**الأستاذ بلغول عباس**

**أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق والعلوم السياسية**

**جامعة وهران 2**

**مقياس تفويضات المرافق العامة**

 **موجه لطلبة الماستر 1**

**تخصص القانون الإداري**

**الفصل الأول: ماهية تفويض المرفق العام**

تفويض المرفق العام اصطلاح حديث النشأة له جذور تاريخيا طورها المشرع الفرنسي مما أدى إلى ظهور أنواع من تفويض المرافق العامة.

**المبحث الأول :مفهوم تفويض المرفق العام**

ارتبط تفويض المرفق في القانون الإداري باختصاصات السلطة الإدارية لزمن طويل ، إلا أنه انتقل حديثا إلى مجال إدارة المرافق العامة ، فظهرت طائفة من العقود يعهد بموجبها لشخص مستقل عن الشخص العام مسؤولية استغلال المرافق وإدارتها . لابد لنا من القول أن نظام التفويض قد عرف من القدم في الإدارة الرومانية ثم في الفكر الإسلامي ، ثم ظهر في الأخير في القانون في القانون الإداري الفرنسي وأخد به القانون الإداري الجزائري ، مما يبين أن التفويض تطور تاريخيا في القانون الإداري إلى ما هو عليه اليوم .

**المطلب الأول: تعريف تفويض المرافق العامة وتحديد طبيعته وتكريسه التشريعي**

**الفرع الأول : تعريف تفويض المرافق العامة**

لقد استخدم المشرع الفرنسي اصطلاح عقود تفويض المرافق العامة لأول مرة في قانون 6 فيفري 1992 بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية حيث يفرض بعض الشروط الإجرائية في إبرام عقود التفويض ، ويقرر مبدأ ضرورة العلانية السابقة ويتعلق فقط بالعقود التي أبرمتها الوحدات المحلية ، ثم صدر قانون 29 جانفي 1993 بشأن الوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة ، حيث وسع من نطاق عقود تفويض المرافق العامة إلى العقود التي تبرمها الأشخاص العامة ، بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامة ومنحها نظاما قانونيا أكثر اكتمالا من النظام الوارد في في القانون السابق . من خلال ما تقدم يمكننا استخلاص تعريف لتفويض المرفق العام بأنه نظام بموجبه يتم إدارة المرفق عام وتشغيله من قبل شخص آخر غير الشخص التابع له المرفق.

**الفرع الثاني:الطبيعة الإدارية لفكرة عقود تفويض المرافق العامة وتحيد أوصوله القضائية**

يسلم الفقه الفرنسي بأن عقود تفويض المرفق العام هي عقود إدارية بامتياز وذلك وفقا لمعايير ترتبط بعقود إدارية لأن هذه العقود التي يعهد بمقتضاها شخص عام إلى شخص آخر بإدارة مرفق عام تكون بالضرورة عقود إدارية ، وتطبق هذه القاعدة على عقود تفويض المرافق العامة مما يؤدي إلى اعتبار هذه العقود عقودا إدارية وهو مبدأ مطبق في كل الدول منها مصر والجزائر التي تعتبر عقد الامتياز مثلا من العقود الإدارية ، بالإضافة إلى ذلك عقود إدارية أخرى . أنا عن الأصول القضائية ، فيرى الفقه أن حكم **الزوج بارتو 1956** أعطى أساسا قضائيا لعقود تفويض المرافق العامة ، وبالتالي فإن فكرة العقود التي يكون موضوعها تفويض مرفق عام هي عقود تفويض المرافق العامة وهي عقود امتياز ، وبالتالي فهي عقود ليست جديدة ، وإنما لها جذور تاريخية .

**الفرع الثالث: التكريس التشريعي لطائفة عقود تفويض المرفق العام وأهميتها**

تدخل المشرع الفرنسي في مجال تفويض المرافق العامة فيما لا يقل من 6 قوانين حديثة صدرت خلال 4 سنوات ، أهمها **قانون سبان** المؤرخ في 06 فيفري 1992 بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية ، وقانون 29 جانفي 1993 بشأن الوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة ، وقانون 9 فيفري 1994 بشأن أحكام الاقتصاد والمالية والقانون المؤرخ في 02 فيفري 1994 بشأن حماية البيئة وقانون 4 فيفري 1995 بشأن تنظيم وتنمية الأراضي وقانون 08 فيفري 1995 بشأن العقود العامة وتفويض المرفق العام.يعتبر قانون سبان والمنسوب إلى اسم وزير الاقتصاد الفرنسي الذي عاد إلى وظيفته كقاضي في المحكمة الإدارية بباريس.

لقد أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قرارا قرر فيه أن قانون المؤرخ في 08 فيفري 1995 بأنه قانون دستوري ، لأن البعض شكك في دستورية هذا القانون . في الحقيقة ومن خلال هذه القوانين نجد قانونا واحدا فقط يتناول تفويض المرافق العامة بشكل مباشر ، وبالتالي فإن تدخل المشرع الفرنسي اقتصر على مجموعة من القواعد تنظم بعض الجوانب من عقود تفويض المرافق العامة ، ومراد ذلك أن المشرع يهدف في المقام الأول إلى تحقيق أكبر قدر من الوضوح على الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة والتي يشكل فيها تفويض المرفق العام عنصرا أساسيا .فالمشرع منذ البداية لم يقصد إعادة بناء العقود الإدارية وفق التحليل الفقهي للأفكار . ومع صدق الملاحظة، فإنه لا يجوز التقليل من أهمية المشرع في مجال تفويض المرفق العام فالقانون يضع بعض القواعد التي تخضع لها كافة عقود تفويض المرافق العامة ، كما وضع لأول مرة تسمية لهذه الطائفة وسماها بتفويض المرافق العامة .

**المطلب الثاني: اشتراط قابلية المرفق للتفويض**

لا نكون بصدد تفويض صحيح للمرفق إلا إذا كان قابلا للتفويض، وهذا المبدأ يدعونا إلى دراسة المرافق التي لا يجوز أن تكون محلا للتفويض.

**الفرع الأول :قابلية المرفق العام للتفويض**

يجب أن نحدد بدقة اشتراط قابلية المرفق للتفويض، إذ هذا العنصر ليس معيارا لتمييز تفويض المرفق العام ، فالعقد الإداري الذي يفوض المرفق العام عقد قابل للتفويض يكون غير مشروع ، ومع ذلك فإنه يظل عقد تفويض مرفق عام . إن قابلية المرفق للتفويض هي شرط لصحة التفويض لكنها ليست معيارا له ، وفي حالة ما إذا كان قابل للتفويض ، فإن الشخص المسؤول عنه يملك سلطة تقديرية لتحديد ما إذا كانت إدارة المرفق تتم بواسطة الاستغلال المباشر الاستغلال غير المباشر ، إذ لا توجد مرافق يجب أن تعهد بإدارتها إلى ملتزم خاص ، وليس من السهل تطبيق هذا الشرط ، ففي كثير من الأحيان ليست مسألة معرفة ما إذا كان لتفويض المرفق قابلا للتفويض أم لا ، وإنما اختصاصات المرفق هي التي تحدد قابليته للتفويض من عدمه ، ضف إلى ذلك يجب أن تحافظ الإدارة التي تفوض المرفق العام على حق الرقابة وتحمل المسؤولية النهائية ، وهو ما يعبر عنه بعدم جواز التنازل عن كل الاختصاصات التي يملكها المرفق .

**الفرع الثاني :عدم قابلية تفويض المرافق السيادية**

تضطلع المرافق السيادية بوظائف ترتبط بسيادة الدولة ،والقاعدة العامة أن هذه الأخيرة ليست محل للتفويض ، حتى ولو كان التفويض بإرادة الإدارة وذلك لارتباطه بجوهر السلطة العامة ، ومن هنا لا يجوز أن يكون مرفق الدفاع مثلا محل للتفويض رغم أن بعض الدول الليبرالية تفوض بعض المرافق التي تعتبر كأصل عام مرافق سيادية ، كما يستبعد أيضا تفويض مرفق القضاء. فمثلا يستبعد تفويض مرافق البوليس وهذا ما حدده مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 08/03/1985 قرار جمعية أصدقاء الأرض. لقد كرس مجلس الدولة الفرنسي في قراره السابق أن اختصاصات البوليس لا يمكن تفويضها ، غير أن مجلس الدولة لم يستبعد أن يعهد بإدارة مواقف السيارات على الطريق العام إلى إحدى الشركات ، كما قرر مجلس الدولة في نفس الوقت عدم مشروعية الاتفاق من ناحيتين : - أنه وضع العاملين المحليين المكلفين بإثبات مخالفة الانتظار على الطريق العام تحت أمر الشركة المفوض إليها والتي تتولى تنظيم عملهم . - إن الاتفاق يقيد سلطة البوليس في تعديل أماكن الانتظار السيارات. فهنا رأى مجلس الدولة أن هذه الاتفاقية أعطت للشركة امتيازات البوليس والمرتبطة بالانتظار على الطريق العام ، والتي لا يجوز تفويضها قانونا . إن مرفق الضرائب يعتبر تقليديا من المرافق السيادية ، وهو مجال لسلطة الدولة ، ومع ذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي في 28/12/1990 أن « تحصيل الضرائب لا يكون إلا بواسطة مرافق أو هيئات توضع تحت حراسة الدولة ، أو رقابتها » . إن هذا الحكم يجيز أن يعهد إلى أشخاص خاصة تخضع لوصاية الدولة ورقابتها بتحصيل الضرائب ، وقد يؤدي هذا القضاء عموما إلى إمكانية اللجوء إلى عقد التفويض في مجال المرافق السيادية ، كما أن القانون الإداري للفرنسي أجاز أن يعهد مشروع خاص بتحصيل الرسوم المحلية الخاصة بشغل أماكن المعارض والأسواق . كما أنه في مصر توجد شركات خاصة تقوم بتحصيل الضرائب نيابة عن الدولة من الممولين تقوم بتوريدها إلى الحكومة لقاء عائد محدد . يرى البعض من الكتاب المصريين أن هذه العملية هي خصخصة للضرائب في حين أن مصلحة الضرائب مرفق سيادي . يرى فقه معارض في مصر أن تفويض مرفق الضرائب مساس بسيادة الدولة ، ضف إلى ذلك فإن عملية التحصيل تستند في الكثير على القوة الجبرية واستخدام امتيازات السلطة العامة . وفي الجزائر تمتلك مصلحة الضرائب بناء على قانون الإجراءات الجبائية سلطة الغلق الإداري.

**المبحث الثاني: تفويض المرفق العام كمصطلح جديد**

**المطب الأول :مفهوم المرفق العام كمصطلح جديد**

**الفرع الأول تعريف تفويض المرفق كمصطلح جديد**

يعتبر هذا الأخير مصطلح جديد استعمله الأستاذ **أوبي** في الثمانينات ثم تطور هذا المفهوم بصدور قوانين سنة 1992 و1993 ، وحسب الأستاذ **شينو** هو تقنية تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل عقد الامتياز ، الإيجار ، التسيير. لذلك يمكن لنا أن تخذ تعريفا جامعا لتفويض المرفق العام بأنه عقد يمكن من خلاله تسيير واستغلال مرفق عام بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض له ، يدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة ، ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق ، وهو أهم معيار لتعريف المرفق العام .

**الفرع الثاني :خصائص تفويض المرفق العام**

من خلال هذا التعريف يمكن لنا استنتاج عدة عناصر لتفويض المرفق العام 1**- ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة،** والتي قررت السلطات العامة والقانون وجودها وضرورة ضمانها كمرفق عام . 2**- تفويض المرفق العام هو عقد وكالة** ، توكل من خلال الإدارة شخصا آخر يتولى استغلال المرفق العام ، فالإدارة العمومية تنشأ المرفق العام وتنظمه وهي التي توكله وتفوضه لشخص آخر ، مع إبقائها على دورها الأساسي وهي الرقابة لضمان حسن سير المرفق العام من حيث الجودة ، جودة الخدمات ، ومن حيث الأسعار ... **3- العلاقة بين المفوض والمفوض له هي علاقة عقدية**، فهذا العقد يحدد كافة الشروط سواء التنفيذ أو الرقابة أو نوعية الخدمات...فهي اتفاق إرادتين ، إرادة السلطة العامة وإرادة المتعامل معها ، كما يحتوي هذا العقد على شروط غير مألوفة في القانون الخاص ، مما يجعلنا نؤكد أنه عقد إداري بامتياز. **4- يجب أن ينصب التفويض على استغلال المرفق دون ملكيته** ، إذ يعتبر الاستغلال عنصرا أساسيا لاتفاقية التفويض ، ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له سلطاته في تسيير المرفق ، فهو بهذه الصفة يملك السلطات التالية : **- يملك نوعا من الاستقلالية ،** بالرغم من احتفاظ الإدارة المفوضة بسلطة الرقابة . **- وجود علاقة مباشرة بين المرتفقين والمفوض له** ، فالمفوض علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين . **- يضمن المستغل أو المفوض له السير العادي للمرفق العام ويتحمل كل المخاطر والأرباح - يجب عليه أن يوفر كل الوسائل والمنشآت الضرورية لتسيير المرفق العام والقيام بكل الأعمال الضرورية لذلك .**

**الفرع الثالث : أشخاص التفويض**

**1-المفوض:**وهو شخص معنوي من القانون العام قد تكون الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي يسمح لها باللجوء إلى التفويض كوسيلة من وسائل التسيير .

**2- المفوض له:**لا يوجد شكل قانوني خاص به ، فيمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا سواء من القانون العام أو الخاص . إن المفوض له يجب أن يلتزم ببعض الالتزامات التي تعتبر مبادئ في تسيير المرافق العامة ، إذ يجب أن يضمن المساواة بين كل المرتفقين وضرورة تكييف هذا المرفق مع التحولات والتغيرات الحاصلة في الساحة العمومية ، كما يجب أيضا أن يضمن لنا استمرارية المرفق العام حتى ولو لم يتضمنها عقد التفويض . تنص المادة 93 من قانون 93-122 الفرنسي على ضرورة التزام صاحب الامتياز عند تقديم عرضه ضمان استمرارية المرفق العام والمساواة بين المرتفقين وضمان استمرارية الخدمات .

**المطلب الثاني:مميزات اتفاقية تفويض المرفق العام**

**الفرع الأول : المقابل المالي المتعلق باستغلال المرفق العام**

يجمع أغلب الفقهاء على أن المقابل المالي جراء استغلال المرفق العام وتقديم الخدمات يتحصل عليه المفوض له على شكل إتاوات أو رسوم من قبل المرتفقين مقابل الخدمة التي يؤديها لهم . لا تعتبر هذه الطريقة هي الوحيدة في حصول المفوض له على المقابل له ، فيرى الأستاذ **فدال** أن صاحب الامتياز يمكن أن يتحصل على مقابله المالي من كطرف المرتفقين أو بواسطة أشكال أخرى . لذلك فإن تفويض المرفق العام يرتبط بالاستغلال ونتيجة الاستغلال ، لذلك هناك البعض من الفقه يستبعد عقود التسيير من عقود التفويض المرفق العام ، لأن المقابل المدفوع من طرف الإدارة يكون جزافيا وليس له ارتباط باستغلال المرفق العام ، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 15 أفريل 1996 والذي ينص على أنه :« يجب أن يضمن دفع المقابل المالي في تفويض المرفق من نتيجة الاستغلال » .

**الفرع الثاني : مدة التفويض**

يجب أن يحدد عقد التفويض مدة معينة لتفويض المرفق العام ، لأنه ليس بتفويض مدى الحياة ومن المتفق عليه أن عقد الامتياز مثلا يكون لمدة طويلة جدا ، لأن صاحب الامتياز يقوم باستثمارات مكلفة تستحق مدة طويلة لاسترجاع ما دفعه وتحقيق أرباح ، لاسيما أن المقابل الذي يأخذه من المرتفقين يكون عبارة عن إتاوات بسيطة . على عكس عقد الإيجار الذي يكون في أغلب الأحيان قصيرا أو متوسط المدى، على كل نوع من هذه العقود ونفس الكلام يقال على عقد التسيير الذي لا يتعدى في أغلب الأحيان 3 سنوات .

**الفرع الثالث: الفرق بين اتفاقية تفويض المرفق العام وعقد الصفقة العمومية**

إن هذه التفرقة ضرورية لمعرفة النظام المطبق على كل نوع من هذه العقود لاسيما وأن المشرع الجزائري جمع النظامين في تقنين واحد هو قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 ، وإن كان للصفقات العمومية نظام خاص وأن كل من الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة هي عقود إدارية بين هيئة تسمى المصلحلة المتعاقدة وشخص آخر هدفه تحقيق الربح مع ضمان تنفيذ خدمات عامة . غير أنه وإن كان النظامان يتفقان في أمور ، فإنهما يختلفان في أمور أخرى ، لذلك اعتمد الفقه على معياران للتفرقة بينهما: **1- كيفية دفع المقابل المالي** : يتم هذا الأخير في الصفقات العمومية عن طريق السعر تحدده الإدارة في ذفتر الشروط بعد تقديم العروض من طرف المشاركين ، ويكون هذا السعر محددا في العقد وتدفعه الإدارة ، وليس له علاقة بمردودية استغلال المرفق العام . أما تفويض المرفق العام ، فإن المقابل المالي له علاقة بنتيجة الاستغلال ، وله علقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق . يقول الأستاذ **بواتو** :« ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه باستغلال المرفق لا غير في أغلب الأحيان هي إتاوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة » . لقد اشترط القضاء الفرنسي في عدة قرارات أن يكون المقابل المالي يتعلق باستغلال المرفق ومنه استبعد عدة حالات عقد التسيير من عقود تفويض المرفق العام ، لأن المقابل المالي محدد مسبقا جزافيا وليس له علاقة في استغلال المرفق . **2- الاستغلال:** يعتبر الكثير من الأستاذة أن العنصر الفاصل بين الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام هو عنصر استغلال المرفق. فالصفقة العمومية تهدف إلى تزويد الإدارة بوسائل المرفق العام دون أن يتدخل شريك الإدارة في استغلال المرق العام وتسييره. فرغم أن صفقات الأشغال العامة يكون موضوعها بناء واستغلال المرفق العام ، إلا أن الاستغلال هنا هو ليس المهمة الرئيسية للصفقة العمومية ، بل هو كمهمة ثانوية .فاستغلال المرفق بطريقة مباشرة من طرف المفوض له واستعمال الوسائل التي توفرها له الإدارة المفوضة والعلاقة المباشرة مع المرتفقين هي التي تميز المرفق العام حسب الأستاذ **دالفولفي** لقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن المعيار المميز بين الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام هو معيار استغلال المرفق في قضية قناة الخامسة الفرنسية ، وفي عدة قضايا ت تكييف عدة عقود على أنها صفقة عمومية ، لأنها لا تحمل مهمة الاستغلال والتسيير ، فالتسيير الكلي أو الجزئي أصبح معيارا أساسيا .

**الفرع الرابع: المعالجة القانونية لعقد تفويض المرفق العام في الجزائر** نص الباب الثاني من المرسوم الرئاسي 15- 247 على الأحكام المطبقة على على تفويضات المرفق العام ، إذ نصت المادة 107 على ما يلي:« يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام ، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف . ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية عن استغلال المرفق العام وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية. وبهذه الصفة ، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق العام . تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم رئاسي» . وتنص المادة 208 من نفس المرسوم الرئاسي على:« تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام ، عند نهاية عقد التفويض المرفق العام ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المعني ».

تنص المادة 209 :«تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم وزيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكييف » . تنص المادة 210 :« يمكن أن يأخذ تفويض المرفق حسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير كما هي محددة أدناه» .