تفويض المرافق العامة أسلوب جديد مؤجل التطبيق

مدون كمال

أستاذ مساعد قسم – أ – كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة ابن خلدون – تيارت

عضو مخبر المرافق العمومية والتنمية – جامعة جيلالي ليابس – سيدي بعباس–

- تاريخ الإرسال: 2017/08/30 - تاريخ الإيداع لدى المحكم: 2017/09/10 - تاريخ رد المحكم: 2017/10/01

الملخص: يعتبر المرفق العام من أهم أوجه تدخل الدولة في حياه العامة تسعى من خلاله على تحقيق المنفعة العامة وتلبية حاجيات المواطنين، ومن المبادئ الأساسية لسير هذا المرفق مبدأ التكيف والتغير وفق المتطلبات الجديدة من احل تحقيق الأهداف المرجوة منه. ويعتبر أسلوب تفويض المرافق العامة أحد الأساليب التي تحكم سير المرافق العامة التي حققت نجاحا في الأنظمة القانونية المقارنة كالفرنسي اللبناني والمغربي وغيرها من الأنظمة. وقد تبنى المشرع الجزائري التفويض كأسلوب حديث بموجب المرسوم الرئاسي 15.247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من خلال المواد 207 إلى 210.

الكلمات المفتاحية: التفويض – مرفق عام – امتياز – الوكالة المحفة – عقد التسيير.

Résumé: Le service public est l'une des formes importantes de l'intervention étatique dans la vie publique, en vertus duquel l'Etat poursuit la réalisation de l'intérêt général et la satisfaction des besoins des citoyens. Parmi les principes fondamentaux du service public figure le principe de mutabilité et d'évolution en réponse aux nouvelles exigences afin d'accomplir les objectifs qui lui sont assignés.

La méthode de la délégation de service public gouvernant les services public a connu un sucées dans les régimes juridiques comparés comme le droit français, droit libanais, droit marocain et les autres droits. Le législateur algérien a adopté la délégation comme une nouvelle méthode en vertus du décret présidentiel 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public en vertus de ses articles 207 jusqu'à 210.

Mots-clés: délégation – service public – contrat concession – régie intéressée – contrat de gérance.

Abstract : The public utility is one of the most important forms of state interference in public life, through which it seeks to achieve public benefits and meet the needs of citizens; one of the basic principles of the functioning of this utility is the principle of adaptation according to the new requirements in order to achieve its objectives.

The method of delegating public utilities is one of the most successful methods that govern their functioning in the comparative law systems such as the French system, the Lebanese system and many other systems. The Algerian legislator has adopted the public service delegation as a modern method under the «Presidential Decree 15.247" of 16 September 2015, which regulates the public contracts, and public service delegation through Articles 207 to 210.

Keywords: delegation - public utility - privilege – incentive contract – management contract.

مقدمة:

إن عملية تحديث الدولة تجد طريقها من خلال مرافقها العامة فأي تحديث للمرافق العامة هو تحديث في المجتمع نفسه، إن الأزمات الاقتصادية والمالية والحاجات الاجتماعية كانت السبب في تدخل الدولة في المجال الاقتصادي فقد كانت الأزمات الاقتصادية والمالية والحاجات الاجتماعية سبب تدخل الدولة في المجال الاقتصادي واحتكارها مهمة النهوض بالمرفق العام، إلا أنه بالمقابل أيضا إن هذه الأزمات نفسها مشكله العامل الدافع في خروج الدولة من سياسة احتكارها الأحادي لقطاعها العام.

كانت المرافق العامة تدار من قبل الأشخاص العامة، ثم بدأت الدولة تدريجيا بإشراك الخواص في إدارة المرافق العامة وبأساليب مختلفة وهذا بما يسمى الإدارة الخاصة للمرافق العامة فكانت البداية من عقود الامتياز حتى وصلت إلى التفويض الذي يعتبر من الأساليب الحديثة التي تبتها مختلف التشريعات.

تبنى المشرع الجزائري التفويض كأسلوب حديث منذ صدور قانون المياه سنة 2005 [1]، قانون البلدية 10/11[2]، ثم افرد له باب خاص في المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[3]، لا سيما المواد 207 إلى 210. وعليه سيحاول هذا البحث الإجابة على الإشكالية التالي " إلى ما الجديد الذي حققته السلطة الإدارية على إثر تبينيها أسلوب تفويض المرافق العامة بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 ؟

المبحث الأول: الإطار العام لتفويض المرافق العامة

ظهر اصطلاح تفويض المرافق العامة لأول مرة في فرنسا من خلال التطبيق العملي للإدارة عندما ورد في المنشور الوزاري 07 أوت 1986 الخاص بتفويض الإدارة المحلية، ثم استخدم لأول مرة مصطلح تفويض المرافق العامة في المادة 52 من القانون 125/92 بتاريخ 06 فيفري 1992 المتعلق بالإدارة اللامركزية للجمهورية الفرنسية. ثم لحقه ما يسمى بقانون سابان SAPIN رقم 93-122 الصادر بتاريخ 29 فيفري 1993 المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية الذي كان له أثر كبيرا في تطور فكرة تفويض المرفق العام.

[1]- القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 60 المؤرخة في 04 سبتمبر 2005.

[2]- المادة 156 من قانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية والصادر بالجريدة الرسمية رقم 37.

[3]- المرسوم الرئاسي المرسوم الرئاسي 15.247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بالجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

لتحديد الإطار العام لتفويض المرفق العام بصفة عامة وفي التشريع الجزائري بصفة خاصة، فسيم التطرق لمفهوم تفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم تحديد مدى قابلية المرافق العامة للتفويض (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم التفويض المرافق العامة

سيتم التطرق في هذا المطلب على تعريف تفويض المرافق العامة (الفرع الأول)، وتمييز التفويض عن الأنظمة المشابهة له كتفويض السلطة الإدارية وعقد الصفقة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التفويض

أما بالنسبة للتعاريف الفقهية فقد تعددت التعاريف حيث عرفه الفقيه Chapus على أن" عقود تفويض المرفق العام هي عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة مهمة تنفيذ مرفق عام إداري واقتصادي بصورة جزئية أو كلية[4]. وعرفه الأستاذ Delvolve بقوله " منح المؤسسة أو مشروع ما مهمته تحقيق مرفق عام وفقا لصيغ من العائدات يتم التوافق عليها وتكون مختلفة الثمن[5]. وعرفه الأستاذ دروينكو Drobenko بأنه العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له – شخص عام مسؤول أو خاص – ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج الاستغلال المرفق[6].

أما بالنسبة للفقه العربي فقد عرف الدكتور مروان محي الدين قطب تفويض المرفق العام على أنه " أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إدارة واستغلال مرفق عام إلى شخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص[7]. وعرفه الدكتور وليد جابر على أنه " عمل قانوني تعهد بموجبه جماعة عامة ضمن اختصاصاتها ومسؤولياتها لشخص أخر إدارة استثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع أو بدون بناء منشآت عامة لمدة محددة وتحت رقابتها . وذاك مقابل عائدات يتقاضاها وفقا للنتائج المالية الاستثمار وللقواعد التي ترعى التفويض[8].

ومن خلال هذه التعاريف يمكن استنتاج عناصر تفويض المرفق العام وهي:

[4] -R. Chapus, le droit administratif général, Tome 1, 15 e Montchrestien, Paris, 1996.p 516.

[5] - P. Delvolvé, le droit administratif, Dalloz, Collection Connaissance du droit, 1994, P 39

[6]– أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/ 2010، ص 127، ص 127.

[7]– مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2009، ص 435.

[8]– وليد حيدر جابر، التفويض إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، 2009، ص 65.

أولا: وجود مرفق عام يهدف إلى تحقيق منفعة عامة ولا يمنع القانون إدارة من طرف الخواص أي أن المرفق يكون قابلا للتفويض وسيتم التفصيل في هذه النقطة في المطلب الثاني من هذا البحث.

ثانيا: وجود علاقة عقدية تربط بين المفوض والمفوض له في إطار اتفاقي يتضمن كل الشروط المتعلقة بالعقد يتعلق بالنشاط وبالمقابل المالي والمدة وكذلك كيفيات تنفيذ كل البنود.

ثالثا : ضرورة ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج استغلال المرفق[9] وهذا يعكس تحمل المفوض له لمخاطر الاستغلال التي تنتج عن إدارة المرفق، غير أنه لا يعني ارتباط المقابل المالي من ما يدفعه المرتفقين من خدمات المرفق[10].

وعلى هذا الأساس يعتبر تفويض المرافق العامة طريقة أصلية في التسيير مؤطرة بواسطة قواعد تهدف إلى إقامة شراكة فعالة بين القطاع الخاص والقطاع العام بالمفهوم القانوني والاقتصادي للمصطلح[11].

فالتفويض هو عقد يتم بموجبه تفويض مرفق عام من طرف الإدارة العامة أو من يمثلها إلى شخص عام أو خاص لإدارة المرفق لمدة محددة مقابل تائح استغلال لهذا المرفق.

الفرع الثاني: تمييز التفويض عن الأنظمة المشابهة

قد يختلط مفهوم تفويض المرفق العام ببعض المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري كالتفويض في السلطة الإدارية أو بعض العقود الإدارية كالصفقات العمومية.

أولا: تمييز تفويض المرفق العام عن تفويض السلطة الإدارية.

يقصد بتفويض السلطة الإدارية هو تناول أو تحويل المسؤول الإداري لبعض صلاحياته أو اختصاصاته لبعض مرؤوسيه يمارسونه دون الرجوع إليه مع البقاء المسؤولية عن هذه الاختصاصات أمام الإدارة العليا.

---

[9]– وحسب رأي الفقه يمكن أن توجد مصادر تمويل تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، وان كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو ساهم الشخص العام في دعم المرفق.

[10]– استبعد مجلس الدولة الفرنسي من نطاق عقد تفويض المرافق العامة الاتفاقات التي تبرمها أشخاص القانون العام، والتي تتضمن مساهمات إلى الجمعيات مقابل خدمات مؤداه، على اعتبار أن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لأية مخاطر اقتصادية ما يعني أنه لا يرتبط بصفة جوهرية بنتائج الاستغلال. مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 452.

[11]– رقراقي محمد زكريا، مقالة بعنوان واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سعيدة، العدد الثامن، ديسمبر 2017، ص 58.

ومن خلال هذا المفهوم قد يشترك تفويض المرفق مع تفويض السلطة في كونها نقل اختصاص من جهة إلى جهة أرى لأن هناك عدة فروق بينهما يمكن إجمالها في النقاط التالية:

1- يشترط في تفويض السلطة أن يكون جزئيا ولا يشمل كل الصلاحيات واختصاصات المفوض، بينما تفويض المرفق العام يشمل كل ما يتعلق بتشغيل وتسيير المرفق العام فقد يساهم في إنشاء المرفق.

2- في تفويض السلطة رغم نقل الصلاحيات إلا أن المفوض له لا يتحمل المسؤولية مباشرة أمام الجهات العليا، فالتفويض في هذه الحالة يفوض السلطة دون المسؤولية لأن هذه الأخيرة تبقى على عاتق المفوض أمام الجهات العليا. والمفوض له يكون مسؤولا أمام المفوض له فقط ولا يتعدى ذلك إلى السلطات العليا أو الهيئات الخارجية، لا سيما الرقابية منها. وهذا عكس تفويض المرفق العام الذي يتحمل المفوض له كامل المسؤولية عن تصرفاته أمام الجميع ويبقى للمفوض سلطة الإشراف والرقابة [12].

ثانيا : تمييز تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية

تعتبر الصفقة العمومية أهم مظاهر العقود الإدارية وأكثرها انتشارا، فقد عرفها المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فقد نصت المادة 2 " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات ".

أما من الناحية الفقهية تعددت التعاريف المتعلقة بالصفقات العمومية نذكر منها تعريف الفقيه دي لو بادير الذي عرفها على أنها " عقود مقتضاها يلتزم المتعاقد القيام بأعمال لفائدة الإدارة العمومية مقابل ثمن محدد " وعرفها البعض على أنها عقد مكتوب بين طرفين أو أكثر يلتزم فيه الأطراف بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه " [13]

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري من تعريف الصفقة العمومية، فأنه رغم تعريف المشرع للصفقة العمومية في مختلف النصوص المتلاحقة المتعلقة بها، فإن القاضي وبصدد الفصل في المناعات المتعلقة بالصفقات العمومية قد يورد تعريف[14]، فعلى سبيل المثال قد أعطى مجلس الدولة الجزائري

[12]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 467

[13]- غانس حبيب الرحمان، مقال بعنوان "تحديث مفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 استجابة لتحديات الدولة الراهنة "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2016، ص 43

[14]- وهذا لا يعن أن القاضي الإداري غير ملزم بالتقييد بالتعريف التشريعي لكن في بعض الأحيان تفرض الضرورة إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف بما يتناسب مع مقتضيات القضية المعروضة أمامه.

تعريف قضائي للصفقة العمومية بموجب قراراه المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 حول قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية لبوة بولاية بسكرة تحت رقم 6215 فهرس 873 التي قال أنها: "... وحيث أنه تعرف الصفقة بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو إنجاز خدمات "[15].

فالصفقات العمومية نوع من التصرفات القانونية التي تقوم بها الإدارة في إطار نشاطها، فهي عقد تقوم جهة الإدارة من خلاله بتكليف الطرف الأخر بالقيام بأعمال وتنفيذها وفق ما تضمنه العقد ويكون ذلك بمقابل مالي. كما أن هذا العقد يخول لجهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثل في سلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل وتوقيع الجاء وإنهاء الصفقة.

غير أنه رغم اشتراك الصفقة العمومية مع تفويض المرفق العام في الطبيعة التعاقدية في السلطات التي يخول العقد للجهة الإدارية من حقوق إلا أن الصفقة تختلف عن التفويض في النقاط التالية :

1- يختلف العقدين من حيث المحل فمحل عقد التفويض هو تسير أو استغلال مرفق عام أما بالنسبة للصفقة العمومية فهي توفير اللوازم والخدمات والأشغال التي تحتاجها الجهة الإدارية المتعاقدة، غير انه يمكن للصفقة العمومية أن تتضمن تنفيذ جزء من المرفق العام، أي القيام بمهام أو خدمات للمرفق دون أن تبلغ حد إدارة واستغلال المرفق برمته، كربط المؤسسات العمومية بالشبكات الضرورية الغاز والكهرباء والانترنت

2- يرتبط المقابل في عقد التفويض بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق العام أو الخدمات الثانوية التي يقدمها المرفق [16]، اما في الصفقة العمومية فإن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يشكل ثمنا للخدمات أو اللوازم أو الأشخاص المنجزة. ولا علاقة له بنتائج استغلال المرفق العام الذي ترتبط به الخدمات واللوازم أو الأشغال المنجزة. وتجدر الإشارة الى أن ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار هو المعيار الفاصل بين التفويض والصفقات العمومية [17].

رغم أن المشرع الجزائري خص الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنص واحد وهو المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، ألا أنهما يختلفان من حيث النصوص التطبيقية والإطار التشريعي لكل

[15] – غانس حبيب الرحمان، المرجع السابق، ص 43.

[16] – عن المقابل المالي الذي يدفعه الشخص العام قد يتمثل في الإعانات التي تقدم للمفوض له الذي ساهم في إنشاء المرفق أو تقديم خدمات مجانية للمرتفقين، ويمكن أن يقوم المرفق العام المفوض بخدمات ثانوية كما هو الحال في بعض المرافق العامة التي تقدم خدمات مجانية مثال تفويض مرفق الإذاعة والتلفزيون فإنه مرفق عام مجاني والمقابل المالي الذي يستفيد منه هو العائدات التي تجنيها من العمليات الإشهارية التي تقوم بها أي نشاطه الثانوني وليس الأصلي.

[17]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 470.

عقد إلا ما يتعلق بالمبادئ العامة التي تخض لها مختلف العقود الإدارية وذلك المبادئ العامة المتعلقة بالمرافق العامة كما نصت المادة 209 من المرسوم 15/ 247[18] " تخضع اتفاقية تفويض المرفق العام، لإبرامها الى مبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم. زيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكييف."

المطلب الثاني: المرافق العامة القابلة للتفويض

يعتبر تفوض المرافق العامة أحد التقنيات الحديثة التي اعتمدتها مختلف الدول، وذلك من اجل تمكين المرافق العامة من النجاعة التي يتمتع بها القطاع الخاص لتحقيق منافعه تلبية لخدمات الجمهور المتعددة والمتزايدة. فكانت البداية بالمرافق العامة الاقتصادية ثم بدأ الأسلوب يتوسع لتشمل مختلف أنواع المرافق العامة الأخرى فقد تم تفويض المراق العامة الاجتماعية والثقافية واستعملت هذه التقنية حتى في المرافق العامة الإدارية سيتم التطرق في هذا إلى المطلب إلى مدى ملائمة أسلوب التفويض لكل نوع من أنواع المرافق العامة المقسمة على أساس النشاط وهما المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية.

الفرع الأول : المرافق العامة الاقتصادية

المرافق الاقتصادية هي التي يكون موضع نشاطها تجاريا أو صناعيا ويمكن تعريفها على هذا الأساس بأنها مشروعات صناعية وتجارية تقوم بنشاط مماثل للنشاط الذي يتولاه الأفراد والجماعات الخاصة، وتتوافر لها في نفس الوقت جميع الصفات المميزة للمرافق العامة وتخضع لأحكام القانون العام والقانون الخاص معا كل في نطاق محدد.

ونظرا تشابهها مع نشاط الأفراد من حيث محل النشاط ومن حيث الهدف فإن المرافق العامة اقتصادية وحتى إن كانت تسعى لتحقيق المنفعة العامة كهدف أساسي فهي تسعى كذلك لتحقيق للربح كهدف ثانوي ضمانا لبقائها وتحقيقا لمنوها وتطورها في ظل المنافسة الشديدة. لأن المرافق العامة الاقتصادية تعتمد في تمويلها على المتعاملين معها والمستفيدين من خدماتها بصفة كلية أو بصفة جزئية، فهي على الغالب تغطي تكاليفها من خلال الأتاوات أو المقابل الذي يدفعه المرتفق المستفيد من خدمات المرفق [19].

وأمثلة المرافق العامة الاقتصادية التي أجاز المشرع تفويضها صرا حدة نذكر ما يلي:

[18] – المادة 05 " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يحب أن نراعي في الصفقات العمومية – وكذا تفويضات المرفق العام – مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام هذا المرسوم.

[19]– إلا في حالات قليلة تتدخل الدولة لتغطي العجز أو الفارق عن مقابل الخدمة التي يقدمها المرفق ضمانا لاستمراريته في أداء خدمته وتحقيق منفعته.

▪ القانون 03/2000 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الذي أجاز استغلال شكبات ومنشآت المواصلات السلكية واللاسكلية[20]، للإشارة أن هذا القانون لم ينص صراحة على مصطلح التفويض إنما نص على أنه يمكن أن للسلطة المختصة أن تسمح للشخص آخر عام أو خاص طبيعي أو معنوي عن طريق الترخيص أو التصريح البسيط بممارسة هذا النشاط.

▪القانون 12/05 المتعلق بالمياه، الذي يحدد النظام القانوني لاستغلال والموارد المائية[21]. حيث أجاز النص على إمكانية السلطة العامة أن تسمح لشخص أخر – عام أو خاص طبيعي أو معنوي – من اجل استعمال المراود المالية عن طريق عقدي الترخيص[22] والامتياز.[23]

▪القانون 02 / 01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الذي سمح باللجوء إلى عقد الامتياز في توزيع الغاز والكهرباء[24]. وفي سنة 2008 صدر المرسوم التنفيذي 114/08 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز [25] الذي فصل في أحكام المتعلقة بعقد الامتياز في هذا المجال.

الفرع الثاني: المرافق العامة الإدارية

يرى الدكتور محمد فؤاد مهنا أنه يمكن تعريف المرافق العامة الإدارية بالرجوع إلى موضوع نشاطها والوسائل التي تستخدم في مباشرة هذه النشاط. فالمرافق العامة الإدارية نشاطها إداري بحت وتخضع في تنظيمها وفي مباشرة نشاطها للقانون الإداري وتستخدم في نشاطها وسائل القانون العام. وعلى هذا الأساس يمكن تعريف المرافق العامة الإدارية " بأنها نشاط إداري مما يدخل في إطار الوظيفة الإدارية للدولة يعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن مباشرته – أولا يجدون مصلحة في مباشرته – تتولاه سلطة

[20]– المواد 28 وما يليها من القانون 2000–03 المحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية المؤرخ في 05 أوت 2000 الصادرة بالجريدة الرسمية رقم 48 بتاريخ 06 أوت 2000.

[21]– لا سيما المواد 71 وما بعدها الواردة في الفصل الأول " استعمال الموارد المائية " من الباب الخامس القانون 12/05 المتعلق بالمياه المؤرخ في 04 أوت 2005، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 60 بتاريخ 04 سبتمبر 2005.

[22]– المادة 74 من القانون 12/05

[23]– المادة 76 وما بعدها من القانون 12/05.

[24]– المادة 72 من القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتويع الغاز بواسطة القنوات المؤرخ في 05 فيفري 2002، الصادر بالجريدة الرسمية 08 بتاريخ 06 فيفري 2002.

[25]– وفي سنة 2008 صدر المرسوم التنفيذي 114/08 المحدد لكيفيات منح امتيازات تويع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته المؤرخ في 9 أفريل 2008. الصادر بالجريدة الرسمية رقم 20 المؤرخة في 13 أفريل 2008.

إدارية مستخدمة في إدارته ما تملكه بوصفها سلطة عامة، من حقوق وامتيازات، ومن أظهر أمثلة هذا النوع من المرافق مرفق الدفاع مرفق الضبط ومرافق التربية والتعليم والصحة وإعداد طرق المواصلات[26] ".

إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 قد فتح المجال لكل المرافق من أجل اعتماد هذا الأسلوب الحديث ولم يحدد طبيعة نوع المرفق، وقيد ذلك بشرط واحد وهو وجود حكم تشريعي ينص صراحة على منع استعمال هذا الأسلوب في استغلال ذلك المرفق. ولهذا فإن أغلب المرافق العامة الإدارية الآن أصبحت محل تفويض من السلطة الإدارية وخاصة المرافق العامة الإدارية المحلية فقد أجازت التشريعات صراحة إمكانية اللجوء إلى التفويض كما هو الحال في قانوني البلدية[27] أو ضمنيا كما هو الحال في قانون الولاية [28].

غير أن الإشكال المطروح في مدى قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض بمعنى هل كل المرافق العامة الإدارية تقبل التفويض، لقد حاول الفقه الإجابة على هذه التساؤل من خلال التمييز بين نوعيين من المرافق العامة الإدارية، المرافق العامة الإدارية السيادية وغير السيادية، فبالنسبة للمرافق العامة غير السيادية فهي مختلف المرافق العامة التي أنشأت كضمان لحقوق أساسية أو حريات عامة أو تقديم خدمات وتلبية احتياجات تكفل السلطة بتوفيرها للمواطنين كما هو الحال بالنسبة للتعليم[29].والصحة [30]والضمان الاجتماعي وغيرها من الحقوق فإن الفقه مجمع على أنه يمكن أن تفوض هذه المرافق للقطاع الخاص والاستفادة من تجاربهم من اجل تقديم خدمة أفضل.

هذا ما سهل انتشار المدارس الخاصة وأيضا فتح المجال أمام إنشاء جامعات خاصة [31]، وأصبحت تقوم جنبا إلى جنب مع المدارس العمومية لا ينفي كونها متصلة بفكرة المرفق العام على الأقل في الشق

---

[26] – يرى الفقيه الفرنسي دي لوبادير De Laubadére أنه لا يمكن تعريف المرافق العامة الإدارية إلا بمقارنتها بالمرافق الصناعية والتجارية ومرافق التوجيه المهني والاقتصادي، فالمرافق الإدارية في نظره هي تلك التي لا تعتبر مرافق صناعية وتجارية أو مهنية.محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري –المرافق العامة– مطبعة الشاعر، الإسكندرية مصر، 1961، ص 16

[27]– المادة 156 من قانون البلدية 11–10 المتعلق بقانون البلدية الصادر بتاريخ 22 يونيو 2011، الصادر بالجريدة الرسمية 37 المؤرخ في 03 يوليو 2011 والتي نصت علة " أنه يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المذكورة في المادة 149...."

[28]– قانون 07/12 المتعلق بالولاية المؤرخ في 21 فيفري 2012، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 12 بتاريخ 29 فيفري 2012. فقد نصت المادة 149 منه على إمكانية لجوء المجلس الشعبي الولائي إلى الترخيص لتسيير بعض المرافق عن طريق أسلوب الامتياز.

[29]– تنص المادة 65 من الدستور الجزائري لسنه 2016على ان: الحق في التعليم مضمون. التعليم العمومي مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون. التعليم الأساسي إجباري. تنظم الدولة المنظومة التعليمية الوطنية. تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم، والتكوين المهني.

[30]– المادة 66 من دستور 2016 " الرعاية الصحية حق للمواطنين ".

[31]– وقد كان للمشرع الجزائري موقف واضح من خلال اعترافه صراحة بإمكانية إنشاء مؤسسات خاصة بالتعليم الجامعي، فقد تناول هذا الموضوع من خلال الباب الرابع مكرر من القانون 08–06 المعدل والمتمم للقانون 99–05 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي فقد نصت المادة 41 مكرر 1 على { يمكن أن تضمن مؤسسات ينشؤها أشخاص معنوية خاصة تكوينا عاليا في الطور الأول والثاني. ويخضع ذلك لرخصة يسلمها وزير التعليم العالي والبحث العلمي وفق شروط صارمة حددتها المادة 43 مكرر 1 إضافة إلى الشروط التي يحددها الوزير في دفتر الشروط.

الخاص بالنفع العام للجمهور وهو احد عناصر المرفق العام، وخاصة المرافق العامة الحيوية، وكون الدولة لا تديره بنفسها إلا أنها تحرص على الإشراف عليه ليس رقابة من الخارج فحسب، وإنما رقابة عامة تمتد إلى داخل هذه المؤسسات لتراقب البرامج التدريسية والقائمين بالتدريس[32].

أما بالنسبة لمرفق الصحة فإن الدولة تقدم الخدمات الصحية مجانا إلى جميع المواطنين، ولكنها بدأت مؤخرا تتأثر تحت وطأة النفقات الهائلة الناجمة عن الزيادة المضطردة في عدد السكان، والهدر الكبير الحاصل في موارد المرافق العلاجية، الأمر الذي دفعها إلى البدء في تحويل المرافق إلى مؤسسات استشفائية عمومية متخصصة مستقلة ماديا وإداريا وكذا فتح المجال أمام القطاع الخاص.

أما بالنسبة للمرافق العامة الإدارية السيادية فهي التي يلجأ غالب الفقه إلى منع تفويضها نظرا لأهميتها بالنسبة الحياة العامة ويعتبر نشاطها من المهام الرئيسية للدولة والتي لا يمكن التنازل عنها لأي جهة أخرى وأمها الجيش والأمن والقضاء

1- مرفق الجيش

إن مرفق الجيش في الجزائر سماه الدستور بالجيش الوطني الشعبي إذ نصت المادة 28 منه – الدستور الجزائري 2016– " تتمثل المهمة الدائمة للجيش الوطني الشعبي في المحافظة على الاستقلال الوطني والدفاع عن السيادة الوطنية. كما يضطلع بالدفاع عن وحدة البلاد، وسلامتها الترابية، وحماية مجالها البري والجوي، ومختلف مناطق أملاكها البحرية. إضافة إلى نص المادة 91 من الدستور في الفقرة الأولى : على أن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة للجمهورية.

الأصل العام أنه لا يجوز أن يكون مرفق الدفاع محلاً للتفويض لكن بعض تجارب لدول أخرى سمحوا إلى شركات عسكرية خاصة بالأمن مثل التي شاركت في كثير من الدول الإفريقية كشركة (صن رايز) البريطانية، التي منحتها وزارة الخارجية البريطانية ترخيصاً للمشاركة في أحداث (سيراليون)، وشركة إكسكتف آوتكمز (EXECUTIVE OUTCOMES) والتي سعى الإتحاد الأفريقي من قبل لاستخدامها في بعض مناطق النزاعات الأفريقية، وكذلك تفويض مهام الجيش العراقي لشركة بلاك ووتر الأمريكية منذ الغزو الأميركي للعراق في مارس/ آذار 2003[33].

[32] – ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخوصصة المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 112,

[33]– الطيب الهادي، هل بدأ عصر (الجيوش الخاصة) و(شركات المرتزقة) في السودان؟ صحيفة الركوبة الإلكترونية بتاريخ الأحد, 05 آب/أغسطس 2012 13:00، alrakoba.net/posts/398184013570619.

2- مرفق القضاء

المشرع الدستوري الجزائري في دستور 2016 [34] بموجب المادة 156 " السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون " كما أكدت المادة 163 كذلك استقلالية القضاء وإلزامية تنفيذ أحكامها بقولها" على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كل وقت في كل مكان، وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء "

إن مرفق القضاء هو من أهم المرافق العامة الإدارية السيادية التي تتمتع بحماية دستورية صارمة، نظرا إلى ارتباطها العضوي بشخصية الدولة القانونية. أما مرفق السجون، فإن النظرة الحديثة هي أنه من الصعب إلحاقه بمرفق العدالة، وأنه يجب التمييز بين الحكم بالعقوبة prononce des peines وهي وظيفة ترتبط بسيادة الدولة، ولا يجوز تفويضها، وبين تنفيذ العقوبة exécution des peines وهي وظيفة لا ترتبط بسيادة الدولة، فيجوز تفويضها[35].

وقد ذكر الفقه عدة ضوابط يحدد من خلالها المرافق العامة القابلة للتفويض

- عدم وجود نص صريح يمنع تفويض المرفق [36]في مهامه الأصلية والثانوية أو الملحقة مثال إمكانية تفويض مرفق الأمن بالنسبة لمؤسسات الأمن المكلفة بحمايات الهيئات الإدارية أو الملاعب هذا يعتبر أحد الأنشطة الثانوية بالنسبة لمرفق الشرطة.

- أن يكون هذا التفويض جزئيا وليس كليا لمهام المرفق الضرورية نظرا لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها [37].

- لا يجوز تفويض المرافق العامة التي تحتكر إدارتها واستغلالها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، كمرفقي توزيع الكهرباء والغاز [38] وصك العملة [39].

---

[34] قد خصص المؤسس الدستوري الفصل الثالث من الدستور الجزائري للسلطة القضائية من المواد 156 إلى المواد 177

[35]- وفقا لقانون 12 يونيو 1987 في فرنسا أن يعهد بإدارة السجون إلى أشخاص القانون العام أو الخاص، فيما عدا وظائف القيادة والرقابة والإدارة، وذلك وفقا لنظام التصريح.

[36]- رفض مجلس الدولة الفرنسي في قضية Syndicat des Psychiatres Français تفويض مرفق عام لوجود حظر بموجب نص قانوني وليد حيدر جابر، المرجع السابق ص 235 ,

[37]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 445

[38]- المادة 29 من القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات " تعد شبكة نقل الكهرباء احتكارا طبيعيا . ويتم تسييره من طرف مسير وحيد "

[39]- المادة 2 من قانون النقد والقرض 11/03 المعدل والمتمم " يعود للدولة امتياز إصدار العملة النقدية عبر التراب الوطني ن يفوض ممارسة هذا الامتياز البنك المركزي دون سواه.."

– ألا يكون المشرع قد حدد مسبقا أسلوب تسيير المرفق مثال أدارة المرفق بصفة مباشرة أو أسلوب المؤسسة العامة أو أسلوب الاقتصاد المختلط ففي هذه الحالة لا يمكن تغيير أسلوب التسيير إلا بتغيير النص المحدد لذلك.

من خلال ما سبق يستنتج أن السلطة العامة أجازت استعمال أسلوب تفويض المرافق العامة في أغلب المرافق العامة الاقتصادية والإدارية واستثنت فقط المرافق العامة الإدارية السيادية التي لا يمكن التنازل عنها لأنها تعتبر من صميم نشاط الدولة.

المبحث الثاني صور تفويض المرافق العامة.

إن لتفويض المرفق العام صورا متعددة ويوجد مجموعة من العقود المتفق عليها على اعتبارها من عقود تفويض المرفق العام وهي الامتياز والإيجار والوكالة المحفزة وعقد التسيير[40]. سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين يجمع كل صورتين متشابهتين الامتياز والإيجار (المطلب الأول)، والوكالة المحفزة وعقد التسيير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عقد امتياز وإيجار المرافق العامة.

سيتم مناقشة في هذا المطلب صورتين من صور تفويض المرافق العامة الامتياز (الفرع الأول)، والإيجار(الفرع الثاني) وسيتم التعريج من خلالهما على أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

الفرع الأول : عقد امتياز المرافق العامة.

عرف المشرع الجزائري الامتياز في المطة الأولى من المادة 210 من المرسوم 247/15 بقولها " الامتياز هو أن تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وأم تعهد له فقط باستغلال المرفق العام

يستغل المرفض 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 ".

[40] – إن المشرع الجزائري في المادة 210 عدد صور عقود تفويض المرفق العام وذكر أربعة منها وهي الامتياز والإيجار والوكالة المحفزة وعقد التسيير، رغم تعدديهم فإن ذلك لا يعني حصر هذه الصور في هذه النماذج الأربعة، وإنما يمكن أن تقبل أية عقود أخرى تتوافر فيها معايير التفويض وذلك بناءا على ما جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة بقولها " كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أرى، غير تلك المبينة فيما يلي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم "

وما يمكن استنتاجه من هذا التعريف ما يلي :

1- عقد الامتياز يقوم أساسا على تكليف أحد أشخاص القانون العام الدولة أو من يمثلها إدارة مرفق عام إلى شخص أخر كان طبيعيا أو معنويا خاصا أو عاما[41].

2- يتولى صاحب الامتياز استغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته فهو الذي يتحمل جميع أعباء تشغيل المرفق العام، ويمكن ان يتضمن عقد الامتياز إقامة منشآت عامة أو اقتناء الممتلكات الضرورية لإنشاء المرفق ويكون ذلك على مسؤوليته [42].

3- يتقاضى صاحب الامتياز مقابلا ماليا من المستفديين من خدمات المرفق العام، يقتضي أن يغطي المقابل المالي للأعباء التي تكبدها صاحب الامتياز وتحقق له الأرباح المنشودة [43].

الفرع الثاني: عقد إيجار المرفق العام.

فقد عرف المشرع الجزائري إيجار المرفق العام في المطة 2 من المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 " هي أن تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية بدفعها لها. ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أحر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق ".

وما يمكن استنتاجه من هذا التعريف ما يلي :

1- يشكل عقد الإيجار أو تكليف أحد أشخاص القانون العام أو من يمثله بتسيير أو صيانته مرفق عام إلى أحد الأشخاص سواء كان عاما أو خاصا.

2- يشترط حتى يعتبر العقد عقد إيجار أن يقدم المؤجر له مقابل إتاوة سنوية يدفعها للمؤجر، فهذا الثمن يعتبر

---

[41] – إن التعريف التقليدي للامتياز كان محله المرافق العامة الاقتصادية وهذا ما تبناه في البداية كثير من الفقه القانوني لكن مع التطور الذي مس عقد الامتياز وظهور التفويض كأسلوب جديد أصبح يمكن أن يشمل عقد الامتياز المرافق العامة الإدارية حسين عثمان محمد، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 519.,

[42] – في الأصل أن المفوض له في عقد الامتياز هو من يتحمل المسؤولية عن الإنجازات والاقتناء المعدات واستغلال المرفق إلا أنه وفي حالة عدم قدرة صاحب الامتياز على ذلك من الناحية المادية، وحدث خلل في التوازن المالي للعقد المبرم بين مانح الامتياز وصاحب الامتياز فإنه ممكن للجهة مانحة الامتياز أن تقدم تعويضات أو ضمانات للقروض أو مساهمات مالية من أجل إعادة التوازن المالي للعقد.

[43]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 454.

3- في عقد الإيجار السلطة المؤجرة هي المسؤولة عن إقامة المرفق وإنجازه وهي التي تتولى اقتناء التجهيزات والممتلكات الضرورية لجاهزية المرفق للنشاط.

ويتفق الإيجار مع الامتياز في أمرين: الأول أن العقد يعهد إلى المستأجر مهمة إدارة واستغلال المرفق العام. والثاني، أن المستأجر يقوم بتحصيل مقابل من المنتفعين بالمرفق.

ومع ذلك، فإن عقد الامتياز بتميز عن الإيجار في أنه لا يعتبر الثاني مجرد تطبيق للأول. والتمييز بينهما لم يتم إلا حديثا، وفقا لحكم مجلس الدولة في قضية Commune d'Elancourt في 29 إبريل 1987[44]. من جهة لأن صاحب الامتياز يتحمل الاستثمارات والمتعلقة بإنجاز المرفق كذلك المقتنيات الضرورية لقيام المرفق، أما المستأجر فيتحمل إدارة المرفق العام دون إقامة المرفق أو المنشآت الأساسية المتعلقة به[45]. وكذلك إن المستأجر يدفع مقابلا مالياً للإدارة من حصيلة ما يتقاضاه من المنتفعين.

ومن تطبيقات عقود إيجار المرافق العامة في مصر عقود إدارة جراجات (مواقف) السيارات المتعددة الطوابق في مدينة القاهرة (جراج العتبة والأوبرا على سبيل المثال)، فهذه الجراجات مملوكة للمحافظة، وعهدت إلى شركات خاصة بإدارتها، مقابل أن تقوم الأخيرة بدفع جعل سنوي، يسدد على أقسام شهرية. وكذلك إيجار شركات قطاع الأعمال في مصر، إذا كانت هذه الشركات تباشر نشاطا يشكل مرفقا عاماً وبشرط أن يعهد بإدارتها إلى القطاع الخاص، فإذا تحقق هذان الشرطان فإن عقد الإيجار يكون من عقود تفويض المرفق العام. وبالمقابل، فإن تأجير شركات متخصصة في تجارة السلع الغذائية إلى وزارة التموين، لا يشكل عقد تفويض مرفق عام، حتى وإن كان العقد يوصف بأنه عقد إيجار[46].

المطلب الثاني: عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير

سيتم التطرق في هذا المطلب على الوكالة المحفزة (المطلب الأول)، وعقد التسيير (المطلب الثاني) انطلاقا من مفهوم كل منهما والإشارة إلى نقاط التشابه والاختلاف بينهما.

---

[44]- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرافق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 43

[45]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 454.

[46] محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص57

الفرع الأول : عقد الوكالة المحفزة

ويقصد بالوكالة المحفزة[47] حسب المطة 3 من المادة 210 من المرسوم 247/15 أن 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 مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من أرباح، عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية "

ومن خلال هذا التعريف يتميز هذا العقد بالخصائص التالية :

هو عقد بموجبه يكلف شخص عام إلى شخص أخر عام كان أو خاص بإدارة مرفق عام، نظير مقابل يتقاضاه هذا الأخير من الجهة المتعاقدة بناءا على حسن الاستغلال، والذي يميز هذا العقد عن الامتياز والإيجار، أن المدير regisseur يتقاضى مقابلا مالياً يختلف بشكل جوهري عن صاحب الامتياز والمستأجر، إذ أنهما يحصلان على المقابل المالي من الأرباح، بينما يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المدير ببعض نتائج الاستغلال فهو يتقاضى نسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وممكن أن تخصص له نسبة من الأرباح وهذا هو العنصر التحفيزي في هذا العقد، فإذا كان صاحب الامتياز يجد المقابل المالي العادي في الربح، فإن المدير في الوكالة يحصل على حافز وفقا لحسن سير الاستغلال[48].

وقد أثار بعض الفقه إشكالية الطبيعة القانونية لعقد الوكالة المحفزة لأن هناك من لا يعتبره عقد من عقود التفويض لأن تمويل تفويض المرفق العام مرتبط بنتائج الاستغلال بحيث يتحمل صاحب التفويض مخاطر فعلية في استغلال المرفق، وأكد القضاء الإداري الفرنسي على أن عقد الوكالة المحفزة (الإدارة بالشراكة) الذي لا يتضمن ارتباط المقابل المالي بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال، لا يشكل عقد تفويض المرفق العام. في حين ان مجلس الدولة الفرنسي صنف هذا العقد ضمن عقود التفويض في قضية SMITOM بأنه عقد تفويض مرفق عام على الرغم من أن الجزء الذي يدفعه الشخص العام إلى صاحب

[47] – بعد يسميها الإدارة بالشراكة الفقه اللبناني وفي الفقه المصري فيسميها مشاطرة الاستغلال. لكن المشرع الجزائري أخيار تسمية الوكالة المحفزة.

[48]– ومن أهم التطبيقات عقد إدارة الإذاعة المصرية في الفترة ما بين سنتي 1932 و1947. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، القاهرة، 1979، ص 119، 120.

التفويض كأجر ثابت يحدده العقد ويقدر بحوالي سبعين بالمئة، في حين أن القسم المتغير والمرتبط بنتائج الاستغلال يقدر بثلاثين بالمئة [49].

الفرع الثاني: عقد التسيير

عرفت المادة 210 في المطة الرابعة عقد التسيير بأنه تصرف قانوني تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو صيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإرادته

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"

من خلال هذا التعريف يتجلي لنا أن عقد التسيير يتشابه مع الوكالة المحفزة في النقاط التالية:

1- بحيث يتولى صاحب التفويض إدارة واستغلال المرفق العام لحساب شخص أخر مقابل اجر يقدمه الشخص العام مقدر بنسبه مائوية من رقم الأعمال ومنحة الإنتاجية. ويشكل هذا المقابل أحد العناصر الرئيسية المكونة لعقد التفويض لأن الأساس في تصنيف العقد ما إذا كان عقد تفويض أو عقد أخر هو مدى ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال، فبدون تحققه يصنف العقد بأنه صفقة عامة وليس تفويض مرفق عام [50].

2- كما بالنسبة لإيجار المرفق العام وعقد الوكالة المحفزة كذلك في عقد التسيير فإن الدولة أو من يمثلها "المفوض" هي من تقوم بإنشاء المرفق وإعداد التجهيزات الضرورية لوضعه في الخدمة قبل إبرام العقد، ويقتصر العمل على القيام بأعمال الصيانة الضرورية المرتبطة بنشاط المرفق.

3- كل منهما يحصل التعريفات والإتاوات لصالح السلطة المفوضة فهم يعملون لصالح ولحساب المفوض وليس لحسابهم.

---

[49]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 459.

[50]- وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري الفرنسي أشكل عليه كذلك تصنيف هذا العقد هل هو عقد تفويض ام انه عقد أخر، فقد صنفه أنه صفقة عمومية في قضية Commune de Guilherand-Granges كما أنه في أحكام أخرى له صنف عقد الإدارة بأنه عقد تفويض مرفق عام. مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 460.

ويختلف عقد التسيير عن الوكالة المحفزة في النقاط التالية :

1- أن الأجر المحدد في عقد الوكالة المحفزة تضاف إليه حصة من الأرباح التي تعتبر خاصية مميزة لهذا العقد دون غيره من الصور الأخرى لتفويض المرفق العام فالحصة من الأرباح التي تخصص في الوكالة تعتبر العامل التحفيزي الخاص بهذا العقد، أما في عقد التسيير فإن هذه النسبة غير متاحة للمفوض له، كما يمكن أن يكون الأجر في عقد التسيير جزافيا.

2- في عقد الوكالة المحفزة التعريفات والإتاوات التي يدفعها المنتفعين من المرفق تحدد بالاشتراك مع السلطة المفوضة أما في عقد التسيير فإن السلطة المفوضة هي التي تحدد التعريفات وحدها والمفوض له يقوم بجمعها لصالح ولحساب المفوض له.

وأختم هذا المبحث بهذا الجدول الذي يبين لنا الفوارق بين مختلف صور تفويض المرافق العامة التي ذكرت في المادة 210.

الاختلافات بين صور تفويضات المرفق العام

عناصر المقارنة	الامتياز	التأجير	الوكالة المحفزة	عقد التسيير
مجال التفويض	إقامة المرفق العام واستغلاله	تسيير المرفق و/ أو صيانته	تسيير المرفق و/ أو صيانته	تسيير المرفق و/ أو صيانته
نفقات إقامة المرفق	الملتزم يمكن ان يتضمن إقامة منشآت عامة، واقتناء ممتلكات ضرورية لاستغلال المرفق.	السلطة المؤجرة وهي من تمول بنفسها إقامة المرفق العام(يستلم المرفق جاهز)	السلطة المفوضة، وهي من تمول بنفسها إقامة المرفق العام (يستلم المرفق جاهز)	السلطة المفوضة، وهي من تمول بنفسها إقامة المرفق العام (يستلم المرفق جاهز)
الإدارة لمن	الملتزم	المستأجر	الوكيل (لهذا السبب سميت وكالة مثل الوكيل في القانون المدني)	المسير
المسؤولية	الملتزم	المستأجر	السلطة المفوضة	السلطة المفوضة
المقابل المالي	مقابل مالي من المستفديين من خدمات المرفق	مقابل مالي من المستفديين من خدمات المرفق	منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح(عامل التحفيز)	منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية دون الأرباح
من يحدد التعريفات	دفتر الشروط الخاص بعقد الإمتياز	عقد الإيجار	السلطة المفوضة والمفوض له	السلطة المفوضة
التحصيل لصالح من	الملتزم	المؤجر	السلطة المفوضة	السلطة المفوضة
الأرباح لصالح من	الملتزم	المؤجر	السلطة المفوضة	السلطة المفوضة
المدة(اقترحها الفقه)	من 40 إلى 99 سنة	أقل من الامتياز 12 سنة)	أقل من خمس سنوات	أقل من خمس سنوات

خاتمة

رغم أن السلطة العامة أعطت مفهوما واضحا للتفويض فقد عرفته تعريفا قانونيا– ونادرا ما تتضمن التشريعات تعريفات لمصطلحات قانونية – وأبرزت صور التفويض التي تبنتها مختلف الأنظمة القانونية ووفقت في تحديد مفاهيمها من خلال المرسوم الرئاسي 247/15، فهي مفاهيم وتعاريف تواكب التطورات والتغيرات التي طرأت على نشاط المرافق العامة، وتتماشى مع سياسات السلطة التنفيذية التي أملتها التوجهات الاقتصادية العالمية.

غير أن الدولة من خلال تبنيها عقد تفويض المرافق العامة كأحد الأساليب الحديثة لإدارة المرافق منذ 2015 لم تحقق الأهداف المخطط لها والمرجوة منه، وبقى عقد تفويض المرافق العامة أسلوب معطل ومؤجل التطبيق والسبب في ذلك عزوف السلطة العامة على إصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بكيفية اللجوء إلى هذا العقد وكيفية يتم التفضيل بين إلى صوره المذكورة في المادة 210، أي كيف يمكن للسلطة العامة على المستوى الوطني أو المحلي أن تلجأ إلى تفويض المرافق وما هي الآليات التي يتم على أساسها اختيار المتعاملين مع الإدارة وكيفية تنفيذ العقد وكيفية الرقابة عليه كلها نقاط قانونية تحتاج نصوص تحركها.

وعليه يجب على السلطة المختصة التعجيل في الإفراج عن النصوص التنظيمية التطبيقية للمرسوم 247/15 التي تحدد القواعد الإجرائية والموضوعية الواجب إتباعها لتفعيل هذا الأسلوب بصورة حقيقية حتى يحقق الأهداف المرجوة من تبنييه.