تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة

بركبية حسام الدين

طالب دكتوراه- كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

الملخص:
تقليديا, أخذ عقد الامتياز مكانة بارزة في مجال إدارة المرفق العام بطريقة غير مباشرة من قبل أشخاص القانون العام أو الخاص, حيث تم تكريس هذا العقد وفق نظرية التنظيم القطاعي مراعاة لخصوصية كل مرفق عام,مما جعل هذا العقد يدرس وفقا لكل مرفق على حدا تماشيا مع هذه الخصوصية.أما في الوقت الحالي فإن مصطلح تفويض المرفق العام أخذ مكانته كمفهوم عام وشامل يضم مجموعة من العقود الإدارية منها عقد الامتياز, والتي تسند إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو العام عبء الاضطلاع بإدارة مرفق عام، وذلك لقاء تحصيل رسوم من المنتفعين من المرفق محل العقد بما يغطي تكلفة إدارة المرفق ويحقق هامشاً من الربح يتقاضاه المتعاقد. ومن ثم فإن هذا المصطلح الجديد أصبح يشكل فئة قانونية مستقلة له نظامه القانوني الخاص الذي يميزه عن العديد من المفاهيم و طرق التسيير الأخرى.

Résumé :
Traditionnellement, le contrat de concession prendre une place importante dans le domaine de la gestion des services publics par des personnes de droit public ou privé, Elle a été consacrer cette contrat selon la théorie de la réglementation sectorielle,prise en comptede la spécificité de chaque service public,Ce qui a rendu la plupart deJurisprudence examiner le contrat de concession Conformément aux la spécificité de chaque sevice public.À l'heure actuelle, l'expression la délégation de service public de prendre sa place en tant que concept globale reprenant l’ensemble des contrats de gestion, qui confère 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’acquerir des biens necessaires au service.Ainsi, la nouvelle terminologie est devenu une catégorie juridique indépendante de son régime juridique spécial ,la raideur sur les concepts et des méthodes de gestion.

مقدمة

إن تسيير المرافق العمومية بطريقة غير مباشرة لم يعد ذلك المفهوم المقتصر على التنظيم القطاعي للكل مرفق على حدا, بل بات يخضع لتأطير قانوني عام وشامل ينطوي تحت تعبير قديم التطبيق وحديث المظهر وهو تفويض المرفق العام, بمعنى أن تفويض المرفق العام ما هو إلا مفهوم يعبر عن الانتقال من طريقة الإدارة المباشرة إلى طرق الإدارة الغير مباشرة لتسيير المرفق العام, ويرجع السبب الرئيسي لهذا الانتقال في تقليص العبء المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية, والذي تجسد قديما في عقد الامتياز كبديل للإدارة المباشرة, وحاليا في عقود تفويض المرفق العام والتي تخضع لنظام قانوني موحد ومستقل يضم العديد من الصور منها عقد الامتياز.

هذه النظرة المستحدثة لعقود تسيير المرفق العام كانت نتيجة لاجتهادات فقهية وقضائية توجت بإصدار نص قانوني في فرنسا, وانتقلت إلى الجزائر من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام, حيث يعتبر هذا المرسوم مولد نظام قانوني جديد يأطر مجموعة من العقود كرست قديما, وموازي لعقود الصفقات العمومية ويختلف عنها في العديد من النقاط الجوهرية, **ولكن هل مفهوم تفويض المرفق العاموا ضح بالقدر الكافي لتحديد مكانته في القانون الإداري ؟**على ضوء هذا الإشكال سنحاول دراسة الموضوع في نقطتين:

المحور الأول: العناصر التي يقوم عليها مفهوم تفويض المرفق العام

المحور الثاني: موقع تفويض المرفق العام من طرق التسيير الأخرى

المحور الأول: العناصر التي يقوم عليها مفهوم تفويض المرفق العام

لقد حملت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 تعريفا لتفويض المرفق العام, و الذي يشتمل على أسس محددة ما إن توفرت نكون أمام عقود تفويض مرفق عام, أما المادة 210 حددت مجموعة من العقود تندرج تحت مفهوم تفويض المرفق العام ولكن ليس على سبيل الحصر بل المشرع أعطى الحرية المطلقة للسلطة المفوضة في إنشاء صور للتفويض وذلك وفق أسس.

أولا: تعرف تفويض المرفق العام

عرف المشرع تفويض المرفق العام بأنه: **(يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام , أن يقوم بتفويض تسيره إلى المفوض له, وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف, ويتم التكفل بأجر المفوض له, بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.**

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

وبهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد إلى المفوض له إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام)[1].

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

وحقيقة الأمر أن هذا التوجه ليس بالجديد, لأن هذه المرتكزات معمول بها في عدة عقود مثل عقد الامتياز وعقد الإيجار, لكن المشرع أراد الوصول لفكرة وضع إطار قانوني عام وشامل ينظم عقود تسيير المرفق العام, بهدف تحقيق الوضوح والشفافية في الحياة الاقتصادية.

والملاحظ أن المشرع أخذ بنفس تعريف المشرع الفرنسي والذي عرفه في قانون murcef من خلال المادة الثالثة التي تنص على انه **"عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) وسواء كان عاما أم خاصا تحقيق 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[2].**

ثانيا: المرتكزات القانونية لتقنية تفويض المرفق العام

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

1ـ وجود مرفق عام يكون قابلا للتفويض:

نعني بالمرافق العامة القابلة للتفويض, تلك التي تشكل ميدانا لتطبيق تفويض المرفق العام, والمرافق العامة تقسم وفقا للعلم والاجتهاد إلى مرافق عامة اقتصادية ومرافق عامة إدارية, وهنا نتساءل هل جميع المرافق العامة وبغض النظر عن طبيعتها هي قابلة للتفويض أم أنها محصورة بنوع معين من المرافق العامة؟ هذا النوع من الأسئلة لم يكن يطرح في ظل التنظيم القطاعي لعقود الامتياز, فالمشرع كان يكرس قاعدة أنه لا امتياز للمرفق العام إلى إذا نص القانون على ذلك, أما حاليا فكل

المرافق العمومية قابلة للتفويض إلا إذا منع نص قانوني ذلك, وهذا تجسيدا للفكر اللبرالي في تسيير المرفق العام.

سواء في الجزائر أو فرنسا لا توجد قائمة تحدد المرافق العامة القابلة للتفويض, فمهما كانت طبيعة المرفق العام إداري أو صناعي فهو قابل للتفويض,لكن المشرع الجزائري وضع في تعريف تفويض المرفق العام شرط واقف وهو عدم وجود نص قانوني يمنع ذلك, أي أن المنع يكون وفق نص قانوني صريح. أما المشرع الفرنسي ومن خلال التعديل الذي أدخله على أحكام المادة 41 من القانون 93-122 في المادة 2 من القانون رقم 2010-599 والتي نصت على أنه لا تسري أحكام تفويض المرفق العام[3]:

ـ إذا نص القانون على احتكار أشخاص القانون العام إدارة واستغلال المرفق العام؛

ـ لا يجوز تفويض النشاط الممارس من قبل مؤسسة عامة أو شركة مساهمة إلا إذا نص القانون الأساسي للمؤسسة أو الشركة على ذلك؛

ـ لا يكون المرفق محل تفويض وفق الإجراءات المنصوص عليها إلا إذا فاق مبلغ المفوض 106000 أورو إذا كانت مدة تفويض لا تتجاوز ثلاث سنوات, ومبلغ 68000 اورو في السنة, ومع ذلك أقر إلزامية الخضوع لأحكام المنافسة.

ـ عندما يكون التفويض منصب على تأجير المساكن الاجتماعية الملقاة على هيئة الإسكان.

كما تجدر الإشارة إلا أن الفقه والاجتهاد قد حددا مجموعة من الضوابط للمرافق العامة الغير قابلة للتفويض:

ـ لا يجوز تفويض المرافق العامة الدستوري[4], نظرا لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها, وتحديد المرافق العامة الدستورية لا يتم وفق القانون الإداري وإنما على وفق الدستور.

ـ لا يجوز أن يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها الطابع الضريبي.[5]

ـ لا يجوز تفويض بعض المهام الأساسية المناط بالأشخاص العامة , وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الذي اعتبر أن الأقاليم لا يمكن أن تتخلى عن كل صلاحياتها الزراعية إلى أحد أشخاص القانون العام, كما لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط, ولا يجوز تفويض عدد من المهام الأساسية التي يقتضي على الدولة والأشخاص العامة القيام بها كالانتخابات وغيرها من النشاطات[6].

2. وجود علاقة تعاقدية:

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

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

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

- إن العمل القانوني المنفرد يعبر عن مظاهر امتيازات السلطة العامة. لذا فهو يأتي معبرا عن إرادة الجماعة العامة وما تمليه من شروط والتزامات,دون أن يكون للشخص الملتزم معها أي دور.

- إن مبدأ الشفافية وحرية المنافسة, كقيود ترتكز إليها تقنية تفويض المرفق العام, لا يمكن تصورها أو إعمالها خارج الإطار التعاقدي.

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

ولعل هذه الميزات للصيغة العقدية, هي التي دفعت المشرع الفرنسي والجزائري عند رسمه للإطار العام لتقنية التفويض, إلى حصرها بالعقد دون الأعمال القانونية المنفردة . هذا الاتجاه عبر عنه مجلس الدولة حين أقر أن الضوابط القانونية التي وضعها المشرع الفرنسي في مجال تقنية تفويض المرفق العام, لا تنطبق إلا على عمليات إدارة واستثمار المرفق العام التي تتم وفق الصيغة التعاقدية[7].

3. استغلال المرفق والارتباط بين المقبل المالي والاستغلال:

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

أ - استغلال المرفق العام: يتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق واستغلاله، ويقتضي عليه أن يتحمل مخاطر التشغيل، وإذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق دون تحمل المخاطر، فلا نكون بصدد عقد تفويض[8]، وبهذه الصفة فإن صاحب التفويض يستعمل سلطته الكاملة في تسيير المرفق[9]، ومن السلطات التي يملكها هي:

- يملك نوعا من الاستقلالية بالرغم من احتفاظ الإدارة المفوضة لسلطة تنظيم المرفق؛

- وجود علاقة مباشرة بين المرتفقين والمستغل للمرفق؛

- للمفوض له علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين؛

- يضمن المستغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر والأرباح (مالية وتقنية)؛

- توفير الوسائل و المنشآت الضرورية لتسيير المرفق والقيام بكل الأعمال الضرورية لذلك[10].

ب ـ ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق:لقد أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي[11] على ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج استغلال المرفق، وبمعني أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستغلال التي تنتج عن تسييره للمرفق العام على نفقته ومسؤوليته، وهذا لا يعني أن مصدر المقابل المالي هو من المستفيدين من خدمات المرفق محل التفويض فقط، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق[12].

يشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام وصفقة العمومية، وفي حال شكل المقابل المالي الذي **يحصل عليه صاحب التفويض ثمنا للخدمات المؤداة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض.**

ثالثا: أنواع عقود تفويض المرفق العام

نادرا هي العقود التي يصفها المشرع الفرنسي بأنها عقود تفويض المرفق العام، أو على العكس يستبعدها من هذه الفكرة، لذا فإن القاضي هو الذي يلعب دور كبير في تحديد ما إذا كانت هذه العقود عقود تفويض أو لا،لأن المشرع اقر أسس وتبقى مهمة التكيف للإدارة و للقضاء, لكن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 210 حدد العقود التي كيفت في الاجتهاد القضائي الفرنسي على أنها عقود تفويض مرفق عام وهي على التوالي (عقد الامتياز, عقد الإيجار, عقد الوكالة المحفزة, عقد التسيير) ونشير إلا أن هذه العقود ليست على سبيل الحصر.

1. عقد الامتياز La concession

نكون أمام عقد امتياز عندما:**(تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله, وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.**

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

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

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

فالامتياز الذي يكون عقد من عقود تفويض المرفق العام، يجب أن ينصب على استغلال المرفق العامكشرط ضروري حتى نكيف العقد بأنه امتياز مرفق عام, سواء كان**بانجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام مع الاستغلال, وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام,** وأيضابالنسبة للمقابل المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز الذي يجب أن يرتبط مباشرة بالاستغلال، ويكون هذا العقد لمدة محددة في أغلب الأحيان حتى يسترجع صاحب الامتياز قيمة الاستثمارات التي قام بها.

فالامتياز الذي ينصب على بناء المنشآتفقط دون استغلال, لا يدخل في مفهوم الامتياز الذي يشكل عقد من عقود تفويض المرفق العام, لأن مهمة صاحب الامتياز في امتياز الأشغال العامة تقتصر على بناء منشآت عامة, ومن ثمة إدارتها وصيانتها لمدة محدودة دون ارتباط جوهري بمهمة مرفقية.

هذا التوجه أقره الاجتهاد القضائي الفرنسي في العديد من القرارات, أشهرها القرار الصادر في قضية الشركة العامة للإنارة في بوردو Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux[13] ، لاسيما ما جاء في مطالعة مفوض الحكومة (Le commissaire du gvernementChardennet)، حين عرف امتياز المرفق العام بأنه **" العقد الذي يكفل شخصا خاصا أو شركة بتنفيذ منشأة عامة أو تحقيق مرفق عام, على نفقته مع أو بدون إعانة مالية أو ضمانات, مع إعطاء الحق لهذا الشخص بتقاضي جعل (الرسوم) من المنتفعين من هذه المنشآت العامة أو المستفيدين من المرفق العام"**[14]

فإذا عدنا إلي تعريف عقد امتياز الأشغال العامة (**هو عقد إداري يلزم بموجبه شخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الامتياز تجاه أحد أشخاص القانون العام يسمى مانح الامتياز, بناء منشأة عامة مقابل الحصول على إتاوات نتيجة استغلال هذه المنشأة)**[15]. يتبين أن مهمة صاحب الامتياز في امتياز الأشغال العامة تقتصر على بناء منشآت عامة, ومن ثمة إدارتها وصيانتها لمدة محدودة دون ارتباط جوهري بمهمة مرفقية. وبمقارنته مع تعريف الذي أتى به مفوض الحكومة (Le commissaire du gvernementChardenet) لامتياز المرفق العام , يتبين مدى تطور عقد

الامتياز الذي امتد ليشمل أي عملية تهدف إلى تحقيق مرفق عام سواء شملت الأشغال العامة أم لا, وبهذا أصبح لمعنى الامتياز ثلاث أوجه:

ـ امتياز المرفق العام دون الأشغال عامة، وذلك عندما يكون استغلال المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة.

ـ امتياز الأشغال العامة دون مرفق العام، وهذا الامتياز له هدف تنفيذ أشغال عامة و لا يتضمن تشغيل أو استغلال منشآت عامة.

. امتياز مرفق عام وأشغال عامة وهو ما يسمى بالامتياز المختلط ويتمثل بتنفيذ لأشغال عامة في إطار تحقيق مرفق عام, بحيث أن الأشغال العامة تكون ضرورية لوجود المرفق العام، و يعتبر الامتياز المختلط هو الأكثر تطبيقا من الامتيازات الأخرى.

2. عقد الإيجار L'affermage

نكون أما عقد إيجار عندما: **(تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته, مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها, ويتصرف المفوض له, حينئذ, لحسابه وعلى مسؤوليته.**

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

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

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

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

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

من هذه العناصر يمكن تميز عقد الإيجار عن عقد امتياز المرفق العام المختلط, بمعنى عندما يكلف صاحب الامتياز ببناء واستغلال المرفق العام, أما عن امتياز المرفق العام دون أشغال عامة فإن الأمر يطرح تساؤل نظرا لتشابه صاحب الامتياز والمستأجر في مهمة الاستغلال فقط دون الأشغال العامة. لعل مسألة الفرق تكمن في المقابل المالي الذي يدفعه المستأجر للسلطة المفوضة عكس الامتياز الذي يستأثر صاحبه بكل الأتاوى لتغطية النفقات التي استثمرها في المرفق.

3. الوكالة المحفزة: Régie intéressée

نكون أمام عقد الوكالة المحفزة عندما: (**تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته**

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

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

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

ولقد كيف هذا العقد من قبل الاجتهاد القضائي في قضية SAMITOM المشار إليها سابقا، على انه أحد أنواع عقود تفويض المرفق العام، وذلك لأن المقابل المالي المتحصل عليه من طرف المسير مرتبط بنتيجة الاستغلال.

ويعتبر هذا العقد عقد تفويض مرفق عام في فرنسا، وهو يجسد شراكة الخواص في تسيير المرفق العام دون تحمل لعبء البناء والتجهيز، وحصوله على مقابل مالي نتيجة تسييره وربطه برقم الأعمال والإنتاجية والفعالية وهذا لتشجيع المسير لبذل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية[16].

4. عقد التسيير la gérance :

نكون أمام عقد تسيير مرفق عام عندما: (**تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته.**

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال, تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح. وفي حالة العجز. فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.

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

ويشترك عقد التسيير مع عقد الوكالة المحفزة، في أن المفوض لهيستغل المرفق لحساب السلطة المفوضةفهو يمثل صورة وكيل، وتهدف السلطة المفوضة من تبني عقود التسيير إلى رفع كفاءة تشغيل المشروع وصيانته بالاستفادة من الخبرة و الكفاءة الفنية للقطاع الخاص كما تلجأ الإدارة إلى تطبيق عقود تشغيل والصيانة في الحالات التي يصعب فيها اللجوء إلى عقود امتياز المرفق العام وعقود الإيجار لانخفاض أسعار تقديم الخدمة، وصعوبة زيادتها لأسباب سياسية أو لسوء حالة المرفق على نحو يتعذر معه اللجوء إلى هاذين الأسلوبين[17].

أما بالنسبة لطبيعة عقد التسيير فإن مجلس الدولة الفرنسي غير ثابت في كون هذا العقد من عقود تفويض المرفق العام فقد ذهب في بعض أحكامه إلى أن عقد التسيير يعد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام, في حين ذهب في أحكام أخرى إلى تصنيفه بأنه عقد من عقود تفويض المرفق العام[18]، لكن يبقى معيار التحديد هو استغلال المرفق العام وارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال.

5. العقود الغير مسماة

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

وهو ما أكده المشرع في المادة 210 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام, تطبيقا للتوجه الفرنسي المتمثل في رأي استشاري الصادر عن مجلس الدولة الذي أكد على أنه يعهد مهمة مرفق عام بموجب عقود مسماة وأخرى غير مسماة لا تشكل صفقات عامة ولا تخضع للنظام القانوني للصفقات العامة[19].

وبالتالي فإن عقود تفويض المرفق العام لا يمكن حصرها بمجموعة من العقود المسماة, وإنما كل عقد تتحقق فيه الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام هو عقد من عقود التفويض.

المحور الثاني: موقع تفويض المرفق العام من طرق التسيير الأخرى

إن مفهوم تفويض المرفق العام وما يقوم عليه من عناصر, يجعله يأخذ مكانته كفئة قانونية مستقلة في القانون الإداري, له مفهوم مختلف عن المفاهيم الأخرى في الحقل الإداري, و أسلوب متميز عن طرق التسيير الأخرى.

أولا: تمييز تفويض المرفق العام عن المفاهيم المشابهة

إن تفويض المرفق العام يحمل في مفهومه صيغة النقل Transfer, بمعنى نقل تسيير المرفق العام من الشخص العام إلى شخص آخر, وقد يختلط هذا المعنى في القانون الإداري مع مفهوم التفويض في الاختصاصات,والخوصصة, لهذا تتقضي الدراسة تحديد أوجه الاختلاف لكل من هذه المفاهيم.

1. تفويض المرفق العام وتفويض الاختصاصات الإدارية

لقد حلت عبارة تفويض المرفق العام في قاموس القانون الإداري, وهذا التعبير يختلط ويشترك لفظيامع عبارة التفويض في نظام القرارات الإدارية.

يعد موضوع التفويض في القرارات الإدارية من أهم موضوعات القانون الإداري بوجه عام والإدارة العامة بوجه خاص, باعتباره أسلوبا من أساليب التنظيم الإداري, الذي يرمي إلى إنجاز الأعمال الإدارية بسرعة وكفاءة و فعالية عالية في نطاق الدستور والقانون, ويتم بموجبه تخفيف أعباء المفوض من خلال تفويض مرؤوسيه بعض اختصاصاته.

ويمكن تعريف تفويض الاختصاص بأنه: هو تصرف قانوني, يقوم بموجبه صاحب الاختصاص الأصيل فردا كان أو هيئة, بتخويل فردٍ أو هيئة أخرى, بممارسة بعض اختصاصاته الممنوحة له بموجب القوانين والأنظمة النافذة, بصفة مؤقتة, وبموضوع محدد أو أكثر, وذلك بناء على نص قانوني يجيز له ذلك وعلى مسؤوليته في إطار المصلحة العامة[20].

ومن الملاحظ أن تفويض الاختصاص يشترك مع تفويض المرفق العام في نقل اختصاص وليس سلطة من جهة إلى أخرى, إلا أنه يختلف عنه في عدة نقاط:

- لا يجوز في تفويض الاختصاص تفويض المسؤولية, لأن التفويض يقتصر على الاختصاص فقط دون المسؤولية, أي أن الرئيس الإداري يقوم بتفويض جزء من اختصاصاته بصفة مؤقتة مع بقاء مسؤوليته الكاملة عن هذه الاختصاصات, أما في ظل تفويض المرفق العام فإن صاحب التفويض يتولى استغلال المرفق على نفقته ومسؤوليته وليس على مسؤولية مانح التفويض, إلا أنه يبقى لشخص العام الحق في الإشراف والرقابة على كيفية إدارة و تشغيل المرفق العام من قبل صاحب التفويض.

ـ التفويض في الاختصاص لا يكون إلا جزئيا بحيث لا يشمل كل اختصاصات المفوض, فلا يكون صحيحا إلا إذا انصب على جانب من هذه الاختصاصات فقط, أما تفويض المرفق العام فإنه يشمل جميع المهام والأعمال التي تقتضيها إدارة و استغلال المرفق العام, فهو ليس محصورا بمهمة أو عمل دون غيره.

2. تفويض المرفق العام و الخوصصة

وفقاللأمر 22/95 أعطى المشرع للخوصصة مفهوم واسع إذ أنها تشتمل على **الخوصصة بنقلاالملكية**: ويقصد بها تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو بجزء منها أو كل رأسمالها أو جزء لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص,**والخوصصة بنقل التسيير**: وذلك بتحويل تسيير مؤسسات عمومية إلى أشخاص طبيعيين تابعين للقانون الخاص وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كيفيات تحويل التسيير وممارسته وشروطه[21].

أما الأمر 04/01 فقد أعطى معنى ضيق للخوصصة, حيث تراجع عن المفهوم الواسع لها وحصرها في معنى ضيق **"نقل الملكية"** حسب ما نصت عليه المادة 13 من الأمر ومنه استبعاد خوصصة التسيير[22], وبهذا أصبح معنى الخوصصة هو نقل الملكية فقط دون دمج عقود التسيير فيها.

يتضح من خلال هذا السرد البسيط للخوصصة في التشريع الجزائري أن تقنية تفويض المرفق العام هي بحد ذاتها خوصصة لكن ليس بالمعنى الواسع, بل فقط في الشق الذي ينصب على إدارة واستثمار مرفق عام من قبل أشخاص القانون الخاص, لكن هذا التعارض بين التفويض و الخوصصة في معناها النقل للملكية ليس مطلق إذ تبقى هناك بعض نقاط الشبه بينهما.

ـ كل من الخوصصة والتفويض يؤديان إلى نقل عامل الاستثمار إلى شخص خاص وفق مجموعة من القواعد والإجراءات التي تحكم آليات اختيار المستثمر.

ـ لا تعفي الخوصصة والتفويض حق السلطة العامة في الرقابة على النشاط الذي أصبح بيد القطاع الخاص, ففي الخوصصة هناك فكرة السهم النوعي الذي يسمح بتدخل الدولة في حال وجود مصالح وطنية عامة تستوجب الحماية,[23]

ـ كل من الخوصصة والتفويض يؤديان إلى احتكار القطاع الخاص والذي ينجم عنه صغر حجم القطاع العام, وهنا ننتقل من احتكار القطاع العام إلى الاحتكار الخاص.

ـ إن عائدات الخوصصة والتفويض تشكل عنصرا يدخل في السياسات المالية العامة للدولة والسلطة العامة, فالدولة عندما تنتهج سياسة الخوصصةأو التفويض فهي تهدف إلى حل مالي لخلق

عائدات تستخدمها في سد عجزها, ومن ناحية أخرى في الحد من النفقات التي تتكبدها الدولة أو الجماعة العامة في مشروع عام لا يحقق ربحا.

أما عن أوجه الاختلاف فهي عديدة أهمها:

ـ المستثمر في التفويض يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص, بينما في الخوصصة فإن المستثمر لا يمكن أن يكون إلا من أشخاص القانون الخاص.

ـ في التفويض تبقى السلطة المفوضة صاحبة السلطة والرقابة والتنظيم على المرفق العام, لأن بتفويضها للغير إدارة واستثمار المرفق العام فهي لا تتخلى عنه ككيان في القطاع العام, إنما هي تعهد إلى الغير فقط وظيفة تسييره, لهذا تبقى السلطة العامة مسؤولة عن نشاط المرفق العام في حالات معينة والمالكة للمنشآت العامة, ويبقى المفوض له يستفيد من امتيازات السلطة العامة لأن المرفق العام هو ملك للدولة أو للجماعة العامة.

بينما الخوصصة فإن السلطة العامة ترفع يدها عن المرفق محل الخوصصة ويختفي دورها في التنظيم, وتؤدي إلى تجريد المرفق محل الخوصصة من امتيازات السلطة العامة لأن بقائها لا ينسجم مع دوره لاحقا في القطاع الخاص.

ـ تشكل الخوصصة حسب عدد كبير من الفقهاء تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة, لأن الدولة تسعى إلى بيع المرفق العام بأعلى الأسعار تأمينا لمصلحة الخزينة وتجنبا للاتهامات المستقبلية في إهدار المال العام, أما المستهلك فمصلحته تكمن في دفع أقل الأثمان عند الاستهلاك, ويكمن التعارض, أنه في حالة الخوصصة يرتفع ثمن الخدمة عن الثمن الذي كان يدفعه المستهلك قبل الخوصصة, بينما في التفويض تتدخل السلطة المفوضة في العلاقة بين المستثمر وتفرض في أغلب الأحيان تسعيرة الخدمة.

ثانيا: تميز تفويض المرفق العام عن طرق الأخرى المعتمدة في التسيير

من الضروري تحديد هذه الطرق وتميزها عن تفويض المرفق العام , لأن كثرة الطرق المعتمد في تسيير قد تؤدي إلى الخلط بين المفاهيم, خاصة وأن مفهوم تفويض المرفق العام يؤطر مجموعة من العقود كفئة جديدة ومستقلة عن الطرق الأخرى المعتمدة في تسيير المرفق العام.

1. تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة

يقصد بالتسيير المباشر للمرفق العام أن تقوم الدولة أو الجماعة العامة بإدارة المرفق مستعينة بأموالها وموظفيها ومستعملة في ذلك وسائل القانون العام[24].

ويعرف كذلك بأنه التسيير المضمون من طرف الجماعة العمومية بنفسها, بوسائلها الخاصة, لا يملك المرفق العام استقلالية مالية, وليس له جهاز تسيير خاص به, ولا يملك شخصية معنوية مستقلة, وفي حالة نزاع مع الآخرين فإن مسؤولية الجماعة العامة هي التي تثار.[25]

وتشترك تقنية تفويض المرفق العام مع الإدارة المباشرة في أن موضوعها يكمن في إدارة واستغلال مرفق العام, وتختلفان في النقاط التالية:

ـ يتولى إدارة المرفق العام في ظل الإدارة المباشرة الشخص العام الذي يرتبط به المرفق, أما في ظل تقنية التفويض فيتولى إدارة المرفق العام شخص آخر غير الشخص العام المرتبط به المرفق, قد يكون شخصا خاصا أو علما, و يستطيع الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة التي ترتبط به بدون قيود تتعلق بنوعية المرفق, فلا توجد مرافق عامة غير قابلة للإدارة المباشرة شرط التقيد بالقواعد الدستورية والقوانين و الأنظمة, أما في ظل تقنية تفويض المرفق العام فيوجد مجموعة من المرفق ذات الطابع الدستوري التي لا يجوز تفويض إدارتها إلى شخص آخر غير الشخص العام[26].

ـ يتولى الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة المرتبطة به وفقالقواعد القانون العام, ويمكن أن تعطي الوحدة التي تتولى إدارة المرفق العام الاستقلال المالي مع بقاء ارتباطها الإداري بالشخص العام, أما في ظل تقنية تفويض المرفق العام فيتولى صاحب التفويض إدارة المرفق العام باستقلال عن الشخص العام من الناحية الإدارية ومن الناحية المالية.

2. تفويض المرفق العام والمؤسسة العامة

تعرف المؤسسة العمومية بأنها الطريقة الوسطى لتسيير المرفق العام بين التسيير المباشر وتفويض[27]. وتتميز بمجموعة من امتيازات السلطة العامة لكنها بالمقابل تخضع لقيود مرتبطة بالقانون العام مثل الرقابة, المحاسبة الصفقات العمومية...الخ.[28]

كما تعرف أيضا بأنها (شخص إداري مستقل عن الدولة والجماعات المحلية مكلف بتسيير مرفق عام أو مجموعة من المرافق العمومية من نفس الطبيعة).[29]

ويعرفها الأستاذ أحمد محيو: بأنها هي شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو البلدية أو لشخص آخر.[30]

قد يختلط مفهوم المؤسسة العامة بمفهوم التفويض, على اعتبار أن الدولة وفي طريقة التسيير بمؤسسة العامة تنشئ شخصا عاما مستقلا يعهد إليه مهمة إدارة المرفق العام, إلا أن المؤسسة العامة تتميز عن تقنية التفويض في عدة مسائل, أهمها:

ـ إن العلاقة بين صاحب التفويض والشخص العام في تفويض المرفق العام هي علاقة تعاقدية, في حين أن العلاقة بين المؤسسة العامة والشخص العام هي علاقة نظامية تخضع للقوانين والأنظمة ذات الصلة.و يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما أو خاصا, ولكن المؤسسة العامة في علاقتها مع الشخص العام لا يمكن أن تكون إلا شخصا عاما, ومع الملاحظة أنه يمكن للمؤسسة العامة أن تكون صاحبة تفويض بالنسبة لأسلوب تفويض المرفق العام.

ـ يرتبط المقابل المالي في تقنية تفويض المرفق العام بنتائج استغلال المرفق العام, بينما في التسيير بالمؤسسة العمومية يمكن للدولة أن تمول المرفق العام عن طريق المساهمات والدعم المالي.

ـ يخضع صاحب التفويض لرقابة وإشراف الشخص العام الذي يرتبط به المرفق العام موضوع التفويض, في حين تخضع المؤسسة العامة لوصاية إدارية على أعمال المؤسسة العامة بحيث لا تصبح نافذة إلا بعد المصادقة عليها من قبل سلطة الوصاية. و يخضع تفويض المرفق العام للنظام القانوني المحدد له و لبنود العقد, بينما المؤسسة العامة فإنها تخضع لنظام قانوني مختلف يحدده المشرع سواء كان نص قانوني أو تنظيمي, وهو الذي يحدد صلاحياتها و اختصاصاتها و هياكلها الأساسية.

3. تفويض المرفق العام و التأهيل الانفرادي (التفويض الانفرادي)

لا يشكل العقد الوسيلة الوحيد لتفويض المرفق العام إلى شخص آخر فيمكن للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام أن تعهد بإرادتها المنفردة بتفويض أحد الأشخاص سواء من الأشخاص العامة أو الخاصة, إدارة المرفق العام ويطلق على هذا التفويض تسمية: التأهيل Habilitation unilaterale ويعرف التأهيل بأنه (الإمكانية المعطاة لجهاز أو لسلطة في الدولة , أو لكل شخص آخر يساهم على الأقل ومباشرة في عمل الدولة للقيام بعمل معين).[31]

ويعرفه كذلك الأستاذ Gilles(يقصد بالتأهيل الانفرادي تفويض تسيير مرفق عام أو جزء منه إلى شخص خاص من جهة واحدة وبصفة انفرادية يكون بأساليب كلاسيكية معروفة, كثيرة ومختلفة, واستعماله بصفة دائمة يجعل البعض تارة يتجاهل فيها صفة التسيير المفوض).[32] ويمكن تقسيم وسائل التأهيل إلا قسمين التأهيل التشريعي (نص قانوني أو نص تنظيمي) و التأهيل عن طريق القرار الإداري الانفرادي.

أ ـ التأهيل التشريعيl'habilitation législative : في الأصل يتم التأهيل التشريعي لصالح المؤسسات العامة التي تناط بها مهمة تقديم الخدمة العامة, ويكون ذلك إما بنص قانوني أو نص تنظيمي, ومن الأمثلة على ذلك تأهيل المؤسسات العامة للتعليم العالي وأيضا الجامعات

الإستشفائية, وكذلك بالنسبة للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري كتأهيل ديوان الترقية و التسيير العقاري OPGI,و كذلك المؤسسة العامة للنقل الحضري وشبه الحضري.

ولكن فكرة التأهيل التشريعي تطورت لتصل إلي حد إمكانية تأهيل الأشخاص الخاصة التابعة لقانون الخاص, لتسيير المرافق العمومية, ومثال على ذلك:

الاتحادية الرياضية الوطنية[33], وهي جمعية ذات صبغة وطنية تخضع لقانون الجمعيات, وهي تشارك في تنفيذ مهمة خدمة عمومية بمساهمتها من خلال أنشطتها وبرامجها في تربية الشباب وترقية الروح الرياضية وحماية أخلاقيات الرياضة.

كما يمكن إضافة المنظمات المهنية التي تتولى إدارة شؤون طائفة مهنية معينة , حيث تتمتع هيئات التسيير في هذه المنظمات ببعض امتيازات السلطة العامة, وتخضع هذه المرافق المهنية لمزيج من قواعد القانون العام والخاص, وتهدف هذه المنظمات إلى التنظيم الداخلي لبعض المهن عن طريق أبناء المهنة أنفسهم, ومنها: (منظمة المحامين, والأطباء, الصيادلة, وخبراء المحاسبين, المهندسين المعمارين,...الخ).

ب - **التأهيل عن طريق القرار الإداري** l'habilitation individuelles:يمكن القول انه في ظل التحولات التي عرفتها معظم دول العالم أفرزت ضرورة التخلي عن بعض المرافق العامة ونزع قدسيتها ليستطيع الأفراد ممارسة هذه النشاطات بكل حرية وبمساواة بينهم,ويرجع السبب في ذلك لتخفيف الأعباء الحكومية و البحث عن المردودية والرقي بهذه القطاعات, ويكون ذلك بإسناد مهمة الخدمة العامة لأشخاص من القانون الخاص, عن طريق الإجراءات الإدارية التي تتخذ شكل اعتماد أو ترخيص بوجه عام, ومن الأمثلة عن القطاعات التي شهدت هذا التحرر:

قطاع الصحة: لقد تضمن القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها, الكثير من الأحكام المتعلقة بإدارة الخدمة العامة عن طريق المؤسسات العامة التابعة للدولة, ومع ذلك تم تعديل هذا القانون في العديد من المناسبات في اتجاه تحرير هذا القطاع وذلك بتأهيل الأشخاص الخاصة إلى جانب المؤسسات العامة للنهوض والرقي بقطاع الصحة, ويكون التأهيل في هذا القطاع عن طريق إنشاء عيادات خاصة[34] أو إنشاء مؤسسات إستشفائية خاصة[35].

قطاع التربية والتعليم: صدر الأمر 05-07 الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في المؤسسات التربية و التعليم الخاصة[36], وتعتبر مؤسسة خاصة للتربية والتعليم كل مؤسسة ينشئها شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص وتقدم تعليما بمقابل, وهذا عكس المؤسسات التعليمية العمومية التي تقدم تعليما مجانيا,و يخضع إنشاء مؤسسة التربية والتعليم الخاصة لرخصة

مسبقة من قبل الوزير المكلف بالتربية والتعليم ولمجموعة من الشروط المحددة في المرسوم التنفيذي رقم 05-432[37].

يشترك التأهيل مع التفويض في أنهما يشكلان وسيلة لإدارة المرافق العامة غالبا ما يكون الشخص الذي يعهد إليه إدارة المرفق العام هو من أشخاص القانون الخاص, إلا أنهما مختلفان في عدة نقاط أهمها:

ـ يتسم تفويض المرفق العام بالطابع التعاقدي, حيث تقوم علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض والسلطة مانحة التفويض, ويخضع الطرفان إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد بالإضافة إلى النظام القانوني للتفويض, أما في ظل التأهيل فإن العلاقة بين الشخص العام و الشخص الذي يتولى إدارة المرفق هي علاقة نظامية.

ـ يخضع التفويض للنظام القانوني المحدد من قبل المشرع, أما التأهيل فإنه لا يخضع للنظام القانوني المتعلق بتفويض المرفق العام, ولكي لا يلجأ الأشخاص العامة إلى تأهيل بهدف عدم تطبيق النظام القانوني للتفويض, أكد المجلس الدولة الفرنسي في رأي استشاري له على أنه لا يجوز اعتماد تقنية التأهيل إلا في حال وجد النص القانوني الذي يجيزه بصورة صريحة[38].

4. تفويض المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلط

تعني شركة الاقتصاد المختلط مشاركة أشخاص القانون العام مع أشخاص من القانون الخاص في رأسمال شركة بهدف إدارة مرفق عام يتسم في غالب الأحيان بالطابع الاقتصادي. وتعد شركة الاقتصاد المختلط شركة تجارية مساهمة, تمتلك الدولة أو احد أشخاص القانون العام أغلبية أسهمها, في حين يمتلك الباقي أشخاص القانون الخاص.

وما يمكن قوله أن شركات الاقتصاد المختلطة تشكل الأسلوب الثالث لإدارة المرافق العامة الاقتصادية, الذي يأتي كحل وسط بين التدخل المباشر لأشخاص القانون الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية, وبين تفويض إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص.

وتشترك شركات الاقتصاد المختلط مع تقنية التفويض في أنهما من طرق إدارة المرافق العامة, وتختلفان في المسائل الآتية:

ـ العلاقة بين شركة الاقتصاد المختلط وبين الشخص العام هي علاقة نظامية, بينما العلاقة بين صاحب التفويض والشخص العام هي علاقة تعاقدية.

ـ تعد الشركات المختلطة من أشخاص القانون الخاص وتخضع للأنظمة والقوانين الصادرة عن المشرع لاسيما لكيفية الإنشاء والنظام الداخلي الذي يحكمها, أما في تقنية تفويض المرفق العام

فإن صاحب التفويض يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص ويخضع في علاقته مع الشخص العام لبنود العقد والنظام القانوني الخاص بالتفويض.

خاتمة:

لقد توصلنا أن تفويض المرفق العام هو مفهوم هدفه إعادة تنظيم نظرية العقود الادارية وإداخل مجموعة من العقود في تأطير قانوني يقوم على أسس محددة تهدف إلى تنفيذ المرفق العام من قبل الغير سواء من أشخاص القانون العام أو الخاص.

ومن الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام, هي ضرورة وجود مرفق عام يكون قابلا للتفويض فالمشرع لا يفصل بين المرافق العامة الإدارية والاقتصادية فكلها يمكن أن تكون محل تفويض, وهذه النظرة المستحدثة لم تكن في عقود الامتياز لأن المشرع أقر قديما أنه لا وجود لإمتياز إلا إذا نص قانون على ذلك, لذلك نجد أن التنظيم يكون وفق النظرية القطاعية لكل مرفق على حدا, هذا الأمر يخول لنا القول أن المشرع كرس الفكر اللبرالي جزئيا في عقود الامتياز, وكليا في عقود تفويض المرفق العام.

أيضا مايمكننا قوله أن الوسيلة العقدية ليست الوحيدة المعمول بها في تفويض المرفق العام بل أن المشرع فوض مجموعة من المرافق عن طريق ألية التفويض الإنفرادي والتي تستند على النصوص التشريعية كما هو معمول به في إنشاء الفدراليات الرياضية و أيضا بالنسة للتفويض عن طريق القرارات الإدارية والمعمول بها في قطاع الصحة والقطاع التعليم وغيرها من المرافق, لكن المشرع فظل طريقة العقود الإدارية وأطرها بمجموعة من النصوص القانونية, ولعل السبب في ذلك يرجع إلى التجربة الميدانيةالتي أثبتت أن الإدارة عندما تريدى الحصول على أموال وإنجاز بعض الأشغال, فإنها تتمكن بصفة أحسن من هذا كله باستعمال أسلوب الاتفاق بينها وبين الأطراف الأخرى. فإستعمال أسلوب العقد , لا يفسر إلا لكونه الأسلوب الأنجع.

أما بخصوص الأساس الثالث وهو ضرورة الاستغلال والذي يشكل الأساس لتميز مفهوم تفويض المرفق العام عن المفاهيم المشابهة وطرق التسيير الأخرى, فالإستغلال كشرط يفسر صيغة النقل وليس البيع وهو ما يميزه عن فكرة الخوصصة بنقل الملكية, وايضا بالنسبة لارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال وهو مايشكل معيارا للفصل بين عقود تفويض المرفق العام وعقود الصفقات العمومية التي يكون فيها المقابل نتيجة الخدمة المؤداة وليس الاستغلال, وبالأخص عندما نكون أما مقارنة بين عقد التسيير كعقد من عقود تفويض المرفق العام و عقد تقديم الخدمات في عقود الصفقات العمومية.

من هذا يمكن القول أن تفويض المرفق العام أضبح يشكل فئة قانونية مستقلة له نظامه القانوني الخاص الذي يميزه عن العديد من المفاهيم و طرق التسيير الأخرى.

الهوامش:

1أنظر المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية.

2Art , 3 de la loi n° 1168-2001« 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'acquerir des biens necessaires au service.

3 Art 41 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n°25 du 30 janvier 1993. modifiée et complétée.

4Philippe.Teyneree, le notion de convention de délégation élément constitutif et tentative de délimitation
sommaire, AJDA, 1996, P : 588.

5J-françois Auby, la délégation de service public, Guide pratique, Edition Dalloz, Paris 1997. P 33

6مروان محي الدين القطب, طرق خصخصة المرافق العامة, منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الثانية, لبنان, 2015, ص 445

7Claudie Boiteau, les convention de délégation de service public, imprimerie nationale, 1999 ,P 87

8 مروان محي الدين القطب, مرجع سابق، ص 448

9 Claudie Boiteau, Op cit ,P 90

10 ظريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة ، دار بلقيس, الجزائر، 2010، ص 130-132

11 CE, 30 juin 1999 SMITOM, Rec, p 229 www.conseil-etat.fr

12مروان محي الدين القطب, مرجع سابق، ص 450.

13CE 30 mas 1916 , N° 59928, Rec.Leb, p 125 : Le commissaire du gvernementChardenet défini la concession de service public : « c'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais avec ou sans subvention avec ou sans garantie d'intérêts et que l'on remuneré en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'excution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrages public ou sur ceux qui bénéficient du service public »

14وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، مشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009, ص 51

15 مروان محي الدين القطب, مرجع سابق, ص 87.

16 Claudie Boiteau, op.cit p 102

17أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 118

18J-françois Auby ,le service public, édition du Moniteur, Pari, 2003,, p447

19 CE, Avis 16 juin 1994.N° 356101 http://www.conseil-etat.fr

20 عيد قريطم, التفويض في الاختصاصات الإدارية, منشورات الحلبي الحقوقية,الطبعة الأولى, بيروت, 2011, ص 33

21 أنظر المادة 1 /2و3 من الأمر 95-22,

22 أنظر المادة 13 من الأمر 04/01 على أنه (يقصد بالخوصصة كل صفقة تتجسّد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية).

23 أنظر المادة 19 من الأمر 01-04

24 سليمان الطماوي, مبادئ القانون الإداري : نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة, دار الفكر العربي, الطبعة العاشرة, 1979, ص 60.

25François Meyer. Préparation aux concours, les modes de gestion des S.A, paris 2004, p 01

26ناصر لباد, الوجيز في القانون الإداري, الطبعة الرابعة, دار المجدد للنشر والتوزيع, الجزائر, 2010, ص 212

27Stéphane Braconnier, droits des services publics, P U F, 2004,,p 383

28Idid.P 388.

29J-De Soto, grands services publics, Monchrestien, Paris, 1971, p 78

30أحمد محيو, (ترجمة محمد صاصيلا), محاضرات في المؤسسة الإدارية, الطبعة الثالثة, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1985, ص 443.

31 وليد حيدر جابر, مرجع سابق, ص 21.

32 GUGLIELMI Gilles-J et KOUBI Geneviève, Droit du service public, Montchrestien, Paris, 2000, p227.

33 القانون 04-10 المؤرخ 14 أوت 2004, يتعلق بالتربية الرياضة,ج ر, رقم 52 الصادرة في 18 أوت 2004.

34 المرسوم رقم 88-204 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 الذي يحدد شروط إنشاء العيادات الخاصة , ج ر, رقم 42 الصادرة في 19 أكتوبر 1988 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-380 المؤرخ في 13 أكتوبر 1992 , ج ر, رقم 75 الصادرة في 18 أكتوبر 1992.

35 المرسوم التنفيذي رقم 07-371 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007 الذي يحدد شروط إنشاء المؤسسات الاستشفائية الخاصة, ج ر, رقم 67 الصادرة في 24 أكتوبر 2007.

36 الأمر 05-07 المؤرخ في 23 أوت 2005, الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسة التربية والتعليم الخاصة, ج ر, رقم 59 الصادرة في 28 أوت 2005.

37 المرسوم التنفيذي رقم 05-432 المؤرخ في 08 نوفمبر 2005, الذي يحدد شروط إنشاء مؤسسة التربية والتعليم الخاصة, ج ر, رقم 74 الصادرة في 13 نوفمبر 2005.

38CE, Avis, 9mars 1995 n°356931 http://www.conseil-etat.fr