الأساس القانوني لتفويض المرفق العام في الجزائر

Legal basis for public utility authorization in Algeria

قزلان سليمة[1]*

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس،(الجزائر)

مخبر الآليات القانونية للتنمية المستدامة

s.guezlane@univ-boumerdes.dz

تاريخ الاستلام: 2022/06/22 تاريخ القبول للنشر: 2022/06/26 تاريخ النشر: 2022/06/30

ملخص: يشكل المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أول نص قانوني يؤطّر لعقود تفويض المرفق العام بالجزائر، باعتباره أول من أسس لمفهوم تفويضات المرفق العام، وقد جاء في سياق تراجع عائدات النفط وضرورة تنويع مختلف أنماط تمويل المشاريع العمومية وتخفيف الضغط على مالية الدولة، واللجوء إلى بعض الأنماط الحديثة للتمويل والانجاز والتسيير بواسطة مختلف أشكال التفويض لتحسين نوعية الخدمة العمومية التي تقدمها هذه المرافق، وعلى الرغم من بعض الثغرات القانونية إلا أنه يشكل قفزة نوعية من أجل رد الاعتبار للمرفق العام نتيجة عدم فعالية الوسائل التقليدية للتسيير العمومي، وانحلال المفهوم السلطوي للمرفق العام الذي طالما لازمه وتميز به، بفعل التحولات التي ألحقت بفكرة التفويض وتطوير تقنيات تسيير المرفق العام.

الكلمات المفتاحية: المرفق العام ; مرسوم 247.15 ; عقد البوت ; تفويض المرفق العام.

***Abstract**: The presidential decree number 15/247 regulating public contracts and public service delegations is considered as the first legal text framed the delegation contracts of public service in Algeria. On the grounds that is the first who make the pillars of public service delegations concept. Who cameinthe context of the lowness of oil revenues and the need to diversify the funding modes of projects, alleviating the burden on the State budget, and reliance on some modern financing, realization and management models with a various forms of delegation, in order to improve the public service which provides. Although there is some legal loopholes but it is a real quantum leap for recover the good status of the public service, this is because of the inefficiency of traditional means of public administration, and because of the receding of the authoritarian concept of public service, which was always attached to him and was distinguish him, by the transformations that touches the idea of delegation and the development of public service management techniques.*

***Key words** : public utilities, decree number 15/247 , Bot contract, public utilities mandates.*

*المؤلف المرسل

مقدّمة:

محاولة منها لرد الاعتبار للمرفق العام والحدّ من عدم فعالية التسيير العمومي للمرافق العامة الذي أثبت عجزه، لا سيما امام تطورات الحياة الاقتصادية وانحلال المفهوم السلطوي للمرفق العام، تبنت الجزائر شأنها في ذلك شأن الكثير من دول العالم (النعيمي، 2017، صفحة 51)، التطورات التي لحقت بفكرة التفويض التي شهدتها فرنسا على إثر تطويرها لتقنيات تسيير المرفق العام، وانتقالها من سياسة التصور المركز للمرفق العام (القائم على فلسفة الاحتكار وتعزيز دور الدولة كمسؤول وحيد في تنظيم الهياكل العمومية من أجل تلبية الحاجيات العامة، ما يعني إن نشاطات المرافق العامة هي من صميم وظائف الدولة ومسؤولياتها من دون منافسة أو مشاركة من قبل الغير، باعتبار الدولة وعلى حد تعبير مدرسة المرفق العام، "جسم خلاياه المرافق العامة" (بوضياف، 1999، صفحة 05)، نحو تكريس سياسة التخلي عن تسيير بعض المرافق العامة وتفويضها لصالح أشخاص أخرى عامة كانت أو خاصة، بغية تفعيلها وتحسين مردوديتها بفعل متطلبات العولمة، وجعل المواطن في صلب السياسات والخدمات العمومية لتحقيق تنمية مستدامة، وهو ما شكل دفعة قوية للمشرع الجزائري دفعت به إلى الاحتواء القانوني لأسلوب تفويض المرفق العام وتكريسه لأول مرة ضمن نص قانوني صريح يؤطر لتقنية التفويض في ظل غياب نص قانوني وتواجد نصوص قانونية متناثرة، وقد تجسد هذا المكسب القانوني في المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي أسس لمفهوم تفويضات المرفق العام (المرسوم الرئاسي 247/15، 2015)، في سياق تراجع المداخيل النفطية للبلاد وضرورة تنويع أنماط تمويل المشاريع العمومية وتخفيف الضغط على مالية الدولة، واللجوء إلى بعض الأنماط الحديثة للتمويل والانجاز والتسيير بواسطة مختلف أشكال التفويض لتحسين نوعية الخدمة العمومية.

الإشكالية:

كيف شكل المرسوم 247.15 محتوى وأساس تنظيمي واضح المعالم لتفويض المرفق العام في الجزائر من أجل تفعيله والارتقاء بمردوديته ضمن إطار تحقيق المصلحة العامة؟.

سنعالج هذه الإشكالية ضمن محاور ثلاث:

المحور الأول: نظرة حول مفهوم تفويض المرفق العام

يمكن تعريف **تفويض المرفق العام** من خلال عدة نواحي:

أولا. التعاريف الفقهية :

شهد تعريف تفويض المرفق العام عدة تعاريف فقهية، حيث:

فقد عرفه الفقيه BERNARD BROBENCO على أنه:" العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له يمكن أن يكون شخص عام أو شخص خاص، ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق" (بوهالي، 2017، صفحة 333)، وعرفه الاستاذ Jean François Auby، تفويض المرفق العام بأنه :" العقد الذي يهدف إلى تحقيق الأهداف التالية: . أن يعهد إلى شخص آخر يطلق عليه اسم (صاحب التفويض) تنفيذ مهمة المرفق العام والقيام باستغلال ضروري للمرفق، . أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدى إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة، . أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة والتي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها (François, 1997, p. 44)

هو إذن عقد مبرم بين شخص عمومي يعرف بالإدارة المفوضة يتمتع بصلاحيات، وشخص آخر يدعى المفوض له مكلف بجزء أو بكل المرفق، من خلال تسييره واستغلاله بمقابل مالي يتحصل عليه يدفعه المرتفقون، على أن يتعلق مباشرة باستغلال المرفق باعتباره أهم معيار يعرف به تفويض المرفق العام .

ثانيا. التشريع الفرنسي كأساس لإرساء آلية تفويض المر افق العامة:

ظهر هذا التعبير بداية الثمانينات وتحديدا سنة 1982 على يد jean François AUBY ضمن مؤلفه الذي تضمن دراسة المرافق العامة المحلية (pour plus de détail ;les services publics locaux)، كما ورد المصطلح في المنشور الوزاري الصادر بتاريخ 1987/8/7 المتعلق بإدارة الأشخاص للمرافق المحلية، إلا أن تكريسه كتقنية خاصة بفرنسا حيث (François, 1997, p. 44)، والتي يعود إليها الفضل في إرسائه من أجل تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، فلم يتجسد إلا مطلع التسعينات حيث كانت الانطلاقة من قانون 125.92 , la loi d'orientation n 92/125) 1992) المعروف بقانون " Joxe " المتعلق بالإدارة المحلية وتحديدا في المادة 52 منه، أين تم ترقيته من مجرد مفهوم فقهي إلى مفهوم قانوني (ظريفي، 2012/2001، صفحة 106)، لينتهي الأمر بوضع إطار قانوني خاص بتفويض المرافق العامة تحت رقم 93 122 المتعلق بمكافحة الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة سنة 1993 المعروف بقانون sapin (la loi n 93_122, 1993)، هذا الأخير الذي شكل إطارا تنظيميا واضحا لتفويض المرافق العامة، أعطى من خلاله المشرع الفرنسي تعريفا واضحا لتفويض المرفق العام ضمن نص المادة 38 المعدلة بموجب المادة 03 من قانون رقم 01 . 1168، والتي جاء فيها: "تفويض المرفق العام هو عقد يخول بموجبه شخص من القانون العام تسيير مرفق عام، بحيث يتولى مسؤوليته شخص عام أو خاص، بمقابل مرتبط باستغلال المرفق."، على نحو آخر فقد تبنى

القضاء الفرنسي بدوره مفهوم تفويض المرفق العام وذلك بموجب حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر سنة 1994 (النعيمي، 2017، صفحة 51).

ثالثا. امتداد التطور القانوني لآلية تفويض المرفق العام بالجزائر:

شهدت عملية تناول آلية تفويض المرفق العام في الجزائر معالجة قانونية متدرجة، شكل فيها مرفق المياه المتبني الأول لتقنية التفويض في ظل غياب نص قانوني خاص، ونظرا لأهميته فقد اتجه المشرع نحو التأطير القانوني لتفويض المرفق العام لا سيما على المستوى المحلي، وعلى الرغم من أهميته إلا أنه وصف بغير المشجع بسبب احتشامه، عقب ذلك وعلى إثر التطور الذي ألحق بفكرة التفويض ورواجها لدى الكثير من الدول التي اقتدت بالتجربة الفرنسية، وزحفها على حساب وسائل التسيير التقليدية التي أثبتت عجزها، وباعتبارها وسيلة حديثة للارتقاء بالمرفق العام ورد اعتباره، انتهى الأمر بالمشرع الجزائري إلى تبني المرسوم الرئاسي رقم 247.15، الذي يعتبر أول نص قانوني في التشريع الجزائري احتوى عقود تفويض المرفق العام وحدّد معالمها، وباستحداثه دخلت الجزائر مرحلة قانونية جديدة في تاريخ تنظيم وتأطير آلية تفويض المرفق العام.

1. ارتباط تكريس ألية التفويض في التشريع الجزائري بمرفق المياه في ظل غياب نص قانوني خاص:

ولأن مصطلح "تفويض المرفق العام" يستعمل للدلالة على مختلف أساليب تسيير المرفق العمومي، كالامتياز، الايجار، التسيير...، يعتبر عقد الامتياز الصورة الأقدم للشراكة بين القطاع العام واشخاص القانون الخاص، وهو الصورة الاولى لفكرة تفويض المرفق العام ومحورها، فمصطلح تفويض المرفق العام وعلى حد تعبير البعض مصطلح جديد لعلاقات وعقود قديمة ابرزها الامتياز، والايجار (المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 01-101، 2001).

لم يضع المشرع الجزائري إذن نظام قانوني خاص لتأطير تقنية التفويض، وإنما أشار إليها في جملة من النصوص القانونية المتناثرة هنا وهناك، شكل فيها المرفق العام للمياه ومثلما أشرنا إليه سابقا اللبنة الأولى، حيث تجسد الاعتراف القانوني به في المرسوم التنفيذي رقم 01-101 (المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 01-101، 2001) المتضمن انشاء الجزائرية للمياه، وتحديدا في المادة 6 في فقرتها الثانية التي جاء فيها:"...وتكلف المؤسسة بهذه الصفة، عن طريق التفويض بالمهام الآتية..."، كما ورد مصطلح تفويض المرافق العامة بمقتضى القانون رقم 05 . 12 (المادة 104 من القانون رقم 05 . 12، 2005)، المتعلق بالمياه وتحديدا في نص المادة 2/101 منه التي جاء فيها:" ....يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام، على أساس دفتر الشروط ونظام الخدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم، كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية."، وبعنوان" تفويض الخدمة العمومية فقد خصص نفس القانون القسم الثاني منه للتفويض وذلك بموجب المواد 104 إلى 110 (المادة 104 من القانون رقم 05.12، 2005).

2.الاتجاه نحو التأطير القانوني لتفويض المرفق العام لكن على نحو غير مشجع:

خلافا للمرحلة السابقة، اعتمد المشرع الجزائري موقفا مغايرا فاتجه إلى تبنى موضوع تفويض المرافق العمومية من أجل تسيير بعض المصالح العمومية لا سيما على المستوى المحلي، وتحديدا على المستوى البلدي ويظهر ذلك جليا في نص القانون رقم 10.11 المتعلق بالبلدية (القانون رقم 10.11، 2011)، وتحديدا في نص المادة 2/150 التي جاء فيها: " يمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر او في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض...."، وأيضا في نص المادة 156 من الفصل الرابع المعنون بـ" الامتياز و تفويض المصالح العمومية"، لكن من دون أن يفصل في المفهوم، ومما جاء فيها:" يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها."، ولأن هذا التكريس اقتصر على المستوى البلدي تحديدا دون الولائي (المواد 142 إلى 150 من قانونرقم 12 . 07، 2012، صفحة 05)، تعتبر إذن محاولة المشرع التأطير القانوني لآلية التفويض غير مشجعة.

3.المرسوم رقم 247.15 قفزة نوعية للارتقاء والاحتواء القانوني لآلية تفويض المرفق العام بالجزائر:

في ظل غياب نص قانوني خاص بها، ظلت تقنية التفويض لصيقة بالمرفق العام للمياه باعتباره مرفقا حساسا ما استدعى ضرورة الارتقاء بالخدمة العمومية للمياه في إطار ما يعرف على الصعيد الدولي "بالأمن المائي في القرن الواحد والعشرين" (قدور، 2015، الصفحات 116 - 117)، كما ظلت لصيقة ببعض المصالح العمومية دون غيرها، وعلى الرغم من بعض المجهودات التي بذلت من أجل تكريس مثل هذا المنحى على النحو المبين سابقا إلا أنها لم ترق إلى احتواء قانوني حقيقي إلا بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 247.15 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المرسوم الرئاسي 247/15، 2015)، الذي شكل ولأول مرة إطارا قانونيا تنظيميا واضحا لتفويض المرافق العامة في الجزائر على الرغم من أنه جاء ضمن إطار إصلاح الصفقات العمومية، حيث تضمن المرسوم ولأول مرة باب ثاني خاص مخصص لتفويض المرافق العامة، وذلك بتأكيد من المادة 207 التي أجازت إمكانية تفويض تسيير المرافق العمومية من طرف الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام إلى أشخاص معنوية عامة أو خاصة (مفوض له)، على أن يتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العمومي (الأتاوى المدفوعة من طرف المنتفعين) (التي جاء فيها:" يمكن تفويض تسيير المرافق العمومية من طرف الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العمومي إلى أشخاص معنوية عامة أو خاصة (مفوض له)، ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العمومي (الأتاوى المدفوعة من طرف المنتفعين) وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تدارك الوضع وأعطى تعريفا دقيقا لمصطلح التفويض أطر به هذا الأخير، كما أخضعه إلى جملة من المبادئ التي حددتها كل من نص المادة 5 من المرسوم والتي تمثلت في كل من حرية الوصول للطلب العمومي، المساواة في معاملة المترشحين، شفافية الإجراءات، بالإضافة إلى مبادئ الاستمرارية، والمساواة، وقابلية المرفق للتكيف التي يخضع إليها المرفق العام بمناسبة تنفيذ اتفاقية تفويضه طبقا لنص المادة 2/209 من نفس المرسوم.

رابعا. دو افع اللجوء إلى آلية التفويض لتسيير المرفق العام:

لقد ساهمت العديد من العوامل في تطور ورواج فكرة اللجوء إلى ألية التفويض، شكل تقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية أساسا بارزا للجوء إلى تقنية التفويض، سيما وأن المفوض له يتحمل العبئ المالي لتسيير المرفق بكل المخاطر التي يحملها، كما أن تنوع المرافق العلمة أدى إلى تشعب أدوار الدولة الجزائرية وكثرة أعبائها وبالتالي تدخلها المفرط في مختلف المجالات، غير أن الصعوبات التي واجهتها في عملية تسييرها تلك وتحديدا على إثر التحولات السياسية التي ألقت بضلالها على مختلف المجالات منذ 1989، أي مند تخليها عن النهج الاشتراكي وتبنيها للنهج الليبرالي، فرض ضرورة انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي و التخلي عن دورها في تسيير بعض المرافق العمومية وعلى وجه الخصوص تلك التي تكتسي طابعا تجاريا وصناعيا باعتبارها مجالا خصبا للمنافسة، وفتح المجال واسعا أمام ولوج أشخاص القطاع الخاص (بن علي، 2017، صفحة 159).

على نحو آخر فقد ساهمت أزمة تدني أسعار النفط وتراجع مواردها المالية في دفع وتيرة تقنية التفويض بشكل كبير من خلال البحث عن بدائل إضافية لتمويل الاستثمارات والبنية التحتية اقتداء بتجارب الدول الأوروبية وعلى رأسها التشريع الفرنسي، ودول مغاربية أخرى كالمغرب وتونس (بن علي، 2017، صفحة 158) ، إلى جانب عوامل أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها تتمثل أبرزها في تفادي نقائص التسيير العمومي واختلالاته، التوجه نحو سياسة تقييم الحاجيات العامة، البحث عن فعالية التسيير بأقل تكلفة من خلال التحكم في التكاليف ومراقبة الانجازات، تحسين نوعية الخدمة العمومية سيما في إطار الانفتاح على العالم وزيادة المنظمات التي تدعو إلى حقوق المواطنين من خلال ضمان فعالية المرافق العامة وجودة الخدمات، حاجة الدولة إلى إمكانيات القطاع الخاص ومساهمتهم، جلب استثمارات القطاع الخاص والاستفادة من قدراته وابتكاراته وأساسا من تمويله لتنفيذ المشاريع.

ضمن نفس السياق أشار الأستاذ Braconnier إلى جملة من الدوافع التي ساهمت إلى حد كبير في عملية اللجوء لتقنية التفويض تلك (ظريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، 2008/2007، صفحة 94 ومابعدها) ، ويتعلق الأمر بـ:

.الحاجة الماسة إلى تطوير نوعية الخدمة.

.زيادة طلبات المرتفقين كما وكيفا.

.التخفيف من أعباء الدولة والجماعات المحلية.

.التطور التكنولوجي وكبر حجم المجال الذي يشمل المرافق العامة.

.التغلب على صعوبات التمويل بالشراكة مع القطاع الخاص.

. البحث عن الفعالية الاقتصادية، والجمع بين مزايا القطاع العام والقطاع الخاص في إطار تحقيق التعاون بين القطاعين.

.تنامي الوعي بالحاجة إلى ضرورة تعزيز وتحسين جودة المرافق العامة المقدمة للمواطنين، وهو ما يميز فترة التسعينات كوسيلة اساسية لتحقيق التنمية المستدامة.

.يلعب التفويض المرفق العام دورا بارزا العام والخاص.

المحور الثاني : أسس وأشكال تفويض المرفق العام طبقا للتشريع الجزائري

عرّف المشرع الجزائري تفويض المرفق العام ضمن نص المادة 207 من المرسوم رقم 247.15 بأنه:" اتفاقية يقوم بموجبها شخص معنوي خاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، بتفويض تسييره إلى مفوض له ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، على أن يتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام، كما يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام." (اعتمد المشرع الجزائري في تعريفه هذا على تعريف المشرع الفرنسي الذي أورده في المادة 03 من قانون Murcef رقم 1168 . 2001 وتحديدا في المادة الثالثة منه ومما جاء فيها:" عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له)، سواء كان عاما أو خاصا بتحقيق مرفق عام؛ هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق ، والمفوض له قد يكون مكلفا ببناء منشآت، أو باكتساب أموال لازمة للمرفق."، أنظر قانون Murcef رقم 1168 . 2001).

من خلال هذا التعريف القانوني العام والشامل، يكون المشرع قد حدد أهم الركائز التي تشكل معيار تحديد طبيعة عقود التفويض التي تبرمها الإدارة وتمييزها عن العقود الإدارية الاخرى، ما يعني أن تفويض المرفق العام لا يتحقق إلا بتوفر ثلاث أسس، وهي موضوع التفويض، وسيلة التفويض، والهدف من التفويض، (أولا)، بالإضافة إلى الأشكال التي يمكن أن يتخذها والتي حددتها نص المادة 210 من نفس المرسوم (ثانيا).

أولا. أسس تفويض المرفق العام:

يقوم تفويض المرفق العام على ثلاث أسس لا يمكنه أن يتحقق من دونها، والتي تتمثل في:

1. موضوع التفويض:

أي أن ينصب موضوع التفويض على مرفق عام ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، وفي هذا السياق نشير بأن المرافق العامة تتنوع بحسب الزاوية التي ينظر إليها، فمن حيث امتدادها الإقليمي تنقسم إلى مرافق وطنية ومرافق محلية، ومن حيث طريقة انشائها إلى مرافق تنشأ بنص تشريعي وأخرى بنص تنظيمي، أما من حيث طبيعة نشاطها فتنقسم إلى مرافق إدارية (كالدفاع، الأمن، القضاء) (والتي تتميز بخضوعها التام للقانون الإداري، ولا تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إلا على سبيل الاستثناء وبرغبة من الإدارة الخالصة)، وأخرى اقتصادية (فتقوم المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية) على أساس مزاولة نشاط تجاري أو صناعي، مثل مرافق النقل بالسكك الحديدية، أو السيارات، أو الطائرات، وقد كرس هذا المفهوم في قانون البلدية المعدل رقم 10/11 الموافق لـ يونيو 2011) (بوضياف، 1999، صفحة 152

ومايليها)، ومع ذلك لم يبين المشرع ولم يحدد نوعية المرافق القابلة للتفويض (مع العلم أن المشرع سابقا كان يكرس القاعدة التي مفادها أنه لا امتياز للمرفق العام إلا إذا نص على ذلك القانون، أما حاليا فالعكس هو الصحيح حيث أن جميع المرافق العامة قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك، وذلك استنادا للفكر الليبرالي في تسيير المرفق العام).

1.1.المر افق العامة القابلة للتفويض:

حقيقة أن المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري تشكل الجزء الأكبر لموضوع التفويض بل ومجالا خصبا لذلك، على خلاف المرافق الإدارية التي تطرح بعض الإشكالات بهذا الخصوص بسبب خصوصيتها وبسبب عدم وضوح المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين المرافق الإدارية القابلة للتفويض من عدمها، وبهذا الخصوص حاول الفقه توضيح الأمر وحدد المرافق العامة غير القابلة للتفويض، كالمرافق العامة ذات الطابع الدستوري (السيادية)، المرافق العامة التي يشتمل موضوعها على طابع ضريبي، (كتحصيل الإيرادات)، كما لا يجوز تفويض بعض المهام الأساسية المناط القيام بها من قبل الأشخاص العامة (كسلطة الضبط، الانتخابات،....)، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد انتهى به الأمر إلى معالجة الأمر من خلال توضيحه للأحكام التي تسري على تفويض المرفق العام (وذلك من خلال التعديل الذي أدخل على نص المادة 41 من قانون 93 . 122، وتحديدا بموجب المادة 2 من القانون رقم 599 . 2010، والتي جاء فيها:" لا تسري أحكام تفويض المرفق العام؛ إذ نص القانون على احتكار أشخاص القانون العام لإدارة واستغلال المرفق، . لا تفويض للنشاط الممارس من قبل مؤسسة عامة أو شركة مساهمة إلا بنص من قانونها الأساسي، .لا تفويض لمرفق عام إلا إذا فاق مبلغ المفوض 10600 أورو، .إذا كانت مدة التفويض لا تتجاوز 3 سنوات؛ ومبلغ 68000 أورو في السنة).

الأصل إذن أن جميع المرافق قابلة للتفويض ما لم يستثنها المشرع بنص قانوني، أي بحسب مدى قابليته قانونا للتفويض وعدم اعتراض النص القانوني على إقحام القطاع الخاص وإشراكه في القطاع، وهو ما تؤكده نص المادة 207 من المرسوم رقم 247.15 بنصها:" يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف..."، ومهما يكن من أمر تبقى المرافق العمومية ذات الطابع الاقتصادي الاستثماري مجالا خصبا للتفويض.

ومن قبيل المرافق الاقتصادية التي شكلت قانونا محل تفويض في التشريع الجزائري نذكر:

. البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية بمقتضى القانون رقم 03.2000، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية المؤرخ في 5 أوت 2005 (الجريدة الرسمية عدد 48، الموافق لـ 6 أوت 2005)، وتوفير خدمات الاتصالات في شكل رخصة أو ترخيص أو تصريح بسيط ، يحدده دفتر الشروط يلتزم به المتعامل الذي يرسو عليه المزاد بعد الدعاية للمنافسة، (المادة 28 وما بعدها).

. الموارد المائية بموجب القانون رقم 12.05 المتعلق بالمياه (القانون رقم 05 . 12، 2005)، الذي أرسى فيه المشرع استغلال الموارد المائية بموجب الباب الخامس منه، عن طريق عقدين إداريين، الأول في عقد الامتياز، والثاني في عقد الرخصة (المادة 74،76).

. الغاز والكهرباء بموجب القانون رقم 01.02، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الموافق لـ 5 فيفري 2002 الذي يجيز منح امتياز توزيع الغاز والكهرباء طبقا للمادة 73 (القانون رقم 01.02، 2002)

أما بالنسبة للمرافق العمومية المحلية، فإن كل من قانون البلدية والولاية ومند سنة 1967 قد نصا على الامتياز لكن كطريقة استثنائية لتسيير المرافق العمومية المحلية، آخرها قانون البلدية (القانون رقم 10.11، 2011)، وذلك ضمن نص المادة 149 التي فتحت الباب أمام آلية التفويض في العديد من المجالات ذات الطابع الاقتصادي، كمياه الشروب، تسيير مراكز الردم التقنية، الأسواق العمومية، الحظائر، مساحات التوقف، الإنارة العمومية، الأسواق المغطاة، المحاشر، المذابح..... كما جاء في قانون الولاية (قانون رقم 07.12، 2012) في المادة 149 منه على أنه "وفي حال تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية، يمكن للمجلس الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز".

نشير بأن تقنية تفويض المرافق العمومية المحلية، كرست بموجب تعليمات، من ضمنه التعليمة رقم3. 94/ 842 المتعلقة بامتياز المرافق ع المحلية وتأجيرها، والتي حددت طريقة تفويض المرفق العمومي المحلية وفقا لطريقتي الامتياز والإيجار، اللذين نص عليها المشرع ضمن المرسوم رقم 247.15، كما وجهت وزارة الداخلية والجماعات المحلية في 15 جانفي 2016، برقية إلى الولاة والولاة المنتدبين ورؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية ومسؤولي المرافق العمومية على المستوى المحلي من أجل إعداد تصور عن تفويضات المرفق العام الذي صدر في إطار المرسوم، وإرسال تقارير بشأنها قبل شهر مارس من نفس السنة (بن علي، 2017، صفحة 161).

21. المرافق العامة الإدارية لا تتعارض مع قابلية التفويض:

يعد تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة الاقتصادية المجال الأنسب، غير أن ذلك لا يعني أنها تتعارض مع المرافق الإدارية على الأقل مبدئيا وذلك استنادا إلى الاعتبارات التالية:

. معيار الانتاجية الذي لم يعد حكرا على المراكز العامة ذات الطابع الاقتصادي، وإنما امتد حتى إلى المرافق العامة الادارية.

. تقنية التفويض في الادارة و الاقتصاد تقوم على فكرة الاستثمار والنتائج المالية، ولم يعد من الضروري أن تنشأ علاقة بينهم وبين المستثمر، مثلما هو عليه الحال في طرق الإدارة عن طريق الوكالة أو التسيير، ولعل من أبرزها عملية جمع النفايات ومعالجتها التي يعتبرها الاجتهاد الفرنسي من المرافق العامة الإدارية.

. تكريس الاجتهاد الفرنسي من حيث قابلية تفويض المرافق العامة الإدارية باعتباره مصدرا للعديد من التشريعات، وهو ما جسده في العديد من القرارات القضائية أبرزها قضية terrier ، حينما اعتبر أن مهمة المتعاقد مع السلطة المفوضة في التخلص من الأفاعي القاتلة امتياز لمرفق إداري عام (وكذلك بموجب المرسوم 419.91 المنظم لأحكام القانون رقم 09.89 المتعلق بتنظيم المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية) (بن علي، 2017، صفحة 162).

3.1. المرافق غير القابلة للتفويض:

باستقرائنا لنص المادة 207 من المرسوم رقم 247.15 فإنه لا تعد جميع المرافق قابلة للتفويض، وبعبارة أخرى يعد المنع من التفويض من قبيل الاستثناء، بدليل ورود عبارة "وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف" بنص المادة، وهو الموقف الذي سبق وأن اعتمده الاجتهاد الفرنسي من قبل عندما أورد بعض التحفظات بخصوص مبدأ قابلية المرافق العامة الادارية للتفويض بالنظر إلى طبيعتها، وأوجب بضرورة البحث عن مهام المرفق في حال عدم تحديدها، معتبرا أن المنع هو من قبيل الاستثناء بالنظر لطبيعتها، وعليه يمكن تحديد المرافق غير القابلة للتفويض:

. **المرفق العام الدستوري:** باعتباره مرفقا وطنيا ذو طبيعة إدارية لا يقوم على فكرة الاستثمار، ولكونه يمثل المهام الأساسية للدولة التي قد ترتبط بسيادتها، وتشمل المرافق السيادية الدستورية العديد من المرافق كالجيش، القضاء، الشرطة، أما مرفق السجون فقد أضحى في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا قابلا للتفويض، وتتعلق المرافق غير السيادية الدستورية عادة بإشباع حقوق مكفولة دستوريا، كالتعليم (وفقا للمادة 65)، الصحة(وفقا للمادة 66 من التعديل الدستوري الأخير الموافق لـ 2016)، المساعدات الاجتماعية، وإن أضحت مؤخرا تقبل المبادرات على مستوى القطاع الخاص.

.**بناء على الأساس التشريعي:** أي أن يكون المنع بموجب نص قانوني لا تنظيمي، مثل قانون النقد والقرض الذي يمنح بنك الجزائر دون سواه امتياز اصدار النقد طبقا لأحكام الم 2 من القانون 11.03 الموافق لـ 26 أوت، المعدل والمتمم بموجب الامر رقم 04.10 ل 26 أوت.

2.وسيلة التفويض (أن يتم التفويض بناء على علاقة تعاقدية (اتفاقية):

التفويض نوعان تفويض أصلي يجمع بين السلطة المفوضة الأصلية والمفوض له الأصلي، (تقوم من خلاله السلطة المسؤولة عن المرفق العام بتفويض مهمة تسييره إلى شخص آخر(المفوض له) بصفة أصلية، من دون ان تستمد صلاحيتها في التفويض من سلطة أخرى)، ويتخذ هذا النوع من التفويض إحدى الصورتين، تفويض اتفاقي يستند على اتفاقية تبرمها كل من السلطة المفوضة والمفوض له، بعد اتباع سلسلة من الاجراءات كالإشهار، المنافسة، انتهاء باختيار المترشح الأحسن عرضا، وتفويض قانوني (ففي فرنسا تم إقصاء هذا النوع من التفويض من مجال تطبيق قانون Sapin لأنه يقترب كثيرا من أسلوب التسيير عن طريق مؤسسة عمومية التي يتم إنشائها وتكليفها قانونا بمهام تسيير المرفق، وهو حال

المؤسسة العمومية الجزائرية للمياه التي أنشأتها الدولة من أجل تسيير؛ مرفق المياه بناء على تفويض قانوني بناء على المرسوم التنفيذي رقم 101/01 المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، والتي يميل أسلوب تسييرها لمرفق المياه كثيرا لأسلوب التسيير عن طريق المؤسسة العمومية) (بوهالي، 2017، الصفحات 335 - 336)، يستند إلى نص قانوني غالبا ما يمنح فيه التفويض للمؤسسات العمومية التي تلجأ فيها الدولة لتوكيلها لتسيير مرفق عام، والذي يفتقد عادة إلى الاجراءات المتبعة في التفويض الاتفاقي كالإشهار،...

أما النوع الثاني من التفويض فهو التفويض الفرعي، ويعني أن يقوم المفوض له الأصلي بتحويل جزء أو كل من النشاط المفوض لصالح شخص آخر، وانتهى الأمر في فرنسا إلى تصنيف هذا النوع من الاتفاقيات ضمن اتفاقيات تفويض المرفق العام بعد إقرار جملة من الشروط (كاحتفاظ السلطة المفوضة بكافة صلاحياتها التنظيمية والرقابية بصفتها صاحبة المرفق العام، أن يتم التفويض باسم ولحساب السلطة المفوضة الأصلية، أن تخضع اتفاقية التفويض الفرعي إلى إجراءات الإشهار والمنافسة المحددة بموجب قانون sapin) (بوهالي، 2017، صفحة 336).

إن تكريس المشرع للتفويض الأصلي في صورة التفويض الاتفاقي من دون الإشارة إلى التفويض الفرعي يشكل وبحق مثلما أشار إليه البعض ثغرة قانونية من شأنها أن تفتح المجال أمام التلاعب بالمرافق العامة من أجل تحقيق أغراض شخصية تتنافى مع تحقيق المصلحة العامة التي عادة ما تشكل الهدف الأول من وراء تسيير المرفق العام، وعليه كان على المشرع أن يتناول هذا النوع من التفويض صراحة سواء بالمنع سيما وأن ما هو غير ممنوع فهو مباح، أو بالتنظيم الصارم القائم على الشفافية حتى لا يتم التفويض من الباطن، مع إحكام الرقابة الصارمة من طرف السلطة المفوضة الأصلية (بوهالي، 2017، صفحة 336 ومايليها).

ومهما يكن من أمر نشير بأن العلاقة التعاقدية المشار إليها أعلاه، تتم بين طرفين اثنين المفوض، الذي يعتبر شخص معنوي خاضع للقانون العام (كالدولة، الجماعات المحلية، المؤسسة العمومية). باعتبارها مسؤولة عن تنظيم وسير المرفق العام، والمفوض له، هذا الأخير الذي لم يتم تحديد صفته بدقة وذلك بحسب ما جاءت به المادة 207 التي وردت على إطلاقها، والذي يمكنه أن يكون شخصا معنويا عاما أو خاص (وطني أو أجنبي)، بل وحتى شخص طبيعي.

3. الهدف من التفويض:

يشكل الهدف من التفويض المعيار الحقيقي لتعريف تفويض المرفق العام وليس معيار المقابل المالي،

والذي يتمثل في استغلال مرفق عام، وتشغيله من قبل المفوض له باعتباره مسؤولا عن تسييره على أن يتحمل مختلف المخاطر المرتبطة بعملية التسيير تلك، بسبب ارتباطه المباشر مع المرتفقين، إلى جانب ذلك يرتبط استغلال المرفق العام بمقابل مالي له علاقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق يتحصل عليه المفوض له بحسب نتائج استغلال المرفق (وفي هذا الصدد يشير الأستاذ Claudie Botrea. إلى ضرورة تعلق

المقابل المالي المتحصل عليه باستغلال المرفق لا غير، وفي أغلب الأحيان على إتاوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة) (لشلق، 2014/2013، صفحة 28) (وضمن نفس السياق جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي الموافق لـ 15 أفريل 1996 :"يجب أن يتضمن دفع المقابل المالي في تفويض المرفق من نتيجة الاستغلال") (ظريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، 2008/2007، صفحة 93).

ثانيا. أشكال التفويض:

تنقسم عقود تفويض المرفق العام إلى نوعين:

1.الأشكال المسماة:

يقصد بالأشكال المسماة التي يتخذها تفويض المرفق العام، الأشكال التي حددتها نص المادة 1/210 من المرسوم رقم 15-247، والتي تختلف من حيث مستوى التفويض، الخطر الذي يتحمله المفوض له، ورقابة السلطة المفوضة، ويتعلق الامر في كل من أسلوب الامتياز، أو الإيجار، أو الوكالة المحفزة، أو التسيير.

1.1 . الامتياز: نكون بصدد الامتياز عندما تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام، يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى مقابل ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام، كما يتولى تمويل (المفوض له) الإنجاز واقتناء الممتلكات، وكذا استغلال المرفق العام بنفسه، وبذلك يكون المشرع قد حدد وبدقة مفهوم الامتياز الذي يكون محل عقد من عقود تفويض المرفق العام، والامتياز الذي يخرج عن هذا الإطار.

21 . الإيجار: وهو أن تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، بحيث يتصرف المفوض له لحسابه وعلى مسؤوليته، على ان تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

31 . الوكالة المحفزة: تتحقق الوكالة المحفزة عندما تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، على أن يقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته، وعلى خلاف الأشكال الأخرى يتحصل المفوض له على أجرته مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة إنتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء، وتحدد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام من قبل السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له الذي يحصلها لحساب السلطة المفوضة المعنية.

41 . التسيير: وهو شكل آخر من أشكال تفويض المرفق العام، ويتحقق عندما تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، على أن يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته، وبخصوص أجر المفوض له، فتتولى

السلطة المفوضة دفعه له مباشرة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية، وتحدد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام من قبل السلطة المفوضة التي تبقى تحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز تعوض السلطة المفوضة ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.

2. الأشكال غير المسماة: (عقد البوت .BOT كوجه لتفويض المرفق العام):

يقصد بالأشكال غير المسماة الأشكال الأخرى التي يتخذها تفويض المرفق العام والتي تخرج عن الإطار المحدد والمشار إليه بمقتضى نص المادة 1/210 من المرسوم، ما يعني أن تفويض المرفق العام وطبقا لنص المادة 2/210 يمكنه أن يأخذ أشكالا أخرى غير تلك المحددة أو المسماة طبقا لنص المادة 1/210 (وبهذا الخصوص نصت المادة 210 في فقرتها الثانية كمآ يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبينة)، بحيث يمكن ضمها إلى عقود تفويض المرفق العام متى اتسمت بالضوابط والأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام كعقد البوت مثلا، هذا الأخير الذي يعتبر شكل من أشكال تمويل المشروعات، تمنح بموجبه دولة ما مستثمر أو مجموعة من المستثمرين امتيازا لتمويل وتنفيذ مشروع معين، ثم تشغيله واستغلاله تجاريا لمدة زمنية، يصار عند نهايتها إلى رد المشروع إلى الدولة، هو إذن طريقة من طرق الإدارة غير المباشرة للمرافق العامة الصناعية والتجارية تتشابه وتختلف في كثير من النقاط مع العقود الأخرى، غايته الاستفادة من موارد القطاع الخاص بغرض إنشاء البنى التحتية دون الحاجة إلى تحميل موازنة الدولة الأعباء المالية أو دون الحاجة إلى الدين العام، بالإضافة إلى ذلك يساهم عقد البوت في جلب رؤوس أموال أجنبية كما يساعد الدولة المضيفة للاستثمار طبعا على الوصول إلى تكنولوجيات ومهارات غير متوفرة محليا، هو إذن نمط من أنماط التعاقد الحديثة، تلجأ إليه الإدارة من أجل تنفيذ أشغال عامة، وإدارة مرافق عامة، وتحويلها من قبل ممولي القطاع الخاص الذين يشكلون فيما بينهم اتحادا ماليا لإنشائها وتشغيلها واستثمارها لمدة زمنية معينة، مقابل استثمارها والانتفاع منها خلال تلك الفترة، وليس بسعر محدد في العقد، ومن ثم إعادة كامل ملكيتها إلى الإدارة المتعاقدة بمجرد انتهاء العقد، وهو أقرب ما يكون إلى امتياز " الأشغال العامة" بصيغة حديثة ذات الارتباط الوثيق بامتياز المرفق العام.

ويعرفه البعض بأنه طريقة تمويل مشروع تعطي الحكومة بموجبه امتيازا لشركة خاصة تضم مجموعة مقاولين وموظفين لفترة زمنية محددة من أجل انجاز وتطوير واستثمار مشروع عام من البنية التحتية، حيث تتولى هذه الشركة على نفقتها بناء وإنجاز الأشغال واستثمار المشروع طيلة فترة العقد، فتسترجع بطريق الاستثمار كلفة المشروع والارباح المرتقبة من العملية ثم تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة في نهاية العقد (ظهر مفهوم هذا العقد في أوائل الثمانينات وهي عقود أوجدها القانون الأنجلوساكسوني الذي لا يعترف بوجود عقود إدارية مميزة عن العقود العادية، ولما كانت التنمية الاقتصادية تمثل الهدف الأساسي لكل دول العالم خاصة النامية منها، فإن معظم الدراسات تتجه نحو استبعاد ؛ الاعتماد كلية على ميزانية الدولة والمساعدات والمنح الخارجية، وتراكم الديون التي من شأنها أن تعيق التقدم الاستراتيجي بسبب

الشروط الصعبة التي تفرضها الدول المقترضة، لأجل ذلك فالمشروعات الكبرى ومشروعات التنمية الأساسية تستخدم نظام البوت لإنشاء وتشييد وتشغيل ؛ هذه المشروعات دون تحميل ميزانية الدولة لأي أعباء مالية، مقابل حصول صاحب الامتياز على عقد الاستثمارات لمدة محدودة ، وبعدها يتم إعادة المشروع إلى الحكومة) (منصور، ب س) (ظريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، 2008/2007، صفحة 96 ومايليها). ، كما يعرفه بعض الفقهاء:" كأسلوب تعاقدي يجمع بين قطاع عام . الدولة .وقطاع عام أو خاص وطني أو أجنبي بهدف تمويل وإنشاء المرفق العام وتشغيله لمدة معلومة ثم نقل ملكيته إلى الدولة"، وقد عرفته الامم المتحدة للتنمية الصناعية:" باتفاق يتولى أحد الأشخاص من القانون الخاص تصميم، تمويل، إنشاء، تشغيل، وصيانة مرفق في الدولة لفترة زمنية محدودة مع فرض رسوم تقع على عاتق المنتفعين دون ان تتجاوز ما تم الاتفاق عليه في العقد الذي يقصد منه استرجاع أمواله مع العائدات والفوائد، وتلتزم هاته الشخصية بإعادة المرفق العام للدولة دون مقابل، هو إذن عقد يتم من خلاله منح امتياز تعهد به الحكومة إلى طرف آخر لأجل انشاء مرفق عام في مدة محدودة، على أن يقوم هذا الطرف بالبناء والتشغيل والإدارة بالإضافة إلى الصيانة من أجل استمرارية المرفق العام، بحيث تسترد تكاليفه وتحقيق أرباحه ثم ينقل ملكيته إلى الحكومة دون مقابل في نهاية المدة المتفق عليها في العقد المبرم" (أحمدمبخوثة ، زيان بن يمينة ، مناد الطاهر، 2017، صفحة 174)، وقد استخدمت الجزائر هذه الصيغة في مجال تحلية مياه البحر م خلال الشركة العامة الجزائرية للمياه (التي أوكلت إليها مسؤولية تنفيذ السياسة الوطنية لتنمية وتسيير قطاع المياه في الجزائر). حيث وقعت شركة المياه بتيبازة مع شركة كندية وإسبانية عقدا (وفي هذا السياق وقعت شركة المياه بتيبازة مع Actionna Agua وإسبانيا SNCI ARVALINعقدا قيمته شركة كندية 150 مليون دولار لتنظيم وإنشاء ونقل محطة تحلية مياه البحر لمدة 25 سنة) (لشلق، 2014/2013، صفحة 94).

المحور الثالث: الضوابط التي تحكم تفويض المرفق العام

بهدف تحقيق المصلحة العامة وباعتبارها الأساس الذي تقوم عليه المرافق العامة، أخضع المشرع الجزائري آلية تفويض المرفق العام التي نظمها ضمن إطار المرسوم رقم 247.15، إلى مجموعة من الضوابط التي تتحكم في عملية سيرها، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال التنازل عليها حتى في ظل المفهوم الجديد الذي يشهده المرفق العام إثر تطوره على يد النظريات الليبرالية، هذه الأخيرة التي فرضت معادلة جديدة على المرافق العامة مفادها ضرورة تفعيل الأداء وتحقيق المردودية شأنها في ذلك شأن المؤسسات الخاصة لكن ضمن إطار تكريس المصلحة العامة، وتتمثل هذه الضوابط في ضرورة خضوع تفويض المرفق العام للمبادئ المحددة قانونا (أولا)، ضرورة استرجاع السلطة المفوضة لجميع استثمارات وممتلكات المرفق بمجرد انتهاء عقد التفويض (ثانيا)، إلى جانب خضوع تفويض المرفق لمبدأ الرقابة (ثالثا).

أولا. ضرورة خضوع تفويض المرفق العام للمبادئ المحددة قانونا:

أخضع المشرع الجزائري تفويض المرفق العام وبحسب نص المادة 5 والمادة 209 من المرسوم رقم 247.15 إلى نوعين من المبادئ، مبادئ يتم الخضوع إليها خلال عملية إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، ومبادئ أخرى يخضع إليها أثناء عملية تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام وعلى وجه الخصوص مبدأ الاستمرارية، مبدأ المساواة، ومبدأ قابلية التكيف".

1.المبادئ الخاصة بإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام:

وهي المبادئ التي أحالت إليها المادة 1/209 إلى نص المادة 5 من المرسوم رقم 247.15، وتتمثل في:

1.1 . حرية الوصول للطلبات العمومية: سيما في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي التي تعد مبدأ دستوري وهو ما تضمنته نص المادة 1/43 من التعديل الدستوري الموافق لـ 6 مارس 2016 (الجريدة الرسمية عدد 14، الموافق لـ 14 مارس 2016، ومما جاء فيها: حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون).

21 . المساواة في معاملة المترشحين: بين مختلف المترشحين لتفويض المرفق العام، باعتباره هو الآخر مبدأ دستوري تضمنته نص المادة 2/43 من التعديل الدستوري الأخير الموافق لـ 6 مارس 2016، والتي جاء فيها:" تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية".

3.1 . شفافية الإجراءات: لم يحدد المشرع الجزائري إجراءات خاصة بتفويض المرفق العام مثلما فعل بالنسبة للصفقات العمومية، وإنما أحالها إلى نفس تلك الاجراءات المتبعة في الصفقات العمومية، المبينة في نص المادة 5 من المرسوم رقم 15 . 247، كمرحلة الإشهار، والمنافسة، المبينة في نص المادة 41،40،39، ومرحلة اختيار المفوض له المحددة في نص المادة 46 وما يليها من نفس المرسوم (نص المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247).

والجدير بالذكر أن عدم التكريس الواضح والجلي لإجراءات تفويض المرفق العام وإحالتها من طرف المشرع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، يشكل ثغرة قانونية كان على المشرع أن يتفاداها من أجل تفعيل حقيقي للمرفق العام، سيما وأن النص عليها صراحة كان سيشكل ضمانة قانونية حقيقية من شأنها أن ترسم الإطار الذي يتم فيه تفويض المرفق العام والذي يعكس مبدأ الشفافية في ظل ضمان تحقيق المصلحة العامة.

2.المبادئ الخاصة بتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام (المبادئ التقليدية):

وهو ما تضمنته نص المادة 2/209 من نفس المرسوم، والتي جاء فيها": زيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف"، والتي تشكل وتعرف بالمبادئ التقليدية التي تلازم المرفق العام، ونظرا لأهميتها في حياة المرفق بل ولأنه لا يمكن تصور وجود مرفق عام من دونها، فقد خصها المشرع باهتمام خاص حينما ألزم بتكريسها أثناء وخلال عملية تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وتتمحور هذه المبادئ في ما يلي:

1.2 . مبدا الاستمرارية: ويعرف أيضا بمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، ويعني استمرارية نشاط المرفق وقيامه بالخدمات المنوطة به من دون انقطاع تحقيقا للمصلحة العامة، فلا يمكن مثلا تصور توقف مرفق القضاء عن الفصل في النزاعات، أو مرفق الأمن عن إحلال الأمن، لأجل ذلك وفر المشرع مجموعة من الضمانات لترسيخ المبدأ ، كتنظيمه لممارسة حق الإضراب، حق الاستقالة، عدم جواز الحجز على أموال المرفق (مجيدي، 2010/2009).

2.2 . مبدا المساواة: وهو حق من حقوق الانسان، ومبدأ دستوري كرسه المؤسس الدستوري في مختلف الدساتير (المادة 12 من دستور 63، الم 39 و40 من دستور 76، الم 28 من دستور 89، والم 29 و51 من التعديل الدستوري لـ 96)، كما كرسه التعديل الدستوري الأخير الموافق لـ 6 مارس 2016 في نص المادة 32، و34 منه، ويترتب عن هذا المبدأ مبادئ فرعية تتمثل في مساواة المنتفعين من خدمات المرافق وبالتالي معاملتهم معاملة واحدة وعدم المفاضلة فيما بينهم في مجال الانتفاع من خدمات المرفق، والمساواة في الالتحاق بالوظائف العامة (بوضياف، 1999، صفحة 166).

3.2 . مبدأ قابلية التكيف أو التغير: ويترتب على ذلك ضرورة مواكبة المرافق العامة لمختلف التحولات بما يتناسب والتطورات التي تمس بالنشاطات المختلفة للمرافق العامة، و التي تنعكس إيجابا على تطورها وتفعيلها بما يتماشى وتحقيق المصلحة العامة، ما يتطلب معه مواكبة التطورات والتقدم العلمي في مجال الإدارة، سواء تعلق الأمر بالقواعد المنظمة للمرفق، أو حتى بأسلوب إدارته الذي يمكنه أن يتحول من أسلوب الإدارة المباشرة إلى المؤسسة العامة، أو من هذه الأخيرة إلى شركة مختلطة، أو الرفع من الرسوم لقاء الخدمات التي يقدمها، أو حتى تخفيضها بما يتماشى والصالح العام إذ ليس من المصلحة العامة أن تحافظ على تنظيمها القانوني كما هو، وإنما يجب أن تكون متطورة ومتجددة من أجل البحث عن كل ما من شأنه أن يرقي ويطور من عمل المرافق العامة.

3 . المبادئ الجديدة لتفويض المرفق العام:

في ظل تطوير تقنيات التفويض على إثر التطورات التي لحقت بفكرة التفويض بفرنسا، وولوج القطاع الخاص في تسيير المرفق العام، ظهرت مبادئ جديدة تحكم عملية تسيير المرافق العامة تختلف في مضمونها عن المبادئ التقليدية المشار إليها واللصيقة بالمرفق العام (بوسماح، 1995، صفحة 121)، وهي وإن لم تحدد على سبيل الحصر، إلا أنه تم تبنيها من قبل فرنسا باعتبارها مصدر وأساس تكريس تقنية التفويض، كما تضمنتها العديد من الاتفاقيات الدولية في طياتها، وتتمثل هذه المبادئ في:

1.3. مبدأ الشفافية: بما يضمن منافسة نزيهة لاختيار أحسن تسيير للمرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة.

2.3. مبدأ الفعالية في تسيير المرفق العام: سواء من قبل أشخاص القانون العام أو الخاص، بالإضافة إلى مبادئ أخرى مكملة، كضمان تحقيق الجودة والسلامة، الخضوع إلى قواعد الاستهلاك لضمان حقوق المستهلكين (للإشارة فإن حقوق المستهلكين أضحت مضمونة دستوريا حيث جاء في ظل التعديل

الدستوري الأخير الموافق لـ 6 مارس 2016، وتحديدا ضمن نص المادة 3/43 تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين، يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة)، والسرعة، ..... (ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز، 2012/2001، الصفحات 229-231).

ثانيا. ضرورة استرجاع السلطة المفوضة لجميع استثمارات وممتلكات المرفق بمجرد انتهاء عقد التفويض:

حفاظا على ملكية المرافق العامة وباعتبارها من الممتلكات الوطنية العمومية التي لا يحق امتلاكها ولا التصرف فيها (وهي وإن عدت ملكية صحيحة للإدارة، إلا أنها مخصصة للنفع العام، الأمر الذي يترتب عنه عدم جواز الإدارة أن تتصرف فيه) (كنعان، 2005، صفحة 397) (المادة 3 من القانون رقم 30.90، 1990)، ومن أجل منع أي تنازل عنها أو تعرضها لما يعرف برفع اليد عنها من قبل السلطة المفوضة، فقد ألزم المشرع وتحديدا ضمن نص المادة 208 من المرسوم رقم 247.15 (حيث جاء في نص المادة 208 تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام، عند نهاية عقد تفويض المرفق العام، ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، المعني)، على ضرورة استرجاع ممتلكات المرفق العام وتحويل استثماراته للسلطة المفوضة بمجرد انتهاء عقد التفويض، ما يعني أن مدة عقد تفويض المرفق العام ومهما اختلفت أشكالها محددة المدة، وهو ما يشكل ضمانة أساسية من أجل الحفاظ على ملكيتها، غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 210 من نفس المرسوم التي تحدد أشكال التفويض، نجد أنها لم تحدد أي مدة معينة لأي شكل من أشكال التفويض، سواء تعلق الأمر بالامتياز، أو الإيجار، أو الوكالة المحفزة، أو حتى عقد التسيير، ومع ذلك فعادة ما تحدد مدة عقود التفويض بمدة قد تصل إلى 90 سنة في عقد الامتياز، أقل من 15 سنة في عقد الايجار، وما بين 3 و5 سنوات بالنسبة لعقد مشاطرة الاستغلال وعقد التسيير (أوكال، 2010/2009، صفحة 128).

ولأن عقد تفويض المرفق العام من العقود الإدارية المحددة المدة، فإنه يتوجب على المفوض له بأن يتولى تسيير واستغلال المرفق طيلة المدة المتفق عليها في العقد، بحيث لا يسمح له بتمديده إلا استثناء (كحالة انهاء العقد بدافع المصلحة العامة مقابل تعويض عادل لصاحب التفويض، أو بسبب خطأ صاحب التفويض الذي يشكل إخلالا من قبل المتعاقد، أو بسبب قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ العقد بصفة نهائية).

ثالثا. خضوع تفويض المرفق لمبدأ الرقابة:

حفاظا على المبادئ التي تخضع إليها عملية تفويض المرفق العام، و ضمان فعاليته ومردوديته من دون المساس طبعا بالمصلحة العامة التي تعد أساس قيام المرفق العام من أجل عدم إهدار حقوق مستعمليه اللذين يحق لهم الانتفاع من المرفق بأقل سعر وبنوعية جيدة، أخضع المشرع الجزائري

تفويض المرفق العام لرقابة مزدوجة، إحداها تتم من قبل السلطة المفوضة باعتبارها المسؤولة عن المرفق العام، أما الرقابة الأخرى فتتم من قبل سلطة ضبط الصفقات العمومية والمرفق العام.

1. رقابة السلطة المفوضة: وهي الرقابة التي أشارت إليها نص المادة 210 من المرسوم رقم 247.15 سيما عندما يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، كما هو الحال بالنسبة لعقد الامتياز، في حين نجدها تنعدم عندما تبقى السلطة المفوضة تحتفظ تماما بإدارة المرفق في الوقت الذي يتولى المفوض له تسيير أو صيانة وتسيير المرفق ويستغله لحساب السلطة المفوضة كما هو الحال بالنسبة للوكالة المحفزة وعقد التسيير، بدليل عدم إشارة المشرع لمبدأ الرقابة عليها.

لكن الغريب في الأمر أن عقد الإيجار الذي يتولى فيه المفوض له تسيير المرفق وصيانته لم يتم الإشارة فيه إلى ما يفيد الرقابة عليه، على الرغم من أن المفوض له يتصرف فيه لحسابه وعلى مسؤوليته شأنه في ذلك شأن عقد الامتياز، ما يشكل ثغرة قانونية أخرى من شأنها أن تعيق السير الحسن لهذا النوع من عقود التفويض، مما يؤثر حتما على مصلحة المرتفقين سيما في حالة وجود اختلالات من قبل المفوض له.

2. رقابة سلطة ضبط الصفقات العمومية والمرفق العام: وهي رقابة نصت عليها المادة 213 من المرسوم رقم 247.15، ويتم استحداثها لدى الوزير المكلف بالمالية بهدف ضبط السوق وقواعد المنافسة النزيهة من أجل حماية حقوق المستهلكين في هذا المجال، وهو المبدأ الذي كرس على مستوى التعديل الدستوري الأخير الموافق لـ 6 مارس 2016، ضمن نص المادة 3/43 (والتي جاء فيها تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين، يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة)،

حقيقة أن وجود مثل هذا النوع من الرقابة إلى جانب رقابة السلطة المفوضة، من شأنه أن يعزز من السير الحسن للمرفق العام بل ويقيه من مختلف الاختلالات التي قد تصيبه جراء ولوج الغير في عملية تسييره ومطالبته بتحقيق المردودية، إلا أن هذه الرقابة التي تتولى القيام بها سلطة ضبط الصفقات العمومية والمرفق العام، تعاني من بعض العوائق من شانها أن تقلل من ضبط تفويضات المرفق العام بسبب افتقارها للاستقلالية الكاملة التي تحررها من قيود التبعية والوصاية والتي تنعكس سلبا على قراراتها نتيجة تمتعها بحسب تعبير البعض باستقلالية التسيير على حساب الاستقلالية المالية، وافتقادها لمتطلبات اكتساب الشخصية المعنوية (بعلي، ب س، صفحة 30 ومايليها)، بالإضافة إلى صلاحياتها التي يغلب عليها الطابع الاستشاري والذي يفتقد بدوره إلى قوة الإلزام للمصالح المتعاقدة، وافتقارها للسلطة التلقائية لعدم تمكنها من عمليات التدقيق إلا بناء على طلب من السلطة المختصة، ما يعني إمكانية تجاوزها والتقليل من فعاليتها.

الخاتمة:

يشكل إذن المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خطوة إيجابية وقفزة نوعية تعكس إرادة المشرع في إرساء مفهوم ومحتوى تنظيمي واضح المعالم لتفويض المرفق العام من خلال احتوائه القانوني ولأول مرة لعقد تفويض المرفق العام في الجزائر، ورغبة

قوية في تفعيل أداء المرفق العام والارتقاء بمردوديته لإعادة اعتباره لكن من دون التخلي عن تحقيق المصلحة العامة باعتبارها ميزة أساسية لصيقة بأي مرفق عام والتي لن يتحقق من دونها.

ومهما يكن من أمر نشير بأن نجاح تسيير المرفق العام عن طريق التفويض طبعا لا يرتبط في حقيقته أبدا بكيفية أو بطريقة تفويضه من أجل تسييره بقدر ما يرتبط أساسا بطبيعة المرفق ومدى قابليته للتفويض هذا من جهة، من جهة أخرى فإن اختيار الشخص المناسب (المفوض له) من اجل تسيير المرفق العام بشكل فعال ورشيد وعقلاني يشكل ركيزة أساسية لا يجب أن يستهان بها لإنجاح أي عملية تفويض للمرفق العام وتحقيقه للغرض الذي فوض من أجله، كما أن التنازل المؤقت عن تسيير المرافق العامة في شكل تفويض سواء كان ذلك لأشخاص القانون العام أو الخاص، لا يجب أبدا أن يشكل وسيلة للتملّص من المسؤوليات تجاه تسير المرفق العام واستغلاله، فالدولة أو من يمثلها وباعتبارها مسؤولة وصاحبة التفويض، يفترض عليها أن تسهر دوما على تجسيد احترام المبادئ التي تقوم عليها المرافق العامة، وتحقيقها للمردودية وهو السبب من وراء تفويضها، والحرص كل الحرص على عدم التخلي أو المساس بالمصلحة العامة، الأمر الذي لن يتحقق من دون إعادة النظر في مختلف الثغرات التي صاحبت النص القانوني محل الدراسة الذي أطر وبامتياز لمسالة تفويض المرفق العام في الجزائر التي تدعمت مؤخرا بنص قانوني جديد (المرسوم التنفيذي رقم 199.18، 2018).

الإحالات والمراجع :

المادة 3من القانون رقم 90..(01 12 ,1990) .30المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، والتي تنص على عدم قابلية امتلاك الأملاك الوطنية بحكم طبيعتها أو غرضها، والتي حددتها نص المادة 12في مجموعة من الأملاك من ضمنها المرافق العامة)الجريدة الرسمية عدد 52لـ 2ديسمبر .(1990

la loi d'orientation n 92/125 . (1992, févrie 06). relative a l'administration territoriale de la république(JORF ; n 33 du 8 février 1992.).

la loi n 93_122. (1993, janvier 09). relative a la prévention de la corruption et a la transparence de la vie économique et des procédures publiques, codifiée par la loi n 01_ 1168 du 11 décembre 2001 ; portant mesures urgentes reformes caractère économique et financier(JORF n 25 du 30 janvier 1993).

المادة 8من المرسوم التنفيذي رقم .(21 04 ,2001) .101-01المتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير)جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 22/04/2001، والتي جاء فيها "يضمن الديوان الوطني للتطهير تسيير امتياز الخدمة العمومية للتطهير."

القانون رقم 02. .(05 02 ,2002) .01المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات)الجريدة الرسمية عدد 8، لـ 6 فيفري .(2002

المادة 104من القانون رقم 05. .(04 08 ,2005) .12المتعلق بالمياه)جريدة رسمية عدد 60، الصادرة في 4سبتمبر 2005 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 08. 03المؤرخ في 23جانفي 2008جريدة رسمية عدد 4الصارة في 27جانفي 2008، المعدل والمتمم بموجب الامر رقم 0209، المؤرخ في 22جويلية 2009، جريدة رسمية عدد 44، لصا.(

القانون رقم 05. ,2005) .12أوت .(04المتعلق بالمياه)ج ر عدد 60الصادرة في 4سبتمبر 2005المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 08. 03المؤرخ في 23جانفي 2008ج رعدد 4الصارة في 27جانفي 2008، المعدل والمتمم بموجب الامر رقم 09 02، المؤرخ في 22جويلية 2009، ج ر عدد 44، الصادرة في 22جويلية .(2009

القانون رقم 11..(22 06 ,2011) .10المتعلق بالبلدية)المتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37الموافق لـ 3يوليو .(2011

المواد 142إلى 150من قانونرقم 12. .(21 02 ,2012) .07المتعلق بالولاية)جريدة رسمية عدد 12، الموافق لـ 29فبراير 2012).

قانون رقم 12..(2012) .07المتعلق بالولاية.

المرسوم الرئاسي .Vol) 15/247جريدة رسمية عدد 50لـ 20سبتمبر .(2015) .(2015المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المرسوم التنفيذي رقم 18. .(02 08 ,2018) .199المتعلق بتفويض المرفق العام)الجريدة الرسمية عدد 48، لـ 5غشت 2018).

François, A. J. (1997). la délégation de service public, guide pratique. Paris: Dalloz.

أبو بكر أحمد عثمان النعيمي. (2017). إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية،. مجلة الفقه والقانون(55).

أحمدمبخوثة ، زيان بن يمينة ، مناد الطاهر ,2017) .جوان .(الأساليب الحديثة في انجاز وتسيير المرفق العام، عقد البوت .نموذجا) .ج .2 .الجزائر .(Éd ,المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية.

اعتمد المشرع الجزائري في تعريفه هذا على تعريف المشرع الفرنسي الذي أورده في المادة 03من قانون Murcefرقم 1168. 2001وتحديدا في المادة الثالثة منه ومما جاء فيها ":عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير)المفوض له(، سواء كان عاما أو خاصا بتحقيق مرفق عام.(s.d.) .

أوكال ,ح .(2009/2010) .المرفق العام للمياه في الجزائر .مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق .الجزائر.

بعلي ,م .ا) .ب س .(دروس في المؤسسات الإدارية .عنابة ,الجزائر :منشورات جامعة باجي مختار.

بن علي ,ص .ز .(2017) .أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري .مجلة القانون والمجتمع والسلطة، جامعة محمد بن أحمد، وهران2.

بوسماح ,م .أ .(1995) .المرفق العام في الجزائر .ترجمة رحال بن اعمر، رحال مولاي إدريس .ديوان المطبوعات الجامعية.

ظريفي ,ن .(2001/2012) .المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز .أطروحة دكتوراه .جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق ببن عكنون ,الجزائر.

ظريفي ,ن .(2007/2008) .تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة .رسالة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق ببن عكنون، الجزائر.

عمار بوضياف. (1999). الوجيز في القانون الإداري. الجزائر: دار ريحانة.

قدور ,ب ,2015) .أكتوبر .(1تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه) .م .س .المدنية (.Éd ,مجلة صوت القانون)العدد 4).

كنعان ,ن .(2005) .القانون الإداري .Vol)الكتاب الثاني .(الأردن :دار الثقافة للنشر والتوزيع.

لشلق ,ر .(2013/2014) .تفويض المرفق العام للخواص .مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر . بسكرة ,كلية الحقوق.

مجيدي ,ف .(2009/2010) .محاضرات في مقياس القانون الإداري .علوم قانونية وإدارية ، سنة ثانية، جامعة زيان عاشور .الجلفة.

منصور ,م .و) .ب س .(عقود البوت وطبيعتها القانونية وأهم مجالاتها والتحكيم فيها، .على الموقع التالي : www.damascusbar.org.showthread.

نوال بوهالي. (01 جوان, 2017). التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، رقم 212(ا عدد 12)، 331-345.