الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247

د.خليفي محمد أستاذ محاضر قسم –أ- المركز الجامعي بالنعامة

ملخص

لقد تعددت الطرق الحديثة لتسيير المرافق العامة وذلك لمواجهة الصعوبات والظروف الاقتصادية والمالية والإدارية التي تعيق الدولة في إنجاز وتسيير واستغلال هذه المرافق،ومن أهم هذه التقنيات والأساليب نجد تفويض المرفق العام والذي يعد عقد إداريا يقوم به أحد أشخاص القانون العام لشخص آخر كان طبيعيا أو معنويا من أجل القيام بتسيير أو استغلال أو إنجاز منشآت أو اقتناء وسائل ضرورية للمرفق العام أو صيانته، وذلك وفقا لطبيعة الشكل الذي يتخذه التفويض من عقود، ومن أهمها عقد الامتياز أو الإيجار أو التسيير أو الوكالة المحفزة. إن استحداث المشرع الجزائري لهذه التقنية غير واضح بشكل دقيق ومفصل بسبب عدم صدور النص التنظيمي الذي يحدد كيفية تطبيقه.

الكلمات المفتاحية: تفويض المرفق العام، عقود إدارية، عقد الامتياز، التسيير.

Abstract:

The moderns methods of managing public services have been varied in order to cope with the difficulties, economic, financial and administrative conditions which hinder the State in the realization, management and exploitation of these facilities, among these techniques and methods we find the delegation of public service, and which is an administrative contract executed by a public law person for another natural or legal person to carry out the management, operation or realization of the facilities or the acquisition of the necessary means for the public service or their maintenance in accordance with the nature of the used form by the delegation of contracts, and the most important is the concession contract, lease, management or incentive agency.

Keywords: Delegation of public service, administrative contracts, concession contract, management.

مقدمة

يتم تسيير المرافق العامة يكون إما بواسطة السلطة الإدارية بشكل مباشر وإما عن طرق استعمال أسلوب تفويض المرافق العامة الاقتصادية مع احتفاظها بسلطة الإشراف والرقابة، ويعد من أهم الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العامة، ولقد تطورت أحكام تفويض المرفق العام بعدما تم اعتماده لأول مرة في التشريع الفرنسي باعتباره المنشئ لتقنية التفويض في تسيير المرافق العامة.

إن الإشارة إلى تقنية تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية له مدلول قانوني وتنظيمي لاستغلال وتسيير المرافق العامة، بالرغم من وجود عقد الامتياز سابقا باعتباره من أهم أساليب التفويض، ولقد أضاف المشرع عقود إدارية أخرى تكون ضمن أسلوب التفويض بحيث تتضمن مجموعة من الأعمال أو التصرفات المتمثلة في استغلال أو إيجار أو تسيير أو صيانة المرفق العام.

أهداف الدراسة

يعد تفويض المرفق العام من أهم العقود الإدارية المطبقة في مجال تسيير المرفق العامة، حيث يتضمن هذا النوع من العقود الإدارية أحكاما خاصة تتعلق بكيفية وإجراءات إبرامه، غير أن النص التطبيقي لم يصدر بعد مما يؤخر من عملية تطبيقه. لقد أكد المشرع الجزائري وفقا لقانون الصفقات العمومية على أن تفويض المرفق العام يخضع لمبادئ التي يتم بها إبرام الصفقات العمومية، مع ضمان المبادئ الأساسية المتعلقة بسير المرافق العامة، وعمل على تحديد أشكال وأساليب تفويض المرفق العام.

إشكالية الدراسة

تتمحور الإشكالية الأساسية لهذه الدراسة فيما يلي:

فيما تتمثل مبادئ تطبيق أشكال عقود تفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعت المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن من خلال تحديد المفاهيم القانونية وشرحها مقارنة بالتشريع الفرنسي في تطبيق أحكام تفويض المرفق العام.

وتم تقسيم الدراسة إلى مبحثين حيث تطرقت إلى مفهوم تفويض المرفق العام (المبحث الأول)خصائص تفويض المرفق العام وأشكاله (المبحث الثاني)

المبحث الأول

مفهوم تفويض المرفق العام

يعد تفويض المرفق العام من أهم الأساليب المستعملة في تسيير واستغلال المرافق العامة، ولقد ظهرت هذه التقنية في فرنسا حيث قام المشرع بالتدرج والتطور في تقنينها واستعمالها وفقا لطبيعة المرفق والحاجة إلى إنشاءه وتسييره من طرف أحد الأشخاص كان خاصا أو عاما، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

سنبين من خلال هذا المبحث تعريف تفويض المرفق العام وتطوره (المطلب الأول)، شروط تفويض المرفق العام(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف تفويض المرفق العام وتطوره

لأسلوب التفويض بشكل عام العديد من التطبيقات في المجال الإداري، حيث تم استعماله في التنظيم الإداري كوسيلة لتوزيع الأعمال الإدارية والتخفيف من حدة التركيز الإداري داخل الإدارات المركزية إلى هيئات عدم التركيز، كما أنه يعتبر وسيلة من وسائل ممارسة الاختصاص في الأعمال الإدارية القانونية ، حيث انتقلت إلى النشا الإداري لتسيير المرافق العامة، ويعتبر التشريع الفرنسي الرائد في استعمال هذه التقنية أو الأسلوب وتطويره من خلال التشريعات والنصوص التنظيمية المتعاقبة.

الفرع الأول

ظهور فكرة تفويض المرفق العام

يعود الظهور الأول لمصطلح تفويض المرفق العام في فرنسا إلى المنشور الوزاري الصادر بتاريخ 1987/08/07 والمتعلق بتفويض إدارة المرافق المحلية، حيث تضمن هذا المنشور الضوابط والأحكام التنظيمية المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام والمتمثلة في شروط الإبرام ومدة العقد وطرق الرقابة[1]

إن ظهور أسلوب تفويض المرفق العام من طرف أشخاص القانون العام يعود ارتباطه بالقانون الفرنسي حيث تم استعماله لأول مرة في القانون رقم 91–03 المؤرخ في 03 جانفي 1991 والمتعلق بالشفافية والمساواة لإبرام الصفقات العمومية،حيث نص هذا القانون على اتفاقيات تفويض المرفق العام، وبعدها تضمنه القانون العام للجماعات المحلية رقم 92–125 الصادر بتاريخ 1992/02/06 حيث نصت المادة 52 منه على أن الإجراءات الخاصة بإبرام عقود تفويض المرفق العام والمتمثلة في الإعلان المسبق عن نية التعاقد والقيام بالاستشارات السابقة على إبرام عقود تفويض المرفق العام

الفرع الثاني

تطور تقنية تفويض المرفق العام

إن الإطار القانوني الذي نظم أسلوب تفويض المرفق العام بشكل محدد من حيث الأحكام القانونية في التشريع الفرنسي القانون رقم 93–122 المؤرخ في 29 جانفي 1993 المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة ويصطلح عليه بقانون (sapin) . وصدر بشأنه النص التنظيمي المتمثل في المرسوم رقم 93–471 المؤرخ في 24 مارس 1993 المتضمن كيفية تطبيق الشروط والإجراءات المتعلقة بتفويض المرفق العام. [2]

وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي من خلال أول قرار قضائي بتاريخ 1996/04/15 في قضية محافظ des Bouches-du-Rhône، حيث أكد المجلس على أن أحكام تفويض المرفق العام تخضع لضوابط تختلف عن غيرها من الصفقات العمومية.

وبعدها صدر القانون رقم 01–1168 الصادر بتاريخ 2001/12/11 المعروف بقانون (Murcef) والمعدل للقانون السابق، حيث أن المشرع قد اخذ بمفهوم تفويض المرفق العام مستندا في ذلك إلى القرار القضائي السابق ذكره، واعتبر تفويض المرفق العام عقد يقوم بإبرامه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص آخر يسمى بالمفوض له ويعهد له بتسيير المرفق وتحت مسؤوليته ويتقاضى مقابل ذلك من المنتفعين من المرفق كما يمكنه أن يقوم بعقود إنجاز الأشغال أو اقتناء لوازم ضرورية لخدمة المرفق العام .كما أن اتفاقيات عقود تفويض المرفق العام تخضع لقواعد وضوابط محددة أقل تقييدا من تلك القواعد التي تخضع لها الصفقات العمومية [3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن تفويض المرفق العام تم استعماله كمصطلح قانوني في القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه حيث نصت المادة 104 منه على تفويض الخدمة العمومية[4]، كما تضمن القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية في المادة 156 على تفويض تسيير المصالح العمومية المذكورة في المادة149 [5].

المطلب الثاني

شروط تفويض المرفق العام

إن عقد تفويض المرفق العام كغيره من العقود الإدارية التي تتميز بوجد شخص من أشخاص القانون العام ويتصف بالإذعان لأن السلطة الإدارية هي من تضع شروط التعاقد وفقا لما تتضمنه الاتفاقية، وأطراف التفويض وما يترتب عليه من التزامات وحقوق كلا الطرفين، ومحل أو موضوع التفويض.

الفرع الأول

وجود نص قانوني لتفويض المرفق العام

يشترط وجود نص قانوني يجيز عملية أو تقنية التفويض في تسيير المرافق العامة، ويكون تجسيده بموجب اتفاقية بين أحد أشخاص القانون العام والذي يمتلك المرفق، يسمى بالمفوض ويقوم هذا الأخير بتحديد أسلوب تسيير المرفق العام لمدة محددة إلى المفوض له، وتختلف أساليب التفويض حسب ما تتضمنه الاتفاقية حيث نجد أن عقد التفويض يمكن أن يأخذ أحد الأساليب المتمثلة في الامتياز باعتباره من أهم العقود أو الإيجار أو التسيير أو الوكالة المحفزة وفقا لما تضمنه قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[6].

إن عملية تنظيم عقد تفويض المرفق العام يجب أن يكون في إطار قانوني واضح يحدد طبيعة المرفق العام الخاضع لعملية التفويض، حيث أن المشرع الجزائري وفقا لقانون الصفقات العمومية لم يحدد طبيعة المرفق ولكنه أشار إلى أن جميع المرافق العامة التي تخضع لأشخاص القانون العام يمكنها أن تكون محل تفويض بشرط عدم وجود حكم تشريعي مخالف.

وفي رأينا كان من الأجدر استعمال مصطلح نص قانوني على خلاف الحكم التشريعي هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فإن طبيعة المرفق لها تأثير فالمرافق الاقتصادية لما تحققه من أرباح لا تثير أي إشكال في عملية التفويض عكس المرافق الإدارية التي تقدم خدمات عامة. رغم أن كلا من التشريع والقضاء أجاز تطبيق تقنية التفويض على كافة المرافق بغض النظر عن طبيعتها إلا أن هذا التطبيق يبقى نسبيا وتبقى المرافق ذات الطابع الاقتصادي الميدان الأمثل لتقنية التفويض[7]

وفي هذا الإطار فإن تحديد طبيعة المرفق الخاضع للتفويض ومختلف الأحكام القانونية لم يتم تحديدها بشكل دقيق ومفصل بسبب عدم صدور النص التنظيمي الذي يحدد كيفية تطبيق الأحكام القانونية لتفويض المرفق العام الواردة في قانون الصفقات العمومية.

الفرع الثاني

اتفاقية التفويض

سبق وأن بينا أن تفويض المرفق العام لا يكون إلا بنص قانوني، ويتجسد هذا الأخير في اتفاقية التفويض التي تتضمن أحكام العقد المتضمن تفويض تسيير المرفق العام، والذي يرتب مجموعة من الالتزامات والحقوق لكلا طرفي التفويض أي المفوض والمفوض له، ومن أهم الواجبات العاتقة على المفوض هو التزامه بشروط العقد ورقابته على كيفية استغلال وتسيير المرفق العام من طرف المفوض له.

في حين يسهر المفوض له على تسيير المرفق باسمه وتحت مسؤوليته ويمكنه من خلالها إنجاز منشآت أو اقتناء مستلزمات لسير المرفق العام، كما يجب أن تتضمن الاتفاقية المدة المحددة لعقد التفويض، ويستفيد المفوض له من المقابل المالي من خلال الخدمات التي يقدمها المرفق العام للمنتفعين.

تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام إلى مجموعة من المبادئ الأساسية لإبرام عقد التفويض والمتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، حيث أخضعها المشرع إلى نفس المبادئ المتعلقة بالصفقات العمومية هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى تخضع اتفاقية تفويض المرفق العام إلى المبادئ العامة المتعلقة بتسيير المرفق العام والمتمثلة في مبدأ الاستمرارية والمساواة و قابلية المرفق للتكيف ولذلك قام المشرع بالجمع بين الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في نص تنظيمي لضبط مبادئ وأسس إبرام هذا النوع من العقود غير أن الأحكام الخاصة تكون في نص تطبيقي أخر [8].

الفرع الثالث

أطراف التفويض

يجب أن يقوم تفويض المرفق العام على الصفة القانونية للشخص المفوض أو السلطة المفوضة فيجب أن يكون شخص من أشخاص القانون العام، فهو يمارس جميع صلاحياته وأعماله بوسائل القانون

العام وفقا لما تحدده القوانين والتنظيمات كما أنه يتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تميزه عن غيره من أشخاص القانون الخاص .

فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة 207 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نلاحظ أنه لم يحدد طبيعة الشخص المفوض له بشكل صريح عكس المشرع الفرنسي الذي حدد طبيعة المفوض له كان شخص طبيعي أو معنوي.

الفرع الرابع

محل التفويض

إن إبرام مختلف العقود الإدارية يقوم على أساس مرتبط بالمرفق عام، سواء تعلق الأمر بالإنجاز أو اقتناء خدمات أو سلع أو تقديم خدمات، فإن أسلوب تفويض المرفق العام يرتكز على مسألة نقل مهمة تسيير المرفق من السلطة المفوضة إلى المفوض له وفقا لما تضمنه قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

غير أن تفويض المرفق العام له العديد من الأشكال والصور المرتبطة بإنجاز واستغلال وتسيير وصيانة المرفق العام، فقد تشترك هذه التصرفات في عقد واحد وقد تتخذ نموذجا مستقلا حسب طبيعة العقد، ولكل شكل من أشكال عقود التفويض أحكامه الخاصة، وذلك حسب طبيعة التصرف الذي يقوم عليه التفويض وما يترتب عليه من حقوق والتزامات لأطراف التفويض.

المبحث الثاني

خصائص تفويض المرفق العام وأشكال تطبيقه

يعد تفويض المرفق العام عقدا إداريا، وتترتب عليه علاقة تعاقدية وتنظيمية بين السلطة المفوضة والمفوض له، لأنها تخضع لأحكام العقد من خلال اتفاقية التفويض المبرمة بينهما، كما أنه يتميز عن غيره من العقود بالرغم من وجود تشابه بينهما عقود البوت. تفويض المرفق العام قد يأخذ أي شكلا من الأشكال المتمثلة في عقد الامتياز والإيجار والوكالة المحفزة والتسيير.

وهو ما سوف نوضحه من خلال التطرق لعقود البوت وتفويض المرفق العام(المطلب الأول)، وصور عقود تفويض المرفق العام(المطلب الثاني).

المطلب الأول

عقود البوت(BOT) وتفويض المرفق العام

لقد تم استعمال هذا النوع من العقود في الدول الأنجلوساكسونية وهي اختصار للدلالات المتمثلة في الإنشاء Build ، تشغيل Operate، تحويل Transfert. يتم استعمال عقود البوت في المشاريع الضخمة التي تتطلب مدة زمنية طويلة من حيث الاستغلال والتسيير.وهناك بعض من الفقه من يضيف على ذلك من حيث التملك لمدة زمنية معينة، ويتغير اختصار مصطلح البوت إلى (BOOT) بإضافة حرف(O) والمقصود بها Own أي التملك[9].

الفرع الأول

تعريف عقود البوت

عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية على أنه اتفاق تعاقدي تتولى بموجبه هيئة خاصة إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة وتتولى هذه الهيئة إدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من خدمات المرفق شرط أن يكون منصوص عليها في دفتر الشروط قصد استرجاع الأموال المستثمرة وفي نهاية العقد تقوم الهيئة بإعادة المشروع للدولة أو إلى متعاقد خاص جديد[10].

ولقد كان لهذا النوع من العقود له نجاح كبير في الدول الأنجلوساكسونية بسبب مساهمة الشركات الخاصة في إنجاز البنى التحتية وتحملها تبعة المخاطر التي قد تترتب عنها في المدى الطويل من خلال استغلالها، كما يجنب الدولة الخسائر المالية التي تنجم عن إبرامها لعقود أخرى تتعلق بالأشغال العامة.

تتميز عقود البوت بمجموعة من الخصائص والتي تميزها عن غيرها من العقود الإدارية[11]:

–المساهمة في بناء وإدارة المرافق العامة من طرف شركات خاصة مما يعفي الدولة من تخصيص أموال ضخمة.

–تحمل جميع أنواع المخاطر سواء كانت اقتصادية أو قانونية

–تتطلب عقود البوت مدة زمنية طويلة من أجل الإنجاز والاستغلال

–تؤثر عقود البوت على تكلفة الخدمة العمومية بسبب مصاريف الانجاز.

– عقود البوت حل وسط بين خوصصة المرفق العام وبين تولي الدولة لهذا المرفق

إن ابرام عقود البوت يتطلب مجموعة من المراحل والمتمثلة فيما يلي[12]:

–تحديد المشروع و الغرض منه و الفوائد الناجمة عن تنفيذه و أثره عن المنطقة و التوسعات المستقبلية واختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعته و تحديد المرافق و مشروعات البنية الأساسية لإنشاء المشروع وتشغيله

- اختيار الموقع المناسب للمشروع و بيان عوامل الإنتاج المختلفة التي تمثل الإيرادات ومدى توافرها بالحجم و الوقت المناسب مع تحديد نسبة مساهمة التصنيع المحلي للمشروعات.

-دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات والبنية الأساسية الاستثمارية اللازمة له.

–التنبؤ بالتعريفة المتوقعة للخدمة، بما يمثل عبئا على دخل المستهلك العادي بمراعاة البعد الاجتماعي والسياسي حسب طبيعة الخدمة ومدى حساسيتها لجمهور المستهلكين ودراسة بنود اتفاقية ضمان سداد مقابل الحد الأدنى لاستهلاك الطاقة الإنتاجية للمشروع لتعويض شركة المشروع عما استثمرته من أموال طائلة في إنشاء المشروع إلى حين تعمير المنطقة بجماهير المنتفعين من خدماته.

الفرع الثاني

العلاقة بين عقود تفويض المرفق العام وعقود البوت

البعض من الفقه يرى أنه المفهوم الحديث لعقود تفويض المرفق العام يتضمن عقود البوت، غير أن الفرق بين عقود التفويض المرفق العام وعقود البوت تختلف من حيث موضوع العقد، حيث أن عقود البوت تمثل العديد من العمليات على عكس عقود التفويض بالرغم من وجود تشابه بينهما من خلال أهم صورة أو أسلوب وهو عقد الامتياز، لكون هذا الأخير يشمل الإنجاز والاستغلال معا أو الاستغلال فقط، غير أن عقود البوت كما ذكرنا سابقا تشمل البناء والتشغيل وتحويل المرفق بعد انتهاء المدة وغالبا ما تكون طويلة المدى، ومتعلقة بمرافق كبرى وإنجاز بنى تحتية ضخمة، كما أن شركة المشروع في عقد البوت تتحمل جميع المخاطر الأمر الذي يلزمها باللجوء إلى عملية التأمين.

كما أن أوجه التشابه بين عقد البوت وعقد الامتياز فإن كلا العقدين يكون باسم المتعاقد وعلى مسؤوليته وتمويله، كما أنه يتقاضى أتاوى من طرف مستعملي المرفق خلال مدة العقد، وتكتفي السلطة المانحة بالرقابة على كيفية انجاز وتسيير واستغلال المرفق.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري من خلال نص المادة 207 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن عقد الامتياز يرتكز على عملية التسيير بشكل أساسي غير أنه يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد له إنجاز منشآت حيث نصت المادة السابقة في الفقرة الأولى على " أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له"، وهو ما أكدته المادة في السطر الأخير من نفس الفقرة على ما يلي:" تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي عام خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية".

إن جميع أشكال وأساليب عقود تفويض المرفق العام تقوم على تفويض التسيير باستثناء عقد الامتياز الذي يمكن أن يكون فيه إنجاز أو اقتناء ممتلكات و/أو استغلال المرفق العام[13].

المطلب الثاني

صور عقد تفويض المرفق العام

تطبيقا لأحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فأن عقد التفويض يمكن أن يأخذ صورة من صور العقود المتمثلة في الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة، التسيير. إن تحديد هذه الصور يختلف بسبب طبيعة ودرجة العمل المفوض من جهة؛ والخطر الذي يتحمله المفوض له من جهة أخرى.

الفرع الأول

الامتياز La concession

عرفه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت 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 الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه"[14].

ويعرف الفقيه سليمان محمد الطماوي عقد الامتياز بأنه " عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة "[15].

أما الأستاذ علي الطهراوي " يعتبر عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية يعهد بمقتضاه إدارة مرفق عام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص فردا أو شركة خاصة لمدة محددة، على أن يدير هذا الشخص المرفق ويتعهد بحسن سيره في أداء الخدمات العامة التي أنشئ من أجلها بنفقاته الخاصة وتحت مسؤوليته مقابل الحصول على الرسوم التي تفرض على من ينتفعون بخدمات المرفق"[16].

ويعرفه الأستاذ علي خطار شطناوي عقد الإمتياز بأنه " هو عبارة عن طريقة من طرق إدارة العامة تتمثل في عقد إداري ذي طبيعة مختلطة يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص (فرد طبيعي أو شركة) بمهمة إشباع حاجة جماعية عن طريق إنشاء وتسير مرفق عام على نفقته الخاصة وعلى مسؤوليته لقاء تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين ولكن تحت إشراف ورقابة الإدارة المتعاقدة مانحة الامتياز"[17] .

عقد الامتياز أو كما يسميه البعض بعقد الالتزام له طبيعة خاصة نتيجة للأهمية التي يحوزها فهو يقوم على إدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي على خلاف العقود الإدارية الأخرى، كما أن العلاقة بين المتعاقد والشخص المعنوي العام ليست عقدية فقط بل هي كذلك لائحية نتيجة لطبيعة الشروط العقدية أو المالية وكذلك اللائحية المتعلقة بتنظيم وسير المرفق العام لأنه يخضع لرقابة الشخص المعنوي ولتلبية الحاجات العامة للأفراد[18].

يشكل عقد الامتياز أهم صورة لعقود تفويض المرفق العام نتيجة لفعاليته ومردوديته في مجال الاستثمار واستغلال المرافق العامة، وهو من أقدم العقود الإدارية حيث تطرق إليه المشرع الجزائري في قانون 88-01 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية، والمتضمن إعادة الاعتبار وإحياء الطرق القديمة لتسيير المرفق العام[19].

وفي إطار دراستنا لا يمكننا التفصيل كثير في عقد الامتياز نتيجة للأحكام القانونية التي تبين عناصره وشروطه وإجراءات إبرامه والآثار المترتبة عليه من حقوق والتزامات الطرفين وكذا نهاية العقد.

الفرع الثاني

الإيجارL'affermage

عرفه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية كالآتي: " 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. ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام[20].

من خلال تعريف المشرع الجزائري لعقد الإيجار يتبين لنا أنه جمع بين تسيير وصيانة المرفق العام من طرف المفوض له مقابل استفادته من الرسوم التي يدفعها مستخدمي المرفق والتزامه بدفع مستحقات الإيجار بشكل سنوي.

فالإيجار هو عقد يكلف بموجبه شخص عمومي (المؤجر) شخصا آخر (المستأجر) باستغلال مرفق عمومي لمدة معينة مع تقديم المنشآت والأجهزة، ويقوم المستأجر بتسيير واستغلال المرفق مستخدما عماله وأمواله ويتقاضى مقابلا ماليا يحدده العقد ويدفعه المنتفعون عن طريق إتاوات مقابل الخدمة التي يقدمها، وقد يدفع المستأجر مقابلا ماليا للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف إنشاء المرفق العام[21].

والفرق بين عقد الامتياز والإيجار هو كون المستأجر يقوم باستغلال المرفق وتسييره فقط، فهو غير مسؤول عن إنشاء الهياكل الأساسية وتجهيز المرفق، في حين أن الامتياز يمكن صاحبه من إنشاء المرفق وتجهيزه ثم استغلاله،وبذلك فإن الامتياز يحوي الإيجار، ولا يعتبر سوى جزء منه، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين .ورغم أن هذا الأسلوب اعتمد في فرنسا بكثرة في الآونة الأخيرة خاصة على مستوى الجماعات المحلية ويعتبر كلا من عقد الإيجار والامتياز من أهم تطبيقات التي كانت تتضمن المفهوم الحالي لفكرة تفويض المرفق العام[22].

كما أن المقابل المالي في عقود الإيجار يتحصل عليه صاحب الإيجار من خلال إتاوات والرسوم التي يدفعها المنتفعين، ويقوم هذا الأخير بدفع منها للشخص العام، عكس عقود الامتياز أين يحصل صاحب الامتياز على كل الإتاوات من طرف المرتفقين، وفي بعض الأحيان يمكن أن يتحصل على إعانات من الشخص العام حفاظا على التوازن المالي للعقد وبغرض استمرارية المرفق وما تقتضيه المصلحة العامة[23].

إلا أن تطبيقات عقد الإيجار في الجزائر غير مجسدة كثيرا من خلال النصوص القانونية والتنظيمية على عكس عقد الامتياز الذي له العديد من النصوص القانونية والتطبيقات على أرض الواقع، ولكن نجد التعليمة رقم 94–842 الصادرة عن وزير الداخلية بتاريخ 1994/12/07 والمتعلقة بامتياز وتأجير المرافق المحلية والتي اعتبرته طريقة أخرى لتسيير المرفق العام المحلي .

حيث تضمنت هذه التعليمة أن تأجير المرافق العامة يعد أسلوبا للتسيير، حيث يكلف أحد الأفراد أو المؤسسات الخاصة بتسيير المشروع المقام من طرف الجماعات المحلية أو ملتزم سابق لمدة محددة، ويشكل وسيلة لاستغلال مرفق عام، كما أن مدة الإيجار لا تتجاوز 12 سنة كحد أقصى[24].

الفرع الثالث

الوكالة المحفزة La régie intéressée

لقد تم استعمال هذا النوع من طرق التسيير لأول مرة حيث عرفها المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام" تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو 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 ويحصّل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية [25]".

من خلال تعريف المشرع الجزائري للوكالة المحفزة يتبين لنا أن مهمة المفوض له تتمثل في تسيير المرفق أو التسيير مع الصيانة لحساب السلطة المفوضة لأنها تلتزم بتمويله وتحتفظ بإدارته ويتقاضى

المفوض له أجرا محدد بنسب مئوية من خلال عملية الإنتاج والأرباح التي يحققها المرفق مما يتبن لنا أن هذا الأسلوب يخص المرافق العامة الاقتصادية، كما أن المفوض له يشارك السلطة المفوضة في تحديد التعريفات التي يدفعها مستخدمي المرفق.

أما المشرع الفرنسي استعمل مصطلح La régie intéressée أما المشرع المصري اصطلح عليه مشاطرة الاستغلال ويسميه بعض من الفقه بالاستغلال غير المباشر، وهو عقد بموجبه يعهد شخص عام مرفق عام إلى شخص خاص نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة وفقا لحسن سير الاستغلال على أن تتحمل الإدارة المخاطرة المالية للمشروع. وتستهدف الإدارة من هذا الأسلوب تخليص المشروع من الروتين وعوائق نظم التوظف، حيث تقع على عاتق إدارة المشروع المستأجرة عبء توفير العاملين بالمرفق وتنظيم مركزهم القانوني وفقا لقواعد القانون الخاص[26].

الفرع الرابع

التسيير La gérance

يعتبر عقد التسيير من أشكال عقود تفويض المرفق العام الواردة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عرفه كما يلي:" 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. ويحصّل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية[27]".

يتشابه عقد التسيير إلى حد كبير مع الوكالة المحفزة، لأن محل التفويض يقوم على تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام، والتعريفات لصالح السلطة المفوضة، إلا أن الاختلاف من حيث عدم استفادة المفوض له من حصة الأرباح من جهة؛ ومن جهة أخرى ليس له دور في مشاركة المفوض في تحديد التعريفات التي يدفعها المنتفعين من المرفق، غير أنه يستفيد من التعويض في حالة العجز.

خاتمة

إن التطور في استعمال أساليب وتقنيات حديثة لتسيير المرافق العامة يجب أن يتناسب مع طبيعة الظروف المحيطة بالدولة، وذلك من خلال انتهاج سياسة تشريعية واضحة ومستقرة ومتكاملة من حيث التأطير القانوني والتطبيق الفعلي لها، ونجد من أهم هذه الأساليب ما استحدثه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية وهو أسلوب تفويض المرفق العام والذي تنظمه أحكام خاصة من خلال الأشكال التي يتخذها حسب طبيعة كل عقد، فالمشرع حاول من خلاله توسيع وتطوير طرق استغلال وتسيير المرافق العامة.

ولقد جمع المشرع الجزائري بين قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام وذلك لضبط وتحديد القواعد والأسس المشتركة بينهما، كما أنه يشمل أهم العقود الإدارية والمستعملة سابقا وهو عقد الامتياز، وأضاف عقودا إدارية أخرى تتعلق بتسيير و/أو صيانة المرفق العام، وذلك حسب طبيعة العقد وتحمل المفوض له للمخاطر الناجمة عن محل التفويض. إن تقنية تفويض المرفق العام لها أهميتها وأثرها من الناحية الاقتصادية والإدارية من خلال تخفيف الأعباء والمصاريف والنفقات التي تنفقها الدولة ومختلف أشخاص القانون العام على استغلال وتسيير المرافق العامة وإدارتها، حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد ركز على أمرين أساسيين وهما التسيير والصيانة من خلال عقد الإيجار والوكالة المحفزة والتسيير بالرغم من اختلاف الآثار المترتبة عن هذه العقود.

ومن خلال دراستنا الوجيزة لعقود تفويض المرفق العام المقررة في قانون الصفقات العمومية فإننا نقترح مجموعة من التوصيات التالية:

–يجب على المشرع الجزائري الاهتمام بما يسمى بالتخطيط التشريعي، نتيجة لغياب وتأخر النصوص التنظيمية التي تبين وتوضح كيفية تطبيق بعض المواد القانونية، والتي تبقى مبهمة ومعلقة إلى أجل غير مسمى وهذا ما يؤثر على سير المرافق ومتطلبات المصلحة العامة، حيث نجد أن تطبيق الأحكام الخاصة لتطبيق عقود تفويض المرفق العام وأشكالها يتوقف إلى غاية صدور النص التنظيمي وفقا لنص المادة 207 من قانون الصفقات العمومية.

–إن تنظيم عقود تفويض المرفق العام تتطلب تحديد قواعد أساسية وإجراءات تنظيمها بشكل واضح ومفصل ودقيق، وتطوير مجال التعاقد الالكتروني في عقود تفويض المرفق العام وأن لا يقتصر الأمر على تبادل الاتصال والمعلومات.

–منح ضمانات للمفوض له في مختلف عقود تفويض المرفق العام وفقا لما يتطلبه التوازن المالي للعقد ومراعاة المخاطر مع تكريس وتفعيل رقابة السلطة المفوضة.

–الهوامش

[1]أبو بكر أحمد عثمان النعيمي،إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، الدار البيضاء، عن موقع http://www.droitetentreprise.com

[2]Cf. Emmanuel GLASER, Le régime juridique des délégations de service public, Revue Lamy Collectivités Territoriales, N:98, Paris, 2014, p51.

[3]Cf. Nil SYMCHOWIEZ, La notion de délégation de service public, Actualité Juridique Droit Administratif, Dalloz, Paris, 1998, p195.

[4]Cf. Pierre BRUNET. Cours en droit public de l'économie, Université Paris1, 2007. www.france-jus.ru

[5] القانون رقم 05–12 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005 المتعلق بالمياه، ج.ر العدد 60–2005.

[6] القانون رقم 11–10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، ج.ر العدد 37–2011.

[7]المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15–247المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر العدد 50–2015

[8] صالح زمال، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة القانون المجتمع والسلطة، العدد 06، كلية الحقوق جامعة وهران 2، 2017، ص159.

[9] المادة 209 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[10] محمد علي ماهر محمد علي، التطبيقات الحديثة لالتزام المرفق العام –دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2012، ص15.

[11] ضريفي نادية ، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر01، 2011–2012، ص113.

[12] مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 319.

[13] إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، دار الكتاب، القاهرة، 2003، ص157.

[14] المادة 210 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

[15] المادة 240 الفقرة الثانية من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

[16]سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية –دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2011، ص106.

[17] هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص284.

[18] علي خطار الشطناوي، مبادئ القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع ، الأردن، 2003، ص271.

[19] محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص322.

[20] ضريفي نادية، المرجع السابق، ص123.

[21] الفقرة الثالثة من المادة 210 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[22] ضريفي نادية، المرجع السابق، ص126.

[23]Cf. Claude Ménard et Stéphane Saussier , La délégation de service public, un mode organisationnel efficace ? Le cas de la distribution d'eau en France, Revue Économie publique, N14, - Institut d'économie publique, Paris, 2014, p102.

[24] مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، بيروت لبنان،2009 ص436.

[25] أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013-2014، ص84.

[26]المادة 210 الفقرة الرابعة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[27]حسن محمد حسن علي البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص168.

[28] المادة 210 الفقرة الخامسة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.