ضمان الخدمة العمومية في تفويض المرفق العام

Ensure public service in the mandate of the public facility

تاريخ الارسال: 2019/11/07	تاريخ القبول: 2019/12/05	تاريخ النشر: 2020/06/30

***ط.د. عكوش فتحي**
عضو بمخبر الحقوق والعلوم السياسية
جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر 1
fathi032014@gmail.com

ملخص:

إن هدف تفويض المرفق العام هو القيام بالخدمة العمومية نيابة عن السلطة المفوضة من أجل المصلحة العامة، وهو ما يفرض على المفوض له تسيير المرفق العام وفق مبادئه، وفي ذلك فهو يخضع للرقابة من السلطة المفوضة، التي لها سلطة ضمان الوفاء بالالتزامات في مجال تقديم الخدمة العمومية، وذلك من خلال ممارسة سلطاتها الرقابية وهي التي تمثل الضمانات في مواجهة أي تقصير في تقديم الخدمة العمومية من قبل المفوض له، وأساس هذه الرقابة يأتي لتعلقه بالمرفق العام وما تقره الأسس التعاقدية والتنظيمية، أين تصل سلطة الإدارة العمومية المفوضة في فرض الجزاءات الإدارية إلى حد فسخ العقد الإداري.

الكلمات المفتاحية: المرفق العام، تفويض، الخدمة العمومية، العقد الإداري، الرقابة الإدارية.

Abstract:

The purpose of delegation of the public service is to perform public service on behalf of the delegated authority. During the exercise of its supervisory powers, which represent the guarantees against any failure to provide public service by the Commissioner, the basis of such control comes from the contractual

***المؤلف المرسل:** عكوش فتحي

and regulatory bases, where the authority of the public administration delegated to impose administrative sanctions to the extent of the dissolution of the administrative contract.

Keywords: General Facility, Delegation, Public Service, Administrative Contract, Administrative Control.

مقدمة:

نظم المشرع الجزائري نمطا مستحدثا في إدارة المرافق العامة في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، ولأول مرة تحت تسمية تفويضات المرفق العام، أين دمجه مع تنظيم الصفقات العمومية الذي يعرف تحيينا مستمرا، وإن كانت طريقة هذه التفويضات لا تختلف في جوهرها ولا تخرج في مضمونها عن كونها طريقة للتعاقد الإداري، إما عن طريق الامتياز أو الإيجار وغيره من طرق الإدارة غير المباشرة للمرفق العام التي تتم من خلال التفويضات.

إنه ومهما كان نمط التعاقد الإداري الذي تتبعه السلطة المفوضة من بين أنواع عقود تفويضات المرفق العام، فإنه لابد من وجود ضمانات تحكمها، حماية لحقوق أطراف العلاقة في تفويض المرفق العام، وبالتالي فإنه يتعين عليها في ذلك مراعاة شروط التعاقد ابتداء ثم ضمان تنفيذه، فيما يتعين على المفوض له من جهة أخرى احترام شروط اتفاقية تفويض المرفق العام وما لها من أهمية وخصوصية في تقديم الخدمة العمومية.

فتبقى وظيفة المرفق العام سارية ولا تتأثر بأي نمط في إدارته، من خلال تطبيق مبادئه مع الأخذ بعين الاعتبار نسبية ذلك، وهو أمر تضبطه النصوص القانونية، ويكون تفويض المرفق العام في حدود المرافق العمومية القابلة لذلك، مع الإبقاء على الرقابة الإدارية لضمان الخدمة العمومية من خلال تنفيذ تفويض المرفق العام.

من خلال ما تقدم تهدف هذه الورقة البحثية إلى التطرق للضمانات المقررة لتقديم الخدمة العمومية في تنفيذ تفويض المرفق العام، وعليه **فما الضمانات التي تتعلق بتقديم الخدمة العمومية في تنفيذ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ؟**

للإجابة على هذه الإشكالية المطروحة، ستتم معالجتها باتباع المنهج التحليلي بشكل أساسي مع إتباع المنهج الوصفي وفقا لما يتطلبه البحث، وقد تم تقسيم هذه الدراسة كما يلي:

المبحث الأول: إلزامية تقديم الخدمة العمومية وفقا للمبادئ الأساسية

المبحث الثاني: الرقابة الإدارية كضمان لتقديم الخدمة العمومية

المبحث الأول : إلزامية تقديم الخدمة العمومية وفقا للمبادئ الأساسية

إن الاختلاف في طرق إدارة وتسيير المرفق العام يدل على اتساع مجال الخدمة العمومية الذي لم يعد كما كان من قبل، وإلا لتولت الدولة بنفسها إدارة المرفق العام بصفة مباشرة دون اللجوء إلى الاعتماد على دور الغير لا سيما الخواص في ذلك، ولترتب على ذلك وجود طريقة واحدة مباشرة لإدارة المرفق العام وهي طريقة الاستغلال المباشر[1]، وهو أمر أقره المشرع الجزائري من خلال إشراك الغير في تسيير المرفق العام بالنص على طرق غير مباشرة لإدارته.

غير أن تفويض المرفق العام لا يعني قابلية كل المرافق العمومية للتفويض، **فالتفويض إنما يكون في تحويل بعض المهام** غير السيادية التابعة للسلطات العمومية للمفوض له[2]، كما أن المبادئ التي تحكم سير المرفق العام غير قابلة كليا للتطبيق بنفس درجة تطبيقها في المرافق العمومية الإدارية غير المفوضة، فهناك نسبية في تطبيقها، إلا أن هناك مبادئ أساسية مشتركة يتعين على المفوض له الالتزام بضمانها(**المطلب الأول**)، كما أنه في مقابل ما يحصل عليه المفوض له نتيجة هذا التفويض فإنه ملزم بتقديم الإضافة أي الجودة في تقديم الخدمة العمومية وفقا للمتطلبات الحديثة(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول : الالتزام بالمبادئ الأساسية المشتركة لسير المرفق العام

تتمحور العلاقة في تفويض المرفق العام بين المصلحة العامة التي تهدف السلطة العمومية المفوضة لتحقيقها، وبين المصلحة الخاصة للمفوض له الذي يريد تحقيق هدف ربحي، وتحكم هاتين المصلحتين الأطر القانونية، وتسمو في هذا المصلحة العامة التي تعتبر الدافع للجوء إلى هذا الأسلوب على المصلحة الخاصة، والتي يقع عاتق السلطة العمومية المفوضة التزام بضمانها، لتعلقها بالمرفق العام، وذلك بما لها من سلطات رقابية، من خلال ضمان استمرارية سير المرفق العام (**الفرع الأول**)، وضمان المساواة في الانتفاع

بالخدمة العمومية **(الفرع الثاني)**، وضمان تكيف المرفق العام**(الفرع الثالث)**، وهي المبادئ الأساسية التي يتم تفويض المرفق العام في إطار احترامها[3] وذلك وفق ما تضمنه المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

الفرع الأول : ضمان استمرارية سير المرفق العام

إن مبدأ الاستمرارية يعتبر من المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة والذي يقصد به استمرار النشاط الذي يقوم به المرفق العام وانتظامه دون توقف أو دون انقطاع، وهذا خدمة للجمهور وتلبية لاحتياجاته القائمة والدائمة، ونظرا لما قد يترتب عن انقطاع سير المرافق العامة من انعكاسات خطيرة فإن الدولة تسعى إلى ضمان استمرار تقديمها للخدمة لأن طبيعة نشاطها يستدعي ذلك[4].

ويمتد سريان هذا المبدأ مهما كانت طريقة إدارة المرفق العام، فيلتزم المفوض إليه تسيير المرفق العام بأن يقدم الخدمة العمومية للمنتفعين على سبيل الاستمرارية والتواصل، وأن يوفر الإمكانات المادية والبشرية يضمان توافر هذا المبدأ[5]، وقد نص على مبدأ استمرارية المرفق العام في المرسوم الرئاسي 247/15[6]، وفي المرسوم التنفيذي 199/18[7] صراحة باشتراط أن يتم تفويض المرفق العام بمراعاة مبدأ الاستمرارية.

إن الهدف من مبدأ استمرارية المرفق العام هو ضمان استمرارية تقديم الخدمة العامة ضمانا للمصلحة العامة، ويظهر كقيد من قيود المصلحة العامة، سواء نفذ المرفق العام شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص، فهذا القيد يولد مجموعة من الالتزامات والحدود وكذلك هذه المصلحة العامة تمكن مسير المرفق العام من الحصول على مجموعة من امتيازات السلطة العامة، فنشاط المرفق العام ينبغي أن يستمر بصورة مضطردة دون أي توقف سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، ومن هنا تظهر أهمية هذا المبدأ في وجوب التزام المسير للمرفق العام في اتخاذ كل التدابير الكفيلة بمواجهة أي طارئ قد يعيق استمراريته.[8]

الفرع الثاني : ضمان المساواة في الانتفاع بالخدمة العمومية

يعد مبدأ المساواة مبدأ مكرسا في الدستور الجزائري، فنص عليه بعد التعديل الدستوري[9] لسنة 2016 في (المادة 32)، وأكدت عليه ذلك (المادة 34) منه : " تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية والاجتماعية، والثقافية"، وهذا ما يقتضي عدم التمييز بين المنتفعين بأي شكل من الأشكال مهما كانت مهما كانت الطبقة التي ينتمي إليها المرتفق ومهما كانت المنطقة التي يقيم فيها.[10]

ويقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهة القائمة على إدارة المرفق العام بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوفر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم[11] ، وهو بهذا يدعوا إلى حياد المرفق العام بعدم أخذ موقف والتحيز لجهة معينة، فهو يعتبر امتدادا للمبدأ العام المتمثل في المساواة أمام القانون، الذي يعد حقا من الحقوق المكرسة دستوريا[12].

إن ضمان المساواة في الانتفاع بالخدمة العمومية التي تقدمها المرافق العامة لا يعني مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة فقط، وإنما يتمتع به طالبوا الانتفاع أيضا، فالمبدأ هو مساواة الجميع أمام المرافق العامة من منتفعين وطالبي الانتفاع، ويقصد بهم جميع من تتوافر فيهم شروط الاستفادة من المرافق العام بغير تمييز أو محاباة، ويسري هذا المبدأ أيا كان الأسلوب الذي يدار به المرفق العام، بحكم اعتباره مرفقا عاما يجب أن يحترم مبدأ المساواة للجميع.[13]

وهو الأمر الذي نص عليه المشرع الجزائري من خلال مختلف النصوص القانونية أو التنظيمية التي لها صلة بتفويض المرفق العام، فعلى سبيل المثال ما نص عليه في القانون 12/05 المتعلق بالمياه المعدل والمتمم،حيث أقرت المادة (105) منه أن يتم اللجوء عند إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام إلى أسلوب المنافسة الذي يدخل في مفهوم المساواة.[14]

كما نص على ضرورة ضمانه في المرسوم التنفيذي 199/18 في (المادة 03) منه: " ... يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة ... ".

الفرع الثالث : ضمان تكيف المرفق العام

من أجل مواكبة مختلف التحولات يجب على المرفق العام أن يستجيب لبعض المتطلبات ويشبعها، هذه المتطلبات التي تتطور بالضرورة، ولهذا فإن على المرفق العام أن يلقى بعض التعديلات لتلبية المتطلبات الجديدة، وهذه التعديلات لا يمكن أن تبرر إلا في ضوء المصلحة العامة.[15]

ووفقا لهذا المقتضى تتمكن الإدارة العمومية من إجراء التغييرات والتعديلات على أوضاع المرافق العامة وطرق إدارتها وشروط الانتفاع من خدماتها، وقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال عدة نصوص قانونية، نذكر من بينها المرسوم رقم 88-131 الذي ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، أين نصت (المادة 06) منه على أنه : " تسهر الإدارة دوما على تكييف مهامها وهياكلها مع احتياجات المواطنين ويجب أن تضع تحت تصرف المواطن خدمات جيدة". [16]

كما نص عليه في الفقرة الثانية من (المادة 209) من المرسوم الرئاسي 247/15 والأمر الذي تم تكريسه في (المادة 03) من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام من خلال اشتراط أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبدأ قابلية التكيف، وهذا ما يلزم المفوض له بمراعاته مع مختلف التطورات التي يعرفها المرفق العام.

ومن تطبيقات هذا المبدأ حق الإدارة في أن تعدل بإرادتها المنفردة شروط الانتفاع بالمرفق العام، أو زيادة المقابل لهذا الانتفاع، وهذا دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك، وقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرفق العامة أيا كان أسلوب إدارتها. [17]

المطلب الثاني : ضمان مراعاة الجودة في تقديم الخدمة العمومية

من الأسباب الحقيقة التي استدعت اللجوء إلى أسلوب تفويض المرافق العامة هو **تحسين أداء المرافق العامة**، سواء على المستوى الوطني أو المحلي، وبالخصوص المرافق العامة ذات الطابع الصناعي أو التجاري، فالنصوص المتعلقة بالتفويض سواء في القانون الجزائري أو في التشريعات الأخرى أكدت على ذلك، منها قانون المياه، وقانون البلدية عندما ذكر المشرع الجزائري المجالات التي يتم فيها اللجوء إلى أساليب تسيير مرفقها العمومية بما فيها أسلوب التفويض. [18]

ويعد تقديم الجودة في الخدمة العمومية من بين المبادئ الجديدة التي فرضها المفهوم الجديد للمرفق العام الذي يهدف إلى ضمان القدر الأدنى من الخدمات ذات نوعية تحت تصرف الجميع[19]".

ويقصد بذلك أنه يحق للمنتفع الحصول على خدمة بأفضل نوعية وجودة، ولهذا المبدأ علاقة وطيدة بمبدأ قابلية المرفق العام للتطور والتكيف، حيث أن هذا التكيف يفرض تحسين النوعية وتطويرها، فمفهوم الجودة الذي يعود في أصوله للقواعد المطبقة على الخدمات التي يؤديها القطاع الخاص، والذي أصبح مع التطور الحاصل، وكذا أهمية المصلحة العامة، ضرورة فرضت وجود وخضوع الخدمة المقدمة من طرف المرافق العامة لمراقبة النوعية وضرورة تحسينها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، إذ أصبح يشكل تجسيدا للرغبة في تحديث المرافق العامة.[20]

فإذا كان تحسين الخدمة العمومية هو من الأسباب الحقيقية للجوء إلى أسلوب التفويض فإنه يتعين تبعا لذلك ضرورة مواكبة التطورات التكنولوجية، والتي لها دور كبير في الارتقاء بجودة الخدمة العمومية، وهو الاهتمام الذي جسده المشرع الجزائري كضرورة والتزام، باشتراط أن يتم تفويض المرفق العام مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، وذلك من خلال نص (المادة 03) من المرسوم التنفيذي رقم 199/18: " دون الإخلال بأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ..... يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع **ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية** ".[21]

وقد ربط المشرع الجزائري معايير الجودة والنجاعة التي تقتضي تقديم الخدمات العمومية بالفاعلية، والفعالية يمكن التعبير عنها بعدة طرق حسب نوع وطبيعة كل مرفق عام، فالمصلحة العامة وحمايتها تستدعي قيام المرافق العامة بتقديم خدماتها بكل فعالية فهذه الأخيرة هي الأصل في قياس مدى تحقيق المصلحة العامة التي كانت مرجوة من هذا المرفق العام، فهذا المبدأ الحديث حاول جعل المرفق العام فعالا في تقديم خدمات عمومية وذلك من خلال الاستعمال الأمثل للموارد والإمكانيات.[22]

إنه ومن خلال التنظيم الحالي لتفويض المرفق العام، والذي جاء تحت هذا الاصطلاح لأول مرة في التشريع الجزائري، نجد بأنه تم النص على المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرفق العام المفوض، وذلك بتحديد المبادئ التي يجب تطبيقها في تنفيذ المرفق

العام، والتي يتعين على السلطة المفوضة ضمان تنفيذها، وعلى أساس أن تفويض المرفق العام هو أسلوب لتسيير المرافق العمومية فقد تم التأكيد على جملة هذه المبادئ من قبل التشريعات المقارنة التي نظمت هذه التقنية، وعلى سبيل المثال فالمشرع المغربي أقر ذلك بموجب (المادة 03) من القانون رقم 12/05 بعنونتها ب: **مبادئ المرفق العام** والتي تضمنت: " يتولى المفوض إليه مسؤولية المرفق العام مع التقيد بمبدأ المساواة بين المرتفقين ومبدأ استمرارية المرفق ومبدأ ملائمته مع التطورات التكنولوجية والاجتماعية".[23]

المبحث الثاني : رقابة السلطة المفوضة كضمان لتقديم الخدمة العمومية

إن مراعاة احترام القيود التي يفرضها تفويض المرفق العام على المفوض له من خلال ما نص عليه المشرع الجزائري تحكمها العلاقة القائمة بين السلطة المفوضة للمرفق العام والمفوض له (شخص من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص)، هذه العلاقة التي تترجم في إطار العقد الإداري[24]، والذي يحتوي على أسس تعاقدية تبين حقوق والتزامات أطراف العقد الإداري**(المطلب الأول)**، وأسس تنظيمية تحتفظ بموجبها الإدارة بممارسة رقابتها وفرض شروطها على تنفيذ المرفق العام في تفويضه وفق ما تقتضيه المصلحة العامة**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول : تنفيذ الالتزامات التعاقدية كضمان للخدمة العمومية

يعتبر محل تفويض المرفق العام في تقديم الخدمة العمومية من أجل المصلحة العامة، وهو الأساس في اتجاه الإدارة العمومية إلى هذا الأسلوب غير التقليدي في إدارة المرفق العام، وهو التزام تعاقدي يقع على المفوض له في تنفيذ تفويض المرفق العام في مقابل حقوقه التعاقدية والمتمثلة في حقه المقابل المالي المتفق عليه الذي يعتبر من أهم التزامات الإدارة إزاء المتعاقد معها ومن أهم الحقوق الممنوحة للطرف المتعاقد مع الإدارة، وحقه في احترام التوازن المالي للعقد[25] والتي لا تملك الهيئة المفوضة حق تعديها انفراديا لأنها تدخل في نطاق البنود التعاقدية، لأن الأحكام التعاقدية تخضع لرضا الطرفين وبالتالي فلا يمكن تعديها إلا بموافقة المفوض له.[26]

إنه وفي مجال العقود الإدارية ونظرا لصلة العقد الإداري بالمرفق العام فإن فكرة الاعتبار الشخصي تعد من الأفكار الأساسية، سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد، أم في تنفيذ العقد الإداري، أم في انقضائه.[27]

فيعتبر الالتزام بتنفيذ المرفق العام التزاما شخصيا لأن الطبيعة الخاصة لعقد التفويض تراعى فيه الاعتبارات الشخصية عند الاختيار، فلا يجوز التنازل عن هذا الالتزام للغير إلا بإذن من السلطة العمومية المفوضة، وفي هذا الحالة يجب التمييز بين التنازل الكلي والتنازل الجزئي عن عقد التفويض، ففي حالة التنازل الكلي يترتب عليه خروج المتعاقد مع الإدارة من العلاقة التعاقدية مقابل دخول المتنازل له، وتنتقل عندئذ المسؤولية من المتعاقد الأصلي إلى المتنازل له مباشرة، مع بقاء مسؤولية المتعاقد الأصلي عن سلامة الأشغال التي نفذها، أما مسؤولية المفوض له في حالة التنازل الجزئي عن العقد وبموافقة من السلطة المفوضة فتبقى مسؤولية أصلية لا تتأثر بتعاقده من الباطن مع أخصائيين أو خبراء من أجل العمل بشكل دقيق ومتقن إذ أصبحت هذه التقنية " التعاقد من الباطن" ضرورة فرضها هذا النوع من العقود لنجاعتها.[28]

فلا يمكن للمفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام أن يقوم بتفويضه إلى شخص أخر، إلا أنه إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير فإنه يمكن للمفوض له اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة، وفي جميع الحالات لا يكون المرفق العام موضوع مناولة كليا.[29]

ومن أجل ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية في تفويض المرفق العام باعتباره عقدا إداريا[30] تمارس السلطة الإدارية المفوضة سلطاتها الرقابية تجاه المتعاقد معها، والتي تعد كضمان لتنفيذ تفويض المرفق العام، ومن خلاله ضمان الخدمة العمومية، وذلك في مواجهة أي إخلال أو تقصير من المفوض له تسيير المرفق العام، تحت طائلة الجزاءات الإدارية التي تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية بصورة سليمة تضمن سير المرفق العام، لأن إخلال المتعاقد بالتزامه يؤثر على سير المرفق العام، لأنه ليس إخلالا بالتزام عقدي فقط، ولكنه يمس المرفق العام الذي يتصل بالعقد الإداري، فالإدارة المسؤولة عن حسن سير المرافق العامة لها حقوق تجاه المتعاقدين معها ومنها حق توقيع الجزاء عند إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم. [31]

وتملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات بنفسها عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء مسبقا[32]، وتتعد الجزاءات الإدارية التي توقعها السلطة المفوضة على المفوض له في حال الإخلال بالالتزامات التي تم النص عليها في اتفاقية

تفويض المرفق العام، وذلك في حال عدم التقيد بالتزاماته، وقصد ضمان تنفيذ تفويض المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة.

ولا تقتصر آثار عقد تفويض المرفق العام على طرفي العلاقة وإنما تمتد إلى المنتفعين بالخدمة العمومية مما يترتب عليه بروز رابطة بين المنتفعين والمفوض له والسلطة المفوضة، وعلى الرغم من توفر الأحكام التعاقدية فإن الطابع التنظيمي يطغى على هذا العلاقة، لكون الإدارة هي صاحبة الاختصاص الأصيل بتسيير المرفق العام، ويمكنها تفويضه للخواص لزيادة ورفع درجة الفعالية وتحسين نوعية الخدمة المقدمة.[33]

المطلب الثاني : الرقابة الإدارية على التنفيذ بمقتضى الأسس التنظيمية

لعل أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني مركز الإدارة فيه، فالإدارة في العقد الإداري تتمتع بسلطات لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، ويبرر ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وبناء على ذلك تستطيع الإدارة اللجوء إلى هذه السلطات حتى لو لم ينص عليها في العقد، ولا يستطيع المتعاقد معها أن يدفع هذه السلطات بقاعدة القوة الملزمة للعقد لأن الأمر يتعلق بعقد إداري، فسلطة الرقابة التي تمارسها السلطة العمومية المفوضة تجد أساسها في فكرة المرفق العام لا في النصوص التعاقدية، ومن ثم فإن هذه السلطة ثابتة للإدارة حتى لو لم ينص عليها في العقد أو القوانين واللوائح. [34]

إن المشرع الجزائري ومن أجل ضمان تنفيذ تفويض المرفق العام في التنظيم المستحدث لتفويض المرفق العام، نص في (المادة 82) من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه : " تتابع السلطة المفوضة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وتقوم بهذه الصفة بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة، وكذا التقارير السداسية التي يعدها المفوض له.

ويلتزم المفوض له بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة، في ظل احترام الكيفيات والآجال المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام."

زيادة على ما نص عليه المشرع الجزائري فإن مقتضيات الصالح العام تلعب دورا أساسيا في تحديد مجال ممارسة السلطات الإدارية في تنفيذ العقد الإداري، لا سيما سلطتها في تعديل العقد الإداري، فالإدارة باعتبارها مكلفة بتسيير المرافق العامة لا يمكنها أن تظهر كمتعاقد عادي خاصة وأن هذه المرافق تتسم بالمرونة والتغيير، مما استدعى

تخويلها سلطة تعديل بنود العقد انفراديا تحقيقا للصالح العام، حيث أن سلطة التعديل الانفرادي ينبغي أن تنصب فقط على الشروط اللائحية للعقد الإداري، دون المزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة، فلا تشمل سلطة التعديل من بنود العقد إلا ما اتصل منها بالمرفق العام.[35]

فالسلطة المفوضة تملك حق التعديل في البنود التنظيمية للعقد كلما اقتضت ذلك ظروف المشروع أو تنفيذه، كون الإدارة هي التي تقوم لوحدها بإعدادها وتستأثر بحق تعديلها كونها تتعلق بمصلحة المرفق العام وما تستهدفه من مصلحة عامة، فتتمتع بذلك بسلطة التعديل الانفرادي التي تستمد من مبدأ التحولية أو القابلية للتكيف، وذلك لتغير مقتضيات المصلحة العامة بحسب الظروف المحيطة، في مقابل أن تكون هذه السلطة في حد المعقول، حيث لا يجب أن يكون التعديل جذريا، وألا يمس بالتوازن المالي للعقد فممارسة السلطة العامة لهذا الحق مقرون بشروط، وهي ألا يكون التعديل جذريا أو كليا لدرجة تغيير موضوع العقد، وألا يؤدي التعديل إلى زيادة أعباء المفوض له بشكل يفوق قدراته، وألا يمس التعديل بالمزايا المالية للعقد.[36]

كما تملك السلطة المفوضة إمكانية اللجوء إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام والتي تكون بحسب الحالات، فقد يكون الفسخ من جانب واحد عند الاقتضاء، وذلك قصد ضمان سير المرفق العام والحفاظ على الصالح العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له طبقا لبنود اتفاقية تفويض المرفق العام[37]، كما يمكن أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له وفقا لما تم النص عليه في اتفاقية تفويض المرفق العام.[38]

غير أن ما يلاحظ هو ما تضمنته الفقرة الثانية من (المادة 64) من المرسوم التنفيذي 199/18[39]، والتي تمنح السلطة المفوضة إمكانية اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض من جانب واحد في حالة القوة القاهرة، وبدون أي تعويض، وذلك لما يشكل من إخلال بالحق في التعويض خاصة إذا لم يكن هناك إخلال من جانب المفوض له، ولذلك فهي محل تساؤل عن إسقاط الحق في التعويض دون أن يكون للمفوض له سبب في عدم تنفيذ اتفاقية التفويض.

وتجدر الإشارة إلى أن السلطات المشار إليها التي تتمتع بها السلطة المفوضة في رقابة تنفيذ المرفق العام قصد ضمان الخدمة العمومية، تمارسها أيا كان شكل اتفاقية تفويض المرفق العام والتي تختلف في مداها بحسب شكل اتفاقية التفويض، فهو التزام يقع السلطة المفوضة للمرفق العام بضمان الانتفاع بخدمات المرفق العام، مهما كان شكل التفويض، لتعلقه بالمرفق العام وبالصالح العام، وهو ما جسده النص التنظيمي المتعلق بتفويض المرفق العام، والذي جاء تطبيقا لأحكام المادتين (207 و 210) من المرسوم الرئاسي 247/15، هذا الأخير الذي أغفل النص على رقابة السلطة المفوضة في عقود تفويض المرفق العام عن طريق الإيجار، خاصة وأنه في عقود الإيجار يتقاضى المفوض له أجر تسييره للمرفق العام وصيانته من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام[40]، وهو ما تم تداركه في المرسوم التنفيذي 199/18 بالنص على سلطة الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة في تفويض المرفق العام عن طريق الإيجار[41].

كما يلاحظ أن ما نص عليه في المرسوم التنفيذي 199/18 من أحكام في مجال الرقابة البعدية لتفويضات المرفق العام[42]، ورغم ما تخوله للسلطة المفوضة من صلاحيات في المراقبة الميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق، وسلطتها في تقييم نجاعة التسيير، والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام، هو محدودية سلطتها في هذا المجال والتي جاء النص عليها بأحكام عامة، دون تحديد سلطتها في التدخل المباشر بفرض الجزاءات الإدارية والمالية في حال المساس بمبدأ من مبادئ المرفق العام، وهو أمر ينبغي تحديده لتعلقه بمبادئ أساسية يتعين على السلطة العمومية المفوضة أساسا ضمان تطبيقها في تفويض المرفق العام.

كما أنه ومن خلال النظر في أحكام المرسوم التنفيذي 199/18، وبالتركيز السلطة المفوضة في هذا المجال المتعلق عموما بتفويض المرفق العام، نجد أن هناك ملاحظة عامة تتعلق بالسلطة المفوضة، والتي تتمثل في الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية الإدارية التابعة لها وهذا بصريح نص المادة الأولى منه، وكأنه يتعلق بتفويض المرفق العام المحلي فقط، في حين أن تفويض المرفق العام لا ينحصر في هذا الإطار، في مقابل نص (المادة 207) من المرسوم الرئاسي 15247 والتي تفتح إمكانية التفويض أمام أي شخص معنوي، فإن المرسوم التنفيذي 199/18 حصر مجال التطبيق في الجماعات الإقليمية.[43]

تجدر الإشارة إلى أن السلطة المفوضة ليست الجهة الوحيد التي تملك صلاحية الرقابة على تفويض المرفق العام، هذه الأخيرة والتي يبقى لها الدور الرقابي الرئيسي، وذلك رغم أن المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام استحدث بموجب (المادة 213) سلطة لضبط تفويضات المرفق العام، تسمى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أن الصلاحيات التي تتمتع بها هذه الأخيرة تجعل من أرائها لا تعدو أن تكون مجرد آراء بسيطة غير ملزمة للمصالح المتعاقدة، كما أن عملية التدقيق التي تقوم بها في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لا تكون إلا بناء على طلب من السلطة المختصة، وهو ما يعني إمكانية تجاوزها.[44]

إضافة لما سبق فإن (المادة 213) المشار إليها تمثل الإطار القانوني لتعريفها وتحديد اختصاصاتها، والتي جاءت بالتالي في مادة وحيدة، هذه المادة التي أحالت في فقرتها الأخيرة إلى أن تحديد تنظيم وكيفيات سير سلطة الضبط يتمثل في مرسوم تنفيذي، غير أن هناك تأخر كبير في إصدار هذا النص، فمنذ صدور المرسوم الرئاسي 247/15 إلى يومنا لم يتم إصدار المرسوم التنفيذي المعني، وبالتالي عدم التجسيد العملي للهيئة.[45]

الخاتمة:

إذا كان من بين الأساليب الممنوحة للإدارة العمومية في ممارسة نشاطها الإداري وتحديدا في ممارسة وظيفة المرفق العام هو إمكانية إشراك الغير في ذلك، وذلك لعديد الأسباب التي تدفع نحو الاتجاه إلى هذا الأسلوب، لاسيما في الوقت الحالي الذي تتجه فيه الرغبة نحو تعزيز دور الغير لاسيما الخواص في إدارة المرافق العمومية، وهو أمر جسد في مختلف النصوص القانونية وآخرها المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، فإن هذا التفويض تحكمه ضوابط لتعقله بالمرفق العام، فلا يتم إلا في إطار المرافق العمومية القابلة لذلك والتي لم تذكر على سبيل الحصر، ولا يتم إلا في إطار احترام مبادئ العامة للمرافق العمومية، وهو أمر يقع على عاتق السلطة العمومية المفوضة ضمان تنفيذه، إضافة إلى ضرورة التماشي مع متطلبات عصرنة المرافق العامة وجودة الخدمة العمومية المقدمة.

إن ما يلاحظ من خلال النصوص المنظمة لتفويض المرفق العام ولاسيما في التنظيم الجديد هو التركيز على احترام بمبادئ المرفق العام والاهتمام بتطويره وعصرنته، واشتراط ذلك قصد ضمان تطبيق هذه المبادئ التي لا يتم تفويض المرفق العام إلا في ظل احترامها وهو ما يظهر من خلال منح السلطة المفوضة سلطة تقييم نجاعة التسيير، والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام، غير أنه في مقابل ذلك جاءت الأحكام المنظمة لمجال هذه الرقابة دون تحديد لسلطتها في فرض الجزاءات في حال التأكد من مخالفة أحدها، وبالتالي فهي تحتاج إلى مراجعة لأنها لم تحدد مدى هذه الرقابة الممارسة لضمان احترام هذه المبادئ.

من خلال هذه الورقة البحثية في ضمان الخدمة العمومية في تفويض المرفق العام فإنه يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

- بما أنه أصبح هناك نص قانوني خاص بتنظيم تفويض المرفق العام فإنه يتعين النص ضمنه على الجزاءات المالية والإدارية الممنوحة للسلطة المفوضة.
- إن منح السلطة المفوضة إمكانية اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض من جانب واحد في حالة القوة القاهرة وبدون أي تعويض المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 64 من المرسوم التنفيذي 199/18، يحتاج إلى مراجعة لأن حق المفوض له قائم في التعويض لأن سببه لا يتعلق بعدم وفائه بالتزاماته.
- تحديد سلطة السلطة المفوضة تجاه المفوض له في حال الإخلال بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والجزاءات لمخالفتها.

الهوامش:

[1] بوضياف عمار ، شرح قانون الولاية الجزائري القانون رقم 07/12 المؤرخ في 26 فبراير 2012، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص 264.

[2] (المادة 02) من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المؤرخ في 02 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، (ج ر) العدد 48 لسنة 2018.

[3] وهو ما نصت عليه (المادة 209) من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، (ج.ر) العدد 50 لسنة 2015.

وكذا نص(المادة 03) من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام.

[4] بوعلي سعيد - شريقي نسرين - عمارة مريم ، القانون الإداري(التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الطبعة الثانية، دار بلقيس للنشر، الجزائر 2016، ص 168.

[5] بوضياف عمار ، مرجع سابق، ص 278.

[6] (المادة 209) من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

[7] (المادة 03) من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام.

[8] ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة 2012/2011، ص 207.

[9] قانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، (ج.ر) العدد 14 لسنة 2016.

[10] بوهالي نوال، التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2 لونيسي علي- الجزائر، العدد الثاني عشر، 2017، ص 339-340.

[11] زوبة سميرة، اتفاقية التفويض تجسيد للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، العدد 10 جوان 2018، ص 285.

[12] فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو-، الجزائر 2018، ص 232-233.

[13] أبوزيد فهمي مصطفى، الوسيط في القانون الإداري، ب-ط، دار الجامعة الجديدة، مصر 2005، ص 308.

[14] إرزيل الكاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي- جيجل، الجزائر ، العدد الثالث 2017 ، ص 21.

[15] محيو أحمد ، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1986، ص 487-488.

[16] زوبة سميرة، مرجع سابق، ص 285.

[17] بوعلي سعيد - شريقي نسرين - عمارة مريم، مرجع سابق، ص 171.

[18] إرزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص 26.

[19] فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 236.

[20] ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 234.

[21] (المادة 03) من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

[22] ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 233.

[23] إرزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص 20.

[24] نصت المادة (06) من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتقويض المرفق العام على أنه : « **اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري** يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم ».

[25] طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية(التنظيم الإداري- النشاط الإداري) دراسة مقارنة، طبعة ثانية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص 122.

[26]- فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 243.

[27] سكران فوزية، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2017، ص 168.

[28] فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 228-229.

[29] (المادة 07) من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

[30] (المادة 06) من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

[31] مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007، ص 66-68.

[32] زوبة سميرة، مرجع سابق، ص 287.

[33] شكلاط زيوش رحمة، مكانة ونجاعة عقد الامتياز في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للمالية العامة، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، العدد الثالث 2013، ص 212.

[34] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص57- 60.

[35] محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري- دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر 2014/2013، ص 60.

[36] فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص 243-344.

[37] (المادة 1/64) من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

[38] (المادة 1/65) من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

[39] تنص (المادة 2/64) من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه: « كما يمكن السلطة المفوضة اللجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض، من جانب واحد، في حالة القوة القاهرة وبدون أي تعويض للمفوض له» .

[40] نوال بوهالي، مرجع سابق، ص 342.

[41] (المادة 54) من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

[42] (المواد من 84 إلى 86) المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

[43] حساين سامية- لميز أمينة، قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون- تيارت، الجزائر المجلد 04/ العدد 02، 2019 ص 56.

[44] بوهالي نوال، مرجع سابق، ص 342-343.

[45] حساين سامية- لميز أمينة، مرجع سابق، ص 53-54.