

تفويض المرفق العام من المفهوم الفقهي إلى الاحتواء القانوني (المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نموذجاً)

الملخص

يعود الفضل في إرساء فكرة تفويض المرفق العام إلى فرنسا بعد توجيهها نحو تفويض أشخاص القانون الخاص لإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وقد مرت بهذا الخصوص بفترات متباينة تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية، وقد دفعت بهذه الفكرة جملة من العوامل كاجتياح موجة التحرر الاقتصادي التي تدعم إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة كوسيلة فعالة لتفعيلها والارتقاء بمردوديتها، فتح مجال الحرية التعاقدية أمام الأشخاص القانونية، اللجوء إلى تقنية التفويض كما لجأ لتجنب القيود والضوابط الصارمة التي فرضت على الصفقات العمومية دون عقود المرفق العام.

وهو ما تجسد على مستوى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أول نص قانوني يؤطر لعقود تفويض المرفق العام بالجزائر، باعتباره أول من أسس لمفهوم تفويضات المرفق العام، من أجل رد الاعتبار للمرفق العام نتيجة عدم فعالية الوسائل التقليدية للتسيير العمومي، بفعل التحولات التي ألحقت بفكرة التفويض وتطوير تقنيات تسيير المرفق العام، وهي السياسة التي تبنتها العديد من الدول كالمغرب ابتداءً من 2002 بموجب قانون الميثاق الجماعي لـ 3/10/2002 تحت اسم "تدبير المفوض"، تونس بموجب القانون رقم 23 لسنة 2008 الموافق لـ 1 أبريل، والذي جمع صور التفويض تحت اسم واحد هي عقود الالتزامات، مصر في قانون 129 لـ 1947، ليحل محله قانون رقم 67 لـ 2010، تحت اسم "قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق".

الكلمات المفتاحية: التفويض، المرفق العام، المرسوم الرئاسي رقم

Guezlane Salima

DELEGATE THE PUBLIC FACILITY FROM JURISPRUDENTIAL CONCEPT TO LEGAL CONTAINMENT

(PRESIDENTIAL DECREE NO. 15-247 MODEL)

Abstract :

Thanks to the establishment of the idea of delegating the public utility to France after its orientation wards authorizing persons of private law to manage some public utilities of an industrial and commercial nature, and in this regard it has gone through different periods depending on the economic and social conditions. Managing private law persons for public utilities as an effective means to activate them and improve their efficiency, open the field of contractual freedom to legal persons, resort to the technique of delegation, and resorted to avoiding the restrictions and strict controls imposed on public deals without public utility contracts.

This was embodied at the level of Presidential Decree No. 15-247 regulating public procurement and public utility mandates, the first legal text to frame public utility contracts in Algeria, as it was the first to establish the concept of public utility mandates, in order to restore consideration to public utility. Which was attached to the idea of delegation and the development of public utility management techniques, a policy that many countries, such as Morocco, have adopted, starting in 2002 under the collective charter law of 10/3/2002 under the name "The Commissioner's measure", Tunisia under Law No. 23 of 2008 corresponding to April 1 And which collected the forms of authorization under one name, contracts of obligations, Egypt in Law 129 of 1947, to be replaced by Law No. 67 of 2010, under the name of "Law Regulating Private Sector Participation in Infrastructure Projects and Utilities".

Keywords: mandate, general facility, Presidential Decree No. 247-15.

تفويض المرفق العام من المفهوم الفقهي إلى الاحتواء القانوني

(المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نموذجاً)

DELEGATE THE PUBLIC FACILITY FROM
JURISPRUDENTIAL CONCEPT TO LEGAL
CONTAINMENT
(PRESIDENTIAL DECREE NO. 15-247 MODEL)

د/قزلان سليمة(*)

أستاذة محاضرة قسم جامعة محمد بوقرة بومرداس

مقدمة:

شهدت الجزائر منذ 1989 وعقب انتقالها من النظام الاشتراكي القائم على أساليب التسيير المباشر للمرافق العامة وتبنيها للنظام الليبرالي تغيرات جوهرية فرضتها ضرورة الاستجابة للتحولات الاقتصادية التي ساهمت إلى حد كبير في ولوج القطاع الخاص وإشراكه في تسيير المرافق العامة من خلال آلية التعاقد، شكل فيها التفويض أبرز هذه الآليات باعتباره أسلوب جديد لتسيير المرافق العامة، ووسيلة جوهرية من أجل الانتقال من التسيير التقليدي للمرافق العامة والقضاء على مختلف الاختلالات التي عرفها¹، إلى التسيير الحديث للمرافق العامة الذي يعتمد على إسهامات الغير كركيزة أساسية بغية الارتقاء بفعاليتها وبمردوديتها ضمن إطار ما أصبح يصطلح عليه بالشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

تبنت الجزائر شأنها في ذلك شأن الكثير من دول العالم²، التطورات التي لحقت بفكرة التفويض التي شهدتها فرنسا على إثر تطويرها لتقنيات تسيير المرفق

(*) البريد الإلكتروني: «s.guezlane@univ-boumerdes.dz»

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"³)، 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 العام⁴، رغبة في إعادة رد الاعتبار للمرفق العام.

الإشكالية:

كيف ساهم الفقه في بلورة فكرة تفويض المرفق العام، وكيف انعكس ذلك على التشريع الجزائري من خلال احتوائه القانوني لعقد تفويض المرفق العام وتحديدًا استنادًا إلى مرسوم 247.15، لإرساء مفهوم ومحتوى تنظيمي واضح المعالم لتفويض المرفق العام في الجزائر من أجل رد الاعتبار للمرفق العام؟.

محاور الدراسة: سنعالج هذه الإشكالية ضمن مباحث ثلاث:

المبحث الأول: تفويض المرفق العام من المفهوم فقهي إلى المفهوم القانوني.

المبحث الثاني: إطار قانوني محتشم بتفويض المرفق العام قبل صدور

المرسوم الرئاسي رقم 247.15

المبحث الثالث: مرسوم 247.15 كأساس ومكسب قانوني لتنظيم لتفويض

المرفق العام بالجزائر.

المبحث الأول

تفويض المرفق العام من المفهوم الفقهي إلى المفهوم القانوني

المطلب الأول. مفهوم تقنية تفويض المرفق العام:

لا يمكننا الولوج بتعريف تقنية أو آلية تفويض المرفق العام من دون التعرّيج أو المرور على تحديد تعريف المرفق العام.

الفرع الأول. تعريف المرفق العام:

ترتبط فكرة المرفق العام ارتباطاً وثيقاً بالقانون الإداري، بل ويشكل الأساس الذي يحدد نطاق القانون الإداري، ويستند المرفق العام في تعريفه إلى معيارين أساسيين، معيار عضوي وآخر وظيفي أو مادي، بالنسبة للمعيار العضوي أو الشكلي، يقصد بالمرفق العام كل منظمة أو مؤسسة أو هيئة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإدارتها بغية تحقيق حاجات الجمهور، أما بالنسبة للمعيار الوظيفي أو المادي فيقصد بالمرفق العام كل نشاط أو عمل تقوم به الأجهزة العمومية وكذلك أجهزة أخرى خاصة وعامة بهدف تحقيق المنفعة العامة.⁵

الفرع الثاني. أبرز التعاريف الفقهية التي وردت بشأن تقنية تفويض المرفق العام:

شهد تعريف تفويض المرفق العام عدة تعاريف فقهية، من أبرزها:

تعريف الأستاذ Stéphane Braconnier الذي جاء فيه بأنه: "عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يدعى (المفوض)، لمدة محدودة تسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته، لشخص معنوي خاضع للقانون الخاص يدعى (المفوض له)، فيخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التفويض المذكور أو بهما معاً".⁶ وعرفه 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 مرتبطاً بنتائج استغلال المرفق".⁷ أما الأستاذ 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 تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة، أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة والتي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها.⁸

وبصفة عامة يمكن تعريف تفويض المرفق العام بأنه 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 المرتفقين، على أن يتعلق مباشرة باستغلال المرفق باعتباره أهم معيار يعرف به تفويض المرفق العام.

المطلب الثاني . الارتقاء بالمفهوم الفقهي لتفويض المرافق العامة وتكريسه على ضوء التشريع الفرنسي:

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 بفرنسا⁹، 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 125.92¹⁰ المعروف بقانون " Joxe " المتعلق بالإدارة المحلية وتحديدا في المادة 52 منه، أين تم ترقيته من مجرد مفهوم فقهي إلى مفهوم قانوني¹¹، لينتهي الأمر بوضع إطار قانوني خاص بتفويض المرافق العامة تحت رقم 122.93 المتعلق بمكافحة الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة سنة 1993 المعروف بقانون sapin¹²، 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 1168.01¹³.

المبحث الثاني

إطار قانوني محتشم بتفويض المرفق العام قبل صدور المرسوم

الرئاسي رقم 247.15

في ظل غياب نص قانوني خاص شهدت عملية تناول آلية تفويض المرفق العام في الجزائر معالجة قانونية متدرجة، شكل فيها مرفق المياه المتبني الأول لتقنية التفويض، 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.

المطلب الأول: ارتباط تكريس آلية التفويض بمرفق المياه في التشريع الجزائري:

ولأن مصطلح "تفويض المرفق العام" يستعمل للدلالة على مختلف أساليب تسيير المرفق العمومي، كالامتياز، الإيجار، التسيير...، يعتبر عقد الامتياز الصورة الأقدم للشراكة بين القطاع العام وأشخاص القانون الخاص، وهو الصورة الأولى لفكرة تفويض المرفق العام ومحورها، فمصطلح تفويض المرفق العام وعلى حد تعبير البعض مصطلح جديد لعلاقات وعقود قديمة ابرزها الامتياز، والإيجار،¹⁴

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 اللبنة الأولى لذلك، حيث تجسد الاعتراف القانوني به في المرسوم التنفيذي رقم 101-01¹⁵ المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، وتحديدًا 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. 12¹⁶، المتعلق بالمياه وتحديدًا 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، وبمعنوان"

تفويض الخدمة العمومية فقد خصص نفس القانون القسم الثاني منه للتفويض وذلك بموجب المواد 104 إلى 110¹⁷.

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

خلافا للمرحلة السابقة، اعتمد المشرع الجزائري موقفا مغايرا حيث اتجه إلى تبني موضوع تفويض المرافق العمومية من أجل تسيير بعض المصالح العمومية لا سيما على المستوى المحلي، وتحديدًا على المستوى البلدي ويظهر ذلك جليا في نص القانون رقم 10.11 المتعلق بالبلدية¹⁸، وتحديدًا 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 تحديدًا دون الولائي¹⁹، تعتبر إذن محاولة المشرع التأطير القانوني لآلية التفويض غير مشجعة.

المبحث الثالث

مرسوم 247.15 كأساس ومكسب قانوني لتنظيم تفويض المرفق العام بالجزائر

من دون الخوض في الاختلالات والنقائص التي صاحبت التركيبة القانونية للمرسوم 247.15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أنه شكل وعلى ما يبدو أساسا ومكسبا قانونيا لتنظيم تفويض المرفق العام بالجزائر والارتقاء به على نحو أفضل.

المطلب الأول: الارتقاء القانوني بآلية تفويض المرفق العام على ضوء مرسوم 247.15:

في ظل إذن 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"، 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 ترقى إلى احتواء قانوني حقيقي إلا بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 247.15 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام²⁰، 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)²¹، 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.

المطلب الثاني. دوافع اللجوء إلى آلية التفويض لتسيير المرفق العام:

لقد ساهمت العديد من العوامل في تطور ورواج فكرة اللجوء إلى آلية التفويض، شكل تقليص العبئ 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 العلمية أدى إلى تشعب أدوار الدولة الجزائرية وكثرة أعبائها وبالتالي تدخلها المفرط في مختلف المجالات، غير أن الصعوبات التي واجهتها في عملية تسييرها تلك وتحديدًا على إثر التحولات السياسية التي أُلقت بضلالها على مختلف المجالات ابتداء من 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.²²

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 مغربية أخرى كالمغرب وتونس²³، 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 ومساهماتهم، جلب استثمارات القطاع الخاص والاستفادة من قدراته وابتكاراته وأساسا من تمويله لتنفيذ المشاريع.

المطلب الثالث. أسس وأشكال تفويض المرفق العام طبقا للتشريع الجزائري:

عرّف المشرع الجزائري²⁴ 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".

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 الأخرى، ما يعني أن تفويض المرفق العام لا يتحقق إلا بتوفر ثلاث أسس (أولا)، بالإضافة إلى الأشكال التي يمكن أن يتخذها (ثانيا).

الفرع الأول. أسس تفويض المرفق العام:

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

أولا. 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 فتتنقسم إلى مرافق إدارية²⁵ (كالدفاع، الأمن، القضاء)، وأخرى اقتصادية²⁶، ومع ذلك لم يبين المشرع ولم يحدد نوعية المرافق القابلة للتفويض²⁷.

ثانيا. 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 أن 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 الإجراءات كالإشهار، المنافسة، انتهاء باختيار المترشح الأحسن عرضا، وتفويض قانوني²⁸، 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 الشروط²⁹.

الفرع الثاني. 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 مسؤولاً 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.

الفرع الثالث. أشكال التفويض:

أولاً. 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.

ثانيا. 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 أن تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

ثالثا. 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 وحصّة 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.

رابعا. 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.

نشير بأن تفويض المرفق العام وطبقا لنص المادة 2/210 يمكنه أن يأخذ أشكالاً أخرى غير تلك المحددة أو المسماة طبقاً لنص المادة 1/210³⁰، بحيث يمكن ضمها إلى عقود تفويض المرفق العام متى اتسمت بالضوابط والأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام كعقد البوت مثلاً، كشكل من أشكال تمويل المشروعات، تمنح بموجبه دولة ما مستثمر أو مجموعة من المستثمرين امتيازاً لتمويل وتنفيذ مشروع معين، ثم تشغيله واستغلاله تجارياً لمدة زمنية، يصار عند نهايتها إلى رد المشروع إلى الدولة.

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 قانوني 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.

الهوامش :

¹ . تتمثل الأساليب التقليدية أو ما يطلق عليه البعض بالأساليب الكلاسيكية والتي وجدت في القرن 19 عشر في كل من إدارة الحصر، المؤسسة العامة، الامتياز.

² . شهد العالم ثورة في مجال تطوير تقنيات التفويض، وقد تبنتها العديد من الدول كالمغرب ابتداء من 2002، تونس بموجب القانون رقم 23 لسنة 2008، ومصر في قانون 129 ل 1947، أنظر: د/ أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة الفقه والقانون، عدد 55، 2017، ص 51.

³ . د/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، 1999، ص 5.

⁴ . الموافق ل 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50 ل 20 سبتمبر 2015. أنظر أيضا المنشور رقم 3 المؤرخ في 22 نوفمبر 2015، المتعلق بتنفيذ المرسوم الرئاسي رقم 24715.

⁵ . ومن ثم يخرج عن نطاق هذا التعريف، مختلف النشاطات الخاصة بالمؤسسات الخاصة، كما يخرج عنه المشروعات التي تستهدف فقط تحقيق الربح، لمزيد من التفاصيل، أنظر: د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 148، 149.

⁶ _ Braconnier Stéphanie ; droit des services publics ; presse universitaire de France ; paris ; 2004 ; p 413.

⁷ . نوال بوهالي، التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، رقم 2، عدد 12، ص 333

⁸ _ Auby Jean François, la délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997, p44.

⁹ أنظر: د/ أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة الفقه والقانون، عدد 55، 2017، ص 51.

¹⁰ . la loi d'orientation n 92/125 ; du 6 février 1992 ; relative a l'administration territoriale de la république ; JORF ; n 33 du 8 février 1992.

¹¹ . نادية ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بين عكنون، الجزائر، 2012/2011، ص 106.

¹² . la loi n 93_122 ; du 9 janvier 1993 ; 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 .

¹³ 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، أنظر: د/ أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص 51.

¹⁴ أنظر المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 01-101، المؤرخ في 2001/04/21، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 2001/04/22، والتي جاء فيها: "يضمن الديوان الوطني للتطهير تسيير امتياز الخدمة العمومية للتطهير".

¹⁵ المؤرخ في 2001/04/21، المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 2001/04/22.
¹⁶ القانون رقم 05 . 12 المؤرخ في 4 أوت 2005، المتعلق بالمياه، جريدة رسمية عدد 60، الصادرة في 4 سبتمبر 2005 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 03. 08 المؤرخ في 23 جانفي 2008 جريدة رسمية عدد 4 الصادرة في 27 جانفي 2008، المعدل والمتمم بموجب الامر رقم 02. 09، المؤرخ في 22 جويلية 2009، جريدة رسمية عدد 44، لصادرة في 22 جويلية 2009.

¹⁷ فعلى سبيل المثال جاء في نص المادة 104: يمكن للإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة أو صاحب الامتياز، تفويض كل أو جزء من تسيير نشاطات الخدمة العمومية للماء أو التطهير لمعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية وضمانات مالية كافية....".

¹⁸ القانون رقم 10.11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37 الموافق لـ 3 يوليو 2011.
¹⁹ حيث لم يشر إليه في قانون الولاية، والتي اكتفى بالأساليب التقليدية وهي، الأسلوب المباشر، وأسلوب الامتياز، في تسيير المصالح العمومية على المستوى الولائي، أنظر المادة 142 إلى 150 من قانون الولاية، رقم 12 . 07 الموافق لـ 21 فبراير 2012، جريدة رسمية عدد 12، الموافق لـ 29 فبراير 2012، ص 5.

²⁰ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المرجع السابق، جريدة رسمية عدد 50 لـ 20 سبتمبر 2015.

²¹ 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).

²² صالح زمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المجتمع، والسلطة، جامعة محمد بن أحمد، وهران 2، عدد 6/2017، ص 159.

²³ صالح زمال، المرجع السابق، ص 158.

²⁴ اعتمد المشرع الجزائري في تعريفه هذا على تعريف المشرع الفرنسي الذي أورده في المادة الثالثة من قانون Murcef رقم 1168 . 2001 وتحديدا في المادة الثالثة منه.

²⁵ من ضمن المرافق العمومية الإدارية نذكر على سبيل المثال: الدفاع، والقضاء، والبوليس.

²⁶ تقوم المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية) على أساس مزاوله 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، لمزيد من التفاصيل، أنظر: د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 152 وما يليها..

²⁷ 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.

²⁹ 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، من أجل تفاصيل أكثر أنظر: نوال بوهالي، المرجع السابق، ص 335 . 336.

²⁹ 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 ، نوال بوهالي، المرجع السابق، ص 336 . 337 Sapin قانون

³¹ وبهذا الخصوص نصت المادة 210 في فقرتها الثانية: "كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبينة....".