

تحديث المرفق العام عن طريق التفويض في الجزائر

بركبية حسام الدين

طالب دكتوراه

بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان- الجزائر

Email Hossamberrekbia@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/05/10 تاريخ القبول للنشر: 2019/05/30

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد الإطار العام لتقنية تفويض المرافق العامة في الجزائر، كمفهوم جديد ومستقل يوطر مجموعة من العقود وفق مرتكزات قانونية راهنت عليه من أجل توسيع الاستثمار في مجال المرفق العام، وذلك تأثراً بالتجربة الفرنسية والتي عرفت مرافقها العمومية تنمية جد فعالة منذ اعتماد هذا الأسلوب في التسيير وذلك لكونه يحقق العديد من النتائج الإيجابية. و نجاح هذا الأسلوب مرهون بمجموعة من المعطيات المتعلقة بالسلطة المفوضة والمفوض له، أهمها تكريس نظام قانوني يضمن حسن اختيار المفوض له وفق مبادئ المنافسة والشفافية، ويضمن حسن تنفيذه وفقاً للمبادئ العامة المتصلة بعمل المرفق العام .

الكلمات المفتاحية: عقد التفويض، المرفق العام، الاستثمار، السلطة المفوضة، المفوض له.

Abstract

This study aims to determine the general framework of the technical delegate of public service in Algeria; a new and independent concept frames the range of contracts in accordance with legal foundation, bet on him to expand of investment in the field of public service. And it affected the French experiment. Which is known as the public facilities, the development of very effective since the adoption of this method of management in order to achieve as many positive results? Nevertheless, the success of this system is closely related to many criteria linked to the delegate authority as well as to the delegated person himself among these criteria we can notice the Implementation of a legal regime that guarantees the good choice of the delegated person, according to the principles of competition and transparency but that should essentially guarantee its good execution according to general principles related to the function of the public service.

Keys words: Contract delegated, public service, the investment, the delegate authority, delegated person

مقدمة:

إن التحولات الجديدة للمرافق العامة فرضت اعتماد خيارات جديدة للتنمية تتجلى في المردودية، والتي تتيح لكل المرافق تنمية إمكانياتها وتوجهها نحو الإنتاجية والمردودية و تحسين طرق الإدارة وضبط الموارد.

فلمرفق العام اليوم لم يعد مطالب فقط بتحقيق المصلحة العامة، بل أصبح أيضا كالمؤسسات الخاصة مطالب بتحقيق مردودية مالية تسمح باستمراره.

فموضوع المردودية كطلب جديد للمرفق العام وضرورة موازنته مع المصلحة العامة، هو موضوع قانوني لأنه يدرس الآليات القانونية المستعملة لتفعيل المرافق العامة والتي تزيد من مردوديتها، وسواء كانت مرافق اقتصادية أو إدارية فالهدف هو البحث عن السبل والطرق الأمثل لتأطير هذه المردودية التي تحمل خصوصية المصلحة العامة.

وتفويض المرفق العام ما هو إلا أسلوب للتسيير يعبر عن الانتقال من طريقة الإدارة المباشرة إلى طرق الإدارة غير المباشرة لتسيير المرافق العمومية، ويرجع السبب الرئيسي لهذا الانتقال في تقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية، والذي تجسد قديما في عقد الامتياز كبديل للإدارة المباشرة، وحاليا في عقود تفويض المرفق العام والتي تخضع لنظام قانوني موحد ومستقل يضم العديد من الصور منها عقد الامتياز.

هذه النظرة المستحدثة لتسيير المرفق العام عن طريق التفويض، كانت نتيجة لاجتهادات فقهية و قضائية توجت بإصدار نص قانوني في فرنسا وانتقل إلى الجزائر من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ولكن إلى أي حد يمكن لتفويض المرفق العام الذي حمّله المشرع أن يعالج الاختلالات التي تعاني منها المرافق العمومية في الجزائر بشكل عام ويرفع من فعالية أدائها؟

سيتم معالجة هذا الموضوع وفق مبحثين:

المبحث الأول: تأطير عقود تفويض المرفق العام

المبحث الثاني: مبررات استحداث نظام تفويض المرفق العام

المبحث الأول: تأطير عقود تفويض المرفق العام

إنَّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، ليس ناتج من فراغ، بل جاء ليجيب على عدة تحديات تواجه المرافق العمومية سواء الوطنية أو المحلية، محاولاً تجاوز الوضعية المتأزمة لهذه المرافق ومعالجة الاختلالات التي تعيشها، ولكن قبل التطرق إلى مبررات استحداث أسلوب التسيير المفوض للمرفق العام يجب الوقوف أولاً عند الإطار المفاهيمي لهذا الأسلوب.

إنَّ مسألة تحديد مفهوم تفويض المرفق العام، هي من الأمور الهامة والضرورية، باعتبار أن تكوين أي نظام قانوني إنما يستند في وجوده إلى مفهوم واضح يحدد العناصر التي يقوم عليها من جهة و يميزه عن المفاهيم المشابهة من جهة أخرى، خاصة وأنه في حقل إدارة و تسيير المرفق العام طرق عديدة ومتنوعة للتسيير.

ولقد كرس المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 نظامه القانوني لتفويض المرفق العام، حيث شمل هذا المرسوم على تفصيل لتقنية التفويض من حيث تحديد تعريفها(المطلب الأول) والأسس التي يقوم عليها(المطلب الثاني) و صورته (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف عقد تفويض المرفق العام

أثار ظهور فكرة التفويض غموضاً حول مضمونها ومداهما فقد أثارت تساؤلات حول هل أن أي نقل لمهمة تنفيذ مرفق عام يدخل في مضمون فكرة التفويض التي جاء بها المشرع؟ أم أنه يتحدد مضمون هذه الفكرة بأنواع معينة من العقود تتوفر فيها عناصر محددة، خاصةً أمام تعدد معاني التفويض في الحق العام. واستناداً لما تقدم

تباينت و تعددت التعاريف الفقهية لتقنية تفويض المرفق العام، إلى أن حسم المشرع الأمر في نهاية المطاف بإيراده تعريفاً لتفويض المرفق العام.

الفرع الأول: معنى التفويض في حق العام

إن عبارة تفويض المرفق العام، حلت تدريجياً في قاموس القانون الإداري، مكان عبارة إدارة المرافق العامة بطريقة غير مباشرة *la gestion indirecte* وذلك كتعبير يجمع عدة وسائل لإدارة المرفق العام.²

وهذا التعبير يختلط ويشترك لفظياً مع مؤسسة قانونية أخرى لها جذورها التاريخية ومكانتها في القانون العام سواء في القانون الإداري أو القانون الدستوري هي:
- يرتبط التفويض مبدئياً بفكرة السيادة التي تجد أساسها في تفويض الشعب كصاحب السيادة إلى الحاكم بممارسة وظائف ومظاهر السيادة.³

- أما المعنى الثاني للتفويض يكمن في العمل و العلاقة بين المؤسسات الدستورية و التعاون القائم بينها، لاسيما بين السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية، وذلك في التفويض الذي تمنحه السلطة التشريعية للحكومة في مواضيع تدخل أصلاً في اختصاصها، ومن خلال المادة 132 من الدستور والتي تحول لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر. فهذا يعتبر تفويض دستوري.

- أما المعنى الثالث الذي يحمله التفويض فيتمثل في تنظيمه العمل داخل إدارات و أجهزة الدولة كشخص معنوي عام، كالتفويض الممنوح من الرئيس للمرؤوس. والمتمثل في تفويض الاختصاص وتفويض التوقيع.

- أما المعنى الرابع للتفويض فإنه يظهر في كونه وسيلة لتنظيم وظائف السلطة التنفيذية على الصعيد اللامركزية وكذلك على صعيد عدم التركيز المعبر عنها بالمؤسسة العامة.

لكن التفويض لا يقتصر على هذه المعاني التي تدخل في إطار تنظيم العمل بين السلطات الدستورية أو في تنظيم العمل المؤسساتي داخل السلطة الواحدة، بل يمتد ليشمل بمعناه أيضا الأداة لتنفيذ المرافق العامة عبر إدارتها واستثمارها من قبل شخص آخر غير الجماعة العامة المكلفة بمهمة تنفيذها.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لتقنية تفويض المرفق العام

إن أغلب التعريفات الفقهية لتقنية تفويض المرفق العام تتفق على أنه أسلوب جديد يهدف إلى تنظيم الطرق غير المباشرة في تسيير المرفق العام، لكنها لا تتفق في الوسيلة المعتمدة في نقل التسيير للغير، فهناك من الفقهاء من وسع في المفهوم ليشمل كل نقل يهدف من خلاله إلى تفويض إدارة وتسيير المرفق العام سواء كان عمل انفرادي أو اتفاقي، وهناك من اقتصره على الأسلوب الاتفاقي والمتمثل في إبرام العقود الإدارية فقط.

أولا: التعريف الواسع

وهو التعريف الذي يشمل الوسيلة القانونية لتفويض المرفق العام سواء كان عمل انفرادي الصادر عن السلطة العامة المعروف بالتفويض الانفرادي *la délégation unilatérale*، أو التفويض الاتفاقي *la délégation conventionnelle*، والذي يكون بناء على عقود إدارية تتوفر فيها معايير محددة لتكوين تقنية التفويض، ومن أهم التعريف: تعريف الأستاذ *T.Dalfarra* فقد قدم تعريف شامل ويكرس نوعين من التفويض التعاقدي أو بصورة انفرادية كما يلي (تفويض المرفق العام يمثل كل وسيلة تعهد من خلالها الجماعة العامة بتحقيق المرفق العام إلى شخص قانوني آخر، وهو يتم تعاقديا أو بصورة منفردة)⁴.

ثانيا: التعريف الضيق

وهو الذي يحصر تقنية التفويض في التفويض الاتفاقي بمعنى أن تفويض المرفق العام يستند إلى اتفاقية تتضمن مجموعة من العقود ليست على سبيل الحصر.

يعرفه الأستاذ *Stéphane Braconnier* بأنه (العقد الذي من خلاله يحول شخص من القانون العام تسيير مرفق عام بكل مسؤوليته، وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر لشخص آخر بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق ويتحمل بذلك كل المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق).⁵

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من تعريف تقنية تفويض المرفق العام

من خلال المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عرف المشرع تفويض المرفق العام كما يلي " يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام ، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب الشخص المعنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد إلى المفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".

من خلال هذا التعريف يستشف أن هناك مجموعة من المرتكزات القانونية ما إن توفرت نكون أمام عقد تفويض مرفق عام، بمعنى أن هذه المرتكزات تعتبر معيارا لتحديد ما إن كانت العقود التي تبرمها الإدارة عقود تفويض أم عقود إدارية أخرى، وهذا لمعرفة النظام القانوني الواجب التطبيق.

أما عن الاعتبارات التي تجعل من الصيغ العقدية هي الغالبة في تقنية تفويض المرفق العام :

- ارتباط تقنية تفويض المرفق العام بكثير من الالتزامات والحقوق لصالح وعلى عاتق أطرافها، الأمر الذي يتطلب الكثير من التوضيح والتفصيل الذي يعجز عن تحقيقه العمل الإداري؛

- إن العمل القانوني المنفرد يعبر عن مظاهر امتيازات السلطة العامة لذا فهو يأتي معبراً عن إرادة الجماعة العامة وما تمليه من شروط والالتزامات، دون أن يكون للشخص الملتزم معها أي دور؛

- إن مبدأ الشفافية وحرية المنافسة، كقيود ترتكز إليها تقنية تفويض المرفق العام، لا يمكن تصورهما أو إعمالها خارج الإطار التعاقدية؛

- إن العقد يشكل الأسلوب الأمثل للتكيف والمواجهة مع التطورات الاقتصادية و السياسية والاجتماعية.

المطلب الثاني: أسس تحديد عقد تفويض المرفق العام

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا بتوفر ثلاثة أسس، ويتعلق الأساس الأول بموضوع التفويض إذ يجب أن ينصب التفويض على مرفق عام، أما الثاني فيجب أن يتم التفويض من خلال علاقة تعاقدية بين جهة عامة صاحبة التفويض وبين المفوض له، ويلزم الأساس الثالث أن تتضمن عملية التفويض استغلال المرفق العام وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال.

الفرع الأول: وجود مرفق عام يكون قابلاً للتفويض

نعني بالمرافق العامة القابلة للتفويض، تلك التي تشكل ميداناً لتطبيق تفويض المرفق العام، والمرافق العامة تقسم وفقاً للعلم والاجتهاد إلى مرافق عامة اقتصادية

ومرافق عامة إدارية، وهنا نتساءل هل جميع المرافق العامة وبغض النظر عن طبيعتها هي قابلة للتفويض أم أنها محصورة بنوع معين من المرافق العامة؟

هذا النوع من الأسئلة لم يكن يطرح في ظل التنظيم القطاعي لعقود الامتياز، فالمشروع كان يكرس قاعدة أنه لا امتياز للمرفق العام إلى إذا نص القانون على ذلك أما حاليا فكل المرافق العمومية قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك، وهذا تجسيدا للفكر اللبرالي في تسيير المرفق العام.

الفرع الثاني: وجود علاقة تعاقدية

لا يتحقق تفويض المرافق العمومية إلا من خلال العلاقة التعاقدية بين السلطة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة والذي يعرف بأسلوب التأهيل الانفرادي *Habilitation unilatérale* لا يدخل في مفهوم التفويض الذي نضمه المشروع.

الفرع الثالث: استغلال المرفق والارتباط بين المقبل المالي والاستغلال

لا يكفي لقيام تفويض المرفق العام أن يوجد مرفق عام وان تكون العلاقة بين السلطة المفوضة والمفوض له علاقة تعاقدية، وإنما يلزم لوجود تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام من جهة، وان يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض إليه بنتائج الاستغلال من جهة أخرى، ويعتبر هذا الشرط هو الأساس في تحديد عقود التفويض عن عقود الصفقات العمومية.

المطلب الثالث: أنواع عقود تفويض المرفق العام

إنّ المشروع الجزائري ومن خلال المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 حدد عقود تفويض المرفق العام وهي على التوالي (عقد الامتياز، عقد الإيجار، عقد الوكالة المحفزة، عقد التسيير) ونشير إلا أن هذه العقود ليست على سبيل الحصر بل يمكن

لأي عقد مبرم من طرف الإدارة أن يشكل صورة من عقود التفويض إذا توفرت فيه الأسس سابقة الذكر.

الفرع الأول: عقد الامتياز La concession

نكون أمام عقد امتياز بمفهوم المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 عندما (تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه).

يعتبر هذا التعريف نقلة نوعية بالنسبة لمفهوم الامتياز في القانون الجزائري، وذلك لأن المشرع أصبح له مفهوم عام لعقد امتياز المرفق العام من جهة، ومن جهة أخرى يفصل بين امتياز المرفق العام الذي يكون عقد من عقود تفويض المرفق العام والامتياز خارج عقود تفويض المرفق العام.

فالامتياز الذي يكون عقد من عقود تفويض المرفق العام، يجب أن ينصب على استغلال المرفق العام كشرط ضروري حتى نكيف العقد بأنه امتياز مرفق عام، سواء كان بإنجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام مع الاستغلال، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام، وأيضاً بالنسبة للمقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز الذي يجب أن يرتبط مباشرة بالاستغلال، ويكون هذا العقد لمدة محددة في أغلب الأحيان حتى يسترجع صاحب الامتياز قيمة الاستثمارات التي قام بها. فالامتياز الذي ينصب على بناء المنشآت فقط دون استغلال لا يدخل في مفهوم الامتياز الذي يشكل عقد من عقود تفويض المرفق العام، لأن مهمة صاحب

الامتياز في امتياز الأشغال العامة تقتصر على بناء منشآت عامة، ومن ثمة إدارتها وصيانتها لمدة محدودة دون ارتباط جوهري بمهمة مرفقية.

الفرع الثاني: عقد الإيجار L'affermage

نكون أما عقد إيجار عندما بمفهوم المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 عندما (تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته.

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام و يدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام).

من خلال هذا التعريف نقف عند العناصر التي تميز عقد الإيجار وهي:

- يتحمل المفوض له في عقد الإيجار مسؤولية تسيير وصيانة المرفق العام دون إقامة المنشآت.

- تتحمل السلطة المفوضة مهمة إنشاء المباني والإنشاءات التي تمكن المفوض له من القيام بمهمة التسيير والصيانة.

- يلتزم المفوض له بدفع مقابل مالي للسلطة المفوضة نتيجة استغلال المرفق العام، وذلك من خلال الأتاوى التي يتم تحصيلها من مستعملي المرفق العام.

من هذه العناصر يمكن تميز عقد الإيجار عن عقد امتياز المرفق العام المختلط، بمعنى عندما يكلف صاحب الامتياز ببناء واستغلال المرفق العام، أما عن امتياز المرفق العام دون أشغال عامة فإن الأمر يطرح تساؤل نظرا لتشابه صاحب الامتياز والمستأجر في مهمة الاستغلال فقط دون الأشغال العامة.

لعل مسألة الفرق يكمن من وجهة نظرنا في المقابل المالي الذي يدفعه المستأجر للسلطة المفوضة عكس الامتياز الذي يستأثر صاحبه بكل الأتاوى لتغطية النفقات التي استثمرها في المرفق.

الفرع الثالث: الوكالة المحفزة *Régie intéressée*

نكون أمام عقد الوكالة المحفزة عندما بمفهوم المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 عندما: (تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته

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

تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية).

هذا العقد يقوم على فكرة التشجيع الاستثماري والبحث عن المردودية، لأنه يقوم على الدافع الشخصي لدى المفوض له، وذلك بمنح بعض المزايا وتقرير المسؤولية المادية من خلال تقدير الأجر من رقم الأعمال المحقق وهو ثابت تضاف إليها نسبة متفاوتة في شكل منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح والتي تقدر على أساس الربح الصافي للمشروع، أو على أساس الدخل الإجمالي للمشروع.

الفرع الرابع : عقد التسيير *la gérance*

نكون أمام عقد تسيير مرفق عام عندما: (تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ 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 وتحتفظ بالأرباح. وفي حالة العجز. فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية).

تكلف السلطة المفوضة المفوض له بموجب هذا العقد باستغلال المرفق العام محل التفويض، ولكنها تحتفظ بتحديد مسؤولية التمويل والاستثمار وحساب التوازن المالي للمشروع محل الاستغلال، والمفوض له يتقاضى مقابلا ماليا جزافيا وقد يقترن أحيانا بجوافز تتعلق بنتائج الاستغلال، لذا يمكن أن يختلف المقابل المالي الجزافي من فترة إلى لأخرى.

ويشترك عقد التسيير مع عقد الوكالة المحفزة في أن المفوض له يستغل المرفق لحساب السلطة المفوضة فهو يمثل صورة الوكيل، وتهدف السلطة المفوضة من تبني عقود التسيير إلى رفع كفاءة تشغيل المشروع وصيانته بالاستفادة من الخبرة والكفاءة الفنية للقطاع الخاص كما تلجأ الإدارة إلى تطبيق عقود تشغيل والصيانة في الحالات التي يصعب فيها اللجوء إلى عقود امتياز المرفق العام وعقود الإيجار لانخفاض أسعار تقديم الخدمة، وصعوبة زيادتها لأسباب سياسية أو لسوء حالة المرفق على نحو يتعذر معه اللجوء إلى هاذين الأسلوبين⁶.

الفرع الخامس: العقود غير المسماة

يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير العقود التي تم الإشارة إليها، إذ يمكن أن تكون هناك عقود إدارية غير المسماة تتضمن تفويض مرفق عام من قبل السلطة المفوضة إلى أحد أشخاص القانون العام أو الخاص.

وهو ما أكدته التنظيم في المادة 210 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وبالتالي فإن عقود تفويض المرفق العام لا يمكن حصرها بمجموعة من العقود المسماة، وإنما كل عقد تتحقق فيه الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام هو صورة من عقود التفويض.

المبحث الثاني: مبررات استحداث نظام تفويض المرفق العام

تبحث الدولة دائماً عن آليات قانونية جديدة لتفعيل فكرة الخدمة العامة والوصول بالمرفق العام للمردودية أو الفعالية والنجاعة المرجوة، وتختلف طرق تسيير المرفق العام باختلاف المرافق العامة فهناك مرافق عامة يمكن تسييرها مباشرة أو عن طريق المؤسسة العمومية وتضمن مردوديتها، وهناك مرافق عامة لا يمكن أن تضمن مردوديتها من خلال هذه الطرق، لذا نجد تسيير عن طريق تدخل الغير في تسييرها سواء عن طريق التفويض أو الشراكة أو الخوصصة.

وواقع المرفق العام الجزائري اليوم وبالأخص في ظل انخفاض أسعار البترول والتي تعتبر المورد الأساسي في الاقتصاد الوطني وفي تسيير المرفق العام، أدى إلى إعادة النظر في طرق تسيير المرفق العام وتكريس حرية أكثر في استثمار المرفق العام بحثاً عن موارد تمويل خارج الميزانية، والسبب في ذلك يعود إلى العديد من الأسباب أبرزها عيوب طرق التسيير التقليدية (المطلب الأول) ومميزات نظام التفويض (المطلب الثاني).

ولكن مما لاشك فيه أن كل نظام قانوني لا يخلو من العيوب والمساوئ التي من شأنها أن تشكل عائق في نجاحه وعلى هذا الأساس نبرز أهم عيوب ومساوئ نظام تفويض المرفق العام (المطلب الثالث).

المطلب الأول: عيوب طرق التسيير التقليدية

تبحث الدولة دائما عن آليات قانونية جديدة لتنشيط فكرة الخدمة العامة والوصول بالمرفق العام للمردودية أو الفعالية والنجاعة المرجوة، وتختلف طرق تسيير المرفق العام باختلاف المرافق العامة فهناك مرافق عامة يمكن تسييرها مباشرة أو عن طريق المؤسسة العمومية وتضمن مردوديتها، وهناك مرافق عامة لا يمكن أن تضمن مردوديتها من خلال هذه الطرق، لذا نجدها تسيير عن طريق تدخل الغير في تسييرها سواء عن طريق التفويض أو الشراكة أو الخصخصة، ولكن ما يهم هو التفويض كطريقة جديدة ومستقلة في تسيير المرافق العامة.

الفرع الأول: تقييم طريقة التسيير المباشرة للمرفق العام

إن التسيير المباشر هو نتيجة حتمية لاحتكار الإدارة لبعض المجالات وطبيعية لأنها هي المنشئة للمرافق العامة، ولكن التسيير المباشر عجز عن تلبية حاجيات المواطنين نظرا للاختلالات التي يعرفها والعجز في السيطرة على متطلبات المواطن في ظل انفتاح السوق وكذا العولة التي زادت في نمو الوعي المدني لدى المواطنين.

فالإدارة من خلال التسيير المباشر مقيدة بقوانين ولوائح تحد كثير من نشاطاتها، وبذلك يخشى الموظفون الابتكار والتحديث ويميلون إلى إتباع الروتين البيروقراطي تجنباً للمسؤولية خاصة في ظل نظام لا يهدف إلى التحفيز ويعتمد على الترقيّة بالأقدمية أكثر منه على المردودية والفعالية والنجاعة⁷.

كما أن خضوع المرافق العامة المسيرة مباشرة لأهواء السياسة، يولد عدم استقرار من حيث التمويل و من حيث الفعالية والمردودية، فنجد أن هذا يشجع بعض المرافق العامة على التطور والازدهار ويمنحها كل التحفيزات اللازمة فيما يهمل بعض المرافق الأخرى، وهذا على حسب ما تركز عليه السلطات.

أيضا إن حجم المرافق العامة المسيرة من قبل الدولة مباشرة مثل الوزارات و ضخامة المصالح التابعة لها قد يصعب السيطرة عليها والتحكم الفعال في كل الخدمات والنشاطات التي تؤديها⁸.

الفرع الثاني: تقييم طريقة التسيير عن طريق المؤسسة العمومية

للمؤسسة العمومية دورا هاما في تسيير المرافق العمومية، فهي تحقق نتائج جد إيجابية من حيث تخفيف العبء الكبير على الدولة والجماعة المحلية، خاصة في إطار تخصصها الذي جعلها تؤدي وظائفها بكل فعالية مما ينعكس على تحسين نوعية الخدمة العمومية⁹.

ولكن رغم كل هذا النجاح واعتماد أغلب الدول لهذا النوع من التسيير، إلا أنه يعرف اختلالات ونقائص بسبب تعدد نشاطات الدولة وضعف التسيير العمومي بصفة عامة والتي يمكن إجمالها في:

- ارتباطه بأغلب اختلالات التسيير المباشر لكن بصورة أقل حدة خاصة بالنسبة للمؤسسات العمومية الإدارية، التي تحكمها نفس القوانين مثل قانون الوظيف العمومي، وبذلك فهي تحمل في طياتها كل النقائص المتعلقة بالعنصر البشري وتسييره.

- من أهم الاختلالات هو زيادة العبء المالي على الميزانية، فمن المفروض أن يكون لهذه المؤسسات خاصة منها التجارية والصناعية ذمة مالية مستقلة تماما عن ذمة الدولة، لكننا إذا تصفحنا الميزانية العامة للدولة فإننا نجدها تحوي إعانات لهذه المؤسسات خاصة منها الإدارية، وفي أغلب الأحيان تكون هذه الإعانات هي المورد الوحيد لها وتعتمد عليها بصفة أساسية، وبذلك فهي لم تكن حلا للعبء المالي بل زادت العبء المالي على الدولة خاصة بالنظر لحجم ميزانيتها وعددها المتزايد يوميا وحجم الإعانات الموجهة من طرف الدولة.

- غياب استقلالية حقيقية لهذه المؤسسات فهي على حسب تعبير الأستاذة *Théron* استقلالية نظرية فقط¹⁰.

الفرع الثالث : تقييم عقد الامتياز كمحور ووجه قديم لتفويض المرفق العام في الجزائر

إن التحولات التي عرفتها الجزائر واتهما للنظام الليبرالي فرض عليها ضرورة اللجوء لعقد الامتياز الذي يعتبر محور تفويض المرفق العام في الجزائر، ولكن ما يؤخذ عليه هو ضعف تنظيمه ومحدودية تطبيقه في الواقع العملي.

أولاً: ضعف التنظيم القانوني لعقد الامتياز

يتضح الضعف القانوني لعقد الامتياز في الجزائر من خلال النقاط التالية:

- عدم ثبات المعيار القانوني المنظم لعقد الامتياز، فالنصوص القانونية التي توّطره متناثرة ولا تنظمه في قانون واضح يحدد مبادئه وأساسه العامة والقيود التي يخضع لها، فالمشرع لم يعطي تعريفاً موحداً لعقد الامتياز، ولهذا هناك تعريفات مختلفة، وفي الكثير منها لم يميز بين الامتياز والإيجار رغم الفرق الواضح بينهما¹¹؛

- سكوت العديد من النصوص القطاعية عن مسألة ضبط الشروط والإجراءات التي يتم بمقتضاها منح الامتياز؛

- من حيث المدة القانونية، فمعظم النصوص القانونية التي حاولت الجزائر تنظيمها، جعلت مدة العقد غير كافية لإنجاز المشروع واستغلاله والحصول على ربح، ثم إعادة تملكه للدولة خاصة وأنه في الكثير من المرافق تكون الرسوم التي تدفع مقابل الانتفاع منها بسيطة، لا يمكن الحصول بواسطتها على المردود المالي الذي يحقق الربح المناسب، وقد يكون هذا بسبب عدم إجراء دراسات دقيقة على موضوع محل الامتياز قبل الشروع في انجازه.

ثانيا: الصعوبات العملية

بالإضافة إلى ضعف التنظيم القانوني لعقد الامتياز هناك مجموعة من الصعوبات العملية التي تحول دون نجاح عقد الامتياز في الواقع العملي وأهمها:

تخوف القطاع الخاص الجزائري من الدخول في هذه الامتيازات لضخامة مشاريعها وتكلفتها المالية، فمثلا في مجال الطرق السريعة التي تقترب امتيازاتها كثيرا لعقود الـ BOT المعروفة في الدول الانجلوساكسونية، لم يتقدم أي مستثمر وطني للاستفادة من الامتياز، وفي هذا الصدد صرح السيد محمد صالح منتوري رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجريدة الخبر في ديسمبر 2002 قائلا (كان عقد البوت حلا للتنمية وتطوير لقطاع النقل، وقد تبين أن مشروع الطريق السريع (شرق - غرب) الاستراتيجي يمكن أن يظل لسنوات ينتظر دون أن يجد ممثما خاصة في الأماكن المعزولة، والأمر ينطبق على مشروع بناء مطار الجزائر، ميетро الجزائر، وتحديث الطرق السريعة...)¹².

إن عقود الامتياز وإن عرفت انتعاشا عند تغيير الإيديولوجية لكن تبقى في بعض المجالات حبيسة نصوص قانونية لم ينجح تطبيقها نظرا للتخوف الكبير من هذه الطريقة والذهنية الجزائرية حول المنفعة العامة والخدمة العمومية، وتخوف السلطات العمومية من تحرير بعض القطاعات لصالح الشركات الأجنبية، وكذا عدم وضع إطار قانوني موحد ومحفز للاستثمار في المرفق العام.¹³

ولكن بصدور المرسوم الرئاسي 15-247 و الذي وضع إطاراً عاماً لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، والتي يعتبر عقد الامتياز أحد أهم صورها، أصبح المشرع ينظر إلى هذا الأسلوب كإطار قانوني يضم مجموعة من العقود تتوفر فيها أسس معينة تميزها عن العقود الإدارية الأخرى، وهنا يثار التساؤل حول فعالية تقنية تفويض المرفق العام ومدى تحقيقها للمردودية التي فشل عقد الامتياز في تحقيقها؟

المطلب الثاني: مميزات نظام التفويض

يعرف تفويض المرفق العام انتشاراً وسعاً في فرنسا ويرجع السبب في ذلك إلى البيئة القانونية والثقافية الملائمة وإلى النتائج الايجابية التي يحققها .

الفرع الأول: البيئة القانونية والثقافية الملائمة لتفويض المرفق العام

تعتبر فرنسا الرائد في مجال تطبيق عقود تفويض المرفق العام ويرجع ذلك إلى العديد من الأسباب أهمها:

أولاً: تكريس حرية الجماعة العامة في اختيار طريقة التسيير

إن حرية الجماعة العامة في الاختيار بين الإدارة المباشر والإدارة المفوضة تستند إلى السلطة التنظيمية الممنوحة لها لتسيير وتنظيم مرافقها، وهي ناتجة عن تطبيق أحكام المادة 34 و37 من الدستور الفرنسي، والتي تخول لها اتخاذ جميع التدابير المناسبة لتقديم الخدمة العامة للجمهور وبالوسائل التي ترها مناسبة¹⁴.

ولقد كرس الاجتهاد الفرنسي قاعدة حرية الجماعة العامة في اختيار الوسيلة المناسبة في تحقيق المرافق العامة منذ فترة طويلة، حين اعتبر أن للجماعة العامة سلطة استثنائية في ذلك، باعتبار أن هذه الحرية هي جزء من ممارسة السلطة التنظيمية¹⁵، هذا ما أدى بالنتيجة إلى جعل رقابة القاضي الإداري على حريتها في الاختيار رقابة دنيا تنحصر في البحث عما إذا كان هناك خطأ في القانون أو في صحة الوقائع¹⁶.

فالمبدأ أن الجماعة العامة تتمتع بحرية واسعة في اختيار طرق إدارة مرافقها العامة بغض النظر عن طبيعتها، إلا أنه قد يرد على ذلك استثناء يتمثل بوجود نص قانوني يقيد بها بطريقة معينة. مثال ذلك أن تقنية تفويض المرفق العام لا يمكن تطبيقها على المرافق العامة التي ترتبط بطبيعتها بسيادة الدولة التي تتكفل بتسييرها مباشرة.

ثانياً: تعدد صور التفويض

إن تفويض المرفق العام لا ينحصر في فئة محددة فهو يأخذ أشكال وصور متعددة حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة.

فإذا كان موضوع تفويض المرفق العام يتطلب بالضرورة إنشاء منشآت عامة، فالغالب ما يكون امتياز المرفق العام هو الوسيلة المختارة من جانب السلطة المفوضة، أما إذا كان تحقيق المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة فإن الخيار قد يتحدد في عقد الإيجار أو عقد التسيير أو الوكالة المحفزة (الاستغلال والمشاطرة).

أما إذا أرادت السلطة المفوضة تحميل المفوض له كامل مخاطر الاستثمار أو الجزء الأكبر منها فإن أسلوب الامتياز والإيجار يشكلان إحدى الوسائل الملائمة لذلك.

ويضاف إلى هذا رغبة السلطة المفوضة التي قد تتجه إلى فرض رقابة أكثر شمولية، فتختار طريقة امتياز المرفق العام أو الإيجار، أما إذا أرادت ممارسة رقابة محدودة فتختار في هذه الحالة طريقة عقد التسيير أو عقد الاستغلال والمشاطرة.

والملاحظ أن هذه العقود ليست محصورة في الامتياز والإيجار والتسيير والاستغلال والمشاطرة بل هناك عقود أخرى غير مسماة يمكن أن تكون أحد صور عقد تفويض المرفق العام.

إن هذا التعدد في صور تفويض المرفق العام هو الذي ساهم في الانتشار الواسع لهذه التقنية في تسيير المرفق العام في فرنسا¹⁷.

ثالثاً: تعزيز شفافية الإجراءات

إن قانون Sapin المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة والذي تضمن قواعد إجرائية خاصة تعزز الشفافية والمنافسة في

إبرام عقود تفويض المرفق العام، ولكن بمفهوم مختلف عن الصفقات العمومية التي فرض فيها المشرع قيوداً وضوابط أكثر شدة من المعمول بها في عقود التفويض، هذا ما دفع بأشخاص القانون الخاص إلى اختيار تقنية تفويض المرفق العام لتجنب القيود والضوابط المفروضة في الصفقات العمومية¹⁸.

رابعاً: الفوائد التي تحققها إدارة الخواص

إن إدارة الخواص للمرافق العامة أثبتت تفوقاً بارزاً على الإدارة المباشرة، وذلك لكون إدارة الخواص لها ثلاث فوائد أساسية وهي¹⁹:

- توفير مصادر تمويل خارجية لتغطية نفقات الاستثمار وتشغيل المرفق محل التفويض؛
- بيئة أكثر ملاءمة في المجال الخدمات العامة؛
- الحصول على عرض شامل يحتوي على التصميم والبناء والتشغيل مما ينقص التكاليف على السلطة العامة.

الفرع الثاني: النتائج البنوية والتنظيمية التي تحققها إدارة التسيير المفوض

إن تقنية تفويض المرفق العام تحقق مجموعة من النتائج البنوية والتنظيمية في المرافق العامة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إنشاء مرفق عام

إن تفويض المرفق العام يقتضي - بالضرورة وجود مرفق عام يكون قابلاً للتفويض، وهذا يعني أنه يجب مسبقاً وجود مرفق عام لتطبيق تقنية التفويض عليه، ولكن هناك بعض المرافق العمومية وبالأخص مشاريع البنى التحتية كالاتصالات والطرق السريعة والجسور ومواقف السيارات، فهذه المرافق العامة لا وجود فعلي لها بدون الأشغال والمنشآت المنفذة لها في إطار عملية إدارتها واستثمارها.

ثانياً: تمتع المفوض له بامتيازات ومزايا

ينتج عن تطبيق تقنية التفويض ، تمتع المفوض له بامتيازات السلطة العامة بحكم ضرورتها في تنفيذ المرفق العام والتي تتحدد في:

- توفير الحماية من المنافسة التي تخول للمفوض له الحق في احتكار نشاط المرفق العام موضوع عقد التفويض، والاحتكار يكون قانونياً بأن يصرح به المشرع بالإضافة إلى النص عليه في عقد التفويض. في فرنسا استقر الاجتهاد القضائي على قاعدة وجوب توفير الحماية للمستثمر من قبل السلطة المفوضة دون جواز التنازل عنها لكونها تتعلق بالنظام العام، وسواء وردت في دفتر الشروط أم لم ترد²⁰.

- تمتع المفوض إليه ببعض التسهيلات مالية نظراً لضخامة المهمة التي توكل للمفوض في عقود التفويض ولاسيما إذا كان يقع عليه عبء إقامة المرفق وإدارته فإن الإدارة قد تقدم له بعض التسهيلات المالية ومن ذلك تقديم القروض له على أن يسدها على دفعات، أو منحة دفعات مالية غير قابلة للرد، وقد تشمل المساعدات التي تقدمها الإدارة بضمانات القروض التي يحصل عليها المفوض إليه من البنوك²¹. أيضاً من المزايا التي يمكن أن يحصل عليها المتعاقد تمتعه بالإعفاء من بعض أنواع الضرائب، بصفة دائمة أو لفترة محددة في العقد.

- امتيازات المفوض إليه بالنسبة للأمولاك العامة وهنا يجب التمييز بين الأملاك العامة المخصصة لنشاط المرفق والأملاك العامة المخصصة للجمهور، فبالنسبة للأولى والتي تكون موضوعة تحت تصرفه طبقاً لأحكام دفتر الشروط، أما الثانية والتي تخول للمفوض إليه الانتفاع منها واستغلالها كالانتفاع من الطرقات العامة للقيام ببعض الأعمال المتعلقة بنشاطه، كمد شبكات اتصال أو كهرباء أو مياه. مع الإشارة أنه لا يترتب للمفوض إليه أي حق للملكية على الملك العام²².

ثالثا: المحافظة على صفة العمال والمستخدمين

قد يتناول التفويض مرفقا عاما إداريا أو استثماريا، وهو قد يمنح لشخص عام أو لشخص خاص.

فالتفويض للأشخاص العامة لا يطرح إشكالية الوضعية القانونية للعمال ومستخدمي المرفق العام فهي تبقى على حالها دون تغيير. لكن الإشكال هنا يرتبط في الحالة التي يمنح فيها التفويض إلى شخص خاص. وبالأخص إذا كان المرفق محل التفويض إداريا. القاعدة العامة هي تطبيق القانون الخاص والمتمثل في قانون العمل. فالموظفون وعلى الرغم من مشاركتهم في تنفيذ المرفق العام يخضعون لأحكام القانون الخاص. ولا يمكن أن تكون لهم صفة العامل العام. ولكن وفقا للتجربة الفرنسية في هذا المجال يمكن استخدام الموظف مع بقاءه منتظما إلى إدارته العامة لدى المستثمر وفقا للحالات التالية:

- الانتداب *détachement*: الانتداب هو وضع الموظف الدائم الذي أعني مؤقتا من مهام وظيفته الأصلية، واسندت إليه مهمة أخرى، على أن يحتفظ بحقه في الراتب والتدرج والترقية والترفيه والتقاعد في إدارته الأصلية، لكن كاستثناء في تقنية تفويض المرفق العام فإن الموظف المنتدب يتقاضى راتبه من المستثمر وليس من الجماعة العامة وفقا للعقد الموقع بينهما والذي يعد من العقود الخاصة²³.

- الوضع بالتصرف *Mise à disposition*: هو إجراء يتم فيه إعفاء الموظف من مهامه والحاقه في الوظائف ومهام أخرى²⁴. والوضع في التصرف هي عملية معقدة تدرج وفقا للمراحل التالية:

- صدور قرار من الجماعة العامة التي ينتمي إليها الموظف، يتم غالبا بناء لطلب الأخير؛

- اتفاق بين الجماعة العامة والمستثمر يتضمن استخدام الموظف وشروطه؛

- عقد بين الموظف والمستثمر يندرج في فئة عقود العمل.

ويستمر الموظف الموضوع في التصرف بتقاضى رواتبه من الجماعة العامة التي ينتمي إليها، وليس من المستثمر. إلا أنه يبقى له أن يتقاضى بعض التعويضات وفقا لما هو ملحوظ في الاتفاقية المبرمة بين المستثمر والجماعة العامة .

2- الوضع خارج الإطار Mise hors cadre:

وهي الحالة التي يوضع فيها الموظف بصورة مؤقتة خارج الإطار الوظيفي الذي ينتمي إليه من أجل الالتحاق في وظائف ومهام أخرى. والموظف يبقى في هذه الحالة محتفظا بحقه في الترقية، وكذلك في التعويض والتقاعد إلا أنه ينقطع عن تقاضيه راتبه، ليتقاضى أجر عمله لدى المستثمر²⁵.

ثالثا: زيادة في إيرادات الحسابات العامة

إن الجماعة العامة أثناء تحقيق المرفق العام بنفسها تتحمل جميع التكاليف المالية اللازمة لاستثماره، وما يتبع ذلك من تحمل الأعباء ومخاطره بالإضافة إلى الاعفاءات الضريبية التي تستفيد منها، هذه العوامل تؤثر بدورها على الحسابات العامة²⁶.

هذه العوامل التي تؤثر على الخزينة العمومية تنبدد عند اللجوء إلى التفويض، فهو ينقل مهمة تحقيق المرفق العام في الغالب إلى شركات خاصة تخضع لسلسلة من الضرائب، فالتفويض ينتج عنه توسيع دائرة التكاليف الضريبية، وبالتالي زيادة في إيرادات خزينة الدولة وجماعتها العامة²⁷.

المطلب الثالث: عيوب ومساوئ تفويض المرفق العام

رغم الانتشار الواسع لعقد تفويض المرفق العام في فرنسا، إلا أنه لا يخلو من العيوب والمساوئ التي من شأنها أن تشكل عائق في نجاحه، ومن أهمها عدم استقرار معايير تحديده والمتمثلة في صعوبة تحديد معيار المرفق العام والشكوك حول المعيار المالي.

الفرع الأول: صعوبة تحديد معيار المرفق العام

يشكل المرفق العام المرتكز القانوني لتقنية التفويض، وبالتالي يقتضي - وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، وفي حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقاً عاماً فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام.

ولتحديد المرفق العام وضع الاجتهاد الفرنسي - معايير للدلالة على وجوده، أولى هذه القرارات تمثلت في قضية ²⁸ Nancy حين اعتبر الاجتهاد أنه لوصف نشاط ما بالمرفق العام، يجب توفر ثلاثة معايير وهي: وجود مصلحة عامة، وجود لامتيازات السلطة العامة، رقابة من جانب الجماعة العامة.

ولكن المتغيرات المتسارعة في قرارات مجلس الدولة الفرنسي وسعت في مفهوم المرفق العام، حيث أنه اعترف بالطابع المرفقي لعدة نشاطات بعد أن كان من غير المتصور القول أن هذه النشاطات قد ترتقي يوماً ما إلى مستوى المرفق العام والتي منها: إدارة وتنظيم حفل لموسيقى الـ Jazz²⁹، إدارة واستثمار قصر - للمؤتمرات³⁰، إدارة وتنظيم مهمة وإعداد ونشر - إعلانات ذات طابع اقتصادي وسياحي على صعيد البلدية³¹.

هذا الامتداد لمفهوم المرفق العام، الذي شكل تعبيراً عن تساهل ومرونة من قبل القاضي الإداري في تحديد المرفق العام لم يعد ينحصر بالضرورة بتلك التي وضعها في قضية Nancy، بل القاضي الإداري له الحرية الواسعة في البحث عن مؤشرات وعلامات تسمح له بتكوين قرائن على وجود المرفق العام.

إن تقنية التفويض تقوم على وجود مرفق العام كمرتكز ومعيار للدلالة عليها ولكن عدم ثابت واستقرار معايير تحديد النشاط إذا كان يشكل مرفقاً أم لا من شأنه أن لا يلعب دوراً حاسماً في تحديد عقد تفويض المرفق العام³².

الفرع الثاني: الشكوك حول معيار المقابل المالي

إن المعيار المالي لم يعد يلعب دورا حاسما كما كان في التسعينات قبل ظهور مفهوم التفويض، إذ ربط العلم والاجتهاد قديما ولفترة طويلة وجود امتياز المرفق العام (النموذج الأكثر تطبيقا لعقود تفويض المرفق العام) بإتاوات يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين، ولقد شكلت الإتاوات المحصلة من جانب المنتفعين المعيار الذي ميز به الاجتهاد امتياز المرفق العام عن سائر العقود الإدارية.

لكن التطور أفرز إمكانية أن لا تنحصر العائدات المالية على الإتاوات التي يدفعها المنتفعون قد تضاف إليها عائدات تدفعها السلطة المانحة، ليصبح المعيار المعرف ليس الإتاوات من طرف المنتفعين بل ارتباط العائدات المالية بنتائج استثمار المرفق العام.

وسبب ربط العائدات بالاستغلال هو تحمل المستثمر ولو جزء من مخاطر الاستثمار أي أن مفهوم الاستثمار لا يكتمل إلا بتحمل المفوض له جزء من المخاطر التي يحملها الاستثمار والا لما كنا في إطار استثمار وتفويض المرفق العام³³.

³⁴ إلا أنه وبالعودة إلى قرار Commune de Guilhaud-Granges حيث أبرم عقد إدارة الشخص العام المحلي وشركة للمياه، موضوعه تفويض مرفق توزيع المياه، وعلى الرغم من أن الجزء الأكبر من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين إلا أن مجلس الدولة اعتبر العقد صفقة وليس عقد تفويض، على اعتبار أن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لمخاطر الاستغلال لاسيما أن الخدمة المؤداة هي توزيع المياه التي تشكل حاجة ضرورية لكل المواطنين ولا يمكن الاستغناء عنها، وبالتالي فإن توفر العدد الكافي من المشتركين في الخدمة لا يشكل أية مخاطر، وهذا يؤدي إلى انعدام الأمن القانوني بالنسبة لمعيار المخاطر فهو يفتقر لتحديد عتبة المخاطر وقاعدة حسابها³⁵.

إن عدم تحديد عتبة المخاطر من شأنه أن يؤدي إلى تفسير مرن من قبل القاضي وهو ما يثير الشك حول مدى جدية هذا المعيار في تحديد عقد تفويض المرفق العام.

الخاتمة:

إن تفويض المرفق العام كمصطلح حديث بات يستخدم في إطار سياسة تحديث المرافق العامة ونظراً للمرتكزات القانونية المشروطة لقيامه من ناحية بالإضافة إلى القواعد والمبادئ التي يخضع لها من ناحية أخرى، أصبح يشكل فئة قانونية مستقلة له نظامه القانوني الخاص مختلف عن العديد من المفاهيم والنظريات الأخرى.

إن مفهوم تفويض المرفق العام ليس بالجديد في مجال تسيير المرافق العامة سواء في فرنسا أو الجزائر، بل هو امتداد لعلاقة قديمة تم تحديثها بإطار قانوني عام وشامل يقوم على مجموعة من المرتكزات القانونية، وهي وجود مرفق عام يكون قابل للتفويض، وجود علاقة تعاقدية بين المفوض والمفوض له، وضرورة الاستثمار كعنصر- حاسم في تحديد هذا المفهوم.

إن تبني نظام قانوني لتفويض المرفق العام سواء في فرنسا أو الجزائر يهدف إلى تحقيق العديد من النتائج على المرافق العامة أهمها:

- تكريس حرية واسعة للشخص المعنوي العام في اختيار طرق إدارة المرافق العامة بغض النظر عن طبيعتها، فالمرجع وفي ظل التنظيم القطاعي لعقود الامتياز كرس قاعدة أنه لا امتياز للمرفق العام إلى إذا نص القانون على ذلك، بمعنى أن كل المرافق العامة غير قابلة للتفويض ما عدا تلك التي صدر نص قانوني صريح بإباحة الامتياز فيها ، أما حالياً فكل المرافق العمومية قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك.

أما عن أهم الاقتراحات التي تستطيع هذه الدراسة تقديمها تكمن في الآتي:

- ضرورة إجراء عملية مسح شاملة للقطاع العام، لتحديد حجمه ومواطن ضعفه، ومدى قدرته على منافسة القطاع الخاص، ومعرفة الجدوى الاقتصادية والمالية والاجتماعية العائدة له، وذلك بغية تشخيص الاختلالات التي يعاني منها، واجاد الحلول التي تتلاءم مع خصوصيته.

- ضرورة وضع المشرع الجزائري إطاراً تشريعياً عاماً وشاملاً، لكيفية منح عقود تفويض المرفق العام، بواسطة قانون يرتق إلى مصف التشريعات العادية وليس التنظيمية، وذلك لضمان عدم التداخل بين المفاهيم خاصة وأن أغلب عقود الامتياز كرسست بموجب تشريعات عادية.

الهوامش:

1 المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، عدد 50 الصادرة في 21 ديسمبر 2015.

2 وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، مشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 26.

3 Jean claude Douence, les contrats de délégation de service public, R.F.D.A , 1997, p 937

4 Jean Bouirot, comment assurer l'égal accès à l'information juridique technique et économique avant le contrat en cours de contrat et lors de son renouvellement, RFDA, 1997, p : 41.

5 Stéphane Braconnier, droits des services publics, P U F, 2004, p 413

6 أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 118

7 سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري : نظرية المرفق العام وعمل الإدارة العامة، مرجع سابق، ص 61.

8 Amel Aouij MRAD. Op Cit; p 10

9 أحمد محيو، (ترجمة محمد صاصيلا)، محاضرات في المؤسسة الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 443

10 J-P Théron, recherche sur la notion de l'établissement publique, Paris, LGDJ, 1977, P 15 .

11 نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون العام، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة- كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2012 ص 320

12 موسي عتيقة، الامتياز كوسيلة لتسيير المرفق العام في إطار التحولات الجديدة في الجزائر مع دراسة تجرية الجزائر في مجال الطيران المدني، مداخلة في أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص المنعقد أيام 27 و28 أفريل 2011. كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية. ص 128.

13 نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون العام، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة- كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2012، ص 325.

14 Willy Brandt, *La délégation de service public : un modèle à repenser*, RENA, 2009, P 05

15 CE, 24 janvier 1973, *Syndicat national des conseillers du développement agricole*. N° 8170, *Rec Leb*.

16 Willy BRANDT, *Op Cit*, P 06-07

17 Willy BRANDT, *Op Cit*, P 05

18 *Ibid*, P 06

19 *Ibid*, P 07

20 CE 25 juillet 2001. *Ville de Toulon. Rec. Leb. P 1039*

21 أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة ، مرجع سابق ، ص

158

22 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 326 .

23 Voir L'Art 2/5 du Décret n°86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration.

24 Willy BRANDT, *Op cit*, P 20.

25 Gilles le Chatelier, *Institut de la gestion délégation : Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public, Rapport du Groups d'études*, Lyon, 2007, p 21.

26 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 329.

27 تليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 330

28 جورج فيدال و بيار دلفولفيه (ترجمة منصور القاضي)، القانون الإداري ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2001، ص 539.

29 CE 2 juin 1995, *ville de Nice. Rec. Leb. P 685*.

30 TC 19 décembre 1988 ponce C/ville de Cannes. Rec .Leb .P 497

31 CE 10 juillet 1996. Coisine. Rec .Leb. P1006.

32 Willy BRANDT, Op .Cit. P 09

33 Willy BRANDT, Op .Cit P 10

34 CE 7 Avril 1999, Commune de Guilherand- Grange, AJDA, 1999, p: 517.

35 Willy BRANDT, Op .Cit. P 13