مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 07 / العدد: 01 / السنة: 2020 / ص ص: 957 ـ 974

أشكال تفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم التنفيذي 18-199

The Forms Of Public Service Delegations In The Frame Of The Presidential Decree 15-247 And The Executive Decree 18-199

تاريخ الإرسال: 2019/08/28 تاريخ القبول: 2019/11/06

فاتح مزيتي (*)
جامعة خنشلة- الجزائر
Fateh24100@hotmail.fr

ملخص:

لقد تبني المشرع الجزائري تفويض المرفق العام كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة التابعة للجماعات المحلية، والتي حددت المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أشكاله الأربعة، وهي شكل الامتياز والإيجار والوكالة المحفزة والتسيير، كما فُصلت أحكام كل شكل بموجب المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

ونظرا للتداخل الكبير بين هذه الأشكال الأربعة، فالامتياز المنصوص عليه في تفويض المرفق الخاضع لمبدأ المنافسة يختلف عن الإمتياز المنصوص عليه في قانون الجماعات الإقليمية الخاضع لمبادئ التعاقد في القانون الإداري.

كما تتداخل هذه الأشكال سواء بطريقة الإنشاء أو الإقتناء أو التسيير أو صيانة المرفق العمومي، دون أن يفرد المشرع لكل شكل من هذه الأشكال نوعا واحد من الطرق السابقة، مما يجعل الأسلوب الجديد في تسيير المرفق العام غير واضح المعالم بأي شكل من الأشكال.

كما تسمح هذه الآلية القانونية الجديدة في تسيير المرافق العامة المحلية، بخلق موارد جبائية محلية لصالح ميزانية البلدية والولاية والتي تعاني اليوم من عجز كبير، وتعتمد بنسبة كبيرة على الإعانات التي تقدمها لها الدولة.

الكلمات المفتاحية: تسيير؛ المرفق؛ العام؛ تفويض؛ أشكال.

Abstract:

The Algerian legislator has adopted the public service delegation as a new method of management of services affiliated to local authorities, which is defined in article 210 of The Presidential Decree 15-247 regulating public procurement its four forms, which are the concession, the leasing, the

(*)- المؤلف المُراسل.

public service, which the legislator could not assign for each form a single type of the previous methods, which leaves the new management of public service method blurred in one way or another.

This new legal mechanism for the management of local public services makes it possible to create local tax resources for the benefit of the commune and Wilaya's budget, which currently suffers from a large deficit, and depends on a large majority of state subsidies.

Keywords: *Management; service; public; delegation; forms.*

governance and the management, the provisions of each form was separated under The Executive Decree 18-199 on the the public service delegation.

Given the great interference existing between these forms, the concession under the public service delegation, subject to the principle of competition differs from the concession cited by law of local authorities subject to the principles of subcontracting under the administrative code.

These forms also interfere either by way of creation, acquisition, management or maintenance of the

مقدمة:

لقد أدت فكرة تطور المرفق العام، وخروج الدولة من منطلق الدولة الحارسة ودخولها في جميع نواحي الحياة إلى ظهور مرافق عامة اقتصادية، والتي تبعها بذلك ظهور أساليب جديدة لتسيير المرافق العامة، كأسلوب تفويض المرفق العام في إطار الشراكة الاقتصادية ببين القطاع العام والقطاع الخاص.

ويعود ابتكار هذا المصطلح إلى الفقه الفرنسي لأول مرة في سنوات الثمانينات من طرف الأستاذ Jean François Auby في كتابه المشهور المرافق العامة المحلية[1]، إلا أن هذا المصطلح لم يظهر في المنظومة القانونية الفرنسية إلا في بداية التسعينات بموجب القانون 92-125 المؤرخ في 6 فيفري 1992 المتعلق بالإدارة الإقليمية (Loi Joxe)[2]، ثم كرسه بعد ذلك المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 93-122 المؤرخ في 9 جانفي 1993، المعدل والمتمم بالقانون 2014-873 المؤرخ في 4 أوت 2014 والمتعلق بمحاربة الرشوة والشفافية (Loi Sapin)[3]، أما في الجزائر فتفويض المرفق العام ليست بالتقنية الجديدة على صعيد التشريع الجزائري، بل تعود جذورها إلى العديد من النصوص القانونية التي تؤطر القطاع العام الإداري والاقتصادي على حد سواء[4]، والتي جاءت استجابة لانتقال الجزائر من النظام الاشتراكي الذي يعتمد على

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

الأساليب التقليدية في التسيير إلى النظام الرأسمالي الذي سمح للخواص بتسيير المرافق العامة[5]، وحاجة الدولة إلى إمكانيات القطاع الخاص خاصة بعد أزمة أسعار النفط التي أدت إلى تراجع موارد الجزائر من الجباية البترولية والبحث على بدائل إضافية لتمويل إستثمارتها وبنيتها التحتية[6]، ويعتبر النص الأول في هذا الصدد الأمر 96-13 المعدل والمتعلق بقانون بالمياه[7]، ثم توالت بعده النصوص القانونية التي أقرت هذا النهج الجديد في تسيير المرافق العمومية، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مصطلح التفويض ولم يستعمله في المنظومة القانونية إلا في سنة 2005.[8]

وبالرغم أن عقود الإمتياز هي الأصل التاريخي لتفويض المرفق العام في الجزائر سواء أكان على المستوى الوطني[9] أو على المستوى المحلي[10]، إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي كرس الإطار القانوني العام لتفويض المرفق العام[11]، والتي نصت المادة 210 منه على أشكاله الأربعة وفصلت أحكامها، بموجب المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام[12]، وهو ما يجرنا لطرح الإشكال الرئيسي التالي:

ماهي أشكال تفويضات المرفق العام وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم التنفيذي 18-199؟

للإجابة عن هذا الإشكال يتبادر إلى أذهاننا التساؤلات الفرعية التالية:

- ما الفرق بين شكل الامتياز المنصوص عليه في المرسوم الرئاسي 15-247 والامتياز المنصوص عليه في قانون الولاية 07/12 وقانون البلدية 10/11؟
- ما الفرق بين تفويض المرفق العام بشكل الإمتياز أو الإيجار؟
- ما الفرق بين تفويض المرفق العام بشكل الوكالة المحفزة أو التسيير؟
- لماذا هذا التداخل بين أشكال تفويضات المرفق العام؟

للإجابة عن هذا الإشكال الرئيس والتساؤلات الفرعية تم تقسيم الموضوع إلى محورين، يتناول المحور الأول شكل تفويض المرفق العام بطريقة الامتياز أو شكل الإيجاز، أما المحور الثاني فسنتطرق إلى شكل تفويضات المرفق العام بطريقة الوكالة المحفزة أو بطريقة التسيير.

المحور الأول: شكل تفويض المرفق العام بطريقة الإمتياز أو طريقة الإيجار

يعد شكل الامتياز أو الإيجار من أقدم طرق تفويض المرفق العام في الجزائر.

أولا- شكل تفويض المرفق العام بطريقة الإمتياز:

يقتضي دراسة هذا العنصر، التطرق إلى تنظيم عقد الامتياز وإبراز الفرق بين الامتياز المنصوص عليه في المرسوم الرئاسي 15-247، والامتياز المنصوص عليه في قانون البلدية 10/11 وقانون الولاية 07/12.

1- تنظيم عقد الإمتياز: لقد أثار إمتياز المرفق العام سواء الوطني أو المحلي تساؤلات عديدة، مما جعله محل دراسات فقهية وتطبيقات قضائية في فرنسا أو في الجزائر، وهو ما سنحاول إزالة اللبس عليه.

أ- تنظيم عقد الإمتياز في فرنسا: تناول الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي الفرنسي تعريفات لعقد الإمتياز.

أ-1- تعريف الفقه الفرنسي: يعتبر الإمتياز أقدم عقود تفويضات المرفق العام التي بدأ العمل به منذ بداية القرن 19م، والذي منح بموجبه لبعض الشركات الإقتصادية والخواص بتسيير قطاع المياه والكهرباء والسكك الحديدية[13]، وقد أجمع الفقه الفرنسي على أن عقد إمتياز المرفق العام هو من أشهر عقود التفويض، حيث عرفه الأستاذ Chenaux على أنه اتفاقية يفوض بموجبها شخص عمومي إستغلال مرفق عام لشخص آخر وأجره مرتبط بالنتائج المالية للإستغلال.[14]

أما الأستاذ Braconnier يعرفه: "هو العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصا عموميا أو خاصا بإستغلال مرفق عام بكل أعباءه ومخاطره وأرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"[15]، وتجمع كل هذه التعاريف إجبارية دفع إتاوات كعنصر أساسي في عقد الإمتياز.

أ-2- تعريف المشرع الفرنسي: يعتبر الإمتياز الأصل في تسيير تفويض المرفق العام في فرنسا، من خلال تعريف المادة 38 من القانون 93-122 لتفويض المرفق العام كما يلي: " تفويض المرفق العام هو عقد يخول بموجبه شخص من أشخاص القانون العام بتسيير مرفق عام، يتولى مسؤوليته شخص عام أو خاص بمقابل مالي مرتبط بإستغلال المرفق".

وما يمكن إستنتاجه أن عقد الإمتياز ومنذ إصدار المشرع الفرنسي للنظام القانوني الذي يحكم تفويضات المرفق العام سنة 1993، فرق بين إمتياز المرفق العام في صورته التقليدية وإمتياز المرفق العام باعتباره قلب تفويض المرفق العام والذي أخضعه لمبدأ المنافسة [16]، وتتمثل هذه الفروقات كما يلي:

- تخضع عقود تفويض المرفق العام لنظام قانوني خاص وضعه المشرع، أما إمتياز المرفق العام التقليدي فإنه يخضع لمبادئ التعاقد في للقانون الإداري.

- يخضع الإمتياز المرفق العام في صورته التقليدية إلى مبدأ الإختيار الشخصي L'instuituspersonae لصاحب الإمتياز، في حين يفرض النظام القانوني للتفويض خضوع إختيار صاحب الإمتياز للإعلان المسبق والإشهار وإجراءات المنافسة.[17]

أ-3- تعريف القضاء الفرنسي: عرف القضاء الفرنسي الإمتياز بموجب القرار الصادر في 30 مارس 1916[18]، في النزاع القائم بين الشركة العامة للإنارة وبين بلدية بوردو Arrêt Gaz Bordeau بأنه: " العقد الذي يخول لفرد أو شركة تسيير مرفق عام على نفقاتهم الخاصة مع أو بدون دعم، مع الحق في جميع الإتاوات على المستخدمين أو أولئك الذي يستفيدون من المرفق العام".

ب- تنظيم عقد الإمتياز في الجزائر: سنتناول في هذا الصدد مختلف التعريفات الفقهية، التشريعية، والقضائية لعقد الإمتياز.

ب-1- تعريف الفقه الجزائري لعقد الإمتياز: يعرف الأستاذ عمار بوضياف عقد إمتياز المرفق العام كما يلي: " أن تعهد الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية إلى أحد الأفراد أو أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق إقتصادي وإستغلاله لمدة محدودة، وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته وفي المقابل يتقاضى رسوما يدفعها كل من إنتفع بخدمات المرفق".[19]

كما يعرفه الأستاذ رشيد زوايمية هو كل عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يسمى صاحب الإمتياز لتسيير مرفق عمومي في إطار إحترام دفتر الشروط مع تحمل صاحب الإمتياز مخاطر وأعباء التسيير.[20]

فالإمتياز يستوجب منح إستغلال مرفق عام لمدة محددة ويستلزم في النهاية عودة الأملاك إلى الدولة والجماعات المحلية بعد إنقضاء مدة العقد.

ب-2- تعريف القضاء الجزائري لعقد الإمتياز: ذهب مجلس الدولة الجزائري إلى تعريف عقد الإمتياز في القرار رقم 11950 فهرس 11950، الصادر في 9 مارس 2004 في قضية شركة نقل المسافرين "سريع الجنوب" ورئيس المجلس الشعبي لبلدية وهران كما يلي: " أن عقد الإمتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه سلطة بشكل إستثنائي للمستغل بالإستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل إستثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة ولكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه"[21]

ب-3- تعريف القانون الجزائري لعقد الإمتياز: حاول المشرع الجزائري في العديد من النصوص القانونية إعطاء تعريف قانوني لعقد الامتياز، نذكر منها:

- الأمر 96-13: عرف قانون المياه لسنة 1996 المعدل والمتمم لقانون المياه 83-17 السالف الذكر، إمتياز المرفق العام بأنه عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية، وفي هذا الصدد يمكن أن تمنح لصالح الهيئات العمومية والأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص الذين تتوفر فيهم المؤهلات الضرورية، ويكون الإمتياز في جميع الحالات مرفقا بدفتر الشروط.[22]

وما يلاحظ على هذا القانون أن المشرع الجزائري إنتقل نقلة نوعية، حين عبر صراحة على نيته في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة وذلك تماشيا مع السياسة الجديدة التي تبنتها الدولة في تغيير نظرتها الإيدولوجية بشأن تنظيمها الاقتصادي.[23]

- قانون المياه 05-12: هذا النص 05-12 المتعلق بالمياه[24]، إعتبر هو الآخر أن صاحب الإمتياز لا يمكن أن يكون إلا شخصا اعتباريا خاضعا للقانون العام دون سواه من الأشخاص الخاصة، حيث نصت المادة 101 فقرة 2 على ما يلي: "يمكن للدولة منح إمتياز تسيير الخدمات العمومية لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم".

وهذا ما يتناقض مع عقد الإمتياز المنصوص عليه في الأمر 96-13 التي منحت الإمتياز للقطاع العام والخاص معا، وهذا ما يتجلى من خلال نص 104 أن المشرع إتجه

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

نحو تكريس التفويض كآلية جديدة في تسيير الخدمة العمومية للمياه، إلا أنه استبعد الإمتياز من طائفة عقود التفويض، ويظهر ذلك بوضوح من الناحية الشكلية فقد خصص المشرع لتقنية التفويض القسم الثاني من الفصل الأول بعنوان تفويض الخدمة العمومية للمياه في حين خصص القسم الأول من نفس الفصل للإمتياز، أما من الناحية الموضوعية فقد إعتبرت المادة 101 فقرة 2 من نفس القانون تفويض الخدمة العمومية للمياه كأسلوب مستقل بحد ذاته لا يشمل عقد الإمتياز، وهذا على عكس ما استقر عليه التشريع والقضاء الفرنسي الذي جعل منه الصورة الأساسية للتفويض.[25]

- تعريف القانون 08-14: عرف هذا النص الإمتياز بقوله: " يشكل منح إمتياز إستعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة صاحبة حق الإمتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الإمتياز، حق إستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء أو إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل الإمتياز إلى السلطة صاحبة حق الإمتياز..."[26].

- المرسوم التنفيذي 18-199: عرف المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018، المتعلق بتفويضات المرفق العام الإمتياز، هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وإما تعهد له فقط إستغلال المرفق العام.[27]

والملاحظ على هذا التعريف الأخير أنه تضمن لأول مرة الإمتياز كشكل من أشكال تفويض المرفق العام في تسيير المرافق العامة المحلية، وحذا بذلك المشرع حذو المشرع الفرنسي، وجمع بين الإمتياز والتفويض كآلية في نفس النص هذا من جهة، ومن جهة ثانية حمل هذا التعريف مفهوما جديدا له بالمقارنة للإمتياز المنصوص عليه في قانون البلدية 11-10 والولاية 12-07، والذي أصبح بإمكان المفوض له إنشاء مرافق عمومية محلية، وهو ما لا نجده في الإمتياز المنصوص عليه في قانون الجماعات المحلية (الولاية، البلدية)، حيث يقتصر فقط على التسيير دون الإنشاء، وهو ما نعتبره

أن الإمتياز المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 18-199 كآلية لتفويض المرفق العام خاضع لمبدأ المنافسة[28]، هو ليس الإمتياز المنصوص عليه في قانون البلدية والولاية الخاضع لمبادئ القانون الإداري.

فالإمتياز التقليدي، يتحمل فيه صاحب الإمتياز تكاليف الخدمة والمخاطر وإحترام التعريفة المتفق عليها في دفتر الشروط مع الإدارة، إلا أن الإمتياز الحالي يتحمل صاحب الإمتياز في كثير من الأحيان بناء الأشغال اللازمة لتنفيذ الخدمة[29].

2- عناصر تفويض المرفق العام: نصت المادة 4 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام على عناصر تفويض المرفق العام بشكل الإمتياز، وهي:

أ- السلطة المفوضة: اقتصرت هذه المادة على تحديد السلطة المفوضة على الجماعات الإقليمية (الولاية والبلدية)، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والمسؤولة عن مرفق عام، وبالتالي جاء هذا النص ليمنح للجماعات الإقليمية وحدها من لها الحق بتفويض المرفق العام، والسؤال المطروح هنا، لماذا أخرج المشرع الدولة وباقي المؤسسات العامة من دائرة التفويض العام ؟، والإجابة حسب تقديرنا في نظرنا أن المشرع إستهدف من خلال هذا النص زيادة الجباية المحلية للولاية والبلدية، بإضفاء مفهوم جديد لعقد الإمتياز بتسيير مرفق عام بطريقة الإنشاء أو الإستغلال أو الإقتناء لمرافق تابعة للجماعات الإقليمية، وقد كرست ذلك المادة 141 من مشروع قانون الجماعات الإقليمية[30]، حين نصت على أنه يمكن إستغلال المرافق العمومية عن طريق الإمتياز أو تفويض المرفق العام طبقا للتنظيم المعمول به، وبالتالي أصبح للجماعات الإقليمية تسيير المرفق بطريقة إما بالإمتياز الذي يحكمه قانون الجماعات الإقليمية، وإما بشكل الإمتياز المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 18-199 القائم على مبدأ المنافسة، الذي يعتبر من أهم مبادئ الصفقة العمومية الذي يضمن المساواة والشفافية وتكافؤ الفرص عن طريق الإشهار[31].

ب- المفوض له: يقصد بالمفوض له الشخص المعنوي العام أو الخاص والخاضع للقانون الجزائري بإنشاء أو تسيير أو إستغلال مرفق عام تابع للجماعات الإقليمية، لمدة لا تتجاوز 30 سنة، وقد تمدد هذه الفترة بـ 4 سنوات كحد أقصى العام[32]، وهي مدة تتناسب مع هذا الشكل خاصة وأن الإمتياز المنصوص عليه في تفويضات المرفق أصبح

منشأ للمرافق العمومية، والمفوض له يسعى أولا في بداية المدة الإمتيازية لإسترجاع تكلفة المرفق ثم الحصول على هامش ربح بعد ذلك.

جـ- المحل: ينصب عقد الإمتياز بشكل الإمتياز على إنشاء وإستغلال مرفق عام تابع للجماعات الإقليمية أو أحد المؤسسات الإدارية التابع لها أو بإستغلاله فقط، إلا أنه تستثنى من ذلك بعض المرافق السيادية التابعة للجماعات المحلية[33]، فلا يتصور مثلا أن يفوض تسيير مرفق الحالة المدنية التابع للبلدية لأحد الخواص بشكل الإمتياز أو بأي شكل لآخر.

ثانيا- شكل تفويض المرفق العام بطريقة الإيجار:

سيتم التطرق في هذا العنصر إلى تعريف عقد الإيجار وخصائصه، وتمييزه عن عقد الإمتياز.

1- تعريف عقد الإيجار وخصائصه: عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار، كما يتميز هذا الأخير بالعديد من الخصائص.

أ- تعريف عقد الإيجار: عرف المشرع عقد الإيجار بأنه الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة تسيير وصيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة.[34]

ب- خصائص عقد الإيجار: من خلال التعريف السابق نستنتج خصائص عقد الإيجار، وهي:[35]

- تحمل السلطة المفوضة إقامة المرفق: تتولى السلطة المفوضة مانحة التفويض نفقات إنجاز المرفق العام ومنحه للشخص العام أو الخاص قصد تسييره لحسابه الخاص.

- تأدية جزء من المقابل المالي إلى السلطة المفوضة: يقوم المفوض له بدفع إتاوة سنوية مع تحمل كل المخاطر التي قد تحلق بالمرفق العام أثناء تسييره أو إستغلاله من طرف المفوض له.

- مدة عقد إيجار المرفق العام: تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار بخمس عشر سنة كحد أقصى، كما قد يمدد العقد لمدة ثلاث سنوات بطلب

من السلطة المفوضة بتقرير معلل لإنجاز إستثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية.

2- تمييز عقد إيجار المرفق العام عن عقد الإمتياز: بالرغم أن عقد الإمتياز يقترب جدا من عقد الإيجار، بحكم أن كلاهما يتفقان في أنهما شكل من أشكال تفويض المرفق العام، كما أن المقابل المالي لكل من صاحب الإمتياز والمستأجر يكون بتحصيل أتاوي من المنتفعين، ويخضعان لرقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، لكن مع ذلك توجد إختلافات بين عقد إمتياز المرفق العام وعقد إيجار المرفق العام وتتمثل في:

- يتحمل المفوض له في عقد الإيجار مسؤولية تسيير وصيانة المرفق العام دون إنشائه الذي يقع على عاتق السلطة المفوضة، عكس عقد الإمتياز الذي قد ينص على إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام.

- مدة عقد إيجار المرفق العام أقصر من مدة عقد الإمتياز التي تكون طويلة نسبيا.

- يلزم المفوض له دفع مقابل مالي للسلطة المفوضة عن عقد الإمتياز مقابل إستغلال المرفق العام وذلك من خلال أتاوي الذي يتم تحصيلها من مستعملي المرفق العام.[36]

- يسري هامش الربح بالنسبة للمفوض له المستأجر من تاريخ الإيجار وإستعمال المرفق من طرف المنتفعين، في حين يعوض صاحب الإمتياز تكلفة إنجار المرفق أولا في المرحلة الأولى ثم الحصول على الهوامش الربحية في المرحةالثانية.

وقد ميز مجلس الدولة الفرنسي في قضية Commune d'Elancourt في 29 أفريل 1987[37]، في الحكم الصادر عنه بين عقد إيجار المرفق العام وعقد إمتياز المرفق العام، وفق معيارين:

أ- المعيار المالي: يلتزم المستأجر بدفع مقابل مالي من حصيلة ما يتقاضاه من المنتفعين في شكل إتاوة سنوية، حتى يُمكن له إستخدام التجهيزات والإنشاءات التي قام بإيجارها[38]، والذي يعتبر أهم خاصية مميزة لعقد الإيجار، ولكن ليس هناك ما يستبعد أحيانا أن يقوم صاحب الإمتياز بدفع مقابل للسلطة مانحة للإمتياز.[39]

ب- المعيار المادي: خلافا لعقد الإمتياز فإن عقد الإيجار لا يتحمل فيه المستأجر تشييد إنشاءات جديدة تتطلب إستثمارات مهمة، وهذا ما نصت عليه تعليمة وزارة

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

الداخلية رقم 94-3/848 المتعلق بإمتياز المرافق المحلية، لأن الهدف من الايجار ليس التنازل عن المرفق العام إنما هو مجرد طريقة لتسييره واستغلاله نيابة عن الجماعات الإقليمية.[40]

المحور الثاني: شكل تفويض المرفق العام بطريقة الوكالة المحفزة أو طريقة التسيير

علاوة على طريق تسيير المرافق العامة بطريقة الامتياز والإيجار، جاء المرسوم الرئاسي 15-247 الذي نص على طريقتين لتفويض المرفق العام وهما طريقة الوكالة المحفزة أو طريقة التسيير.

أولا- شكل تفويض المرفق العام بطريقة الوكالة المحفزة:

حدد المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، تعريف دقيقا للوكالة المحفزة، كما حدد حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له.

1- تعريف الوكالة المحفزة: الوكالة المحفزة هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير، أو تسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له بإستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته[41]. كما تعرف أيضا الوكالة المحفزة، أن يعهد شخص عام تسيير مرفق عام من طرف المفوض له ولحساب الشخص العام، ويستفيد المفوض له من عائدات على أساس رقم الأعمال[42].

ويتضح من خلال هذين التعريفين أن الوكالة المحفزة، الجماعات الإقليمية هي من تنشأ المرفق العام ويقوم المفوض له بتسييره أو تسييره وصيانته، كما تحتفظ الإدارة بإدارة المرفق كليا.

2- آثار تفويض المرفق بشكل الوكالة المحفزة: للسلطة المفوضة حقوق في تفويض المرفق العام بشكل الوكالة المحفزة في مواجهة المفوض، كما تتحمل جزء من الواجبات.

أ- آثار تفويض المرفق بالنسبة للسلطة المفوضة: تتمتع السلطة المفوضة بمجموعة من الحقوق في تفويض المرفق بشكل الوكالة المحفزة.

أ-1- الإحتفاظ بإدارة المرفق العام: على عكس تفويض المرفق العام بشكل الإمتياز أو الإيجار فإن تفويض المرفق بشكل الوكالة المحفزة، يمنح للسلطة المفوضة

الإحتفاظ كليا بالمرفق العام، وتسند فقط للمفوض تسيير أو صيانة المرفق العام.

أ-2- الرقابة والإشراف: تحتفظ السلطة المفوضة بحق الرقابة الكلية، وهو ما يميزه عن أسلوب الإمتياز أو الإيجار الذي تكون فيه الرقابة جزئية للسلطة المفوضة.(43)

ب- آثار تفويض المرفق العام بالنسبة للمفوض له

للمفوض له مجموعة من الحقوق والواجبات نص عليها المرسوم 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام وهي:

ب-1- حقوق المفوض له: يتمتع المفوض له بعدة حقوق في مواجهة السلطة المفوضة، وهي:

- تسيير المرفق وصيانته: يخول تفويض المرفق العام للمفوض له تسيير المرفق العام وصيانته أو يعهد له تسييره فقط.

- الحصول على مقابل مالي: يحق للمفوض له تسيير وصيانة المرفق بشكل الوكالة المحفزة الحصول على مقابل مالي والذي يكون في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، مضافا إليها منحة الإنتاج وحصة من الأرباح.(44)

- حق تحديد التعريفة: خول المشرع للمفوض له أن يحدد تعريفه لمستعملي المرفق العام بالإشتراك مع السلطة المفوضة ويحصلها لصالح السلطة المفوضة.(45)

ب-2- واجبات المفوض له: تقع على المفوض له الواجبات التالية:

- تحمل المخاطر التجارية والصناعية: قد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الإستغلال ومخاطر صناعية متعلقة بأعباء الإستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام، والتي تقع على عاتق المفوض له وحده دون السلطة المفوضة.(46)

وقد كيف هذا العقد من قبل الإجتهاد القضائي الفرنسي في قضية SAMITOM على أنه أحد عقود تفويض المرفق العام، وذلك لأن المقابل المالي المتحصل عليه من طرف المسير مرتبط بنتيجة الإستغلال.(47)

- مدة عقد الوكالة المحفزة: لا تتجاوز مدة العقد 10 سنوات، على اعتبار أن مانح التفويض لا يتولى إقامة المرفق العام، ويتحمل المفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، كما قد تمدد هذه المدة بسنتين كحد أقصى في حالة إنجاز إستثمارات مادية

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

بطلب من السلطة المفوضة[48]، ويتعين على إخلال المفوض له بواجباته إلغاء عقد تفويض المرفق بشكل الوكالة المحفزة.

ثانيا- شكل تفويض المرفق العام بطريقة التسيير:

سيتم تعريف عقد التسيير (1)، ثم تمييزه عن الوكالة المحفزة للتقارب بين الشكلين (2).

1- تعريف عقد التسيير: عرف المشرع عقد التسيير على أنه الشكل الذي تعهدالسلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له[49]. ويتضح من خلال هذا التعريف أن الدولة هي من تنشأ المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

2- تمييز عقد تسيير المرفق العام عن عقد الوكالة المحفزة: يتفق عقد تسيير المرفق العام مع الوكالة المحفزة في كون السلطة المفوضة هي من تنشأ المرفق العام وتعهد تسييره أوصيانته للمفوض له، وتحتفظ بإدارته وبرقابة كلية على المرفق العام، والحق في المقابل المالي يكون بنسبة مئوية من رقم الأعمال مضافا إليها المنحة الإنتاجية وتحصيل التعريفات لصالحها، ويختلف عقد التسيير عن الوكالة المحفزة في:

- يتحمل المفوض له المخاطر التجارية والصناعية في حالة الوكالة المحفزة، في حين تعوض السلطة المسير بأمر جزائي، في حالة العجز في عقد التسيير.

- يتم تحديد تعريفة مستعملي المرفق بالإشتراك مع المفوض له في حالة الوكالة المحفزة، بينما تحدد بإرادة منفردة من طرف السلطة المفوضة في عقد التسيير.[50]

- عقد الوكالة المحفزة أطول من عقد التسيير المحددة بـ 5 سنوات قابلة للتمديد بسنة واحدة.[51]

- تحتفظ الإدارة بالأرباح وفقا لدفتر شروط المحدد مسبقا في عقد التسيير، بينما يعود جزء من أن الأرباح للمفوض له في حالة عقد الوكالة المحفزة.[52]

وقد إعتبر المشرع الجزائري عقد التسيير كأسلوب لتفويض المرفق العام، حيث اشترط ارتباط أجر التفويض بنتائج الإستغلال وهي منحة إنتاجية، عكس القضاء الفرنسي الذي كيفه مرة صفقة عمومية ومرة أخرى عقد تفويض، والعبرة في التفرقة

EISSN: 2588-2368 ISSN: 2352-975X

بين التفويض والصفقة العمومية هو مدى إرتباط المقابل بنتائج الإستغلال، وهذا الارتباط يشكل عنصرا رئيسيا في عقد التفويض.(53)

خاتمة:

في خاتمة هذه الدراسة التحليلية لأشكال تفويضات المرفق العام توصلنا إلى جملة من النتائج، وهي:

1- تتكون أشكال تفويضات المرفق العام من أربعة أشكال هي: الإمتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة والتسيير.

2- قصر المشرع اللجوء لتفويض المرفق العام حسب المرسوم التنفيذي 18-199 على الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها دون الدولة ولعل الهدف من ذلك خلق موارد ذاتية جديدة للجماعات المحلية بإنشاء أو تسيير أو صيانة مرافق عامة تابعة لها .

3- يختلف الإمتياز المنصوص عليه المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية الخاضع لمبدأ المنافسة، عن الإمتياز المنصوص عليه في قانون البلدية والولاية الخاضع لمبدأ التعاقد في القانون الإداري.

4- أضاف المشرع سلطة إنشاء المرافق العامة من طرف المفوض له بشكل الإمتياز في تسيير المرافق المحلية، طبقا للمادة 53 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام وهو ما لم يكن منصوص عليه في الأحكام التقليدية التي تحكم الإمتياز في قانون البلدية والولاية.

5- تتمتع الإدارة بسلطة رقابة جزئية في شكل الإمتياز أو الإيجار، وبرقابة كلية في شكل الوكالة المحفزة والتسيير.

6- يكون المقابل المالي للسلطة المفوضة عن طريق إتاوة في شكل الإمتياز أوالإيجار بينما يكون المقابل المالي للسلطة المفوضة من عائدات الإستغلال في شكل الوكالة المحفزة أو التسيير.

7- أخلط المشرع بين الاشكال الأربعة في تفويض المرفق العام حين إعتبرها كلها إما إنشاء أو إقتناء أو تسيير أو صيانة وتداخلت الأشكال الأربعة، وعلى المشرع أن

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

يفرد لكل شكل نوع معين إما بالتسيير أو الصيانة أو الإنشاء حتى يدرك الفرق بينهما.

الهوامش والمراجع:

(1)- Auby Jean François, Les services publics Locaux, Thémis droit PUF, Paris, France, 1982, P1.

(2)- La loi d'orientation N°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la république, JO FR N° 33 du 8 février 1992. www légifrance.gov.fr

(3)- La Loi N° 93-122 du 9 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et de la procédure publique. Modifie par la loi N° 2014-873 du 4 Août 2014 pour l'égalité réelle entre
les femmes et les hommes, JO FR N°25 du 30 janvier 1993. www.légifrance.gov.fr

(4)- صالح زمال، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري- قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15، مقال منشور بمجلة حوليات الجامعة الجزائر1، العدد32، الجزء الأول، 2018، ص495.

(5)- سوهيلة فوناس، عقود تفويض المرفق العام-دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي-، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة بجاية، العدد 10، الصادرة في 20 نوفمبر2014، ص243.

(6)- صالح زمال، أسس تفويض إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة القانون- المجتمع والسلطة الصادرة عن مخبر القانون بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران 2، العدد 6، الصادرة في 3 فيفري 2017، ص158.

(7)- الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 15 جوان1996، المعدل والمتمم للقانون 83-17 المؤرخ في 16 جويلية 1983 المتعلق بالمياه، الجريدة عدد37 الصادرة في 16 جويلية 1996.

(8)- نصت المادة 67 من الأمر 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بالمياه المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية عدد 60 الصادر في 4 سبتمبر 2005)، على أنه يمكن أن تمنح رخصة للمفوض لهم الخدمات العمومية المتعلقة بالماء والتطهير.

(9)- انظر المرسوم التنفيذي 02-40 المؤرخ في 14 جانفي 2002، المتضمن المصادقة على إتفاقية إمتياز إستغلال لخدمات النقل الجوي الممنوحة، لشركة الطيران " الخليفة للطيران"، وكذا دفتر الشروط المرافق لها، الجريدة الرسمية، عدد 4 الصادرة في 16 جانفي 2002.

(10)- انظر المادة 149 من قانون الولاية 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 (الجريدة الرسمية عدد 12 الصادر في 29 فيفري2012)، والمادة 155 من القانون 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية (الجريدة الرسمية عدد 37 الصادرة في 3 جويلية2011).

(11)- الجريدة الرسمية، عدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015

(12)- الجريدة الرسمية عدد 48 الصادرة في 5 أوت 2018.

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

(13)-Farid Ouabri, Droit administratif, Office des Publication Universitaires, Alger, Ben Aknoun,2017,P185.

(14)- Chenaud Franzier (c): La notion de délégation de service public, RDP,France, premiére édition, 1995, P188.

(15)-Braconnier Stéphane,Droit des services publics,France, 2éme édition, Thémis droit PUF, Paris,2004,P 436.

(16)- Art 38 du La Loi française N° 93-122: "Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure **de publicité de plusieurs offres concurrentes**, dans des conditions prévues par un décrit en Conseil l'Etat" JORF n°25 du 30 janvier 1993.

(17)- Thierry Alibert,"L'instuitus personae" dans la concession de service public, Un principe de mutation ?, Revue administration, 1990, P507.

(18)- Ce, Arrêt conseil d'état frnaçais du 30 Mars 1916 N° 59928 «Compagnie générale d'éclairage de bordeaux».
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007629465 vu le 17/07/2019 à 16: 30

(19)- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2015، المحمدية، ص465.

(20)- Rachid Zouaimai, La délégation de service public au profit des personnes privées, Maison d'édition Belkeise,Alger, 2012, P74.

(21)- قرار رقم 11952/11950 الصادر عن مجلس الدولة الجزائري، بتاريخ 2004/03/09 عن الغرفة الثالثة، بين شركة المسافرين "سريع الجنوب" ضد رئيس بلدية وهران، انظر في هذا الصدد الموقع: www.conseildetat.dz

(22)- انظر المادة 4 الفقرة 2 من الأمر 96-13، المرجع السابق

(23)- سوهيلة فوناس، المرجع السابق، ص248.

(24)- الجريدة الرسمية عدد 60 الصادرة في 4 سبتمبر 2005

(25)- سوهيلة فوناس، المرجع السابق، ص249.

(26)- المادة 64 مكرر من القانون 08-14 المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للقانون 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة في 3 أوت 2008.

(27)- المادة 53 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 48 الصادرة في 5 أوت 2018 .

(28)- ترد على هذا المبدأ استثناءات نص عليها المنظم في المادة 16 من المرسوم التنفيذي 18-199 الذي تلجأ فيه السلطة الفوضة إلى التراضي البسيط أو التراضي بعد الإستشارة والتي تشبه الحالات

المنصوص عليها في المادة 49 و51 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج رعدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015)، وهي إستثناءات على مبدأ الدعوة للمنافسة، كما هو الشأن في الإستثناءات التي أوردها المشرع الفرنسي للسلطة المفوضة في عدم اللجوء للدعوة للمنافسة في الحالات التي ذكرتها نص المادة 31 من قانون Loi Sapin 93-122، والمشرع المغربي في الإستثناءات الواردة في نص المادة 6 من الظهير الشريف 1.06.15 المؤرخ في 14 فيفري 2006، والمتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة (الجريدة الرسمية المغربية عدد 5404 الصادرة في 16 مارس 2006).

(29)- Rachid Zouaimai et Marie Christine Rouault,Droit administratif, Berti édition, Alger, Dely Ibrahim, 2009, P223.

(30)- للإطلاع على مشروع الجماعات الإقليمية الجديد انظر:
https://fr.calameo.com/books/000980579be36f4b0edc3 vu le 17/07/2019 à 19: 50

(31)- نعيمة أكلي، التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقود الإمتياز، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة باتنة 1، الصادرة في 5 جوان 2017، ص 453.

(32)- المادة 53 الفقرة 2 و3 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق

(33)- المادة 2 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق

(34)- المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(35)- سهام سليمان، تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائر، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة لكلية الحقوق بجامعة المدية، الصادرة في 29 جوان 2017، ص142.

(36)- Farid Ouabri, Op.cit., P185 et 186.

(37)- Ce, Arrêt conseil d'état frnaçais du 29 Avril 1987 N° 51022 «Commune D'Elancourt»
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007727071 vu le 18/07/2019 à 18: 50

(38)- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الإمتياز، الشركات المختلطة، Bot، تفويض المرفق العام)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص456.

(39)- محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2000، بدون طبعة، القاهرة، ص81.

(40)- راضية بن مبارك، التعليق على التعليمة رقم 94-892/3 المتعلقة بإمتياز المرافق العامة وتأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص45.

(41)-المادة 210 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

(42)- Farid Ouabri, Op.cit, P 186

(43)- المادة 55 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(44)- المادة 55 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(45)- المادة 55 الفقرة 5 المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(46)-المادة 55 الفقرة 2 المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(47)- حسام الدين بوركيبة، (تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة)، مقال منشور بمجلة المفكر الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة محمد خيضر بسكرة، العدد14، الصادر في جانفي 2017، ص565.

(48)- المادة 55 الفقرة 6 و7 المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(49)- المادة 56 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(50)- المادة 56 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(51)- المادة 56 الفقرة 5 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(52)- المادة 56 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

(53)- محمود سردود، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المدية، العدد 3، الصادر ة في 29 جوان 2017، ص 295.

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X