك فإن مباشرة المرافق العامة وتفويضها في حد ذاته هو محاولة لتفعيل دور القطاع الخاص وبذلك يتم الانتقال من علاقة مزدوجة " إدارة – مواطنين " إلى علاقة ثلاثية الأبعاد وأكثر تعقيدا " إدارة –

1 – لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة ماستر بكلية الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة،الجزائر، الموسم الجامعي 2014/2013، ص: أ.

خواص –مواطنين " الهدف منها البحث على مردودية أكبر وتحسين الخدمة العمومية التي يقدمها المرفق العام.[1]

وأيا كانت العوامل المؤدية إلى اختلاف أساليب وطرق التسيير فإن المحصلة النهائية والنتيجة الحتمية هي تعدد أساليب تسيير وإدارة المرافق العامة.

***أهمية الدراسة:**

في إطار التحولات الاقتصادية الكبرى أصبح لزاما على الدولة التخلّي عن تسيير بعض المرافق العمومية خاصة التي تكتسي طابعا تجاريا و صناعيا وتكون مجالا للمنافسة لكي تجنبها كل ما ينطوي عليه التسيير العمومي من نقائص، وبهدف تحقيق الفعالية وتقليل التكاليف مع تحسين نوعية الخدمة العمومية التي تفرضها زيادة الوعي لدى المواطنين في ظل الانفتاح على العالم وزيادة المنظمات الداعية إلى حقوق الإنسان ونظرا للدور المهم الذي يجسده تفويض المرفق العام الإداري في ترسيخ التعاون بين القطاعين العام والخاص وإشباع الحاجات العامة للجمهور.

***إشكالية الدراسة:**

يكتسي موضوع المرافق العامة أهمية بالغة في القانون الإداري حتى أن هناك من يعرّف هذا الأخير على أنه قانون المرافق العامة، وعليه أضحى من الضروري معرفة مدى تأثير أي تحول سياسي أو اقتصادي على تسييرها ومدى مطابقتها للحياة العامة والحاجات المتزايدة والمتطورة للمواطنين وضرورة التحسين الدائم للخدمة العمومية، لذا كانت إشكاليتنا تتمحور حول:

ما مدى فعالية طرق تسيير المرافق العامة في الجزائر؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي نوردها فيما يلي:

1. ما المقصود بالمرافق العامة؟

1 – لشلق رزيقة، مرجع سابق، ص: أ.

2. ما هي أنواع وأسس تفويض المرافق العامة وتمييزها عن الأساليب الأخرى؟
3. ما هو عقد الامتياز وآثاره و ماهي نهايته؟
4. كيف تتم إدارة شركات الاقتصاد المختلط؟ وما مدى تميزها ورقابتها؟

***أهداف الدراسة:**

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

معرفة طرق تسيير المرافق العامة ومدى تأثير التغييرات الداخلية والخارجية عليها، والنظر في كيفية تحديث المرافق العامة من خلال الإصلاح وتفعيل طرق التسيير من أجل تحسين الأداء والخدمة العامة في ظل تزايد الوعي المدني وتزايد دور الدولة.

***صعوبات الدراسة:**

من أهم الصعوبات التي واجهتني في هذه الدراسة مايلي:

- نقص المراجع المتخصصة
- ضيق الوقت يمثل أحد العوائق.

***المنهج المتبع:**

إن المنهج المعتمد في هذه الدراسة هو مزيج بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي اللذان يمكناننا من استعراض المفاهيم القانونية والإدارية المتعلقة بالموضوع، بالإضافة إلى تحليل الوقائع ودعمها بالبراهين والأحكام القانونية وعلى هذا الأساس نقسم دراستنا إلى فصلين اثنين ويسبقهما فصل تمهيدي وهذا كالآتي:

- الفصل التمهيدي: بعنوان ماهية المرافق العامة، ويتضمن مبحثين، الأول مفهوم المرافق العامة والثاني المبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة.

- الفصل الأول: نتطرق فيه إلى الطرق العامة لتسيير المرافق العمومية (الإدارة المباشرة)، ويتضمن مبحثين: المبحث الأول نتناول فيه طريقة الاستغلال المباشر أما المبحث الثاني سنتناول فيه طريقة المؤسسة العمومية.
- الفصل الثاني: نتناول فيه الطرق الخاصة لتسيير المرافق العمومية والذي يندرج تحته المبحث الأول: أسلوب عقد الالتزام (الامتياز)، والمبحث الثاني: طريقة الاستغلال المختلط (الشركة المختلطة) أو أسلوب شركات الاقتصاد المختلط.

المبحث التمهيدي

ماهية المرافـــــق العـــامـــــــــــــة

تعد المرافق العامة لما تمثله من إشباع للحاجات العامة الأساسية سبب وجود الإدارة العامة، فقد منحت امتيازات القانون العام لضمان حسن سير هذه المرافق على أكمل وجه وتقديمها للخدمات الموكلة إليها بأفضل صورة ممكنة و بأعلى مستوى من الجودة الممكنة، لذا تمثل المرافق العامة أهمية خاصة وحيوية في قيادة الأفراد اليومية وسوف نتكلم في هذا الفصل عن ماهية المرافق العامة وسنخصص لها في دراستنا مبحثين اثنين هما:

المبحث الأول: مفهوم المرافق العامة.

المبحث الثاني: المبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة.

المبحث الأول

مفهوم المرافق العامة

للمرافق العامة أهمية خاصة وحيوية في حياة الأفراد وعليه فإن جذورها قديمة قدم الزمان إلا أن الدولة بمفهومها الحديث لم تعرف هذا المصطلح إلا في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين.

المطلب الأول

تعريف المرفق العام

تعتبر فكرة المرفق العام من المفاهيم الغامضة في القانون الإداري رغم أهميته كمعيار للنظام الإداري ونظرا لارتباطه بالجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة فإن الفقه والقضاء الإداريين عادة ما يلجأ إلى التعريف باستعمال معيارين أساسين هما المعيار الشكلي والموضوعي.[1]

1 – محمد الصغير بعلي،الوجيز في القانون الإداري، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002، ص: 205.

الفرع الأول

المعيار العضوي / الشكلي

إن أنصار المعيار العضوي للمرفق العام يولون أهمية بالغة لعنصر السلطة العامة ، فقد عرّفوا المرفق العام بأنه منظمة عامة تباشر جملة من السلطات والاختصاصات تكفل وتضمن إشباع حاجات عامة جماعية على نحو منتظم ومستمر، وعليه قالوا أنه يشترط لاعتبار نشاط ما مرفقا أن يتولاه شخص معنوي عام بهدف تحقيق منفعة عامة للأفراد، كما أن للمرفق العام أيضا صورة من صور النشاط الإداري يتولى بمقتضاه شخص معنوي عام إشباع حاجات جماعية، ولقد اعتبر أنصار هذا التيار المرفق العام بأنه تعبير عن روح السلطة العامة وجوهرها.

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي / المادي

ركّز أنصار المعيار الموضوعي عند تعريفهم للمرفق العام على عنصر النشاط نفسه و ما ينتج عليه من نفع عام، فقد عرّف الفقيه دوجي المرفق العام بأنه "عبارة عن نشاط ينظمه ويتولاه ويشرف عليه الحكام لأن اضطلاعهم بأمر هذا النشاط ضروري لتحقيق التضامن الاجتماعي وتطوره بحيث لا يمكن تحقيقه إلا بتدخل السلطة الحاكمة.

أما الأستاذ أحمد محيو فقد أشار إلى أن مفهوم المرفق العام لا يمكن أن يكون مفهوما قانونيا مجردا وحياديا. ولا يكون له معنى في ضوء محتواه والغايات الاقتصادية والاجتماعية التي أسندت له والتي يجب تحييدها مسبقا قبل إعداد النظام القانوني للمرفق وتعيين الجهة المؤهلة لإحداث هذا المرفق العام أو ذاك.[1]

ولقد حاول جانب من الفقه الجمع والتوفيق بين المدلول الشكلي والمادي في تعريفه للمرفق العام، حيث اعتبر أنه "مشروع يعمل بانتظام واطّراد وتحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين".[2]

1- عمار عوابدي،القانون الإداري الجزء الثاني: النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4، الجزائر ،2007، ص: 59.

2 – سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979، ص: 25.

المطلب الثاني

عناصر المرافق العامة

من خلال تعريف المرفق العام تتضح عناصره المتمثلة في أنه مشروع عام ذو نفع عام مرتبط بالدولة والإدارة العامة أي خضوعه للسلطة العامة إلى جانب خضوعه لنظام قانوني خاص و متميز.

الفرع الأول

المرفق العام مشروع عام تنشئه الدولة

ويقصد منه أن الدولة هي التي تقدر نشاط ما مرفق عام وتقرر إخضاعه للمرافق العامة بناء على قانون معين[1] وليس بالضرورة أن يكون كل مشروع تحدثه الدولة أن تتولى هي مباشرة إدارته فكثيرا ما تعهد الإدارة إلى الأفراد أو شركة خاصة بأداء خدمات عامة تحت إشرافها وهو ما يتجسد في عقد الامتياز والشركات المختلطة ويفترض في المرفق العام الذي تتولى الدولة إحداثه أن يكون على قدر من الأهمية وإلا ترك للأفراد ولقد قدم الفقيه دوجي وصفا للمرفق العام على أنه أنواع النشاط أو الخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات وفي دولة معينة أن على الحكام القيام بها نظرا لأهمية تلك الخدمة للجماعة.

الفرع الثاني

هدف المرفق العام تحقيق المصلحة العامة

إن عنصر المصلحة العامة هو أكثر العناصر إثارة للجدل من جانب الفقهاء ذلك أن المصلحة العامة هي هدف كل وظيفة إدارية بل وحتى المؤسسات التي تسيرها الدولة والتي لا تكون غايتها تجارية بحته، كما أن المصلحة العامة ليست حكرا على الإدارة فمن الوظائف التي يمارسها الأشخاص العاديون ما تتصل كذلك بالمصلحة العامة كخدمات البناء والنقل ولقد اقترح الفقه معيارا للخروج من هذه الإشكالية فإذا كانت المصلحة العامة تمثل الغاية الأولى من النشاط الذي يقوم به الشخص القانوني وتوفرت الأركان الأخرى يتكون المرفق العام أما إذا كانت

1 – عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار الجسور للنشر، الطبعة 2، الجزائر، 2007، ص:309.

المصلحة العامة تمثل غاية ثانوية لهذا النشاط فإن الوظيفة لا ترتقي إلى منزلة المرفق العام ويترتب على تمييز المرفق بهذا الوصف – المصلحة العامة – أن يخضع إلى مبدأ المجانية.[1]

الفرع الثالث

خضوع المرفق العام للسلطة العامة

إن ما يميز المرافق العامة أن تكون خاضعة في إدارتها للسلطة الحاكمة الدولة أو غيرها من الأشخاص الإداريين بمعنى أن يكون القرار النهائي في إدارة المشروع وتوجيهه وتنظيمه وتسييره للسلطة وتحديد نشاطه وقواعده فهذه السلطات وحدها التي تستطيع استعمال وسائل القانون العام فالدولة هي التي تضع التنظيم الخاص بالمرفق وتبين أقسامه وفروعه وتعين موظفيه وتمارس الرقابة على النشاط والأشخاص.[2]

الفرع الرابع

خضوع المرفق العام لنظام قانوني خاص ومتميز

يرى الفقهاء أن خضوع المرفق العام لنظام قانوني خاص ومتميز عنصر ضروري لقيامه لأنه عندما يكون القانون الإداري الواجب التطبيق نكون أمام مرفق عام وعليه فالمرافق العامة الإدارية تخضع للنظام الإداري بصفة مطلقة في حين تخضع المرافق العامة الصناعية والتجارية بقدر محدود لقواعد النظام الإداري ولمدى بسيط منه ولهذا ليس من الضروري أن يتمتع المرفق العام بجميع امتيازات القانون العام فكل مرفق عام يتميز بالقدر اللازم والضروري من امتيازات القانون العام خصوصا تلك الامتيازات التي تكفل حسن سيره وحسن تقديمه للخدمة العامة.

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص:353.

2 – حسين طاهري،القانون الإداري دراسة مقارنة،دار الخلدونية، ط 1، الجزائر،2007، ص: 82.

المطلب الثالث

أنواع المرافق العامة

ليست للمرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها تبعا للزاوية التي ينظر منها وإليها فمن حيث النطاق الإقليمي تنقسم إلى مرافق وطنية ومرافق محلية[1] ومن حيث طبيعة النشاط تنقسم إلى مرافق إدارية ومرافق اقتصادية ومرافق اجتماعية وخدماتية ومهنية.....الخ، إلا أن أهم تقسيم للمرافق العامة في الجزائر هو تقسيمها من حيث طبيعة النشاط ونجد هناك نوعين أساسيين من المرافق هما:

الفرع الأول

المرافق العمومية الإدارية

إن المرافق العمومية الإدارية هي تلك المرافق التي تعتمد في أساسها على نظريات القانون الإداري ومجال نشاطها يختلف عما يزاوله الأفراد والشركات الخاصة ومن أمثلتها مرافق الدفاع، القضاء ، الأمن، .....إلخ، أي المرافق التي تستهدف الدفاع لسلامة الدولة وعن أمنها وكذا المرافق التي تؤدي خدمات إدارية مجانية بحته وتمتاز المرافق الإدارية بخضوعها التام للقانون الإداري ولا تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إلا على سبيل الاستثناء.

الفرع الثاني

المرافق العمومية الاقتصادية

وهي تلك المرافق التي تقوم على أساس مزاولة نشاط تجاري أو صناعي ومن أمثلة المرافق العامة الاقتصادية(ذات الصبغة الصناعية والتجارية)، مرفق النقل بالسكك الحديدية أو النقل البري أو النقل الجوي. ولقد ظهرت هذه المرافق نتيجة لازدياد تدخل الدولة في الحياة العامة خاصة في الميادين الصناعية والتجارية التي

1 – مازن راضي ليلو، القانون الإداري (طبيعة القانون الإداري– التنظيم الإداري – نشاط الإدارة العامة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص:139.

هي أصلا من شؤون القطاع الخاص واهتمامات الأفراد[1] ويتصل نشاط هذا النوع من المرافق العامة سواء بـــ:

- إنتاج مواد مثل مرفق صناعة الأدوية.
- تقديم خدمات مثل مرفق النقل.

المبحث الثاني

المبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة

لكل مرفق من المرافق العامة قواعد أساسية تحكمه سواء كانت المرافق تدار بطريقة الاستغلال المباشر أو بأي شكل آخر وهذه القواعد الأساسية تتعلق باستمرارية المرفق والمساواة بين المنتفعين وقابلية المرفق العام للتطوير والتبديل.

المطلب الأول

مبدأ استمرارية المرافق العامة

إن مبدأ استمرارية المرافق العامة نابع من تصور يجعل عمل الدولة والأجهزة التابعة لها يقوم على المداومة والانتظام لا على التقطع والتوقف وبالتالي فإن نشاط المرافق العامة ضروري لحياة المجموعة الوطنية[2] كما أن هذا المبدأ لم يقتصر في القانون الجزائري على المرافق العامة الإدارية بل امتد إلى المرافق العامة الصناعية والتجارية كمؤسسة الكهرباء والغاز لأن توقفها يسبب انعكاسات خطيرة و هو ما يقتضي تحريم إضراب الموظفين والمستخدمين والعمال في المرافق العامة أو تنظيمه من خلال ضمانات دستورية وتشريعية وقضائية وهذا ما أشار إليه نص التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 ونص المادة 36 من الأمر 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[3]، ويقتضي تنظيم

1 – محمد الصغير بعلي، القانون الإداري – التنظيم الإداري– النشاط الإداري، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، سنة 2004، ص: 211.

2 – لشلق رزيقة، مرجع سابق، ص:15.

3 – أمر رقم: 03/06 مؤرخ في 2006/07/15 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر رقم: 46

الاستقالة إذ القاعدة العامة أن الاستقالة لا تنتج أثرها إلا بقبولها من السلطة المختصة وليس بمجرد تقديمها ومن حق السلطة المختصة أن ترجي قبولها بعض الوقت حتى لا يتعطل سير المرفق العام والأخذ بنظرية الموظف الفعلي ونظرية فعل الأمير كما يقتضي المبدأ المتقدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و مقتضى هذه النظرية أن تجدّ بعد التعاقد ظروف استثنائية لم تكن متوقعة وتجعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه مرهقا فتقوم الإدارة ودون خطأ منها بتعويض المتعاقد تعويضا جزئيا على الخسارة التي لحقت به.

المطلب الثاني

مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ العامة في القانون الإداري التي تسري دون الحاجة إلى نص يقررها فهو يعني المساواة بين جميع المواطنين من خدمات المرافق العامة وفي جميع المجالات كالتعيين في الوظائف العامة ودفع الضريبة والمشاركة في الحياة السياسية والتعليم.....الخ فالمواطنون يتساوون في الانتفاع بخدمات المرافق العامة مهما كان تنوعها دون تمييز بين الجنس أو الأصل أو العرف أو الدين وبمعنى آخر أن الإدارة تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين متى توفرت فيهم شروط الانتفاع التي حددها القانون، أما إذا توفرت الشروط لبعض الأفراد دون غيرهم فإن للمرفق أن يقدم الخدمات للطائفة الأولى دون الأخرى كاختلاف رسوم مرفق الكهرباء والمياه بالنسبة للسكان.

المطلب الثالث

مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير

تهدف الإدارة من خلال تسيير المرافق العامة إلى إشباع حاجات الأفراد تحقيقا للصالح العام وبما أن تقديم هذه الخدمات بكفاءة وفاعلية تتطلب من جهاز إدارة هذه

صادرة بتاريخ: 2006/07/16.

المرافق إلى مواكبة التطورات[1] والتقدم العلمي في مجال الإدارة لتكون المصلحة العامة متطورة ومتجددة دوما وتتجسد تطبيقات هذا المبدأ في حق الإدارة في تعديل القواعد التي تحكم عمل المرفق كما تعدل في شروط الانتفاع أو في مقدار الرسوم أو آلية تقديم الخدمة فمثلا قد يقوم أحد المرافق بتعديل شروط تقديم الخدمة بحيث تصبح عبر شبكة الانترنت بدلا من المكاتب والوثائق[2] وعليه جاز للسلطة الإدارية حق تعديل طرق تسيير هذا المرفق ومن هنا جاء مبدأ قابلية المرفق العام للتبديل و التغيير كمبدأ عام يحكم المرافق العامة جميعا ولا يقتصر التغيير على القواعد المنظمة للمرافق بل يمتد أيضا لأسلوب إدارته.

1 – محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص: 235.

2 – لشلق رزيقة، مرجع سابق، ص:16.

الفصل الأول

الطرق العامة لتسيير المرافق العامة(الإدارة المباشرة)

اختلفت طرق تسيير المرافق العامة تبعا لاختلاف وتنوع المرافق وطبيعة نشاطها وفي اختيار أسلوب إدارتها حيث أن السلطة المختصة تأخذ باعتبارات مختلفة ومتعددة سياسية واجتماعية واقتصادية ....الخ كون أن المرافق العامة التي تمس الدولة في كيانها كالدفاع والأمن تختلف عن المرافق الأخرى الأقل أهمية كمرفق توزيع المياه أو الكهرباء كما أن المرافق الاقتصادية تحتاج بطبيعة نشاطها إلى وسائل تختلف عن وسائل إدارة المرافق الإدارية وهذا وفقا لطبيعة ونوع الخدمة التي يؤديها المرفق ولقد اختلفت درجة تدخل الدولة وفرص رقابتها من حيث التشديد أو التخفيف ففي طرق التسيير العامة تتدخل الدولة أو أحد أشخاص القانون العام لإدارة المرفق بشكل مباشر بواسطة عمالها كما هو الحال في طريقتي الاستغلال المباشر والمؤسسة العامة وهو ما سنتناوله من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول

الاستغلال المباشر (الإدارة المباشرة)

يتولى الشخص المعنوي العام الذي تتبعه إدارة المرفق العام إدارة مباشرة إذا ما قام بتنظيمه داخليا وتكفل بتسييره بأمواله وموظفيه ومن هنا تتحقق الإدارة المباشرة إذا تولت الإدارة بذاتها مهمة استغلال المرفق العام بأموالها وموظفيها مباشرة، ولذا لا يكفي إطلاقا لإدارة المرفق العام إدارة مباشرة أن يكون للجهة الإدارية حق الإدارة السطحية بل يجب عليها أن تقود زمام الأمور وتنظيم وتسيير المرفق العام بأموالها وموظفيها.

المطلب الأول

تعريف الاستغلال المباشر

يعرف الأستاذ أحمد محيو الاستغلال المباشر على أنه(تسيير مباشر من قبل المجموعة العامة التي تتولى مسؤولية المرفق[1])، وعليه يقوم الشخص المعنوي العام الذي يتبعه المرفق العام بجمع الوسائل المادية(أموال منقولة ووسائل مادية) لازمة لتوفير التمويل الضروري والأشخاص الطبيعيين لتنظيم وتسيير المرفق العام وبهذا لا تشكل المرافق العامة التي تدار بطريقة مباشرة أشخاصا قانونية مستقلة ومتميزة عن الشخص المعنوي العام الذي تتبعه، فالشخص المعنوي العام هنا هو الذي يتمتع بالحقوق ويتحمل الالتزامات المتولدة عن نشاط المرفق ولقد أجاز المشرع الجزائري على المستوى المحلي مثلا على مستوى البلدية بموجب المادة 151 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية[2] استغلال مصالح عمومية بصفة مباشرة مثل النقل والنظافة العمومية على أن تقيد الإيرادات والنفقات المتعلقة بهذا الاستغلال ضمن ميزانية البلدية طبقا لقواعد المحاسبة العمومية ونفس الرخصة نجدها في قانون الولاية وهو ما أعلنت عنه المادة 145 من القانون 07/12 المتعلق بالولاية[3] إذ مكنت الولاية أن تستغل المصالح العمومية استغلالا مباشرا تسجل إيراداته ونفقاته في ميزانية الولاية.

ولا تقتصر طريقة الاستغلال المباشر على المرافق الإدارية بل تمتد أحيانا للمرافق التجارية والصناعية فالنقل بالسكك الحديدية يعد نشاطا تجاريا ورغم ذلك قد تقوم به الدولة بمفردها خاصة وقد ثبت عجز الأفراد عن القيام بهذا النوع من المشروعات حتى في الدول الليبرالية ويترتب على طريقة الاستغلال المباشر خضوع المرفق للرقابة المباشرة للدولة أو أحد هيئاتها ويخضع لقواعد المحاسبة العمومية ويستفيد من ميزانية سنوية ويخضع للقانون العام خاصة إذا كان المرفق إداريا.

---

1 – أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص: 144.

2 – قانون 10/11 مؤرخ في 2011/06/22 المتعلق بالبلدية ، ج ر رقم:14 صادرة في:2011/07/03.

3 – قانون 07/12 مؤرخ في 2012/02/21 المتعلق بالولاية، ج ر رقم:05 صادرة في: 2012/02/29.

المطلب الثاني

النتائج القانونية للاستغلال المباشر

إن المرافق العامة المدارة بطريقة مباشرة لا تتمتع بأي استغلال مالي عن الشخص المعنوي العام الذي تتبعه فهو المسؤول عنه ماليا، إن العديد من المرافق العامة المهمة تدار بطريقة الإدارة المباشرة كمرفق التعليم والصحة والدفاع والأمن والقضاء ولعل الباعث على إدارة هذه المرافق إدارة مباشرة هو انطواء نشاطها على نفع عام كبير وظاهر كما أنها تمارس أنشطة تتعلق بجوهر وكيان الدولة ولكن يجب ألا يفهم من هذا أن هناك تلازما حتميا بين طريقة الإدارة المباشرة وبين طائفة معينة من المرافق العامة والدليل على ذلك أن هناك العديد من المرافق الاقتصادية مدارة بطريقة الإدارة المباشرة كما أن العديد من المرافق الإدارية مدارة بالطرق الخاصة وتخضع المرافق العامة التي تدار بطريقة الإدارة المباشرة لنظام القانون الإداري وتعد منازعاتها منازعات إدارية تندرج ضمن اختصاص القضاء الإداري كما يعتبر العاملون فيها موظفين عامين تربطهم بالإدارة رابطة قانونية تنظيمية وليست تعاقدية وأموالها أموال عامة تخضع للنظام القانوني للأموال العامة وعقودها عقود إدارية.

المبحث الثاني

أسلوب إدارة المؤسسة العمومية

قد يلجأ المشرع إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ويسمح لها باستخدام وسائل القانون العام ويكون موظفوها موظفين عموميين وأموالها أموال عامة وأعمالها أعمال إدارية ويطلق على هؤلاء الأشخاص الهيئات العامة إذا كان نشاط المرفق الذي تديره تقديم خدمات عامة ويطلق عليها المؤسسات العامة إذا كان موضوع نشاط المرفق تجاريا أو صناعيا أو زراعيا أو ماليا[1].

1 – زعيم إيمان، الطرق المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة، مذكرة ماستر كلية الحقوق، تخصص قانون إداري ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2013 – 2014 ، ص: 21.

المطلب الأول

مفهوم المؤسسة العمومية

يعهد تسيير المرفق العمومي إلى شخص عمومي، والمؤسسة العمومية هي شخص معنوي الهدف من إنشائها هو التسيير المستقل للمرافق العمومية التابعة للدولة أو الجماعات المحلية وفكرة الشخصية المعنوية هي الميزة الأساسية في أسلوب المؤسسة العمومية إلى جانب الأساليب الأخرى منها أسلوب الاستغلال المباشر وترتبط المؤسسة العمومية دائما بمجموعة إقليمية تمارس رقابة على أجهزتها وأعمالها.

الفرع الأول

تعريف المؤسسة العمومية

عرّف الفقه المؤسسة العمومية على أنها عبارة عن "مرفق عام يدار عن طريق منظمة عامة وتتمتع بالشخصية المعنوية مع خضوعها للرقابة الإدارية وتختص في أعمال معينة طبقا لقاعدة التخصص الوظيفي" وقد عرف الأستاذ ناصر لباد المؤسسة العمومية بأنها(شخص معنوي الهدف من إنشائه هو التسيير المستقل للمرافق العمومية التابعة للدولة أو المجموعات المحلية[1]).

ويمكن تعريف المؤسسة العامة بأنها(شخص عام متخصص من أشخاص القانون العام يتولى إدارة مرفق عام ويتمتع بالاستقلال المالي والإداري ويرتبط بأحد أشخاص القانون العام الذي يمارس عليه الوصاية الإدارية).

ويعرف الأستاذ أحمد محيو المؤسسة العمومية بأنها(شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو الولاية أو البلدية أو لشخص عام آخر).[2]

إن المؤسسة العمومية الإدارية تخضع لأحكام القانون العام والمستخدمون قد يكونوا موظفين وأعوان عموميين والعقود التي تبرمها طبيعتها إدارية والموظفون هم في وضعية قانونية وتنظيمية أما المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية فتخضع في

1 – ناصر لباد،الأساس في القانون الإداري، دار النشر و التوزيع، ط 1، الجزائر، 2011، ص: 160.

2 – أحمد محيو، مرجع سابق، ص: 185.

نفس الوقت لقواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص والعقود التي تترتب عنها هي في الغالب عقود القانون الخاص والموظفون هم في وضعية تعاقدية خاضعة للقانون الخاص.

ويعتبر أسلوب المؤسسة العامة وسيلة من وسائل إدارة المرفق العام وأكثرها شيوعا وانتشارا وتتميز عن الأسلوب الأول (الاستغلال المباشر) في أن المؤسسة العمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتعتبر قراراتها قرارات إدارية وعمالها موظفون عموميون وأموالها أموال عامة ويترتب على استقلال المؤسسة عن الدولة ما يلي:

- أن تكون لها ذمة مالية مستقلة عن الدولة.
- أن يكون لها حق قبول الهبات والوصايا.
- أن يكون لها حق التعاقد دون الحصول على رخصة.
- أن يكون لها حق التقاضي.
- أن تتحمل نتائج أعمالها وتسأل عن الأفعال الضارة التي تلحق بالغير.

وقد ضبط هذا الاستقلال بقيدين هما التخصص وخضوع المؤسسة لنظام الوصاية الإدارية.

- **قيد التخصص:** ويقصد به أن كل مؤسسة عمومية يناط بها القيام بأعمال محددة في نص إنشائها وهي ملزمة بألا تحيد عنها وتمارس نشاطا آخر غير النشاط المذكور، فالجامعة مؤسسة عامة عهدت إليها السلطة العامة مهمة التكوين في مجال التعليم العالي وليس لها أن تخرج عن هذا الإطار وكذلك الحال بالنسبة لمؤسسة التكوين المهني والمؤسسات الصحية.
- **خضوع المؤسسة لنظام الوصاية الإدارية:** إذا كانت المؤسسة العامة تشكل صورة من صور اللامركزية فإن ذلك لا يعني قطع كل علاقة بينها وبين سلطة الوصاية بل تظل المؤسسة خاضعة لنظام الوصاية فمن حق الإدارة العامة المركزية أن تراقب نشاطها بهدف التأكد من عدم خروجها عن المجال المحدد لها وهذا أمر تفرضه مقتضيات المصلحة العامة.

الفرع الثاني

أنواع المؤسسات العمومية

من أجل ضمان التنمية المستمرة تنشئ الدولة وتشرف على سير المؤسسات العمومية باعتبارها الوسيلة المفضلة لإنتاج السلع والخدمات ذات الطابع العمومي. إن تنوع نشاط الدولة يفرض وجود أنواع كثيرة للمؤسسات تحدثها الدولة بغرض مساعدتها في القيام بواجب توفير الخدمات للجمهور ولا تتخذ المؤسسات العمومية شكلا واحدا بل يختلف شكلها عما إذا كانت مؤسسة إدارية أو مؤسسة صناعية تجارية أو مؤسسة ذات طابع علمي وتكنولوجي أو ذات طابع ثقافي ومهني.

أولا:المؤسسات العمومية الإدارية.

وهي عبارة عن هيئات عمومية ذات طابع إداري ويتم تعريفها وفق المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي بالشكل التالي:

- التعريف وفق المعيار القانوني: عرفها المشرع الجزائري في المادة 2 من الأمر 03/06 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[1] كما يلي(يقصد بالمؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي و المهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي لكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي).
- التعريف وفق المعيار الاقتصادي: هي تلك المؤسسات التابعة للقطاع العام تقوم بتقديم الخدمات العمومية للمواطنين مثل الجامعات ومراكز التكوين والمستشفيات وغيرها قصد تلبية احتياجاتها المتنامية والمتنوعة والمتطورة.

ثانيا:المؤسسات العمومية الاقتصادية.

وهي عبارة عن شركات تساهمية أو شركات محدودة المسؤولية تمتلك الدولة أو الجماعات المحلية فيها أغلبية رأس مالها الاجتماعي بصفة مباشرة أو غير مباشرة وتتكفل بأداء نشاطات الخدمة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مثل مؤسسة سونلغاز، مؤسسة سونطراك، مؤسسة المياه....الخ.

1 – أمر 03/06 يتعلق بالوظيفة العمومية ، مرجع سابق.

المطلب الثاني

إنشاء وإلغاء المؤسسات العمومية

إن إنشاء المرافق العمومية يختلف حسب طبيعة هذه المرافق ما إذا كانت مرافق عمومية وطنية أو مرافق عمومية محلية، فإنشاء المرافق العمومية الوطنية موقوف على توزيع السلطات بين الهيئات التشريعية والهيئات التنفيذية أي الحكومة ويخضع كذلك للنظام الأساسي السائد في الدولة ففي الجزائر تباين أسلوب إنشاء المؤسسات العمومية بين التشريع والتنظيم ولقد أشارت المادتان 140و 143 من نص التعديل الدستوري لسنة 2016 إلى تكفل التشريع بموضوع إنشاء فئات المؤسسات العمومية الوطنية، أما المؤسسات العمومية المحلية فهي من اختصاص التنظيم، كما أن إلغاءها يتم وفق قاعدة توازي الأشكال.

الفرع الأول

إنشاء المؤسسات العمومية

المقصود بإنشاء المؤسسة العمومية هو تأسيس مشروع عام غايته وهدفه إشباع الحاجات العامة وتحقيق النفع العام والمصلحة العامة، ويتم ذلك إما بـــ:

- استحداث مشروع عمومي لأول مرة.
- تحويل مشروع خاص إلى مشروع عام بقصد إشباع نفع ومصلحة عامة.

والقاعدة العامة أن إنشاء المؤسسة العمومية يتم بموجب إرادة السلطة العامة والتي لها سلطة تقدير إنشاء أو عدم إنشاء المؤسسة العمومية المعنية، حيث لا دور للأفراد في هذا الشأن.

وإرادة السلطة العامة في إنشاء المؤسسة العمومية تتجسد بموجب نص قانوني سواء كان دستوريا أو برلمانيا أو لائحيا.حيث يعود الاختصاص في إنشاء وإلغاء المؤسسة العمومية إلى الجهات التي يحددها القانون بمفهومه الواسع سواء أكان الدستور أو التشريع البرلماني أو التشريع التنفيذي. كما أن إنشاء وإلغاء المؤسسة العمومية يختلف حسب ما إذا كانت هذه المؤسسة عمومية وطنية أو محلية.

وثمة مسائل أخرى تتحكم في قواعد الإنشاء والإلغاء وهي العلاقة داخل الدولة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ومجال تدخل ونشاط كل منهما. فإذا كان دستور الدولة قد قطع بأن إنشاء مؤسسة ما بالنظر لأهميتها يعود للسلطة التشريعية فإن هذا النوع من المؤسسات ينشئ بنص تشريعي. و إذا كان الدستور عند استعراضه لصلاحيات السلطة التنفيذية قد حكم بأنه يعود إليها إنشاء بعض المؤسسات فإن قاعدة إنشاء المؤسسة تكون بموجب نص تنظيمي.

أ- **إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية.**

لقد اعترف دستور 1996 للبرلمان بإنشاء فئات المؤسسات من خلال الفقرة 29 من المادة 122 وبالتالي الاعتراف للسلطة التشريعية[1] بسلطة إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية أما فيما مضى كان رئيس الدولة هو المختص بإنشاء المؤسسات العمومية في ظل دستور 1976 ومن المؤسسات التي أنشئت بمقتضى نص تشريعي[2] القانون رقم 10/86 المؤرخ في 1986/08/19 المتضمن إنشاء المجمع الجزائري للغة العربية والقانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/21 المتضمن القانون التوجيهي للمقاولات العمومية الاقتصادية وعليه فإنشاء المؤسسات العمومية الوطنية يكون من قبل السلطة التشريعية أما إنشاء المؤسسات الوطنية المحلية يبقى أصلا من اختصاص التنظيم.

ب- **إنشاء المؤسسات العمومية المحلية.**

يمنح قانون البلدية وقانون الولاية للمجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي الاختصاص لإحداث وتنظيم المرافق العامة المحلية إلا أن المجالس المحلية لا تتمتع بالحرية في إنشاء المرافق العمومية بحيث أنها ملزمة بإنشاء بعض المرافق ذات الصلة بالنظافة و المياه والأسواق العمومية والنقل العمومي كما أن المداولات بشأن هاته المرافق لا تكون نهائية إلا بعد الحصول على المصادقة من السلطات الوصية، إضافة للنصوص القانونية المتعلقة بإنشاء المرافق العمومية المحلية هناك نصوص منها المرسوم 200/83 المؤرخ في 1983/03/19 المتضمن تحديد شروط إنشاء المؤسسات العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها والمرسوم رقم

1 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص: 217.

2 - حسين طاهري، مرجع سابق، ص: 82.

117/85 المؤرخ في 1985/05/07 المتضمن تحديد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات وتنظيمها وعملها وينص قانون الإدارة المحلية الجزائرية (البلدية- الولاية) على أن (تحدد قواعد إنشاء المؤسسات العمومية البلدية وتنظيمها وعملها عن طريق التنظيم وفي كل الحالات فإن إنشاء المؤسسات المحلية يستلزم مداولة من طرف المجلس الشعبي البلدية أو الولائي مع تصديق الجهة المختصة (الوالي أو الوزير الوصي).

الفرع الثاني

إلغاء المؤسسات العمومية

يتم إلغاء المؤسسات العمومية الوطنية والمحلية على حد سواء وفقا لقاعدة توازي الأشكال حيث أنه من يملك سلطة الإنشاء يملك سلطة الإلغاء وأن كل من التشريع والتنظيم يشتركان في إلغاء المؤسسات العامة ووضع حد لنشاطها وهو بمثابة اعتراف من السلطات بأنه لم يعد هناك حاجة لنشاطها واستمرارها.[1]

لقد اعتمدت الجزائر من خلال انتهاجها أساليب الطرق العامة لتسيير المرافق العمومية أسلوبي الاستغلال المباشر (الإدارة المباشرة) و المؤسسة العمومية ومن ثم خصت المرافق العامة ذات الأهمية الكبيرة كالتعليم و الصحة والقضاء بطريقة التسيير المباشر للمحافـــظة على سيادتها ، أما طريقة أسلوب المؤسسة العامة جعلتها للمرافق العامة التي تقل أهمية عن سابقتها والتي يغلب عليها الطابع الاقتصادي والتجاري كالنقل.

1 – جابر صالح، ملخص محاضرات في مقياس المرافق العامة والضبط الإداري، سنة ثانية ماستر قانون إداري، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، السنة الجامعية 2016 – 2017 ، ص:17.

الفصل الثاني

الطرق الخاصة لتسيير المرافق العامة

بالرغم من النجاحات التي حققتها الدولة من خلال تدخلها في التنمية الاجتماعية والاقتصادية ظهرت حاجات لرؤية جديدة للاقتصاد والمجتمع على أساس التقليص لفائدة أعوان جدد على غرار السوق والخواص.

حيث يعد تفويض المرفق العام من الأساليب الحديثة والطرق الخاصة لتسيير المرافق العمومية منها عقد الإمتياز– الالتزام– الذي يعتبر عقد غير مسمى وغير منظم بنص خاص لاسيما في القانون الخاص بالصفقات العمومية إلا أنه يلعب دورا فعالا ومزدوجا من خلال تخفيف عبء التسيير على الدولة من جهة ومن جهة أخرى تحقيق وتلبية الحاجات العامة للجمهور وتشكل شركات الاقتصاد المختلط الأسلوب الثاني لإدارة المرافق الاقتصادية وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا الفصل دراسة مبحثين أساسيين هما:

المبحث الأول: طريقة أو أسلوب عقد الامتياز–الالتزام–.

المبحث الثاني: طريقة أو أسلوب الاقتصاد المختلط أو شركات الاقتصاد المختلطة.

المبحث الأول

طريقة عقد الامتياز لتسيير المرافق العمومية

تعد طريقة الامتياز أسلوب من الأساليب الخاصة والحديثة لتسيير المرافق العمومية بعد تزايد الحاجات العامة للجمهور إلا أنه لم يكن عند المستوى المطلوب من التنظيم و الترتيب.[1]

ولقد أدى صدور العديد من القوانين التي تحكم هذا النوع من العقود تبعا لبعض المرافق القطاعية إلى ظهور نوع من الفراغ أو التناقض في مختلف الأحكام التي تنظمها كونها لا تتماشى مع القانون المعد والمرافق التي أصدر في شأنها وبالتالي

1 – لشلق رزيقة، مرجع سابق، ص: 53.

غياب نص تشريعي جامع ومانع لأحكامه ويعتمد عليه للتنظيم مما قد يعقد الاتفاقيات بخصوصه.

المطلب الأول

مفهوم عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز الإداري من العقود غير المسماة التي تبرمها الإدارة حيث تقوم هذه الأخيرة بإبرام تصرفات قانونية في شكل عقود مسماة باسمها الخاص ونظامها القانوني المتميز الذي يحكمها في إطار ما يسمى الصفقات العمومية وسنتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز.

الفرع الثاني: عناصر عقد الامتياز.

الفرع الثالث: أركان عقد الامتياز.

الفرع الأول

تعريف عقد الامتياز

للوصول إلى تعريف لعقد الامتياز يتطلب الأمر منا استطلاع رأي الفقه أولا والرجوع إلى أهم القوانين المنظمة لبعض المرافق القطاعية الهامة ثانيا فضلا عن رأي القضاء في الموضوع ثالثا.

أولا:التعريف الفقهي لعقد الامتياز:

اهتم الفقه بتحديد مفهوم وتعريف عقد الامتياز الإداري نظرا لدوره الفعال في توفير الخدمات العامة للجمهور خاصة وأنه عقد غير مسمى في الجزائر وإن لم يكن كذلك في غيرها من الدول. *

فعرّفه جانب من الباحثين في الجزائر أمثال الدكتور ناصر لباد أنه(عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا – فردا– أو شخصا معنويا من القانون العام – البلدية– أو من القانون الخاص – شركة– يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية

* يعتبر عقد الامتياز من أهم العقود المسماة في بعض الدول كفرنسا، مصر وهو أحد العقود الواردة على العمل.

الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مبلغا ماليا يحدد في العقد يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق)[1].

يلاحظ في هذا التعريف أنه تعرض لجميع العناصر التي يتعين توفرها في عقد الامتياز الإداري لاعتباره كذلك وعرفه أيضا الأستاذ كريستوف فواسي أنه(ذلك العقد الذي تعهد سلطة عامة إلى طرف آخر التسيير الكلي أو الجزئي لمرفق عام حيث يتحمل هذا الأخير مخاطر الاستثمار.)[2]

يلاحظ أن هذا التعريف لم يوف عقد الامتياز الإداري حقه حيث أنه لم يتعرض للمقابل المالي الذي يتحصل عليه الملتزم خاصة وأنه العنصر الأهم بالنسبة لهذا الأخير فضلا عن تجاهله لمدته رغم أنها عنصر هام وجوهري لما تلعبه من دور فعال في بلوغ أهداف الملتزم والمتمثلة في استعادة ما كلفه تسيير المشروع من تكاليف دون غض النظر عن تحقيق جانب من الربح الذي يسعى إليه ويعتبر عقد الامتياز الإداري من أشهر العقود المسماة في بعض البلدان مثل جمهورية مصر إن لم يكن أهمها كما قال الدكتور سليمان محمد الطماوي وعّرفه أنه(عقد الغرض منه إدارة مرفق ذو صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن).[3]

حصر هذا التعريف محل عقد الامتياز الإداري في المرافق العامة الاقتصادية فقط وبالتالي استبعاد المرافق العامة الإدارية لأن تكون محلا لعقد الامتياز الإداري كما أنه يمكن أن يمنح فقط للأشخاص الخاصة من أفراد وشركات دون الأشخاص العامة. وتطرق أيضا لتعريف هذا العقد الأستاذ جويل كرباجو واستوفاه جميع العناصر الضرورية التي يتطلبها حيث جاء في تعريفه أن امتياز المرفق العام هو (تلك الاتفاقية التي يقوم بموجبها شخص عام يسمى – مانح الامتياز– بتفويض شخص طبيعي أو معنوي خاص أو في بعض الحالات شخص عام يدعى – صاحب

1 – ناصر لباد،الوجيز في القانون الإداري، منشورات لباد، الطبعة الأولى، الجزائر، 2006، ص: 212.

2Fouassier Christophe: vers un véritable droit communautaire des concessions Audace et impression d'une communication interprétative in RTDE N° 04 DALLOZ 2000 P 680

3 – سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى،القاهرة، مصر، 1999، ص: 108.

الامتياز – لضمان تسيير المرفق بكل مخاطره وتحت رقابة السلطة مانحة الامتياز ويتلقى أجره المتمثل أساسا في الأتاوى المقدمة من طرف المستعملين مقابل الخدمة التي استفادوا منها ويتكفل صاحب الامتياز كذلك بانجاز المنشآت الضرورية لتوظيف وعمل المرفق.)[1]

ثانيا: التعريف التشريعي لعقد الامتياز.

رغم نص القوانين المتعلقة بالبلدية والولاية صراحة على أسلوب الامتياز كطريقة استثنائية للتسيير إلا أنها أغفلت تقديم تعريف له والذي تطور بتطور المرافق التي اعتمدته في تسييرها والمراحل التي مرت بها الدولة الجزائرية فليس هناك أي تعريف جامع مانع له مما يتطلب اعتماد بعض القوانين القطاعية التي أدرجته كطريقة للتسيير للتوصل إلى أهم العناصر المكونة له وبالتالي بناء تعريفه.

أ- تعريف عقد الامتياز الإداري في مفهوم القوانين المتعلقة بالمياه:

تعرض المشرع الجزائري لتعريف عقد الامتياز مبكرا في القوانين المتعلقة بالمياه حيث تناوله القانون 17/83 المتعلق بالمياه من حلال المادة 21 منه أنه (عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام والذي لا يتم منحه ألا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والمجموعات المحلية) فبحسب هذا التعريف لا يمكن منح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والمجموعات المحلية بالتالي فتح المجال أمام هيئات القطاع العام من أجل تسيير مرفق المياه أما القانون رقم 12/05 المتضمن قانون المياه فعرف امتياز استعمال الموارد المائية في المادة 76 منه كما يلي(....الذي يعتبر عقد من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم) و يتوقف منح امتياز استعمال الموارد المائية على توقيع السلطة المانحة وصاحب الامتياز لدفتر الشروط حسب المادة 78 من هذا القانون.

1 – آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر ، مذكرة ماستر بكلية الحقوق، تخصص قانون إداري ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2013: ص: 15.

ب-تعريف عقد الامتياز الإداري في مفهوم التعليمة الوزارية رقم 842.03/94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها:

تناولت التعليمة الوزارية 842/94 المتعلقة بامتياز المرافق العامة وتأجيرها موضوع الامتياز بالتفصيل حيث نصت (.... وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز – الملتزم- على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له المرفق) فبموجب هذا العقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الإدارة (الدولة ، الولاية ، البلدية) طبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة للجمهور مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح التي يدرّها لمدة من الزمن تحدد في العقد بحيث يعود المشروع في نهاية المدة إلى الإدارة.

ثالثا:التعريف القضائي لعقد الامتياز:

تعرض مجلس الدولة الجزائري في قرار[1] صادر عنه لتعريف عقد الامتياز فجاء فيه(حيث أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة مانحة الامتياز للمتعامل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي بهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه) يتضح من خلال هذا التعريف أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والعام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها في مواجهة الطرف المتعهد خاصة فيما تعلق بسلطة أو حق الرجوع كما تطرقت محكمة القضاء الإداري المصرية لتعريف عقد الامتياز الإداري في حكمها الصادر في 1956/03/25 كما يلي(... ليس إلا عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى

1 – قرار رقم 11950 فهرس رقم 11952، الصادر عن الغرفة الثالثة، مجلة مجلس الدولة، 2004 (قضية بين شركة نقل المسافرين ريع الجنوب ورئيس بلدية وهران) ملحق رقم 2.

وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح) فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل نفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين.

الفرع الثاني

عناصر عقد الامتياز الإداري

من خلال التعريفات السابقة لعقد الامتياز يمكن استخلاص أهم عناصر امتياز المرافق العامة وهي:

أ-أطراف الامتياز:

إن امتياز المرفق العام هو عمل إداري[1] تنتج عنه النزاعات المتبادلة بالنسبة للشخص العام مانح الامتياز من ناحية لأن المرافق العامة مرتبطة بهم وهو صاحب الاختصاص في تحديد طريقة إدارة المرافق العامة، أما بالنسبة لصاحب الامتياز فمن ناحية أخرى يكون أحد أشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعيا أو معنويا فهو ملزم بتشغيل المرفق العام طوال مدة الامتياز والسلطة المانحة ملزمة بتمكينه من تشغيل المرفق العام والحصول على المقابل من المستفيدين وهذا يعني أن امتياز المرفق العام هو عقد ملزم للطرفين ويتضمن التزامات متبادلة.

ب – موضوع عقد الامتياز:

يعهد إلى شخص طبيعي أو معنوي إدارة مرفق عام وهذا يعني أن موضوع عقد الامتياز نشاط مرفق عام والاجتهاد الإداري تردد كثيرا في إعطاءه صفة المرفق العام بالنسبة لبعض الأنشطة كتلك المتعلقة بالمسرح والسينما لذلك لا نكون بصدد عقد الامتياز إلا إذا أخذ النشاط موضوع العقد صفة المرفق العام.

1 – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 359.

ج – المقابل المالي في عقد الامتياز:

يتحصل صاحب الامتياز على مقابل مالي عن طريق الإتاوات والرسوم التي يدفعها المرتفقون مقابل الخدمة التي قدمت لهم وهو المقابل الذي يتقاضاه صاحب الامتياز جراء تسييره واستغلاله للمرفق فالإدارة لا تدفع مقابل التسيير مبلغا ماليا مباشرة بل عن طريق السماح لصاحب الامتياز باستغلال الأرباح التي يدرّها المرفق[1].

و تنص المادة 20 من القانون 14/08 المتعلق بالأملاك الوطنية على أنه (يستفيد مسير المرفق العمومي أو صاحب الامتياز مع مراعاة أحكام المادة 64 مكرر من حق استعمال الملك التابع للأملاك الوطنية المخصص لهذه المصلحة وحق عرض تخصيصه لفائدة المصلحة العمومية ويحق له الانتفاع به دون سواه والاستفادة من ناتجه وتحصيل الأتاوى من المستعملين إذ يتحصل صاحب الامتياز على حق الانتفاع بالوعاء العقاري أي الأرض المراد انجاز المشروع الاستثماري عليها ولا يمكن التصرف في الأرض لأنها ملك للدولة).

د– مدة عقد الامتياز:

إن للامتياز مدة معينة تكون طويلة مقارنة بالاستئجار حتى يستطيع صاحب الامتياز استرداد الأعباء المالية التي يدفعها في إنشاء واستغلال المرفق وتحديد المدة دليل على أن الامتياز ليس مؤبدا وأن المرفق العام هو ملك الجماعة وبذلك تكون مدة الامتياز كافية لتغطية نفقات المشروع وذلك للسماح للملتزم بقدر معقول من الربح، بينما حصرتها التعليمة الوزارية رقم 94/842 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيلها وجعلت لها حدين حد أدنى لا يجوز التنازل عنه تمكينا للملتزم من استعادة ما أنفقه في سبيل إعداد المشروع وتسخير الحاجات العامة للجمهور وحد أقصى لا يجوز تجاوزه إذ هي محصورة بين الثلاثين والخمسين عاما وهي مدة

1 – نادية ضريفي،تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010، ص: 169.

معقولة تسمح للملتزم بجني بعض من الفوائد والأرباح فضلا عن استعادة ما تكبده من نفقات.

الفرع الثالث

أركان عقد الامتياز

تطبق على عقد الامتياز قواعد القانون الخاص التي تقوم على قواعد توافق إرادتين أي الرضا والمحل والسبب بين السلطة مانحة الامتياز والملتزم من خلال تبادل الإيجار والقبول الذي ينصب على إدارة واستغلال مرفق معين يفترض قيامه على سبب معلوم ومشروع والرضائية الكافية لتكوين العقود كمبد أعام وأصيل لكن عقد الامتياز الإداري ينحرف عن هذه القاعدة نظرا لما يستلزمه من وثائق وإجراءات لعملية إبرامه ليتطلب بذلك قاعدة أخرى أو ركنا مكملا لما هو معمول به أصلا وهو الشكلية[1].

الأركان الموضوعية:

أ- الرضا:

يعتبر الرضا الركن الأول في عملية تكوين العقود ويقصد به تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين على نحو مطابق منتج لآثار قانونية ويملك المتعاقد مع الإدارة سلطة القبول التي يفهم منها مشاركته في تحديد شروط العقد التي تتجلى من خلال تفاعله الخاص مع الشروط التي حددتها الإدارة والمبادرة الرئيسية في هذا التكوين تتجسد في حاجات المرفق العام وضروراته التي هي القوة الدافعة والحقيقية لتحريك العملية التعاقدية هذا فيما يخص الشروط التعاقدية فقط دون أن يمتد إلى الشروط التنظيمية التي تحدد انفراديا عن طريق القوانين واللوائح وعليه كل رابطة تعاقدية تقوم بين الإدارة والمتعاقد معها ضمن المجالات التي تنفرد القوانين واللوائح بتنظيمها تكون باطلة وعلى غرار عقود القانون الخاص فإن صحة الرضا في عقد الامتياز الإداري تستلزم ما تصح به العقود الخاصة من أهلية وخلوها من العيوب وإن كانت الأهلية في القانون المدني المفروضة لصحة إبرام العقود المدنية يفهم منها بلوغ

1 – زعيم إيمان، مرجع سابق، ص: 26.

الشخص سن التاسعة عشر كاملة[1] فإن الأمر على خلافه إذا ما تعلق الأمر بأهلية الشخص العام الذي يتعاقد باسم المصلحة العامة والتي يقصد منها صلاحية السلطة الإدارية لإبرام العقد الذي تقبل عليه مثل الوالي فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها الولاية ورئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للعقود التي تبرمها البلدية وتتمركز العقود الإدارية منها عقد الامتياز في إبرامها وتنفيذها في مرتبة وسطى بين العقود المدنية وعقود الإذعان إذ لا يمكن إسناد عقد الامتياز الإداري إلى فكرة عقود الإذعان بعناصرها وضوابطها.

ب- المحل:

ينصب عقد الامتياز الإداري على إدارة مرفق عام يراعى فيه أن يكون مرفقا قابلا للتفويض[2] حيث لا يجوز مثلا تفويض المرافق التي تثير امتيازات السلطة العامة نفسها كما هو الحال بالنسبة لمرفق الأمن وإن يقتصر محل العقد على إدارة واستغلال المرفق لا على نقل ملكيته وعليه فإن عملية تفويض التسيير في عقد الامتياز الإداري لا تؤدي إلى خصخصة المرفق حيث تحتفظ الإدارة بسيادتها عليه وما للملتزم إلا حق استغلاله لمدة محددة وعادة ما يكون محل عقد الامتياز الإداري مرفقا اقتصاديا ذلك أن صاحب الامتياز شخص طبيعي يهدف إلى تحقيق الربح وهو المعيار المحرك للقطاع الخاص كونه الطرف الثاني الغالب في مثل هذه العقود فهو يوظف أمواله في إنشاء المرفق وإدارة حركته بقصد الحصول على ربح معقول من وراء هذه العملية فلهذا لا يمكن تصور قبول الملتزم إدارة أحد المرافق التي تقدم خدمات بالمجان للجمهور مثل مرفق القضاء أو الدفاع في الوقت ذاته لا تتجرأ الإدارة على تفويض تسييرها كونه مرافق حساسة جدا ولا يمكن للفرد تسييرها رغم أن ليس هناك ما يمنع أن ينصب عقد الامتياز على إدارة مرفق عام إداري.

---

1 – المادة 40 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/28، المتضمن القانون المدني الجزائري ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 1975/09/30 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 01/89 المؤرخ في 1989/02/07، ج ر عدد 6 الصادرة بتاريخ 1989/02/08.

2 – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص:50.

الأركان الشكلية:

أ- السبب:

يقصد بالسبب في عملية إبرام العقود الدافع الباعث للتعاقد وفي عقد الامتياز المرافق العامة سبب التزام الإدارة المانحة للامتياز تبرره اعتبارات المصلحة العامة والنفع العام من خلال توفير وتقديم وإشباع الحاجات العامة للجمهور التي تتباين تبعا للمرافق المسيرة عن طريق التفويض في صورة امتياز في حين سبب التزام الملتزم أو المتعاقد مع الإدارة هو تحقيق أكبر ربح ممكن خاصة وأنه غالبا ما يكون من الخواص وهو ما يبرر سببه وسعيه هذا[1].

ب- الشكل:

الأصل في عملية إبرام العقود مبدأ الرضائية حيث يقوم العقد ويرتب آثاره القانونية بمجرد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين ما لم يفرض القانون بعض الإجراءات أو الشكليات وإفراغه في قالب معين بالتالي تجاوز الأركان المعهودة في الإبرام من رضا، محل ، سبب لتكتمل بركن رابع وهو الشكلية.

بالتالي تعتبر الشكلية ركن استثنائي في عملية إبرام العقود لا تتوقف عليها هذه الأخيرة إلا إذا استلزامها القانون كما هو الشأن مثلا في عقود بيع العقار لما تستلزم من عمليتي التسجيل و الإشهار أو كما هو الحال في عملية إبرام الصفقات العمومية حيث تنص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن الصفقات العمومية المعدل والمتمم (الصفقات العمومية عقود مكتوبة).

من جهة عقد الامتياز الإداري كونه ينصب على نقل إدارة احد المرافق العامة من الدولة إلى الملتزم لفترة مؤقتة محددة في العقد فيتم بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق العام محل العقد وضمان أداء الخدمة التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة ويجب على الملتزم التقييد بها إذا رضي بالتعاقد2 وعليه عقد الامتياز الإداري من صميم العقود المكتوبة بطبيعتها3 وغالبا ما تكون

1 – آكلي نعيمة، المرجع نفسه، ص:45.

2 – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 177.

3 – عمار عوابدي، مرجع سابق، ص: 213.

العقود الإدارية بصفة عامة مكتوبة كون الإدارة العامة عادة ما تفضل التعامل بالشكل الكتابي.

والشكل الكتابي لا يعد شرطا لإضفاء الصفة الإدارية على عقد الامتياز الإداري إنما شرطا لقيامه وصحته وتنص المادة 78 من القانون 12/05 المتعلقة بالمياه على انه يتوقف منح امتياز استعمال الموارد المائية على توقيع السلطة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز لدفتر الشروط وهذا ما يؤكده الطابع الشكلي لعقد الامتياز الإداري.

وحسب القضاء الفرنسي يترتب على الشكل الكتابي للعقود الإدارية منها عقد الامتياز نتائج ذات أهمية بالغة أهمها:

- أن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ.

- لا يمكن إنكار ما تشتمل عليه هذه العقود إلا عن طريق الطعن بالتزوير[1]

المطلب الثاني

إنشاء عقد الامتياز وتكييفه القانوني و طرق انهاؤه

العقد هو الأداة الرئيسية لتبادل السلع والخدمات و لا يزال يمثل الفكرة الجوهرية المسيطرة على تنظيم المعاملات الاقتصادية والاجتماعية فيما بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة والخاصة. فإبرام عقد الامتياز يتم من خلال مرحلة اختيار المتعاقد ومنه إعداده وصياغته أما تكييفه القانوني فتعهد به الدولة إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام أما عن إنهاؤه فيتم وفق الطرق الطبيعية أو غير الطبيعية (الاستثنائية).

1 – ناصر لباد، مرجع سابق، ص: 436.

الفرع الأول

إنشاء عقد الامتياز

تمر آليات تكوين أو مرحلة إنشاء عقد الامتياز بمرحلتين أساسيتين هما : مرحلة اختيار المتعاقد ومرحلة إبرام عقد الامتياز

أولا : مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد:

تهدف الدولة لاختيار المتعامل المتعاقد على أساس مبادئ العلانية والشفافية المنافسة الحرة وتكافؤ الفرص و لتحقيق ذلك ينبغي إفساح المجال عن طريق الإعلان بكافة الوسائل المتاحة لدعوة المتنافسين لتقديم عروضهم للتعاقد.[1]

أ- مبدأ العلانية والمنافسة الحرة و الشفافية

1- العلانية والمنافسة الحرة : تعني المنافسة الحرة فتح الباب أمام المتعاملين الذين يرغبون في المشاركة في المناقصة ومعاملتهم على قدر المساواة فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط للآخرين[2] أو على حسابهم وتتحقق المنافسة الحرة كمبدأ عام من خلال فتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق و الوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم وبالنسبة لعقد الامتياز يكون عن طريق المنافسة المحدودة متضمنا القواعد المبينة في القانون وذلك خلال دعوة أصحاب التخصصات والخبرات من ذوي الكفاءات التقنية والمالية وحسن السمعة[3] ومن المسلم به أن الشروط التي يتطلبها الإعلان كقاعدة عامة تكون ملزمة للإدارة فيتعين احترام أوضاع الإعلان من حيث المدة وكيفية إجراء الإعلان وعدد مراته وإلا ترتب البطلان في حالة مخالفة تلك الشروط وفق الطريقة التي نص عليها القانون.

1 – زعيم إيمان، مرجع سابق، ص: 30.

2 – زعيم إيمان، مرجع سابق، ص: 30

3 – زعيم إيمان، المرجع نفسه، ص: 30.

2–الشفافية : يترادف مدلولا العلانية والشفافية بحيث تعد العلانية صورة معبرة لمدلول الشفافية وهو أمر معنوي يلمسه المستثمرون حديثا من وسائل العلانية المتاحة لهم بما يمكن القول معه بان اللفظان مترادفان ، ولقد شكل مبدأ الشفافية منهجا ومنحنى جديد في التعامل مع الجهات الرسمية بعد أن كان التعامل يجري خلف الأبواب المغلقة وتفند ضياع المال العام وإهداره دون حسيب أو رقيب.

3–رقابة المشروعية في مرحلة إبرام العقد :

في فرنسا وسع قانون 1993/01/29 من اختصاصات التنظيم الإداري بالتفتيش وضبط مخالفات النزاهة والمشروعية عند إبرام عقود الشراء العام ليشمل المخالفات المقررة عند إبرام عقود الامتياز ولا يقتصر نطاق رقابة هذا التنظيم على مرحلة إبرام العقد بل تعزز ذلك بوجود نظام قانوني يجبر الإدارة على تمكين ذو الشأن من الاطلاع على الوثائق وبعدم جواز منح أفضلية غير مبررة للغير وامتدت الرقابة لتشمل المخالفات في مرحلتي التحضير وتنفيذ العقد ويتجه المشرع الفرنسي إلى إلزام الإدارة بتقديم الوثائق المتعلقة بتحضير وإبرام العقد للتأكد من مشروعية الظروف التي تم الإبرام خلالها بعد أن هيمنت السرية على أعمال الإدارة وتصرفاتها[1].

ب–مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في عقد الامتياز :

سنتعرض لدراسة مبدأ المساواة بين كل من الإدارة والمتعاقدين والمتنافسين فيما بينهم و ذلك كما يلي:

1–المساواة بين الإدارة والمتنافسين :

في ظل الاقتصاد الحر ظهر مفهوم جديد في العلاقات القائمة بين السلطة الإدارية والأفراد وأساسه التفاوض والحوار ثم الاتفاق وبالتالي تحول مفهوم القرار الإداري من ملامح الأمر والإخضاع ليكتسي ثوبا اتفاقيا قابلا للتفاوض بغرض

1 – زعيم إيمان، مرجع سابق، ص: 32.

المشاركة في تحديد مضمونه ومن هنا لجأت الإدارة إلى استخدام تقنيات تحمل في وضوح تام عوامل جذب للأفراد نحو اخذ زمام تسير المرافق المرادة منهم بحرية تامة ومنه في مرحلة إبرام عقد الامتياز يكمن مفهوم المساواة في وجود شخصين تتنازع بينهما المصالح كما أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد علاقة تعاون عقدي لانجاز عمل محدد.

2-مساواة المتنافسين فيما بينهم :

إن المساواة مبدأ عام يكفل للمتعاقدين الاشتراك في المناقصات والمزايدات العامة على قدر المساواة فلا يجوز للإدارة أن تقيم أي تميز غير مشروع بينهم إلا أن الإدارة قد تضع بعض القيود والشروط مستهدفة تحقيق الصالح العام ويتم تنفيذ ذلك إما بالاستبعاد العام أو بوضع شروط وقيود.

- الاستبعاد العام : هو إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من المناقصات التابعة لها بشكل نهائي أو لفترة محددة.[1]

- الشروط والقيود : يقع على جهات الإدارة من اجل صلاحية المتنافسين الالتزام بجانب الحيطة والتبصر في اختيار المتعاقدين معتبرة في ذلك أن للأمن أولى الخطوات الرامية لبلوغ الهدف المنشود.

ج- مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد :

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الملتزم دون التقييد بإتباع طريقة معينة للمتعاقد في المناقصات والمزايدات نظرا لأهمية وخطورة عملية إدارة المرافق العامة فمبدئيا الإدارة المانحة للامتياز حرة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبارات الشخصية ونظرا لأهمية الملزم كعنصر من عناصر العقد .وللإدارة مانحة الالتزام السلطة التقديرية في اختيار الملتزم وتعتمد في ذلك على شخصية الملتزم الذي يقدم أفضل خدمة من خلال مؤهلاته.

1 - زعيم إيمان، مرجع سابق، ص: 32

ثانيا : إبرام عقد الامتياز

يقتضي إبرام عقد الامتياز المرور بداية بصدور القرار بالتعاقد ثم تحريره وانعقاده وما يتضمنه من وثائق إدارية

أ- صدور القرار بالتعاقد : تختار الإدارة الملتزم بكامل حريتها وصدور قرار الامتياز من الجهة المختصة حسب نوعية المرفق الذي يتم التعاقد عليه.[1]

ب-انعقاد العقد : يتطلب عقد الامتياز إجراء آخر تتوقف عليه عملية إبرامه وهي التوقيع والمصادقة المسبقة عليه من طرف السلطات المكلفة بذلك حسب كل قطاع.

ثالثا: وثائق عقد الامتياز:

وتتمثل في عقد الالتزام ودفتر الشروط.

أ-عقد الالتزام:

وهو العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد يترجم عنصر الاتفاق بينهما طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط وتظهر طبيعة عقد الامتياز في طائفتين من الشروط.

*شروط تعاقديه: وهي التي يجري الاتفاق بشأنها بين الإدارة والملتزم وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتبين هذه الشروط حقوق والتزامات طرفي التعاقد وتنظم المقابل المالي كما تتعلق بمدة العقد وطريقة انهاؤه.

*شروط تنظيميه: وهي التي تنظمها الإدارة مانحة الامتياز التي تستطيع تعديلها في أي وقت وكلما دعت حاجة المرفق إلى ذلك لان امتياز المرافق العامة لا يعتبر تنازل من قبل الجهة الإدارية بل تبقى ضامنة له ومسؤولة عن إدارته تجاه الجمهور.

1 – عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص: 307.

ب–دفتر الشروط:

يعتبر دفتر الشروط الركيزة والدعامة الأساسية التي يحتوي عليها عقد الامتياز ويتم إعداد دفتر الشروط من قبل الإدارة مانحة الامتياز ويجب على المتعاقد مع الإدارة أن يحترم الشروط الواردة فيها والتي تكون في أغلب الأحيان غير قابلة للمناقشة لأنه يصادق عليها مسبقا.[1]

الفرع الثاني

التكييف القانوني لعقد الامتياز

يعد الامتياز باعتباره طريقة من طرف إدارة المرافق العامة عملا قانونيا يعد بمقتضاه احد أشخاص القانون العام إلى احد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام لذا يجب تكييف هذا العمل القانوني الذي تعهد بمقتضاه الدولة إلى احد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام اختلف الفقه حول التكييف القانوني لامتياز المرافق العامة وظهرت ثلاثة اتجاهات مختلفة.

أولا: التكييف الإداري لعقد الامتياز

نص الفقه الألماني التقليدي إلى تكييف الامتياز بأنه قرار إداري صادر بإرادة منفردة من الجهة الإدارية مانحة الامتياز لما لها من سلطة آمره ويرضخ له الملتزم اختياريا لقبوله شروط الامتياز من حيث ذهب الفقه الايطالي صوب التمييز بين نوعين من الامتياز الأول امتياز بإجازة وهو قرار إداري صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة وأطلقوا على النوع الثاني الامتياز بعقد باعتباره وليد اتفاق إرادتين ومما لاشك فيه أن تكييف الامتياز تكليف إداري صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة يحقق اعتبارات المصلحة العامة إذ يسمح لها بتعديل وإلغاء قواعد وأحكام الامتياز بإرادة السلطة الإدارية دون حاجة لموافقة الملتزم فتبقى الإدارة صاحبة الكلمة الأولى والأخيرة.

وإذا كان هذا التكييف حقق المصلحة العامة فهي فقط من الناحية النظرية إذ أتت لتحصيل مصالح الملتزم المشروعة.

1 – زعيم إيمان، مرجع سابق، ص: 34.

ثانيا:النظرية التعاقدية

نص الفقه الفرنسي في القرن التاسع عشر إلى اعتبار امتياز المرافق العامة عقدا مدنيا عاديا إذ اعتبر أنصار هذا الرأي أن جميع شروط الامتياز شروط تعاقدية ولقد كان هذا التكييف القانوني منطقي في تلك الحقبة الزمنية لانسجامه مع الأفكار والمفاهيم المدنية السائدة فقد كانت المفاهيم القانونية المدنية هي المفاهيم المدنية السائدة والمسيطرة على الفكر والتفكير القانوني.[1]

إن المرافق العامة تقدم خدماتها إلى الأفراد العاديين فيجب تبرير العلاقة القانونية التي تربط المستفيدين من خدمات المرفق والملتزم وهم ليسو أطرافا في عقد الامتياز وأخذ أنصار النظرية العقدية هذه العلاقة بعين الاعتبار وحاولوا إيجاد سند قانوني لها إذ تجدهم يقولون أن عقد الامتياز يتضمن اشتراطا لمصلحة المستنفعين ولم تلق النظرية التعاقدية المدنية قبولا من الفقه والقضاء لما تضمنته من مفاهيم قانونية مغلوطة وغير صحيحة إذ لا يمكن وصف وتكييف علاقة المنتفعين من خدمات المرفق العام بنظرية الاشتراط لمصلحة غير مدنية فلنظرية الاشتراط لمصلحة غير مدنية قواعد وأسس واضحة في القانون الخاص ولا تتطابق ولا تصلح لحكم وتنظيم علاقات الملتزم مع المنتفعين بخدمات المرفق وتتجاهل النظرية التعاقدية المدنية أيضا اعتبارات المصلحة العامة وفق مقتضيات المرفق العام ذاته.

ثالثا:عقد الامتياز ذو طبيعة مختلطة

لم تلق النظرية التعاقدية المدنية قبولا من الفقه والقضاء لمجافاتها للواقع القانوني السليم ومخالفتها وإخلالها بإحدى القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة والأضرار التي تلحقها بالمصلحة العامة اتجه الفقه صوب النظرية المختلطة القائلة بان الامتياز عقد ذو طبيعة مختلطة يتضمن نوعين من الشروط وأولى أشار و نبه لهذه الطبيعة المختلطة الأستاذ هوريو الذي يرى بان امتياز المرافق العامة يخفي خلف وحدته الظاهرية عنصرين مختلفين إحداث مرفق عام وإنشاء علاقات مالية بين

1 – زعيم إيمان، مرجع سابق، ص: 35.

الملتزم والإدارة وعليه فاتفاقية امتياز المرفق العام تتضمن طائفتين من الشروط شروط تنظيمية وشروط تعاقدية.[1]

الفرع الثالث

نهاية عقد الامتياز الإداري

بما أن عقد الامتياز عقد إداري فانه مؤقت لمدة معينة فإذا عهدت الإدارة إلى احد أشخاص القانون الخاص بمهمة إنشاء وتسيير مرفق عام فلا يعني ذلك أنها عهدت بهذه المهمة بصفة نهائية ومطلقة لذا فمن غير المتصور أن يكون امتياز المرافق العامة أبديا لما يمثله من تخلي وتنازل الإدارة عن سلطتها في تنظيم المرافق العامة وعليه فان الامتياز ينتهي بعدة طرق يمكن تصنيفها إلى طرق طبيعية وطرق غير طبيعية.

أولا:النهاية الطبيعية (العادية) لعقد الامتياز

عقد الامتياز عقد إداري مؤقت ينتمي إلى طائفة العقود الزمنية التي يعتبر فيها الزمن عنصرا جوهريا بالتالي فان انقضاء المدة الزمنية المحددة لنفاده حتما يؤدي إلى انقضائه بقوة القانون ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد وقد يحدث أن يغفل ذكر المدة في العقد وهو نادر الوقوع إن لم نبالغ ونجعل منه أمرا مستحيلا فنستعين في هذه الحالة بالمدة القصوى المحددة قانونا لتمثل تاريخ نهايته وهي تتباين حسب طبيعة كل مرفق ،لا يحول اعتبار عقود الامتياز الإدارية من العقود المحددة بمدة قصوى دون تجديدها عند نهاية المدة المتفق عليها ومبينة في العقد إذ يحق للملتزم عند انقضاء عقده القديم أن يتقدم مرة أخرى ولمدة جديدة لتجديد العقد وفيما يتعلق بتمديد المدة المتفق عليها في العقد الأصلي فيجوز ذلك بما لا يتجاوز عن الحد الأقصى المنصوص عليه قانونيا هذا إذا ما كانت مدة العقد الأصلي اقل من المدة القصوى المشروعة وقد يحتوي عقد الامتياز على شرط الأولوية للملتزم القديم عند التجديد إن رغبت الإدارة فاستمرار إدارة المرفق العام موضوع

1 – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص: 83.

التعاقد عن طريق الامتياز فيفضل المتعاقد القديم عند تعادل وتساوي الظروف بينه وبين المتقدمين الجدد للتعاقد لما له من خبرة في إدارة المرفق محل التعاقد[1].

ثانيا:النهاية الغير عادية لعقد الامتياز.

قد ينتمي عقد الامتياز كما هو الشأن إلى سائر العقود الإدارية قبل المدة المحددة لنفاذه لأسباب متعددة منها ما يكون بقوة القانون أو باتفاق الطرفين أو بطلب من صاحب الامتياز أو من طرف الإدارة وبإرادتها المنفردة.

أولا: انتهاء عقد الامتياز بقوة القانون

قد ينتهي الامتياز بقوة القانون وهذا مكرس في حالتين:

1-حالة القوة القاهرة:

يتحقق الفسخ بحكم القانون في حالة القوة القاهرة إذا توافرت شروطها وهي مختلف الظواهر الطبيعية الاستثنائية التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ولا التغلب عليها وتجعل من تنفيذ الخدمة أو الإشغال أمرا مستحيلا وخارج عن نطاق إرادة صاحب الامتياز وباستحالة تنفيذ العقد فان الهدف من إبرامه يختفي وبالتالي ينتهي العقد وتحرر القوة القاهرة للأطراف من التزاماتهم التعاقدية ويعفى الملتزم من كل مسؤولية تعاقدية إزاء مانح الامتياز وفي هذه الحالة يتعين على الإدارة مانحة الامتياز نتيجة الفسخ دفع تعويض مستحقا بعنوان القيمة المضافة التي أتى بها الملتزم على المرفق محل الامتياز[2].

2-حالة وفاة الملتزم:

في الأصل وانطلاقا من نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري فان آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام ومنهم الورثة وبالتالي فان وفاة أحد المتعاقدين لا تعني انتهاء آثار العقد لكن نفس هاته المادة وضعت شرطا لذلك كما نصت عليه يقولها (ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا

1 – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص: 789.

2 – المرسوم التنفيذي 308/96 المؤرخ في:1996/09/18 المتعلق بامتياز الطرق السريعة،ج ر رقم55، الصادرة في 1996/09/25،الجزائر، ص: 2.

ينصرف إلى الحلف العام) وما نستنتجه من نص المادة أن طبيعة التعامل قد تمنع انتقال آثار العقد إلى الخلف العام ويدخل في إطار طبيعة التعامل أن يكون الشخص المتعاقد محل اعتبار في العقد وبالتالي فان وفاة المتعاقد تؤدي إلى انقضاء العقد.

وإذا رجعنا إلى عقد الامتياز نجد أن شخصية الملتزم لها أهمية كبيرة في العقد إذ انه عقد ذو طابع شخصي وتطبيقا للقاعدة العامة فان وفاة الملتزم تؤدي إلى انقضاء عقد الامتياز هذا من جهة ومن جهة أخرى فان وفاة الملتزم ستحول حتما دون تنفيذ هذا الالتزام وبالتالي يؤدي ذلك إلى نهايته إلا في حالة إذا ما وجد نص يؤكد خلاف ذلك ضمن دفتر الشروط بالنص على إمكانية مواصلة الورثة باستغلال المرفق العـــــــــــــــام.[1]

ثانيا: الفسخ الاتفاقي

يفهم من الفسخ الاتفاقي ذلك الفسخ الذي يتم باتفاق بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز قبل انتهاء مدة عقد الامتياز الإداري وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذي يستحقه الملتزم وكيفية دفعه دون الحاجة للجوء للقضاء إذ يتم بطريقة ودية بين الطرفين.

ثالثا: فسخ العقد بطلب من صاحب الامتياز

ويحدث ذلك في حالتين:

1-حالة إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها اتجاه صاحب الامتياز تطبيقا للقاعدة العامة في العقود إذ يجوز للمتضرر طلب فسخ العقد.

2-حالة وجود أضرار تؤثر على التوازن المالي للعقد خاصة عند التعديل المنفرد من طرف السلطة صاحبة الامتياز وإذا تحققت إحدى الحالتين يمكن لصاحب الامتياز طلب فسخ العقد.

1 – نادية ضريفي، مرجع سابق، ص: 199.

رابعا: فسخ عقد الامتياز من طرف السلطة المانحة (كعقوبة)

نظرا لما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة يمكن لها أن تلجا إلى إنهاء الالتزام بإرادتها المنفردة بإحدى الطريقتين:

أ- فسخ العقد بسبب خطأ الإدارة:

يعد فسخ عقد الامتياز بسبب خطأ الإدارة من العقوبات الحيوية التي توقع على الإدارة في حالة إخلالها بالتزاماتها الملقاة على عاتقها ولتوقيع هاته العقوبة لابد من وجود خطا تعاقدي صادر عن السلطة الإدارية المانحة وعلى درجة من الحساسية.[1]

ب- الفسخ القضائي: ويأخذ صورتين:

1-الفسخ القضائي بطلب من الملتزم ويحدث في حالتين:

*حالة إخلال الإدارة مانحة الامتياز بالتزاماتها التعاقدية مثل عدم تحقيقها للمزايا التي ألزمت بها اتجاه الملتزم وهذا تطبيقا للقاعدة العامة للعقود التي تسمح لأحد الطرفين المتعاقدين طلب فسخ العقد وإنهاء الرابطة القانونية بينهما في حالة إخلال الطرف الثاني بالتزاماته.

*وفي حالة حدوث اضطرار للملتزم بسبب استعمال الإدارة المانحة للامتياز بحقها في التعديل وقد نصت التعليمة 3-842/94 الصفحة 7 على ذلك إذ جاء فيها (...غير انه إذا أصاب الملتزم ضررا بسبب هاته التعديلات[2] كالإخلال بالتوازن المالي للعقد يجوز له أن يطلب التعويض أو الفسخ).

2-الفسخ القضائي بطلب من الإدارة مانحة الامتياز:

1 - لشلق رزيقة، مرجع سابق، ص: 75.

2- لشلق رزيقة، مرجع سابق ، ص: 75.

يترتب على كل تقصير من الملتزم التي تضمنها دفتر الشروط فسخ عقد الامتياز بمبادرة من الإدارة وذلك بعد أن تستوفي كل الإجراءات القانونية المتمثلة أساسا في توجيه الإعذار لصاحب الامتياز وإخطاره بالمخالفة المنسوبة إليه والطلب منه بإزالة الأسباب والمسببات المؤدية لفسخ الامتياز ولا يخول هذا النوع من الفسخ القضائي للامتياز أي حق في تعويض الملتزم عن الأضرار والخسائر التي تكبدها نتيجة الفسخ وتنص المادة 87 من القانون 12/05 المتعلق بالمياه على انه (تلغى الرخصة أو الامتياز لاستعمال الموارد المائية بدون تعويض بعد اعذرا يوجه لصاحب الرخصة أو الامتياز في حالة عدم مراعاة الشروط والالتزامات المترتبة على أحكام هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه ،كذا الرخصة أو دفتر الشروط) وبالتالي فالفسخ القضائي عادة ما يقوم به الملتزم لضعف مركزه مقارنة بمركز الإدارة لأسباب قد تتمثل في ارتكاب الإدارة لخط جسيم اتجاه قيامها بالتزاماتها أو تعديلها لشروط العقد بما يخل بتوازنه الاقتصادي بشكل كبير يتجاوز إمكانيات الملتزم أو تعديل العقد تعديلا جوهريا يجعل منه عقدا جديدا ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد أول مرة.

المطلب الثالث

الآثار المترتبة عن عقد الامتياز الإداري

تتفق العقود الإدارية مع عقود القانون الخاص كونها تنشئ حقوق والتزامات متبادلة بين الأطراف إلا أنها تختلف من حيث المساواة بين المتعاقدين فتتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيحا للمنفعة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد وتتمتع الإدارة بالحقوق كوظائف تمارسها في إطار القانون العام على ألا تتعسف في ممارستها و إلا أثيرت مسؤوليتها القانونية[1] وتعتبر هاته السلطات أصلية مستمده من طبيعة العقد. إن موضوع عقد الامتياز المتمثل في تحقيق المنفعة العامة وتلبية الحاجات العامة للجمهور والوقوف عند حسن ظنهم

1 – لشلق رزيقة، مرجع سابق ، ص: 75.

يفرض على الملتزم ضرورة تنفيذ العقد وفق ما يمليه مبدأ حسن النية وهو ما يكسب الملتزم حصيلة من الحقوق يتقاضاها من الإدارة المتعاقدة و إن كان ذات العقد يجعل المنتفعين من خدمات المرفق محل العقد يتمتعون بجملة من الحقوق خروجا عن القاعدة العامة التي تقتضي بنسبية آثار العقد حفاظا على استمرار ودوام تقديم الخدمات بصفة منتظمة ومستمرة [1].

أولا: آثار العقد بالنسبة للإدارة مانحة الامتياز:

إن جميع الحقوق التي تتمتع بها السلطة مانحة الامتياز والناتجة عن عقد الامتياز هي حقوق مستمدة من طبيعة المرفق العام نفسه فالسلطة الإدارية مسؤولة مسؤولية تامة وكاملة عن سير المرفق العام وهو ما يخولها الحقوق التي تعتبر غير مألوفة بالنسبة للقانون الخاص أما عن السلطات الغير مألوفة فبمقتضى القواعد العامة عملا بنص الفقرة 02 من المادة 847 من القانون المدني الجزائري على انه (للمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فان اثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فان لم يقدمها المنتفع او استمر على الرغم من ذلك فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها بل له تبعا لخطورة الحال أن يقرر انتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير).

أ-سلطة الإشراف والمتابعة:

باعتبار أن الامتياز شكل من أشكال اللامركزية المصلحية فان الملتزم يخضع للرقابة الوصائية التي تعتبر في نفس الوقت حق للسلطة مانحة الامتياز في مواجهة الملتزم وواجب عليها اتجاه المنتفعين من خدمة المرفق فلا يجوز لها التنازل الجزئي أو الكلي عنها كما لا يمكن للملتزم الاحتجاج على السلطة المانحة للامتياز عند ممارستها للرقابة بعدم النص عليها في العقد لان الرقابة حق ثابت للجهة الإدارية المختصة ولو لم ينص عليها العقد وتنقسم الرقابة إلى تقنية ومالية:

1 – نعيمة آكلي مرجع سابق ص 95.

1-الرقابة التقنية:

تتعلق الرقابة التقنية بأشغال إنشاء وإعداد المرفق كما أنالإدارة تراقب مدى احترام الملتزم لقواعد سير المرفق المحددة في دفتر الشروط. لذا يتعين على الملتزم تقديم تقرير سنوي للإدارة المانحة الامتياز وتتحدد كيفية ممارسة هذه الرقابة عن طريق دفتر الشروط.

2-الرقابة المالية:

تتمثل الرقابة المالية في سلطة الإدارة المانحة للامتياز بإعدادها سنويا ويتم من خلالها اطلاع الإدارة المانحة للامتياز على كل الوثائق الضرورية لتحديد التقديرات الخاصة بإيرادات قسم التسيير فضلا عن تفاصيل النفقات وتطويرها بالمقارنة مع السنة الماضية ويتعين على الملتزم التعاون مع الإدارة بتمكينها من الاطلاع على كل ما تطلبه رغم أن الأموال التي يسير بها المرفق العام هي أموال خاصة تعود للملتزم وهاته الرقابة تتضمن أمرين[1]:

- معرفة المعلومات الضرورية عن تسيير المرفق وحالة نشاطه ما يستدعي أن يقوم الملتزم بتسهيل مهمة الموظفين أو المندوبين المكلفين بتقصي المعلومات.

- توجيه التعليمات للملتزم ولفت نظره إذا حاد عن الطريق السوي.

ب-سلطة التعديل:

من المسلم أن جهة الإدارة تملك سلطات في العقود الإدارية لا يملكها المتعاقد معها في نطاق علاقات القانون الخاص وهذه السلطات مردها إلى فكرة المرفق العام و ما يقتضيه سيره وانتظامه وهي ثابتة للجهة الإدارية حتى وان لم ينص عليها العقد وهذا الحق لا يرد إلا على النصوص التنظيمية فقط شريطة أن يكون التعديل وفق ما يلي:

1 - نعيمة آكلي مرجع سابق ص 96.

1- عدم مساس الإدارة مانحة الامتياز بالمزايا المالية للمتعاقد كون الملتزم أبرم العقد على ضوء إمكانياته المالية والفنية ولو تركت حرية الإدارة في التعديل مطلقة لترتب عن ذلك نفورا للمتعاقدين مما يرتب تعطيل خدمات المرافق العامة.

2-أن تكون هناك ظروف مستجدة تبرر التعديل.

3- مراعاة القواعد العامة للمشروعية وذلك من خلال صدور التعديل من السلطة المختصة بإجرائه تماشيا مع الإجراءات الشكلية المقررة قانونا وإلا كان للمتعاقد حق التمسك يبطلان أي تعديل يتم على نحو مخالف لما هو مقرر قانونا بالإضافة إلى ما سبق يشترط أيضا لممارسة حق التعديل ألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد أو تجديد محله بما يختلف عن المحل الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف.

ج-سلطة توقيع الجزاءات على الملتزم:

إن المبدأ العام في تنفيذ العقود هو "حسن النية"[1] حيث يلقى على عاتق المتعاقدين عدم الإخلال بالتزاماتهما فضلا عن ضرورة الحفاظ على سير المرفق العام و أن أي إخلال بالعقد تتولد عنه جزاءات شديدة إما مالية أو قصريه أو إسقاط الامتياز.

1-الجزاءات المالية:

من بين الجزاءات التي توقعها الإدارة المانحة للامتياز على المتعاقد معها الجزاءات المالية وهي عبارة عن مبالغ مالية للإدارة الحق في مطالبة المتعاقد معها بها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية إما لتغطية ضرر مس الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد أو لتوقيع عقوبة عليه لاعتبار أن الجزاءات في عقد الامتياز تستهدف ضمان

1 – لشلق رزيقة، مرجع سابق ، ص: 78.

و تامين سير المرفق العام بانتظام واستمرار وتشمل الجزاءات المالية نوعين: التعويضات والغرامات.

-التعويضات: ويقصد بها تلك المبالغ المالية التي يلتزم بها الملتزم بدفعها للإدارة مقابل إخلاله بالتزاماته دون أن تكون مقدرة مقدما في العقد والهدف منها تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة للخطأ.

-الغرامات التأخيرية: تعرف الغرامات التأخيرية بأنها تعويض جزافي من حق الإدارة توقيعه دون أن تكون ملزمة بإثبات ضرر ما قد لحقها حيث أن هذا الأخير مفترض دائما عن مجرد التأخير ما ينجم عنه عدم اشتراط التناسب بين قيمة الغرامة والضرر الحاصل وتعتبر الغرامة التأخيرية جزء ماليا تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة كوسيلة للتأثير على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته أملا منها في تدارك ذلك تحقيقا لغرض العقد والذي هو تحقيق المنفعة العامة من خلال إشباع الحاجات العامة للجمهور.[1]

2-الجزاءات القصرية: تتمثل هاته الجزاءات في وضع المرفق العام تحت الحراسة نتيجة ارتكاب صاحب الامتياز خطأ جسيم ثابت إذ تحل الإدارة المتعاقدة محل الملتزم المقصر بصورة مؤقتة لتسيير المرفق العام على حسابه ونفقته وتحت مسؤوليته لضمان سير المرفق دون توقف أو انقطاع حيث تنص المادة 38 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر 1998 والمحدد لدفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب على انه (في حالة خطأ جسيم ثابت ارتكبه صاحب الامتياز لاسيما إذا تعرضت المياه والصحة والأمن العمومي للخطر أو عدم أداء الخدمة إلا جزئيا يمكن للسلطة المانحة للامتياز أن تتخذ كل التدابير اللازمة على نفقة صاحب الامتياز وتحت مسؤوليته).

1 - نعيمة آكلي مرجع سابق ص 134.

3-إسقاط الامتياز:

إن الإسقاط هو طريقة من طرق إنهاء عقد الامتياز قبل انقضاء مدة انتهاءه الطبيعية وهو جزاء توقعه السلطة الإدارية المانحة للالتزام بإرادتها المنفردة على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة ارتكبها في إدارته للمرفق كما أن الإسقاط يكون نتيجة لعدم التزام المتعاقد.

4-حق استرداد المرفق قبل نهاية المدة:

من المسلم به أن السلطة الإدارية متى تبين لها أن طريقة الامتياز لم تعد تتفق مع المصلحة العامة التي أنشأ من اجلها المرفق فلها أن تسترده قبل انتهاء مدة عقد الالتزام وذلك عن طريق شرائه من الملتزم مع تعويضه عما لحقه من أضرار ولا يملك الملتزم أن يحتج قبل الإدارة بفكرة الحق المكتسب ولا بقاعدة القوة الملزمة للعقد وإنما تنحصر حقوقه في التعويضات الملائمة.

ثانيا:حقوق الملتزم:

إن التزام المتعاقد مع الإدارة بتسيير المرافق العامة وتسيير الخدمات على حسابه تكسبه مجموعة من الحقوق تعوضه عما تكبده من نفقات وما يواجهه من صعوبات منها قبض المقابل المالي المتفق عليه[1] في العقد والحصول على مزايا المقابل المتفق عليه من والتوازن المالي للمشروع.

أ-قبض المقابل المالي المتفق عليه من المنتفعين:

يعتبر المقابل المالي من أهم حقوق الملتزم في عقد الامتياز لأنه هو الباعث الحقيقي على التعاقد لتسيير المرفق العمومي خاصة بالنسبة لأشخاص القانون الخاص ويحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي في شكل رسوم (أتاوى)[2] يتقاضها من المنتفعين بخدمات المرفق العمومي محل الامتياز وهذه الرسوم تحدد

1 – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص:194

2 – لشلق رزيقة، مرجع سابق ، ص: 81.

مسبقا من طرف السلطة الإدارية ويحدد لها سقفا معينا يتقيد به الملتزم ولا يمكن تجاوزه إلا بإذن مانح الامتياز ولأنها تعتبر من قبيل الشروط التنظيمية وفيما يخص التشريع الجزائري فإن الرسوم أو الأتاوى تعتبر من الشروط التي تحدد من الإدارة مانحة الامتياز مباشرة أو بطريقة غير مباشرة عن طريق تحديد السقف الذي لا يمكن لصاحب الامتياز تجاوزه.

ب-الحصول على المزايا المالية المتفق عليها من الإدارة:

قد يتفق الملتزم والإدارة المانحة للامتياز على بعض المزايا المالية تقدمها هذه الأخيرة وهي حق الملتزم نظير تعاقده والتزامه بتحقيق المصلحة العامة وتعد من صميم الشروط التعاقدية التي لا يمكن أن تستأثر بها الجهة الإدارية وهي من قبيل المزايا التي تتعهد الإدارة بتقديمها للمتعاقد معها وفضلا عن المزايا المالية يمكن للإدارة مانحة الامتياز التعهد بامتيازات أخرى مثل عدم السماح لشخص آخر بممارسة نفس النشاط وفي نفس المنطقة التي ينشط فيها الملتزم وإمكانية استعمال الملتزم للأملاك الموجهة لاستعمال المرفق العام فله القيام بكل الأشغال اللازمة لاستعمال المرفق وله في سبيل ذلك استعمال امتيازات السلطة العامة كأن تخصص للمشروع بعض الأموال العامة أو الخاصة المملوكة لها وتضعها تحت تصرفه أو أن تمنحه احتكارا قانونيا بأن تلتزم بعدم الترخيص لغيره بممارسة نفس النشاط.

ج-الحفاظ على التوازن المالي للمشروع:

إن المقابل المالي المحدد في العقد مبدئيا لا يمكن تغييره فالمتعاقد مع الإدارة شأنه شأن الإدارة يجب عليه أن ينفذ التزاماته بالثمن المتفق عليه إلا أن بعض الأحداث غير المتوقعة يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة وتؤدي إلى تغير ومنع العقد فتجعل تنفيذه باهظ التكلفة للمتعاقد مع الإدارة وقد تنتهي بإفلاسه.

إن هذه الوضعية قد تكون الإدارة هي مصدرها بما لها من سلطة التعديل بإرادتها المنفردة دون حاجة للحصول على موافقة الملتزم المسبقة. كما يمكن أن يتعلق الأمر بظروف لا دخل للإدارة فيها لكنها تنعكس أيضا على التوازن المالي

للعقد[1].هذه الوضعية تؤدي إلى عجز المتعاقد مع الإدارة على مواصلة الوفاء بالتزاماته وهنا يؤدي إلى انقطاع عمل المرفق العمومي. إلا أن حرص الإدارة المتعاقدة على تسيير المرفق العمومي محل الامتياز بانتظام واطراد يعطي للملتزم الحق في المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد من خلال تعويضات من الإدارة حتى لا يتحمل وحده ما ينتج من أعباء جديدة وهذا طبعا حماية له وهذا نوع من أنواع التشجيع على التعاقد مع الإدارة ويستند الملتزم في طلبه للتعويض من الإدارة إلى نظريتين:

***نظرية فعل الأمير:**

وفحواها أن ما يزيد من أعباء على عاتق الملتزم ناتجا عن الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة سواء كانت إجراءات مباشرة أي تتعلق بعقد الامتياز كالتعديلات التي تفرضها في العقد أو غير المباشرة مثل تقرير غلق طريق يوجب على الملتزم استعمال طريق أطول يكلفه مصاريف أكثر أو زيادة الضرائب ورسوم الجمارك التي تكون لها تأثير على سعر السوق ولكي تطبق نظرية فعل الأمير يجب أن تتوفر ثلاثة شروط هي:

-حدوث تغير في التوازن المالي للعقد بسبب تدخل الإدارة

-أن تكون الإدارة هي المسؤولة عن التغير في التوازن المالي وتدخلها لم يكن متوقعا.

-إذا توفر الشرطان السابقان يستطيع الملتزم طلب فسخ العقد إذا كان الفعل يجعل تنفيذ العقد مستحيلا أو مرهق بالنسبة لصاحب الامتياز أو أن له الحق في الاستمرار في تنفيذ العقد مع التعويض الكلي للأضرار التي لحقته.

1 - أحمد محيو، مرجع سابق، ص: 387.

***في حالة الظروف الطارئة:**

تعتبر الظروف الطارئة مستقلة عن إدارة أطراف العقد فقد يحصل أن تستجد خلال مرحلة تنفيذ العقد ظروف اقتصادية تتسبب في أعباء مالية[1] تستوجب مساندة الإدارة له ويكون ذلك بتحملها جزء من العجز وحتى يستطيع الملتزم أن يستند على هذه النظرية المطالبة بالتعويضات يجب أن تتوفر مجموعة من العناصر في الحدث لوصفه بأنه ظرف طارئ وهي:

-أن يكون الحدث غير متوقع وغير عادي وأن يكون خارجا ومستقلا عن إرادة المتعاقدين هذا وقد أكد القضاء الجزائري هذا الشرط.

-أن يؤدي الحدث إلى إلحاق عجز مستمر وجسيم بالملتزم إذ أن مجرد ضياع الربح لا يسمح بتطبيق هذه النظرية[2]. إن الهدف الحقيقي من التوازن المالي للعقد والذي يتحقق بالتعويضات التي تدفعها الإدارة للملتزم هو استمرار الملتزم في تنفيذ العقد أي في تسيير المرفق العام وهذا استنادا للمبدأ العام الذي يحكم المرفق وهو الاستمرارية وعليه فان كل من فعل الأمير والظروف الطارئة لا يوقفان تنفيذ العقد فلا يمكن للملتزم أن يتخلى عن تنفيذ التزاماته إلا في حالة القوة القاهرة كما أنه بالإضافة إلى التزامه بتسيير المرفق بصفة مستمرة فانه ملزم بتسييره بنفسه فلا يحق له التنازل عن تسييره لأي كان دون موافقة الإدارة مانحة الامتياز لان سبب اختياره للتعاقد معها كان على أساس شخصه وما يحققه من شروط وضمانات لتحقيق الهدف من التعاقد.

ثالثا: حقوق المرتفقين

إن الهدف من الامتياز هو ضمان سير واستغلال مرفق عام يقدم خدمة عمومية للمرتفقين ويشبع حاجياتهم و الأصل أن الإدارة هي التي تقوم بتسيير المرفق العام بنفسها و إن فوضت هذا المرفق لشخص آخر عن طريق الامتياز فهي صاحبة

1 – أحمد محيو، مرجع سابق، ص:390.

2 – أحمد محيو، مرجع سابق، ص: 393.

السلطة في الامتياز فللمرتفقين الحق في مواجهتها ومواجهة الملتزم في حال الإخلال.

أ-حقوق المرتفقين في مواجهة السلطة مانحة الامتياز:

اعتبارا لما تتمتع به الإدارة مانحة الامتياز من سلطات تفرض عليها السهر على تحقيق المنافع التي من أجلها أنشئ المشروع فان المرتفقين يتمتعون بحق أساسي يتمثل في مطالبتها باستعمال حقوقها لإجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته وضمان المبادئ الأساسية (الاستمرارية والمساواة بين المرتفقين والتكيف مع التحولات) كما يستطيع المرتفقون توجيه طلب إلى القضاء بإلغاء القرارات الصادرة عن الإدارة والتي قد تخول للملتزم حق مخالفة ما يرد في عقد الامتياز الإداري من شروط ولهم أيضا الحق في طلب إلغاء القرارات الضمنية والتي تكون نتيجة لرفض الإدارة التدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الحق وتحقيق مبدأ المساواة في المعاملة بين المنتفعين بالإضافة إلى هذا يجب على المرتفقين مراقبة الإدارة إذا ما قصرت في ممارسة مراقبة الملتزم حتى لا تزيد أرباحه على الحد المعقول عن طريق الطعون الإدارية والقضائية كما يحق أيضا للمنتفعين في حال إخلال الملتزم بالبنود التنظيمية تقديم طعن يتعلق بتجاوز السلطة يرمي إلى إبطال القرارات الإدارية المخالفة للبنود التنظيمية.[1]

ب-حقوق المرتفقين في مواجهة الملتزم:

يعتبر صاحب الامتياز نائبا عن السلطة العامة في تسيير و استغلال المرفق العام بالتالي توفير الخدمات التي خصص لها كما يقع عليه واجب أداء الخدمات بالشكل والنوعية المطلوبة مع ضرورة توفيرها بصورة مستمرة ودائمة بطريقة متساوية بين جمهور المستفيدين بالتالي الانتفاع بها وهو ما يترجم حقوق المنتفعين في مواجهة مقابل دفعهم جانبا من الرسوم المحددة في دفتر الشروط و إن أول حقوق

1 - نعيمة آكلي مرجع سابق ص 137.

المنتفعين هو حق الانتفاع بالخدمة كما أن هناك مبادئ جديدة أصبحت تحكم المرافق العامة كالشفافية ونوعية الخدمات وهي عناصر تؤدي إلى إرضاء مستخدمي المرفق.

المبحث الثاني

طريقة الاستغلال المختلط(شركات الاستغلال المختلط)

تتعدد طرق إدارة المرافق تبعا لتعددها مرافق عامة إدارية و أخرى استثمارية واجتماعية والسلطة العامة لها اختيار الطريقة التي تراها ملائمة لتسيير المرفق العام و إن الشكل أو الوسيلة المختارة لإدارة المرفق العام لا ترتبط بطبيعته و إن كانت هناك بعض الوسائل التي تعتبر أكثر ارتباطا من غيرها ولقد شكلت الشركات إحدى الإدارات التي تولي تسير المرافق العامة و سنتناول في هذا المبحث مطلبين:

- المطلب الأول:تعريف شركات الاقتصاد المختلط
- المطلب الثاني: حالات إتباع سياسة شركات الاقتصاد المختلط

المطلب الأول

تعريف شركات الاقتصاد المختلط

يعرف عقد شركات الاقتصاد المختلط بأنه (عقد يهدف بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة تتعلق بتمويل مشروع من مشروعات المرفق العام وإدارتها واستغلالها وتشغيلها وصيانتها تبعا لذلك طوال مدة العقد مقابل جعل مالي تدفعه إليه جهة الإدارة بشكل متتالي طوال مدة العقد).

ويعرف كذلك على انه (شخص معنوي متميز من أشخاص القانون الخاص ذات تطبيقات خاصة يشترك في تكوين رأسماله وإدارته أحد أشخاص القانون العام مع أحد الأفراد والشركات الخاصة بغية تحقيق مهمة ذات نفع عام أو إدارة مرفق عام).

كما يعرف كذلك على أنه (عبارة عن تلاقي إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه)[1].

1 – لشلق رزيقة، مرجع سابق، ص: 113.

ويعرفه الأستاذ حمدي القبيلات بأنه (طريقة يدار فيها المرفق العام بواسطة شركة تجارية يساهم فيها كل من السلطة العامة و الأفراد وتتخذ هذه شركة مساهمة تخضع لأحكام القانون التجاري ويتم إنشاؤها بقانون أو بناء على قانون وتخضع لجميع المبادئ التي تحكم المرافق العامة)[1].

إن شركات الاقتصاد المختلط تحتاج إلى تدخل السلطة التشريعية من أجل تامين الإعتمادات اللازمة والترخيص للإدارة بالمساهمة بأعمال تجارية لأجل إنشاء المرفق العام وتكليف الشركة في الحالات التي تكلف فيها بإدارة مرفق عام.

ولقد ظهرت شركات الاقتصاد المختلط في القرن التاسع عشر أي تعتبر حديثة نوعا ما و بالتحديد في ألمانيا إلا أن تطبيقها الأول كان في فرنسا وكانت أول شركة هي شركة بترولية وكان الهدف منها هو تأمين الأنشطة الضرورية للبلاد و إشباع الحاجات الأساسية التي يعجز الأفراد عن القيام بها.

وتؤسس شركة الاقتصاد المختلط في شكل شركة جديدة أو بتأميم شركة خاصة أو عن طريق الخصخصة الجزئية أي عن طريق بيع بعض الأسهم إلى الخواص.

ولشركات الاقتصاد المختلط نظام قانوني خاص ومتميز يرجع إلى أن أشخاص القانون العام مشاركون في أغلبية رأسمالها وإلى أنها تدير نشاط يحقق المصلحة العامة يقتضي أن تكون القواعد الخاضعة لها تختلف عن القواعد التي تخضع لها الشركات التي تدير أنشطة خاصة وتسعى إلى تحقيق مصالح شخصية فرأسمال الشركات المختلطة يتكون كسائر شركات المساهمة من مجموعة متساوية من الأسهم إلا أن الدولة تمتلك أغلبية الأسهم و الأسهم المتبقية يمتلكها أشخاص القانون الخاص حيث أن الأسهم التي تمتلكها الدولة غير قابلة للتداول ولا يمكن التنازل عنها في حين أن أسهم أشخاص القانون الخاص يمكن التداول فيها وفق شروط محددة.

1 – لشلق رزيقة، مرجع سابق، نفس الصفحة.

المطلب الثاني

حالات إتباع سياسة شركات الاقتصاد المختلط

قد تقتضي متطلبات التنمية الوطنية توجيه الدعوة إلى القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي للتعاون مع القطاع العام في إطار قانوني يتجسد في شركة مساهمة يكون رأسمالها مشتركا بين أحد أشخاص القانون الخاص وإحدى الهيئات العامة، وغالبا ما يتعلق موضوع النشاط بالمجال التجاري أو الصناعي.

ويعتبر أسلوب الاستغلال المختلط حديثا نسبيا، ولقد عمدت إتباعه كثير من الدول النامية في الفترة الأخيرة خاصة بعد ظهور عيوب أسلوب الاستغلال المباشرة والمتمثلة أساسا في بطء وتعقيد إجراءاته وعدم ملائمتها لقواعد السوق وأحكام المنافسة.

وحتى أسلوب الامتياز لم يخل هو الآخر من عيوب تمثلت في اهتمام الملتزم فقط بتحقيق الربح وعدم تقييده في الغالب بالشروط التي تحددها الإدارة لذا بات من اللازم ألا ترفع الدولة يدها عن إدارة المرافق العامة كليا وتعهد بها إلى أشخاص القانون الخاص من جهة وألا تنفرد بإرادتها من جهة أخرى، بل لابد من حل وسط ولا يكون ذلك إلا عن طريق أسلوب الشركات المختلطة، وفحوى هذا الأسلوب أن لا تنفرد الإدارة بتسيير المرفق العام، ولا أن ينفرد الفرد أو الشركة بالتسيير وإنما يشتركان معا بالقيام على تسيير المرفق العام.

يقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك الدولة أو أحد الأشخاص العامة مع الأفراد في إدارة مرفق عام، ويتخذ هذا الاشتراك صورة شركة مساهمة تكتتب الدولة في جانب من أسهمها على أن يساهم الأفراد في الاكتتاب بالجزء الآخر.[1]

ومثال هذا النوع من إدارة المرافق ما نصت عليه المادة الثانية 02 من المرسوم التنفيذي 96-118 المؤرخ في 06 أفريل 1996 المعدل والمتمم للمرسوم 87-159 والمتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في مجال التنقيب حيث جاء فيها أن

1 – مازن راضي ليلو،القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، سنة 2008، ص: 103.

شكل الشراكة بين المؤسسة الوطنية والشريك أو الشركاء الأجانب يتخذ صورة شركة مساهمة وتخضع للقانون الجزائري.

و تقوم طريقة الاستغلال المختلط في إدارة المرافق العامة الصناعية والتجارية على تضافر وتكاتف الرأسمال العام و الرأسمال الخاص في إدارة وتسيير المرفق من خلال إحداث جهاز مختلط مثل شركة اقتصادية مختلطة حيث تحوز الإدارة العامة أغلبية رأسمال أكثر من 50% لتتمكن من المراقبة والإشراف وتدل التجربة المقارنة على محدودية استعمال هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة، وتلجأ الإدارة العامة لإتباع هذه الطريقة في الحالات التالية:

1. حالة إتباع سياسة اقتصادية أو اجتماعية معينة تستلزم توجيه نشاط اقتصادي معين يتولاه القطاع الخاص عندما لا ترى جدوى من تأميمه وذلك من خلال تدخلها بموجب حصولها وامتلاكها لجزء من السلطة العامة التي تمليها مقتضيات المصلحة العامة ما يمكنها من مراقبة النشاط من الداخل أو توجيهه عندما تكون مالكة لأغلبية الأسهم.
2. حالة استعمال هذا الأسلوب من البداية لدى إنشاء الإدارة العامة لهذا النوع من الشركات المختلطة مع إتاحتها الفرصة والإمكانية للقطاع الخاص بالمساهمة في رأسمالها اعتقادا منها أن القطاع الاقتصادي(التجاري و الصناعي) يتطلب آليات القانون الخاص.
3. الحالة التي يتجلى للإدارة مانحة الامتياز أن الملتزم أصبح غير قادر لوحده على تسيير المرفق العام فيمكنها، بالاتفاق معه، التحول من طريقة الامتياز إلى طريقة الاستغلال المختلط(كما هو الحال في قطاع السكك الحديدية بفرنسا) لتتمكن من دعمه ماليا من جهة، والإشراف من جهة أخرى.

و تخضع شركات الاقتصاد المختلط لرقابة الدولة، على اعتبار أن أغلبية رأسمال الشركات المختلطة مملوكة من قبلها، وبالتالي فإنها تخضع لرقابة ديوان المحاسبة والوزارات المختصة بواسطة مفوض الحكومة والمراقب المالي.[1]

1 – رزيقة لشلق، مرجع سابق، ص: 126.

إن سياسة اتباع الطرق الخاصة في عملية تسيير المرافق العامة من قبل الدولة لدليل قاطع على أنها تسعى إلى عصرنتها ومواكبة تطوراتها السريعة الحاصلة اتجاهها لا سيما المرافق العامة ذات الصبغة الاقتصادية فعقد الامتياز يمكن أفراد القانون الخاص من الولوج في عالم التنمية الاقتصادية عن طريق تقديم خدمات من شأنها إشباع الحاجات العامة للجمهور، كما أن الشركات المختلطة تسعى إلى تحقيق الأرباح التي تشكل الحافز الأكبر لمشاركتها من دون أن تستغني عن إمكانيات الدولة وامتيازاتها.

الخـــــــــــــاتمة :

للمرافق العامة مكانة هامة في القانون الإداري كونها تؤدي دورا هاما في إشباع الحاجات العامة للمجتمع وعن طريقها تتمكن السلطة العامة من تحقيق الصالح العام.

ومن السائد سابقا أن الدولة هي من يتولى إدارة المرافق العامة بنفسها ولم تكن تسمح لأي جهة أخرى أن تديرها إلا على سبيل الاستثناء ذلك أن الدولة تأخذ على عاتقها القيام بكل الأنشطة إشباعا لحاجات أفراد المجتمع.

وعليه انقسمت طرق إدارة المرافق العامة إلى قسمين طرق عامة وطرق خاصة تشكل إطارا قانونيا للعقود التي تتولى إدارة المرافق العامة الاقتصادية لاسيما من قبل أشخاص القانون الخاص ولا يزال نظامها القانوني في طور البناء وهو نظام حديث وقابل للتطور ويتميز بمرونة تجعله ملائما لجميع العقود.كعقد الامتياز وشركات الاقتصاد المختلط.

إلا أن الأساليب الخاصة لإدارة المرافق العامة لمسنا فيها بعض الثغرات التي يجب إعادة النظر فيها أهمها:

- أن تفويض المرفق العام تشوبه عدة ثغرات تتعلق بالنظام القانوني الذي تخضع له مثل عدم وضع ضمانات لحماية حقوق الأفراد وعدم تعسف الإدارة.

- إن طول مدة العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة الاقتصادية يؤدي إلى انعدام التوازن المالي للعقد مع بروز ظروف طارئة لا يمكن توقعها وقت إبرام العقد مما يدفع الدولة إلى التدخل بصورة دورية للحفاظ على التوازن المالي لهذه العقود بهدف تأمين استمرارية تشغيل المرافق العامة.

- غياب الرقابة الفعالة والتي تتسبب في عدم ضبط التعريفات المفروضة على المواطنين لقاء الخدمات التي تقدمها الشركات المختلطة.

ومن خلال ما سبق ارتأينا تقديم بعض الاقتراحات والتي قد تؤدي إلى تحسين طرق التسيير وهي كالتالي:

- إعادة النظر في القوانين التي تنص على تفويض المرافق العامة وإعطائها طابع أكثر إلزامية ووضع ضمانات لحماية حقوق الأفراد وعدم تعسف الإدارة.

- ضبط وتحديد معايير للمرافق العامة القابلة للتفويض والغير قابلة للتفويض.

- وضع نظام قانوني شامل لتفويض المرافق العامة وتحديد دفاتر شروط نموذجية خاصة بتسييرها.

- تأطير استعمال الأموال العمومية الموجهة للخدمة العمومية وإدارة المرافق العامة.

- تحديد مدة العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة إذ لا يجوز أن تكون مدتها طويلة.

-إخضاع إدارة المرافق العامة لرقابة شاملة لاسيما رقابة مجلس المحاسبة.

- وضع قانون عام يحكم تفويض المرافق العامة ويميز بين أنواعها: عقد التسيير، عقد الإيجار، عقد الامتياز، الاستغلال المباشر ويعرفها تعريفا دقيقا.

- تحديد وضبط التعريفات التي يحصلها أشخاص القانون الخاص الذي تسند لهم إدارة المرافق العامة.

- اعتماد الطرق الحديثة في إدارة المرافق العامة والتخلي عن بعض الطرق التقليدية لا سيما طريقة امتياز المرافق العامة في صورتها التقليدية.

- تفعيل طريقة الشركات المختلطة لإدارة وتسيير المرافق العامة.

وفي الأخير يبقى هذا البحث بالرغم من أهميته الرامية إلى عصرنة المرافق العامة وتحسين خدماتها اتجاه الجمهور والعمل أكثر على الرقي بها وتطورها في المجالات ورغم الصعوبات التي واجهتني إزاء عملية تقسيم البحث ورغم الجهد المبذول في إعداده بحثا متواضعا ونتمنى أن يكون نقطة مواصلة للباحثين والدارسين في المواضيع المتعلقة بالمرفق العام وتفويضاته.

قائمة المراجع

أولا: النصوص القانونية:

1. الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/28، المتضمن القانون المدني الجزائري ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 1975/09/30 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 01/89 المؤرخ في 1989/02/07، ج ر عدد 6 الصادرة بتاريخ 1989/02/08.
2. أمر رقم: 03/06 مؤرخ في 2006/07/15 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر رقم: 46 صادرة بتاريخ: 2006/07/16.
3. قانون 01/06 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في:2006/02/20 ،ج ر رقم:14 الصادرة في:2006/03/08 .
4. قانون البلدية 10/11 المؤرخ في:2011/06/22 ج ر رقم:37 صادرة في:2011/07/03
5. قانون الولاية 07/12 المؤرخ في:2012/02/21 ج ر رقم:05 صادرة في:2012/02/29
6. قانون رقم 01/16 مؤرخ في 2016/03/06 يتضمن تعديل الدستوري الجزائري ،ج ر رقم:14 صادرة في: 2016/03/07.
7. مرسوم رئاسي رقم:15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في:2015/09/16 ج ر رقم:50 المؤرخة في:2015/09/20.

ثانيا:الكتب العربية:

أ- الكتب باللغة العربية:

1. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
2. مازن راضي ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، سنة 2008.
3. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر، عنابة، الطبعة 2،2004.
4. محمد فاروق، عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1987.
5. ناصر لباد،الوجيز في القانون الإداري والتنظيم والنشاط الإداري ، الطبعة 1، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
6. عمار عوابدي، القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة3، 2003.
7. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار الجسور للنشر، الجزائر، الطبعة2 ،2007.
8. عبد الصمد عبدربه، مبادئ القانون الإداري الجزائري والتنظيمات المحلية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008.
9. علاء الدين عشي، مدخل للقانون الإداري، دار الهدى للطباعة، الجزائر،2012.
10. سليمان الطماوي، كتاب مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي،القاهرة، سنة1979.

11. طاهري حسين، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة 1، دار الخلدونية،2007.
12. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010.

ب- الكتب باللغة الفرنسية:

1. Joelcarbajo, droit des services publiques 3eme edtiondalloz paris 1997.

ج- المذكرات:

1. زعيم إيمان،مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري بعنوان: الطرق المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة ــ عقد البوت نموذجا ــ ، جامعة محمد خيضر بسكرة،ــ السنة الجامعية 2014/2013.
2. لشلق رزيقة،مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري بعنوان: تفويض المرفق العام للخواص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2014/2013.
3. آكلي نعيمة،مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري بعنوان: النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2013/2012.

د- المحاضرات:

1. فتحي مجيدي، محاضرات في القانون الإداري، ألقيت لطلبة السنة الثانية حقوق ــ جامعة زيان عاشور، الجلفة للموسم الجامعي 2009-2010.

2. جابر صالح، ملخص محاضرات في مقياس المرافق العامة والضبط الإداري، سنة ثانية ماستر قانون إداري، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، السنة الجامعية 2016 – 2017.

فهرس

المحتويات

الموضوع		الصفحة
مقدمة		أ ب ج د
المبحث التمهيدي	ماهية المرافق العامة	5
المبحث الأول	مفهوم المرافق العامة	5
المطلب الأول	تعريف المرافق العامة	5
الفرع الأول	المعيار العضوي (الشكلي)	6
الفرع الثاني	المعيار الموضوعي (المادي)	6
المطلب الثاني	عناصر المرافق العامة	7
الفرع الأول	المرفق العام مشروع عام تنشؤه الدولة	7
الفرع الثاني	هدفه المصلحة العامة	7
الفرع الثالث	خضوعه السلطة العامة	8
الفرع الرابع	خضوع المرافق العامة لنظام قانوني خاص	8
المطلب الثالث	أنواع المرافق العامة	9
الفرع الأول	المرافق العامة الإدارية	9
الفرع الثاني	المرافق العامة الإقتصادية (الصناعية والتجارية)	9
المبحث الثاني	المبادىء العامة التي تحكم سير المرافق العامة	10
المطلب الأول	مبدأ إستمرارية المرافق العامة	10
المطلب الثاني	مبدأ المساواة المنتفعين المرافق العامة	11
المطلب الثالث	مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير	11
الفصل الأول	الطرق العامة لتسيير المرافق العمومية (الإدارة المباشرة)	13
المبحث الأول	الإستغلال المباشر	13
المطلب الأول	تعريف الإستغلال المباشر	13
المطلب الثاني	النتائج القانونية للإستغلال المباشر	14
المبحث الثاني	أسلوب المؤسسة العمومية	15
المطلب الأول	مفهوم المؤسسة العمومية	15
الفرع الأول	تعريف المؤسسة العمومية	16

الفرع الثاني	أنواع المؤسسات العمومية	17
المطلب الثاني	إنشاء وإلغاء المؤسسة العمومية	18
الفرع الأول	الإنشاء	19
الفرع الثاني	الإلغاء	21
الفصل الثاني	الطرق الخاصة لتسيير المرافق العمومية	22
المبحث الأول	طريقة الإلتزام ـــ الإمتياز ـــ لتسيير المرافق العمومية	22
المطلب الأول	مفهوم عقد الإلتزام	23
الفرع الأول	تعريف عقد الإلتزام	23
الفرع الثاني	عناصر عقد الإلتزام (الإمتياز)	27
الفرع الثالث	أركان عقد الإلتزام (الإمتياز)	28
المطلب الثاني	إنشاء عقد الإلتزام وتكييفه وطرق إنهائه	32
الفرع الأول	الإنشاء	32
الفرع الثاني	تكييفه القانوني	36
الفرع الثالث	نهاية عقد الامتياز الاداري	38
المطلب الثالث	الآثار المترتبة عن عقد الإلتزام (الإمتياز)	42
المبحث الثاني	طريقة الإستغلال المختلط (الشركة المختلطة)	52
المطلب الأول	تعريف شركات الاقتصاد المختلط	52
المطلب الثاني	حالات إتباع سياسة شركات الاقتصاد المختلط	54
الخاتمة		57
قائمة المراجع		59

ملـــخـــــــــص

وجدت المرافق العامة منذ وجود الدولة وأخذت مضامين متعددة إلى أن تبلور مفهومها وأصبحت معيار لتطبيق القانون الإداري إلى غاية ظهور المرافق العامة الاقتصادية.

إن المرافق العمومية أضحت متنوعة ومتعددة فمن البديهي أن تختلف طرق إدارة كل نوع منها حسب النظام السائد في كل دولة فباختيار الإدارة لهذه الأنواع فإنها تختار الطريقة الملائمة لإدارتها سواء تعلق الأمر بطرق التسيير العامة كما هو الحال في طريقتي الاستغلال المباشر والمؤسسة العامة أو تعلق الأمر بطرق التسيير الخاصة وفيها يساهم ويتولى الأشخاص الخاصة (طبيعيين أو معنويين) إدارة المرافق العامة كأسلوب الامتياز وشركات الاقتصاد المختلط أمام عجز الدول الفقيرة عن توفير الأموال اللازمة لتمويل كافة مشاريع البنية الأساسية وإدامة تشغيلها.

إلا أن تفويض إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص لا يعني تخلي الشخص العام عن المرفق العام المرتبط به بل يبقى مسؤولا عن حسن إدارته وتأمين استمرارية تشغيله لذلك تمارس رقابة على إدارة الأشخاص الخاصة للمرافق العامة.

Résumé :

les établissements publics ont trouvé depuis l’existence de l’état et des implications multiples jusqu'à leur concept être cristallisé, et devenu la norme pour l’application du droit administratif jusqu’à l’émergence des services publics économiques.

Les établissements publics est devenu diversifié et multi il est évident que la gestion de chaque type de routes varient selon le système en vigueur dans chaque pays en choisissant la gestion de ces types, ils choisissent la façon appropriée de gérer si cela signifie que la direction générale, comme cela est le cas dans ma façon d’exploitation directe et institution publique ou suspendent dans les moyens de gestion ce qui contribue à des personnes et doivent privé la gestion (physique ou morale) des services publics comme un moyen de sociétés de concession

et de l'économie mixte devant l'incapacité des pays pauvres à fournir les fonds nécessaires pour financer tous les projets d'infrastructure et soutenir l'opération.

Toutefois, le mandat de la gestion de l'établissement public à une personne de droit privé ne signifie pas l'abandon de la personne publique d'utilité publique qui lui est associée, mais reste responsable de la bonne gestion et assurer l'exécution de la continuité pour elle exerce un contrôle sur la gestion des personnes pour les établissements publics.

Abstract:

Found public facilities since the existence of the state and took multiple implications until the crystallization of the concept and became a standard for the application of administrative law to the emergence of public economic facilities.

The public facilities are becoming diverse. It is obvious that the methods of management of each type vary according to the prevailing system in each country. In selecting the management of these species, administration choose the appropriate method for managing them. Whether the subject is the general management methods, as in the two methods of direct exploitation and the public institution, or the subject of Private and natural persons (private or public) contribute and manage public facilities as a method of excellence and mixed economy companies in the face of the inability of poor countries to provide the necessary funds to finance and sustain all infrastructure projects.

However, delegating the administration of the public facility to a private law person does not mean that the public person abandons the public facility associated with it, but remains responsible for its proper management and continuity of operation, thus exercising control over the management of private persons for public facilities.