

استمارة المشاورة

الإسم: فوزيل

اللقب : شريط

المؤهل العلمي : طالب دكتوراه

التخصص : إدارة عامة

الرتبة العلمية : طالب دكتوراه

المؤسسة : كلية الحقوق ، تيجاني هدام ، جامعة قسنطينة -1-

الهاتف: 0670-22-59-04

الفاكس : /

البريد الإلكتروني : fcheriet@gmail.com

المحور الرابع – تنظيم عقود تفويضات المرفق العام-

عنوان المداخلة : تقنيات تفويض المرفق العام وضماناتها

ملخص المداخلة :

نحلل موضوعنا هذا من خلال التساؤل حول ما إذا كانت النماذج التي أخذ بها المشرع في المرسوم التنفيذي 199/18 تمكن من التوفيق بين نجاعة خدمات المرافق العامة وتحقيق غايات المواطن ومصالح المفوض له؟

فيما تتمحور دراسة الموضوع على محاولة التمييز بين تقنية تفويض المرفق العام والمفاهيم المشابهة لها من الناحية النظرية أما من الناحية العملية فقد تم التطرق إلى الأشكال التي تأخذها عقود تفويض المرفق العام والتي حددها المرسوم بأربعة صيغ وهي الامتياز الوكالة المحفزة ، الإيجار ، التسيير وبين طرق إبرامها ، وأهم الضمانات المقدمة للأطراف المشتركة في اتفاقيات التفويض بمختلف صيغها كل ذلك في إطار المرسوم التنفيذي 199/18.

ملتقى حول : الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 – جامعة جيجل.

المحور الرابع : تنظيم عقود تفويضات المرفق العام .

عنوان المداخلة : تقنيات تفويض المرفق العام وضماناتها

فوضيل شريط – كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة منتوري ، قسنطينة -1-

ملخص

تخضع عقود تفويض المرفق العام الى عدة صيغ وأشكال سواء قبل إبرامها أو بعدها وقد نص المشرع الجزائري على هذه العقود وأفرد لها لأول مرة منذ الاستقلال في المرسوم الرئاسي 247-15 والتي كانت سابقا تدرج ضمن القانون المدني (عقد الامتياز)

وقد تطرق المرسوم التنفيذي 18-199 إلى طرق إبرامها من خلال القاعدة العامة وهي الطلب على المنافسة والاستثناء الذي يأخذ شكل التراضي البسيط وبعد الاستشارة حسب الحالة . كما حدد أربع أشكال لتفويض المرفق العام وهي : الامتياز ، الوكالة المحفزة ، الإيجار، التسيير. كما تضمن مجموعة من الضمانات لكل أطراف العقد.

Résumé :

Les contrats de délégation du service public sont soumis aux différents formes de passation depuis l'Indépendance et pour la première fois le décret exécutif n°15-247 a introduits ces contrats , ces derniers au parement ont été régies par les dispositions du code civil ,le décret n°18-199 a introduit aussi plusieurs modes de passation a l'inter de la concurrence et la gré a gré , la consultation il a déterminé aussi 4 formes du contrat de délégation de service public ; la concession , l'affermage , la régie intéressée , et la gestion .le texte contient aussi des garanties pour les partenaires contractants.

مقدمة

إن تسيير المرافق العامة كتقنية فنية ظهرت لأول مرة كفكرة في فرنسا ، حيث يتم بطريقة مباشرة وأخرى غير مباشرة ، وتعتبر التقنية الأولى سابقة في الظهور و نظرا لعجزها وللنفاص التي تشوبها والمسجلة على مستوى التسيير المحلي بتطبيقها، ومع تطور مهام ووظائف الدولة من متدخلة التي كانت تسيرو تهيمن على جميع قطاعاتها وتديرها بنفسها خاصة قطاع المرافق العامة، إلى التحول لدولة حارسة ضابطة التي بدأت فيها الدولة تتخلى تدريجيا عن تسييرها بإدخال تقنيات القطاع الخاص عن طريق الأشخاص الخاصة وذلك بواسطة عقود تفويض المرفق العام.

يعود السبب الرئيسي لهذا الانتقال الى تقليص الفاتورة الضخمة لطريقة التسيير المباشر (التسيير الذاتي أو المؤسسة العمومية) على ميزانية الدولة، كما أن النجاحات التي حققها أشخاص القطاع الخاص في ذلك الوقت سواء من جانب جودة الخدمات المقدمة أو التسيير المثالي أو الأرباح المحققة، أدى الى إعادة النظر في هذه الأساليب.

لقد تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي في مجال عقود تفويض المرافق العامة، كما تأثر كذلك بالنظام الاقتصادي الذي كانت تعيشه الجزائر والوضعية المالية للدولة، وذلك بالتخلي التدريجي عن مبادئ النظام الاشتراكي والأخذ بالنظام الرأسمالي وقد تم تجسيد عقد الامتياز كبديل للإدارة المباشرة.

ومع انهيار أسعار البترول أخذ المشرع يبحث عن الحلول البديلة لتمويل الخزينة العمومية في إطار محاولاته لسد العجز الحاصل، حيث توج البحث إلى إصدار المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي يتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وقد أفرد المشرع عقود تفويض المرفق العام لأول مرة منذ الاستقلال في التنظيم بصفة مستقلة ، ثم تلاه المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي يشرح كيفية تطبيق المادتين 207 و 210 منه.

لكن السؤال المطروح: هل النماذج التي أخذ بها المشرع في المرسوم التنفيذي 199/18 تمكن من التوفيق بين نجاعة خدمات المرافق العامة وتحقيق غايات المواطن ومصالح المفوض له؟

وعلى ضوء ذلك سنتناول هذه الدراسة من جانبيين:

المبحث الأول: تفرقة تقنية تفويض المرفق العام والمفاهيم المشابهة لها.

المبحث الثاني: عقود تفويض المرفق العام وأهم الضمانات المقدمة لأطرافها في ظل المرسوم 199/18.

المبحث الأول: تفرقة تقنية تفويض المرفق العام والمفاهيم المشابهة لها

لقد أدى العجز المسجل على مستوى الجماعات المحلية والذي تعود أسبابه الرئيسية إلى كثرة المهام المثقلة لها والتشابك والتداخل في وظائفها ومهامها، إذ سجل أن الجماعات المحلية تسيير كما هائلا من المرافق العامة إضافة الى الوظائف اليومية التي تؤديها ما أدى الى تسجيل العجز سواء من الناحية المالية أو من ناحية التسيير بكفاءة، منما أدى الى ظهور نوع من التزاوج بين القطاع العام والقطاع الخاص وذلك عن طريق عقود تفويض المرفق العام.

المطلب الأول: ماهية المرفق العام:

لقد قامت عدة نظريات قانونية وفقهية تمحورت أساسا حول فكرة المرفق العام، وكانت أساسا لتطورات عديدة لعدد من النظريات إلا أنها لم تصل إلى تحديد مفهوم دقيق وموحد للمرفق العام بل كانت كلها تعرفه من زاوية معينة، كما كانت هناك محاولات فاشلة لتعريفه كما يقول علماء القانون.

الفرع الأول : تعريف المرفق العام:

المرفق لغة هو ما يستعان به وينتفع به¹، أما في القانون الإداري فقد عرفه فقهاء فرنسيون بأن القانون الإداري هو قانون مرافق عامة ومن أمثلته بونارد **BONNARD** و جين **JENE** حيث اعتبرا أن فكرة المرافق العامة هي فكرة لمركزية القانون الإداري².

أما هوريو و رولاند إذ يتفقان على أن المرفق هو المشروع الذي تتولاه السلطات الإدارية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة وتستهدف منه تقديم خدمات عامة للأفراد وتستهدف منه تقديم خدمات عامة.³

انطلاقاً من هذه التعاريف نستنتج أنه ليس هناك تحديد واضح ودقيق للمرفق العام فهو عبارة عن اجتهادات فقهية و قضائية بحيث أن القاضي الفرنسي حاول تحديد هذا المفهوم من خلال عدة معايير.

الفرع الثاني: معايير تمييز المرافق العامة:

إن فكرة المرافق العامة من بين المفاهيم الغامضة والشائكة ونتيجة لذلك برزت العديد من الأفكار والآراء الفقهية والقضائية المرتكزة عليها والتي أعطت جملة من تعريفات انطلاقات من عدة معايير.

أولاً: المعيار العضوي أو الشكلي:

يأخذ هذا المعيار ويعرف المرفق العام انطلاقاً من الجهة التي أنشأته والتابعة لها والتي تهدف إلى إشباع الحاجات العامة وتكون جزءاً من تنظيم الدولة دون النظر إلى طبيعة النشاط الذي يمارسه.

وقد طبق هذا المعيار في القرن التاسع عشر في ظل الدولة الحارسة، لكن مع التطورات الحاصلة ظهرت فكرة أخرى وهي فكرة المرفق العام في المدلول الشكلي وذلك من خلال قضية بلانكو سنة 1873 إذ أسس الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي أن شركة التبغ والكبريت هي جزء من التنظيم الإداري في الدولة تمارس نشاطاً من أجل إشباع الحاجات العامة.

ثانياً: المعيار الموضوعي وظيفي:

يستند هذا المعيار إلى طبيعة النشاط التي تمارسه المرافق العامة، وبذلك تكون كل الإدارة تمارس نشاطاً يهدف إلى تحقيق الصالح العام تضعنا أمام مرفق عام، وهو ما يحدد اختصاصات القاضي الإداري، بحيث يمكن القول بأن المرافق الدفاع والأمن والصحة والتعليم هي مرافق عامة إذا نظرنا إلى الحاجات والخدمات المختلفة التي تستهدف إشباعها في مجالات الدفاع والأمن والصحة والتعليم.⁴ من خلال التعاريف السابقة نلاحظ عدم وضوح في تعريف المرافق العامة ما أدى بالفقهاء إلى تبني المعيارين مع بعضهما البعض، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالمعيار العضوي كقاعدة عامة لتحديد اختصاصات القاضي الإداري وجملة من المعايير التي يقرر بها في حالة عدم الوضوح يحسم بها رأيه ويفرق بينه وبين المرافق الخاص من بينها: مدى التمتع بامتيازات السلطة العامة، طبيعة القوانين المطبقة، تحقيق وتعظيم الربح، وطبيعة العقد التأسيسي للمرفق، طبيعة النشاط الممارس... وغيرها.

المطلب الثاني: تعريف تفويض المرفق العام:

إن مصطلح تفويض المرفق العام هو مصطلح جديد لعلاقة قديمة بين السلطات العمومية والقطاع الخاص،⁵ أما الفقه فلم يستخدم اصطلاح التفويض في مجال المرافق العامة إلا نادراً وعلى سبيل المثال فقد استخدم الأستاذ **J.F.AUBY** اصطلاح الإدارة المفوضة ويقصد به "إدارة المرفق العام" بواسطة شخص معنوي غير الجهة المنظمة أو المؤسسة العامة التي تنشأ لهذا الغرض، وأن المفوض إليه يكون عادة من أشخاص القانون الخاص، لكنه ليس كذلك بالضرورة ويرى الأستاذ **AUBY** أنه توجد أربعة تطبيقات لتفويض الإدارة تتراوح بين تفويض تضيق فيه إلى حد كبير الامتيازات الخاصة، وهذه التطبيقات الأربعة هي: الالتزام، الإيجار، المشاطرة، الاستغلال، والإدارة.⁶

لقد عرف المشرع الفرنسي تفويض المرفق العام بأنه: "العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة المرفق العام، بحيث يكون له المقابل المالي الذي يحصل عليه".⁷

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد تبني التجربة من خلال تفويض خدمات تسيير المياه والتطهير في كبرى المدن الجزائرية الى هيئة دولية ذات تجربة عالمية في هذا المجال، حيث في يوم 20 نوفمبر 2005 أبرمت كل من المؤسسة العمومية الجزائرية للمياه والديوان الوطني لتطهير مع **SUEZ-ENVIRONNEMENT** عقد لتسيير خدمات المياه و التطهير لولاية الجزائر⁸ .

المطلب الثالث: التمييز بين المرافق العامة القابلة للتفويض والغير قابلة له والمفاهيم المشابهة لها

إن أهمية التمييز بين هذه المصطلحات القانونية التي تكاد تتشابه إلى درجة كبيرة والتي لها أهمية بالغة في الحياة العملية فهناك العديد من الأطراف سواء كانوا الإداريين أو القانونيين أو عامة الناس من يخلط بينها ولذلك سنحاول ضبطها.

الفرع الأول : المرافق العامة القابلة للتفويض والغير قابلة لذلك:

نعني بالمرافق العامة القابلة للتفويض أو المرافق غير السيادية ، تلك المرافق التي نستطيع تطبيق تقنية التفويض عليها، و مبدئيا جميع المرافق العامة قابلة لتفويض ما لم يوجد نص قانوني أو تشريعي يمنع ذلك كما هو في فرنسا⁹.

أما بالنسبة للجزائر فقط أكد المشرع على هذا التوجه من خلال المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص ".... ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف...."¹⁰ وبالرغم من أن التشريع أجاز ذلك ونفس الشيء بالنسبة للاجتهاد القضائي الذي أجاز إمكانية تطبيق تقنية التفويض على كافة المرافق العامة وخاصة المرافق الاستثمارية (الاقتصادية) وهي تشكل أمثل جو و مجال لذلك، ويعود سبب في ذلك إلى طبيعة الملائمة لأن المفوض له يتحمل الأخطار والتعويضات وأعمال الصيانة والمقابل المالي... وغيرها من الإيجابيات، إلى أن تطبيق هذه التقنية من الناحية العملية هو تطبيق نسبي يخضع الى السلطة التقديرية لدولة.

أما بالنسبة للمرافق العامة الغير قابلة للتفويض فهي عبارة عن استثناءات عن القاعدة العامة وفي حالة عدم وجود قائمة دقيقة لهذه المرافق فيجب إعادة النظر في الأدوار التي تؤديها ولا يصح منعها الى بنص قانوني يحدها وذلك بالنظر الى طبيعة تلك المرافق¹¹ وما يلاحظ أن أسباب المنع تكون بأساسين هما:

أولاً: المانع الدستوري: إذ نجد أن الدستور ينص ويفرق بين المرافق العامة التي يذكر بأنها مرافق سيادية وبتالي تبقى حكرا على الدولة أي غير قابلة لأي تفويض ومن أمثلة ذلك: مرفق وزارة الدفاع الوطني، مرفق القضاء، مرفق الصحة، مرفق الشرطة، مرفق السجون...

ثانياً: المانع التشريعي:

نعني بالمنع وفقا لنص، المنع الذي يجد مصدره في النصوص القانونية وليس التنظيمية، فإذا أمكن الجماعة العامة (ونعني هنا السلطة الإدارية) أن تنظم تقنية التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة عبر وضع ضوابط وقيود على حرية التعاقد مثلا، إلا أنها لا تستطيع أن تمنع مرفقا عاما بأن يكون موضوعا لتقنية التفويض.

والمانع التشريعي لا يقتصر فقط على وجود نص يحظر صراحة التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، وإنما يمتد ليشمل الحالة التي تكون فيها الجماعات العامة قد منحت بقانون مهمته تحقيق غايات المرافق العامة.

والاجتهاد الفرنسي عبر عن المنع وفقا للنص القانوني في قرارات عدة، ففي قضية Syndicat des psychiatres (français) رفض مجلس الدولة تفويض إدارة و استثمار مرفق عام إداري لأن هناك نص يحظر ذلك.¹²

في حين أن اجتهاد القاضي الإداري الجزائري لم يصدر أي شيء بخصوص هذا المجال، وقد أصدر المشرع العديد من القوانين التي تدعم هذا المنع من بينها قانون النقد والقرض 11/03 وذلك حسب المادة 3 منه، والمرفق الغاز والكهرباء حسب المادة 29 من القانون 01/02.

الفرع الثاني : التمييز بين تقنية التفويض المرفق العام والمفاهيم المشابهة لها:

كما سبقت الإشارة له أن تقنية التفويض تكاد تتشابه مع العديد من المصطلحات فسنحاول في هذا العنصر تفريجه عن الصفة العمومية وعن الخصخصة أو الخوصصة.

أولاً: الصفة العمومية وتفويض المرفق العام:

قد يتبادر للوهلة الأولى أن مسألة التطرق إلى تحديد موقع صفة الأشغال العامة التي تندرج تحت عنوان الصفقات العامة بالنسبة لتقنية التفويض، هي سهلة بالنظر إلى الاختلاف والبعد الواضح في مفهومها لكن في الواقع إن التطبيق العملي لتقنيات المستحقة في تنفيذ المرافق العامة، وكذلك التضارب في الآراء في الفقه وحتى في الاجتهاد، أدى إلى وجود تداخل **Chevauchement** بين الصفة العامة وتقنية التفويض.

فقد يحدث أن تقوم الجماعة العامة بإلزام الغير في إطار صفة عامة بمهمة جمع ورمي النفايات المنزلية وكس وصيانة الطرقات والحدائق ، مع أن هذه المهمة وإذا أمعنا فيها النظر فهي تندرج في أطار تنفيذ المرفق عام بالرغم من خضوعها لنظام الصفقات العامة، وأيضاً هناك تقنيات تستخدم في تنفيذ المرفق تتضمن بعض خصائص الصفقات العامة كأساليب الإدارة الغير مباشرة ،وعقد الإدارة ، صفة مشروع الأشغال العامة.

1- أوجه الشبه بين الصفة وتقنية تفويض المرفق العام:

لقد اعتبر الفقهاء أن الصفة العامة لا تختلف عن تقنية التفويض المرفق العام لأنها تشكل أيضاً وسيلة لتنفيذه ويقول **J-C Douence** أن الصفة العامة تؤدي إلى إدخال الملتزم في مهمة تنفيذ المرفق عام وفي الإطار نفسه يقول الأستاذ **Marcou** إن تنفيذ المرفق العام يمكن أيضاً أن يعهد إلى الغير في إطار الصفة العامة ، ويعتبر أن العقود التي من خلالها يتحصل الملتزمين على عائدات مرصودة في موازنة الجماعة العامة هي صفقات عامة وإن كانت الأخيرة تشترك في تنفيذ مرفق عام ومهما كانت درجة مسؤولية الملتزم في هذا التنفيذ¹³

2- أوجه الاختلاف:

تعرف المادة الأولى من قانون الصفقات العامة الفرنسي بأنها : "العقود الموقعة من قبل أشخاص القانون العام مع أشخاص القانون الخاص بهدف تأمين الخدمات والأشغال واللوازم".

يعتبر الفقهاء **Laurent** و **ROUSSET** أن ملتزم بالصفة العامة ليس بمثابة صاحب تفويض لمرفق عام وفي هذا الخصوص تقول **C. Bergeal** في مطالعتها بقضية **SMITOM** :

« Nous pensons que cette notion de rémunération liée résultat de l'exploitation n'est pas obsolète et doit rester un critère de L'exploitation ».

وفقاً لهذا الرأي فإن معيار التمييز هو عنصر الاستثمار في تكوين تقنية التفويض التي لا تقوم لأن عائدات المستثمر ترتبط بصورة أساسية بالاستثمار، وأيضاً هناك مخاطر وأعباء تنتج عنه¹⁴.

لقد رأى البعض أن وجود المنتفع يشكل أحد معايير التمييز بين الصفة العامة وتقنية التفويض، ففي الأولى ليس هناك منتفع باعتبار أن الجماعة العامة تبقى المستفيد الوحيد من تنفيذ الصفة ، بينما في تقنية التفويض يبقى المستهلك أو المنتفع هو المستفيد من خدمات المرفق العام¹⁵،

إضافة إلى معيار الاستثمار والمخاطر الناجمة عنه هناك بعض العناصر التي تضاف لتؤكد هذا التمييز بينهما و هي :

- مبدأ الاعتبار الشخصي، فإذا كانت تقنية التفويض تخضع لقواعد المنافسة و العلنية والمساواة إضافة الى الية استدرج العروض المطبقة في نظام الصفقات العامة، إلا أن الجماعة العامة تبقى متمتعة بحرية التفاوض ومن ثم اختيار المستثمر خلافا لما هي عليه الحالة في الصفقة العامة.

- إن العقود المنتمية لتقنية التفويض لها طبيعة مختلطة (تنظيمية وتعاقدية) بينما الصفقة هي بكامل ذات طابع عقدي.
- إن الملتزم في الصفقة العامة يعمل كوكيل عن الجماعة العامة أي لاسمها ولحسابها ، خلافا لما هي عليه الحالة في تقنية التفويض حيث يعمل المستثمر لاسمه ولحسابه ، وخالصة القول نستطيع استنتاج أن ما أبداه مؤيدو فكرة التقارب لا بل حتى التماثل بين الصفقة العامة وتقنيات التفويض ، يبقى في ظل معيار الاستثمار والمخاطر الناجمة عنه عبارة عن حجج واهية تم إظهارها فقط لتأييد وجهة نظر معينة.¹⁶

أما بالنسبة للجزائر فنجد أن هناك تقارب وتشابه كبير بين الصفقة العمومية و عقود التفويض المرفق العام كما نجد اختلافات طفيفة فأولى بالنسبة لأطراف قد يكونوا أجنب في حين عقود التفويض قد استثنوا بنص صريح وذلك راجع لتجربة الجديدة حيث ولأول مرة يفرد المشرع الجزائري عقود التفويض جماعات المحلية في قانون خاص بها وهي سابقة منذ الاستقلال.

ثانيا : الخصخصة وتقنية تفويض المرفق العام:

وفقا لتعريف الخصخصة وللمعاني التي تحملها، فإن الأخيرة تعني أيضا جميع الوسائل والتقنيات المستخدمة في إدارة أو استثمار المرافق العامة ومن ضمنها تقنية التفويض المرفق العام، متى كانت من ناحية تتناول مرفقا عاما ومتى كان المستثمر من أشخاص القانون الخاص من الناحية أخرى.

ما يهمنا في هذا البحث هو تحديد موقع تقنية التفويض دون سائر الوسائل الأخرى من سياسة الخصخصة، في الواقع نستطيع القول والاستخلاص أن التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام ، لا يشكل خصخصة بالمعنى الواسع لها ، إنما فقط في معناها الذي ينصب على إدارة واستثمار مرفق عام من قبل أشخاص القانون الخاص.

يتضح إذا أن تقنية التفويض هي بحد ذاتها خصخصة لكن العكس غير صحيح إلا في إطار إدارة واستثمار مرفق العام وماعدا ذلك لاسيما عندما تتناول الخصخصة نقلا للملكية مشروع عام الى القطاع الخاص ، فإننا في هذه الحالة لا نكون أمام تفويض المرفق العام لكن هذا التعارض بين التفويض والخصخصة في معناها النقل للملكية ، ليس مطلقا إذ تبقى هناك بعض نقاط الشبه بينهما
1- أوجه الشبه:

1/ نقل عامل الاستثمار:

إن كلا من الخصخصة والتفويض يؤديان الى نقل عامل الاستثمار الى شخص خاص من خلال التقيد بمجموعة من القواعد والمبادئ التي تحكم آلية اختيار المستثمر.

2/ الرقابة:

لا تعفى الخصخصة و التفويض الجماعة المحلية العامة في حقها من الرقابة على النشاط الذي أصبح بيد القطاع الخاص ، فإذا كانت ممارسة سلطة الرقابة في التفويض المرفق العام لتشكل أحد امتيازات السلطة العامة وإن لم يرد نص بذلك ، تتمثل بنظام السهم الذهبي الذي يوفر للجماعة العامة مجموعة من الامتيازات .

فالخصخصة في معناها النقل للملكية وتستهدف أيضا تحسين الخدمة والجودة ورفع مستوى الإنتاجية في السلع والخدمات وهذا لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق وجود رقابة الفاعلة.

3/ الاحتكار:

إن التفويض و الخصخصة يؤديان في الغالب الى الاحتكار، فالأخير يترجم عن صغر حجم القطاع العام من جهة، وعن إتباع أسلوب الخصخصة الكاملة أي تناول مجمل أصول المشروع العام Privatisation Massier total من جهة أخرى، وهنا ننتقل من الاحتكار العام إلى الاحتكار الخاص.

ففي بريطانيا إن شركة British gaz تسيطر على 90% من حجم الأعمال في التزويد الغاز المنزلي، أما في قطاع الاتصالات فإن شركة Mercurey المنافسة لشركة British télécom لم تنجح سوى في احتلال نسبة 50% من حجم السوق .

4/ عنصر العائدات:

إن العائدات المخصصة والتفويض تشكل عنصرا يدخل في السياسات المالية العامة للدولة عندما تمثل وجماعتها العامة، فالخصخصة بمفهومها الناقل للملكية الى القطاع الخاص، تهدف الى حل المالي يتمثل من ناحية في خلق عائدات تستخدمها الدولة أو جماعاتها العامة في سد العجز المالي.

ومن ناحية أخرى في الحد من النفقات التي تتكبدها الدولة أو جماعاتها في مشروع عام لا يحقق الربح أيضا ترتبط بحلول مالية تسعى الدولة الى تحقيقها.

5/ الشراكة العامة - الخاصة : إن الخصخصة والتفويض قد يشكلان معا مصدرا للشراكة وذلك عندما تتمثل الخصخصة في أسلوب الاقتصاد المختلط.

6/ الطابع التشريعي : يحتاج التفويض وكذلك الخصخصة في الغالب الى إجازة تشريعية.

ثالثا : أوجه الاختلاف:

من خلال هذا العنصر سنحاول تحديد هذه الفروقات من حيث :

1/ طبيعة النشاط:

التفويض يتناول إدارة واستثمار مرفق استثماريا أو إداريا، بينما الخصخصة التي لا يمكن أن تقع على مشروع عام قد يأتي في إطار مهمة مرفقية، وهي وسيلة للتخلي عن النشاط العام الى القطاع الخاص، وبالتالي هي تشكل أداة فصل بين الجماعة العامة وقطاعها العام.

2/ اختلاف دور وسلطة الجماعة العامة:

تبقى الجماعة العامة في حالة التفويض صاحبة السلطة في الاشراف و الرقابة و التنظيم على المرافق العام ، لأنها في تفويض الى الغير إدارة واستثمار المرفق العام لا تتخلى عنه ككيان في قطاع العام ، إنما هي تعهد الى الغير فقط وظيفه استثماره التي تشكل جزءا من هذا الكيان لهذه الأسباب تبقى الجماعة العامة أيضا المسؤولة عن نشاط المرفق العام في حالات معينة والمالكة للمنشآت العامة ، فالجماعة العامة في حالة تفويض ترخص و تنظم وتراقب وأيضا تعاقب المستثمر عند ارتكابه للمخالفات لان الأخير يبقى مرتبطا بسلسلة من الالتزامات التي تفرضها المرافق العامة .

بينما الخصخصة ترفع يد الجماعة العامة عن مشروع العام فلا يعود لها أن تفرض أية عقوبة ولا يترتب عليها أي مسؤولية، ويختفي دورها في التنظيم كما أن الرقابة تبقى في غالب الأحيان شكلية وغير فعالة خاصة إذا كانت الشركات الخاصة أقوى من الجماعة العامة كما هي الحالة في الدول النامية ومنها لبنان¹⁷.

المبحث الثاني: عقود تفويض المرفق العام وأهم ضمانات المقدمة في ظل المرسوم 199/18

تعتبر اتفاقيات تفويض المرافق العامة من أهم العقود الإدارية التي ترميها السلطة المفوضة للمفوض له، وقبل إبرامها ونظرا لخصوصيتها فإن المشرع الجزائري قد حدد إجراءات ونماذج تنقيد بها السلطة المفوضة وتتعاقد بها.

المطلب الأول / أشكال وصيغ إبرام اتفاقية تفويض المرافق العامة

أنشأ المرسوم الرئاسي 15-247 أربعة طرق لتفويض المرافق العامة ثم أحال في مادته 210 على التنظيم ليحدد تطبيقها وهو ما تم بالفعل مع صدور المرسوم التنفيذي 18-199 الذي بين كل ما يتعلق بآلية التفويض.

الفرع الأول : أشكال عقود تفويض المرفق العام:

لقد تطرق المشرع الجزائري الى أشكال تفويض المرفق العام قبل صدور المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام عن طريق عقد التفويض وعقد الامتياز من خلال قانون البلدية 10/11 المادة 155 و156 وقانون الولاية 07-12 من خلال المادة 149 رغم ان هناك تعديل في تنظيم الصفقات العمومية سنة 2012 الى أن المشرع لم يدرج عقود تفويض المرفق العام الا غاية الغائه بالمرسوم الرئاسي 247/15.

أما بالنسبة لتحديد شكل التفويض المرفق العام فهو يكون حسب مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له ومدى تعقيد المرفق ومستوى رقابة السلطة المفوضة له ، فحسب المرسوم التنفيذي 199/18 يأخذ عقد تفويض المرفق أربعة أشكال هي: الامتياز، الايجار، الوكالة المحفزة، والتسيير.

كما أن هناك عقود أخرى غير مسماة غير مذكورة في الأشكال التي تم الإشارة لها.

أولا: الامتياز:

1-تعريفه:

لقد عرف القانون 83-17 المؤرخ في 16 جوان 1983 والمتضمن قانون المياه المعدل بموجب الامر 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 وتحديدا المادة 4 منه " عقد الامتياز بأنه من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية.¹⁸

وبالنسبة لقانوني الجماعات المحلية فقد أشارت الى إمكانية كل من البلدية والولاية اللجوء الى عقد الامتياز وفقا لتنظيم الساري المفعول ولشروط المحددة في دفتر الشروط وترخيص مسبق من جهة المسؤولة عنه إذا تعذر استغلاله وادارته بالأساليب المباشرة¹⁹ أما بالنسبة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 فقد نص على الحالات التي نكون فيها أمام عقد الامتياز وهي:

عندما تعهد السلطة المفوضة للمفوض له القيام بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله أو الاستغلال فقط.²⁰

وأخيرا صدر المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام لينص من خلال المادة 53 على تعريفه ليذكر بأنه الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له اما انجاز المنشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و إستغلاله من التمويل الخاص

و إما يعهد له فقط باستغلال المرفق العام ، بحيث يستغله بنفسه وعلى مسؤوليته تحت رقابة الجزئية من طرف السلطة المفوضة له ، ويموله بنفسه اقتناء الممتلكات واستغلاله ويتقاضى أتاوى من مستعملي المرفق العام²¹

2-مدته وتجديده:

إن مدة عقد الامتياز لا يمكن أن تتجاوز ثلاثون (30) سنة ويتم تجديدها مرة واحدة بناء على طلب من السلطة المفوضة وذلك عن طريق تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير موجودة في الاتفاقية شريطة ألا تتعدى مدة التمديد أربعة (04) سنوات كحد أقصى.

غير أنه يمكن تمديد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام لمدة سنة (01) واحدة بموجب ملحق وبطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل وذلك لاستمرارية المرفق العام²².

ثانيا: الأيجار:

1-تعريفه:

عرف عقد الأيجار حسب المادة 467 المعدلة والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007 من القانون المدني على أنه "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم" وحسب هذا التعريف فالإيجار له ثلاث عناصر التمكين من الانتفاع، والمدة، والأجر.

أما بالنسبة للمرسوم التنفيذي 199/18 فيعرف الأيجار بأنه الشكل الذي تعهد فيه السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام مقابل اتاوة سنوية يدفعها لها، بحيث يتصرف المفوض له ولحسابه مع تحمله لكامل المخاطر مقابل الرقابة الجزئية لسلطة المفوضة اما بالنسبة لتمويل فيكون من طرف السلطة المفوضة ويدفع اجر المفوض من الاتاوى التي يتقاضاها.

2-مدته وتجديده:

ان مدة عقد الأيجار محددة بخمس عشر (15) سنة كحد أقصى في الاتفاقية، كما يمكن تمديدها بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة وذلك على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات المادية عبر منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتجاوز مدة التمديد ثلاث(03) سنوات كحد أقصى، غير انه يمكن تمديد مدة اتفاقية تفويض لمدة سنة (01) بناء على ملحق وطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير لضمان استمرارية المرفق²³.

ثالثا: الوكالة المحفزة:

1-تعريفها:

نصت المادة 210 من المرسوم 247/15 على ما يلي: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام بأن يقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمويل بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المانحة تحدد بنسبة مئوية لإنتاجية من رقم الاعمال، تضاف اليها المنحة الإنتاجية وحصص من الأرباح، عند الاقتضاء.

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

أما المرسوم التنفيذي 199/18 فقد نص على أنها هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بحيث يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمويل بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية.

يقوم المفوض له بدفع الأجر مباشرة الى السلطة المفوضة في شكل نسبة مئوية من رقم الاعمال تضاف اليها المنحة الإنتاجية عند الاقتضاء حصص الأرباح.

يحدد الطرفين بالاشتراك التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام كما يحصلها المفوض له لصالحه.

2-مدتها وتجديدها:

ان مدة عقد تفويض المرفق العام الذي يأخذ شكل الوكالة المحفزة هي محددة بعشر(10) سنوات كحد أقصى، كما يمكن تمديدها بموجب ملحق بناء على طلب من السلطة المفوضة وذلك عن طريق تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير تلك المنصوص عليها في الاتفاقية شريطة ألا يتعدى التمديد سنتين (2) كحد أقصى، كما يمكن زيادة على حالة التمديد السابقة تمديد مدة الاتفاقية التفويض في هذا الشكل لمدة سنة(01) بموجب ملحق وتقرير معلل بطلب من السلطة المفوضة لضمان استمرارية حاجات المرفق العام²⁴.

رابعاً: التسيير

1-تعريفه:

لقد نصت المادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18 التسيير بأنه ذاك الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته ، بدون أي خطر يتحملة ، بحيث يستغله لحساب السلطة المفوضة الذي تموله بنفسها وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية، أما بالنسبة الأجر فيدفع للمفوض مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية يتم تحديد التعريفات مسبقاً في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة والتي تحتفظ بالأرباح ، أما في حالة العجز فإنها تعوض للمسير بأجر جزافي بحيث يحصل المفوض له التعريفات لفائدة السلطة المفوضة له.

2-مدته وتمديده:

ان مدة عقد تفويض المرفق العام في شكل تسيير لا يمكن أن تتجاوز خمس (5) سنوات، وزيادة على ذلك يمكن تمديدها لمدة سنة بموجب ملحق وبطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل، وذلك لحاجات استمرارية المرفق العام.

الفرع الثاني : صيغ إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام :

إن اتفاقيات تفويض المرفق العام تبرم وفقاً لأسلوبين الأول يتمثل في الطلب على المنافسة والذي يمثل قاعدة الأساسية ، أما الثانية فتتمثل في التراضي الذي يشكل الاستثناء ، كما أجاز المشرع أن يقوم لشخص المعنوي المسؤول عن المرفق العام بأن يقوم بتفويضه بناء على تقرير يحدد فيه الخدمات التي يقدمها المفوض له وشكل التفويض ومزاياه التي يحققها .

يكون الطلب على المنافسة وطنياً وهو إجراء يمكن من الحصول على أفضل عرض ويمكن من خلق المنافسة بين عدة متعاملين اقتصاديين لضمان المساواة ، و الموضوعية والشفافية العمليات وعدم التحيز في اتخاذ القرارات ، حيث يمنح التفويض للمرشح الذي يقدم أفضل عرض من ناحية أحسن الضمانات التقنية والمهنية والمالية حسب سلم تنقيط دفتر الشروط.

يتم إجراء الطلب على المنافسة وفق مرحلتين الأولى تتمثل في اختيار أولي للمترشحين وفقاً لدفتر وملف الترشيح في لوح الإعلان عن العروض، أما المرحلة الثانية تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم في المرحلة الأولى الى سحب دفتر الشروط.

في حالة ما تم إعلان على عدم جدوى طلب على المنافسة للمرة الأولى، يعاد نفس الأمر للمرة الثانية وفق الأشكال نفسها، أما في حالة فشلها للمرة الثانية تلجأ السلطة المفوضة لتراضي البسيط، وبالنسبة للحالات التي يتم فيها إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة فإنه يعلن بعد تقديم الطلب للمرة الأولى انه لم تستلم أي عرض او استلام عرض واحد او عدم مطابقة دفتر الشروط.

أو تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية عدم استلام أي عرض أو عدم مطابقة عرض لدفتر الشروط فإنه تقبل العروض لمتابعة الإجراءات.

أما بالنسبة لصيغة التراضي فإنه يؤخذ شكل التراضي البسيط أو بعد الاستشارة ، فالتراضي البسيط هو إجراء قيام الإدارة المفوضة باختيار المفوض له المؤهل لتسيير المرفق العام بعد التأكد من قدراته المالية والتقنية والمهنية ويتم اللجوء اليه في حالة الخدمات التي لا تكون محللاً لتفويض إلا لشخص واحد يحتل وضعية احتكارية أو في حالات الاستعجالية التي تكون في حالة رفض المفوض إرضاء الملحق ، او عندما تكون الاتفاقية موضوع فسخ أو في حالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له ، في جميع الحالات تضمن السلطة المفوضة استمرارية سير المرفق المعني.

أما بالنسبة لتراضي بعد الاستشارة فهو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مترشحين على الأقل، يتم اللجوء إليه عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وفي هذه الحالة اختيار المفوض له من بين المترشحين الذين شاركوا، أو في حالة التفويض بعض المرافق التي لا تستدعي طلب على المنافسة يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية ويتم اختياره من ضمن القائمة المعدة مسبقاً.

كما أن هناك الإجراءات لصحة عقد التفويض من بينها نشر بكل وسيلة مناسبة كما يجب اشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، كما أشرت المشرع جملة من البيانات التي يجب أن تتوفر في إعلان الطلب على المنافسة ليأتي دور لجنة اختيار وانتقاء العروض كما نص كذلك على البيانات الواجب توفرها في اتفاقيات تفويض المرفق العام²⁵.

الفرع الثالث : ضمانات الأطراف في عقد تفويض المرفق العام

إن إبرام عقد التفويض المرافق العامة يرتب العديد من الاثار بالنسبة لأطراف العقد المتمثلة أساسا في: الإدارة المانحة للتفويض، المفوض له، والمنتفعين والمستعملين له.

أولاً: بالنسبة لضمانات الإدارة المفوضة:

تتمتع الإدارة المانحة لعقود تفويض المرفق العام بجملة من الضمانات والحقوق وسلطات لضمان حسن التنفيذ تتلخص فيما يلي:

1- سلطة الاشراف والمتابعة:

لسلطة المفوضة أن تراقب المفوض له من حيث مدى التزامه بنود الاتفاق في دفتر الشروط، كما يمكنها القيام بعملية الرقابة قبلية وبعديّة بمجرد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ.

2- سلطة التعديل:

إذا ما طرأت مستجدات، يحق لسلطة المفوضة أن تعدل من قواعد الالتزام بإرادتها المنفردة، مراعاة للمصلحة العامة التي وجد المرفق لتحقيقها وتلبيتها، مع حق المفوض له في التعويض عن التزاماته الإضافية أو الأضرار التي تلحق به عند الاقتضاء.

3- سلطة توقيع الجزاء:

أ: الجزاءات المالية: من أجل إلزام المتعاقد معها (الملتزم) على تنفيذ واجباته والتزاماته في حسن إدارة وتسيير المرفق ، يمكن لإدارة أن توقع عليه الجزاءات المالية(مالية) بعد توجيه اعدارين(02) حينما يخل بتلك الالتزامات ، طبقا للمادة 62 من المرسوم التنفيذي السابق .

ب:الفسخ الجزائي:

زيادة على الفسخ التعاقدي أوالاتفاقي برضا الطرفين المنصوص عليه بالمرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، يلزم المرسوم التنفيذي قبل اللجوء الى القضاء بالتسوية الودية لنزاعات الناشئة وفي حالة عدم التوصل الى حل يتم لجوء الإدارة الى الفسخ الجزائي حيث نصت المادة149 من المرسوم 247/15على ما يلي :

- إذا لم ينفذ المتعاقد التزامه، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد.

- إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد من جانب واحد.

لا يمكن الاعتراض على القرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها.

يحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار البيانات الواجب إدراجها في الإعدار، وكذلك اجال نشره في شكل إعلان قانوني.

2- بالنسبة لضمانات المفوض له:

مقابل الالتزامات التي تقع على المفوض له في تنفيذ اتفاقية التفويض فإنه يتمتع كذلك بجملة من الحقوق التي يضمنها له عقد التفويض وخاصة من الجانب المالي والقضائي.

أ: الحفاظ على التوازن المالي للالتزام:

أثناء قيام المفوض له بتنفيذ عقد التفويض المرفق العام قد تطرأ تغيرات لم تكن متوقعة تجعل مواصلته تنفيذ العقد مرهقة بالنسبة إليه.

لقد وجدة نظريات تجيب على هذا الاشكال بحيث تهدف نظريات التوازن المالي الى ضرورة قيام الجهة الإدارية بمعالجة الخلل في التوازن المالي للعقد وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة حتى ولو لم يصدر منها أي خطأ حتى يتمكن من الوفاء بالتزامه على النحو الذي يتضمن انتظام سير المرفق العام وتقديم خدمات.

أما بالنسبة لنظريات التي حاولت الإجابة أو إيجاد حلول لهذا الاشكال القانوني فنجد بأنها أربعة نظريات كالتالي : نظرية القوة القاهرة ، نظرية فعل الأمير ، نظرية الظروف الطارئة ، وأخيرا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

فالقوة القاهرة هي حدث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين غير متوقع ومن شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلا، ويشترط لتطبيق هذه النظرية شرطان هما:

- أن يكون الحادث خارجيا أو أجنبيا عن إرادة الأطراف.

- يجب أن يكون الحدث غير متوقع ولا يمكن توقعه وقت الإبرام.

أما بالنسبة لنظرية فعل الأمير فتعرف بانها كل إجراء مشروع تتخذه الإدارة المتعاقدة وينصب على العقد المبرم أو ظروف تنفيذه ويكون من شأنه زيادة أعباء المتعاقد المالية في تنفيذ التزاماته، بأن تجعلها أكثر تكلفة أو أكثر صعوبة، ويترتب عليها الحق في التعويض بتوفر شروط تطبيقها.

وتعرف نظرية الظروف الطارئة بانها الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ، والتي تقع أثناء التنفيذ العقد والتي تجعل تنفيذ العقد متعذرا أو مرهقا ما يحتم على الإدارة التعويض إذا ما توفرت شروطها .

أما بالنسبة لنظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة فهي نظرية عامة يمكن تطبيقها على كافة العقود الإدارية متى توافرت شروطها ولا يجوز قصر تطبيقها على عقود الأشغال العمومية²⁶.

ب: الحق في التعويض:

يحق للمفوض له الحصول على التعويض عن الأضرار التي تصيبه أو تلحق به جراء تصرفات التي تقوم بها السلطة المفوضة استنادا إلى:

- المسؤولية العقدية : في حالة إخلال السلطة المفوضة بالتزاماتها المنصوص عليها في اتفاقية التفويض المرفق العام أو دفتر الشروط .

- المسؤولية التقصيرية: وذلك في حالة ارتكاب أخطاء التي تنسب إلى المرفق العام وما يلحقها من دعوى الرجوع على السلطة المفوضة.

ج/اقتطاع مبلغ مالي (إتاوة):

يأخذ اقتطاع المالي شكل الرسوم التي يتقاضاها المفوض له من المنتفعين سواء لنفسه أو لحساب السلطة المفوضة حسب العقد أما بالنسبة لمبلغ هذه الرسوم فهي تحدد باشتراك بينهما.

3- بالنسبة للمنتفعين:

يترتب على الانتفاع من المرفق العام من جانب الطرف الثالث في عقد تفويض المرفق العام رغم عدم حضوره وقت إبرام العقد حقوق للجمهور ويظهر ذلك من خلال رابطتين هما:

- علاقة المنتفع بالسلطة المفوضة:

إن المستعمل للمرفق العام يمكنه أن يعلم السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له في حالة الإهمال أو التجاوزات أو عدم احترامه لشروط الاستغلال أو المساس بمبدأ من مبادئ التسيير المرافق العامة والحفاظ عليها.

وفي هذه الحالات تقوم السلطة المفوضة فوراً، بوضع لجنة تحقيق تعد تقريراً في هذا الشأن وتتخذ جميع التدابير اللازمة لتدارك الوضع²⁷

أما في حالة ما رفضت السلطة المفوضة هذا البلاغ من طرف المنتفع فيمكنه اللجوء الى القضاء الإداري وذلك عن طريق رفع دعوى ضد المنتفع والسلطة المفوضة.

- علاقة المنتفع بالمفوض له:

إن هذه العلاقة الناشئة بين المنتفع والغير تجد أساسها في القانون المدني من خلال نظرية " الاشتراط لمصلحة الغير" والمنتقدة من طرف الفقهاء، إلا أنها تجد أساسها في الطبيعة القانونية المركبة للالتزامات، حيث تتكون من نصوص لائحية وأخرى تعاقدية.

حيث يلزم فيها المنتفع بدفع الرسوم الى المفوض له، وبمقابل يلتزم المفوض له طوال مدة استغلال المرفق العام وحسب طبيعة هذا الاستغلال بنشر أو اشتهار إعلان يتضمن شروط الرئيسية بخصوص استخدام المرفق العام يوضح فيه لاسيما مبلغ الاتاوى أو التعريفات وساعات العمل والمستفيدين المعنيين من المرفق، كما أنه ملزم بفتح سجل خاص يوضع تحت تصرف مستخدمي المرفق، بغرض تدوين الشكاوى واقتراحات المنتفعين بحيث يكون مؤشراً عليه من طرف السلطة المفوضة²⁸.

كما أن هناك العديد من المراسيم تنظم العلاقة بين الإدارة والمواطن من بينها المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 4 يوليو 1988 والذي يوضح التزامات الإدارة وكيفية استقبال المواطن والذي يتطرق كذلك إلى واجبات المواطن والتزاماته وغيرها من المواد التي تنظم هذه العلاقة.

الخاتمة

لقد أدت الإصلاحات الإدارية التي تبناها المشرع في مجال تفويض المرفق العام إلى إعطاء نظرة جديدة لتسيير وإدارة رغبة منه الى الالتحاق بركب الدول التي خطت خطوات هامة في هذا المجال باعتباره عصب الحياة اليومية للمواطنين سواء كان ذلك داخلياً مع أفراد الدولة نفسها أو الوافدين إليها من أجناب (سياح ، زوار) ، وذلك عن المرسوم 199/18 .

وباعتبارها تجربة جديدة فما يعاب عليها:

- تأخر المشرع في النص على عقود تفويض المرفق العام رغم أنها تقنيات ظهرت في القرن التاسع عشر.

- عدم الاستعانة بالكفاءة الأجنبية وذلك عن طريق حصر طرف عقد التفويض المرفق العام (المفوض له) على الأشخاص المعنوية الوطنية.

- عدم اشتراط وإدخال تقنيات تكنولوجية و رقمنة المرفق العام وعصرنته والذي يحقق العديد من المزايا.
- بالنسبة لأشكال تفويض المرفق العام فيلاحظ أن هناك تشابه من خلال تعهدات التي تقدمها السلطة المفوضة (مثلا الوكالة المحفزة هي تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، في حين عقد التسيير هو تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته) وهذا ما يجعل الإدارة هي التي تقرر الشكل ومن الناحية العملية تفضل السلطة المفوضة العقود ذات المدة الطويلة وذلك لاستقرار الإجراءات دون النظر الى الأسلوب الأمثل لتسيير.
- حصر لجنة التسوية الودية لتزاعات في جهة واحدة وهي سلطة المفوضة ما يؤدي الى التحيز.
- إن المشرع الجزائري يخلط بين الصفة العمومية وتفويض المرفق العام.
- ما يعاب عليها كذلك انها لا تقيد الإدارة بضرورة اللجوء إلى تفويض المرفق العام وإن كان التشريع والدستور يجيزه فتبقى السلطة المفوضة هي صاحبة القرار.
- أما بالنسبة للإجابة عن الإشكالية المطروحة فتبقى النماذج الذي أخذ بها المشرع الجزائري تغلب مصلحة السلطة المتعاقدة على المنتفعين والمفوض له وذلك حسب دفتر الشروط الذي تعده حسب قدراتها وإمكاناتها المادية وطاقاتها ، و حول مدى نجاعة هذه النماذج التي أخذ بها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فباعتبارها تجربة جديدة في الجزائر لم يمضي على صدور التنظيم الخاص بها سوى أربعة أشهر يصعب على أي كان تقييمها وهو أمر يحتاج على أقل تقدير مرور سنة مالية لتعطينا مؤشرات موضوعية تمكننا من تقدير آثارها من الناحية المالية والخدماتية على أرض الواقع .
- وعلى ضوء النقائص الملاحظة نظريا نقترح التوصيات التالية:
- فتح المجال أمام المستثمرين الأجانب للاستفادة من خبراتهم في التسيير.
- التعاقد مع المفوض له مع فرض استعمال تقنيات رقمنة الإدارة في دفتر الشروط .
- فرض شهادات تكوين معترف بها دوليا في مجال تسيير وإدارة المرافق العامة بالنسبة للمفوض له.
- بناء وتشبيد المرافق العامة بطرق ومعايير دولية.
- تكوين المنتفعين على كفاءات استغلال واستعمال المرافق العامة وخاصة إذا كانت مزودة بوسائل متطورة وحديثة.

الهوامش :

- 1- علي بن هادية وآخرون، قاموس جديد لطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة السابعة، الجزائر، سنة 1997، ص 1054.
- 2- هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة لنشر والتوزيع الطبعة الأولى، الأردن سنة 1997، ص 260-261.
- 3- إسماعيل الصبعصاع البريدي، فكرة التخصيص في المرافق العامة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 6، مصر 2007 ص 169-168.
- 4- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن 2008، ص 318.
- 5- J, M , AUBY , LES SERVICES publics , put, paris , 1982,q,s ,j ,m ,o 2023,p01.
- 6- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية 32 شارع عبد الخالق ثروة القاهرة، مصر سنة 2000، ص 16-17.
- 7- مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات جبلي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2015، ص 448.
- 8- مصطفى بودراف، التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2011-2012 ص 77.
- 9- Les articles 1 et 23 de la loi N° 93-23 Du 8 Janvier 1993. Loi sapin.
- 10- مرسوم رئاسي 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1439 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015 العدد 50.
- 11 - Sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui , par leur nature ou par la volonté de législateur , ne peuvent être assurés que par la collectivité territoire elle- même.
- 12- د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، منشورات جبلي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2009، ص 243.
- 13- المرجع نفسه ص 502.
- 14- المرجع نفسه، ص 505-506.
- 15- المرجع نفسه، ص 507.
- 16- المرجع نفسه، ص 507-510.
- 17- المرجع نفسه ص 467.
- 18- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، طبع في دار الريحانة للنشر والطباعة، الجزائر، د.س.، ص 15.
- 19- أنظر المادة 149 من قانون الولاية 12-07.
- 20- أنظر المادة 210 ف 3 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- 21- أنظر المادة 53 من المرسوم 18/199.
- 22- المادة 53 و 57 من المرسوم نفسه.
- 23- أنظر المادة 54 و 57 من المرسوم نفسه.
- 24- المادة 55 و 57 من المرسوم نفسه.
- 8- أنظر إلى المواد من 108 إلى 48، المرسوم التنفيذي 18/199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 عشت 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة في 2 عشت 2018 العدد 48.
- 26- هيثم حليم عازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي 30 شلر سوتيس الإسكندرية مصر، 2014، ص 57 و 67 و 97 و 155.
- 27- المادة 86 من مرسوم التنفيذي 18/199.
- 28- المادة 84 و 85 من نفس المرسوم.