

تفويض المرفق العام في القانون الجزائري

الشيكور سليمة: طالبة دكتوراه / كلية الحقوق - جامعة الجزائر "1"

إشراف: ا.د وليد العقون / كلية الحقوق - جامعة الجزائر "1"

ملخص:

تفويض المرفق العام أسلوب يسمح بتفويض تسيير المرافق العمومية إلى المتعاملين الخواص، و بالتالي تخفيف العبء عن الدولة و الاستفادة من إمكانيات القطاع الخاص المالية و التقنية. تطور نظامه القانوني في فرنسا و أصبح صنفا مهما من العقود الإدارية، تبنته عدة دول و نظمته في قوانينها. و يعتبر القانون الجزائري متأخرا نوعا ما في هذا المجال، حيث لم يصدر تنظيم قانوني شامل و موحد لعقد تفويض المرفق العام إلا سنة 2015، و لا يزال الإطار القانوني بهذا الخصوص ناقصا و بحاجة إلى تفصيل و دقة أكثر.

الكلمات المفتاحية:

المرفق العام، العقد الإداري، التفويض، الامتياز، الصفقة العمومية.

Résumé

La délégation de service public est un mode de gestion qui comprend une délégation de la gestion des services publics à des opérateurs privés, et permet le désengagement de l'Etat et l'exploitation des capacités financières et techniques du secteur privé.

L'encadrement juridique de la DSP s'est développé en France, et est devenue une catégorie importante de contrats administratifs, que plusieurs pays l'ont organisé dans leurs lois.

L'Algérie est considérée comme un peu en retard dans ce domaine, car le cadre général et unifié n'a été publié qu'en 2015, et ce cadre juridique a besoin encore plus de détails et de précisions.

Mots clés : service public, contrat administratif, délégation, concession, marché public.

مقدمة:

يعتبر تفويض المرفق العام أسلوب تسيير مهم، باعتباره يسمح بالتسيير غير المباشر للمرفق العام الذي يخفف عن الدولة عبء تسيير المرافق العمومية، كما يمكن في الوقت ذاته من تكريس النجاعة و الاقتصاد و الفعالية، و هي المبادئ التي أصبحت مطلوبة بقوة في السياسات العمومية الجديدة، بما في ذلك مجال المرافق العمومية، حيث أصبحت الدولة - التي تبقى هي المسؤولة عن المرفق العام دائما مهما كانت طريقة التسيير المتبعة بشأنه - تسعى إلى ضمان توفير الخدمات العمومية و احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العام من مساواة و استمرارية و تكيف، مع الحرص على مراعاة هذه المبادئ الجديدة التي أصبحت عوامل مهمة في التسيير العمومي الحديث في ظل التحديات الكبيرة التي تواجه الدولة و ضرورة التحكم في الميزانية و تحقيق الأهداف بأكثر الطرق فعالية.

لجوء الدولة إلى إشراك القطاع الخاص في مجال تسيير المرافق العمومية، يهدف إلى التخفيف من عبء التسيير العمومي المباشر لكل المرافق العمومية عن طريق استعمال التسيير الخاص بخصوص المرافق التي تسمح طبيعتها بذلك، و أيضا إلى الاستفادة من الإمكانيات التي يحوز عليها القطاع الخاص ماليا و تقنيا، خاصة مع الصعوبات الكبيرة التي يعرفها تسيير المرافق العمومية اليوم أمام تعدد هذه الأخيرة و ما أصبح يتطلبه تسييرها من أموال و من تكنولوجيا كذلك، و ضعف التسيير العمومي أمام كل هذه التحديات خلق اختلالات كبيرة أثرت على حسن سير الخدمة العمومية و مست بمبادئ المرفق العام.

و تفويض المرفق العام - الذي يعتبر الامتياز أساسا له -، تطور نظامه القانوني تدريجيا ليصبح يشكل صنفا قانونيا من العقود الإدارية، يضم مجموعة من العقود تشترك في الخصائص العامة و تختلف في بعض الجزئيات. و تطور التأطير القانوني لعقد التفويض بصفة خاصة في فرنسا، حيث يطلق عليه " النموذج الفرنسي للشراكة العمومية الخاصة في مجال المرافق العمومية"، و قد طبقت هذا النموذج من العقود عدة دول و نظمته في قوانينها.

أما الملاحظ في الجزائر فهو تأخر تكريس إطار قانوني شامل و موحد لعقد تفويض المرفق العام إلى غاية سنة 2015، رغم وجود مفهوم التفويض قبل هذا في عدة نصوص قطاعية متفرقة، حيث تم تكريس أحد أشكال التفويض و أهم نموذج له و هو عقد الامتياز - بعد تغير التوجه الاقتصادي للدولة و تنبني اقتصاد السوق - في عدة مجالات، و هذا دون وجود نص قانوني عام يعرف الامتياز و يحدد إجراءاته، ليتم بعد ذلك استعمال مصطلح التفويض في بعض النصوص القانونية منذ سنة 2005 و يستمر غياب النص الموحد الشامل إلى سنة 2015.

من خلال هذا المقال سيتم التطرق إلى كل هذه المراحل التي مر بها مفهوم تفويض المرفق العام في الجزائر من خلال طرح الإشكالية التالية: **كيف تطور التأطير القانوني لتفويض المرفق العام في الجزائر؟** و هي الإشكالية التي ستتم الإجابة عنها ضمن مبحثين، يخصص الأول للمرحلة التي كان فيها أسلوب الامتياز هو النموذج المستعمل لتجسيد الشراكة العمومية الخاصة في مجال تسيير المرافق العمومية، و هو صورة من صور عقد التفويض الذي سيتم شرح مفهومه في نفس المبحث - اعتمادا على القانون الفرنسي باعتباره منشأ هذا الصنف من العقود - ليتبين أن مفهوم التفويض كان مجسدا في عدة نصوص قانونية لكن

دون استعمال مصطلح التفويض صراحة. و يخصص المبحث الثاني لتكريس تفويض المرفق العام في القانون الجزائري بداية من استعمال المصطلح منذ 2005 إلى غاية تنظيم عقد التفويض لأول مرة في نص شامل سنة 2015.

المبحث الأول: تكريس مفهوم تفويض المرفق العام في الجزائر مع غياب الإطار القانوني له

نشأ مفهوم تفويض المرفق العام في فرنسا، ثم نظمته عدة دول في قوانينها، و تأخرت الجزائر نوعا ما في تكريس إطار قانوني موحد لعقد التفويض، لكن عدم وجود هذا الإطار القانوني لا يعني أن التفويض كأسلوب تسيير غائب تماما، إذ صدرت بعد التوجه الجديد للدولة نصوص قانونية متتالية كرست مشاركة الخواص في تسيير المرافق العامة عن طريق عقود تندرج ضمن مفهوم التفويض شكل الامتياز أهم نموذج لها. و هذا ما سيتم إبرازه في هذا المبحث من خلال شرح مفهوم التفويض طبقا للقانون الفرنسي باعتباره منشأ هذا العقد ثم التطرق للامتياز باعتباره صورة التفويض المكرسة في الجزائر مع تبيان مسار استعمال هذا الأسلوب.

المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام في القانون الفرنسي

يعبر تفويض المرفق العام كاصطلاح جديد عن تلك العلاقة القديمة الموجودة بين السلطات العمومية و الخواص، و قد استعمل هذا المصطلح لأول مرة من طرف الأستاذ AUBY في كتابه "les services publics locaux" الصادر في الثمانينات من القرن الماضي، إلا أنه لم يستعمل في اللغة القانونية حتى سنوات التسعينات من خلال القانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية. في هذا المطلب سنتناول تطور التنظيم القانوني لتفويض المرفق العام في القانون الفرنسي ضمن الفرع الأول، و سنتعرض في الفرع الثاني إلى التمييز بين تفويض المرفق العام و الصفة العمومية نظرا لأهمية هذا التمييز و ما جاء به الاجتهاد القضائي بهذا الخصوص.

الفرع الأول: تطور التنظيم القانوني لتفويض المرفق العام في فرنسا

بصدور قانون 2 مارس 1982 المتعلق باللامركزية الذي ألغى نظام الوصاية، أعطيت للجماعات الإقليمية حرية كبيرة في مجال التكفل بالمرافق العمومية المحلية، فكان هذا فرصة لظهور تقنيات تعاقدية جديدة تمكن الأشخاص الخاصة من ممارسة نشاطات المرفق العام. اهتم الفقه بهذا التطور و اختصر الأستاذ AUBY تحت مسمى "التفويض" « la délégation » مجموع هذه الأساليب التعاقدية التي قامت بواسطتها الجماعات الإقليمية بمنح تسيير المرافق العامة إلى أشخاص خاصة.

أما على المستوى القانوني فمفهوم "تفويض المرفق العام" « la délégation de service public » كرس لأول مرة في القانون التوجيهي المتعلق بالإدارة الإقليمية الصادر في 5 جانفي 1992 ثم تم توضيحه أكثر في قانون Sapin¹ الذي وضع النظام القانوني العام لاتفاقيات تفويض المرفق العام لا سيما إجراءات إبرامها².

¹ Rachid ZOUAIMIA, la délégation de service public au profit de personnes privées, maison d'édition Belkeise, Alger, 2012, p 58.

² و انطلاقا من هذا حاول الفقه إيجاد تعريف لتفويض المرفق العام، فعرفه الأستاذ B.DROBENKO بأنه " هو العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق إلى مفوض له يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا و يكون أجر هذا المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق".

و ورد أول تعريف قانوني لتفويض المرفق العام في القانون رقم 2001-1168 الصادر في 11 ديسمبر 2001 المتضمن التدابير الاستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي و المالي المعروف باسم loi MURCEF³ الذي عدل قانون Sapin، حيث أصبح تعريف تفويض المرفق العام واضحا من خلال هذا القانون الذي تبني ما جاء به الاجتهاد القضائي⁴ فعرفه كما يلي: « une délégation de

service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service .le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir les biens nécessaires au services »⁵ أي العقد الذي يوكل بموجبه شخص عام مهمة تسيير مرفق عام يقع تحت مسؤوليته إلى شخص آخر عام أو خاص، فيسمى الأول مفوضا و يسمى الثاني مفوضا له، و يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له مرتببا بصفة جوهرية بنتائج استغلال المرفق.

أما بخصوص إجراءات اختيار المفوض له فقد أصبحت منذ صدور قانون 29 جانفي 1993 واضحة و مؤطرة بقواعد تضمن الشفافية في إبرام اتفاقيات التفويض، إذ يجب الإعلان المسبق عن طلب العروض للسماح بالمنافسة، و هذا ما تم تأكيده أكثر من طرف الاجتهاد القضائي.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الأسس التي قامت عليها نظرية العقد الإداري – كما هو الشأن بالنسبة لسائر نظريات القانون الإداري- هي من صنع القضاء الإداري الفرنسي. لقد تدخل المشرع ليتبنى بعض الأحكام القضائية في مادة العقود الإدارية إلا أن النظرية العامة للعقود الإدارية ما تزال في مجموعها قضائية و من ثم فإن أحكامها تتطور باستمرار لتستجيب لحاجات المرافق العامة المتجددة.⁶

يمارس المفوض الرقابة على المفوض له خصوصا من خلال التقرير السنوي الذي يلتزم الثاني بتقديمه إلى الأول و يملك المفوض سلطة توقيع العقاب كما له دائما إمكانية العودة إلى التسيير المباشر.

الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية

لكي يصنف العقد كعقد تفويض للمرفق العام يجب أن يتوفر فيه شرطان: الأول هو وجود مرفق عام قابل للتفويض و الثاني هو ارتباط المقابل المالي للمفوض بنتائج الاستغلال أي نقل الخطر أو جزء منه إلى المتعامل الخاص.⁷ فعنصر تحمل الخطر من طرف المفوض له عند استغلاله للمرفق، هو الذي يمكننا من التفرقة بين تفويض المرفق العام و الصفقة العمومية، فعندما يتعلق الأمر بصفقة عمومية، يتم دفع المقابل المالي إلى المتعاقد من طرف الإدارة المتعاقدة بينما في التفويض يتلقى المفوض له مقابله المالي من مستعملي المرفق العام. لكن إمكانية قيام الإدارة المفوضة بدفع المقابل المالي إلى المفوض له جعل معيار مصدر المقابل المالي

³ Loi n 2001- 1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

⁴ " Les dix ans de la charte des services publics locaux : une gestion choisie durable et responsable ", institut de la gestion déléguée, Paris, 03 octobre 2012.

⁵ Cette première définition législative est codifiée à l'art L.1411-1 du CGCT.

⁶ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 21 و 28.

⁷ Saad BELQUAT, Saad BELQUAT, le partenariat public- privé : nouveau mode de gestion et de financement des projets au Maroc, troisième dialogue Euro- Méditerranéen de management public, Tunis, Tunisie, 7 et 8 octobre 2010, p 10.

عديم التأثير، و هذا ما دفع الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى وضع قاعدة ارتباط المقابل المالي أساسا بنتائج استغلال المرفق.⁸

و هكذا لم يعد مصدر المقابل المالي للمفوض له يمثل بالضرورة المعيار الفاصل، فالقاضي يستعين دائما بوجود مفهوم الخطر لتمييز التفويض عن الصفقة العمومية. و هذا ما تم تطبيقه مثلا في حالة عقد يتعلق بتسيير مرفق عام لمعالجة النفايات أين كانت البلدية هي من دفع المقابل المالي للشركة المتعاقدة معها لكن مبلغ هذا المقابل كان على علاقة بنتائج أداء تلك الشركة، ففصل المجلس لصالح تصنيف العقد كعقد تفويض مرفق عام قياسا على كون المقابل المالي هنا على ارتباط بنتائج الاستغلال.

في الصفقة العمومية يكون المقابل المالي للمقاول أو المورد أو مقدم الخدمة ثابتا و مضمونا من طرف الإدارة المتعاقدة بينما في تفويض المرفق العام يختلف هذا المقابل حسب قدرة المفوض له على الاستغلال الأمثل للنشاط محل التفويض، فهو يستغل المرفق متحملا المخاطر على عكس الحالة الأولى أين يكون الأجر متناسبا مع الخدمة المقدمة و لا يترك أي خطر مالي على عاتق القائم بها.⁹

المطلب الثاني: تكريس مفهوم تفويض المرفق العام في الجزائر من خلال عقد الامتياز

من خلال ما سبق تبين أن تفويض المرفق العام هو مفهوم مرن و شامل يضم مجموعة من العقود التي تتضمن تفويض التسيير و تتوفر فيها الخصائص المشتركة التي تضمنها تعريف هذا المفهوم. و عقود تفويض المرفق العام هي عقود إدارية تخضع للقواعد العامة التي تحكم هذه الأخيرة، حيث تحتوي شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص تتمتع الإدارة المفوضة بموجبها بامتيازات في مواجهة المفوض له. و تختلف أصناف عقود تفويض المرفق العام حسب موضوعها و طريقة تحديد المقابل المالي فيها و تتمثل فيما يلي: امتياز المرفق العام، إيجار المرفق العام و مشاطرة الاستغلال. أما عقد التسيير فلم يعد ينتمي إلى عقود التفويض بعد أن صنفه مجلس الدولة الفرنسي ضمن الصفقات العمومية بسبب عدم ارتباط أجر المسير بنتائج استغلال المرفق.

و امتياز المرفق العام هو النموذج المنظم في القانون الجزائري قبل أن يتم تنظيم التفويض، حيث تم تكريسه كأسلوب تسيير للمرفق العام في عدة مجالات بعد تغير التوجه الاقتصادي للدولة، بعدما استعمل خلال الفترة الاشتراكية كمجرد وسيلة لتأطير علاقة الدولة بالمؤسسات العمومية، لكن هذا كان في ظل غياب نص موحد ينظمه، حيث تمثل النص الذي تناوله بالشرح في مجرد تعليمة.

الفرع الأول: تنظيم الامتياز في تعليمة وزير الداخلية لسنة 1994

بعد ظهور الثورة الصناعية تضاعفت الحاجة إلى إنشاء البنى التحتية، و لأن السلطات العمومية لم تكن قادرة على القيام بذلك لوحدها كما لم يكن بإمكانها التخلي عن ذلك للمبادرة الخاصة نظرا لصفة المرفق العام التي تطبع النشاطات المرتبطة بهذه المنشآت، لجأت إلى استعمال تقنية الامتياز من أجل إنجاز تلك الهياكل مثل السكك الحديدية، المنشآت القاعدية للمياه و غيرها. تراجع الامتياز مع مجيء الدولة المتدخلة و استئثار المؤسسات العمومية بالنشاطات ذات المصلحة العامة، ليعاود الظهور بقوة في بداية الثمانينات ببروز الليبرالية.

⁸ Rachid ZOUAIMIA, op cité, p 73.

⁹ Rachid ZOUAIMIA, op cité, page 74.

لا يعد النظام الاشتراكي نظاما مناسباً لانتعاش العقود التي تتضمن إشراك الخواص في التسيير، إذ لا يمكن فيه تقبل دور القطاع الخاص كفاعل في المجال الاقتصادي والاجتماعي، بما في ذلك ما يخص التكفل بنشاطات المرفق العام التي كانت مجالا محفوظا للدولة في ظل غياب المفهوم المادي للمرفق العام وفقدان هذه الفكرة لمكانتها لصالح فكرة الاشتراكية¹⁰، و لهذا لم يتطور مفهوم الامتياز في الجزائر طيلة الفترة الاشتراكية، و لم يظهر معناه الحقيقي، فكان يمنح للجماعات المحلية و المؤسسات العمومية و بالتالي لم يكن إلا وسيلة لتأطير العلاقات بينها و بين الدولة، فهو بذلك مجرد تفويض اختصاص لاستغلال مرافق عامة و لا يحمل في طياته الفكرة الأساسية للامتياز كوسيلة لتحقيق الفعالية باعتبار التفويض تم لصالح إدارات عمومية تفتقد هي الأخرى لمعطيات التسيير الفعال.¹¹

اعترفت تعليمية وزير الداخلية و الجماعات المحلية و الإصلاح الإداري التي تحمل رقم 842/3.94 المؤرخة في 07 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها - و الصادرة تطبيقا لتعليمية رئيس الحكومة رقم 20 الصادرة بتاريخ 07 جويلية 1994 المتعلقة بامتياز و تأجير المرافق العمومية المحلية- بصفة صريحة بعجز التسيير المباشر للمرافق العمومية المحلية، و دعت إلى إعادة النظر في سياسة إدارة المرافق العمومية و إيجاد أنجع الطرق لتسييرها من أجل توفير خدمة عمومية ذات نوعية و إعادة الاعتبار للمرفق العام. و عدت جملة من النتائج الإيجابية التي يمكن أن يحققها إسناد تسيير المرافق العامة إلى المتعاملين الخواص، و حددت على وجه الخصوص أسلوب الامتياز و الإيجار، مشيرة إلى مواد قانوني البلدية و الولاية لسنة 1990 المتعلقة بطرق تسيير المرافق العمومية.

لكن الملاحظ أن هذه التعليمية جعلت من الامتياز الطريقة المفضلة لتسيير المرافق العمومية المحلية مخالفة بذلك للقانون (قانون البلدية و قانون الولاية) الذي اعتبره أسلوبا استثنائيا للتسيير.¹² عرفت هذه التعليمية الامتياز بأنه " العقد الذي تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام و استغلاله لمدة معينة بواسطة عمال و أموال يقدمها صاحب الامتياز الملتزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، و ذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له المرفق. فبموجب هذا العقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقته و تحت مسؤوليته المالية بتكليف من الإدارة (الدولة أو الولاية أو البلدية) طبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة تحدد في العقد، و يعود المشروع في نهاية المدة إلى الإدارة".

و بعد تعريف الامتياز فصلت التعليمية في العديد من الجوانب المتعلقة به : التمييز بينه و بين أسلوب الاستغلال المباشر و أسلوب المؤسسة العمومية، تحديد طبيعة عقد الامتياز و مضمونه، تحديد مدة الامتياز و إجراءات منحه، تحديد آثار الامتياز بالنسبة لكل من الإدارة و صاحب الامتياز و المرتفقين، بالإضافة إلى نهاية عقد الامتياز و المنازعات المتعلقة به.

¹⁰Essaid TAIB, le partenariat public-privé en matière d'exécution du service public, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n 03, 2007, p 07.

¹¹ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، مداخلة ألقيت في ملتقى حول " المكانة الحالية لعقد الامتياز في النشاط العمومي"، من تنظيم كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 11 و 12 مارس 2011، ص 12.

¹²تنص المادة 138 من قانون البلدية لسنة 1990: " إذا لم يمكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا دون أن ينجم عن ذلك ضرر، جاز للبلديات منح هذا الامتياز...". و الحكم نفسه تضمنته المادة 130 من قانون الولاية لنفس السنة.

الفرع الثاني: تنظيم امتياز المرفق العام في عدة نصوص قطاعية

توالت النصوص القانونية المكرسة للامتياز بعدما أصبح من الممكن إشراك الأشخاص الخاصة في إدارة المرافق العامة إثر الإصلاحات الاقتصادية لسنة 1988 و صدور دستور 1989، و بالتالي رجوع المرفق العام إلى الأرثوذكسية القانونية و تفتحه أكثر على المحتوى المادي أو الوظيفي للكلمة بعدما اتجه هذا المفهوم نحو مضمون مؤسساتي عضوي جاء نتيجة لتطبيق الخيار الاشتراكي الذي فرض تكفل الدولة أو امتداداتها بالمرافق العامة و تهميش القطاع الخاص.¹³

فإلى جانب الصفة العمومية الكلاسيكية، بدأ نظام الامتياز قانونيا كأسلوب مفضل مهيمن نظريا، وضع حيز التنفيذ ضمن عملية استعجالية عامة مست القطاعات الأساسية.¹⁴

إلا أن هذا التحول لم يترافق مع إيجاد تأطير قانوني منسجم و دقيق.

نظم قانون المالية لسنة 1996¹⁵ الامتياز في مجال الطرق السريعة ضمن المادة 166 منه التي نصت على أنه " يمكن أن يكون إنجاز الطرق السريعة و لواحقها و تسييرها و استغلالها و صيانتها و كذا أعمال تهيئتها و/أو توسيعها محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو القانون الخاص شريطة وجود طريق بديل و ذلك وفق كفاءات محددة في اتفاقيات و في دفاتر شروط يصادق عليها بنص تنظيمي"، و هو ما تم تنظيمه عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 96-308 الصادر بتاريخ 18 سبتمبر 1996 المتعلق بامتياز الطرق السريعة¹⁶، و الذي أعطى للامتياز بعده الحقيقي المتمثل في إنجاز استثمارات و تسيير مرفق عام من طرف صاحب امتياز يكون إما شخصا عاما أو خاصا. لكن هذا النص تم تجاهله بمناسبة إنجاز مشروع الطريق السيار شرق غرب حيث تم تفضيل انتهاج أسلوب الصفة العمومية على أسلوب الامتياز.

اتسع نطاق الامتياز سنة 1998 بصدور قانونين يتعلقان بكل من التقنين البحري و الطيران المدني، الأول يعدل التقنين البحري¹⁷ لا سيما من خلال إدخال أسلوب امتياز المرفق العام دون تحديد الطابع الاتفاقي له. ثم صدر النص التنفيذي لهذا القانون و هو المرسوم التنفيذي رقم 2000-81 المؤرخ في 09 أفريل 2000 المحدد لشروط و كفاءات منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري¹⁸ الذي أكد أن الامتياز يمنح على أساس اتفاقي، و يكون موضوعه إما عاما يخص استغلال كل الخدمات المتعلقة بالنقل البحري أو خاصا يتناول خدمة محددة.¹⁹ أما

¹³ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن عمر و رحال مولاي إدريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية- بن عكنون، الجزائر، ص 110.

¹⁴ Chabane BENAKEZOUH, les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (positions théoriques et cas pratiques), revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n 01, mars 2011. p 75.

¹⁵ الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82، صادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1995.

¹⁶ ج ر عدد 55، صادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1996.

¹⁷ القانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 جوان 1998 المعدل و المتمم للأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن التقنين البحري، ج ر عدد 47، صادرة بتاريخ 27 جوان 1998.

¹⁸ ج ر عدد 21، صادرة بتاريخ 12 أفريل 2000.

¹⁹ المادتين 12 و 13 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-81. و نفس الأحكام الواردة فيها تم النص عليها في المرسوم التنفيذي الذي ألغى و عوض هذا المرسوم و هو المرسوم التنفيذي رقم 08-57 المؤرخ في 13 فيفري 2008، ج ر عدد 09، صادرة بتاريخ 24 فيفري 2008.

النص الثاني المعدل للقانون المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني²⁰ فقد كرس أسلوب الامتياز فيما يتعلق بكل من إنشاء و تسيير المطارات و كذا استغلال خطوط النقل الجوي.

منحت امتيازات تطبيقا لهذا النص الذي كرس تفويض الخواص في مجال النقل الجوي²¹ لكن التجربة كانت قصيرة المدة حيث تم إلغاء تلك الامتيازات، و منذ سنة 2004 تمارس شركة الخطوط الجوية الجزائرية احتكارا فعلياً في قطاع النقل الجوي.

و في سنة 2001 كرس أسلوب الامتياز في القانون رقم 01-13 المتضمن توجيه و تنظيم النقل البري²²، و يتعلق هذا الامتياز بالنقل عبر الطرق و النقل بالسكك الحديدية حيث تؤكد المادة 07 على أن النقل العمومي البري للمسافرين هو خدمة عمومية، و تنص المادة 10 على تكفل الدولة و الجماعات الإقليمية بتطوير منظومة النقل الحضري، و يتم إنجاز و استغلال شبكة النقل الحضري من قبل الدولة و/أو الجماعات الإقليمية أو عند الاقتضاء عن طريق منح الامتياز لكل شخص طبيعي أو اعتباري خاضع للقانون الجزائري. لكن الملاحظ أن أحكام هذا القانون التي اعتمدت الصيغة الاتفاقية أو التعاقدية كوسيلة لمنح الامتياز قد تم تجاوزها من طرف السلطة التنظيمية، فمن خلال قراءة المرسوم التنفيذي رقم 04-415 المؤرخ في 20 ديسمبر 2004 المحدد لشروط منح رخص ممارسة نشاطات نقل الأشخاص و البضائع عبر الطرق²³ الصادر تطبيقاً لهذا القانون نجد أنه - و كما هو واضح من عنوان المرسوم- جعل منح الامتياز يتم بعمل إداري انفرادي و ليس عن طريق الاتفاق كما تنص المادة 31 من القانون المذكور. و بهذا فإن الاتفاق أو العقد كإجراء لمنح الامتياز لا يجد تطبيقاً له إلا عندما يتعلق الامتياز بإنجاز أو استغلال المنشآت القاعدية، و في هذا الإطار صدر المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المؤرخ في 20 ديسمبر 2004 المحدد للشروط المتعلقة بامتياز استغلال و/أو تسيير هياكل الاستقبال للمسافرين عبر الطرق²⁴ و الذي نصت المادة التاسعة منه بصفة صريحة على أن الامتياز يمنح عن طريق الاتفاق. هذا فيما يخص النقل عبر الطرق، أما بخصوص النقل بالسكة الحديدية فيمنح امتياز الإنجاز و الاستغلال إلى الشركات الخاضعة للقانون الجزائري و يكون هذا الامتياز موضوع اتفاقية و دفتر شروط يحددان حقوق و واجبات صاحب الامتياز.

و في مجال المياه، فتح الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996²⁵ المجال أمام الأشخاص المعنوية الخاصة لتسيير مرفق المياه عن طريق الامتياز في المادة الرابعة منه التي عدلت و تمتت المادة 21 من القانون

²⁰ القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 جوان 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، صادرة بتاريخ 28 جوان 1998.

²¹ المرسوم التنفيذي رقم 02-40 المؤرخ في 14 جانفي 2002 المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" و كذا دفتر الشروط المرافق لها، المرسوم التنفيذي رقم 02-41 المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" و كذا دفتر الشروط المرافق لها و المرسوم التنفيذي رقم 02-42 المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "إيكواير الدولية" و كذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر عدد 04، صادرة بتاريخ 16 جانفي 2002.

²² القانون رقم 01-13 المؤرخ في 07 أوت 2001 المتضمن توجيه و تنظيم النقل البري، ج ر عدد 44، صادرة بتاريخ 08 أوت 2001.

²³ ج ر عدد 82، صادرة بتاريخ 22 ديسمبر 2004.

²⁴ ج ر عدد 82، صادرة بتاريخ 22 ديسمبر 2004.

²⁵ ج ر عدد 37، صادرة بتاريخ 16 جوان 1996.

رقم 83-17 المؤرخ في 16 جويلية 1983 المتضمن قانون المياه²⁶، بعدما كان هذا الأخير يحصر الامتياز في الأشخاص المعنوية العامة ممثلة في المؤسسات العمومية و الجماعات المحلية.

المبحث الثاني: تكريس تفويض المرفق العام في القانون الجزائري منذ سنة 2005

بعد أن كان معنى تفويض المرفق العام مكرسا فقط عن طريق الامتياز، الذي يعد أحد أشكال عقد التفويض مثلما تم توضيحه أعلاه، تم استعمال مصطلح التفويض في القانون الجزائري لأول مرة سنة 2005 في قانون المياه، ثم في قانون البلدية لسنة 2011، أما تحديد الإطار العام لتفويض المرفق العام فكان ضمن التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الصادر سنة 2015.

المطلب الأول: تفويض المرفق العام في قانون المياه و قانون البلدية

تم استعمال مصطلح التفويض لأول مرة في قانون المياه لسنة 2005 ثم قانون البلدية لسنة 2011. و تجدر الإشارة إلى أن المقصود بالتفويض هنا المفهوم الشكلي له أي عقد تفويض المرفق العام – لأن التفويض بالمفهوم العام الواسع مستعمل من قبل في عدة نصوص قانونية و تنظيمية-.

و أهم ما يلاحظ بخصوص تنظيم تفويض المرفق العام في هذين النصين هو عدم الدقة، مثلما سوف يتضح من خلال فرعي هذا المطلب.

الفرع الأول: تفويض المرفق العام في قانون المياه (2005)

بغض النظر عن عقود التسيير التي تم استعمالها كوسيلة لإشراك القطاع الخاص مثلما في الشركات الأجنبية الخاصة في تسيير الخدمة العمومية للماء و التطهير في بعض المدن الكبرى، و التي لم ينطبق عليها مفهوم التفويض و لم تكن عقودا ذات طبيعة إدارية، نلاحظ أن القانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بالمياه تضمن مفهوم تفويض المرفق العام في بعض أحكامه. لكن حصره لمنح الامتياز في الأشخاص الخاضعة للقانون العام فقط و الفصل بينه و بين التفويض على هذا الأساس أثر على دقة و انسجام النص.

و يتبين تبني مفهوم التفويض من خلال بعض الأحكام الواردة ضمن القسم الثاني المعنون ب"تفويض الخدمة العمومية" الواقع تحت الفصل الأول الخاص بالأحكام المتعلقة ب"طرق تسيير الخدمات العمومية للمياه و التطهير" المندرج ضمن الباب السادس من هذا القانون و المتعلق ب"الخدمات العمومية للمياه و التطهير"، حيث نجد المادة 106 تنص على ما يلي: "يمكن أن يشمل تفويض الخدمة العمومية بناء منشآت الري أو إعادة تأهيلها و كذا استغلالها في إطار عمليات الشراكة بإدماج تصميم المشاريع و تمويل الاستثمارات المرتبطة بها"، إذن هذه المادة جعلت من كل من: بناء المنشآت، إعادة تأهيل المنشآت، استغلال المنشآت، تصميم المشاريع، تمويل الاستثمارات، عمليات من المحتمل أن تكون موضوعا لتفويض الخدمة العمومية، و بالتالي فالتفويض قد يتم بالاعتماد على أنواع متعددة من العقود المندرجة في إطار عقد تفويض المرفق العام كالإيجار باعتباره يتضمن استغلال المنشآت و إعادة تأهيلها مع تحمل المستأجر لجزء من التكاليف، أو الامتياز الذي يتضمن تشييد المنشآت اللازمة لسير المرفق مع تحمل مسألة التمويل ثم استغلال تلك المنشآت، بل ربما قد يكون المقصود أيضا أن يتم التفويض-بالمعنى الواسع للمصطلح- بواسطة أصناف أخرى من العقود المجسدة للشراكة العمومية الخاصة كعقد البوت أو بقية العقود المشتقة عنه مثلا. كما أن المادة 105 من نفس القسم و المحددة لإجراءات التفويض

²⁶ ج ر عدد 30، صادرة بتاريخ 17 جويلية 1983.

تنص على أنه " يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها للمنافسة مع تحديد لاسيما، محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، و شروط تنفيذها، و المسؤوليات الملزم بها، و مدة التفويض، و كفاءات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين، و معايير تقييم نوعية الخدمة"، و نلاحظ هنا استعمال عبارة " كفاءات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين"، واستعمال صيغة الجمع بخصوص طريقة دفع أجر المفوض له يدل على وجود عقود متنوعة يمكن أن يمنح التفويض بموجبها، لأن كيفية حصول المفوض له على المقابل المالي تختلف من عقد إلى آخر، إذ قد يكون أجرا تدفعه له الإدارة المفوضة و يرتبط بنتائج الاستغلال كما في عقد مشاطرة الاستغلال، كما قد يكون جزءا من عائدات استغلال المرفق أي جزءا من الأتاوى المحصلة من المرتفقين كما في عقد الإيجار حيث يلتزم المستأجر بدفع جزء من المداخل إلى الإدارة المؤجرة باعتبارها المنجزة للمنشآت الأصلية، كما قد يحصل المفوض له عائدته المالي من نتائج استغلاله للمرفق كاملة أي من مجموع الأتاوى المحصلة كما هو الحال في عقد الامتياز.

و وجود عبارة " أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين " يؤكد هذا الطرح، فما يميز عقود تفويض المرفق العام هو كون التسعيرة محل اعتبار فيما يخص المقابل المالي المكرس في العقد لصالح المفوض له، لأن نتائج الاستغلال التي يرتبط هذا المقابل المالي بها تتوقف عليها بينما لا علاقة لهذه الأخيرة بأجر المسير في عقد التسيير الذي يحدد مسبقا في العقد الذي يجمع الإدارة بالمسير وبصفة مستقلة و جزافية.

بالإضافة إلى هاتين المادتين، هناك أيضا المادة 140 الواردة في الباب الثامن من نفس القانون و المتعلق بـ " تسعيرة خدمات المياه " في الفصل الأول منه المخصص للأحكام المشتركة المتعلقة بتسعيرة خدمات الماء، حيث تنص هذه المادة على ما يلي " في حالة ما إذا أدى تطبيق الالتزامات العارضة إلى أسعار لا تتوافق و التكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الامتياز أو المفوض له، يمكن أن يمنح له تعويض مالي يساوي الأعباء الإضافية التي تحملها في هذا الصدد "، فهذه المادة تثبت كذلك أن المقصود هي عقود تفويض المرفق العام بالمعنى الحقيقي الضيق للمصطلح و التي يتحمل فيها المفوض له تكاليف استغلال المرفق و يسترجع ما أنفقه عن طريق الأسعار المحصلة من طرفه، و بالتالي فإذا حصل اختلال في التوازن المالي بين ما أنفقه و ما قام بتحصيله يكون من حقه الاستفادة من تعويض مالي تدفعه له الهيئة المفوضة، علما أن التوازن المالي للعقد حق من حقوق الطرف المتعاقد مع الإدارة وفقا للقواعد العامة للعقد الإداري و من واجب الإدارة ضمان الحفاظ على هذا التوازن.

الفرع الثاني: تفويض المرفق العام في قانون البلدية (2011)

في القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المضمن قانون البلدية، يبدو أن المشرع قرر القطيعة مع المبدأ المكرس في قانون 1990، حيث لم يعد يعتبر التفويض نمط تسيير استثنائي أو احتياطي للمرفق العام على عكس ما كان في القانون السابق، فالمادة 150 من القانون 10-11 تنص على أن المرافق العمومية البلدية مثل التزويد بالمياه الصالحة للشرب و صرف المياه المستعملة، النفايات المنزلية، صيانة الطرقات و غيرها من المرافق التي نصت عليها المادة 149 من القانون " يمكن أن تسيير مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية، عن طريق الامتياز أو التفويض "، و قد خصص هذا القانون فصلا للتسيير غير المباشر للمرفق العام و هو الفصل الرابع من الباب الثالث المتعلق بالمصالح العمومية

البلدية، و عنوان هذا الفصل ب " الامتياز و تفويض المصالح العمومية " بعد تخصيص فصل للاستغلال المباشر (الفصل الثاني) و فصل للمؤسسة العمومية البلدية (الفصل الثالث). انطلاقا من عنوان الفصل واضح أن الامتياز لا يندرج ضمن التفويض في هذا القانون الذي لم يحدد مع هذا ما المقصود بالتفويض الذي تناوله في مادة واحدة جاءت مباشرة بعد المادة الوحيدة التي خصصت للامتياز هو الآخر ، و تميز نص المادة التي تناولت التفويض بالغموض و لم يرد فيه تعريف لهذه الطريقة من التسيير، حيث جاء في المادة 155 " يمكن للمصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول. يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم "، بينما المادة 156 تنص " يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها ". فصل الامتياز عن التفويض في هذا القانون يثير التساؤل، كما أن اعتبار الصفقة شكلا من أشكال تفويض المرفق العام، قد يحرف مفهوم التفويض و يفرغه من محتواه.

المطلب الثاني: تنظيم تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي 15-247

اتضح من خلال المطلب السابق أن مفهوم تفويض المرفق العام تم تكريسه بصفة تقريبية غير دقيقة عكست عدم التحكم في خصوصية هذا المفهوم و النظام المتعلق به. و يعتبر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام²⁷ أول نص ينظم تفويض المرفق العام بصفة عامة و يحدد مفهومه بشكل دقيق. لكن ما زال هذا العقد بحاجة إلى مزيد من التفصيل، في انتظار صدور باقي النصوص التي أحال إليها هذا المرسوم.

الفرع الأول: تحديد مفهوم تفويض المرفق العام

نظم المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أعلاه تفويض المرفق العام في الباب الثاني منه المعنون ب " الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام "، و الذي تضمن أربع مواد. ورد تحديد مفهوم تفويض المرفق العام في المادة 207 منه، التي وضحت بصفة صريحة أن الأساس الذي يقوم عليه هذا المفهوم هو ارتباط أجر المفوض له بصفة أساسية باستغلال المرفق. و أكدت نفس المادة أن تفويض تسيير المرفق العام من طرف الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن المرفق إلى المفوض له، مشروط بعدم وجود نص تشريعي مخالف، في إشارة إلى المرافق غير القابلة للتفويض. حيث أن التفويض لا يمكن أن يرد إلا على مرفق عام قابل للتفويض، لأن هناك مرافق عامة غير قابلة للتفويض بحكم طبيعتها أو بنص القانون كالمرافق المتعلقة بوظائف سيادية للدولة. أما إجراءات التفويض فلم يتم التطرق إليها بالتفصيل في هذا المرسوم، حيث تم الاكتفاء بالنص على أن التفويض يتم بموجب اتفاقية، مع إحالة كفايات التطبيق إلى مرسوم تنفيذي يصدر لاحقا (الفقرتين 2 و 4 من المادة 207). غير أنه تم النص في المادة 209 على أن اتفاقيات تفويض المرفق العام تخضع في إبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من نفس المرسوم. و يتعلق الأمر بمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات – و هي المبادئ التي تحكم إبرام

²⁷ ج ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

الصفقات العمومية المنظمة في الباب الأول من المرسوم نفسه، مع التأكيد في الفقرة الثانية من المادة على وجوب مراعاة المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام من مساواة و استمرارية و تكيف.

الفرع الثاني: أشكال تفويض المرفق العام

حددت المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أعلاه الأشكال التي يمكن أن يأخذها تفويض المرفق العام، بالاعتماد على العناصر التالية: مضمون التفويض، الخطر الذي يتحمله المفوض له و رقابة السلطة المفوضة. و تتمثل هذه الأشكال في : الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة و التسيير. لكن هذا التحديد لم يكن على سبيل الحصر، بل من الممكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى وفق شروط و كفاءات يحددها التنظيم، طبقا لما نصت عليه نفس المادة.

و نصت المادة أن مضمون الامتياز يتمثل إما في إنشاء المرفق -أو اقتناء التجهيزات الضرورية لإقامته- و استغلاله من طرف المفوض له و إما في استغلاله فقط. و يكون استغلال المفوض له للمرفق باسمه و لحسابه و على مسؤوليته، و يتقاضى مقابل ذلك أتاوى من مستخدم المرفق.

و في الإيجار، يقتصر دور المفوض له على تسيير المرفق و صيانته، بينما تتولى إنشاء المرفق السلطة المفوضة. و على عكس الامتياز، لا تعود كل الأتاوى المحصلة من المرتفقين إلى المفوض له، بل تستفيد منها الإدارة المفوضة كذلك، و يحصل المفوض له على المقابل المالي للاستغلال من خلال هذه الأتاوى.

أما في الوكالة المحفزة و التسيير، فيقوم المفوض له بتسيير و صيانة المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول المرفق و تحتفظ بإدارته، و يتم دفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة. و يتمثل هذا الأجر في الوكالة المحفزة في منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية و حصة من الأرباح - و هذا سر تسميتها بالوكالة المحفزة-. و في التسيير يكون الأجر عبارة عن منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال إضافة إلى منحة إنتاجية، و تحتفظ السلطة المفوضة بالأرباح. و في حالة العجز تقوم بتعويض المسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا.

خاتمة:

يعد تفويض المرفق العام - على غرار الشراكة العمومية الخاصة بوجه عام - من المواضيع بالغة الأهمية نظرا لدورها في تحسين تسيير المرافق العمومية و تحقيق النجاعة و الفعالية و الاقتصاد. لهذا يجب الاهتمام بها من خلال تكريس إطار قانوني واضح و دقيق يشمل جميع الجوانب المتعلقة بها، و أيضا من خلال الحرص على تكوين المسؤولين و الموظفين المعنيين بهذا المجال من أجل التحكم الجيد في أساليب التسيير الجديدة هذه و الاستفادة منها لتحقيق التنمية الاجتماعية و الاقتصادية.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.

- محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رجال بن اعمر و رجال مولاي إدريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية- بن عكنون، الجزائر.

2- الملتقيات:

-نادية ضريفي، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، مداخلة أقيمت في ملتقى حول " المكانة الحالية لعقد الامتياز في النشاط العمومي"، من تنظيم كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 11 و 12 مارس 2011.

المراجع باللغة الفرنسية:

1- Les ouvrages :

-Rachid ZOUAIMIA, la délégation de service public au profit de personnes privées, maison d'édition Belkeise, Alger, 2012.

2- Les articles :

-Chabane BENAKEZOUH, les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (positions théoriques et cas pratiques), revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n 01, mars 2011.

-Essaid TAIB, le partenariat public-privé en matière d'exécution du service public, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n 03, 2007.

3- Les séminaires :

-Saad BELQUAT, le partenariat public- privé : nouveau mode de gestion et de financement des projets au Maroc, troisième dialogue Euro- Méditerranéen de management public, Tunis, Tunisie, 7 et 8 octobre 2010.