قابلية تفويض المرفق العام في القانون الجزائري

The ability of delegation the public service in the Algerian law

تاريخ الارسال: 15/مارس/2020	تاريخ القبول: 00/00/00

مجناح حسين / طالب دكتوراه*
جامعة المسيلة -الجزائر
housseyn.medjnah.@univ-msila.dz
عضو بمخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية

بركات محمد / أستاذ التعليم العالي
جامعة المسيلة -الجزائر
mohamed.barkat.@univ-msila.dz

الملخص:

لقد أجبرت الحركية المتصاعدة للمرفق العام إقحامهُ ضمن وتيرة الدور التنموي للجماعات المحلية، فهي لم تعد مقرونة بالبعد المتعلق بعصرنتة أو تحسين الخدمة العمومية، أو محاولة تخفيف العبء الملقى على عاتق الدولة من حيث التسيير، بل صارت حركية تستهدف إقحامه ضمن المشاريع المنتجة للمداخيل، وهو ما دفع بالمشرع الجزائري إلى التفكير في استنساخ التجربة المتعلقة بتفويض المرافق العامة للجماعة المحلية المنتهجة في العديد من التشريعات، وعقب التبني الصريح لفكرة تفويض المرفق العام في القانون الجزائري صدرت ثلاثة نصوص تنظيمية تؤطر ذلك، وبالرجوع إلى الأسس الكفيلة بتطبيق فكرة تفويض المرفق العام فإنها جاءت محاطة بمجموعة من الدعائم، أهمها تلك التي ترهن تطبيق هذه التقنية والمتمثلة في قابلية المرافق العامة للتفويض، وهو ما يدفعنا إلى التعرض في هذه الورقة البحثية إلى مضمونها في القانون الجزائري.

الكلمات المفتاحية: قابلية، التفويض، المرفق العام، القانون الجزائري.

***المؤلف المرسل:** مجناح حسين، طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو بمخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر.

Abstract:

The increasing movement of the public service has become necessary, as part of the development role of local communities, as it is no longer locked in the stages of the public service modernization or improvement of the public service, or an attempt to reduce the burden on the State in terms of management, but rather a movement aimed at bringing it into the producing projects. This forced our legislator to seriously consider replicating the experience of the delegation of the local community's public service, which has been adopted in much legislation. Following the explicit adoption of the idea of delegation in Algerian law, three regulatory texts have been issued to show this, and, by reference to the basis for applying the idea of delegation, they are surrounded by a set of pillars. The most important of which is the one that bets the application of this technology, which is the ability of the public service for delegation, this will lead us to talk in this paper about its content in Algerian law.

Key words: ability –delegation –public service – Algerian law

مقدمة:

إن الذي يثير الاهتمام في المستجدات الحاصلة على مختلف السياسيات التي من شأنها إعادة هيكلة المرفق العام على كل المستويات، هو إدماجه ضمن السياسات الرامية لتخفيف الأعباء التي ترهق كاهل الدولة في غالب الأحيان، لا سيما منها الأعباء المالية والأعباء الناتجة عن تسييره، أو حتى تلك المتعلقة بالفاعلية وجودة الخدمة العمومية وغيرها، لذلك استلزم إعادة بعث الدور الفعلي للمرفق العام، ومن بين المستجدات الحاصلة هو إدراج نصوص تنظيمية جديدة تتعلق بتفويضات المرفق العام، وذلك من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1]، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام[2]، والتعليمة

رقم 006، التي تجسد أحكام هذا المرسوم[3]، وجدير بالذكر أن هذه النصوص جاءت بعد التبني الصريح من طرف المشرع الجزائري لفكرة تفويض المرفق العام، غير أن الصيغ القديمة لمدلول التفويض، كأسلوب الامتياز كانت سابقة لذلك بالنظر لصحة الوصف الذي تحمله فكرة تفويض المرفق العام، والمتمثل في التقنية القديمة المستجدة، لا سيما منها في أسلوبي الامتياز والإيجار، وفي هذا السياق يبقى نجاح فكرة تفويض المرفق العام رهينة لمجموعة من الأركان، أهمها تلك التي تتعلق بقابليته للتفويض والتي أشار إليها المشرع الجزائري ضمنيا من خلال النصوص التنظيمية السابقة، وتأسيسا على ذلك تتمحور إشكالية هذه الورقة البحثية حول الأسس التي تضمنها القانون الجزائري لإمكانية تطبيق فكرة تفويض المرفق العام؟

وهو ما سوف نتطرق له من خلال المحاور التالية:

المحور الأول: مفهوم فكرة تفويض المرفق العام.

المحور الثاني: الأسس العملية لقابلية المرفق العام للتفويض.

المحور الثالث: الطبيعة القانونية لقابلية تفويض المرفق العام في القانون الجزائري.

المحور الأول: مفهوم فكرة تفويض المرفق العام

تتسم فكرة تفويض المرفق العام بنوع من الغموض، فهي فضلا على أنها مفهوم حديث لم تكن محل تمحيصٍ واسعٍ لمختلف التجاذبات الفقهية التي من شأنها الإحاطة بذلك، حيث لم تتضح بالمعنى المستفيض إلا في أواخر القرن الماضي، وإن أُصطلح على تسميتها بالتقنية القديمة المستجدة، وهناك من يتجه إلى القول بأنها ليست حديثة العهد وإنما تعود إلى بداية القرن الماضي، حينما اتجهت الدولة في فرنسا إلى تفويض بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري لأشخاص القانون الخاص، وسايرها في إقرارها مجلس الدولة في العديد من أحكامه[4].

وعلى العموم يُنظر إلى فكرة تفويض المرفق العام من منظور فقهي بأنها تعني إسناد صلاحية تسيير مرفق عام لجهة أخرى، ومن بين التعاريف التي أثارت ذلك في الفقه الفرنسي ما ذهب إليه الأستاذ Auby بقوله إن: "تفويض المرفق العام إنما يكمن في تكليف إدارته إلى مشروع خارجي أي إلى شخص آخر غير الشخص العام المانح للتفويض"[5]، ويتضح من خلال هذا التعريف أن فكرة تفويض المرفق العام تبنى أساسا على منح صلاحية إدارة

المرفق العام من طرف الشخص المعنوي العام المالك للمرفق إلى شخص آخر مهما كانت طبيعته، غير أن هذا التعريف لم يذهب إلى الإحاطة الشاملة بالفكرة خصوصا ما تعلق منها بأشكال التفويض.

ومن بين التعاريف الفقهية أيضا ما ذهب إليه الأستاذ (G.Drou) بالقول أنها: "عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص ويقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفقا عاما، وهو بالتالي يأخذ عدة أشكال هي من صنع الاجتهاد: الامتياز الالتزام الإدارة غير المباشرة، إدارة المرفق العام"[6]، وهو يذهب بذلك إلى إضفاء صفة العقد على فكرة التفويض، التي تقوم على اعتبار شخصي من أجل تنفيذ مرفق عام، موضحا أنها من صنع الاجتهاد، وإن كان يبدو واضحا أكثر من سابقه يبقى هو الآخر مقتضب من حيث الإحاطة بالمفهوم.

ويذهب الأستاذ BRACONNIER إلى القول بأن تفويض المرفق العام هو: "عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة تسيير مرفق عام، يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون الخاص يسمى المفوض إليه، كما عرفه الأستاذ DROBENKO بأنه العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق العام بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له، يمكن أن يكون شخص عام أو شخص خاص، ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق"[7]، ويتميز هذين التعرفين عن التعريفين السابقين بإضافة نقطتين مهمتين في مضمون فكرة التفويض تندرجان ضمن بنود إبرام عقد التفويض، تتمثل الأولى في المدة الزمنية في تسيير المرفق العام، أما الثانية تتمثل في ارتباط المقابل المالي الذي يتلقاه المفوض له بنتائج الاستغلال.

ومن بين التعاريف التي تناولت فكرة تفويض المرفق العام في الفقه العربي ما ذهب إليه الأستاذ مروان محي الدين القطب حيث عرفها: "بأن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إدارة واستغلال مرفق عام إلى شخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص"[8]، وهو تعريف في الحقيقة لا يختلف عن التعاريف الأخرى.

أما الأستاذ حيدر جابر فينظر إلى فكرة تفويض المرفق العام بأنها: "كل عمل قانوني (مرسوم أو عقد إداري) تعهد بموجبه جماعة عامة اختصاصاتها ومسؤولياتها لشخص آخر إدارة واستثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع أو بدون بناء لمنشآت عامة ولمدة

محددة وتحت رقابتها. وذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقا للنتائج المالية للاستثمار وللقواعد التي ترعى التفويض"[9]، فهو يضيف بذلك عنصر الاستثمار، كأهم المفاهيم الحديثة التي تميز المرفق العام، وفي المغرب تأخذ فكرة تفويض المرفق العام اصطلاح التدبير المفوض، إذ يرى الأستاذ عبد الله الحداد أن: "التدبير المفوض طريقة جديدة من بين الطرق المعتمدة لتسيير المرافق العامة تتشابه مع عقد الامتياز وتختلف عنه لأن المدة الزمنية لعقد الامتياز تكون أطول، كما أن الملتزم يتعهد بتوفير الأموال والمستخدمين بينما في التدبير المفوض تبقى التجهيزات في ملكية الإدارة، كما يحتفظ المفوض له بالمستخدمين مع مراعاة حقوقهم"[10].

أما في الجزائر وعلى قلة تناولها نذكر تعريف الأستاذ رشيد زوايمية الذي يرى أن مفهوم تفويض المرفق العام: "يعبر من جهة أولى عن تصرف قانوني يتم بموجبه نقل تسيير مرفق عام من السلطة العمومية لصالح شخص خاص.

ويعبر من جهة ثانية عن نتيجة التصرف القانوني، والتي تتمثل في طريقة تسيير مرفق عام، تسمح لشخص من أشخاص القانون الخاص بأداء مهمة تقع عادة على عاتق الهيئات العمومية"[11]، غير أن نقل تسيير مرفق عام من السلطة العمومية لا يقتصر على أشخاص القانون الخاص فحسب، بل يمكن أن ينتقل إلى أشخاص القانون العام أيضا ولو أن مفهوم تفويض المرفق العام يحمل في طياته طابعا استثماريا يستهدف مداخيل مالية يبنى على الشراكة بين القطاعين العام والخاص، قد تكون نتائجه أفضل عند إسناده لأشخاص القانون الخاص.

أما فكرة تفويض المرفق العام في القانون الجزائري فقد طغى عليها التأطير التنظيمي بشكل واضح وعرفها بأنها: "... تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة، إلى المفوض له بهدف الصالح العام"[12]، أي بمعنى التركيز على المهام غير السيادية، إذ لا يمكن لأي جهة كان تفويض المهام ذات الطابع السيادي، وحصر هذه المهام في تلك التي تختص بها الجماعات المحلية دون غيرها، إذ "يمكن للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص السلطة المفوِّضة أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو

خاص خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص المفوض له بموجب اتفاقية تفويض"[13].

كما جاءت التعليمة رقم 006 السالفة الذكر مشيرة إلى تضمين فكرة تفويض المرفق العام مدلولا يعتبرها طريقة من طرق تسير المرفق العام في شكل اتفاقية، قصد ضمان خدمات نوعية لمستخدمي المرفق العام، حيث نصت على ما يلي: "يعد تفويض المرفق العام وسيلة تمكن مسيري الجماعات الإقليمية من تسيير المرافق التي تقع على عاتقهم بشكل فعال ومرن بنية ضمان خدمات ذات نوعية لمستعملي المرفق العام.

للتذكير فإن تفويض المرفق العام هو اتفاقية يحول من خلالها شخص معنوي خاضع للقانون العام ومسؤول عن مرفق عام، يدعى السلطة المفوضة، بعض مهامه، غير السيادية، إلى شخص آخر يدعى المفوض له"[14].

وجدير بالذكر أن هذه النصوص التنظيمية لم تحِد عن التعاريف الفقهية في توضيحها لفكرة تفويض المرفق العام من حيث الإحاطة بالمفهوم، حيث لم تكن أكثر وضوحا من التعاريف السابقة، وذلك لعدة اعتبارات أهمها: حداثة التجربة في الجزائر وإن كانت في تجد لها تأصيلا فقهيا وتشريعيا قديما يتعلق بشكلي المرفق العام الامتياز والإيجار خصوصا.

المحور الثاني: الأسس العملية لقابلية المرفق العام للتفويض

تشكل قابلية المرفق العام للتفويض حجر الزاوية في تطبيق هذه التقنية من عدمها، فقابلية المرفق العام للتفويض تعد ركنا أساسيا يمكن اعتماده في منح صلاحية تسييره لشخص من أشخاص القانون الخاص، أو العام، غير أن مختلف الدراسات القائمة حولها، لم تذهب إلى تحديد أسس ثابتة لإمكانية تطبيقها على المرافق العامة فهناك من يدرج ضمنا طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق، وهناك من يذهب إلى الطبيعة السيادية له، وهو ما سوف نتعرض له من خلال النقطتين التاليتين:

أولا- قابلية المرفق العام للتفويض على أساس النشاط: يتجه الفقه إلى وجود القليل من المرافق المستبعدة وإمكانية تطبيقها بشكل أوسع على العديد من المرافق، وتشكل المرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري الجزء الأكبر من المرافق التي يمكن أن تطبق عليها

هذه التقنية، وذلك بالنظر لحكم الطبيعة الاقتصادية لها، حيث يساهم نشاطها بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرفق العام من طرف جمهور المرتفقين والمستفيدين من خدمات هذه المرافق، كما يمكن تطبيقها على المرافق ذات الطابع الإداري، مثلما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في رأي له يتضمن أن هذه التقنية لا تطال المرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري فحسب، بل تطال حتى المرافق الإدارية[15].

ويعتبر الأستاذ Auby أن المرافق العامة الاقتصادية هي المجال المفضل لتطبيق تقنية التفويض[16]، ويذهب الأستاذ Claudie Boiteau أنه لا توجد قائمة محددة سواء في فرنسا أو في دولة أخرى تحدد المرافق القابلة للتفويض والمرافق غير القابلة للتفويض[17] غير أنه لا يمكن الاعتداد بذلك مطلقا، بالنظر لاختلاف وجهات النظر بالنسبة لمختلف الأنظمة القانونية في العالم، ولعل ما يبرر ذلك في الجزائر هو اتجاه المشرع إلى ذكر مجموعة من المرافق القابلة للتفويض وأخرى غير قابلة للتفويض، من خلال التعليمة رقم 006 السالفة الذكر (سوف نفصل في هذه الجزئية في المحور الموالي)، وحتى المشرع الفرنسي نفسه يحدد بعض المرافق غير قابلة للتفويض، وذلك من خلال التعديل الوارد على القانون رقم 93-122، المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية، بموجب المادة رقم 02 من القانون رقم 2010-599، كتلك المحتكرة من طرف أشخاص القانون العام[18]، وبطبيعة الحال تمثل المرافق السيادية أهم أوجه هذا الاحتكار.

وبالعودة إلى رأي الأستاذ Claudie Boiteau فإنه ير ي أيضا أن القانون المختلط المطبق على المرافق الصناعية والتجارية يجعل منها الأسهل لتطبيق تقنية التفويض وتشجيع الخواص على تسيير هذه المرافق لأنها مرافق ربحية[19]، كما يتجه جانب من الفقه إلى أن المرافق العامة الصناعية والتجارية، أو كما يصطلح عليها البعض بالاستثمارية تشكل حقلا خصبا لتطبيق تقنية التفويض، بالنظر لملاءمة نشاطها مع هذه التقنية، وقد عبر العميد موريس هوريو على ذلك منذ أكثر من قرن من الزمن، حيث اعتبر أن هناك بعض المرافق لا يمكن أن تتحقق إلا عن طريق الامتياز، وأيدته في ذلك مختلف الآراء الفقهية الحديثة، لا سيما ما ذهب إليه الأستاذ Dufau الذي يرى أن المرافق ذات الطابع الاستثماري تشكل امتيازا في تقنية التفويض[20]، كما سايره الأستاذ Auby مثلما سبق وأن أشرنا.

وتأسيسا على ما سبق ذكره فإن نشاط المرفق العام يعبر بصورة جلية عن قابلية المرافق العامة للتفويض من عدمها، مهما كانت طبيعة هذه المرافق، لأن نشاطها يعد دافعا أساسيا لتفويض تسييرها خصوصا ما تعلق منها باستثمارها، من خلال اعتبارها مصدرا من مصادر تمويل نشاط المرفق العام وجودة الخدمات التي تقدمها، وغيرها من الأهداف الأخرى.

ثانيا-قابلية المرفق العام للتفويض على أساس الطابع السيادي: لا يمكن للمرافق العامة التي تتصل بالوظائف السيادية للدولة أن تخضع لتطبيق تقنية التفويض، فهي ابتداء تعبر عن المرافق التي تمثل قيام كيان الدولة في حد ذاتها، ومن بينها مرفق الأمن مرفق الدفاع، مرفق القضاء، غير أن هناك من يرى أن تقنية التفويض قد تتسلل إلى هذه المرافق، ومثالها إدارة الجمعيات العسكرية عن طريق التعاقد التي يعهد بها إلى جهات متميزة، وإن لم تكن تتميز بالوضوح، فيما يستبعد القضاء مرفق البوليس، بناء على تأكيد مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث له، مفاده أن اختصاصات البوليس لا يمكن تفويضها، غير أنه لم يستبعد بعض المرافق التابعة لها، كإدارة مواقف السيارات إلى إحدى الشركات[21].

وهناك من يصبغ على الطابع السيادي للمرافق العامة الصبغة الدستورية، حيث ظهرت هذه الفكرة لأول مرة مع حكم المجلس الدستوري الفرنسي في جوان 1986، الذي يُرجع هذا الوصف إلى أنها تستمد وجودها من القواعد الدستورية، وأن تحديد مفهوم وماهية المرافق الدستورية لا يكون عن طريق قواعد القانون الإداري، وإنما عن طريق قواعد القانون الدستوري، وأن البحث في فكرة المرفق الدستوري ليست بالمهمة السهلة ومؤشراتها محدودة في أحكام القضاء، بل يتجه بعض من الفقه الفرنسي إلى القول أن طائفة المرافق العامة الدستورية لا يمكن العثور عليها[22]، وفي القضية ذاتها أن المرفق العام الدستوري مرتبط بسياسة الخصخصة[23]، بمعنى أن المرفق العام الدستوري غير قابل للخصخصة أو الاستثمار فيه عن طريق التفويض، باعتباره مرفقا يعبر عن الأنشطة ذات الطابع السيادي التي تقوم بها الدولة.

واستنادا إلى ما سبق ذكره يمكن القول إن الأسس المساهمة في قابلية المرفق العام للتفويض تسند أساسا إلى فكرتين جوهرتين:

تتمثل الأولى في نشاط المرفق العام إذ يتضح أن النشاط التجاري والصناعي هو المجال الخصب لتفويض المرفق العام، بالنظر للتلاؤم الواضح بين فكرة التفويض وطبيعة هذه المرافق، وتبقى المرافق الإدارية محل جدل فقهي تبعا لم تقره مختلف التشريعات من حيث قابلية تفويضها.

أما الثانية فتتمثل في الطابع السيادي للمرفق العام، بحيث لا يمكن على أية حال تفويض المرفق الذي يمثل نشاطه الوظيفة السيادية للدولة، فيما تتسم هذه المرافق أيضا في جزء منها بعدم الوضوح خاصة ما تعلق منها بالمرافق الدستورية كما يصطلح عليها البعض والتي قد تتخذ طابعا وطنيا أو محليا، وهو ما يدفعنا إلى توضيح ذلك من خلال ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المحور الموالي.

المحور الثالث-الطبيعة القانونية لقابلية تفويض المرفق العام في القانون الجزائري

نجد أنفسنا في هذه الجزئية مرغمين على الخوض في قابلية المرافق العامة للتفويض في القانون الجزائري، من خلال النصوص التنظيمية الثلاثة السالف ذكرها حيث لم يخرج المشرع منذ تبنيه فكرة التفويض عن هذه النصوص، التي لم يليها صدور أي نص قانوني أو تنظيمي آخر.

وبهذا الصدد لم يأتي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية دالا إلا على تبني تقنية التفويض، إذ أقتصر على بيان بعض الأحكام المطبقة على تفويض المرفق العام دون الخوض في المضمون الواسع له، ومما يُستساغ من أحكام هذا المرسوم هو التركيز على نشاط المرفق العام، من خلال ما ذهب إليه بخصوص أيلولة كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد التفويض للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام[24] أي المالك للمرفق، وفي ذلك إشارة ضمنية إلى أن المرفق ذو الطابع الاستثماري هو القابل لأن يكون محلا لتطبيق فكرة التفويض، والأبرز فيها هو المرافق الصناعية والتجارية، فيما عدا ذلك لم يذهب هذا المرسوم إلى تبني أسس واضحة في تحويل مختلف الصلاحيات المتعلقة بتفويض المرفق العام عن طريق تقنية التفويض.

أما المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والتعليمة رقم 006 فكانا أكثر وضوحا من المرسوم السابق من حيث الإشارة إلى إمكانية تفويض المرافق العامة، والأسس التي يمكن

أن استنتاجها بهذا الخصوص أن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أكد بصورة واضحة على تحديديه لشروط وكيفيات تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية دون سوها[25]، كما أكد على تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية[26]، وجاءت التعليمة رقم 006 على نفس المنوال، وعلى أساس ما سبق ذكره يمكن استخلاص ثلاث مرتكزات أساسية لقابلية تفويض المرفق العام في القانون الجزائر ي وهي:

1-قابلية تفويض المرفق على أساس النشاط.
2-قابلية تفويض المرفق العام على أساس الطابع السيادي للمرفق العام.
3-قابلية تفويض المرفق العام على أساس الإقليم.

أولا-على أساس النشاط: كما سبق وأن أشرنا فإن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جاء دالا على نشاط المرفق العام، من خلال تؤول إليه كل استثمارات المرفق العام للشخص المعنوي المالك للمرفق، أما المرسوم التنفيذي 18-199 فلم يكن واضحا في تحديده لطبيعة النشاط القابل للتفويض، كما كان واضحا في تفويض المرفق العام على أساس الإقليم، غير أنه اتجه من خلال المادة 02 منه إلى تخويل الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها إمكانية تفويض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري، والحقيقة أن هذه المادة جاءت مقتضبة جدا لأنها حددت الصيغة بالذات الطابع الإداري ، بمعنى النشاط الإداري، لكن ما يُفهم من سياق النص هو قابلية تفويض المرافق العامة التابعة لها مهما كان نشاطها اقتصاديا أم إداريا بغض النظر عن الجدلية القائمة حول قابلية المرفق العام الإداري للتفويض وبذلك يكون هذا النص التنظيمي وإن تضمن إشارة مقتضبة لطبيعة الأنشطة التي يمكن من خلالها تفويض المرفق العام قد أعطى مفهوما مقتضبا لا يرقى إلى تحديد واضح لهذا المضمون.

أما التعليمة رقم 006 فقد كانت بمثابة الاستدراك للنصين التنظيميين السابقين حيث نصت على أن: "الجماعات المحلية من بين الهيئات المعنية أكثر بتفويض المرفق العام بحيث يمكن اللجوء إلى هذا النمط من التسيير لتنفيذ مهام الخدمة العمومية المنوطة بها والتي يمكن ذكرها في العمليات التالية على سبيل المثال لا الحصر:

التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة، التطهير، نزع ومعالجة النفايات المنزلية والفضلات الأخرى، صيانة الطرقات، الإنارة العمومية، النقل المدرسي دور الحضانة، المطاعم المدرسية، الأسواق الجوارية، المتاحف، قاعات الرياضة، المسابح قاعات السينما، المذابح، المسارح، المكتبات، المساحات الخضراء، مواقف ركن السيارات الصناعات التقليدية والحرف وغيرها"[27].

ويبدو أن النشاط المعني بالتفويض من خلال هذه المهام جاء متعددا ومتداخلا من خلال مجموعة من المهام التي تقوم بها الجماعات المحلية والتي تتخذ أحيانا طابعا تجاريا وأحيانا أخرى غير ذلك، أين لم يتم ذكر المرفق العام الصناعي الذي يتميز في غالب الأحيان بندرة ملكيته للجماعات المحلية في الجزائر إذ في يتخذ الغالب ما طابعا وطنيا، فلو لاحظنا مثلا بعض الخدمات، كالمكتبات، المتاحف، المساحات الخضراء، والمسارح، فهي تعد رسوم ضعيفة من حيث المقابل المالي، ومن ثمة لا يرقى نشاطها لأن يوصف بالتجاري، في حين يمكن وصف بعض الأنشطة الأخرى بالتجارية، كتلك المتعلقة بالأسواق الجوارية مثلا.

وعليه يمكن القول أن تفويض المرفق العام في القانون الجزائري لم يضع لحد الآن أساسات واضحة لطبيعة النشاط التي يقوم به المرفق العام القابل للتفويض، فهو أحيانا يشير إلى استثمارات المرفق العام من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وأحيانا أخرى إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات التابعة لها من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199، فيما يذكر على سبيل المثال لا الحصر بعض المهام المختلطة القابلة للتفويض من خلال التعليمة رقم 006، مما يؤكد أن قابلية المرفق العام للتفويض في القانون الجزائري على أساس النشاط لاتزال مبهمة وغير واضحة المعالم.

ثانيا-على أساس الطابع السيادي للمرفق العام: أكد التنظيم مرة أخرى أن المقصود بتفويض المرفق العام هو تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية إلى المفوض له[28]، وحدد مجموعة من المهام التي تكون غير قابلة للتفويض في أي حال من الأحوال وهي:

1-تسليم وثائق السفر والهوية.

2-الحالة المدنية.

3-العمليات الانتخابية.

4-تحصيل الجباية المحلية.
5-الوقاية وتسيير الأخطار والكوارث.
6-حماية الأشخاص والممتلكات[29].

وبذلك يكون المنظم قد حصر المرافق السيادية غير القابلة للتفويض في المرافق التي تقوم بهذه المهام، فتسليم وثائق الهوية والسفر أو الحالة المدنية مثلا هي من المهام التي تضطلع بها الدولة أساسا دون غيرها من أشخاص القانون الخاص لأنها من الوثائق الثبوتية التي تؤثر بصفة مباشرة على المراكز القانونية للأفراد، كما لا يمكن لأي شخص آخر أن ينوب عن الدولة من حيث القيام بالعمليات الانتخابية، التي تعبر عن إرادة الشعب، وهذه الإرادة محاطة بكفالة دستورية من طرف المؤسس الدستوري، إذ يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها، كما يمارسها أيضا عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين[30]، وهو ما يتيح لنا أن نصف هذه المهام بالمهام الدستورية التي لم يشر لها التنظيم صراحة، وإنما ذكرها من قبيل المهام السيادية بالإضافة إلى أن الجباية المحلية تعد من أهم مصادر الأموال التي تكفل وجود الشخص المعنوي على مستوى محلي التي لا يمكن أن تفوض، فيما تتخذ المهام الأخرى نفس الطابع السيادي والتي قد تتطلب قدرات معتبرة لا يمكن للمفوض له أن يقوم بها، فبالنسبة لحماية الأشخاص والممتلكات مثلا فهي من قبيل المهام ذات الطابع الأمني الذي يضطلع بها مرفق البوليس، وبهذا الخصوص "اعتبر الأستاذ Frier أن الجماعة العامة ترتكب مخالفة فاضحة في جعلها مهام الشرطة مادة للتعاقد. وبالتالي إن الاجتهاد يعاقب بشدة هذا النوع من التصرف اللامشروع وفي السياق نفسه يحظر الأستاذ Moreau تطبيق التقنية التعاقدية في مهام مرفق الشرطة"[31]، ومن ثمة لا يمكن أن تكون مهام هذه المرافق محل تفويض.

ويمكن القول إن قابلية تفويض المرفق العام على أساس الطابع السيادي له جاءت واضحة بالمقارنة مع قابلية تفويضه على أساس النشاط، رغم أن المشرع ترك كفالة تحديدها للتنظيم، وذلك لاعتبارات عده أهمها خطورة المهام السيادية للدولة، بالإضافة إلى أن المرافق السيادية تتطلب قدرات يُستعصى على أشخاص القانون الخاص القيام بها

غير انه لا يمكن الجزم أن هذه النصوص احتوت جميع المهام ذات الطابع السيادي بالنظر لتعددها تبعا لتعدد وضائف الدولة.

ثالثا-على أساس الإقليم: لم يدع المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مجالا للشك في أن المرفق العام المعني بالتفويض هو المرفق التابع للجماعات المحلية دون سواها، فقد أكدت المادة الأولى منه وفي إطار تطبيق أحكام المادتين 207 و208 من المرسوم الرئاسي 15-247 أن هذا المرسوم يهدف إلى تحديد شروط وكيفيات تفويض المرفق العام التابع للجماعات المحلية، وفي نفس السياق لم تخرج المادة 04 من ذات المرسوم عن الإمكانية المخولة للجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها في تفويض تسيير المرفق العام إلى أحد الأشخاص المعنوية العامة> أو الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري.

كما أكدت التعليمة رقم 006 على أن تفويض المرفق العام هو وسيلة في يد الجماعات المحلية تمكنها من تسيير المرافق التي تقع على عاتقها بشكل مرن وفعال استهدافا لتقديم خدمات نوعية لمستعملي المرفق العام[32]، وفي نهاية اتفاقية التفويض التي أشارت إلى أنه: "جدير بالذكر إلى أن الجماعات المحلية من بين الهيئات المعنية أكثر بتفويض تسيير المرفق العام"[33]، مما يضفي على هذه التعليمة نوعا من الغموض في تحديدها لقابلية المرفق للتفويض على أساس الإقليم فعبارة "المعنية أكثر بتفويض تسيير المرفق العام" توحي بأن هناك مرافق أخرى غير المرافق التابعة للجماعات المحلية قابلة للتفويض، وفي هذا السياق وقبل التبني الصريح لفكرة تفويض المرفق العام في الجزائر لم يحدد المشرع الجزائري الطابع الإقليمي للمرفق العام فقد جاء القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه متضمنا نطاق أوسع بهذا الخصوص، حيث نص على أنه: "تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات.

يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم. كما يمكنهما تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب إتفاقية"[34]، ومن ثمة فإن النص القانوني صريح من حيث إمكانية الدولة أو البلدية في تفويض كل أو جزء من تسيير خدمات المياه، مما يبرر التضارب بين النصوص القانونية والتنظيمية حول قابلية تفويض المرفق العام على

أساس الإقليم، ولو أن فكرة التفويض لا تزال في بدايات التأصيل لها في القانون الجزائري غير أن ما يستخلص من خلال النصوص التنظيمية، أو حتى الأهداف والدوافع الحقيقة لتبني تقنية التفويض في القانون الجزائري تعني مرافق الجماعات المحلية بشكل واضح ومن ثمة فإن قابلية تفويض المرفق العام على أساس الإقليم تبدو أكثر وضوحا من قابليته للتفويض على أساس النشاط.

الخاتمة:

تأسيسا على ما سبق ذكره في هذه الورقة البحثية، يتضح أن مدى قابلية المرفق العام للتفويض في القانون الجزائري تحددها ثلاث مرتكزات رئيسية تتمثل في نشاطه وطابعه السيادي، أو الإقليمي.

غير أن هذه الأسس لم تكن في غاية من الوضوح، إذ لا تزال الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام في الجزائر تتميز بضعف الرصيد القانوني، بالنظر لمجموعة من الأسباب أهمها تلك المتعلقة بحداثة التجربة، لذلك لم تستوفي حقها من حيث التمحيص الفقهي والاجتهادي من جهة، والتنصيص القانوني والتنظيمي من جهة أخرى.

وما يمكن ملاحظته أن المدى الحقيقي لقابلية تفويض المرفق العام في الجزائر تتجاذبه المرتكزات الأساسية الثلاث المذكورة، بالموازاة مع أولويات وأهداف ودوافع المشرع الجزائري من وراء تبنيه لفكرة تفويض المرفق العام.

فبالدرجة الأولى يمكن إدراج قابلية تفويض المرفق العام على أساس نشاطه، حيث يأتي تفويض المرفق العام الذي يُرجى من وراء تسييره عن طريق هذا الأسلوب مداخيل مالية ومشاريع منتجة للمداخيل، بالنظر للظرف المالي المحرج الذي تمر به الجزائر منذ سنة 2014 وإلى غاية يومنا هذا.

وبدرجة أقل يمكن إدراج قابلية المرفق العام على أساس الإقليم، متمثلا في المرفق العام التابع للجماعات المحلية دون سواها، بالنظر لما تعانيه هذه الوحدات الإدارية المحلية من وصول العجز المالي إلى انعدام القدرة على تغطية النفقات الإجبارية هذا من

جهة، وبالنظر للعوامل التي تتطلبها عصرنة المرفق العمومي المحلي، كجودة خدماته وضمان إعمال مختلف المبادئ التي يقوم عليها من جهة أخرى.

وبدرجة ثالثة يمكن إدراج قابلية المرفق العام على أساس طابعه السيادي، حيث لا نجد عناء في البحث عن مبررات هذا المرتكز الذي يتصل مباشرة بالوظائف السيادية للدولة والتي لا يمكن التنازل عليها تحت طائلة أي ظرف من شأنه أن يجعل الدولة أو الجماعات المحلية عاجزة عن تسييره.

الهوامش

1 مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (ج.ر.ج.ج عدد 55 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015).

2 مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، (ج.ر.ج.ج عدد 48 الصادرة بتاريخ 05 أوت 2018).

3 تعليمة رقم 006 مؤرخة في 09 جوان 2019، المتعلقة بتجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ص01.

4 مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة -BOT- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2009، ص 435.

5 وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان 2009 ص 32.

6 المرجع نفسه، ص 58.

7 فوناس سهيلة، تفويض المرفق في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 13.

8 مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 435.

9 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 65.

10 سعيد نكاوي، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05-54، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع الرباط، المغرب 2010، ص 29.

11 ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Maison d'édition Belkeise. Alger, 2012, P 04.

12 المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

13 المادة 04 من نفس المرسوم.

14 التعليمة رقم 006، مرجع سابق. ص 01.

15 مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 444.

16 بركبية حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2019، ص 73.

17 ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 135.

18 أنظر الموقع الرسمي للجريدة الرسمية الفرنسية على الرابط التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=7CB96B4E17E21CDB4868D6372C7394E2.tplgfr33s_2?idArticle=LEGIARTI000022283345&cidTexte=LEGITEXT000006080988&dateT

19 ضريفي نادية مرجع سابق، ص 135.

20 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص-ص 229-230.

21 محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2000، ص 21.

22 أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة الإسكندرية مصر، 2015، ص-ص 36-37 .

23 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 239.

24 المادة 208 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

25 المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

26 المادة 02 من نفس المرسوم.

27 التعليمة رقم 006، مرجع سابق، ص 03.

28 المادة رقم 02 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

29 التعليمة رقم 006، مرجع سابق، ص 02.

30 المادة 08 الفقرة 02 03 من دستور 1996، صادق عليه الشعب في استفتاء عام يوم 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 (ج.ر.ج.ج عدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996)، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002 (ج.ر.ج.ج عدد 25، الصادرة بتاريخ 14 أفريل 2002)، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 (ج.ر.ج.ج عدد 63، الصادرة بتاريخ 16 نوفمر 2008)، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، (ج.ر.ج.ج عدد 14، الصادرة بتاريخ 07 أفريل 2016)، المعدل والمتمم، المصادق عليه في استفتاء عام بتاريخ 01 نوفمبر 2020، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 (ج.ر.ج.ج عدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020).

31 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 246.

32 التعليمة رقم 006، مرجع سابق، ص 01.

33 المرجع نفسه، ص 02.

34 المادة 101 الفقرة 01 و02 من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، (ج.ر.ج.ج عدد 60 الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005).