

الجوانب القانونية لآلية تفويض المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247

المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أ. بدير يحي، باحث في الدكتوراه،

أستاذ مؤقت بالمركز الجامعي عين تموشنت، الجزائر.

ملخص:

تتعدد وتختلف الوسائل التي تهدف من خلالها الإدارة تقديم الخدمات العامة للجمهور وتحقيق الصالح العام، ومن بين هذه الوسائل تقنية تفويض المرفق العام. ونظرا لأهميتهما، تبنى المنظم في الجزائر آلية تفويض المرفق العام من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 لسنة 2015 واضعا بذلك أحكامها وضوابطها وفقا لما يتماشى والوضع الاقتصادي والاجتماعي الذي تمر به البلاد.

Résumé:

Des moyens multiples et différents à travers lesquels l'administration vise à fournir des services publics et l'intérêt générale, et parmi les moyens la technique de délégation du service public. En raison de leur importance, le régulateur a adopté le mécanisme de délégation public par le décret présidentiel 15-247 de 2015, en prenant et contrôle ses dispositions en fonction de la situation économique et sociale cohérente et mes parents vont à travers le pays.

مقدمة:

التسيير العمومي ومحاربة الفساد، فإن ظهورها في الجزائر ارتبط بظروف اقتصادية محضمة ما زالت تعصف بمؤسساتها، وعليه، فإن البحث عن تأمين سير المرفق العام وتقديم خدمة عمومية في شكل أحسن ما كان ليكون لولا مشاركة الدولة أشخاص أخرى في النهوض بهذه المهمة، ما دفع بها (الدولة الجزائرية) إلى إصدار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

واعتبارا لذلك كله، تأتي هذه الورقة البحثية لتسلط الضوء على آلية تفويض المرفق العام في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره ذلك

يعتبر المرفق العام آلية من آليات تحقيق وظيفة الدولة، وأداة تنظيمها وضمان وجودها، كما يشكل الوسيلة الأساسية للإدارة من اجل تقديم الخدمات العامة للجمهور وتحقيق النفع العام. وإن تعدد وتنوع المرافق العامة نتج عنه زيادة واتساع الحاجات العامة مما دفع بالدولة إلى البحث عن أنجع الآليات لتضمن أفضل إدارة للمرفق العام، ومن ذلك مثلا تفويض المرفق العام. إن هذه الآلية ولكونها تقع على نشاط مرفقي، يجب ان تأتي في ظل شروط تنسجم والغاية منها آلا وهي سد وتأمين حاجات أساسية مصدرها المرفق العام.

ولكن كان ظهور هذه التقنية وترسخها في التشريع الفرنسي ارتبط برياح التغيير التي هبت بها المجموعة الأوربية بشأن إشراك القطاع الخاص في

¹ - مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 50، الصادرة 20 سبتمبر 2015.

من حيث البحث عن مفهومها وكذا أنواعها ثم تحديد مسؤوليات فرقائها.

المبحث الأول

مفهوم تفويض المرفق العام

يعتبر مصطلح تفويض المرفق العام مصطلحا جديدا في تداوله في النظام القانوني، قديما في تطبيقاته، ولما كان بهذه الصفة وجب الأمر التعرض لتعريفه وكذا تحديد الأركان التي يقوم عليها.

المطلب الأول

تعريف تفويض المرفق العام

لم يعرف المرسوم المرصوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام آلية تفويض المرفق العام بل اكتفى بذكر العناصر المكونة لها وأثارها وكذا أنواعها، على النقيض من ذلك- وعلى سبيل المقارنة- يعرف المشرع الفرنسي من خلال قانون murcef² تفويض المرفق العام بأنه: (عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير سواء كان شخصا معنويا عاما أم 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)¹. ومثله وأكثر، يعرف المشرع المغربي من

خلال قانون التدبير المفوض للمرفق العام في المادة الثانية منه التدبير المفوض بأنه: "عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض، لمدة محددة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى المفوض إليه يخول له حق تحصيل أجرى من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا. يمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بانجاز أو تدبير منشأة عمومية أو هما معا تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض"².

وبناء على ما تقدم، يتمثل تعريف تفويض المرفق العام في انه عقد يعهد بموجبه شخص معنوي عام مسؤول عن مرفق عام ضمن اختصاصاته ومسؤولياته لشخص آخر إدارة واستثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع أو بدون منشآت عامة ولمدة محددة وتحت رقابته، وذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقا للنتائج المالية للاستثمار وللقواعد التي ترعى التفويض³.

المطلب الثاني

أركان عقد تفويض المرفق العام

تنص المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يمكن للشخص المعنوي العام الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد

² - murcef هي مختصر للعبارة التالية: mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier أي القانون المتعلق بالإجراءات المستعجلة للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي والمالي. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرفق العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.61.

¹ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص.62.

² - قانون رقم 05-54 يتعلق بالتدبير المفوض للمرفق العامة، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5404، الصادرة في 16 مارس 2006.

³ - وليد حيدر جابر، نفس المرجع، ص.65.

⁴ - زهدي يكن، القانون الإداري، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، دون سنة النشر، ص.115.

مفهوما جديدا في حقل المرافق العامة وهو مفهوم المرفق العام الدستوري من ذلك مثلا مرفق الأمن والجيش مرفق القضاء...¹

2- أن يتم تفويض المرفق العام بموجب اتفاقية: تعتبر اتفاقية تفويض المرفق العام عقدا إداريا لتوفرها على الشروط التي يتطلبها هذا النوع من العقود، فأحد أطراف عقود التفويض شخص معنوي عام، كما أن الموضوع الذي تنصب عليه عقود التفويض يتضمن تنفيذًا للمرفق العام، كما تحول السلطة مانحة التفويض امتيازات السلطة العامة، وبذلك تكون عقود تفويض المرفق العام مستوفية للشروط المطلوبة لاكتساب الصفة الإدارية². كما تخضع عقود التفويض للمبادئ العامة التي تحكم سير المرفق العام وهي والحال هنا: مبدأ الاستمرارية ومبدأ المساواة وقابلية التكيف³.

أما عن طريقة الإبرام، فإن المرسوم الرئاسي لم يحدد طريقة معينة لذلك وإنما أعطى السلطة التقديرية للشخص المعنوي العام في اختيار التعاقد معه في إطار عقود التفويض، مما يدل على أن مبدأ الاعتبار الشخصي هو أساس تفويض المرفق العام، فعندما تقرر الإدارة تفويض إدارة مرفق عام عن طريق التعاقد فإن الهدف الذي يجب أن تسعى إلى تحقيقه إنما يتمثل في إشباع الحاجات العامة عن طريق المرفق المفوض، مما يوجب إعمال سلطتها التقديرية في انتقاء

حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفة، يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض إليه إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق العام...".

نستنتج من قراءتنا لأحكام المادة 207 أعلاه وجود ثلاثة أركان لقيام تفويض مرفق عام، وتمثل في:

1- أن يكون محل التفويض مرفقا عاما قابل للتفويض: حتى نكون بصدد تفويض مرفق عام، يجب أن يكون النشاط الذي يتم تفويضه مرفقا عاما. ويعرف المرفق العام على أنه وسيلة من وسائل التي تلجأ إليها السلطات العامة لقضاء الحاجات التي لها صلة بالنفع العام، وعليه، يرتبط المرفق العام بعنصرين أساسيين هما: وجود شخص معنوي عام ووجود المصلحة العامة⁴.

أما من حيث طبيعة المرفق العام القابل للتفويض، فقد جاء نص المادة 207 السابق ذكره على إطلاقه واعتبارا لذلك قد يكون محل التفويض مرفقا عاما إداريا أو صناعيا، على أن يكون هذا المرفق قابلا للتفويض وهو ما يستنتج من عبارة "...ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف.."، أو أن يكون من المرافق العامة التي تأتي بطبيعتها التفويض، وهي التي تتناول نشاطات سيادية ترتبط بمهام صميم الدولة ووجودها. هذه النشاطات السيادية ما هي إلا تطبيق لامتيازات السلطة العامة التي لا يمكن تحقيقها إلا من قبل الدولة وجماعاتها العامة. وقد طرحت هذه المسألة

¹ - للتفصيل أكثر حول طبيعة المرافق العامة القابلة للتفويض ومفهوم المرفق العام الدستوري، انظر، وليد حيدر جابر، المرجع السابق، 236-250.

² - أبو بكر احمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.92.

³ - الفقرة الثانية من المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إن التفاوض الذي يقوم على المنافسة سيؤدي إلى تقديم أفضل مستويات الإدارة للمرفق محل التفويض، وذلك من خلال الدور الذي تلعبه البيئة التنافسية في تحفيز المرشحين إلى التسابق لتقديم أفضل الشروط لإدارة المرفق، وبذلك يأتي اختيارها على بيئة تامة بكافة القوى الاقتصادية الموجودة، والتي تستطيع النهوض بعبء المرفق، إذا (إن التفاوض القائم على المنافسة والعلانية لا يقيد الإدارة في اختيار مفوضها، وإنما ينور الاختيار الحر لهذا المفوض)¹.

واعتبارا لذلك كله، يقع على عاتق السلطة المفوضة التزام بنشر إعلان نيتها في تفويض مرفق عام على أن تبقى لها السلطة التقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة للنشر والمدة المحددة لذلك، وهو ما يشكل قصورا في جانب المرسوم الرئاسي 15-247 قد يؤدي إلى خرق مبدأ العلانية والشفافية والمساواة في اختيار المتعاقد مع الإدارة المفوضة، ذلك بأن تعتمد وسيلة نشر قد لا تؤدي إلى وصول الإعلان إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص الراغبة في التعاقد، وبالتالي إقصاء من تتوافر فيهم القدرات الفنية والمالية والمهنية لذلك.

تبقى الإدارة خاضعة في هذا الصدد لرقابة القاضي الإداري فيما يتعلق بالمشروعية، بل قد تمتد هذه الرقابة لتشمل الملائمة أي ملائمة اختيار الإدارة المفوضة للمتعاقد معها، ضمانا للمساواة وتحقيق الشفافية.

3- الأسلوب الخاص للمقابل المالي: يتم التكفل بصفة أساسية بأجر المفوض له من استغلال المرفق العام، وهو العنصر الأساسي والحاسم في تحديد مفهوم عقد تفويض المرفق العام، إذ لا يمكن الحديث عن وجود عقد تفويض في النظام القانوني إلا إذا كان

أفضل من يستطيع القيام بهذه المهمة دون أن تعيقها إجراءات معينة، ويعتبر التنظيم الأفضل للمرفق العام قيدا على تطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي، لأن السلطة العامة يجب أن لا تكون مدفوعة إلا بدوافع وغايات الوصول إلى تحقيق التناظر ما بين سير المرفق العام محل التفويض والإمكانيات الحقيقية (التقنية والمالية والمهنية..). للشخص الذي يمكن أن ينهض بعبء إدارة المرفق المفوض واستغلاله، مما يعني أن أهلية المفوض هي التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار فقط عندما تقدم الإدارة على إبرام عقد تفويض.

وعليه، فإن اختيار متعاقد بهذه المعايير، يجب أن لا يوزن انتقائه بميزان الإجراءات التي تقود إلى التلقائية كإجراء المناقصة بل لا بد أن يخضع اختياره إلى السلطة التقديرية للإدارة، التي تستطيع أن تنتقي الأكثر قدرة على الوفاء بهذه الالتزامات، وفقا لملائمات المرفق محل التفويض، وفي نفس السياق، يمكن للإدارة أن تضع حدا لعقود التفويض، إذا زالت مقومات الثقة التي رأت أنها كانت تتوافر في المفوض إليه⁴. غير أن سلطة الإدارة التقديرية في اختيار المتعاقد معها في إطار تفويض المرفق العام ليست حرة من كل قيد، وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247، ذلك بإحالة منها إلى المادة 5 من نفس المرسوم⁵، وعليه فإن عملية إبرام عقود التفويض تخضع لمبادئ العلانية والشفافية والمساواة.

⁴ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص. 811-812.

⁵ - حيث تنص على أنه: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 816.

الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل هذه الخدمة، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد، يدفعه المنتفعين بمخدمات المرفق¹.

إن فكرة امتياز المرفق العام لم تعد تنحصر فقط في تسيير واستغلال المرفق العام فقط، بل أخذت أبعادا أخرى وبناء على ذلك قد ينطوي عقد الامتياز على قيام الملتزم بإنشاء مرفق عام ومن ثم استغلاله، أو قد تقتصر مهمة الملتزم على تسيير مرفق عام قائم من دون أن يتضمن القيام بإنشاء المرفق إذ تقع هذه المهمة على الجهة مانحة الامتياز وان كان المتعاقد يشترك غالبا في تقديم قسم من التجهيزات اللازمة للتشغيل²، وهو المسلك الذي تبعة المرسوم الرئاسي 15-247 المنوه عنه سابقا بنصه على انه قد تعهد السلطة المفوضة إما إنجاز المنشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وأما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

أما عن المخاطر التي يمكن أن يتحملها المفوض له من استغلاله للمرفق المفوض في إطار الامتياز، فإن مسؤوليته هنا كاملة ومطلقة وبالتالي يتحمل المخاطر بنفسه، كما يتولى تمويله وتسييره بنفسه على أن يتقاضى عن ذلك أتاوى تدفع له من المنتفعين وهو ما نصت عليه المادة 210 السابق ذكرها. فالمفوض له يصبح في هذه الحال بمثابة القيم والمدير على المنشآت العامة بحيث يتصرف بها كتصرف رب العمل في مشروعه الخاص، وبالتالي يكون مسؤولا عن سير عملها مسؤولية شبه كاملة، هادفا من وراء ذلك تحقيق أكبر قدر من الربح، والذي

المقابل المالي الذي يتحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يتكون من حصيلة الاستغلال المرفق²، في شكل أتاوى يدفعها المنتفعين أو بطريقة غير مباشرة في شكل مبالغ تدفعها الإدارة على أن يكون ذلك كله مرتبط بنتائج الاستثمار وحجم المخاطر الناجمة عن ذلك³.

وبعد تعرضنا لمفهوم تفويض المرفق العام، يتطلب الأمر منا التطرق إلى أنواعه وتطبيقاته في ظل المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في النقطة الموالية.

المبحث الثاني

أشكال تفويض المرفق العام

يتخذ تفويض المرفق العام حسب نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره عدة أشكال تختلف من حيث نظامها القانوني وكذا الآثار الناجمة عنها، وهي بذلك تأخذ شكل امتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة، أو التسيير، مع العلم أن هذه الأشكال ليست محددة على سبيل الحصر إذ قد يتخذ التفويض أشكالا أخرى يحددها التنظيم مستقبلا.

المطلب الأول

الامتياز

لم يعرف المرسوم الرئاسي 15-247 الامتياز بل اقتصر على ذكر مضمونه وكذا آثاره، وعليه، يعرف الفقه امتياز المرفق العام بأنه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت دولة أو ولاية أو بلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو معنويا من القانون العام أو الخاص يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة. يقوم صاحب

¹ - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دون دار نشر، 2007، ص.220.

² - أبو بكر احمد عثمان، المرجع السابق، ص. 103.

² - نفس المرجع، ص.203.

³ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص.109.

الأتاوى المحصلة من المنتفعين من جراء ذلك. ويتصرف المفوض له في هذه الحالة لحسابه وتحت مسؤوليته الكاملة.

ويعتبر هذا الشكل من أشكال تفويض المرفق العام اخف وطأة من عقد الامتياز باعتبار أن المفوض إليه لا يتحمل الجزء الأكبر من الاستثمارات بل تشاركه في ذلك الإدارة المفوضة كأصل عام. ولئن كان المفوض إليه يستأثر بجميع نتائج الاستغلال في عقد الامتياز فإنه على غير ذلك بالنسبة لعقد إيجار المرفق العام، حيث يدفع المستأجر للإدارة أتاوى مقابل استغلاله للمرفق المفوض.

المطلب الثالث

الوكالة المحفزة

يتبادر أول ما يتبادر لذهن الباحث مصطلح الوكالة المحفزة، حيث أن المنظم لم يعط تعريفا لها بل ذكر مضمونها والآثار المترتبة عنها، كما أن البحث عن هذا المصطلح في المراجع المتخصصة في القانون الإداري لم نجد له اثر، مما اضطرنا إلى الرجوع إلى النص المترجم باللغة الفرنسية، وهو غالبا ما يكون النص الأصلي، واعتبارا لذلك فالوكالة المحفزة وفقا لهذا الأخير هي *régie intéressée* ، وبالتالي فإن الترجمة الصحيحة هي الإدارة غير المباشرة وهو ما يستشف من أحكام المادة 210 من المرسوم الرئاسي. ما يضع سلطة التنظيم في مشكل الترجمة الذي ما لبث يفارقها.

وعليه، يعرف عقد الإدارة المباشرة -مشاطرة الاستغلال كما يسميه بعض الفقهاء - بأنه: تقنية تعاقدية من خلالها تتحمل الجماعة العامة عبء تمويل منشآت المرفق العام، وتعهد بموجبها غالبا إلى احد القانون الخاص إدارته وتسييره مقابل عائدات يتقاضاها

ما هو في الواقع إلا نتيجة لوجود استثمار فعلي يتصل بوجود مخاطر وأعباء مالية³.

المطلب الثاني

الإيجار

يعرف عقد إيجار المرفق العام على انه اتفاق يعهد بموجبه شخص عام إلى شخص آخر استغلال مرفق عام مع تقديم المنشآت إليه، على أن يدفع المستأجر مقابلا للشخص العام المتعاقد. نستنتج من خلال هذا التعريف العناصر التي يقوم عليها عقد إيجار مرفق عام وتتمثل في:

أ- محل عقد الإيجار هو استغلال مرفق عام، حيث يتحمل المتعاقد مسؤولية الاستغلال ومن ثم فهو يقوم بتحصيل مقابل الخدمة نظير إدارته للعمل.

ب- تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة بتقديم المباني والإنشاءات التي تمكن المتعاقد معها من القيام بمهمته باستغلال المرفق.

ج- يلتزم مستأجر المرفق العام بدفع مقابل للجهة الإدارية نتيجة استغلاله للمرفق العام، وتعتبر هذه النتيجة منطقية طالما أن الإدارة تساهم في عملية الاستثمار بتقديم المنشآت أو الأعمال محل الاستغلال⁴.

وبالرجوع إلى المادة 210 المرسوم رئاسي 15-247، نجد أنها قصرت إيجار المرفق العام على تسييره وصيانته، لتلتزم الإدارة المفوضة بتقديم المرفق العام وكذا تمويله، على أن يدفع لها المفوض له أتاوى سنوية نظير استثماره هذا، كما يدفع أجره من خلال

³ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص.117.

⁴ - أبو بكر احمد عثمان، نفس المرجع، ص.113.

من الجماعة العامة يستند جزء منها إلى النتائج المالية المحققة¹.

يستشف من هذا التعريف أن أسلوب الإدارة غير المباشرة يقوم على معيارين:

- المعيار المالي: لا يعمل القائم بالإدارة على نفقته ومسؤوليته المالية، وبالتالي لا يتحمل أية مخاطر، كما أن عائداته لا ترتبط بالأرباح المحققة، فهو يتقاضى مباشرة من الجماعة العامة عائدات غالبا ما تقوم على عنصرين: عنصر ثابت يتمثل بمبلغ من المال يدفع بصورة مقطوعة كمقابل لإدارة المرفق العام لا يتغير، وعنصر غير مستقر يرتبط بالنتائج الاستثمارية المحققة ويتبدل بتغيرها.

فالعنصر الأول يشكل الحد الأدنى من الضمانة للقائم بالإدارة لقاء جهوده المبذولة في إدارته للمرفق العام، أما العنصر الثاني فهو بمثابة حث له لبذل أقصى جهوده في تحقيق أفضل لمهمته.

- المعيار العضوي: يتمثل في كون القائم بالإدارة يعمل باسم ولحساب الجماعة العامة، وهو لا يظهر سوى كوكيل عن هذه الأخيرة، وبالتالي تبقى الجماعة العامة صاحبة المسؤولية المالية عن كل نشاطات ونتائج المرفق العام، وكذلك المسؤولية عن تنظيمه، ونتيجة لذلك اعتبر الاجتهاد القضائي أن الإدارة غير المباشرة هي مظهر من مظاهر الوكالة².

*موقف تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام من الإدارة غير المباشرة (الوكالة المحفزة)

تتضمن تقنية الإدارة غير المباشرة وفقا للمادة 210 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأن تمكن الإدارة المفوضة المفوض له تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام مع تمويلها إقامة المرفق العام، ولكن لفائدة الإدارة ولحسابها مع بقاء إدارة المرفق تحت يدها، وهنا يظهر عنصر الوكالة، فالمفوض إليه تتعلق مهامه على التسيير والصيانة و لا يتولى الإدارة بل يتلقى توجيهه من قبل السلطة المفوضة

التي تتولى سلطة التقرير والتصرف.

ونظير أعماله يتلقى المفوض إليه من السلطة المفوضة منحة تحدد بحسب نسبة مئوية من رقم الأعمال مرتبطة بنتائج الاستثمار وبالتالي تبقى هذه النسبة ثابتة مهما تغيرت الأحوال، كما يمكن أن يحصل على منحة إنتاجية ونسبة من الأرباح وفي هذه الحالة يتحقق عنصر المخاطرة، حيث يحصل المفوض له على الأرباح نتيجة استغلاله الحسن للمرفق فالأرباح متعلقة بالاستثمار حتى وإن كانت العائدات تتم لحساب الإدارة المفوضة، إذ بمفهوم المخالفة لا يمكن للمفوض له الحصول على الأرباح نتيجة الاستغلال السيئ للمرفق.

واعتبارا لذلك كله، جاءت تسمية الوكالة المحفزة لتجمع بين عنصرين وهما: الوكالة بأن يتولى المفوض له تسيير المرفق العام لحساب السلطة المفوضة وباسمها دون تحمله لأي مخاطر مالية تنتج عن تسييره، وكذا المحفزة ذلك من خلال تحفيز المفوض له وتشجيعه من أجل حصوله على أرباح نتيجة تسييره الأمثل للمرفق وهنا يظهر عنصر الاستغلال.

يتبين من خلال تقنية الوكالة المحفزة، بأن درجة المخاطر بالنسبة للمفوض إليه قليلة جدا مقارنة بالأشكال السابقة للتفويض، غير انه في مقابل ذلك

¹ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص.403.

² - نفس المرجع، ص.404-406.

المرفق على نحو يتعذر معه الالتجاء إلى هذا الأسلوب⁴

في أن حريته في إدارة المرفق تنعدم فهو لا يتمتع إلا بالتسيير.

*موقف تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات

المرفق العام من عقد التسيير

لا يختلف عقد التسيير عنه في الوكالة المحفزة إلا من حيث المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض إليه، إذ يحدد في عقد التسيير جزافا بناء على نسبة مئوية من رقم الأعمال⁵، إضافة إلى أن التعريفات التي يحصلها للإدارة المفوضة تضعها هذه الأخيرة بإرادتها المنفردة وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة عجز المفوض له حيث تصبح نفقاته أكبر من إيرادات الاستغلال كحالة قيامه مثلا بأشغال توسعة في المنشأة التي عهد بها إليه أو المنحة التي يتقاضاها أقل بكثير من نفقاته تلك حينئذ تعوضه الإدارة المفوضة، وبالتالي فإن المسير في هذه الحالة لا يتحمل أي مخاطر مالية جراء تسييره للمرفق العام، وعليه، فإن اجر المسير مرتبط بتحديدته على أساس الاستثمار. واعتبارا لذلك فإن عقد الوكالة المحفزة والتسيير يعتبران شكلا من أشكال تفويض المرفق العام.

ولالإشارة فإن ترجمة عقد التسيير في النص المحرر باللغة الفرنسية هو gérance أي عقد إدارة المرفق العام مع أن المنظم أعطاه مفهوما جديدا يتماشى والظروف الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

المطلب الرابع

عقد التسيير

يعرف عقد التسيير على انه عقد يعهد بمقتضاه شخص معنوي عام يتولى مرفقا عاما للغير تسيير هذا المرفق لحساب الشخص المعنوي ذاته بمقابل مالي جزائي، فالهدف من ذلك هو ضمان التسيير العادي للمرفق العام¹.

وتقترب وظيفة القائم بالتسيير من وظيفة المسؤول في الإدارة غير المباشرة، في انه يدير المرفق لحساب الشخص العام وهو في هذه الحال يعتبر وكيل²، كما أن مسؤوليته المالية محدودة جدا بل تكاد تنعدم أحيانا لكن ما يميز عقد تسيير المرفق العام عن الإدارة غير المباشرة هو أن القائم بالتسيير في الحالة الأولى يتقاضى مبلغا جزافيا دون أية إضافات أو علاوات، بينما في الحالة الثانية هناك حتما مبلغ إضافي يتقاضاه المتعاقد³.

تهدف جهة الإدارة من تبني عقود التسيير رفع كفاءة تشغيل المشروع وصيانتها بالاستفادة من الخبرة والكفاءة الفنية للقطاع الخاص كما تلجأ إلى تطبيق عقود التشغيل والصيانة في الحالات التي يصعب فيها الالتجاء إلى عقود الإيجار لانخفاض أسعار تقديم الخدمة وصعوبة زيادتها لأسباب سياسية أو لسوء حالة

4 - أبو بكر احمد عثمان، نفس المرجع، ص.118.

5 - رقم الأعمال: يعبر عن سعر البيع + عدد الوحدات المباعة خلال السنة، أو هو قيمة المبيعات المحققة للمؤسسة خلال سنة معينة. أما النسب المئوية: هي نوع من التحليل للعلاقات المالية وغير المالية لعناصر المركز المالي وحساب الأرباح والخسائر وهي توضح مدى القوة المالية والتشغيلية للمنظمة وأهم هذه النسب: نسب الربحية، السيولة، المديونية، والمخزون.

1 - مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.457

2 - أبو بكر احمد عثمان، المرجع السابق، ص.93.

3 - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص.412.

التفويض والظروف التي يعمل فيها. وتعتبر هذه الفكرة بمثابة ضمانة للغير من نشاط المرفق العام بغض النظر عن الشخص المكلف بتحقيقه كون علاقة الإدارة بالمرفق تبقى قائمة بالإضافة إلى ملاءمتها والخوف من إعسار المستثمر، وفي حالة تحقق ذلك يمكن لها الرجوع عليه بقدر ما دفعته للمضور¹.

المطلب الثاني

الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات تفويض المرفق العام

لقد استقر الاجتهاد في فرنسا على اختصاص القضاء العادي للنظر في المنازعات المقامة ضد الشخص المكلف بتحقيق مرفق عام اقتصادي إلا انه قد شهد تباينا بالنسبة للمرافق العامة الإدارية حيث تبنى الاجتهاد الإداري في العديد من قراراته قاعدة اختصاص القضاء الإداري في منازعات الشخص المكلف بتحقيق مرفق عام إداري لان الشروط التي ينفذ فيها الشخص الخاص المرفق العام الإداري هي نفسها المتبعة من جانب الشخص المعنوي العام، غير أن هذا الاجتهاد شهد تغيرا اعتبارا لصفة المضور، فإذا كان هذا الأخير من المنتفعين فان الاختصاص يكون للقضاء العادي، أما إذا كان غيرا فان القضاء الإداري هو المختص بغض النظر عن طبيعة المرفق العام، لكن عاد في وقت لاحق واعتبر أن الاختصاص لا يكون للقضاء الإداري إلا إذا كان هناك استخداما للسلطة العامة¹.

يعود الاختصاص بالنظر في منازعات عقود تفويض المرفق العام في الجزائر للقضاء الإداري ممثلا في المحاكم الإدارية كونها صاحبة الولاية العامة وفقا للمواد 800 و 801 و 804 من قانون الإجراءات المدنية

يقودنا البحث في موضوع تفويض المرفق العام إلى التساؤل حول مسؤولية أطرافه؟، وهو ما نتناوله تباعا.

المبحث الثالث

المسؤولية في إطار تفويض المرفق العام والقضاء المختص بمنازعاتها

إن ما يهمنا هو المسؤولية القانونية الناتجة عن عقود التفويض المرفق العام، دون المسؤولية المالية التي سبق التطرق إليها، وعليه، فإن البحث عن المسؤولية في هذا الإطار يستلزم تحديد أساسها والجهة المختصة بالفصل في النزاع.

المطلب الأول

مسؤولية الشخص المكلف إدارة واستثمار المرفق العام

يجل المستثمر في تحقيقه للمرفق العام مكان الجماعة العامة مانحة التفويض، ليصبح بذلك مسؤولا عن سير المرفق العام والأضرار التي قد تنتج عنه. لكن عدم مساءلة الإدارة المفوضة ليس مطلقا بل يتحقق في حالات معينة على أساس:

*الخطأ: ذلك في حالة عدم احترامها للأحكام التي تنظم عملية التفويض، من ذلك:

-اختيار شخص دون أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لطبيعة تسيير المرفق.

-تفويض مرفق عام لا يجوز تفويضه.

-تقاعسها عن واجبها في الرقابة.

-مسؤوليتها في حالة إعسار الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام، حفاظا لمصلحة المضور.

-مسؤوليتها عن الضرر الناتج عن استخدام المستثمر لامتيازات السلطة العام.

*المخاطر: تجدد مساءلة الشخص العام على أساس المخاطر جوهرها في طبيعة المرفق العام موضوع

¹ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، 573 وما بعدها.

² - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص. 577.

والإدارية¹²، هذا إذا تعلق الأمر بنزاع بين السلطة المفوضة والمفوض له.

أما بالنسبة للعلاقة بين المنتفع والمفوض له، يكون القضاء العادي مختصا كأصل عام في منازعات عقدي الامتياز والإيجار لان العلاقة بين المفوض له والمنتفع يحكمها العقد وبالتالي تخضع لقواعد القانون الخاص، أما بالنسبة للوكالة المحفزة والتسيير فإن القاضي الإداري هو المختص كون أن المفوض له في إطار هذه العقود يعمل لحساب الإدارة المفوضة³. وعلى سبيل المقارنة، فقد نص التدبير المفوض للمرفق العام بالمغرب على جواز حل النزاعات القائمة بين المفوض والمفوض له عن طريق التحكيم، على أن يتم

² - تنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات الإدارية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

* تنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل:

-دعاوي إلغاء القرارات الإدارية ...

-دعاوي القضاء الكامل ..."

* تنص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "خلافًا لأحكام المادة 830 أعلاه ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

-في مادة الضرائب ...

-في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، ...

-في مادة تعويض الضرر الناجم عن جنابة أو جنحة أو فعل تقصيري ..."

¹ - يمكن أن يسأل المفوض له في عقد الوكالة المحفزة وكذا في عقد التسيير حالة تجاوزه حدود الوكالة على أساس المسؤولية التقصيرية.

حل المنازعات بين المرتفقين والمفوض له عن طريق الصلح قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، وذلك تجنباً لإثارة النزاعات أمام القضاء بسبب البطء في حلها وتجنب النفقات والآثار الناجمة عن ذلك⁴.

خاتمة:

تحت دواع الظروف الاقتصادية والفراغ القانوني الذي كان يطرح بشدة في ما يتعلق بتفويض مرافقها العامة دأبت السلطة التنظيمية بالجزائر إلى إعادة النظر في النظام القانوني المتعلق بهذه المسألة وهو ما تكمل سنة 2015 بإصدار تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وان كان التنظيم قد اقتبس أحكام تفويض المرفق العام من الأنظمة القانونية المقارنة وبالخصوص النظام القانوني الفرنسي فإنه كان حريصا على أن يكون ذلك مواكبا لطبيعة المجتمع الجزائري وكذا الوضع الاقتصادي الراهن، غير أن ذلك لم يكن بمنأى عن أي تعقيب، فلم تكن أحيانا المصطلحات المستعملة تؤدي الغرض المطلوب منها إضافة إلى تغليب الطابع الاقتصادي عليها ما جعلها أكثر تعقيدا، مع الأخذ بعين الاعتبار مشكل الترجمة، هذا من الناحية الشكلية، أما من الناحية الموضوعية فلتن كانت السياسية الجديدة في تسيير المرافق العمومية عن طريق التفويض تهدف إلى تحسين الخدمة العمومية فإن ذلك يبقى محل نظر، فالخدمات المقدمة من قبل المرافق المفوضة قد تأثر تكاليفها على القدرة الشرائية للمنتفع في الوقت الذي كان هدف التفويض هو تقديم خدمة بأقل تكلفة ويظهر ذلك جليا في عقود الامتياز، ذلك بالإضافة إلى ضعف الرقابة والإشراف الذي قد يجعل هذه المرافق عاجزة بل مفلسة أحيانا

² - المادة 9 من قانون رقم 05-54 يتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5404، الصادرة في 16 مارس 2006.

وبالتالي تصبح وبالا على الدولة وعلى الاقتصاد الوطني، وعليه ومن أجل ضمان التسيير الحسن والاستغلال الأمثل للمرافق العامة من خلال تقنية التفويض يستلزم الأمر تحديد الحاجيات الأساسية التي تكون محل التفويض، وكذا تقوية الرقابة على الجهات المفوض لها، وإعطاء الفرصة أكثر لأشخاص القانون الخاص على تلك الخاضعة للقانون العام كونها احرص على التسيير الأحسن و الاستغلال الأمثل من اجل تحقيق ربح أكبر.