



جامعة ابن خلدون تيارت  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# النظام القانوني للمرافق العامة بين الوحدة والتعدد

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث  
تخصص القانون العام

تحت إشراف:

د / حبشي لزرق

إعداد الطالبة:

معتوق أم الخير

## أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	فتاك علي
مشرفا ومقررا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	حبشي لزرق
ممتحنا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	عليان بوزيان
ممتحنا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	سعيد الشيوخ
ممتحنا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	قوسم حاج غوثي
ممتحنا	م.ج.غيليزان	أستاذ محاضر "أ"	منقور قويدر

السنة الجامعية 2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# كلمة شكر

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الانسان ما لم يعلم،. والصلاة والسلام على معلم البشر خير الأنام محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

أولا وقبل كل شيء أتقدم بأسى عبارات الشكر والامتنان والتقدير إلى من يعجز لساني عن ايجاد عبارات المناسبة لشكره. إلى من سدد خطايا، وأنار دربي، إلى واهب الحياة، إلى رب العزة جلّ جلاله.

انطلاقا من العرفان بالجميل فإنه ليسرني وليثلج صدري أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى أستاذي ومشرفي الدكتور "حبشي لزرق" الذي لم يبخل عليّ بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عوناً لي في إتمام هذه الأطروحة وحمداً لله بأن يسره في دربي ويسر به أمري وعسى أن يطيل عمره ليبقى نبراساً متألئناً في نور العلم والعلماء.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى هذا الصرح العلمي الفتي الجبار "جامعة ابن خلدون تيارت" وبالأخص كلية الحقوق ممثلة بعميدها الدكتور "عليان بوزيان" على كل توجيهاته ونصائحه القيمة التي ساعدتني في اتمام هذه الأطروحة، فجزاه الله كلّ خير، كما أتقدم بالشكر إلى رئيس قسم الحقوق ونائب العميد الدكتور بوسماحة الشيخ على كل مساعداته.

والى من علموني حروفاً من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسى وأحلى عبارات في العلم الى من صاغوا لي علمهم حروفاً ومن فكرهم منارة تنبر لنا سيرة العلم والنجاح.

إلى أساتذتي الكرام بدون استثناء.

ولم ولن أنسى أن أتقدم بفائق الشكر والتقدير إلى من ساندني معنوياً أو مادياً ووقفوا بجاني منذ بداية مسيرتنا العلمية ولغاية الآن بالأخص الأستاذ المحامي "بلفضل عبد الرحمن" والأستاذة "معتوق الزهرة" فجزاهم الله كل خير.

# إهداء

بكل خشوع واجلال أنحني أمام رب العرش العظيم وأحمده حمدا كثيرا، كما يحبه ويرضاه على وقوفه معي وتوفيقيه لي ونعمه اللامحدودة.

إلى من كان خلقه القرآن الكريم سيدي وحببي وقرة عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وطني المعبق بأريج الحب لن أنساه وسأقدم كل ما بوسعي له، وسأجعل كل ركن به يشهد بما سأقدم سأكون كالمطر ولن أبخل بما تعلمت، سأكون كالماء أينما وقعت ونفعت، فالمجد والخلود لشهدائنا الأبرار.

إلى قدوتي الأولى والنبراس الذي ينير دربي، إلى من علمني أن أصمد أمام أمواج البحر الثائرة، إلى من أعطاني ولم يزل يعطيني بلا حدود إلى من رفعت رأسي عاليا افتخارا به إليك يا من أفديك بروحي أبعث لك باقات حي واحترامي وعبارات نابغة من قلبي وإكان حبر يراعي لا يستطيع التعبير عن مشاعري نحوك فمشاعري أكبر من أن أسطرها على الورق، ولكني لا أملك إلا أن أدعو الله أن يجعلك ذخرا لنا وينعم عليك بالصحة والعافية "أبي الحبيب"

إلى من ركع العطاء أمام قدميها وأعطتنا من دمها وروحها وعمرها حبا وتصميما ودفعنا لغد أجمل إلى من يسعد قلبي بلقياها إلى روضة الحب إلى التي تنبت الأزهار "أمي الغالية".

إلى من أثروني على أنفسهم إلى من علموني علم الحياة إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة إلى إخوتي "عبد الحليم، طارق، سعد الدين، أمين".

إلى من أتمنى أن تبقى صورتها في عيني إلى القلب الطاهرة والنفس البريئة إلى ربحانة حياتي أختي العزيزة "خديجة".

إلى جميع من يحمل إسم "معتوق وبوحوص"

## قائمة المختصرات

### أولاً: باللغة العربية:

ص = صفحة

ط = طبعة

ج = جزء

ج ر = الجريدة الرسمية

د.ب.ن = دون بلد نشر

د.د.ن = دون دار نشر

د.ط = دون طبعة

د ع = دون عدد

م ق = مجلة قضائية

### ثانياً: باللغة الفرنسية:

**Art** = Article.

**C.E** = Conseil d'Etat

**D c.** document

**J.O** = journal Officiel

**OP-Cit** = Ouvrage Précédemment-Cité

**L.G.D.J** = Librairie Générale de Droit et Jurisprudence

**N** = Numéro

**P** = Page

**Rev** = Revue

مُقَدِّمَاتُ

## مقدمة:

لا يختلف إثنان في أن أي تنظيم اجتماعي قد نشأ بشكل مرحلي ، متطلبا في كل مرحلة نوعا من الضبط والتأطير لتلك العلاقات الاجتماعية على عمومها. وتحديدًا بوضع الأطر الملائمة للبعض من تلك العلاقات دون البعض الآخر منها، سواء كان السبب يرجع إلى الاختلاف والتباين المفروض بينها أو بالنظر لطبيعة معينة تقتضي ذلك التباين .

ومن ثمّ لا يمكن لأحد أن ينكر على الدولة حقها واختصاصها في فرض ذلك التأطير على المنوال السابق باعتبارها صاحبة كلمة الفصل والبت في تحقيق المصلحة العامة على اختلاف جوانبها ومظاهرها.

فإذا كانت أحيانا تتدخل بشكل ضبطي لنشاطات الأفراد، منعا للمساس بما يوصف بالنظام العام. وبتخاذ مختلف التدابير الإجرائية والوقائية من أجل تحقيق ذلك فإن نمط وأسلوب تدخلها حينما تلبى مختلف الحاجيات يكون مختلفا تمام الاختلاف عن المظهر الأول لتدخلها.

إن هذا معناه، بروز مفهوم آخر يكون بمثابة الوسيلة لبلوغ مستويات تلبية الحاجات العامة للمواطن وهو ما يمثّل في نشاط المرفق العام، كمنشآت يبدو إيجابيا من وجهة نظر المواطن إليه. على خلاف تلك النظرة السلبية من طريق هذا الأخير لنشاط الضبط الإداري باعتباره ينطوي على نوع من التقيد لما يقوم به المواطن ويمارسه في بعض الأحيان.

فتدخل الدولة للقيام بأداء الخدمات العامة يتخذ في أغلبيته صورة المرفق العام، الذي يعد من أهم صور تدخل الدولة في حياة الأفراد، ولما كانت هذه المرافق هي ثمار تطور الدولة وتشعب وظائفها وتزايد تدخلها في المجالات كافة تبعا لتزايد حاجات الأفراد وتنوع مصالحهم، ولما كان هذا التدخل موجه لتلبية الحاجات الحيوية والأساسية للأفراد، فإن هذا الأمر يجعل تلبية تلك الحاجات الضرورية منها أمرا واجبا على الدولة تجاه أفرادها لا سيما تلك الحاجات الضرورية منها والتي لا يستطيع الأفراد الاستغناء عنها كما أنهم لا يستطيعون توفيرها لأنفسهم<sup>1</sup>. فلا يكون ذلك إلا بإنشاء المرفق العام الذي يراد به ذلك المشروع الذي تقوم جهة الإدارة بتنظيمه وتسييره بنفسها أو يكون خاضعا لرقابتها ويهدف إلى تحقيق نفع عام فكل مشروع هدفه تحقيق صالح عام تهيمن عليه الإدارة مباشرة أو يكون لها حق الإشراف والرقابة عليه يعتبر مرفقا عاما .

<sup>1</sup> - د/ستار جبار البدري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2018، ص 46

وقد ترتبت على ربط الصالح العام بالمرفق العام ربطاً لا انفصام له على اعتبار أن هدف المرافق العامة أيا كان نوعها وأيا كانت طريقة إدارتها إنما هو تحقيق الصالح العام نتائج بالغة الأهمية تظهر في ضرورة خلق ووضع نظام قانوني خاص لحكم المرافق العامة وتمكينها من أداء واجبها والوفاء بغايتها وعلّة وجود نظام قانوني استثنائي يرتبط بالمرافق العامة بحيث تكون وعاءه ومجال تطبيقه، ترجع إلى عدم كفاية قدرة القانون الخاص لحكم المرافق العامة من حيث تنظيمها ونشاطها وغايتها إذ ليس من المنطق تطبيق قانون أريد به عند وضعه تنظيم علاقات فردية تتساوى فيها إرادات الأفراد وتهدف في المقام الأول إلى تحقيق مصالحهم الشخصية، على المرافق العامة التي تختلف في طبيعتها ومظاهر نشاطها وبالذات في هدفها عن النشاط الفردي.<sup>1</sup>

إذ أن ضرورات تلك المصلحة أوجبت خضوع نشاط المرفق العام لمبادئ تعد بمثابة الأساس الذي تركز عليه المصلحة العامة. حينذاك استوجب الأمر سير ذلك النشاط وفق قاعدة الاستمرار والانتظام من جهة أولى وطبقاً لمبدأ المساواة من جهة ثانية، وخلال كل ذلك من مراعاة مقتضيات التكيف ومستجدات الأوضاع الراهنة من جهة ثالثة.

لقد أخذ ذلك وفي أوقات معينة تسميات متعددة، اتحدت في مجموعها وكأنها نظام قانوني يحكم كيفية أداء سير المرافق العمومية في الدولة، تحقيقاً وتلبية لحاجيات المواطن في سبيل بلوغ تلك الغايات. ويرجع كل ذلك أساساً، ومن الناحية التحليلية إلى عمق العلاقة والارتباط بين قواعد القانون الإداري الذي يحكم السلطة الإدارية في الدولة مهما كان مستواها، مركزية أو غير مركزية، في الكثير من أعمالها، وبين فكرة المرفق العام، رغم ما عرف على تلك العلاقة من اهتزازات وارتدادات.

إن ذلك يستند ويقوم في بدايات أسسه على مبدأ الفصل بين السلطات أين تتمثل وظيفة الإدارة في السهر على تنفيذ القوانين. ومن ثم يتأسس الحديث انطلاقاً من سلطة الحكومة في إنشاء وتنظيم وإلغاء المرافق العامة في الدولة، باعتبارها وبدرجة أولى سلطة عامة، لها دورها البالغ والأهم في تأدية الخدمة العمومية للمواطن، وملتزمة بحدود معينة تضبط هذا الأداء من طرفها.

عندئذ يمكن القول أن ما تعلق بالمصلحة العامة، واختلاف أنماط تحقيقها هو أمر مؤكد من قبل المؤسس الدستوري، لكن بحاجة دائمة لمقتضيات التنظيم بأداة القانون وفق مفهومه الضيق، على أن تتدخل السلطة التنفيذية بعد ذلك لوضع القواعد القانونية موضع التنفيذ. إن ذلك ما يتضح فيما هو مخول دستورياً للوزير الأول من صلاحيات تنظيمية، لاسيما فيما يتعلق بتطبيق

<sup>1</sup> - د/ محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري (الكتاب الأول مقدمة عامة، التنظيم الإداري، نشاط الإدارة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1968، ص 60-61.



القوانين طبقا لنص المادة 2/143 من الدستور بقولها: " يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول " .

ولما كانت دراستنا أساسها البحث في النظام القانوني للمرافق العامة، ووجب استجلاء فكرتها ولا يتأتى ذلك إلا بالإحاطة بالتأصيل الفقهي للمرفق العام وبيان كيفية إنشائه والتطورات التي طرأت عليه على مر العصور .

### -نطاق وحدود موضوع الدراسة :

تتناول الدراسة موضوع الأطروحة في نطاقها الموضوعي فكرة المرفق العام، وبالأخص النظام القانوني لهذا الأخير.

أما نطاق هذه الدراسة الزماني هي دراسة التأصيل الفقهي للمرفق العام، ذلك باعتبار أن نظرية المرفق العام أساس لتفسير نظريات القانون الإداري، بالتالي التعرض لنشأة المرافق العامة والتسلسل الكرونولوجي للمراحل التشريعية التي مر بها المرفق العام بالجزائر.

أما فيما يخص النطاق المكاني لهذه الدراسة هي الجزائر بدراسة التنظيم القانوني للمرافق العامة في التشريع الجزائري.

### أهمية موضوع الدراسة:

إذ أن الأهمية من هذه الدراسة تتجلى في مظهرين أساسين، ألا وهما أهمية قانونية تكمن في فكرة المرفق العام باعتبارها من أهم موضوعات القانون الإداري وأساسا لنظرياته، وباعتباره نشاط إداري وصوره إيجابية لتدخل الدولة لإشباع حاجيات الأفراد وكما سبق بيانه أنه لا يتأتى ذلك إلا بإقرار نظام قانوني له، وأهمية عملية هو أن النظام القانوني لهذا الأخير وخصوصا إشكالية إيجاد قانون يوحد سائر المرافق العامة على اختلاف أنواعها وطرق تسييرها وأثر هذه الأخيرة على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة لم يحظى بالقدر الكافي من الدراسة، مع العلم أن موضوع المرفق العام قد حظي بالعديد من الدراسات وغني بالبحوث التي سيأتي بيانها لكن خصوصية الطرح في هذا البحث يعطي أهمية ذاتية لموضوع بحث الدراسة.

### أهداف موضوع الدراسة:

فترتبا على ذلك إن الدراسة البحثية في هذا الموضوع تهدف إلى تسليط الضوء على إشكالية هامة في القانون الإداري بشكل عام باعتبار أن المرفق العام يعتبر محورا أساسيا في هذا الأخير باعتباره أساسا يفسر كل نظرياته. ألا وهو النظام القانوني المنظم لهذه المرافق العامة الشيء الذي لم يكن يثير

أي جدل فقهي أو نقاش قبل تعدد المرافق العامة أي في صورتها التقليدية، ولكن سرعان ما تخلت الدولة عن دورها كدولة حارسة وتدخلت في الميدان الاقتصادي مما أدى إلى ظهور أنواع جديدة منها مسببة أزمة للمرفق العام فأصبح القانون الإداري قاصرا على تنظيم هذه المرافق الجديدة مما أدى إلى ظهور نظام قانوني خاص وبرز ازدواجية قانونية، بعدما كانت هناك أحادية قانونية هي خضوع المرافق العامة لقواعد القانون الإداري، هذا ما عجل بظهور جدال حول إشكالية قانونية تداركها الفقه القانوني والقضاء هي أثر اختلاف تعدد المرافق العامة ومدى تأثيرها على النظام القانوني الحاكم لها ومدى خضوع كافة المرافق على اختلافها لنظام قانوني واحد أو تعدد هذا الأخير تبعا لتعدد واختلافها من جهة. ومن جهة أخرى تطور أساليب إدارة الدولة للمرافق العامة وأثرها على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة.

#### أسباب اختيار موضوع الدراسة:

ويعود اختيار هذا الموضوع لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية نجملها فيما يأتي :

-تمثل الأسباب الذاتية من منطلق الاهتمام الخاص بجانب النشاط الإداري، وخصوصا إشكالية توحيد النظام القانوني للمرافق العامة .

-أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في الأهمية القانونية للموضوع محل الدراسة باعتبار أن المرفق العام هو أساس القانون الإداري، وبالتحديد دراسة الإشكالية المتمثلة في إيجاد قانون يوحد جميع المرافق العامة على اختلاف أنواعها وأثر أساليب التسيير المختلفة على النظام القانوني للمرافق العامة .

#### إشكالية موضوع الدراسة:

تتلخص مشكلة موضوع الدراسة في محاولة الإجابة على إشكالية قانونية مفادها إيجاد قانون موحد لجميع المرافق العامة، ومدى تأثير طرق التسيير على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة .

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدد من التساؤلات حول النظام القانوني للمرافق العامة:

1- ما مدى إمكانية إيجاد أو سن قانون موحد للمرافق العامة على حد سواء ؟ أو بالأحرى إلى أي

مدى يمكن التسليم بوجود نظام موحد للمرافق العام بمختلف أنواعها ؟

2- ما موقف الفقه والقضاء والتشريع الجزائري من إيجاد الحلول لإقرار توحيد للنظام

القانوني للمرافق العامة؟ وهل يمكن للقضاء أن يجد الحلول والديناميكيات التشريعية لتوحيد

النظام القانوني للمرافق العامة ؟

### 3-ما أثر طرق التسيير على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة ؟

#### منهجية موضوع الدراسة:

للاوصول إلى أهداف الدراسة المسطرة و المتوخاة من هذه الرسالة، والإجابة عن الإشكالية الأساسية المطروحة بدراسة قانونية علمية واضحة، اتبعنا منهجيا علميا يناسب موضوع الرسالة، وهو المنهج الوصفي بإتباع أسلوب البحث العلمي التحليلي في بعض العناصر في معالجتنا لهذا الموضوع، وذلك من خلال عرض للنصوص القانونية المنظمة للمرافق العامة في الجزائر بشكل خاص وبعض الأنظمة القانونية المقارنة إذا استلزمت الدراسة ذلك من أجل إثراء الموضوع وما توافر من قرارات قضائية في مجال الدراسة كل ذلك من أجل إبراز موقف المشرع الجزائري على غرار المشرع المقارن من مدى إرساء قانون موحد للمرافق العامة بالرغم من اختلاف أساليب إدارتها وهل حاول إيجاد حلول تشريعية ديناميكية من أجل توحيد المرافق العامة وإخضاعها ضمن منظومة قانونية متكاملة واحدة متجاوزا بذلك أثر تعدد أساليبها على اختلاف النظام القانوني لها؟ وهل يمكن للقضاء أن يجد الحلول والديناميكيات التشريعية لتوحيد النظام القانوني للمرافق العامة؟

#### خطة موضوع الدراسة:

للإجابة عن هذه الإشكالية واتساقا مع منهجية البحث في النظام القانوني للمرافق العامة بين الوحدة والتعدد، ولتحقيق الهدف المرجو من هذه الدراسة، فقد تحددت خطة الدراسة لمعالجة الموضوع بتقسيمه إلى باين، يتم التعرض في البداية إلى عرض التأصيل الفقهي للمرافق العامة (الباب الأول) وذلك ببيان الإطار المفاهيمي للمرفق العام (الفصل الأول) والنظام القانوني للمرافق العامة أو ما يعرف تحت اسم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة (الفصل الثاني). وفي سبيل ذلك وباعتبار أن الدراسة قانونية ولتبيان موقف المشرع الجزائري من فكرة المرفق العام ككل نعرض تسلسلا تاريخيا للمراحل التشريعية التي مر بها هذا الأخير في الجزائر.

بعد ذلك يتم التطرق لأثر تعدد أساليب إدارة المرافق العامة على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة (الباب الثاني) بالبحث في الأساليب التقليدية وفي سبيل ذلك نعرض نموذجين أسلوبيا المؤسسة العامة والامتياز (الفصل الأول)، والأساليب الحديثة وفي سبيل ذلك نعرض أسلوبا عقد تفويض المرفق العام وعقد البوت. (الفصل الثاني).

# الباب الأول

التأصيل الفقهي للمرفق العام

## الباب الأول

## التأصيل الفقهي للمرفق العام

تختلف واجبات الإدارة من دولة إلى دولة أخرى وفقا للمبادئ الأساسية والاجتماعية التي تصدر عنها. إلا أن نقطة التقاطع بينها، ووفقا لمبدأ الفصل بين السلطات تكمن في السهر على تنفيذ القانون.

فقد يتخذ نشاط الإدارة صورة أكثر إيجابية إذ لا تكتفي بالموقف السلبي من النشاط الفردي، بل تتخذ تمديد المساعدة إلى المشروعات الخاصة التي تؤدي للجمهور منافع أساسية، إذا ما وجهت تلك المشروعات عقبات في مواصلة نشاطها، ويكون ذلك باستعمال وسائل القانون العام لصالح هذه المشروعات.

ولكن الإدارة قد ترى لسبب أو لآخر أن تتدخل بنفسها لإشباع حاجة من الحاجات العامة، وذلك إذا قدرت أن الأفراد لا يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباعها، أو رأت أن المصلحة العامة تستلزم تدخلها لإشباع تلك الحاجة، حتى ولو كان في وسع الأفراد إشباعها استقلالاً عن الإدارة.

وفي هذه الحالات يأخذ نشاط الإدارة في الغالب صورة المرفق العام، على الأقل إذا اتبعت في إشباع تلك الحاجات وسائل القانون العام.

إلا أن هذه الصورة من نشاط الإدارة، قد ازدادت أهميتها في الوقت الحاضر، بحيث أصبحت الواجب الرئيسي للإدارة الحديثة، وغدت فكرة المرفق العام **Le Service Public** محور الدراسات الإدارية بصفة عامة ونشاط الإدارة بصفة خاصة.<sup>1</sup> لا سيما وأن جوهر نشاط الحكومة في أي دولة من الدول يتجسد في تشغيل المرافق العامة.<sup>2</sup>

ولما كان كل نشاط مرفقي - بغض النظر عن وسائل تحقيقه أو طبيعة الشخص المكلف بتحقيقه أو النظام القانوني الذي يخضع له، وسواء كان هذا النشاط إداريا أو اقتصاديا أو مهنيا - يخضع لمبادئ عامة تشكل أساس النظام القانوني له. كما أن السلطة العامة لها أن تختار الطريقة، أو الأسلوب الأمثل لإدارة المرفق العام مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية الموجودة في الدولة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر طبعة سنة 1986، ص 251.252.

<sup>2</sup> - د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2004، ص 285.

<sup>3</sup> - د/ ستار جبار البديري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 53.

فقد ظلت المرافق العامة كلها رغم اختلاف أنواعها خاضعة لمبادئ عامة واحدة تحكمها جميعاً وهذه المبادئ العامة ثلاثة هي مبدأ دوام سير المرافق العامة، ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة، ومبدأ قابلية نظام المرفق للتغيير في كل وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.<sup>1</sup>

وفق ما سبق من هذا التقديم، فإن الوضع يقتضي التعرض إلى الإطار المفاهيمي للمرفق العام (فصل أول) ومن ثمّ تحليل النظام القانوني الموحد للمرافق العامة (فصل ثان).

---

<sup>1</sup> -د/محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، مصر، طبعة سنة 1973 ص 275.

# الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للمرفق العام

## الفصل الأول

## الإطار المفاهيمي للمرفق العام

منذ ما يقرب من قرن من الزمان والفقهاء يتابع خطوات القضاء الإداري الفرنسي سعياً وراء تحديد مدلول المرفق العام، وبالتالي تقديم تعريف جامع مانع للمرفق العام يكون من شأنه بمجرد توافره أن يعطي الاختصاص للقضاء الإداري، وبالتالي تطبيق نظام قانوني استثنائي خارج عن مألوف معاملات الأفراد هو المتفق على تسميته بالقانون الإداري بصفة خاصة، واستخدام وسائل القانون العام بصفة عامة.

ولقد تأثر القضاء الإداري الفرنسي، ومن ورائه الفقهاء بنشأة الدولة الأولى التي قامت على سلطة الأمر والنهي بالنظر إلى طبيعة المرافق الأولى التي آلت إليها بحكم ضرورتها لقيام الدولة الموحدة صاحبة السيادة على كل إقليمها هذا من جهة. ومن جهة أخرى، بساطة الحياة الأولى وقدرة الأفراد على إشباع احتياجاتهم بحيث لا يستدعي الأمر من الدولة تدخلاً. اللهم إلا إلى السهر بالمراقبة والتوجيه باستخدام أسلوب الأمر والنهي.<sup>1</sup>

بذلك فإن مفهوم المرفق العام مر بمراحل عديدة، امتدت من الازدهار مروراً بالأزمة، وصولاً إلى إعادة تقييمه وبنائه، وما يزال يواجه مشكلة تتمثل بتعريفه.

وحتى الآن ليس هناك تعريف تشريعي أو اجتهادي (إداري أو دستوري) للمرفق العام. فإحجام المشرع عن تعريف المرفق العام يعود إلى اعتبارات تتعلق ببيئة المرفق العام القابلة للتطور والتبدل، والمختلفة من حيث الزمان والمكان. فالنشاط نفسه قد لا يوصف في مرحلة معينة بأنه المرفق العام، لكن في وقت لاحق ونظراً لتبدل الظروف المكانية والزمانية، قد يكتسب الوصف المرفقي.

أما إحجام الاجتهاد عن تعريف المرفق العام، فإنه يعود إلى رغبة الاجتهاد في عدم تقييد حريته في تقدير المرفق العام. لكن هذا الفراغ التشريعي والاجتهادي، قابله محاولات من جانب الفقهاء لتعريف المرفق العام.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - د/حماد محمد الشطا، تطور وظيفة الدولة ( الكتاب الأول نظرية المرافق العامة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1984، ص 41.

<sup>2</sup> - د/ حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ( دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2009، ص 191، 192.



فيا ترى كيف اختلفت تعاريف المرفق العام ومفاهيمه؟ (مبحث أول) وكيف كان تطوره قانونيا في الجزائر؟ (مبحث ثان).

## المبحث الأول

### ماهية المرفق العام

إن استعمال مفهوم المرفق العام كمعيار وحيد للقانون الإداري الفرنسي ما هو إلا كيفية خاصة برجال القانون العام للتعبير عن الواقع المعقد والمتشابك للقانون الوضعي بصفة منطقية وموجزة، وطوال أوجه أصبح المرفق العام يعني أسلوب قانون عام، وقدمت العلاقة بين المرفق العام ونظام القانون العام، وكأنها المعادلة التامة للقانون الوضعي، وما كانت هذه المعادلة التامة إلا مظهرا وستندهور بسرعة. إذ يتمسك مفهوم المرفق العام بالنظريات «الإيديولوجية» السائدة والقائمة في العالم ويختلف من بلد لآخر حسب الظروف الجغرافية، الاقتصادية والتقنية الموجودة، كما يتغير تأثيره بحسب المكان والزمان.<sup>1</sup>

وعليه فقد أثار مفهوم المرفق العام جدلا كبيرا في القانون الإداري، ويرجع اتساع هذا الجدل في فرنسا، على النتائج المترتبة عن تطبيق قواعد القانون العام من جهة وإلى اختصاصات القاضي الإداري من جهة أخرى.<sup>2</sup> فقبل التعرض لمضمون نظرية المرفق العام كما صاغها أنصارها يكون من الضروري، وبحكم اللزوم المنطقي، تحديد مفهوم المرفق العام الذي يتخذ أنصار هذه النظرية أساسا فنيا لبناء القانون الإداري من ناحية، ومعيارا لتحديد اختصاص القضاء الإداري من ناحية أخرى.<sup>3</sup> ومنه سيتم التطرق إلى كل من مفهوم المرفق العام (مطلب أول). وكذا أنواعه (مطلب ثان).

<sup>1</sup> د/محمد بوسماح، الإرث الاستعماري للمفهوم القانوني للمرفق العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، تاريخ النشر جوان 2014 ص 17.

<sup>2</sup> أ/فريجة حسين، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية سنة 2010، ص 71.

<sup>3</sup> د/ محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري (القسم العام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، بدون ذكر طبعة ولا سنة النشر، ص 244.

## المطلب الأول

## مفهوم المرفق العام

برزت عبارة المرفق العام في قرار Blanco<sup>1</sup> حيث أشارت محكمة التنازع الفرنسية إلى المسؤولية التي يمكن أن تقع على عاتق الدولة عن الأضرار التي تتسبب بها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام.

وفي نهاية القرن التاسع عشر توسعت الفكرة وظهرت مدرسة المرفق العام التي اعتبرت أن القانون الإداري مبني على هذا المفهوم، حيث قال أحد رواد هذه المدرسة L.Duguit " ليست الدولة سوى مجموعة من المرافق العامة التي تتعاون فيما بينها والتي تنظمها وترقيها حكومات".

L'Etat est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernements (l'école du service publique).<sup>2</sup>

إن المرفق العام هو من المفاهيم الأساسية، في القانون الإداري فالفقيه L.Duguit الذي أسس "مدرسة المرفق العام" في مطلع القرن العشرين، اعتبر أن فكرة المرفق العام تفسر كل القانون الإداري. وفي نظر هذه المدرسة التي ضمت إلى L.Duguit Rolland , Jeze , وخصوصا Bonnard القانون الإداري هو قانون المرفق العام، والدولة هي مجموعة من المرافق العامة.

<sup>1</sup>- T.C. 8 févr. 1873, BLANCO, Rec. 1<sup>er</sup> suppl 61, concl. David (D. 1873.3.20., concl. David ; S. 1873.153, concl. David) COMPETENCE RESPONSABILITE –

Cons. que l'action intentée par le sieur Blanco contre le préfet du département de la Gironde, représentant l'Etat civilement responsable, par application des arts. 1382, 1383 et 1384 du code civil, du dommage résultant de la blessure que sa fille aurait éprouvée par le fait d'ouvriers employés par l'administration des tabacs ;

Cons. que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par les fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ;

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ;

Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ;.... (Arrêté de conflit confirmé).

M. Long /P.Weil/ G.Braibant /P.Delvolvé /B.Genevois ,Les grands arrest de la jurisprudence administrative ,DALLOZ ,rue Froidevaux paris cedex 14,12<sup>e</sup> edition, p01.-

<sup>2</sup> - د/عباس محمد نصرالله، القانون الإداري الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2016، ص 12.

أي أن المرفق العام هو مشروع أو مؤسسة ذات منفعة عامة، تعمل تحت إشراف الحكام لتلبية حاجات الجمهور الجماعية.<sup>1</sup>

فقال Bonnard: "الدولة هيئة اجتماعية مؤلفة بشكل أساسي وجوهري من مجموعة مرافق عامة".

'Etat est un organisme social constitué essentiellement par un ensemble de service public.

أما Jéze فقال: "إن المرفق العام يعتبر في الوقت الحاضر حجر الزاوية للقانون الإداري الفرنسي".

Le service public est aujourd'hui pierre du droit administrative français.

لكن ورغم كل ذلك فقد عاب منتقدو هذا المفهوم بأنه غامض وغير واضح، خاصة بعد ظهور مرافق عامة صناعية وتجارية إلى جانب المرافق العامة الإدارية وبعض هذه المرافق محكوم بالقانون الخاص مما أبعث التجانس بينهما. إلا أنه رغم كل المآخذ يبقى مفهوم المرفق العام ركنا أساسيا وجوهريا من أركان القانون الإداري إلا أنه لا يجوز أخذ الأمر على إطلاقه. ذلك أن مفهوم المرفق العام شرط ضروري لتطبيق قواعد القانون العام ولكنه غير كاف طالما أنه باب قاصرا لوحده عن الإحاطة بمجالات تطبيق القانون الإداري بكل أنواعها.<sup>2</sup>

فنعني بالمرفق العام "كل نشاط يباشره شخص عام يقصد اشباع مصلحة عامة" فهناك أنشطة تباشرها الدولة عن طريق مرافق قومية ومثلها مرافق الدفاع والأمن والسكك الحديدية والقضاء وهناك أنشطة تباشرها الأشخاص العامة الإقليمية "الولاية، البلدية" وذلك لإشباع مصالح محلية ومثلها توزيع الكهرباء والغاز والمياه في إحدى المدن مما يطلق عليها المرافق المحلية بالمقابلة مع المرافق القومية التي تديرها الدولة. والمحور الأساسي الذي تدور حوله المرافق العامة أيا كانت نوعها تتبلور في تحقيق "المصلحة العامة" عن طريق أداء خدمات أو حاجات يعجز النشاط الفردي عن الوفاء بها بالصورة التي تحقق المصلحة العامة.<sup>3</sup>

وفي ذلك كل اختلاف بين المضمون الشكلي والموضوعي للمرفق العام مع نوع من الإتحاد لعناصره الأساسية .

<sup>1</sup> - د/ هيام مروة، د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الإستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني) المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2015، ص 07.

<sup>2</sup> - د/عباس محمد نصرالله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 12.

<sup>3</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة سنة 1987، ص 06.

## الفرع الأول

## تعريف المرفق العام حسب المدلولين الشكلي والموضوعي

المرفق في اللغة هو ما يرتفق به أي ما ينتفع به. وقد ورد هذا المصطلح في القرآن الكريم بقوله تعالى: « وَإِذْ اَعْتَزَلْتُمُوهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ فَأَوْوَا إِلَى الْكَهْفِ يَنْشُرْ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ رَحْمَتِهِ وَيَهَيِّئْ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ مَرْفَقًا.»<sup>1</sup>

يقابل لفظ المرفق في الاصطلاح القانوني به لفظ في اللغة الإنجليزية والفرنسية، استعمله فقهاء القانون، وتردد كثيرا في الأعمال التشريعية المختلفة، وفي الأحكام القضائية، وهو لفظ (Service) ويكون لهذا اللفظ خصوصية معينة في القانون العام عندما تقترن به كلمة (Public) فيصبح الاصطلاح عندئذ (Service Public) وقد نقل الفقهاء العرب هذا الاصطلاح، وترجموه إلى العربية بمصطلح (المصالح العامة) ثم استقر الاستعمال على اصطلاح (المرفق العام). ويمكن القول في هذا الصدد: إن كلمة (المرفق) تعني في الاصطلاح: "تلبية الاحتياج"، وهذا يدل أيضا على مضمون اصطلاح المرفق العام وتحديد عناصره.<sup>2</sup>

هذا وقد اختلف الفقه في القانون الإداري في تحديد المقصود بالمرفق العام، إذ يوجد لهذا الاصطلاح مدلولات مختلفة. فهناك المدلول العضوي أو الشكلي، والمدلول المادي أو الموضوعي، وكذلك المدلول المزدوج. فوفقا للمدلول العضوي يكون المرفق العام هو الهيئة أو الجهاز أو المنظمة القائم بإشباع الحاجات العامة. بينما يكون المرفق العام استنادا للمدلول المادي النشاط، أو الخدمة التي تقدم للأفراد أو الجمهور، وقد يقصد بالمرفق العام أخيرا المدلولين العضوي والمادي.<sup>3</sup> فيشمل بذلك الهيئة أو المنظمة أو الجهاز والنشاط أو الخدمة في آن واحد.

<sup>1</sup> - الآية 16 من سورة الكهف.

<sup>2</sup> - د/ عبد السلام هابس السويقان، إدارة مرفق الأمن بالوسائل الإلكترونية (دراسة تطبيقية على الإدارة العامة للمرور بدولة الكويت)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2012، ص 163-164.

<sup>3</sup> - أ/ إسماعيل صعصاع البديري، فكرة التخصيصية في المرافق العامة، مجلة جامعة بابل، جامعة بابل، العراق، المجلد 14، العدد 02، سنة 2007، ص 168. على الرابط الإلكتروني:

2007 - إسماعيل صعصاع البديري <https://www.iasj.net/iasj?func=article&ald=37496>

اطلع عليه بتاريخ 2016/6/7 على الساعة 12:00.

## أولاً: المعنى الشكلي للمرفق العام.

ينصبّ تعريف المرفق العام وفقاً للمدلول الشكلي أو العضوي على الأدوات الإدارية، كالأجهزة والهيئات وما شابهها، مضاف إليها عنصر السلطة العامة التي تتميز بها الإدارة العامة في الدولة، وهذا لا يعني أن الذين التزموا بالمدلول الشكلي للمرفق العام قد أجمعوا على تعريف واحد له، بل اختلفوا فيما بينهم في تعريفه، فذهب بعضهم إلى أنه عبارة عن "الأجهزة الإدارية أو المؤسسات الإدارية بشكل عام". والملاحظ على هذا التعريف أنه فيه اختصار مغلا ببيان المدلول الواضح للمرافق العامة فهو لم يذكر سوى جانباً عضوياً بحتاً، وقد قام بعضهم بمحاولة توسعة التعريف، فبين أن المرفق العام هو « المنظمة التي تقوم الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية بإنشائها» وقد حاول هذا التعريف الشكلي بيان ارتباط المرفق العام بالدولة وسلطتها عليه في الإيجاد، لذا أضاف إلى جانب العضوي في التعريف إنشائه من الدولة أو إحدى أجهزتها الإدارية، ومع إضافته تلك فقد اتفق مع سابقه في كون المرفق العام منظمة<sup>1</sup>.

كما يولي أنصار المدلول العضوي للمرفق العام أهمية خاصة لعنصر السلطة العامة فقد عرف المرفق العام بأنه: "منظمة عامة تباشر قدراً معيناً من السلطات والاختصاصات التي تكفل وتضمن لها إشباع حاجة جماعية على نحو منتظم ومطرد".

هذا ويعد المرفق العام وسيلة من الوسائل التي تلجأ إليها السلطات الإدارية لإشباع حاجة جماعية بصورة منتظمة ومطردة، لذا قيل أنه يشترط لاعتبار نشاط معين مرفقاً عمومياً أن يتولاه شخص معنوي عام بهدف تحقيق منفعة عامة للأفراد.<sup>2</sup>

ويقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المعنى كل منظمة عامة تنشئها الدولة، وتخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور ومن هنا جاز اعتبار كل من مرفق القضاء والأمن والدفاع وغيرها مرافق عامة لأنها منظمات أنشأتها الدولة بغرض أداء خدمة للجمهور، ويتصف هذا المعنى بالشمولية والإطلاق. حتى أن العميد أحمد محيو قال « يقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المفهوم الإدارة بشكل عام».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> -د/محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثاني)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2017، ص 10.

<sup>2</sup> - د/ علي خطار الشطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى سنة 2009، ص 219.

<sup>3</sup> - أ/ د عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الثالثة سنة 2013، ص 09.

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين عرفوا المرفق العام، مستندين على هذا المعيار نجد العميد موريس هوريو الذي عرفه على أنه منظمة عامة تقدم خدمة عامة هامة باستخدام أساليب السلطة العامة. " ولقد ساند هذا الرأي دي لوبادير De Laubadère و الفقيه رولان Rolland وجورج فيدل.<sup>1</sup> أما الفقيه رولاند Rolland فعرفه على أساس أنه «هيئة تحت الإشراف الأعلى للحكام تقوم بإشباع الحاجات العامة للجمهور».<sup>2</sup>

ويركز أنصار التعريف العضوي للمرفق العام على الهيئة أو الجهة التي تعمل أو تتصرف لا على العمل أو التصرف ذاته. فهو يعني لديهم جهة أو هيئة عامة، أو على حد تعبير البعض كل هيئة تتبع أحد الأشخاص العامة. وتأسيسا على ذلك فإن مفهوم المرفق العام من الناحية العضوية يقوم على عنصرين : عنصر التكوين، وعنصر التبعية. فمن ناحية التكوين، المرفق لا يعدو أن يكون كيانا ماديا أي طائفة من الوسائل المادية، فتعني الأبنية والأثاث، والأموال التي يدير من خلالها الجهاز، أو الهيئة نشاطها. وأما الوسائل البشرية فهي جماعة الموظفين والعاملين الذين يقومون بإدارة ما ينشغل به هذا الجهاز من أعمال، وما يبرمه من تصرفات. وعلى هذا النحو تعتبر الجامعة، وهيئة المياه، وهيئة السكك الحديدية وهيئة الكهرباء مرافق عامة من الناحية العضوية.

ومن ناحية التبعية فإن هذه الهيئة لكي تكتسب صفة المرفق العام لا بد أن تتبع أحد أشخاص القانون العام أو بمعنى آخر أن تكون فرعا من فروع الإدارة، أو جهازا من أجهزة الدولة. والمرفق العام من هذه الناحية هو الذي ساد في الفقه والقضاء الفرنسي لا سيما خلال القرن التاسع عشر.<sup>3</sup> و خلاصة القول بشأن الاتجاه العضوي أو الشكلي في تعريف المرفق العام أن أنصار هذا الاتجاه يركزون في تعريفهم للمرفق العام على الجهة أو الهيئة القائمة على إشباع الحاجات العامة، أي بمعنى آخر يولون أهمية خاصة لعنصر السلطة العامة، وقد بلغ حماس أنصار الاتجاه العضوي لعنصر السلطة العامة أقصاه عند الأستاذ Benoit حين عرف المرفق العام بأنه "تعبير عن روح السلطة

<sup>1</sup> - أ/ عبد الوهاب برتيمية، مداخلة مبدأ استمرارية المرفق العام والحق في الإضراب، مداخلة في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الأول الموسوم بالمرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية -مخبر الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، ص 11. على الرابط الإلكتروني: [www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/\\_docx](http://www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/_docx) اطلع عليه بتاريخ 2016/5/9 ساعة 11:0

<sup>2</sup> -د/حمدي قبيلات، القانون الإداري ( الجزء الأول، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري )، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الثانية سنة 2010، ص 273.

<sup>3</sup> -د/محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري (القسم العام)، المرجع السابق، ص 235، 236.

العامية وجوهرها". وهكذا يمكن القول أن المرفق العام تبعاً لهذا الاتجاه يقصد به الجهة أو الهيئة أو المنظمة العامة التي تمارس النشاط ذات النفع العام.<sup>1</sup>

إلا أنه في كل الأحوال لا يمكن التسليم بوجهات النظر السابقة التي تجعل من العنصر العضوي محور المرفق العام، لأن ذلك يتعرض واتجاه القضاء الإداري في الوقت الحاضر لاسيما مجلس الدولة الفرنسي الذي يقيم المرفق العام على النشاط ذا المضمون القانوني المتميز الذي تقوم به السلطة الإدارية. وبناء على ذلك توجه الفقه نحو المدلول الموضوعي أو المادي للمرفق العام.<sup>2</sup>

### ثانياً : المعنى الموضوعي للمرفق العام

إزاء الانتقادات السابقة التي تعرض لها المدلول الشكلي، نتيجة لعجزه عن مواجهة التطور الذي طرأ على دور الدولة، ومن ثم زيادة تدخلها لتلبية الحاجات العامة، وكذلك التطور العلمي وانتشار الأفكار الديمقراطية، وما تحدثه الحروب من آثار سلبية، وعجز الدولة عن إشباع الحاجات العامة بشكل مباشر مما يوجب عليها أن تعهد للأفراد مهمة تلبية هذه الحاجات عن طريق الامتياز مقابل تمتعهم ببعض امتيازات القانون العام، فقد اتجه جانب من الفقه الإداري للبحث عن مدلول آخر للمرفق العام بدلاً من المدلول العضوي، وقد تحقق له ذلك بظهور الاتجاه الموضوعي أو المادي على يد الفقيه الفرنسي (دوجي) الذي يرى أن المرفق العام هو كل نشاط تقوم به وتنظمه وتراقبه الحكومة إذ يكون القيام بهذا أمراً ضرورياً لتحقيق التضامن الاجتماعي ولأن طبيعته لا تساعد على تحقيقه تماماً إلا بتدخل السلطة العامة.<sup>3</sup>

فيقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المعيار كل نشاط تقوم به الإدارة العامة بنفسها قصد إشباع حاجات عامة أو لتحقيق المصلحة العامة، وبمفهوم المخالفة إذا لم يكن هدف النشاط تحقيق المصلحة العامة، أو إشباع حاجة جماعية للجمهور فلا يمكن اعتباره مرفقاً عاماً. ومن ثمّ يعتبر المرفق العام وفقاً لهذا المعيار هو طبيعة النشاط، ومن بين الفقهاء الفرنسيين الذين عرفوا المرفق العام على

<sup>1</sup> -F.Benoit:droit administratif Français, paris ,D.1968No.1415.

نقلا عن : د/حمدي قبيلات، القانون الإداري ( الجزء الأول، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري )، المرجع السابق، ص 273.

<sup>2</sup> -د/حمدي قبيلات، القانون الإداري ( الجزء الأول، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري )، المرجع نفسه، ص 273.

<sup>3</sup> - أ/ إسماعيل صعصاع البديري، فكرة التخصيصية في المرافق العامة، مجلة جامعة بابل، جامعة بابل، العراق، المجلد 14، العدد 02، سنة 2007 المرجع السابق، ص 169-170 على الرابط الإلكتروني :

2007 - إسماعيل صعصاع البديري de <https://www.iasj.net/iasj?func=article&ald=37496>

اطلع عليه بتاريخ 2016/6/14 على الساعة 23:00.

هذا الأساس نجد كل من جيز وبونار ونظرا لصعوبة وجود تعريف كل منهما إلا أن بعض المراجع أدرجت كل من الفقيين تحت نطاق المعيار الموضوعي، ومن ثم فقد اعتمدا في تعريفهما للمرفق العام على ما يسعى لتحقيقه هذا الأخير.<sup>1</sup>

كما تأثر جانب من الفقه العربي بالمدلول المادي، إذ أنّ البعض يحدد المقصود بالمرفق العام بأنه الخدمة، أو النشاط الذي يحقق نفعا عاما، أو يسد حاجة عامة بصرف النظر عما إذا كانت الهيئة التي تؤدي الخدمة، أو تمارس النشاط هيئة عامة خاضعة للقانون العام، أم هيئة خاصة خاضعة للقانون الخاص كفرد أو شركة، على أن يتحقق دائما وفي جميع الأحوال إشراف السلطة العامة وهيمنتها على النشاط المذكور.<sup>2</sup>

ومن أهم تعريفات المرفق العام التي تركز على الجوانب والمعاني المادية والموضوعية لفكرة المرفق العام أي المرفق العام كنشاط يستهدف تحقيق مصلحة عامة تتمثل في إشباع الحاجات العامة في الدولة. التعريف الذي يقرر فيه ليون دوجي أن المرفق العام هو "كل نشاط يكلفه وينظمه الحكام لأن الاضطلاع بهذا النشاط لا غنى عنه لتحقيق التضامن الاجتماعي ولتطوره، وأنه بحيث لا يمكن تحقيقه على أكمل وجه إلا عن طريق تدخل السلطة الحاكمة."<sup>3</sup>

" Le service public est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants , parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu' elle est de telle nature qu' elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante"

أما الاستاذ Bonnard وفي إطار نظريته التنظيمية للمرافق العامة اعتبر هذه الأخيرة بمثابة خلايا مكونة للدولة وعرفه الأستاذ Chapus " المرفق العام هو نشاط يقوم به أو يؤمنه شخص عام لتحقيق المصلحة العامة".<sup>4</sup>

ومن تطبيقات المعنى المادي (الموضوعي) للمرفق العام مثلا في حيثيات قرار Thérond الصادر في 1910-3-4 طبق مجلس الشورى مقياس المرفق العام على العقود التي تبرمها البلديات. وهذه القرارات

<sup>1</sup> -د/محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، طبعة سنة 1981 - 1982، ص 18.

<sup>2</sup> - د/ علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني ( الكتاب الأول )، المرجع السابق، ص 220.

<sup>3</sup> - د/ عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 57.

<sup>4</sup> - د/ علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني ( الكتاب الأول )، المرجع السابق، ص 58.



تؤيد نظرية "مدرسة المرفق العام" التي اعتبرت أن المرفق العام هو نشاط تديره السلطات الإدارية بهدف تحقيق المصلحة العامة (أي تلبية حاجات جماعية).

إن هذا التعريف يشمل المفهوم المادي للمرفق العام (نشاط من أجل تحقيق المصلحة العامة) والمفهوم الشكلي (أي الجهاز الإداري الذي يمارس هذا النشاط).

وانتقد العلامة Hauriou مدرسة Duguit لأنها حصرت القانون الإداري بالمرفق العام وحاولت القضاء على مفهوم السلطة العامة الذي يأتي قبل مفهوم المرفق العام. واعترض الاجتهاد بدوره على "مدرسة المرفق العام" مما تسبب "بأزمة المرفق العام" إذ انفصل المعيار المادي من المعيار الشكلي منذ قرار<sup>1</sup> Vézia وفي هذا القرار اعتبر مجلس الشورى أن المرافق العامة لا تدار من قبل الدولة فقط، بل من قبل المؤسسات الخاصة وحتى من قبل الأفراد.

ونتيجة لهذا الاجتهاد يفضل الفقه الحديث تعريف المرفق العام بمفهومه المادي دو التخلي كلياً عن المفهوم الشكلي.<sup>2</sup> إذ بعد الحرب العالمية سنة 1953 أعطى الأستاذ أندري دي لوبادار هذا التعريف:

" المرفق العام هو مجموعة من أنشطة الهيئات التي تستهدف المنفعة العامة". وعرفه الأستاذ ريفيرو "نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام". هذا من جانب الفقه الفرنسي أما من جانب الفقه والقضاء العربي فقد عرفته محكمة العدل الأردنية (تعريف موسع): "هو حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخل الحكومة، لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام سواء كان الافراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباع تلك الحاجة أولاً، أي أن العنصر الأساسي في المرفق العام هو

<sup>1</sup> -C.E. ass. 20 déc. 1935, Etablissements Vézia, Rec. 1212 RD publ. 1936.119, concl. R. Latournerie. Cons. qu'aux termes de l'art. 18 du senatus-consulte susvisé du 3 mai 1854, les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe et la Reunion sont régies par décret; Cons. qu'en vue d'améliorer les conditions d'existence des populations indigènes de l'Afrique occidentale française, les décrets des 4 juillet 1919, 5 décembre 1923 et 10 octobre 1930 ont prévu l'institution de sociétés de prévoyance, de secours et de prêts mutuels agricoles groupant obligatoirement les cultivateurs et éleveurs de statut indigène; qu'afin de remédier à la mévente des produits agricoles, dont l'aggravation privait les indigènes ressources indispensables et menaçait en permanence.

Voir MGilles J. GUGLIELMI, LES TRES GRANDES DECISIONS DU DROIT ADMINISTRATIF, Recueil de décisions juridictionnelles, cours Deuxième année de Licence (L2) Année universitaire 2009-2010, université panthéon-Assas (Paris-2) Document mis à jour au 1er sept. 2009 Utilisation strictement réservée aux travaux dirigés de l'université de Paris-2, p14.

<sup>2</sup> - د/ هيام مروة، د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الإستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني)، المرجع السابق، ص 08.

ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع إلى إدارتها من طرف الحكومة مباشرة أو بواسطة ملتزم تحت إشرافها".<sup>1</sup>

وهكذا يتضح أن أنصار الاتجاه الموضوعي ينطلقون في تعريفهم للمرفق العام من طبيعة النشاط الهادف إلى إشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام. وبذلك يكون المرفق العام هو كل نشاط إداري يستهدف إشباع حاجة عامة تحقق المصلحة العامة. وبناء على ذلك، فإن مرافق الدفاع والأمن والصحة والتعليم هي مرافق عامة - بالمعنى الموضوعي - بالنظر إلى الحاجات والخدمات المختلفة التي تستهدف إشباعها في مجالات الدفاع والأمن والصحة والتعليم.

مما تقدم فإن تعريف المرفق العام يختلف تبعاً لاختلاف الزاوية التي ينظر منها له. فإذا تمّ النظر إليه وفق المعيار الشكلي فإن القصد منه هو الهيئة أو الجهة الإدارية التي تعمل على إشباع الحاجات العامة. في حين ووفق الإتجاه الموضوعي فإن المقصود منه هو النشاط الذي تباشره السلطات الإدارية والتي تسعى من خلاله إلى تحقيق نفع عام وإشباع حاجات عامة.<sup>2</sup>

### ثالثاً: المعنى المزدوج للمرفق العام

حاول جانب من الفقه الجمع والتوفيق بين المدلولين السابقين في تعريفهم للمرفق العام، ومن بين تعريفات المرفق العام التي تجمع بين المعاني والجوانب العضوية الشكلية والمعاني والجوانب المادية - الموضوعية لفكرة المرفق العام، التعريفات التالية:

تعريف الدكتور سليمان الطماوي الذي يقرر فيه بأن المرفق العام هو "مشروع يعمل باطراد وانتظام، اشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين".

وكذا تعريف الدكتور ثروت بدوي الذي يفيد بأن المرفق العام هو "مشروع ذو نفع عام تقوم به الإدارة وتهدف به إلى إشباع حاجات عامة، مستخدمة في سبيل ذلك بعض امتيازات أو سلطات استثنائية مغايرة في طبيعتها للسلطات التي تكون للأفراد العاديين الذين يديرون مشروعات خاصة".<sup>3</sup>

وعرفه الأستاذ ناصر لباد بأنه "نشاط تقوم به السلطة العمومية اتجاه المواطنين بصفة مباشرة أو غير مباشرة أي تحت رقابتها، وفي بعض الاحيان هو نفسه الجهاز العمومي الذي يقوم بهذا النشاط

<sup>1</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، طبعة سنة 2010، ص 04، 05.

<sup>2</sup> - د/ حمدي قبيلات، القانون الإداري ( الجزء الأول، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري )، المرجع السابق، ص 275.

<sup>3</sup> - نقلا عن: د/ عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني، النشاط الإداري )، المرجع السابق، ص 58.

يهدف تحقيق مصلحة عامة وخاضعا في ذلك لقواعد القانون العمومي.<sup>1</sup> هذا من جانب الفقه العربي أما من جانب الفقه الفرنسي فإن العميد ليون دوجي عرف المرفق العام مستندا في ذلك الى دمج المعيارين موضحا الحجج التي اعتمدها في ذلك فعرفه على أنه "نشاط يتحتم على السلطة القيام فيه لتحقيق التضامن الاجتماعي".<sup>2</sup>

وبدوره عرفه Rolland كمايلي :

Le service Public est une entreprise ou institution d'intérêt général qui sous la haute direction des gouvernants est destinée à donner Satisfaction à des besoins collectifs du public.

أي أن المرفق العام هو مشروع أو مؤسسة ذات منفعة عامة تحت إشراف الحكام لتلبية حاجات الجمهور الجماعية.<sup>3</sup>

وقد عمل قرار لمجلس الدولة (م.د، 28 حزيران 1963 ; sieur Nancy 1963)<sup>4</sup> على القيام بخطوة هامة لتعريف المرفق العام. فاعترف أن المراكز التقنية الصناعية هي مؤسسة ذات منفعة عامة تؤمن إدارة مرفق عام مع بقائها هيئات خاصة.<sup>5</sup>

فللمرفق العام مفهومين:

**المفهوم الوظيفي:** القصد منه نشاط موجه لتلبية حاجات ذات مصلحة عامة له علاقة خاصة بشخص تابع للدولة (شخص عام) هذه العلاقة قد تكون ممثلة في إنشاء نشاط في تسييره ومراقبته والتي تكون تحت تأثير السلطة العامة بشكل تام.

**المفهوم التنظيمي:** هو الشخص المكلف بتسيير هذا النشاط، فالمرفق العام بالإضافة إلى مفهومه القانوني فهو يمثل موضوعا سياسيا، اقتصاديا، اجتماعيا، وثقافيا، فالقطاع العام يمثل وزنا كبيرا في

<sup>1</sup> - د/ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، سلسلة القانون مذكرات، الجزائر، الطبعة الثانية سنة 2008، ص 193.

<sup>2</sup> - د/ حماد محمد الشط، تطور وظيفة الدولة ( الكتاب الأول نظرية المرافق العامة )، المرجع السابق، ص 539.

<sup>3</sup> - د / هيام مروة، د/طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الإستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني)، المرجع السابق، ص 07.

<sup>4</sup> - C.E. sect. 28 juin 1963, Nancy, Rec.401 AJDA 1964.91, note A. de L.; RD publ. 1963.1186, note Waline.

Voir Gilles J. GUGLIELMI, LES TRES GRANDES DECISIONS DU DROIT ADMINISTRATIF, Recueil de décisions juridictionnelles, op cit , p27.

<sup>5</sup> - جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري ( الجزء الثاني )، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى لسنة 2001، ص 04.

الاقتصاد الوطني كان ذلك بالعدد الهائل والمتنوع للأشخاص الذين يشتغلون لديه (الوظيف العمومي) وما ينجر عن ذلك من مصاريف وأعباء.<sup>1</sup>

يؤدي ازدواج كل من المعنيين الشكلي والموضوعي، لتعبير المرفق العام إلى خلط قد يؤدي إلى الخطأ الخطأ عندما تتصدى لتحديد المرافق العامة، ذلك أن فيصل تحديد المرفق العام يكمن بصورة أساسية في نوعية النشاط المؤدى واستهداف تحقيق المصلحة العامة، وهو المعنى الموضوعي للتعبير. أما الجهاز العضوي الذي يزاول هذا النشاط فليس له أي صدى في مجال تحديد النشاط المرفقي نظرا لتطور وظائف مختلف الأجهزة الإدارية واضطلاعها بأنشطة متباينة منها ما يستهدف مصالح مالية خاصة لجهد الإدارة وبالتالي تخرج طبقا للمفهوم السابق توضيحه عن نطاق المرفق العام بينما يكفي أن يوجد نشاط إداري لكي يكون بذاته مرفقا عاما حتى ولو لم يوجد الجهاز العضوي الذي يتولى إدارته.<sup>2</sup>

وفي الحقيقة يمكن الجمع بين المعنى العضوي والوظيفي للوصول إلى تعريف سليم للمرفق العام لوجود التقاء بين المعنيين، عندما تسعى الهيئات العامة التابعة لشخص من أشخاص القانون العام إلى تحقيق النفع العام وإشباع حاجات الأفراد، وهذا يحصل دائما في المرافق العامة الإدارية. غير أن تطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي تقوم عليها فكرة المرافق العامة أدى إلى ظهور المرافق العامة الاقتصادية أو التجارية التي يمكن أن تدار بواسطة الأفراد أو المشروعات الخاصة، ما قاد إلى انفصال العنصر العضوي عن الموضوعي، وأصبح من حق الإدارة أن تنظم نشاط معين في صورة مرفق عام وتعهد به إلى الأفراد فيتوافر فيه العنصر الموضوعي دون العضوي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - فيصل بن حليلو، مداخلة: إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من خلال المرفق العام، مداخلة في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الأول الموسوم ب المرفق العمومي في الجزائر و رهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية و عملية -مخبر الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، ص 1. على الرابط الإلكتروني :

اطلع عليه بتاريخ 2016/5/9 ساعة 11:00 [www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/\\_docx](http://www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/_docx)

<sup>2</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة )، المرجع السابق، ص 07.

<sup>3</sup> - د/ مازن راضي ليلو، القانون الإداري. منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، الطبعة الثالثة لسنة 2008، ص 68. على الرابط الإلكتروني:

<https://www.ao-academy.org/ar/2017/5/3080.html>

## الفرع الثاني:

## العناصر الأساسية للمرفق العام.

للمرفق العام أربعة أركان وعناصر تزيد في تعريفه وتميزه عن غيره من المنظمات والأجهزة والمؤسسات الإدارية العامة والخاصة على حد سواء وهذه الأركان والعناصر هي أن المرفق العام مشروع، وأنه مشروع ذو نفع عام وأنه مرتبط بالدولة والإدارة العامة، أي أنه يخضع لسلطة الإدارة إنشاء وتنظيماً وإشرافاً ورقابة، وأن المرفق يخضع لنظام قانوني خاص واستثنائي.<sup>1</sup>

فيرى جانب من الفقه<sup>2</sup> أن المرفق العام يقوم على ركنين اثنين فقط، إذ ترد جميع العناصر المشتركة وفي جميع المرافق العامة إلى فكرتين مهمتين : أولهما أن المرفق العام يقوم بإشباع حاجة جماعية وثانيهما أن المرفق يتبع بصورة مباشرة أو غير مباشرة سلطة عامة.

في حين يرى جانب آخر<sup>3</sup> أن المرفق العام يقوم على ثلاثة أركان، فالأركان الأساسية التي يجب أن تتوافر حتى يقوم المرفق العام هي ثلاثة : المشروع ذو نفع عام وخاضع لهيمنة السلطة العامة أو الإدارة العليا للحكام.

ويرى البعض أن المرفق العام يقوم على أربعة أركان ويتمثل الركن الرابع في خضوع المرفق العام لنظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة. فقد قيل أن المرافق الصناعية لا تستحق هذا الوصف وهذه التسمية إلا إذا قررت الدولة إخضاعها لنظام قانوني معين أو استثنائي.<sup>4</sup>

أولاً: المرفق العام مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته.

الأصل أن يكون إنشاء المرافق العامة بواسطة الدولة، حيث يكون إنشائها بقانون أو بناء على قانون، والجدير بالذكر أن من غير الضروري اعتبار كل مشروع تنشئه الدولة، إذ أن الدولة كما تملك إنشاء المرافق العامة، فإنها تستطيع في ذات الوقت القيام بمشروعات خاصة.

<sup>1</sup> - د / عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> - Voir: J.Rivero, droit administrative, Paris, D, 1985, N0447, 449

نقلا عن - د/ علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 221.

<sup>3</sup> - حسب الدكتور محمود حافظ للمرفق العام ثلاثة (03) أركان أساسية هي :

1- مشروع.

2- ذو نفع عام.

3- خاضع لهيمنة السلطة العامة أو الإدارة العليا للأحكام .

لمزيد من التفصيل ينظر: د/محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، المرجع السابق، ص 22.

<sup>4</sup> - د/ علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 221.

ولذا يتعين الرجوع إلى قصد المشرع في كل حالة على حدى. فإذا كان النص صريحاً في دلالاته على إدارة الدولة بإنشاء مرفق عام، فلا تكون هناك إذن أية صعوبة في تحديد هوية المشروع، وهل هو مرفق عام أم مشروع خاص. إلا أن الأمر يصبح متسماً بالصعوبة إذا كان النص القانوني يتصف بالغموض وعدم الصراحة، وفي هذه الحالة يتعين التعرف على قصد المشرع من خلال الاستعانة بالقرائن.

وقد ذهب الأستاذ لوبادير De Laubadère في هذا الخصوص، إلا أنه إذا تعذر الكشف عن قصد المشرع في هذا الشأن فإنه من الممكن بوجه عام اعتبار المشروعات التي تنشئها، أو تديرها سلطة عامة، مرافق عامة على أساس افتراض نية الدولة في هذه الحالة. أما إذا تولى إنشاء، أو إدارة هذه المشروعات أشخاص القانون الخاص، فيجب لاعتبارها مرافق عامة أن ينص المشرع صراحة على ذلك، أو أن يوجد عنصر غير عادي يخالف الأوضاع المعروفة في القانون الخاص.<sup>1</sup> فالمرفق العام إذن هو عبارة عن مشروع تنشئه الدولة وهو ككل مشروع يحتاج إلى إمكانيات مادية وبشرية لتحقيق غرض معين، وتشمل الإمكانيات المادية في كل مشروع عنصرين:

الأول: مجموع ما يلزم المشروع من آلات، أدوات، وأموال عقارية ومنقولة.

الثاني: الأموال اللازمة أي ميزانية الاتفاق على المشروع، لأن المال - كما يقال - عصب كل نشاط إداري، ولا تخفى أهمية هذا العنصر، وقد قيل بحق: أن الإدارة معناها الصرف Administrer C'est dépenser فكل مشروع يستلزم لإدارته تدير الإيرادات التي يحتاج إليها، مع تدبير أوجه الصرف ووسائله.

أما المقصود بالإمكانيات البشرية فهو أن تمت السلطة العامة المشروع بمجموعة من الأشخاص فتستعين بالإمكانيات المادية والفنية لتحقيق هذا الغرض.<sup>2</sup>

أما الوسائل القانونية فتتمثل في استخدام أساليب القانون العام بصفة أساسية، مع استطاعة المرفق العام الالتجاء إلى أساليب وقواعد القانون الخاص كلما لزم الأمر، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالمرافق العامة ذات الصبغة الصناعية أو التجارية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2018، ص 59-60.

<sup>2</sup> - د/منير إبراهيم شلبي، المرفق المحلي (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى سنة 1977، ص 52.

<sup>3</sup> - د/عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 14.

## ثانيا: عنصر النفع العام

تعد المصلحة العامة أو المنفعة العامة هي الركيزة التي تقوم عليها فكرة المرافق العامة، إذ أن الغاية من هذه المرافق إشباع حاجات الجمهور، وهي حاجات قد يحجم الأفراد عن القيام بها إما لعدم مقدرتهم على ذلك لارتفاع كلفة القيام بها، أو لعدم ربحية القيام بهذه الحاجات. ومن ثمّ يقع على عاتق الدولة أمر الوفاء بهذه الاحتياجات، وهذا القول يؤدي إلى نتيجة هامة مفادها أنه "يخرج عن نطاق المرافق العامة جميع أنشطة الأشخاص العامة التي لا تستهدف من ورائها تحقيق المصلحة العامة وبالتالي لا تعد مرافق عامة أنشطة الإدارة التي تستهدف من ورائها تحقيق منفعة مالية محضة كاستغلال بعض الأموال المملوكة لها ملكية خاصة، كتأجير الأراضي الزراعية أو بيع بعض المنقولات أو الأملاك الخاصة". وعلى ذلك فإن النفع العام بعد عنصرا من عناصر المرفق العام ولا يستقيم وجود المرفق وسط صفة العمومية عليه إلا بتوافر هذا العنصر.<sup>1</sup>

لذا لا بد أن يكون الغرض من المرفق العام تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد أو تقديم خدمة عامة، وهذه الحاجات أو الخدمات قد تكون مادية كمد الأفراد بالمياه والكهرباء أو معنوية كتوفير الأمن والعدل للمواطنين. ومنه يعد تحقيق النفع العام من أهم العناصر المميزة للمرفق العام عن غيره من المشروعات التي تستهدف تحقيق النفع الخاص، أو تجمع بين هذا الهدف وهدف إشباع حاجة عامة أو نفع عام.<sup>2</sup>

وفي هذا المجال نجد الأستاذ René Chapus يقول بهذا الشأن "إذا كانت الوظيفة تمارس أساسا لصالح الغير فإنها تمثل مرفقا عاما وإذا كانت تمارس أساسا للصالح الذاتي للمصلحة التي تتبعها فإنها تمثل وظيفة لصالح النفع العام".<sup>3</sup>

ويترتب على تمييز المرفق بهذا الوصف أن كل مرفق عام ينبغي أن يخضع إلى مبدأ المجانية، ولا يقصد بذلك عدم وجود مقابل، بل القصد أن فرض مقابل ما ليس الغاية المقصودة من خلال

<sup>1</sup> - محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة (دراسة مقارنة لوضع أموال المرافق العامة في ظل نظام الخصخصة بكل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس مصر، السنة الجامعية 2009، ص 552.

<sup>2</sup> - د/مازن راضي ليلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 69. على الرابط الإلكتروني:

اطلع عليه بتاريخ 2016/5/9 ساعة 17:00 <https://www.ao-academy.org/ar/2017/5/3080.html>

<sup>3</sup> - نقلا عن : عتيقة بلجليل، الإضراب في المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2005/2004، ص 36.

القيام بالنشاط أي أن المجانية لا تفيد هنا انعدام المقابل انعداماً تاماً، بل تفيد فقط أنه ليس من الضروري أن يكون المقابل مساوياً للتكلفة المالية للمرفق العام.

إن المتتبع لأحكام القضاء الإداري الفرنسي يجد أنه اعتبر الكثير من النشاطات تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، رغم أن نشاطها من السهل أن يتولاه الافراد، ومن ذلك حكم Terrier 1903<sup>1</sup> المتعلق بقتل الثعابين وحكم Therond 1910<sup>2</sup> الخاص برفع جثث الحيوانات.<sup>3</sup>

حكم مجلس الدولة في قضية Terrier حيث قرر: "أن كل ما يتعلق بتنظيم وبعمل المرافق العامة، سواء تصرفت الإدارة بواسطة العقود Voie de contrats أو عن طريق سلطتها العامة Voie d'autorité يشكل عملية إدارية تعود بطبيعتها لاختصاص القضاء الإداري". ولهذا فإن الذي يحدد

<sup>1</sup> - حكم مجلس الدولة الفرنسي Terrier 1903 المتعلق بقتل الثعابين حيث تلخص وقائع هذه القضية في أنه قد اتخذ مجلس عام (إقليم قراراً يقضي بمنح مكافأة لكل من يثبت أنه أعدم حية. وإذ رأى السيد تيرون وحده منفرداً امتياز إمساك وحبس الكلاب الضالة وجمع الحيوانات الميتة في المحطات والمذابح والطرق العامة أو في منازل الأفراد التي لا يطالب بها ملاكها وكذلك تلك التي اعتبرتها إدارة التفيتش الصحي الاعتماد المخصص، طلب من مجلس الدولة إدانة مخالفة الإقليم للعقد الذي أبرمه مع صائدي الحيات. وقرر مجلس الدولة اختصاصه لأنه برفض المدير قبول الطلب الذي عرض عليه نشأت بين الأطراف منازعة يختص مجلس الدولة بالنظر بها. وبهذه العبارة شديدة الاقتضاب أصدر المجلس أحد أكثر الأحكام أهمية في القانون الإداري: ويتعين لإيضاحه الرجوع إلى التقرير المشهور لمفوض الحكومة روميو في هذه القضية. لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: بروسير فيل، غي بريبان، بيار دلفولفيه، برونو جينفوا، مارسو لونغ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ترجمة علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2009، ص 91.

<sup>2</sup> - حكم مجلس الدولة في قضية "Thérond" Lebon Conseil d'Etat, du 6 février 1903, 07496, publié au recueil تتلخص هذه القضية في أن مدينة مونبيلييه منحت السيد تيرون وحده منفرداً امتياز إمساك وحبس الكلاب الضالة وجمع الحيوانات الميتة في المحطات والمذابح والطرق العامة أو في منازل الأفراد التي لا يطالب بها ملاكها وكذلك تلك التي اعتبرتها إدارة التفيتش الصحي مريضة وفي كلتا الحالتين يجب على الملتزم إعدام الحيوانات المريضة، وبحث تسليم مخلفات الحيوانات المريضة بأمراض غير معدية إلى ملاكها مقابل دفع ضريبة نصت عليها كراسة الشروط، ويحتفظ الملتزم بالتصرف في بقايا الحيوانات الميتة بأمراض معدية وتلك التي لا يطالب بها ملاكها، ويكفل عائد الملتزم أداء الضريبة الملقاة على عاتق الملاك وقيمة البقايا التي تترك له. وإذا ظلت شروط العقد المتعلقة بجميع الحيوانات الميتة المملوكة لملاك معروفين دون تنفيذ فقد قدم السيد تيرون إلى مجلس إقليم الإيرو L'Herrault طلب الحكم بفسخ العقد والمطالبة بتعويض قدره 120 ألف فرنك. وإذا رفض مجلس الإقليم الطلب استأنف السيد تيرون أمام مجلس الدولة الذي حكم في الموضوع بأن العقد ينشئ لصالح الملتزم احتكاراً حقيقياً مخالفاً لحركة التجارة والعمل، وأنه في هذه الظروف يتعين فسخه مع تكليف المدينة بتعويض الملتزم عن الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ العقد، ولقد كان على مجلس الدولة قبل أن يفصل في الموضوع أن يحكم في الاختصاص القضائي: فقدر - ومن تقرير هذا التقرير يستمد الحكم أهميته - أن المدينة بإبرامها مثل هذا العقد استهدفت تحقيق مرفق عام، ونتيجة لذلك يدخل النزاع المتعلق به في الاختصاص الإداري، وهكذا يؤكد حكم تيرون توحيد القضاء في شأن المحليات والدولة. فالحقيقة أن مبدأ فصل اختصاص القضاء الإداري والعادي لم يكن منذ حكم بلانكو مطبقاً في شأن العمليات التي كانت توصف في القرن التاسع عشر بأعمال الإدارة actes de gestion بالمقابلة لأعمال السلطة actes d'autorité بالنسبة إلى الدولة. لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: بروسير فيل، غي بريبان، بيار دلفولفيه، برونو جينفوا، مارسو لونغ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ترجمة علي محمود مقلد، المرجع نفسه، ص 139، 140.

<sup>3</sup> - أحسن عمروش، مداخلة ماهية المرفق العام، الملتقى الدولي المرفق العام في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن، دراسة قانونية وعملية، مداخلة في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الأول الموسوم بالمرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن - دراسة قانونية وعملية - مخبر الحالة المدنية، جامعة الجليلي بونعامية خميس مليانة، ص 1. على الرابط الإلكتروني:



المرفق العام عن سواه هو أن المرفق العام تقوم به هيئة عامة ويهدف إلى أداء خدمات عامة للجماعة.<sup>1</sup>

وإذا كان تحقيق النفع العام هو الهدف الأساسي لجميع تصرفات الإدارة سواء اتصلت بمرفق عام أم لا، إلا أن الذي يميز النفع العام كعنصر من عناصر المرفق العام أنه يمثل الهدف الأساسي لإنشاء المرفق وليس مجرد هدف بعيد وضمني للنشاط وهو الأمر الذي يميز المرفق العام عن أنشطة الإدارة الأخرى والتي تستهدف أساساً تحقيق صالح الجهاز الإداري. ومع ذلك فإن تحقيق بعض المرافق للربح لا يعني حتماً فقدانها صفة المرفق العام طالما أن هدفها الرئيس ليس تحقيق الربح وإنما تحقيق النفع العام.<sup>2</sup>

إن هذه الفكرة قد تم توضيحها مراراً من قبل مفوضي الدولة في فرنسا منذ بداية نشأة "المرفق العام" فعلى سبيل المثال ما قال به : Tardieu تعليقا على قرار صدر عن مجلس الدولة في فرنسا سنة 1909 . فقد جاء في هذا التعليق «إن الغاية من المرفق العام هي سد حاجات عامة بحيث أن المبادرة الفردية لا تستطيع أن تؤمنها بذاتها تأميناً منظماً مستمراً».<sup>3</sup>

#### -النتائج المترتبة على ركن المنفعة العامة :

يترتب على ركن المنفعة العامة العديد من النتائج المهمة التي تستحق التوقف عندها قليلاً. يعتبر تحقيق النفع العام ركناً مهماً وأساسياً لقيام المرفق، فإذا لم ينطو النشاط الذي يزاوله المشروع على نفع عام فقد المشروع صفة المرفق ولن يكتسبها إطلاقاً حتى ولو كان تابعاً للدولة مباشرة، أو تابعاً لأحد أشخاص القانون العام الأخرى، فيبقى مشروعاً خاصاً طال الزمن أو قصر. لهذا تعتبر إدارة الشخص المعنوي العام لأملاكه الخاصة (الدومين الخاص) مشروعات خاصة رغم تولي الدولة، أو إحدى الهيئات المحلية لمهام إدارتها، وذلك لأنها لا تستهدف تحقيق نفع عام مباشر يعود على الأفراد حتى وإن استهدفت تحقيق مصلحة مالية تعود بالنفع على الخزينة العامة. فمما لا شك فيه أن علاقة المرفق العام بالمنفعة العامة علاقة حتمية و تلازمية فهو يرتبط بالمنفعة العامة وجوداً وعدمًا، فلا وجود للمرفق لعمام إذا لم ينطو النشاط الذي يزاوله على نفع عام،

<sup>1</sup> - أ / فريجة حسن، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 74.

<sup>2</sup> - د / محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 07.

<sup>3</sup> - أ / فريجة حسن، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 74.

ولهذا رفض مجلس الدولة الفرنسي وبحق إضفاء صفة المرفق العام على النشاطات التي لا تنطوي على نفع عام كاستغلال كازينو، أو تنظيم سباق الخيول.<sup>1</sup>

فإذا كان النفع العام باعتباره عنصراً من عناصر المرفق العام يتطلب بمفهوم المخالفة ألا يكون الغرض الذي يسعى المرفق لتحقيقه هو محض الربح، فإن النفع العام لا ينتفي بتحقيق الربح في كل الأحوال، فالمرفق العام الاقتصادي يدر على الدولة أرباحاً بانتهاجه وسائل القانون الخاص وقواعد السوق ودخوله معترك المنافسة مع أشخاص القانون الخاص التجارية، وبالرغم من ذلك فإن الهدف الأساسي من إنشائه هو تحقيق منفعة عامة قوامها سد حاجة أساسية للجمهور.

وبمفهوم أكثر وضوحاً، إن المرفق العام يتصل بنشاط تضطلع به الدولة دون أن تتجه إلى تحقيق الربح، بل تقوم به من أجل أهداف النظام العام وخدمة للمصلحة العامة، ويبدو ذلك جلياً عند مقارنة الوظائف التي تؤديها أملاك الدولة الخاصة والنشاط العام للدولة. فأملك الدولة الخاصة لا تستهدف تحقيق نفع عام بل تتوخى تحقيق مصلحة خاصة للدولة. و من ثم لا يمكن اعتبار نشاطها في الحالة هذه من قبيل وظائف المرفق العام. أما النشاط الذي تتولاه الدولة بقصد تقديم النفع العام طارحة اعتبارات الربح والجدوى التي تعود عليها جراء القيام به فهو الذي يعد وفق النظرية التقليدية نفعاً عاماً.<sup>2</sup>

فالأصل أن يؤدي المرفق العام خدماته للجمهور بصورة مجانية دون النظر إلى نواحي الربح أو الخسارة، أي أن من واجب الإدارة الاستمرار في تأدية الخدمة العامة حتى ولو نتج عن ذلك تحميل الخزينة العامة أعباء مالية، إلا أن فرض بعض الرسوم على الاستفادة من خدمات المرافق العامة وتحقيق بعض المرافق أرباحاً مالية و نتيجة لذلك لا يؤدي إلى انتفاء صفة النفع العام عن الخدمة، مادام أن الهدف الأساسي من إنشاء المرفق العام هو تأدية خدمة عامة بصرف النظر عن النتائج المالية التي تترتب على ذلك.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د / علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 224، 225، 226.

<sup>2</sup> - محمود أحمد سليمان براشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة (دراسة مقارنة لوضع أموال المرافق العامة في ظل نظام الخصخصة بكل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان)، المرجع السابق، ص 555-556.

<sup>3</sup> - أ / د مصلح ممدوح صرايرة، القانون الإداري (الكتاب الأول لمبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، الضبط الإداري، المرفق العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية سنة 2014، ص 323، 324.

## ثالثا: خضوع المرفق العام لهيمنة السلطة العامة والحكام

يعتبر هذا الركن أهم أركان المرفق العام، لأنه العنصر المميز له عن المشروعات الخاصة، ذلك أن الركنين السابقين يتوافران سواء بالنسبة للمرافق العامة أو المشروعات الخاصة، وكثير من هذه المشروعات الأخيرة تستهدف تحقيق النفع العام شأنها في ذلك شأن المرافق العامة، لكنها تسمى تمييزاً لها، بالمشروعات الخاصة ذات النفع العام، وتظل محتفظة بهذا الطابع الخاص، لتخلف الركن الذي نتكلم عنه الآن وهو الخضوع لهيمنة الحكام، أو الإدارة العليا للحكام la haute direction des gouvernements فما المقصود بخضوع المشروع لهيمنة السلطة العامة ؟

لا يقصد بذلك مجرد خضوعه لرقابة وإشراف الإدارة، الذين تمارسهما بما لها من سلطة البوليس أو الضبط الإداري.<sup>1</sup> إنما يجب أن يكون الخضوع قويا، والتبعية تصل إلى حد أن يكون إنشاء المشروع وتنظيمه وإلغائه ومصيره، بيد السلطة العامة. ويكون ذلك عادة بأن تتولى السلطة الإدارية للدولة بنفسها إدارة المشروع أو النشاط سواء كانت وزارة أو مؤسسة عامة أو إدارة محلية. وفي أحيان استثنائية قد لا تقوم سلطة إدارية أو شخص معنوي عام بالإدارة المباشرة للمرفق العام، بل تعهد الدولة بإدارته إلى شركة خاصة، في عقد التزام مرفق عام على نفقتها وبعمالها وحتى في هذا الفرض فإن المشروع يعتبر مرفق عام رغم إدارته من قبل شركة خاصة لأن إنشاء المرفق وتنظيمه وتعديله يكون بإشراف الدولة وبيدها، وبالتالي يتحقق عنصر الخضوع والتبعية للسلطة العامة.<sup>2</sup>

فإذا كانت النظرة التقليدية للمرافق العامة تشترط لوجود المرفق العام أن يكون من إنشاء الدولة بما لها من سلطة عامة، فإن ذلك لا يقتضي لزوم أن تكون الدولة هي المسيرة لهذا المرفق، إذ العبرة بأن تقرر الدولة بما لها من سلطة تقديرية في مراعاة اعتبارات الصالح العام اعتبار النشاط من قبيل المرافق العامة ولو كان الملزم بإدارته من الأشخاص الخاصة.

فالعبرة هي باعتراف الدولة بصفة المرفق العام لنشاط ما، لذا فلا تعد الأنشطة التي تزاولها أشخاص خاصة من قبيل المرافق العامة ما لم تعرف الدولة بثبوت وصف المرافق العامة على هذه الأنشطة، وهذا هو جوهر عنصر السلطة العامة، الذي وفقا له لا يرقى النشاط إلى مصاف المرافق العامة وإن حقق نفعاً عاماً، أو منح المشروع بعض امتيازات السلطة كالتنفيذ المباشر، طالما أن نظرة الدولة إليه

<sup>1</sup> -د/ محمود حافظ،، نظرية المرفق العام، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> -د/ عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 15-16.

لا تؤدي إلى اعتباره مرفقا عاما. وعلى ذلك ينتفي وفقا للنظرة التقليدية للمرافق العامة وجود مرافق عامة فعلية، أي اعتبار أنشطة ما مرافق عامة بطبيعتها دون تعويل على اعتراف الدولة بهذه الصفة.<sup>1</sup>

#### رابعا: خضوع المرفق العام لنظام قانوني متميز:

إذا كانت الأركان الثلاثة السابقة محل أجماع الفقه فإن الركن الرابع أثار خلافا فقهيًا واسعًا، يتمحور في أن طائفة من الفقه ترى أن خضوع المشروع لنظام قانوني خاص ركن لازم لقيام المرفق العام، بينما أنصار الطائفة الثانية أن الخضوع لهذا النظام القانوني الخاص والاستثنائي لا يعد ركنا ضروريا لقيام المرفق العام.

ومن ثم ذهب جانب من الفقه<sup>2</sup> إلى القول بأن خضوع المشروع لنظام قانوني خاص يعد ركنا لازما لقيامه، فذلك ركن لا غنى عنه من أركان المرفق العام. فقد قيل بأن المرفق العام، يعني النظام القانوني، فهو مجموعة من الوسائل والامتيازات الاستثنائية على القانون المشترك (القانون العام). فلم يعد المرفق العام مجرد تنظيم أو منظمة وإنما هو نظام. لهذا قيل إن المرفق العام هو عبارة عن نشاط معين يخضع لنظام قانوني معين. فأى مرفق عام يخضع لقدم معين من القواعد القانونية تحكم سيره، فالمرافق العامة ليست كلها على نمط واحد، كما أنها لا تدار بالطريقة نفسها، ولكن يجمع بينها بعض القواعد القانونية التي تنطبق عليها جميعا أيا كان شكلها أو طريقة إدارتها.

في حين يرى جانب آخر من الفقه<sup>3</sup> أن الخضوع للنظام القانوني الخاص ليس ضروريا ولازما لاعتبار نشاط معين مرفقا عاما. لذا قيل لا يمكن التسليم وقبول وجهة نظر أنصار التعريف الضيق، فلا يجوز اللجوء إلى فكرة النظام الإداري الخاص، إلا كقرينة تطبيق على المرافق العامة التي تتولى إدارتها التنظيمات الخاصة.<sup>4</sup>

إن المشروع الذي رصد لتحقيق مصلحة عامة وأنشأته الدولة وتولت هي إدارته مباشرة أو عهدت به إلى أحد الأفراد، أو الشركات إنما يحكمه نظام قانوني خاص، وما أجمع عليه الفقهاء أن هذا النظام يختلف من مرفق إلى آخر حسب طبيعته غير أن هناك قواعد مشتركة تحكم المرافق جميعا،

<sup>1</sup> - محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة (دراسة مقارنة لوضع أموال المرافق العامة في ظل نظام الخصخصة بكل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان)، المرجع السابق، ص 26-27.

<sup>2</sup> - تمثل هذا الرأي الفقهي في رأي كل من: M. chinot، والفقيه F. Benoit، و د/ سليمان الطماوي .

<sup>3</sup> - تمثل هذا الرأي الفقهي في رأي الفقيه A. de laubadere.

<sup>4</sup> - د/ علي خاطر شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 230.

ويجدر التنبيه أن بعض الفقهاء اعتبر خضوع المرفق لنظام قانوني متميز بمثابة الأثر المترتب على كونه مرفقا عاما، فهو إذن نتيجة ولا يمكن اعتباره عنصرا من عناصر المرفق العام.<sup>1</sup>

أما فيما يخص المرافق العامة الاقتصادية، فإن المسلم به قضاء وفقها أن هذا النوع من المرافق يجب أن تخضع للقانون الخاص لاسيما القانون بسبب طبيعة الأعمال الاقتصادية التي تقوم بها، غير أن هذا لا يعني بالضرورة أن يتولى إدارة المرفق شخص خاص، إذ من الممكن أن يدار المرفق من قبل أحد أشخاص القانون العام سواء أكان ذلك على نحو مباشر، أم غير مباشر بواسطة المؤسسات العامة. ولما كانت المرافق العامة الاقتصادية هي نوع من المرافق العامة فإن خضوعها للقانون الخاص -التجاري- لا يمنعها من الخضوع للقانون العام وإتباع بعض أساليب هذا القانون، ومن ثم تخضع لنظامها القانوني، فللمرافق العامة الاقتصادية إصدار القرارات الإدارية وممارسة امتيازات السلطة العامة مثل الاستيلاء المؤقت ونزع الملكية وغيرها من الامتيازات الأخرى.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني

#### أنواع المرافق العامة

وجد في ظل المفهوم التقليدي للمرافق العامة نوع واحد من المرافق العامة، وكان له الطابع الإداري، ومع صدور قرار باك دالوكا عن محكمة التنازع الفرنسية في العام 1921<sup>3</sup>، بدأت المرافق العامة الاقتصادية بالظهور، وبالتالي أصبح هناك نوعان من المرافق العامة الأول له طابع إداري، والثاني له طابع اقتصادي وظهر في الخمسينيات من القرن الماضي نوع جديد من المرافق العامة التي لها الطابع الاجتماعي إلا أنه سرعان ما قل نجمه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 13، 14.

<sup>2</sup> - د/ ستار جبار البديري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 52-53.

<sup>3</sup> - T.C.22 janv. 1921, SOCIETE COMMERCIALE DE L'OUEST AFRICAINE, Rec.91

(D. 1921.3.1, concl. Matter ; S.1924.3.34, concl. Matter) competence- services publics industriels et commerciaux

Sur la régularité de l'arrêté de conflit : Cons. Que, si le lieutenant-gouverneur de la Cote d'Ivoire a, par un télégramme du 2 oct. 1920, sans observer les formalités prévues par l'ordonnance du 1<sup>ER</sup> juin 1828, déclaré élever le conflit, il a pris, le 13 oct. 1920, un arrêté satisfaisant aux prescriptions de l'art. 9 de ladite ordonnance ; que cet arrêté a été déposé au greffes dans le délai legal. Voir : M. Long /P.Weil/ G.Braibant /P.Delvolvé /B.Genevois ,Les grands arrest de la jurisprudence administrative, op,cit ;p223.

<sup>4</sup> - د/ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة العامة (الامتياز -الشركات المختلطة - BOT -تفويض المرفق العام)(دراسة مقارنة ) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية سنة 2015، ص 32.

فبخصوص تصنيف المرافق العامة جرت العادة على تصنيفها تبعاً للزاوية التي ينظر من خلالها إلى المرفق العام.

فإذا نظرنا إلى المرافق العامة من زاوية المعيار الجغرافي، أي نطاق عمل المرافق العامة بحد ذاتها، فإنها تنقسم إلى مرافق عامة وطنية ومرافق عامة إقليمية أو محلية. وإذا نظرنا إلى المرافق العامة من حيث السلطة التي تتمتع بها الإدارة في إنشائها، نجد أنها تنقسم من هذه الزاوية إلى المرافق العامة الإلزامية والمرافق العامة الاختيارية، وبالنسبة لطبيعتها نشاطها، يمكن تقسيم المرافق العامة إلى مرافق عامة إدارية ومرافق عامة تجارية أو صناعية ومرافق عامة مهنية.<sup>1</sup>

ذلك ما سيتم بحثه تباعاً من خلال الفرعين التاليين :

### الفرع الأول

#### أنواع المرافق العامة بالنظر إلى طبيعة نشاطها

تنقسم المرافق العامة بحسب طبيعة وموضوع نشاطها إلى مرافق عامة إدارية واقتصادية ونقابية حيث أدى تدخل الدولة في العديد من الأنشطة الفردية إلى عدم اقتصرها على المرافق العامة الإدارية، والتي لم تكن تنشئ من المرافق إلا ما كان يتفق مع طبيعتها لتحقيق أغراضها كمرفق الأمن والدفاع، وأدى انتشار مبادئ المذاهب الاشتراكية بعد الحرب العالمية الأولى إلى القيام بمشروعات صناعية وتجارية اعترف لها بصفة المرافق العامة، وبهذا أنشئت بجانب المرافق الإدارية التقليدية المرافق الاقتصادية وكذا المرافق النقابية.<sup>2</sup>

#### أولاً: المرافق العامة الإدارية:

المرافق العامة الإدارية هي أقدم أنواع المرافق العامة، وهي أيضاً المرافق العامة بالمعنى الصحيح الكامل لهذا الاصطلاح، فالمرافق العامة الإدارية تعبر عن جوهر وظيفة الدولة، ومظهر جوهري لسيادتها تماماً مثل وظيفة الضبط الإداري.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ألبرت سرحان، أ/يوسف الجميل، أ/زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2010، ص 75-76.

<sup>2</sup> - د/ محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1997، ص 97.

<sup>3</sup> - د/ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة سنة 2002، ص 283.

فهي المرافق العامة التقليدية، ويطلق عليها المرافق الإدارية البحتة تميزا لها عن المرافق العامة الأخرى إذ أن المرافق العامة الاقتصادية منها والمهنية كلها مرافق إدارية في الاصل لأن الإدارة هي التي تنظمها وتديرها.<sup>1</sup>

حيث أن المرافق الإدارية هي تلك المرافق التي تقوم بأحد أوجه النشاط التقليدي للدولة على الأخص تلك الأنشطة التي كانت تعهدها وتتولها الدولة قبل التطورات الحديثة التي طرأت على دورها في الحياة الاقتصادية، أي قبل أن تنتقل من دولة حارسة إلى دولة متدخلة ومسؤولة عن تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي إذ أن دور الدولة كان مقتصرًا على تقديم الخدمات فقط دون أن يصل هذا الدور إلى حد مزاوله النشاطات ذات الطبيعة الصناعية والتجارية، لذا يقصد بالمرافق التي تمارس أنشطة تختلف في طبيعتها، وجوهرها عن نشاطات الافراد العاديين، وخير مثال على المرافق الإدارية، مرفق الأمن، ومرفق الدفاع الخارجي، ومرفق التعليم بجميع مراحلها، ومرفق الصحة<sup>2</sup>. إذ أن للمرافق العامة الإدارية أهمية حيوية في بناء الدولة وتقديم خدمات جوهرية للمواطنين، وبدونها لا معنى لوجود الدولة ذاتها. لذلك تتولاها جميع الدول عن طريق أجهزتها الإدارية، سواء كانت تعتنق المذهب الليبرالي أو المذهب الاشتراكي.

ورغم أن المرافق العامة الإدارية هي الأقدم والأكثر تنوعًا، إلا أن الفقه وجد صعوبة في تعريفها، ولجأ إلى تعريفها عن طريق الاستبعاد، فعرفها بأنها المرافق العامة التي لا تقوم بنشاط له طابع تجاري وصناعي ولا تمويل عن طريق موارد ناتجة عن بيع إنتاجها ولا تخضع لمبدأ التوازن المالي.<sup>3</sup>

#### أ/ تعريف المرافق العامة الإدارية:

ذهب الدكتور محمد فاروق عبد الحميد إلى وضع تعريف لهذه المرافق على أنها: "مجموعة المرافق التي تدخل في إعداد بقية أنواع المرافق العامة الأخرى وهو ما اصطلح عليه بالتحديد السلبي للمرافق"، أما الفقيه ديلوبادير فقد عرفها على أنها "تلك المرافق التي لا تعتبر مرافق صناعية أو تجارية أو مهنية".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن طبعة سنة 2014، ص 266.

<sup>2</sup> - د/علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 263.

<sup>3</sup> - د/مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 32-33.

<sup>4</sup> - عتيقة بلجبل، الإضراب في المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 38.

ويرى الدكتور الطماوي أنها "خدمات أساسية تقدمها الدولة في صورة مشروعات عامة تنشئها الدولة وتسييرها أو تشرف على تسييرها بما يكفل أدائها للغرض الذي أنشأت من أجله وتمثل هذه الخدمات في ك التعليم ن النقل، الخدمات الاجتماعية، الخ".

كما يرى جانب من الفقه أنه يصعب تحديد ماهية المرافق العامة الإدارية نظرا لتباين وتنوع أهدافها، وعرفها القضاء الفرنسي سنة 1923 أنها "مرافق إدارية بمعنى الكلمة وهو تعبير غامض، دفع الفقه لتعريفها عن طريق الاستبعاد، فالمرافق الإدارية هي كل مرفق لا يدخل تحت اي نوع من الأنواع الأخرى".<sup>1</sup>

ويعرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها " هي المرافق العامة التي تمارس نشاط إداريا بحثا في صميم الوظيفة الإدارية هذا النشاط الإداري يختلف جذريا وجوهريا في طبيعته عن النشاط الخاص للأفراد الأمر الذي يستوجب ويحتم خضوع هذه المرافق العامة الإدارية لنظام قانوني مخصوص واستثنائي هو نظام القانون الإداري الذي يختلف في قواعده عن قواعد القانون الخاص اختلافا كبيرا"<sup>2</sup>

وعلى أساس خضوع المرافق الإدارية لأحكام القانون العام تترتب نتائج هامة. فيعتبر العاملون فيها أصلا موظفين عموميين وأموالها من الاموال العامة، كما يكون لها سلطة نزع ملكية العقارات المملوكة للأفراد والاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا لأغراض النفع العام، كما تعتبر القرارات الصادرة عنها قرارات إدارية، والعقود التي تبرمها بمقتضى ممارستها لنشاطها عقودا إدارية، كذلك فإن المنازعات التي تثار بمناسبة نشاطها الإداري البحث تخضع لاختصاص القضاء الإداري، ما عدا نشاطها الذي تمارسه طواعية وفقا لأحكام القانون الخاص فإن المنازعات التي تثار بشأنه تخضع لاختصاص القضاء الإداري.<sup>3</sup>

### ب/ النظام القانوني للمرافق العامة الإدارية

تخضع المرافق العامة الإدارية لأحكام القانون العام، وهي لا تلجأ إلى القانون الخاص إلا في النادر، والنتيجة هنا هي أنّ الأساليب والوسائل التي تستخدم في إدارتها هي وسائل القانون العام. وبالتالي فإن النظام الإداري هو الذي يطبق عليها : فتكون أعمالها أعمالا إدارية، ويعتبر جهاز العمل لديها من الموظفين، وأموالها تعتبر من الأموال العامة، ولا يحق لها أن تلجأ إلى التحكيم، كما تخضع

<sup>1</sup> - شتاحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية التنظيم والتسيير، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الجامعية 2004، ص 13.

<sup>2</sup> - د/ عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 62، 63.

<sup>3</sup> - د/ هاني علي الطهرواي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 267.



العلاقة بينها وبين المنتفعين من خدماتها، مبدئياً، للقانون الإداري، وعليه فإن القضاء الإداري هو الصالح للنظر في المنازعات الناشئة عن ممارسة نشاطها.<sup>1</sup>

ثانياً: المرافق العامة الصناعية والتجارية:

كان للمرفق العام لمدة طويلة مظهر واحد، تقريبا مظهر مرفق تديره الإدارة حسب أشكال سلطوية وفقا لتقليد التسلسل الإداري، وبقيت هذه المرافق هامة جدا في الادارة الفرنسية لها إسم مرافق عامة إدارية.

ثم ظهرت مع اتساع تدخل الدولة تدريجيا مرافق عامة من نموذج جديد كانت تتطلب قواعد تقليدية من القانون الإداري ولو كانت مرنة، وكرس الاجتهاد مفهوم المرافق العامة الصناعية والتجارية وهي تعمل في شروط مماثلة لشروط القانون الخاص في قرار مبدئي لمحكمة التنازع.<sup>2</sup>

#### أ/ أزمة المرفق العام

سادت فكرة المرفق العام كأساس مميز للقانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري حينما كان يسهل التعرف على المرفق العام، أي حينما كانت المرافق العامة ذات طابع إداري بحت أي عبارة عن مجرد مشروعات عامة تتولاها الإدارة وتقوم بنشاط يهدف على إشباع حاجات الجمهور العامة بحيث تباشر نشاطها وفقا لأحكام القانون العام.

واستمر هذا الوضع حتى الحرب العالمية الأولى عام 1914، ومنذ ذلك التاريخ انتابت الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية تطورات كبيرة انعكست أثارها على نشاط الأفراد العاديين، ذلك ما أدى إلى تغيير الصورة التقليدية للمرافق العامة. وزاد هذا التطور بعد قيام الحرب العالمية الثانية مما عمل على زيادة تغير الفكرة التقليدية للمرافق العامة.<sup>3</sup>

فبالرغم مما حققته فكرة المرفق العام من ذبوع على المستويين الفقهي والقضائي في تحديد المجال الذي تطبق فيه القواعد الإدارية، وذلك الذي تسري فيه قواعد القانون الخاص، وعلى الرغم من أنها كانت عون القضاء في تحديد اختصاصه إلا أنها كانت عرضة لانتقادات عديدة كانت وراء ما

<sup>1</sup> -د/ألبرت سرحان، أ/يوسف الجميل، أ/زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 77-78.

<sup>2</sup> - جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 555.

<sup>3</sup> - د/ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 103.

أصابتها من أزمة أحاطت بها، فكانت وعلى حد تعبير البعض ضحية لنجاحها، فمن عجائب الأمور ما أصابها من فشل كان راجعا إلى ما حققته من نجاح وازدهار.

وقد وجهت إلى هذه النظرية انتقادات أكثر من أن تحصى، فلا تعرف فكرة أو نظرية لاقت من النقد ما لاقتها فكرة المرفق العام. ولكن رغم ذلك يمكن إرجاع هذه الانتقادات إلى ثلاثة، فهي من ناحية فكرة غامضة تستعصى على التحديد، وهي من ناحية أخرى ولغموضها فكرة واسعة أصعب من أن تتقيد بنطاق معين، وهي أخيرا تضييق من نطاق تطبيق القانون الإداري، على نحو يخالف المستقر عليه فقها وقضاء.<sup>1</sup>

### 1- في ظهور المرافق العامة الصناعية والتجارية

لعل أبرز ما يمكن الاستشهاد في هذا المجال القرار الصادر عن محكمة التنازع في 22 جانفي 1921 والخاص بقضية (Bac d'eloka) وقد تعلق هذا النزاع بناقلة بحرية في ساحل العاج اسمها (Bac d'eloka).<sup>2</sup>

فوقائع القضية حسب عرض مفوض الحكومة ماتير Matter على الوجه التالي :

""تتناثر على ساحل شاطئ العاج خلجان صغيرة تجعل المرور عسيرا، وكان الحل السعيد الذي وجدته المستعمرة هو ربطها بمعديات، وهكذا أقامت على خليج إبريه Ebrie واحدة سميت معدية إلوكا Eloka.

تستغلها شخصيا ومباشرة من خلال إدارة رصيف بسام Bassam وكانت المعدية تعبر الخليج في ليلة 5 و6 أيلول /سبتمبر/ سنة 1920 وعلى متنها 8 أشخاص و4 سيارات حين غرقت فجأة « وقد غرق مواطن وكذلك السيارات وعند انتشارها كانت أصابها أضرار جسيمة. فرفعت الشركة التجارية للغرب الإفريقي مالكة إحدى هذه السيارات دعوى أمام محكمة بسام الكبير، ولما رفع نائب حاكم المستعمرة النزاع، حكمت محكمة التنازع بدخول المنازعة في اختصاص المحاكم العادية وبهذا الحكم الشهير والمعروف أكثر باسم معدية إلوكا، حكمت محكمة التنازع على هذا الوجه باختصاص المحاكم العادية

<sup>1</sup> -د/ محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري (القسم العام)، مرجع سابق، ص 267، 256.

<sup>2</sup> -أ د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص133.

بنظر الدعاوى التي يرفعها الأفراد للتعويض عن الأضرار الضارة لاستغلال مرفق عام صناعي وتجاري أي مرفق يعمل في ذات أوضاع منشأة خاصة.<sup>1</sup>

فمحكمة التنازع قضت بأن القضاء العادي هو المختص بالفصل في النزاع على أساس أن إدارة المستعمرة كانت تدير مرفق النقل -المعدية -على نحو ما يديره الأفراد أنشطتهم المماثلة، وهو نشاط تجاري لا يغير من طبيعة ذلك الذي يمارسه الأفراد بغية تحقيق الربح، لا بدافع إشباع حاجة عامة. ومن ثمّ ينعقد الاختصاص به للمحاكم العادية، ولا يطبق عليه القانون الإداري، وإذا كان القضاء بدء من هذا الحكم قد أقام التفرقة بين المرافق التقليدية (أي المرافق الإدارية) والمرافق الاقتصادية (أي المرافق الصناعية والتجارية) من حيث الخضوع للقانون الإداري، فإنه قد أكد بطريق آخر أن وجود المرفق العام في المشروعات الصناعية والتجارية لا يكفي لإخضاع هذه المشروعات، أو تلك المرافق العامة لأحكام القانون الإداري، ولا يستتبع انعقاد الاختصاص للقاضي الإداري، وإنما لابد أيضا البحث عن وسائل إدارة هذه المرافق فإذا كانت تدار بأساليب القانون العام أي تدار إدارة عامة كان لزاما خضوعها للقانون الإداري. أما إذا كانت تدار بأساليب القانون الخاص التي يتبعها الأفراد العاديون في إدارة مشروعاتهم، فإنه يطبق عليها القانون الخاص، ويختص بالفصل في منازعتها القضاء الإداري.<sup>2</sup>

فمنذ قرار Bac d Eloka أكد الاجتهاد الفرنسي أنّ المرافق العامة الصناعية والتجارية هي مرافق عامة تعمل بشروط شبيهة بشروط المؤسسات الخاصة، وتخضع بالتالي للقانون الخاص مع بعض الاستثناءات لأنه كما قال Bénéoit هذه المرافق هي كغيرها من المرافق العامة، ولا يمكن أن تدار كمؤسسات الخاصة.<sup>3</sup>

## 2-أسباب أزمة المرفق العام.

تضافرت عوامل التطور في الحياة العامة الاقتصادية والاجتماعية بسبب تقدم الحياة، والحروب، وظهور الدولة المتدخلة والدولة الاشتراكية وأدت إلى انهيار فكرة المرفق العام كأساس ومعيار للقانون الإداري، فضلا عن اهتزاز الأساس الفلسفي والإيديولوجي الذي قامت عليه فكرة المرفق

<sup>1</sup> - بروسيرفيل، غي بريان، بيار دلفولفيه، برونو جينفو، مارسولونغ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ترجمة علي محمود مقلد، المرجع السابق، ص 243.

<sup>2</sup> -د/محمد باهي أبويونس، أحكام القانون الإداري (القسم العام)، المرجع السابق، ص 274.

<sup>3</sup> - د/ هيام مروة، د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني)، المرجع السابق، ص 37.

العام، كما أن التطور الذي أصاب نظرية المرفق العام ذاتها أدى إلى هدمها كأساس ومعيار للقانون الإداري.<sup>1</sup>

فبعد إفرزات الحرب العالمية الأولى وجدت الدولة نفسها مجبرة على القيام بوظيفة الصناعة والتجارة وهذا بفعل تطور الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية فظهر إلى جانب المرافق الإدارية المرافق الاقتصادية.

وإذا كان الرأي الغالب قد سلم بإخضاع المرفق الإداري لأحكام متميزة غير معهودة في مجال القانون الخاص، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للمرافق الاقتصادية، وذات التمييز امتد للمجال القضائي، إذ دفع التنوع في مهام الدولة القضاء الفرنسي أن ينظر لبعض منازعات الإدارة نظرة خاصة ويخرجها من ولاية القضاء الإداري ويخضعها للقضاء العادي ولقواعد القانون الخاص.<sup>2</sup>

فكانت المحصلة النهائية لهذا التطور أن أصبح التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة مهمة صعبة توقع القضاء في كثير من الحيرة والاضطراب، ومن الأمثلة للتدليل على ذلك ما عاناه القضاء الفرنسي من صعوبة في تكيف المرافق العامة التي تدار بأسلوب الاستغلال المختلط والمشروعات التي تسهم الدولة في جزء من رأسمالها والمرافق المهنية أو النقابية.<sup>3</sup>

#### ب/ مفهوم المرافق العامة الصناعية والتجارية

إن المرافق الاقتصادية هي مرافق حديثة النشأة نسبياً تسبب فيها التطور الاقتصادي وظهور الفكر الاشتراكي مما دفع بالدولة إلى ممارسة نشاطات كانت أضلها معهودة للأفراد، مثال هذا النوع من المرافق المؤسسات الصناعية والمؤسسات التجارية. وإذا كان الفقه قد أجمع على إخضاع المرافق الإدارية لقواعد القانون العام، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للمرافق الاقتصادية خاصة وقد ثبت ميدانياً أن المرافق الإدارية يتسم عملها بالبطء وإجراءاتها معقدة وتكاليقها باهضة، وهذه الآليات لا تساعد المرافق الاقتصادية التي تحتاج أن تتحرر أكثر وتخضع لإجراءات يسيرة يفرضها مبدأ التنافس.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الأول، النظام الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة السادسة سنة 2014، ص 142.

<sup>2</sup> - أ د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 132-133.

<sup>3</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 21.

<sup>4</sup> - أ د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 421.

حيث أن المرافق العامة الاقتصادية هي تلك المرافق العامة التي تنشئها السلطة العامة أو تشرف عليها مباشرة، ويكون موضوع نشاطها ذا طبيعة اقتصادية غير خدمية، ولهذا فهي تسمى في الفقه والقضاء الإداري بالمرافق العامة الصناعية والتجارية Les services publics industriels et commerciaux وهذه المرافق الاقتصادية مرافق مستحدثة وجديدة بالمقارنة بالمرافق العامة الإدارية ذات النشاط الخدمي، والتي كانت الأسبق وظهرت مع نشأة الدولة وارتبطت بوظائفها الأساسية. وتثور بشأن المرافق الصناعية والتجارية تساؤلات ثلاثة: الأول، معيار تمييز المرافق الصناعية والتجارية بالمقارنة بالمرافق العامة الإدارية، والتساؤل الثاني، النظام القانوني الذي يحكم المرافق الصناعية والتجارية، و نتناول الإجابة عن هذه التساؤلات فيما يلي:<sup>1</sup>

### 1- معيار تحديد المرافق العامة الصناعية والتجارية

-اتجاهات الفقه من مشكلة التمييز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية  
لقد طرح الفقه<sup>2</sup> العديد من المعايير للتمييز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية وذلك لتحديد القواعد التي تحكم كلا منها واختلفوا في هذه المعايير على نحو التالي:<sup>3</sup>  
فلمعرفة طبيعة المرفق العام يجب الرجوع بالدرجة الأولى إلى نص الإنشاء، لأن المشرع يؤكد أحيانا صراحة طبيعة المرفق العام.  
غير أن الأستاذين Delvolvé و Vedel حذرا من هذا المعيار بقولهما أنه يجب الأخذ بالحسبان أن المشرع استعمل أحيانا عبارات "ذات طابع صناعي وتجاري".

Encore faut-il tenir compte de ce que le législateur à parfois employé quelque peu à la légère les expressions à caractère industriel et commercial.

وفي القرار الصادر في 24 / 6 / 1968 عن محكمة حل التنازع تبين لهذه المحكمة بعد أن تأكدت من شروط عمل هذا الصندوق أنه يمارس نشاطا إداريا وليس مؤسسة عامة صناعية وتجارية كما ورد في نص الإنشاء، ومهمة الصندوق هي توجيه وتنظيم الأسواق التجارية.

<sup>1</sup>-د/ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص. 289-288

<sup>2</sup>- تبني هذه المعايير كل من: د/ سليمان الطماوي ود/ سعاد الشرقاوي، د/ محمود حافظ، ود/ محمد فؤاد مهنا. هذا بخصوص الفقه العربي، أما بخصوص الفقه الفرنسي تبناها العميد بونارومارسيل فالين وجورج فوديل، كما نادى به الفقيه CHAVANO نقلا عن: د/ محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع السابق، ص. 99.

<sup>3</sup>-د/ محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع نفسه، ص. 99.

لكن ماهو معيار المرفق العام الصناعي والتجاري في حالة سكوت المشرع؟ أي كيف نميز هذا المرفق عن المرفق العام الإداري لم يحدد النص طبيعة المرفق.  
اقترح الفقه بعض المعايير مثلا Chavanon في أطروحته:

"Essai sur la notion et le régime juridique des services publics industriels et commerciaux".

أما الفقيه Bonnard في كتابه Précis de droit administratif, 1935 فاقترح معيار تحقيق الأرباح. فإذا كان الهدف الأساسي للمرفق العام تحقيق الأرباح يكون هذا المرفق صناعيا وتجاريا. غير أن هذا المعيار ليس دقيقا، لأن تحقيق الأرباح يتلزم أحيانا مع تحقيق المصلحة العامة.<sup>1</sup>

فحسب الدكتور عمار عوابدي فإن معيار تحديد وتمييز المرافق العامة الصناعية والتجارية هو معيار مركب ومختلط يحتوي على عناصر ذاتية تتمثل في إرادة المشرع أو إرادة السلطة الإدارية التنظيمية المعلنة في القانون الخاص للمرفق من حيث هل أرادت أن يكون هذا المرفق اقتصاديا أم لا؟ وعناصر موضوعية ومادية أقرها القضاء الإداري في القانون الإداري المقارن، وهي تتألف من الدلائل والقرائن التالية جميعها :

-طبيعة قواعد القانون التي يخضع لها عمال المرفق، فإذا كان عمال المرفق يخضعون لقواعد القانون الخاص (قانون العمل) كإجراء، فإن هذا دليل على أن المرفق هو مرفق عام اقتصادي، ويستثني القضاء الإداري من هذه القرينة قادة ورؤساء المرافق العامة الاقتصادية والمحاسبون العامون في هذه المرافق الذين يخضعون بالضرورة لقواعد القانون الإداري.

- الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها هذه المرافق العامة حيث أن عقود المرافق الاقتصادية تخضع لقواعد القانون الخاص (قواعد القانون التجاري).

-طبيعة النظام القانوني لمسؤولية المرافق العامة الاقتصادية التي تسوده وتحكمه قواعد القانون الخاص (المسؤولية المدنية)، عكس النظام القانوني لمسؤولية المرافق العامة الإدارية التي يحكمها القانون الإداري في مفهومه الخاص والضيق...الخ.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - د/ هيام مروة، د / طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني) المرجع السابق، ص37.

<sup>2</sup> - د/ عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 43.

أما الفقيه فيدل Vedel فيرى أن الوصف القانوني ليس قاطع الدلالة لذلك اجتهد الفقه في البحث عن معيار مميز فقالوا بالمعايير التالية:

-معيار الخضوع للقانون الخاص: يعتمد هذا المعيار على القانون الذي يخضع له المرفق العام. فإذا خضع المرفق العام للقانون الإداري يكون مرفقا عاما إداريا، وإذا أخضع للقانون الخاص يكون مرفقا عاما تجاريا وصناعيا، غير أن هذا المعيار منتقد لأن الخضوع للقانون يكون نتيجة لتحديد طبيعة المرفق.<sup>1</sup>

-معيار الغاية: رأى جانب من الفقهاء أن أداة التمييز بين النوعين من المرافق الاقتصادية والإدارية تكمن في أن المرافق الاقتصادية يبتغي في نشاطها تحقيق الربح خلافا للمرافق الإدارية. ويؤخذ على هذا الرأي أن تحقيق الربح من عدمه هو نتيجة مترتبة على طبيعته، كما أن المرافق الإدارية تتقاضى رسوما لقاء قيامها بخدمة ما للجمهور.<sup>2</sup>

وقد ذهب الأستاذ ديلوباير، إلى أنه يستفاد من أحكام القضاء الإداري أن المرفق العام لا يعتبر مرفقا صناعيا أو تجاريا، إلا بتوافر شرطين، الأول أن يكون نشاطه مشابها لنوع النشاط الذي يقوم به المشروعات الصناعية والتجارية المملوكة للأفراد والثاني أن يدار المرفق في ظروف مشابهة للظروف التي تدار بها المشروعات الخاصة، بل يتعين أن تظهر به السلطة العامة في إخضاعه لبعض أساليب القانون العام.<sup>3</sup> وأرجح المعايير وأقواها هي التي قال بها الفقهاء قال به الفقهاء لوبادير وبرنار ومارسيل والذي اعتنقه مجلس الدولة الفرنسي، ويقوم هذا المعيار بالبحث في موضوع نشاط المرفق، فإذا كان النشاط مما تقوم به الدولة عادة ومنذ القدم، فالمرفق الإداري، وإن كان مما لم تدرج الدول على مباشرته، وإنما لجأت إليه لسد وإشباع حاجيات المستهلكين فالنشاط الإقتصادي، ويعد هذا المعيار المعيار هو الأحسن والأكثر اتفاقا مع منطق الأمور وطبيعتها.<sup>4</sup>

-معيار طبيعة النشاط : وهو أكثر المعايير الفقهية شوعا بالنظر لدقته، ويقوم هذا المعيار على أساس طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق، فإذا كان هذا المرفق يمارس نشاطا يعتبره القانون تجاريا فيما لو قام به الأفراد عد المرفق على هذا النحو تجاريا. ولقد تبنى هذا الرأي كبار فقهاء القانون

<sup>1</sup> - د/ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، المرافق العامة) (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية 2004، ص 133-134.

<sup>2</sup> - أد/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 422.

<sup>3</sup> - د/ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 269، 270.

<sup>4</sup> - أ/ د/ محمد الشافعي أبوراس، القانون الإداري، ص 226. على الرابط الإلكتروني :

الإداري. ومن ثمّ يعد هذا المعيار ضابط يمكن الاعتماد عليه للتمييز بين النوعين من المرافق، وإذ كان الدكتور محمد أنس قاسم اعتبر أنه في المرافق الإدارية الوضع الغالب الإدارة هي من تدير النشاط خلافا للمرافق الاقتصادية يعهد بالنشاط لأحد أشخاص القانون الخاص.<sup>1</sup>

وقد قال به الفقيه chavanon وتبناه فقهاء كثيرون "لكي يكون المرفق العام تجاريا أو صناعيا يجب أن تكون الخدمات التي يؤديها مما يعتبره القانون التجاري تجاريا لوقام به الأفراد". غير أن هذا المعيار يبقى قاصرا لأن بعض النشاطات المرفقية التجارية والصناعية لا تندرج في قائمة الأعمال التجارية كالمقاولات والأعمال الفلاحية والصناعات الاستخراجية.

- معيار طبيعة المرفق: هذا المعيار قال به المحامي ماتير Matier بمناسبة قضية الشركة التجارية لإفريقيا الغربية، إذ عرف المرفق التجاري والصناعي بأنه: المرفق الذي لا يتماشى موضوعه مع المهام العادية والضرورية للدولة وتقوم به الدولة بصفة عابرة ومؤقتة.<sup>2</sup>

- اتجاهات القضاء من مشكلة التمييز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية:

اتجه القضاء الإداري الفرنسي في تحديده للمرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية في العديد من أحكامه إلى الأخذ بمعيار ذي شقين.<sup>3</sup>

إذ أن معظم الأحكام الحديثة، والصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، ومحكمة التنازع، تدل على أنّ القضاء الإداري يستهدي في تحديد المرافق الاقتصادية والتجارية، بمعيار ذي عنصرين: أ / عنصر موضوعي **Objectif**: ويتعلق بطبيعة النشاط الذي تزاوله الإدارة إذ يتعين أن يكون هذا النشاط صناعيا أو تجاريا بطبيعته *activité industrielle ou commerciale en elle même* ولكن ليس من الضروري التزام معيار القانون التجاري في هذا الخصوص، يكفي أن يدخل نشاط المرفق في باب الإنتاج أو التوزيع.

ب/ عنصر شخصي **Subjectif**: ويضع في الاعتبار رغبة الإدارة في تنظيم وإدارة المرفق الذي يزاول النشاط السابق، وإنما يجب أن تكشف الإدارة عن نيتها في إخضاعه للنظام القانوني المقرر للمرافق التجارية أو الصناعية، بأن تتولى الإدارة تسييره في ظروف مماثلة للمشروعات الخاصة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - أد/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 423.

<sup>2</sup> - د/ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، المرافق العامة) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص 133، 134، 135.

<sup>3</sup> - د/ محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع السابق، ص 101.

<sup>4</sup> - د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 288.



## -فوائد التفرقة بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية:

إن فوائد التفرقة بين المرافق الإدارية و المرافق الاقتصادية كثيرة ومتنوعة يمكن حصرها في جانبين أحدهما يتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له المرفق، والثاني يتعلق بالجهة القضائية صاحبة الاختصاص بالنظر في النزاع.<sup>1</sup>

## ثالثا: المرافق المهنية:

كان الفرد يتمتع بحرية تامة في مزاوله مهنته وبالطريقة التي تتفق مع رغباته ومصالحه في ظل انتشار المذهب الحر، ثم تدخلت الدولة لتنظيم هذه المهن حماية للمصالح العام عقب الحرب العالمية الثانية، وفي ظل انتشار المذاهب الاشتراكية إلى أن تزايد التزامات الدولة جعلها غير قادرة على تنظيم جميع المهن فاستعانت بأبناء المهن لتنظيم مهنتهم، فظهرت المرافق المهنية أو النقابية والتي تعرف بأنها المرافق التي تقوم بمراقبة وتوجيه نشاط مهنة معينة تشرف عليها هيئات مهنية يمنحها القانون بعض امتيازات السلطة العامة، ويكون أعضائها ممن يمارسون المهنة ذاتها، ويديرونها بأنفسهم من خلال انتخاب أعضاء يمثلونهم، فالغرض من فكرة النقابات المهنية أن تدار المهنة ذاتيا أي بواسطة أعضائها.<sup>2</sup>

## أ/ تعريف المرافق العامة المهنية

إن المرافق المهنية هي التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة، وتتم إدارة هذه المرافق بواسطة هيئات أعضائها ممن يمارسون هذه المهنة، ويخولهم القانون بعض امتيازات السلطة العامة مثل : نقابات المهندسين، والمحامين، والأطباء.... وغيرها من النقابات المهنية الأخرى.

وقد ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية لمواجهة المشاكل التي كان يتعرض لها اصحاب هذه المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم، لاسيما في فرنسا التي ظهرت فيها لجان، تنظيم الإنتاج الصناعي عام 1949.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أد/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 423.

<sup>2</sup> - د/ محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup> - د / مازن راضي ليلو، المرجع السابق، منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، المرجع السابق، ص 73. على الرابط الإلكتروني :

<https://www.ao-academy.org/ar/2017/5/3080.html>. 18:00 ساعة 2016/5/10 بتاريخ

## ب/ أنواع المرافق العامة المهنية:

يمكن التمييز بين نوعين رئيسيين من هذه المرافق:

**أ/ المرافق المهنية التي نجمت عن سياسة الاقتصاد الموجه Les services publics d'économie dirigée** لما استحكمت الأزمة الاقتصادية في فرنسا عقب اندلاع الحرب العالمية الثانية، قامت حكومة فيشي بإنشاء نظام اقتصادي موجه بقصد التغلب على تلك الأزمة، وذلك بتنظيم الإنتاج، وتوزيع المواد الأولية والتموين... إلخ، في المجالين الصناعي والزراعي، عن طريق إنشاء منظمات من بين أبناء المهنة للإشراف على تلك السياسة، واتخذت تلك المنظمات صوراً وتسميات مختلفة كان أشهرها "لجان أو هيئات التنظيم Comités d'organisation" وقد ألغيت هذه الهيئات واستعيض عنها بمنظمات أخرى أطلق عليها اصطلاحاً "المكاتب المهنية Offices professionnels" ثم زال كل أثر لها سنة 1946، ولكن القضاء الذي أوجدته هذه المرافق الجديدة ما زال له قيمته.

## ب/ مرافق التنظيم المهني Les services publics de discipline professionnels هذه المرافق

تشمل النقابات المهنية Les ordres professionnels المختلفة مثل نقابة المحامين والأطباء والمهندسين... إلخ.<sup>1</sup>

وفي فرنسا يعترف القضاء والفقهاء للنقابات المهنية بصفة المرافق العامة، غير أن مجلس الدولة الفرنسي رفض في حكم بوجين Bouguen الصادر في 2 أبريل عام 1943 الاعتراف للنقابات بصفة المؤسسة العامة، ومعنى ذلك أن النقابات في فرنسا إما أن تعتبر أشخاص عامة من نوع جديد، وتتفق النقابات مع المرافق العامة الصناعية والتجارية من حيث خضوعها لكل من القانونين العام والخاص، ولكنها تختلف عنها في نوعية ما يخضع لكل منهما من شؤونها. فبينما تخضع المرافق العامة الاقتصادية من حيث تباينها للقانون العام ونشاطها للقانون الخاص، تخضع النقابات من حيث تركيبها للقانون الخاص ونشاطها للقانون العام.<sup>2</sup>

وقد استقر القضاء الفرنسي على تكييف المرافق المهنية بكونها مرافق عامة تتمتع بالشخصية المعنوية إلا أنها تبعد رغم ذلك عن فكرة المؤسسة العامة، مما دفع الفقه إلى التساؤل عن كنية هذا الشخص العام. فاتجه البعض إلى تأييد الاتجاه القضائي، واعتبر المرافق المهنية شخصاً عاماً جديداً يقف إلى جوار الأشخاص العامة الإقليمية والمؤسسات العامة. في حين اتجه البعض الآخر إلى اعتبار المرافق العامة المهنية مؤسسات عامة متميزة ببعض الخصائص عن المؤسسات العامة التقليدية الأمر

<sup>1</sup> - د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراصة مقارنة)، المرجع السابق، 293.

<sup>2</sup> - د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 294.

الذي اعتبروه نوعا من التطوير لفكرة المؤسسة العامة يماثل ما أدخل على فكرة المرفق العام ذاته من تطور معاصر.

وتمتع المرافق المهنية بالشخصية يعطيها قدرا من الاستقلالية الإدارية والمالية، إلا أنها استقلالية نسبية حيث تخضع بعض قراراتها اللاغية المتصلة بتنظيم ممارسة المهنة لضرورة تصديق لسلطة الحكومية عليها. كما أن الحكومة قد تعين ممثلين لها داخل مجالس المرفق المهني يكون لهم حق في الاعتراض على القرارات التي تصدرها.<sup>1</sup>

#### رابعا: المرافق الاجتماعية

المرافق الاجتماعية ظهرت لأول مرة في فرنسا في الحكم الذي أصدرته محكمة التنازع بتاريخ 22 يناير سنة 1955 في قضية نالياتو<sup>2</sup>، بمناسبة دعوى مسؤولية رفعها أحد الأفراد ضد مركز لقضاء الإجازات أنشأته وزارة الصناعة لموظفيها. وقد قضت المحكمة بأن هذا المركز يكتسب المرفق العام الاجتماعي، والمرافق العامة الاجتماعية هي التي تستهدف أهداف اجتماعية للمنتسبين إليها، إلا أن البعض يرى أن المرافق العامة الاجتماعية لا تمثل طائفة قانونية واحدة وإنما تقترب من المرافق العامة الاقتصادية.

<sup>1</sup> - د/ محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> - Tribunal des conflits, 22 janvier 1955, Naliato c/ État n° 1511.

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le mineur Naliato, alors qu'il participait à la colonie de vacances de Challonges, organisée par le Ministre de la Production Industrielle (service des usines mécaniques de l'Etat) en vue de recevoir les enfants du personnel de ces établissements, parmi lesquels l'atelier de fabrication de Saint-Priest, a été victime d'un accident au cours d'une séance de jeu dirigé par un des moniteurs de la colonie; que Naliato père a assigné en paiement de dommages-intérêts, devant le Tribunal civil de Vienne, le Directeur de l'atelier de fabrication de Saint-Priest comme responsable de l'accident; que, sur appel par l'Etat de la décision des premiers juges déclarant prescrite la demande dont s'agit, la Cour de Grenoble, rejetant le déclinatoire de compétence déposé par le préfet de l'Isère, a décidé que la juridiction judiciaire a seule qualité pour connaître du litige, au motif notamment que l'organisation de la colonie de vacances ne constituait pas un service public; Considérant que le but d'intérêt social que visent l'Etat et les collectivités administratives en organisant des colonies de vacances imprime à cette organisation le caractère d'un service public; mais que cette organisation ne présentait, en l'espèce, en ce qui concerne les rapports entre ses bénéficiaires et l'administration, aucune particularité de nature à la distinguer juridiquement des organisations similaires relevant des personnes ou des institutions de droit privé; qu'il suit de là que la responsabilité incombant à l'Etat, en cas de faute commise dans la ...=surveillance des enfants par l'un des moniteurs de la colonie, ne peut être appréciée que par les tribunaux judiciaires; qu'en conséquence, c'est à tort que le préfet a élevé le conflit;... (arrêt de conflit annulé) »

T. confl., 22 janv. 1955, n° 1511. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/TCONFL/1955/DE195501221.Vu 20/12/2018>

وتخضع المرافق العامة الاجتماعية لنظام قانوني مزدوج فهي تخضع للقانون الخاص كأصل عام، إلا أنها تقترب من المرافق العامة الإدارية عندما تستخدم وسائل السلطة العامة في ممارستها لبعض أعمالها، لذلك يكون القانون الواجب تطبيقه عليها هو القانون الإداري.<sup>1</sup>

كما تمثل منازعاتها أمام القضاء الإداري وأحيانا أخرى أمام القضاء العادي. وقد اعتبر القضاء الفرنسي في بداية الأمر منازعات المرافق الاجتماعية المكلفة بتقديم المساعدات العامة منازعات إدارية. غير أن تطور النظرة لمؤسسات الضمان الاجتماعي وبروز فكرة الأقساط التي يلزم بدفعها المنتفعين من خدمات المرفق، جعلت القضاء الإداري يتردد في كثير من الأحيان من أن يتولى الفصل في منازعات هذا النوع من المرافق. وامتد هذا التمييز أيضا للنظام القانوني الجزائري حيث أنه ورجوعا للقانون رقم 15/83 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي نجد المشرع قد وزع الاختصاص بين القضاء العادي وبين المحاكم الإدارية.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني

#### التصنيفات الأخرى للمرافق العامة

(أنواعها بالنظر إلى نطاق اختصاصها وأداة إنشائها وتمتعها بالشخصية المعنوية)

للمرفق العام أنواع كثيرة إذ يتحدد ذلك بالنظر إما لنطاق اختصاصها أو بالنظر لأداة إنشائها. فتصنف المرافق العامة حسب المساحة الجغرافية التي يغطيها نشاطها إلى مرافق عامة قومية ومرافق عامة إقليمية أو محلية وتصنف أيضا من حيث توافر عنصر الإلزام في إنشائها إلى نوعين هما المرافق العامة الاختيارية والمرافق العامة الإلزامية.<sup>3</sup> كما تصنف من حيث أداة الإنشاء إلى مرافق تنشأ بنص تشريعي ومرافق تنشأ بنص تنظيمي.

أولا: أنواع المرافق العامة بالنظر إلى أداة إنشائها وحرية إنشائها

أ/ أنواعها بالنظر إلى أداة إنشائها

تقسم المرافق من هذه الزاوية إلى مرافق تنشأ بنص تشريعي ومرافق تنشأ بنص تنظيمي.

<sup>1</sup> - د/ محمد عويد العياضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي (دائسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى سنة 2012، ص 80-81.

<sup>2</sup> - أد/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 434.

<sup>3</sup> - د/ حمدي قبيلات، لقانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 292-

## 1- المرافق التي تنشأ بنص تشريعي

وهي عادة مجموع المرافق ذات الأهمية الوطنية القصوى التي يفرض المشرع أمر إنشائها بموجب نص تشريعي ليتمكن أعضاء السلطة التشريعية من الإطلاع على نشاط المرفق وضرورته وقواعده. والحقيقة أن أهمية المرفق واحتلاله لهذه المكانة مسألة يتحكم فيها طبيعة النظام السياسي السائد في الدولة، ففي الدولة الاشتراكية مثلا تحتل المرافق الاقتصادية مكانة متميزة، بينما في النظم الليبرالية لا ترقى أهميتها للدرجة التي ذكرناها بل إنها تعادل المشروعات الخاصة.

## 2- المرافق التي تنشأ بنص تنظيمي

عادة ما يخول التشريع في الدولة للسلطة التنفيذية صلاحية إنشاء المرافق العامة.<sup>1</sup>

ب/ أنواعها بالنظر إلى حرية الإدارة في إنشائها إلى مرافق اختيارية وأخرى إجبارية :

أساس هذا التقسيم هو مدى الحرية التي يتركها القانون للسلطة الإدارية في إنشاء المرفق أو عدم إنشائه، فإذا لم يلزم القانون السلطة الإدارية بضرورة إنشاء مرفق عام معين كان هذا المرفق اختياريا *Service public facultatif*. أما على العكس إذا أوجب القانون إحدى السلطات الإدارية على إنشاء مرفق ما كان هذا المرفق إجباريا *Service public obligatoire* - والقاعدة العامة أن المرافق العامة القومية اختيارية وليست إجبارية. فلا يمكن إجبار الدولة قانونا على إنشاء مرفق عام معين، سيما وأن المشرع في لبنان أي البرلمان نفسه هو الذي ينشئ المرفق العام القومي بقانون، ولنتساءل ماذا يحدث لو أن أحد القوانين أنشأ أحد المرافق العامة، ولكن لم تقم الحكومة بتنفيذ هذا الإنشاء بالتجهيز الفعلي للمرفق؟.

الإجابة أنه لا يمكن تصور قيام مواطن عادي بصفته الفردية المجردة بتقديم مراجعة، أو طعن بالإلغاء ضد قرار الحكومة السلبي بالامتناع عن تنفيذ إنشاء المرفق وفقا لما أمر به القانون. لأن مثل هذه المراجعة أو الدعوى ستكون ما يعرف بدعوى الحسبة العامة ولا يقبلها مجلس شورى الدولة كقضاء إداري، لا في لبنان أو في فرنسا أو في مصر لدى مجلس الدولة المصري لعدم وجود مصلحة شخصية متميزة. فالإزام الحكومة في هذا الفرض سيكون تحققه بأسلوب سياسي وليس قانوني، عن

<sup>1</sup> - أد/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 435.

طريق مساءلة مجلس النواب للحكومة، أو الوزير المختص عن سبب التأخر في تجهيز وتنظيم المرفق العام الجديد الذي أنشأه القانون.<sup>1</sup>

### 1- المرافق الاختيارية.

إن الأصل والقاعدة العامة أن الدولة حرة في إنشاء المرافق العامة وإن سلطتها في هذا المجال تقديرية وهنا تكون المرافق العامة إختيارية، فالدولة في مثل هذه الحالات تملك التقدير فيما إذا كانت هناك حاجات عامة تقتضي المصلحة العامة أن تتحمل مسؤولية تأمينها واشباعها أم لا، وأن حرمتها هذه لا يقيدتها شيء، فلا يملك الأفراد إلزامها بخلق مرفق معين، ويندرج تحت هذا النوع من المرافق العامة المرافق التي تقدم خدمات غير أساسية في حياة الأفراد، وإن كان هذا الأمر نسبي يختلف من دولة لأخرى ومن زمان لزمان.<sup>2</sup>

### 2- المرافق العامة الإجبارية :

إذا كان الأصل أن يتم إنشاء المرافق العامة إختيارياً فإن الإدارة استثناء تكون ملزمة بإنشاء بعض المرافق العامة عندما يلزمها القانون أو جهة إدارية أعلى بإنشائها. ومثال ذلك إنشاء الإدارة لمرفق الأمن والصحة. فهي مرافق إجبارية بطبيعتها وتهدف لحماية الأمن والصحة العامة وغالباً ما تصدر القوانين بإنشائها.<sup>3</sup>

ويترتب على التفرقة بين كل من نوعي المرافق العامة الإجبارية (أو الإلزامية) والمرافق العامة الاختيارية آثار هامة في مجال الاعتراف بحقوق المتعاملين مع هذه المرافق أو المنتفعين بخدماتها بالمطالبة بالحصول على خدماتها وخاصة في حالة إلغائها، وكذلك في مجال الوسيلة المستخدمة لإلغاء هذه المرافق العامة. وترتيباً على ذلك ليس للأفراد أية حقوق مكتسبة في الإبقاء على المرفق العام إذا وجدت الإدارة أن من المصلحة إلغاء المرفق العام لاستنفاذ الغرض منه، إذ غالباً ما يتم إلغاء المرفق العام متى ظهر أن الحاجة التي يشبعها المرفق العام لم تعد ملحة أو ضرورية .

<sup>1</sup> -د/ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 303-304.

<sup>2</sup> -د/ حمدي قبيلات، القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 293.

<sup>3</sup> -د/ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، المرجع السابق، ص 31.

على الرابط الإلكتروني:

كما أن المرافق العامة الإجبارية لا تلغى إلا برفع النص القانوني الذي أصبغ عليها وصف المرافق العامة، سواء كان ذلك النص بشكل قانون - كما هو الحال في المرافق الإجبارية التي تنشأ على المستوى المركزي - أو بشكل قرار إداري صادر من المجلس البلدي في المرافق العامة الإجبارية التي تنشأ على المستوى المحلي. أما المرافق العامة الاختيارية فيتم إلغاؤها دون الحاجة لذلك.<sup>1</sup>

#### ثانياً: أنواع المرافق العامة بالنظر لنطاق اختصاصها :

يقوم تقسيم المرافق العامة كذلك على أساس نطاق الاختصاص، فمقابل مرافق عامة تباشر اختصاصاتها وأنشطتها على مستوى إقليم الدولة، ويطلق عليه مرافق عامة قومية، هناك حسب هذا المعيار مرافق عامة لا تباشر اختصاصاتها ونشاطها إلا على جزء محدد من إقليم الدولة ويطلق عليها مرافق عامة إقليمية.<sup>2</sup>

#### أ/ المرافق القومية (الوطنية):

لا يمكن لأي دولة اليوم التخلي بشكل كامل على أن تمارس ولو بعض اختصاصاتها على كامل إقليم الدولة. كاختصاصها في إدارة المنافذ الحدودية للدولة، أو اختصاصها في إدارة الجمارك، أو قيامها بحماية حدود الدولة كاملة، وغيرها، وهذا الصنف من المرافق العامة يسمى بالمرافق القومية، أو المرافق العامة الوطنية، فتستخدمها الدولة للممارسة نشاطاتها على كامل إقليمها وتؤدي خدماتها لجميع الأفراد في الدولة.

إذ أنه قد تقوم أسباب جادة تدعو الدولة لإنشاء وإدارة المرافق العامة القومية وعدم ترك تنظيمها وإدارتها لجهات محلية، وذلك لما لها من أهمية تمس كامل إقليم الدولة إما لتعلقها بأمن الدولة وسلامة أراضيها من التهديد الخارجي أو الداخلي، أو لتعلقها بسيادة الدولة مثلاً، كما إذا مس الشؤون الخارجية لها مثل علاقتها بدولة أو دولة أخرى، أو كان متعلقاً بالسياسة العليا للدولة، أو بثروتها الطبيعية والذي تنعكس نشاطاتها على اقتصاديات الدولة بشكل مباشر أو لإقامة العدالة الاجتماعية بين أفراد الدولة جميعاً أو للمساواة بينهم في توزيع الخدمات العامة، أو لكونه يدر إيراداتاً عاماً رئيسياً للدولة لا يمكنها الاستغناء عنه، كما هو الحال في المرافق العامة المعدة للضرائب أو

<sup>1</sup> - أد/ نواف كنعان، القانون الإداري (الكتاب الأول، ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، الطبعة الرابعة سنة 2010، ص 227-228.

<sup>2</sup> - أ/ د/ محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 215. على الرابط الإلكتروني:

الجمارك، أو لافتضاء المصلحة العامة أن تقوم الدولة بإدارتها بشكل موحد ووفقا لسياسة عامة تتخذ فيها أقاليم الدولة المختلفة فيكون لها نظام موحد.<sup>1</sup>

### ب/ المرافق الإقليمية (المحلية):

المرافق المحلية هي تلك المرافق التي يقتصر نشاطها على إقليم معين بحيث تكون خدماتها موجهة لمصالح القاطنين في هذا الإقليم، وتشرف على هذه المرافق في ظل نظام اللامركزية الإدارية المجالس المحلية التي تعنى بكل شؤونها أما في ظل المركزية الإدارية فإن السلطة المركزية هي التي تشرف على هذه المرافق.<sup>2</sup>

المرفق المحلي يقوم على واقعة مادية محسوسة *Constatacion matérielle* مؤداها أن الأفراد الذين يعيشون في وحدة محلية ما يحسون بالرغبة في إشباع حاجاتهم الجماعية، فتتبلور هذه الرغبة في هذا الإحساس بالتضامن بين أفراد الجماعة المحلية لأداء الخدمات التي تشبه هذه الحاجات بأنفسهم، والتي تتكون منها المصالح المحلية، فإذا ما اعترفت الدولة بهذه المصالح المحلية فإنها تصبغ عليها الحماية والصفة القانونية.

فالصفة الخاصة للمصالح المحلية لهذه الحاجات التي تتولى إشباعها الأشخاص الإدارية المحلية، تتميز عن الصفة العامة للمصالح القومية التي يتولى إشباعها الشخص الإداري العام - أي الدولة - وهذه التفرقة أساسية وهامة، لأنه على ضوء هذه التفرقة يترك أمر الإشراف على المصالح الأولى لمن يهمهم الأمر أي السلطة المحلية، كما يترك الإشراف على المصالح الثانية للسلطة المركزية، مع ما يترتب على ذلك من اختلاف في إدارة كل منها. فإذا قمنا بتحديد المصالح المحلية، فإن الحوار يدور حول المرفق المحلي.

ولم يتعرض الفقهاء في مصر أو في فرنسا أو إنجلترا لتعريف المرفق المحلي وكذلك لم يقم القضاء ببيان هذا التعريف، وما لا شك فيه أن الغرض الأساسي من التعريف هو بيان الأركان الضرورية والعناصر الجوهرية لوجود الشيء المعرف، وهي التي تميزه عن غيره.

<sup>1</sup> -د/محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 26-27.

<sup>2</sup> -محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة (دراسة مقارنة لوضع أموال المرافق العامة في ظل نظام الخصخصة بكل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان)، المرجع السابق، ص 48.



فالمرفق المحلي "هو مشروع يقوم على تقديم خدمة ذات مضمون محلي تهم سكان جزء من إقليم الدولة بصفة خاصة، ولا تهم باقي أجزاء إقليم الدولة بهذه الصفة، وتقوم بأدائها السلطة المحلية، تحت رقابة السلطة المركزية".<sup>1</sup>

فتجدر الإشارة أن المرافق الوطنية والمرافق المحلية ليست منفصلة انفصالاً تاماً، بل كثيراً ما يحدث بينهما التعامل بما توجهه مقتضيات المصلحة العامة وبما يحقق النفع لجمهور المنتفعين.<sup>2</sup>

### ثالثاً: أنواع المرافق العامة من حيث تمتعها بالشخصية المعنوية

تقسم المرافق العامة وفقاً لهذا التصنيف إلى مرافق عامة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ومرافق عامة تتمتع بالشخصية المعنوية .

#### أ/ المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية :

وهي المرافق العامة الملحقة بأحد أشخاص القانون العام لكي يشرف على إدارتها ويكون مسؤولاً عنها، فإذا كان المرفق العام قومياً كالدفاع والأمن والصحة والتعليم ألحق بالدولة أي بالوزارات المختلفة حسب نوع النشاط الذي يتولاه كل مرفق أما إذا كان مرفقاً إقليمياً أو محلياً فيلحق بالبلدية حسب مقتضى الحال . ومعنى ذلك أن المرفق في هذه الحالة لا تكون له شخصية قانونية متميزة عن الشخص المعنوي الذي يتبعه، ومعظم المرافق العامة من هذا القبيل أي لا تتمتع بالشخصية المعنوية.<sup>3</sup> ولذا فإن سند إنشائها يخلو من النص على منحها الشخصية المعنوية . فالأصل في المرافق العامة عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، و تمتعها بها يحتاج إلى النص بسند إنشائها ذلك لأنه خلاف الأصل.<sup>4</sup>

#### ب/ المرافق العامة التي تتمتع بالشخصية المعنوية :

قد يرى المشرع أحياناً ولاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، أن يمنح بعض المرافق العامة الشخصية المعنوية، وذلك كي يوفر لها الاستقلال الذاتي، ويمكنها من التخصص في نشاط معين أو

<sup>1</sup> - د/ منير إبراهيم شلي، المرفق المحلي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 67-68.

<sup>2</sup> - د/ غسان مدحت خير الدين الخيري، مدخل في القانون الإداري، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى سنة 2012، ص 141.

<sup>3</sup> - د/ حمدي قبيلات، القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 294.

<sup>4</sup> - د/ محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 44.

أنشطة متقاربة وعندها تصبح هذه المرافق بوصفها تتمتع بالشخصية المعنوية من الأشخاص الإدارية إلى جانب الدولة والبلديات، وتعرف هذه المرافق في القانون الإداري بالمؤسسات العامة.<sup>1</sup>

إن من أبرز الأمور التي تعلن أهمية هذا التقسيم، أنه إذ كان المرفق العام مستقلا، فإن الخصومة تعقد في مواجهته، كما يتولى بذاته عقد الخصومة مع الغير، ويكون له أن يتعاقد بذاته، وله ذمة مالية مستقلة، أما إذا كان المرفق العام غير مستقل فإنه لايجوز أن توجه إليه دعوى، لأنه لا أهلية له في التقاضي، وإنما توجه الدعوى للشخص الإداري الذي يتبعه هذا المرفق. وإذا ما كان لهذا المرفق حق يضطر أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة به، فإنه لا يستطيع ذلك فيتولاه عنه الشخص الإداري الذي تقرر إلحاق هذا المرفق به، وهكذا بالنسبة للتعاقد، ومن ذلك أيضا أن المرفق العام الغير المستقل، لا تكون له ذمة مالية مستقلة، ومن ثم تختلط ذمته المالية ذمة الشخص الإداري الذي يتولى إدارته والقيام على شؤونه.<sup>2</sup>

## المبحث الثاني

### التطور القانوني للمرفق العام في الجزائر

تحتل نظرية المرفق العام مكانة مرموقة ضمن موضوعات القانون الإداري خاصة في الدول الأخذة بنظام الازدواج القانوني والقضائي، وأصبحت بالتالي نظرية المرفق العام هي الأساس الجوهرية لسريان قواعد ونظريات القانون الإداري، وقد وصلت إلى هذه المكانة والهيمنة بعد تطور تاريخي ومراحل زمنية عدة. كما أن للمرفق العام أهمية وقيمة حيوية باعتباره الوسيلة الأساسية لتشغيل الأموال العامة والركيزة الجوهرية لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية الاجتماعية.

وكغيره من مواضيع القانون الإداري، فله سمات مميزة ومشاكل قانونية مثارة في نطاق كل من النظامين الرأسمالي والاشتراكي أين يتقابل كل منهما ليفترقا في نقاط مختلفة، حيث تنعكس نتائج تطبيق إحدى النظامين على القواعد القانونية الحاكمة للمرفق العام في مجال تنظيمه وإدارته، وكذا سبل مراقبته، وللحكومات كل حسب سياستها وإيديولوجيتها اختيار ما تراه الأنجح والأصح لمجتمعها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/حمدي قبيلات، القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 294.

<sup>2</sup> - أ/د/ محمد الشافعي أبوراس، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 222. على الرابط الإلكتروني:

<sup>3</sup> - شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية التنظيم والتسيير، المرجع السابق، ص 01.

فالمرفق العام يعكس التصورات الفلسفية السائدة في فترة ما وفي بلد ما، فهو يتغير إذا بتغير المكان والزمن، وتنطبق هذه الملاحظة على الجزائر خاصة سواء اعتبرنا المرحلة الاستعمارية أو التي ما بعد الاستقلال.

وكما هو الشأن في النظام القانوني الفرنسي، يعبر المرفق العام الاستعماري على المفاهيم الثلاثة الأتية: المفهوم المؤسسي والقانوني والإيديولوجي في آن واحد.<sup>1</sup>

حينذاك يطرح التساؤل حول المراحل التشريعية للمرفق العام (مطلب أول) ومن ثمّ الحديث عن إنشاء وإلغاء المرافق العامة في الجزائر (مطلب ثان).

### المطلب الأول

#### المراحل التشريعية للمرفق العام في الجزائر

إن القانون الإداري الجزائري، قانون حديث النشأة، لأنه بدأ يتكون مع بداية الاستقلال، بالرغم أنه ورث قواعد القانون الإداري الفرنسي بموجب قانون 31 ديسمبر 1962 الذي يتضمن تمديد التشريع المعمول به. لكن هذا الإرث، لم يمنعه من البحث بصفة مستمرة على تأكيد استقلاليته، خاصة أن الظروف التاريخية التي شهدت ميلاد قواعد القانون الإداري الفرنسي تختلف عن تلك المتعلقة بالقانون الإداري الجزائري. بحيث إذ كانت قواعد ومبادئ القانون الإداري في فرنسا في بدايتها من صنع القضاء الإداري وخاصة مجلس الدولة، فإنها في الجزائر من صنع المشرع أساساً.<sup>2</sup>

أما بخصوص المرفق العام كأحد أهم مواضيع القانون الإداري فإنه يحتل الصدارة فيما تركه النظام الإداري الفرنسي والتشريع الاستعماري، إلا أنه سرعان ما تعارض مع النظام القانوني والسياسي الجديد. وهذه الظاهرة ليست خاصة بالجزائر، بل عرفتها كل الدول الحديثة العهد بالاستقلال. وقد ضربت الدولة الجزائرية عرض الحائط، ومنذ نشأتها الإيديولوجية الليبرالية والإيديولوجية الاستعمارية التابعة لها، بإعلانها عن اختيارها الاشتراكي.

وهكذا وجد مفهوم المرفق العام نفسه في محيط غير محيطه المعتاد وفي إطار ميزته الفراغ الإداري الناتج عن انسحاب الموظفين الأوروبيين، أي في مجتمع طور إعادة الهيكلة وفي مرحلة انتقالية سريعة التحول. وبتجريده منذ البداية من طابعه السياسي فإن مفهوم المرفق العام لم يبق ذلك

<sup>1</sup> د/محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر طبعة 1995، ص 03.

<sup>2</sup> د/ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 43-44.

الأساس الذي كانت تقوم عليه الدولة. واختارت الإدارة العمومية الجزائرية عندما حلت محل الإدارة الاستعمارية أن تجسد على أرض الواقع كل العناصر التي تميز هذه الأخيرة. ومفهوم الإدارة الاستعمارية يعني أن تطور ما للمرفق العام فرض على الجزائر، وأنه تكيف وحرّف أحيانا باحتكاكه مع الواقع المحلي. وهكذا فإن خصوصية التقاليد الإدارية

الفرنسية الذي زاد من حدتها طول المدة الاستعمارية، تركت بصماتها على المرفق العام، نذكر منها المركزية، السير الإداري، القرار التنفيذي امتيازات السلطة العامة، عدم شفافية النشاط الإداري إلخ...<sup>1</sup>

لذا فإن الدارس للقانون الجزائري الخاص بالمرافق العامة يلاحظ دون شك صور الاختلاف في مجال النصوص بين المرافق العامة ذات الطابع الإداري والمرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي. ولعل هذا الاختلاف يتضح أكثر عندما نستعرض أهم المراحل التشريعية التي مرت بها المرافق بنوعها الإدارية والاقتصادية.<sup>2</sup>

ذلك ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من الفرعيين التاليين.

### الفرع الأول

#### من حيث نشأة المرفق العام

يظهر مفهوم المرفق العام الموروث من النظام الإداري الفرنسي الذي تم صقله في إطار ليبرالي. على عكس عدد من الدول الإفريقية التي أدرجت حكما في دساتيرها الأولى يصب في هذا المنوال، لذا فإن الإرث الاستعماري تحول بحكم الواقع، من جراء جزأة القانون القديم على أساس تعليمة 13 جويلية 1962 الصادرة من رئيس الهيئة التنفيذية المؤقتة (Exécutif Provisoire). ثم بحكم القانون بواسطة قانون 31 ديسمبر 1962، الذي يمدد العمل بالتشريع الاستعماري إلى إشعار جديد. إن هذا التأميم المزدوج يحمل في طياته الفن الكامل للفكر القانوني الليبرالي و طرق تفكيره للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص، ازدواجية القضاء، وسائل نشاط الإدارة بما فيها المرفق العام في كل أشكالها...<sup>3</sup>

إن المرفق العام يرتبط أكثر بالإيديولوجية الليبرالية، وقد مزج النظام القانوني الفرنسي في صيغة مميزة كل العناصر التي أدت إلى إنشاء المفهوم القانوني للمرفق العام وتطوره التمييز بين

<sup>1</sup> - د/ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 138.

<sup>2</sup> - د/ غسان مدحت خير الدين الخيري، مدخل في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 130.

<sup>3</sup> - د/ محمد أبو سماح، الإرث الاستعماري للمفهوم القانوني للمرفق العام، المرجع السابق، ص 46.

القانون العام والخاص، مبدأ حرية التجارة والصناعة، القانون المتعلق بفصل السلطات الإدارية والسلطات القضائية، الازدواجية القضائية وتقنين غير تام للقانون الإداري إلخ... وانطلاقاً من هذا المنظور لا يعتبر المرفق العام نتيجة التمييز بين النشاطات العمومية والنشاطات الخاصة، إذ أن الإدارة لم تتدخل مباشرة في المهام ذات المصلحة العامة إلا في حالة عجز الخواص عن القيام بها، أو إذا كانت الظروف تفرض ذلك لذا فإن المبادرة الخاصة، تبقى هي القاعدة والمبادرة العمومية الاستثناء. بينما يختلف الأمر في النظام الاشتراكي الذي تتكفل فيه الدولة بمعظم النشاطات، مما يؤدي إلى تقليص هام لدور المبادرة الخاصة. وستأخذ هذه المبادرة الخاصة في الجزائر صورة الملكية الخاصة غير المستغلة.

ومع التغيرات الجارية على الصعيد الإيديولوجي والاقتصادي سيسترجع المرفق العام لا محال مدلوله السياسي وستستمد سلطة الحكام قوتها ومدلولها من ضرورة تلبية حاجيات الجمهور الجماعية، إلا أنها ستخضع فقط لرغبات المجتمع ومتطلبات الوعي الاجتماعي. وسيكون هذا التوازن الهش مرتبطاً بتكور المجتمع والطلب الاجتماعي.

وبعد أن أدى بها مجرى الأحداث إلى التحكم على التطور بكافة أشكاله احتلت الدولة والمرافق العامة الأرضية الاقتصادية بكاملها وتكونت أسطورة قدرتهم على محو كل ما ارتكبه النظام الاستعماري من مظالم، وعلى السير بالبلاد نحو عصر ذهبي. ورغم ترقيته المدهشة على الصعيد الاقتصادي، عرف المرفق العام تقلبات عديدة على الصعيد القانوني. ثم بعد سنوات طويل أعيد اكتشافه من جديد سنة 1976 من طرف ممثلي الحياة السياسية والإدارية، فأعطوه شرعية اجتماعية وقانونية جديدة وأعادوا له اعتباره الأسمى. فاتضح حدوده كما اتضح أكثر فأكثر قانونه الأساسي.<sup>1</sup>

فخلال الفترة المنقضية من القرن العشرين الذي نعيشه مرت الجزائر بمرحلتين متميزتين من مراحل التطور القانوني، وقد تحكم في مسار كل مرحلة منهما الظروف والنظم السياسية والاجتماعية السائدة خلال فترة مساراتين المرحلتين. مرحلة ما قبل الاستقلال ومرحلة ما بعد الاستقلال.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - د/ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 3-4.

<sup>2</sup> - د/ محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 119.

## أولاً: المرحلة الأولى (هي مرحلة ما قبل الاستقلال)

تتميز التجربة الجزائرية في جميع الميادين بمميزات لا تتوافر لغيرها من التجارب المقارنة وذلك بفضل ثورتها المجيدة التي انتصرت بدماء مليون ونصف مليون شهيد. فإذا كان الاستعمار في الأخرى متمثلاً في احتلال عسكري ونهب للثروات الطبيعية منها وتحويل هذه البلاد إلى سوق لمنتجاته، فإنه في الجزائر كان يطلب الأرض ذاتها.

لقد انعكس طمع الاستعمار الفرنسي في الأرض الجزائرية وتصميمه على فرنستها على الإدارة الجزائرية فأورثها تراثه فتميزت بذلك الجزائر عن غيرها. فبينما انحصر ذلك الأثر على تقليد أو محاكاة المستعمر في أسلوبه الإداري في البلاد العربي الأخرى، كانت الإدارة الفرنسية في الجزائر<sup>1</sup> وبالتالي فنظام المرفق العام في الجزائر مستمد من النظام الفرنسي<sup>2</sup>.

إذن فهذه المرحلة الأولى تشمل الجزائر خلال خضوعها للاستعمار الفرنسي وخلالها كان النظام القانوني الحاكم للمرافق العامة في الجزائر مستمداً بصفة أساسية من النظام القانوني للمرفق العام الفرنسي وهو الأمر الذي يعني أن النظرية التقليدية للمرفق العام استمرت تحكم المرافق العامة الجزائرية، وتأثرت بالتطور الذي لحق هذه النظرية في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وطبقت عليها نظريات القانون الإداري الذي تبناها القضاء الفرنسي وبلورتها أحكامه خاصة ما تصل منها بالمبادئ العامة الحاكمة للمرافق العامة وتنوعت أساليب إدارتها، فوجدت نظم الإدارة الخاضعة للسلطة الحاكمة وتلك التي يتولاها أفراد من القانون الخاص تحت إشراف هذه السلطة. وقد طبقت المبادئ القانونية للنظرية التقليدية على المرفق العام الجزائري في هذه الفترة مع تحفظ واحد وهو استبعاد ما يتعارض من هذه المبادئ مع مصالح الاستعمار الفرنسي وهو الأمر الذي تمثل بصفة أساسية في قاعدة المساواة في أداء الخدمات العامة المرفقية، والتي انصب معظمها على أفراد المستعمر الفرنسي، ومن يدورون في فلكه من الجنسيات الأوروبية ومن يتعاونون معه من المواطنين بينما حرم من هذه الخدمات جل طوائف الشعب الذي كان يزرع تحت حكم عسكري صارم تقوده السلطة العسكرية التي كانت تتحكم في مقدرات الجزائر في هذه الفترة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د/ حماد محمد الشطا، تطور وظيفة الدولة ( الكتاب الأول نظرية المرافق العامة)، المرجع السابق، ص 192.

<sup>2</sup> - شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية التنظيم والتسيير، المرجع السابق، ص 17.

<sup>3</sup> - د/ محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 120.

كل هذه العوامل تاريخية لتأثر القانون الإداري الجزائري بالقانون الإداري الفرنسي، فيما أنه تأثر مباشر أو غير مباشر:

**فالتأثير المباشر:** وهو ناتج عن وراثة قانون إداري ظهرت قواعده في فرنسا وطبقت فيما بعد في الجزائر قبل استقلالها تطبيقا حرفيا.

وقد كرس هذا الإرث قانونيا بعد الاستقلال بصدور قانون رقم 62-157 الذي يتضمن تمديد التشريع المعمول به إلى أجل غير محدد، باستثناء ما يتنافى منه بالسيادة الوطنية.<sup>1</sup> ولم ينته هذا الوضع، إلا بعد 5 جويلية 1973 حين ألغي قانون 31 ديسمبر 1962 بموجب الأمر رقم 73-29.<sup>2</sup> وبذلك لم يعد بالإمكان الاستناد إلى التشريع والتنظيم المعمول به قبل 31 ديسمبر 1962 لدعم أي قرار قانوني.

وأصبح لازما على جميع الإدارات اعتبارا من ذلك التاريخ النظر في جميع النصوص القانونية وذلك بمساعدة لجنة وطنية للتشريع أحدثت لهذه الغاية بموجب المرسوم رقم 73-147 المؤرخ في 10 أوت 1973.<sup>3</sup>

أما فيما يخص التأثير غير المباشر فبالرغم من إلغاء التشريع المعمول به قبل 1962، إلا أنه يبقى موجود. حيث أن بعض النصوص المتعلقة بالقانون الإداري التي صدرت، أو ما زالت تصدر حاليا متأثرة إلى حد كبير بنصوص قانونية فرنسية مع إدخال عليها بعض التعديلات.<sup>4</sup>

إن إحداث التنمية الاقتصادية الفعالة في الجزائر لم تكن تمثل أية أهمية لدى المستعمر الفرنسي الذي كان همه الأوحده يتمثل أساسا في نهب ثروات الجزائر، وإحالتها إلى بؤرة يمارس فيها النشاط الفردي أساسا في تحقيق الهدف السابق، والذي تمثل في تحويل غالبية الناتج القومي الجزائري إلى فرنسا. وفي ظل ذلك العامل لم يشهد المرفق العام الجزائري في هذه الفترة تطورا مماثلا لما حدث في فرنسا، حيث برز إلى الوجود العديد من أنماط المرافق العامة الاقتصادية التي تخضع لإدارة

<sup>1</sup> - قانون رقم 62/157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد التشريع المعمول به إلى غاية 31/12/1962، باستثناء مع يتنافى منه بالسيادة الوطنية، ج ر ع 02، المؤرخة بتاريخ 11 جانفي 1963، المعدل والمتمم بالأمر رقم 73/29 المؤرخ في 05 جويلية 1973، ج ر ع 62 المؤرخة بتاريخ 1973.

<sup>2</sup> - بالأمر رقم 73/29 المؤرخ في 05 جويلية 1973، المعدل للقانون رقم 62/157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد التشريع المعمول به إلى غاية 31/12/1962، باستثناء مع يتنافى منه بالسيادة الوطنية، ج ر ع 62، المؤرخة بتاريخ 1973.

<sup>3</sup> - المرسوم رقم 73/147 المؤرخ في 10 أوت 1973 المتضمن إحداث اللجنة الوطنية للتشريع، ج ر ع 71، السنة العاشرة، المؤرخة بتاريخ 04 سبتمبر 1973.

<sup>4</sup> - د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 48-49.

وإشراف الأشخاص العامة. فقد بقيت المرافق العامة الجزائرية على حالها التقليدي مقتصرة على المرافق العامة الإدارية ونطاق محدود من المرافق العامة الاقتصادية وجميعها كانت محكومة بطابع التقسيم السياسي والعسكري الناجم عن خضوعها المباشر للسلطة العسكرية للمستعمر.<sup>1</sup>

### ثانيا: المرحلة الثانية ( مرحلة ما بعد الاستقلال )

يبدأ التاريخ لهذه المرحلة بانتصار الثورة الجزائرية في يوليو 1962 وعودة حكم البلاد إلى أهلها بصدور الأمر رقم 182 بتاريخ 10 يوليو 1965 بتأسيس الحكومة الجزائرية<sup>2</sup>. وبلورة المبادئ الحاكمة لنظام الحكم الجزائري بصدور الميثاق الوطني الجزائري بمقتضى الأمر رقم 57/76 الصادر في 5 يوليو 1976<sup>3</sup> وصدور الدستور الجزائري بمقتضى الأمر رقم 97 بتاريخ 22 نوفمبر 1976.<sup>4</sup>

فأهم المراحل التشريعية التي مر بها المرفق العمومي في الجزائر بعد الاستقلال:

### أ/ مرحلة النظام الليبرالي من سنة 1962 الى غاية 1971:

حيث تأسست الحكومة الجزائرية وتبنها لمبادئ نظام الحكم الجزائري، فصدر الميثاق الوطني الجزائري بالأمر 57 في 05/07/1976 ودستور 1976<sup>5</sup> وقبله دستور 1963 الذي أكد في المادة 10 أن الأهداف الأساسية للجمهورية " .... 3-تشديد ديمقراطية اشتراكية...."<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 120.

<sup>2</sup> - الأمر 182/65 المؤرخ في 10 جويلية سنة 1965 المتضمن تأسيس الحكومة الجزائرية، ج.ر.ع.58، المؤرخة بتاريخ 13 جويلية سنة 1965.

<sup>3</sup> - الميثاق الوطني الجزائري الصادر بالأمر رقم 57/76 المؤرخ في 5 جويلية سنة 1976، المتضمن نشر الميثاق الوطني .

<sup>4</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 121.

<sup>5</sup> -تنص المادة 10 من دستور 1976 الصادر بالأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ع 94 السنة الثالثة عشرة، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976. على أن " الاشتراكية اختيار الشعب لا رجعة فيه، كما عبر عن ذلك بكامل السيادة في الميثاق الوطني، وهي السبيل الوحيد الكفيل باستكمال الاستقلال الوطني." مفهوم الاشتراكية، طبقا لما ورد في الميثاق الوطني نصا وروحا هو تعميق لثورة فاتح نوفمبر 1954 ونتيجة منطقية لها. الثورة الجزائرية ثورة اشتراكية تستهدف استغلال الإنسان للإنسان، شعارها: " من الشعب وإلى الشعب "

<sup>6</sup> -تنص المادة 10 في الفقرة الثالثة منها من دستور 1963 المؤرخ في 8 سبتمبر 1963 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الموافق عليه في استفتاء في 8 سبتمبر، 1963. ج ر ع 64. المؤرخة في 10 سبتمبر 1963 على " أن تتمثل الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في :

3-تشديد ديمقراطية اشتراكية ومقاومة استغلال الإنسان في جميع أشكاله وضمان الحق في العمل ومجانبة التعليم، وتصفية جميع بقايا الاستعمار."



أما الميثاق الوطني فقد أشار لاهتمام الدولة بدعم وتطوير المرافق العامة بقوله "...ودعم التنظيمات الهادفة إلى تلبية الاحتياجات الضرورية للمواطنين وتطويرها...".<sup>1</sup>

كما أشارت مقدمة الميثاق الوطني إلى اهتمام الدولة بدعم وتطوير المرافق العامة عندما أوردت ".....ودعم التنظيمات الهادفة إلى تلبية الاحتياجات الضرورية للمواطنين، وتطويرها، سواء فيما يتعلق بالحفاظ على كرامة الإنسان أو بمجال العمل، والصحة، والمسكن، والمعرفة، والترفيه، والتكوين التقني والمهني، أو فيما يتعلق بالعدالة والأمن الذي يضمن حماية المواطنين من كل المظالم." وقد جعل الميثاق من ذلك هدفا أساسيا لاستكمال تشييد المجتمع الجزائري استثمارا لانتصار النضال الثوري المسلح الذي خاضه الشعب عبر مئات السنين.<sup>2</sup>

كما أعلن اختيار الجزائر للنظام الاشتراكي كأساس للبناء السياسي والاقتصادي. إذ خصّص الباب الأول لبناء المجتمع الاشتراكي، وذلك من أجل تحقيق التنمية والتقدم. كما يستخلص دور وأهمية المرفق العام كأداة لتنفيذ سياسة الدولة الخدمية والاقتصادية، وهذا ما يترجمه تعدده وتنوعه ليمس كل المجالات، وبالتالي جعلت الدولة من تطوير ودعم المرافق العامة هدف من الأهداف الكبرى للتنمية في الجزائر.<sup>3</sup>

#### -بقاء أساليب التسيير التقليدية :

رغم محيط سياسي إيديولوجي معاد، بقيت أساليب تسيير المرافق العامة محتفظة بقوتها من سنة 1962 إلى غاية 1988-1989.

#### -مرحلة اشتراكية التسيير الذاتي :

استعملت بحظوظ متفاوتة جميع أساليب تسيير المرفق العام وكالة، مؤسسة عامة، شركة عمومية، امتياز وإشراك الأفراد في المرفق العامة. وعلى سبيل المثال قد تعرض لها كلها قانون البلدية لسنة 1967 (الباب الثالث - القسم الأول).

#### 2- المرحلة الانتقالية نحو الاشتراكية وأساليب التسيير :

<sup>1</sup> - شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية التنظيم والتسيير، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 121.

<sup>3</sup> - شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية التنظيم والتسيير، المرجع السابق، ص 17.

## -المرحلة الانتقالية من سنة 1965 إلى سنة 1971.

المرحلة الانتقالية هذه الفاصلة بين سياستين اشتراكيتين متناقضتين من 1965 / 1966 إلى آخر 1971 لم تدخل تغييرات جذرية على وضع القانون القائم، إلا أننا نلاحظ إعادة تصنيف أساليب تسيير المرافق العامة، وعملية بسط نفوذ الدولة على الاقتصاد متطابقة مع الخطاب السياسي "للسلطة الثورية". ومع صورة الدولة التي تعمل على نشرها، وهذه العملية هي مصدر التطور السريع للشركة العمومية على حساب المؤسسة الصناعية المسيرة ذاتيا وجزء من المؤسسة العامة. وهكذا تم تحويل مرفقين عامين كبيرين قائمين على شكل مؤسسة عامة إلى شركتين وطنيتين، مما أدى إلى حل الديوان الوطني للنقل ومؤسسة الكهرباء والغاز.

وفي المقابل ضمت الشركة الوطنية لتوزيع المياه (SONADE) الوكالات البلدية لتوزيع المياه وشركة عمومية إقليمية (شركة المياه للشمال الإقليمي). وبالعكس فإن موانئ الجزائر وهران وعنابة المستقلة قد أدمجت في مؤسسة عامة واحدة الديوان الوطني للموانئ.

تماشيا مع السعي المتزايد لبسط نفوذ الدولة والتطبيق التدريجي للإصلاح الإداري تمت إعادة تنظيم هامة للمرافق العامة الوظيفية.<sup>1</sup>

## -مرحلة النظام الاشتراكي (مرحلة الكسوف الطويل للمرفق العمومي) من سنة 1971 الى غاية 1976.

تبلورت فكرة كسوف المرافق العمومية في الجزائر ابتداء من سنوات السبعينات حيث مع بروز ضرورات التطور بدأ التخلي عن النظام الاستعماري بكل أساليبه، بما فيها المرفق العمومي ليحل محله مفهوم المقابلة أو الشركات الوطنية، مما أدى إلى تراجع المرفق العام أمام هذا التحول. حيث ظهر المرفق العمومي هنا من الجانب الإيديولوجي نتيجة تبني الاشتراكية. والذي كان أساسها القانوني الأمر رقم 74/71 المؤرخ في 16/11/1971 (المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات)<sup>2</sup> حيث مكن هذا الأمر التدخل الواسع لدولة في شتى المجالات الاقتصادية أين غطت التأمينات التي أعقبت هذا التطبيق الاشتراكي تحويل جل الأنشطة إلى الإدارة الحكومية.

<sup>1</sup> - د/محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 14.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16-11-1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، الجريدة الرسمية العدد 101، المؤرخة بتاريخ 26 أكتوبر 1971.

وفي ظل هذا التوجه السياسي والاقتصادي تلعب الإدارة دورا هاما في تشغيل هذه القطاعات والتي تأخذ في المفهوم الإستراتيجي للمصلحة العامة مفهوما مشابها لفكرة المرفق العمومي، ومع التصور لفكرة المرفق العمومي في الجزائر إن القانون الإداري الجزائري يحتل مكانا بارزا في نظام القانون الواحد المطبق حيث يستغرق التطبيق الفعلي لقواعد هذا القانون جل التطبيق الفعلي للواقع القانوني الجزائري، والذي تضيق فيه العلاقات الخاصة إلى أدنى مدى في مقابل اتساع رقعة القطاع العام وتعاملاته المختلفة بصورة تشغل فيها المنازعات المتصلة بالسلطة المرفقية جل المنازعات المطروحة على الساحة القضائية.

وحسب الأستاذ بوسماح تظهر أهمية هذه المرحلة على الصعيد القانوني عندما تخلى المشرع الجزائري على الإشكالية الليبرالية مرتين على الأقل، مرة أولى عندما قرر القيام بثورة ضد أساليب تسير المرافق العمومية كونها لا تتلاءم مع المرحلة الانتقالية (1962-1966) والمرة الثانية الانفصال عن الإشكالية الليبرالية وذلك بإلغاء التشريع الفرنسي بأكمله.

وبالتالي وحسب رأيه فإن فكرة المرفق العمومي لم تعد الأسطورة التي تضيء المشروعية على التسيير العمومي، كون أن الاشتراكية حلت محله، والتي تعتبر الأسطورة بالامتياز للتسيير العمومي الذي يعتبر أسطورة للعهد الذهبي. لكن تأثير الاشتراكية هو أقل قوة واتساع مما كان عليه التشريع الفرنسي القديم.<sup>1</sup>

-مرحلة رد الاعتبار للمرفق العمومي والعودة إلى النظام الليبرالي من سنة 1976 إلى غاية 1980-  
1989.

لم تتفطن السلطات العمومية إلا في وقت متأخر لفائدة مفهوم المرفق العام فقررت سلسلة من الإصلاحات لتحسين، وتحديث سير الجهاز الإداري، وإعطاء مفهوم جديد للمرفق العام. فهو تفطن متأخر سببه هو التنديد بالبيروقراطية أثناء النقاش الشعبي حول الميثاق الوطني لسنة 1976 والذي يعكس سوء سير المرافق العامة. وقد استعمل من جديد مصطلح المرفق العام الذي كان تقريبا منعما في التعبير السياسي والقانوني، وبرجوعه إلى الأرتودكسية القانونية التقليدية، يستهدف قانون

<sup>1</sup> - نادية بوبكر، المرفق العام بعد الاستقلال في الجزائر، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة خميس مليانة. على الرابط الإلكتروني :

<http://ecole-doc.alamontada.com/t2-topic>

1988/01/12 المتعلق بالمؤسسات العامة الاقتصادية<sup>1</sup>، بصفة خاصة المدلول القانوني للمرفق العام، وكان هذا الأخير موضوع محاولة تعريف فاشلة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### من حيث تنظيم المرافق العامة

المرافق العامة كمشروعات، أو نشاطات تنشئها الدولة، وتستهدف تحقيق النفع العام للمواطنين وتخضع لسلطة الدولة التي تهيمن على سيرها وانتظامها، هي في نهاية الأمر تكون في إنشائها وتنظيمها وإلغائها الاختصاص المانع للدولة.

إذن لا خلاف أن إنشاء وتنظيم وإلغاء المرافق العامة هو من اختصاص الدولة وحدها، فهذا أمر يدخل في جوهر فكرة المرفق العام ويفرضه تعريف المرفق العام وعناصره<sup>3</sup> فمسألة تحديد السلطة العامة المختصة بعملية تنظيم المرفق العام، من ضمن الموضوعات التي يشتملها النظام القانوني للمرفق العام. إن ذلك ماسيتم الوقوف عليه من حيث البحث في تحديد السلطة العامة المختصة بعملية تنظيم المرافق العامة هل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، وماهي إدارة التنظيم هل هو القانون أو القرارات الإدارية العامة التنظيمية (المراسيم التنظيمية)<sup>4</sup>.

### أولاً: مفهوم عملية تنظيم المرافق العامة

المقصود بتنظيم المرافق العامة وضع القواعد التي تسير عليها بعد إنشائها، فيبين ما إذا كان المرفق الجديد سيلحق بشخص إداري، أم ستكون شخصيته المستقلة على نحو ما سنوضح فيما، وطريقة استغلاله وهل سيكون احتكار السلطة الإدارية بحيث لا يباح لغيرها مزاوله نشاط من نفس النوع أم لا؟ كما تحدد القواعد التي تتبع في تعيين عمال المرفق الجديد وتأديبهم وعزلهم<sup>5</sup>.

وقد اختلف فقه القانون الإداري حول تحديد مفهوم تنظيم المرافق العامة، فظهر تبعاً لهذا الاختلاف مفهومان لاصطلاح عملية "تنظيم المرافق العامة" مفهوم واسع يجعل هذه العملية تشمل عدة عناصر مثل عنصر تحديد وظائف وأهداف المرافق العامة، وعنصر إنشائها وبيان طرق إدارتها

<sup>1</sup> - القانون رقم 01/88 مؤرخ في 12 يناير سنة 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ع 02 المؤرخة بتاريخ 13 يناير سنة 1988 .

<sup>2</sup> - د/ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 42.

<sup>3</sup> - د/ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 273.

<sup>4</sup> - د/ عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني، النشاط الإداري)، المرجع سابق، ص 69.

<sup>5</sup> - د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 380.

وتسييرها وتحديد الهيئات والسلطات المختصة بالإدارة والتسيير، وكذا تحديد العلاقات القانونية والتنظيمية الرئاسة و الوصائية والفنية الأفقية داخليا وخارجيا، وكذا عنصر دمج وإلغاء المرافق العامة.<sup>1</sup> ومفهوم ضيق يحصر مضمون عملية تنظيم المرافق العامة دون الإنشاء والتعديل والإلغاء للمرافق العامة.

ولكن من الرأين حجج وخلفيات فكرية وقانونية تنبع أساسا من الآراء والأفكار المتعلقة بالعلاقة بين الوظيفتين والسلطتين التشريعية والتنفيذية والعلاقة بين القانون والقرارات الإدارية العامة "اللوائح الإدارية".

وللفصل في هذا الخلاف من أجل اكتشاف الحقيقة العلمية في الموضوع وتفسيرها، فإنه يجب الاستناد والرجوع إلى علم الإدارة العامة لمعرفة المعنى الحقيقي لاصطلاح عملية التنظيم الإداري بصفة عامة وعملية تنظيم المرافق العامة بصفة خاصة، ولذا توجد عدة تعريفات ومفاهيم مختلفة لعملية التنظيم، وجل علماء الإدارة العامة يتفقون حول أهم العناصر والمقومات التي تتضمنها "عملية التنظيم الإداري للمرافق العامة" وهي :

1- تكوين الهيئة الإدارية « STAFING » والمقصود بتكوين الهيئة الإدارية « STAFING » هو إنشاء وتكوين الجهاز الإداري اللازم لتحقيق الأهداف المحددة والمرجوة التحقيق والانجاز.

2- تكوين الوحدات الإدارية

3- توزيع السلطة والاختصاصات الإدارية

4- إقامة عملية التنسيق

فاستخدام علم الإدارة العامة والتنظيم يكشف عن حقيقة مفهوم عملية تنظيم المرافق العامة، وهو مفهوم واسع وشامل يتضمن عدة مقومات وعناصر، مثل تحديد وظائف وأهداف المرافق العامة وإنشائها وبيان طرق وأساليب وهيئات ووحدات الإدارة والتسيير، وكذا عملية إلغاء المرافق العامة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - د/بن يكن عبد المجيد، المرافق العامة ونظامها القانوني في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 11 المجلد 03، تاريخ النشر سنة 2018، ص 597.

<sup>2</sup> - د/عمار عوابدي، القانون الإداري، (الجزء الثاني، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 69، 70.

فتنظيم المرفق العام يقصد به وضع القواعد التي تنظم العمل في المرفق بعد إنشائه، وتحدد أقسامه الإدارية وعلاقاتها ببعضها وتبين الأحكام الخاصة بموظفيه وعماله، وأساليب العمل الإداري التي يتبعها في مباشرة نشاطه، وهل سيحتكر هذا النوع من النشاط، أم سيسمح للنشاط الخاص بممارسته، وغير ذلك من القواعد والأحكام المنظمة للمرفق العام.<sup>1</sup>

أما الأستاذ Bonnard فيرى في هذا الخصوص أن التنظيم هو حق استثنائي وغير قابل للتصرف معطى للإدارة لتقرير طرق تنظيم المرافق العامة.

" L'organisation est un droit inaliénable et discrétionnaire pour l'administration de décider du mode d'organisation des services publics "

إذ أن صلاحية تنظيم المرافق العامة تدخل في صميم مهام ووظائف الجماعة العامة، وبالتالي فإن كل شخص أو جهاز أولاه النص تحقيق المرفق العام له صلاحية وسلطة في تنظيمه. والحقيقة أن عملية تنظيم المرافق العامة والتي تشكل أحد مظاهر امتيازات السلطة العامة تبرز في وجهين : الوجه الأول يتمثل في التنظيم الخارجي للمرفق العام وهو غير قابل للتفويض، ولا يمت بأي صلة إلى المهمة أو الوظيفة التي يمكن أن يعهد بتفويض إدارتها واستثمارها إلى الغير، ومثال ذلك صلاحية الإنشاء والرقابة والإلغاء للمرفق العام التي تبقى حكرا على الجماعة العامة.

أما الوجه الثاني، فيتمثل بالتنظيم الداخلي للمرفق العام، وتحديدًا للمهمة، أو الوظيفة التي يمكن أن يعهد للغير إدارتها واستثمارها. وعليه فقد وصف الاجتهاد الأعمال الصادرة عن أشخاص القانون الخاص المكلفين بإدارة واستثمار المرفق العام بالقرارات الإدارية متى كانت متخذة في إطار تنظيم المرفق العام سواء كان إداريا أم استثماريا.

إن البحث في مسألة تنظيم المرافق العامة يعني التطرق إلى نقطتين -إنشاء وإلغاء المرافق العامة -مدى وحدود السلطة العامة في إنشاء المرافق العامة.<sup>2</sup>

### ثانيا: السلطة المختصة بتنظيم المرافق العامة في الجزائر

تتأرجح سلطة تنظيم المرافق العامة في التنظيم القانوني المقارن بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وفقا لما يقرره النظام الدستوري السائد في كل دولة، وتقسيم الفقه الدستوري

<sup>1</sup> - د/عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري (دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر)، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة سنة 1991، ص 407.

<sup>2</sup> - د/حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 198-199.

والإداري والسلطة التي يجب أن تختص بعملية التنظيم.<sup>1</sup> وعليه فقد انقسم فقه القانون الدستوري والقانون العام في تحديد أي السلطتين أولى بعملية تنظيم المرافق العامة.

-فبالنسبة لفقه القانون العام، يتجه إلى أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص وحجتهم في ذلك أن هذه السلطة هي التي تحقق الحماية القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية لمواطني الدولة. وبالتالي ما دامت هذه السلطة هي من يوافق على اعتمادات وموارد المرافق العامة أي على نفقات وإيرادات المرفق فهي الأولى بتنظيمه وإنشائه.

-أما بالنسبة لفقه القانون الدستوري، فيرى ضرورة إسناد عملية تنظيم المرفق العام للسلطة التنفيذية وتبرير ذلك يعتمد على مبدأ الاختصاص، لأن السلطة التنفيذية تضطلع بعملية تنظيم المرافق العامة انطلاقاً من اللوائح التنظيمية التي تقوم بإصدارها.

وفيما يتعلق بالجزائر، فإن السلطة التنفيذية هي التي تتولى إنشاء وتنظيم المرافق العامة، أي أن الدولة في حد ذاتها هي التي تقوم بهذا الإنشاء والتنظيم من منطلق أن إنشاء المرافق العامة يدخل في إطار صلاحيات الدولة التي يخولها لها الدستور.<sup>2</sup>

فالسلطة المختصة بعملية تنظيم المرافق العامة في الدولة الجزائرية هي السلطة التنفيذية المختصة بالوظيفة التنفيذية، وهذا ما تقرره المادتان 111 الفقرة الحادية عشرة<sup>3</sup> و152 من الدستور الجزائري الصادر عام 1976.<sup>4</sup>

وأداة عملية تنظيم المرافق العامة في النظام الجزائري هي المراسيم التنظيمية الصادرة من طرف رئيس الجمهورية.<sup>5</sup>

ترتيباً على ذلك فقد تم إنشاء العديد من المرافق العامة عن طريق مراسيم وأوامر، هذا على

<sup>1</sup> - د/بن يكن عبد المجيد، المرافق العامة ونظامها القانوني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 598.

<sup>2</sup> - سليمان نسرين، إصلاح الميزانية وتحديث تسيير قطاع الخدمات (دراسة حالة تسيير الخدمات الجامعية بتلمسان)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص 71.

<sup>3</sup> - تنص المادة 111 فقرة 11 من دستور 1976 الصادر بالأمر رقم 97/76 المؤرخ في 1976/11/22 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مشار إليه سابقاً، " يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات المخولة له بنص هذا الدستور بالسلطات والصلاحيات الآتية: ..... فقرة 11- يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات."

<sup>4</sup> - تنص المادة 152 من دستور 1976 الصادر بالأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، " يندرج تطبيق القانون في المجال التنظيمي كل المسائل ما عدا تلك التي يختص بها القانون، هي من المجال التنظيمي."

<sup>5</sup> - د/عمار عوابدي، القانون الإداري، (النشاط الإداري، الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 72

الصعيد الوطني. أما على المستوى المحلي، فإن الجماعات المحلية تقوم بإنشاء المرافق العامة حسب النصوص الواردة في قانون الولاية والبلدية.<sup>1</sup>

أما في دستور 1989 فقد نصت المادة 81 في الفقرة الثالثة منها على " أن يمارس رئيس الحكومة، زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية: .....3- يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات... إلخ".<sup>2</sup>

ودستور 1996 فنص في المادة 85: "يمارس رئيس الحكومة، زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية: ..... 3 -يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات،... إلخ"<sup>3</sup>

أما بالنسبة لدستور 2016 فإن المادة 99 فقرة 2 منه نصت على « أن يمارس الوزير الأول زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور الصلاحيات الآتية: .....2-يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات... إلخ»<sup>4</sup>

فالمهام الدستورية التي يختص بها الوزير الأول، باعتباره ممثلاً لسلطة التنفيذ في الدولة تحت رئاسة رئيس الجمهورية ومنفذاً لبرنامج هذا الأخير. إن الأمر يتعلق في هذا الموضوع بأساسين اثنين: الأول، هو الاستناد إلى المكانة الدستورية للوزير الأول ضمن مكونات النظام السياسي، باعتباره الساهر على حسن سير الإدارة العمومية في الدولة.

في حين يكمن الأساس الثاني، فيما هو مخول للوزير الأول من صلاحيات تنظيمية لاسيما فيما يتعلق بتطبيق القوانين، طبقاً لنص المادة 2/143 من الدستور<sup>5</sup> بقولها: "يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - سليمان نسرين، إصلاح الميزانية وتحديث تسيير قطاع الخدمات (دراسة حالة تسيير الخدمات الجامعية بتلمسان). المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> - ينظر نص المادة 89 الفقرة الثالثة من دستور 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، المتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج ر ع 09، المؤرخة بتاريخ 1 مارس 1989.

<sup>3</sup> - ينظر نص المادة 85 من دستور 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج ر ع 76 المؤرخة بتاريخ 8 ديسمبر 1996.

<sup>4</sup> - ينظر نص المادة 99 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، ج ر ع 14، المؤرخة بتاريخ 2016/03/7.

<sup>5</sup> - تنص المادة 143 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، مشار إليه سابقاً على: " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل الغير المخصصة للقانون.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

<sup>6</sup> - د/ حبشي لزرق، الأسس الدستورية للعلاقة التكاملية بين المرفق العام وتنفيذ السياسة العامة للدولة، مداخلة مقدمة ضمن أشغال المنتدى الدولي المتعلق بالمرفق العام بجامعة المدية في إطار المحور الأول "الإطار المفاهيمي للمرفق العام"، ص 11.



## المطلب الثاني

## إنشاء وإلغاء المرافق العامة في الجزائر

سبق البيان أن أهمية المرافق وتعددتها مسألة تخضع معالجتها للنظام السياسي السائد في الدولة. فنطاق تدخل الدولة وقيامها بممارسة بعض النشاطات وسيطرتها على ميادين محددة دون غيرها أمر لا يمكن التطرق إليه بعيدا عن فلسفة الدولة وخطتها ونهجها السياسي. فللمرافق الاقتصادية مكانة بارزة في ظل الفكر والنظام الاشتراكي، ولا تحتل ذات الموقع في ظل الفلسفة الليبرالية. ولما اختلف الموقع والأهمية وجب أن تختلف قواعد إنشاء المرفق. وثمة مسائل أخرى تتحكم في قواعد الإنشاء والإلغاء، وهي العلاقة داخل الدولة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ومجال تدخل ونشاط كل منهما.

فإذا كان دستور الدولة قد قطع بأن إنشاء مرافق ما، بالنظر لأهميتها يعود للسلطة التشريعية، فإن هذا النوع من المرفق ينشأ بنص تشريعي. وإذا كان الدستور عند استعراضه لصلاحيات السلطة التنفيذية قد حكم بأنه يعود إليها إنشاء بعض المرافق، فإن قاعدة إنشاء المرفق تكون بموجب نص تنظيمي.<sup>1</sup>

فإنشاء المرافق العامة وتنظيمها يدخل في نطاق السلطة الاستثنائية للسلطة العامة، فالوضع لا يختلف بشأن إلغاء هذه المرافق إذ تعتبر أيضا أمرا تقديريا للسلطة العامة. فانتفاء الحاجة التي أوجبت إنشاء المرفق العام يؤدي إلى إلغائه.<sup>2</sup>

فإلغاء المرفق العام هو وضع حد لنشاطه، وطريقة الإلغاء هي نفسها طريقة الإنشاء، فلا يمكن إلغاؤه إلا بقانون.<sup>3</sup>

ذلك ماسيتم التطرق إليه تباعا ضمن الفرعين التاليين .

<sup>1</sup> -أد/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 437.

<sup>2</sup> -د/ عباس محمد نصرالله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 32.

<sup>3</sup> - د/ زهدي يكن، التنظيم الإداري (نظرية المرافق والمؤسسات العامة)، دار الثقافة، بيروت، لبنان، طبعة سنة 1963، ص 181-182.

## الفرع الأول

## إنشاء المرافق العامة في الجزائر

يقصد بإنشاء المرفق العام إقرار الهيئات الحاكمة بأن حاجة جماعية ما قد بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخلها لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام.

فلقد عرفت محكمة القضاء الإداري بمصر إنشاء المرفق العام بقولها: "... ومعنى إنشاء المرفق العام أن جهة الإدارة رأت أن هناك حاجة جماعية ملحة قد بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخلها لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام التي تنطوي على قدر كبير من المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم، مما يستتبع إحاطة هذا الإنشاء بشيء من الضمانات للتأكد من أن هذا المساس له في الواقع من الأمر ما يبرره"، ونظرا لما تشكله المرافق العامة من أهمية بالنسبة للأفراد واعتمادهم عليها في إشباع حاجاتهم العامة، ولما ترتبه من أعباء مالية على كاهل الدولة، فإن مسألة إنشاء هذه المرافق العامة تحتل أهمية خاصة لدى هذه الدول، تحسمها أحيانا بموجب نصوص دستورية.<sup>1</sup>

وتنشئ السلطة العامة مرفقا عاما حينما تقدر أن حاجة عامة للجمهور يتعين إشباعها، ويعجز النشاط الفردي عن ذلك الإشباع أو لا يستطيع القيام به على الوجه الأكمل. حينئذ تتدخل السلطة العامة بإنشاء المرفق العام ولكن الدوافع إلى إنشاء المرافق العامة خضعت لتطور عميق، نتيجة لتطور الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وانتشار المذاهب الاشتراكية التي أدت إلى ازدياد تدخل الدولة في النطاق التقليدي للمشروعات الخاصة، فأصبح إنشاء المرافق العامة لا يتوقف على الحاجة الماسة والضرورة الملحة التي تنشأ عن عجز الأفراد وقصور نشاطهم عن إشباع الحاجات العامة. وأصبحت الدولة منافسا خطيرا للأفراد في معظم ميادين النشاط الاقتصادي.<sup>2</sup>

## أولا: إنشاء المرافق العامة في الجزائر في المرحلة الاشتراكية

بانتهاج الجزائر للنظام الاشتراكي تكفلت الدولة بالمرفق العام بالمعنى الواسع فأصبحت المؤسسة الاشتراكية هي المعبرة عن المرفق العام، وضمت كل من الشركة الوطنية والمؤسسة العامة، وأوجدت

<sup>1</sup> - نقلا عن: د/ حمدي قبيلات، القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 279.

<sup>2</sup> - د/ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، المرجع السابق، ص 109-110.

المؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ومنه اكتسب المرفق العام مهما كان نوعه صفة المؤسسة الاشتراكية.<sup>1</sup>

### أ/إنشاء المرافق العامة القومية (الوطنية):

يتوقف أسلوب إنشاء هذه المرافق على النصوص التشريعية المنظمة للعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية والتي تحدد قدرات كسب من السلطتين، وفي الجزائر تميز بين ثلاث مراحل:

-المرحلة الأولى: سابقة على صدور الأمر الصادر بتاريخ 31-ديسمبر 1965 وفيها كان إنشاء المرافق العامة القومية يتم بصورة متباينة، فبعضها كان ينشأ بمقتضى قانون مثل البنك المركزي الجزائري قانون 13 ديسمبر 1963، وصندوق التنمية الجزائرية ( قانون 7 مارس 1963) والهيئة القومية للنقل (قانون 01 أغسطس 1963). بينما تم إنشاء عدد آخر من المرافق القومية بمراسيم إدارية مثل الهيئة القومية للأيدي العاملة (مرسوم صادر في 29 نوفمبر 1962) والهيئة القومية للتجارة (مرسوم صادر في 13 ديسمبر 1962).

-المرحلة الثانية: وتبدأ من الفترة اللاحقة على صدور الأمر الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1965 والخاص بقانون قواعد المالية العامة للدولة. فقد نصت المادة الخامسة مكرر من هذا القانون على أن إنشاء جميع المؤسسات العامة يجب أن يتم بمقتضى عمل له قوة التشريع، وهو ما يعني ضرورة إتمام إنشاء المرافق العامة بمقتضى أمر. وينصرف لفظ المؤسسة العامة الذي أورده المادة إلى جميع المرافق العامة القومية.<sup>2</sup>

فبموجب المادة 05 مكرر من النص السابق كان يتم إنشاء المؤسسات العامة على اختلافها، بموجب عمل له قوة التشريع (الأمر الصادر عن رئيس مجلس الثورة في هذه المرحلة)، إلا أن الممارسة العملية قصرت هذه الأداة والوسيلة القانونية هي (أي الأمر Ordonnance) على تنظيم قطاعات أو فئات المؤسسات، أما إنشاء أي مؤسسة عامة فقد كان يتم بموجب عمل إداري (مرسوم Décret).

<sup>1</sup> - شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية التنظيم والتسيير، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 150-150.

وبالرجوع للأمر 74/71<sup>1</sup> وتحديدًا لنص المادة 05 منه نجدها قد جاء فيها : «تحدث المؤسسة الاشتراكية بموجب مرسوم باستثناء المؤسسات التي لها أهمية وطنية والتي تحدث بموجب قانون.» فمن هذا النص يتضح أن المشرع ربط بين أداة الإنشاء (نص تشريعي أو تنظيمي) وبين أهمية المرفق. فإن كان يحتل مكانة بارزة ونشاطه سيعود بالنفع العام على مجموع الإقليم دون أن يخص جزءا معينًا منه، فإن إحداثه يتم بموجب نص تشريعي. وإن ثبت خلاف ذلك تعين إحداثه بموجب نص تنظيمي.<sup>2</sup>

المرحلة الثالثة: فتبدأ بصدور دستور 1976 حيث أوردت المادة 151<sup>3</sup> الحالات التي يجب صدور تشريع بشأن إنشائها ولم يتضمن نصها حالة إنشاء المرافق المؤسسات العامة مما يترك هذا

- 1- الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16-11-1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، مشار إليه سابقا .
- 2- د/ بن منصور عبد الكريم، نظرة مفاهيمية للمرفق العام في الجزائر، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، المركز الجامعي تندوف، العدد الأول والثاني، تاريخ النشر يناير-جوان 2016، ص 179.
- 3- تنص المادة 151 من دستور 1976 الصادر بالأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22/11/1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مشار إليه سابقا على : " يشرع المجلس الشعبي الوطني في المجالات التي خولها له الدستور، تدخل كذلك في مجال القانون :
- 1- الحقوق الواجبات الأساسية للأفراد وبخاصة نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين في إطار متطلبات الدفاع الوطني.
- القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وقانون الأسرة وبخاصة الزواج والطلاق والبنوة والأهلية والموارث.
- 3-ظروف الاستقرار المتعلقة بالأفراد.
- 4- التشريع الأساسي الخاص بالجنسية.
- 5-القواعد العامة المتعلقة بمركز الأجانب.
- 6-القواعد العامة المتعلقة بالتنظيم القضائي.
- 7-القواعد العامة للقانون الجزائي والإجراءات الجزائية وبخاصة تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المناسبة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين.
- 8-القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية وطرق التنفيذ.
- 9- النظام العام للالتزامات المدنية والتجارية.
- 10-القواعد العامة المتعلقة بنظام الانتخابات.
- 11- التنظيم الإقليمي والتقسيم الإداري للبلاد.
- 12-المبادئ الأساسية للسياسة الاقتصادية والاجتماعية.
- 13-تحديد سياسة التربية، وسياسة الشباب.
- 14- الخطوط الأساسية للسياسة الثقافية.
- 15- إقرار المخطط الوطني.
- 16-التصويت على ميزانية الدولة.
- 17-إحداث الضرائب و الجبايات والرسوم والحقوق بجميع أنواعها، وتحديد وعائها ونسبها.
- 18-القواعد العامة للنظام الجمركي.

الاختصاص للسلطة التنظيمية المتمثلة في المراسيم.<sup>1</sup> إذ أن أحكام المادة 151 من ذلك الدستور المتعلقة باختصاصات المجلس الشعبي الوطني لا تشمل على الاختصاص التشريعي بإنشاء المرافق العامة أو المؤسسات الوطنية. لذلك، فإن إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية كان يتم بموجب مرسوم صادر عن رئيس الجمهورية من خلال ممارسته للسلطة التنظيمية المخولة له بموجب المادة 115 من ذلك الدستور.<sup>2</sup>

#### ب/ إنشاء المرافق العامة المحلية :

يتضح مما سبق خالص أن إنشاء المرافق العامة الوطنية من اختصاص رئيس الجمهورية، وهو يمارس هذا الاختصاص عن طريق المرسوم فيما عدا المرافق التي يتحتم أن يكون إنشاؤها بقانون. ومثال على ذلك إنشاء الولاية والبلدية للمرافق العامة المحلية . ولما كانت هذه المرافق بحكم اسمها تهم الأفراد المقيمين في دائرة إقليم معين كان من المنطقي إذن أن يترك أمر إنشائها للجهة التي تملك تقدير احتياجات هذا الإقليم أو ذاك وتعرف في نفس الوقت قدرات هذا الإقليم الاقتصادية، وما هو مستغل منها قوميا، وما هو متروك يمكن الاستفادة منه محليا حتى لا يقع على عاتق الدولة وحدها قيادة التنمية الشاملة.

ومن المعروف أن نمو اللامركزية مسألة تمت في الأصل إلى الديمقراطية، فهي تحقق بنموها أسى مظاهر الديمقراطية بإشراك الشعب في حكم نفسه بنفسه ويعتبر الحكم المحلي هو النموذج الأمثل لها. ولا خوف من هذا النظام أو عليه ما دامت الحكومة المركزية قابضة على المقدرات القومية بحيث تحفظ البلاد وحدتها من ناحية ومن ناحية أخرى تحفظ التوازن الجهوي ونشر العدالة الاجتماعية في ربوع إقليم الوطن.

ويبرز في التنظيم الجزائري بجوار الدولة الممثلة للشعب في مجموعة وللتراب الوطني ككل، نوعين من الأشخاص اللامركزية هما الولاية والبلدية. وحيث تتضمن الأولى الثانية، ولكل منهما قانونها الخاص بها الذي منحها اختصاصات متعددة منها ما تمارسها ابتداء وانتهاء، ومنها ما يخضع للوصاية التي تقبض على ناصيتها الحكومة المركزية مركزة في وزارة الداخلية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> -د/ محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 150-151.

<sup>2</sup> -د/ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، طبعة سنة 2004، ص 216.

<sup>3</sup> -د/ حماد محمد الشطا، تطور وظيفة الدولة (الكتاب الأول نظرية المرافق العامة)، المرجع السابق، ص 201-202.

تنص المادة 155 من القانون البلدي الجزائري الصادر بالأمر 18 يناير 1967<sup>1</sup> على أن "يختص المجلس الشعبي البلدي بتنظيم جميع المسائل المتصلة بالبلدية" وهو الأمر الذي عني بالضرورة اختصاص المجلس باتخاذ قرار إنشاء المرافق العامة البلدية خاصة تلك المتصلة بمكافحة الحرائق والكوارث العامة وتأمين الأشخاص والأموال وتنظيم المرافق العامة. هذا بالإضافة إلى إنشاء كافة المؤسسات الاشتراكية اللازمة لتحقيق وتغطية كافة اختصاصات البلدية الاقتصادية والممنوحة لها بمقتضى القانون البلدي وخاصة في مجالات توجيه ورقابة الشؤون الاقتصادية بالبلدية والمشاركة في إدارة المؤسسات الاشتراكية المنشأة وتحقيق مبادئ الثورة الزراعية.

وقد أوردت المادة 63 من الأمر الصادر في 23 مايو 1969<sup>2</sup> بشأن تنظيم الولاية على اختصاص المجلس الشعبي الولائي بتنظيم جميع الأمور المتصلة بالولاية بنفس الصيغة التي رددتها المادة 100 من القانون البلدي<sup>3</sup>، وهو الأمر الذي يجعلها مختصة بإنشاء المرافق العامة المحلية والاقتصادية في دائرة اختصاصها الولائي وبصفة خاصة في مجال الطرق العامة والصحة وغيرها.

ورغم هذه النصوص الصريحة إلا أن سلطة المجالس المحلية في مجال إنشاء المرافق العامة المحلية أو البلدية محدودة.<sup>4</sup>

إذ يعطي القانون البلدي وقانون الولاية الاختصاص للمجالس لإحداث وتنظيم المؤسسات والمرافق المحلية، إلا أن المجالس لا تتمتع في الحقيقة إلا بحرية محدودة وذلك لسببين .

فمن جهة نعلم أنها ملزمة بإحداث بعض المرافق التي نص عليها القانون: الحماية المدنية، مكافحة الحرائق، الاحتفالات الجنائزية. ومن جهة أخرى، فإن مداوات المجالس فيما يتعلق بالمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري ليس لها مفعول إلا بشرط الحصول على التصديق المسبق للسلطات الوصائية.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 24/67 المؤرخ في 18/1/1967 المتضمن القانون البلدي، ج ر ع 02 المؤرخة بتاريخ 18/1/1967.

<sup>2</sup> - تنص المادة 63 من الأمر 38/69 المؤرخ في 23/5/1969 المتضمن قانون الولاية، ج ر ع 44، السنة السادسة، المؤرخة في 23/5/1969 على « إن المجلس الشعبي للولاية يضبط شؤون الولاية بموجب المداوات وتتداول في جميع المواضيع المكلف بها بمقتضى القوانين والأنظمة، وبصفة عامة في جميع المواضيع التي تهم الولاية والتي ترفع إليه سواء بموجب اقتراح من الوالي أو بموجب اقتراح مقدم من ثلثي أعضائه على الأقل.»

<sup>3</sup> - تنص المادة 100 من الأمر رقم 24/67 المؤرخ في 18/1/1967 المتضمن القانون البلدي، مشار إليه سابقا، على « يفصل المجلس الشعبي البلدي في قضايا البلدية بالقرارات التي يتخذها بعد المداولة.»

<sup>4</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 151.

و أخيرا فإن سلطة الوصاية تستطيع بعد إحداث المرفق أن تسحب تصديقها وتحل كل مؤسسة ذات طابع صناعي أو تجاري عندما يؤدي استثمارها بعجز من شأنه إفساد توازن الأموال المحلية.<sup>1</sup>

ثانيا: إنشاء المرافق العامة في الجزائر من دستور 1989 إلى يومنا هذا (المرحلة الليبرالية)

سنعرض لإنشاء المرافق العامة الوطنية والمحلية في المرحلة الليبرالية.

أ/ إنشاء المرافق العامة الوطنية:

مبدئيا إن تحديد السلطة المختصة لإنشاء وتنظيم المرفق العمومي على المستوى الوطني يخضع لمعيار توزيع السلطات بين الهيئة التشريعية، أي البرلمان والسلطة التنفيذية أي الحكومة. ففي مسألة تخضع معالجتها لطبيعة النظام السياسي السائل في الدولة.

واختلف ذلك في الجزائر باختلاف الوضعية القانونية التي اتسم بها توزيع السلطات بين الهيئة التشريعية والهيئة التنفيذية من جهة وداخل الهيئة التنفيذية بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة من جهة أخرى. فبعد صدور دستور 1989، إن السلطة المختصة بعملية تنظيم وإحداث المرافق العمومية في الجزائر هي السلطة التنفيذية. إن المادة 115 من هذا الدستور التي تحدد المجال التشريعي<sup>2</sup>، لا تتضمن موضوع إحداث المرافق العمومية. فهي تتخلى إذن عن هذه المسألة للمجال التنظيمي.<sup>1</sup> وهو ما يفهم منه أن الأصل في إنشاء المؤسسات يعود للسلطة التنفيذية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> -د/بن يكن عبد المجيد، المرافق العامة ونظامها القانوني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 596.

<sup>2</sup> - تنص المادة 115 من دستور 1989 المؤرخ في 23 فبراير سنة 1989، مشار إليه سابقا على: "يشرع المجلس الشعبي الوطني في المجالات التي حولها إياه الدستور.

ويدخل كذلك في مجال القانون ما يأتي.

1- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين،

2- القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية، وحق الأسرة، لا سيما الزواج، والطلاق، والبنوة، والأهلية، والتركات،

3- شروط استقرار الأشخاص،

4- التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية،

5- القواعد العامة المتعلقة بوضعية الأجانب،

6- القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، وإنشاء الهيئات القضائية،

7- القواعد العامة للقانون الجزائي، والإجراءات الجزائية، لا سيما تحديد الجنايات والجرح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين.

8- القواعد العامة للإجراءات المدنية وطرق التنفيذ،

9- نظام الالتزامات المدنية والتجارية،

10- نظام الانتخابات،

لكن في ظل هذا الدستور يملك السلطة التنظيمية كل من رئيس الجمهورية (مرسوم رئاسي) ورئيس الحكومة (مرسوم تنفيذي)، وبذلك فإحداث المرافق العمومية يكون إما عن طريق مرسوم رئاسي مثل المرسوم الرئاسي 86/99 المؤرخ في 15 أبريل 1999 المتضمن إنشاء مراكز البحث النووي<sup>3</sup>، أو عن طريق مرسوم تنفيذي، مثل المرسوم التنفيذي رقم 99/95<sup>4</sup> المؤرخ في 1 أبريل الذي يتضمن إنشاء المعهد الوطني للإرشاد الفلاحي<sup>5</sup>.

وبموجب التعديل الدستوري سنة 1996 (دستور 1996)، أصبح البرلمان يشرع، بموجب الفقرة 29 من المادة 122 من الدستور، في مجال (إنشاء فئات المؤسسات (La création d'établissement de catégories) وبناءا عليه، فإن إنشاء المرافق العامة الوطنية تبقى أصلا من اختصاص التنظيم بموجب إصدار مراسيم رئاسية أو تنفيذية، ما عدا مجال فئات المؤسسات، وهو الوضع الذي لا يبتعد كثيرا عما هو سائد في فرنسا.

والحقيقة أن هذا المسلك إنما يتماشى مع ما هو سائد في القانون المقارن من حيث ترك اختصاص إصدار قرار إنشاء المرافق العامة للسلطة الإدارية هو اتجاه سليم لأنه يعطي الاختصاص

=...11- التقسيم الإقليمي للبلاد،

12- المصادقة على المخطط الوطني،

13- التصويت على ميزانية الدولة،

14- إحداث الضرائب و الجبايات والرسوم والحقوق المختلفة، وتحديد أساسها ونسبها،

15- النظام الجمركي،

16- نظام البنوك والقروض والتأمينات،

17- القواعد العامة المتعلقة بالتعليم،

18- القواعد العامة المتعلقة بالصحة العمومية، والسكان،

19- القواعد العامة المتعلقة بقانون العمل والضمان الاجتماعي،

20- القواعد العامة المتعلقة بالبيئة وإطار المعيشة،

21- القواعد العامة المتعلقة بحماية الثروة الحيوانية والنباتية،

22- حماية التراث الثقافي والتاريخي، والمحافظة عليه،

23- النظام العام للغابات والأراضي الرعوية،

24- النظام العام للمياه،

25- النظام العام للمناجم والمحروقات،

26- إنشاء أوسمة الدولة ونياشينها وألقابها التشريعية.

<sup>1</sup> - د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 201.

<sup>2</sup> - أد/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 438.

<sup>3</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 86-99 المؤرخ في : 15 أبريل 1999 المتضمن إنشاء مراكز البحث النووي، ج رع 27، السنة السادسة والثلاثون المؤرخة بتاريخ 18 أبريل سنة 1999.

<sup>4</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 99/95 المؤرخ في 1 أبريل 1995 المتضمن إنشاء المعهد الوطني للإرشاد الفلاحي، ج رع 19 السنة الثانية والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 12 أبريل سنة 1995.

<sup>5</sup> - د/ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 78-79.



للجهة الأقدر على تقدير لزوم الإنشاء من عدمه، كما يتضمن السرعة الكافية لاتخاذ قرار الإنشاء مراعاة للمصلحة العامة أمام تعقيد إجراءات وآليات عملية إصدار القانون من طرف البرلمان.<sup>1</sup>

فأما إنشاء المرافق العامة في دستور 2016، في المادة 140 فقرتها 28 إذ جاء فيها: "يشعر البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات التالية : 28- إنشاء فئات المؤسسات". ولم ينص في أي مادة أخرى من الدستور على إمكانية البرلمان إنشاء مرافق عامة أو هيئات إدارية أخرى. فمن خلال هذا يستنتج أن البرلمان اختصاص واحد وأصيل في مجال إنشاء المرافق العامة هو إنشاء فئات المؤسسات، أو منح الإذن للإدارة العامة لإقامة مرافق عامة كما هو الحال بالنسبة للمرافق العامة المحلية، فقد نص قانون الولاية 07-12 بموجب المادة 07 على إمكانية إنشاء مرافق عامة محلية تتكفل باحتياجات المواطن وتضمن له الاستمرارية والتساوي في الانتفاع.

والمقصود بفئات المؤسسات هو إنشاء نوع جديد من المؤسسات لم تكن موجودة سابقا، وأبرز مثال على ذلك استحداث مؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي نصت عليه المادة 17 من القانون 98-11 القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطور التكنولوجي.<sup>2</sup>

بقولها «تندشأ مؤسسة عمومية خصوصية ذات طابع عملي وتكنولوجي لتحقيق نشاطات البحث العلمي والتطور التكنولوجي»، فقد أعطى القانون الإذن بإنشاء فئة جديدة من المؤسسات العامة، ثم يبقى على الإدارة العامة، أو السلطة التنفيذية إنشاء هذه المؤسسات من أجل تنفيذ البرامج الوطنية.<sup>3</sup>

وبالتالي فهو اعتراف سلطة إنشاء أصناف جديدة للمؤسسات للسلطة التشريعية، أما إحداث مرافق عامة لأصناف مؤسسات موجودة أصلا فيكون من اختصاص السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية.

وهو نفس ما ذهب إليه المادة 34 من الدستور الفرنسي<sup>4</sup> ويعود سبب إعطاء هذه الصلاحية للمشروع كون إنشاء المرافق العامة هو اعتراف ضمني بالمصلحة العامة لهذا النوع من المرافق، وتحمل

<sup>1</sup> - د/ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري - النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 217.

<sup>2</sup> - القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002، ج ر ع 62، السنة الخامسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 24 أوت 1998.

<sup>3</sup> - أ/ مدون كمال، واقع النظام القانوني للمرافق العامة في ظل سياسة الخصوصية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 05، تاريخ النشر: سنة 2017، ص 143-144.

<sup>4</sup> - تنص المادة 34 من الدستور الفرنسي المترجم باللغة العربية دستور الجمهورية الخامسة في 4/10/1958 مع تعديلات 2008/7/23 على: "يحدد القانون القواعد المتعلقة بما يلي :

الدولة لأعباء هذا المرفق وتنظيمه وتحقيقه بما يؤثر ماليا على الدولة، كما أن هناك مرافق عامة بطبيعتها منحها الدستور هذه الصفة كالدفاع والأمن والتعليم.<sup>1</sup>

### ب/ إنشاء المرافق المحلية:

يعطي قانون البلدية وقانون الولاية لسنة 1990 للمجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي، الاختصاص لإحداث وتنظيم المرافق العمومية، بحيث تنص المادة 132 من قانون البلدية<sup>2</sup> "تحدث البلدية مرافق عمومية بلدية لتوفير الاحتياجات الجماعية لمواطنيها..." وتنص المادة 119 من

=...-الحقوق المدنية والضمانات الأساسية التي يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة والحرية والتعددية واستقلالية وسائل الإعلام وما يفرضه الدفاع الوطني على المواطنين في أنفسهم وفي ممتلكاتهم.  
-الجنسية ووضع الأشخاص وأهليتهم وأنظمة الزواج والتركات والهبات.  
-تحديد الجنايات والجرح وكذا العقوبات المقررة بشأنها والإجراءات الجزائية والعفو وإنشاء الهيئات القضائية الجديدة والقانون الأساسي للقضاة.  
-أساس الضرائب بجميع أنواعها ونسبها وكيفية تحصيلها ونظام إصدار النقود.  
كما يحدد القانون القواعد المتعلقة بما يلي :  
-النظام الانتخابي للمجالس البرلمانية والمجالس المحلية والهيئات التمثيلية للفرنسيين المقيمين خارج فرنسا وكذا شروط ممارسة الولايات الانتخابية والوظائف الانتخابية التي يمارسها أعضاء مجالس التداول في الجماعات الإقليمية.  
-إنشاء فئات من المؤسسات العامة.  
-الضمانات الأساسية التي منح إلى الموظفين المدنيين والعسكريين في الدولة.  
-تأميم المؤسسات ونقل ملكية المؤسسات من القطاع العام إلى القطاع الخاص.  
الدستور الفرنسي المترجم باللغة العربية دستور الجمهورية الخامسة في 4 /10/ 1958 مع تعديلات 2008/7/23 - CONSEIL

### CONSTITUTIONNEL

على الرابط الإلكتروني :

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/.../constitution\\_arabe.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/.../constitution_arabe.pdf)

اطلع عليه بتاريخ 2019/1/11 على الساعة 2:19.

<sup>1</sup> - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة - الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص 42.  
<sup>2</sup> - تنص المادة 132 من قانون 08/90 المؤرخ في 7 أبريل سنة 1990، المتعلق بالبلدية، ج ر ع 15، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 11 أبريل 1990 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-11 المتعلق بقانون البلدية، المؤرخ في 22 جوان 2011، ج ر ع 37، المؤرخة بتاريخ 07-2001 : " تحدث البلدية مصالح عمومية بلدية لتوفير الاحتياجات الجماعية لمواطنيها لا سيما في مجال ما يأتي :

-المياه الصالحة للشرب والتنظيف والمياه القذرة،

-القمامات المنزلية وغيرها من الفضلات،

-الأسواق المغطاة والأسواق والأوزان والمكاييل العمومية،

-التوقف مقابل دفع رسم، -النقل العمومي،

-المقابر والمصالح الجنائزية".

قانون الولاية<sup>1</sup> يمكن للولاية قصد تلبية الاحتياجات الجماعية لمواطنيها إنشاء مرافق عمومية ولائية...".

وتجب الإشارة، أن المجالس المحلية لا تتمتع بحرية مطلقة في إنشاء المرافق العمومية المحلية، بحيث من جهة إنها ملزمة وخاصة منها المجلس الشعبي البلدي بإنشاء بعض المرافق العمومية التي نص عليها قانون البلدية مثل: القمامات المنزلية، المياه الصالحة للشرب، الأسواق المغطاة، النقل العمومي،....

ومن جهة أخرى، فإن مداوات المجالس فيما يتعلق بإنشاء هذه المرافق، لا تنفذ إلا بعد الحصول على المصادقة من طرف السلطة الوصائية (المادة 42 من قانون البلدية<sup>2</sup> والمادة 50<sup>3</sup> من قانون الولاية)<sup>4</sup>.

أما بخصوص قانون البلدية 10/11 فقد نص في المادة 149<sup>5</sup> منه على إنشاء المرافق العمومية المحلية التي تهدف إلى تلبية حاجات مواطنيها وإدارة أملاكها، كما أن لها بهذه الصفة أن تحدث مصالح

<sup>1</sup> -تنص المادة 119 من القانون رقم 09/90 المؤرخ في 7 أبريل سنة 1990 المتعلق بالولاية ج ر ع 15، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 11 أبريل 1990 المعدل والمتمم بقانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فيفري 2012، ج ر ع 12، المؤرخة بتاريخ 29 فيفري 2012. على أنه: "يمكن الولاية، قصد تلبية الاحتياجات الجماعية لمواطنيها إنشاء مصالح عمومية لاسيما في الميادين التالية :

-الطرق والشبكات المختلفة،

-مساعدة الأشخاص المسنين والمعوقين ورعايتهم،

-النقل العمومي داخل الولاية،

-حفظ الصحة ومراقبة النوعية".

<sup>2</sup> -تنص المادة 42 من القانون رقم 08/90 المتعلق بالبلدية، مشار إليه سابقا، على أنه: "لا تنفذ المداوات التي تتناول المواضيع التالية إلا بعد أن يصادق عليها الوالي :

-الميزانيات والحسابات،

-إحداث مصالح، ومؤسسات عمومية بلدية".

<sup>3</sup> - تنص المادة 50 من القانون 09/90 المتعلق بالولاية، مشار إليه سابقا، على أنه "لا تنفذ مداوات المجلس الشعبي الولائي التي تتناول المواضيع التالية إلا بعد المصادقة عليها :

-الميزانيات والحسابات،

-إحداث مصالح، ومؤسسات عمومية ولائية".

<sup>4</sup> -د/ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري -النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 217.

<sup>5</sup> - تنص المادة 149، القانون رقم 10-11 المتعلق بقانون البلدية، المؤرخ في 22 جوان 2011، ج ر ع 37، المؤرخة بتاريخ 3-07-2001 على أنه: " مع مراعاة الأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال، تضمن البلدية سير المصالح العمومية البلدية التي تهدف إلى تلبية حاجات مواطنيها وإدارتها أملاكها.

وهذه الصفة، فهي تحدث إضافة إلى مصالح الإدارة العامة، مصالح عمومية تقنية قصد التكفل على وجه الخصوص بما يلي :

-التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة،

-التفاريات المنزلية والفضلات الأخرى،

عمومية تقنية، كذلك نص قانون الولاية 07-12 في المادة 07<sup>1</sup> منه على إنشاء المرافق العمومية وذلك للتكفل باحتياجات المواطن.

## الفرع الثاني

### إلغاء المرافق العامة في الجزائر

يعتبر المرفق العام كائنا قانونيا يبدأ حياته القانونية منذ إنشائه ويستمر حتى ينتهي نهاية قانونية أيضا، ويُلغى المرفق إذا قدرت الدولة في وقت من الأوقات أن إشباع الحاجة الجماعية التي تولاهها المرفق يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العامة، أي بواسطة المشروعات الفردية أو المشروعات الخاصة ذات النفع العام.<sup>2</sup>

إذ تلغى المرافق العامة بإلغاء القوانين والقرارات التي صدرت بإنشائها، ويكون ذلك متى قدرت الدولة أن إشباع تلك الحاجة التي يقوم عليها المرفق العامة يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العام. كأن أصبح من المرغوب فيه أن يترك هذا النشاط للمشروعات العامة أو المشروعات الخاصة ذات النفع العام، وذلك توفيراً للجهد أو للمال، وتشجيعاً للاستثمار الخاص، أو أن تكون الدولة قد رأت من المصلحة دمج نشاط المرفق العام المذكور مع مرفق عام آخر قائم، بحيث يضاف العبء الجديد إلى العبء القديم مثلاً.

أما المرفق الواقعي فيُلغى بالاستغناء عنه أو بأن يتحول إلى مرفق عادي يدار بإحدى طرق إدارة المرافق العامة الأخرى. وتتمتع السلطة العامة بسلطة تقديرية في إلغاء المرافق العامة. فهي التي تقدر مدى الحاجة إلى المرفق العامة، وتوازن بين مدى الفوائد والمضار المترتبة عليه ثم هي تختار الوقت

=...-صيانة الطرقات وإشارات المرور،

-الإتارة العمومية،

-الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية،

-الحظائر ومساحات التوقف،

-المحاشر،

-النقل الجماعي،

-المذابح البلدية،

-الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء".

<sup>1</sup> - تنص المادة 07 قانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فيفري 2012، ج ر ع 12، المؤرخة بتاريخ 29 فيفري 2012.

، على أنه: " يمكن الولاية إنشاء مصالح عمومية للتكفل باحتياجات المواطن وتضمن له الاستمرارية والتساوي في الانتفاع".

<sup>2</sup> -د/علي خطار شطناوي،، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 251-252.

الملائم للإلغاء بحسب الظروف والملابسات والأسباب والدوافع. ولا طالما أن إلغاء المرفق العام هو قرار إداري مسبب فإنه من حق المنتفعين بالمرافق العامة أن يناقشوا هذه الأسباب أمام القضاء.<sup>1</sup>

وبصدد إلغاء المرافق العامة، تثار مشكلة متعلقة بالاختصاص، فما هي السلطة المختصة بإلغاء المرافق العامة؟ الأصل أن السلطة المختصة بالإلغاء هي التي تملك الإلغاء، وبالتالي يجب أن تكون أداة الإلغاء مماثلة لأداة الإنشاء.

فإذا كان المرفق قد أنشئ بقانون، وجب أن يكون إلغاؤه بأداة أدنى مرتبة من القانون، وبناء على تفويض تشريعي، كأن كان بقرار صادر من رئيس الجمهورية، أو أحد الوزراء أو أحد المجالس المحلية، فإنه لتعيين أداة إلغاؤه ينبغي التمييز بين حالتين. فإذا كان من المرافق الاختيارية، جاز للسلطة التي أنشأته أن تلغيه بقرار من لدنها بدون حاجة إلى تفويض تشريعي جديد، لأنها كانت تملك أن لا تنشئه، فيكون لها أن تلغيه إذا قدرت ملائمة ذلك.

أما إذا كان من المرافق الإجبارية، فلا تملك السلطة المفوضة في إنشائه والملزمة بهذا الإنشاء، أن تلغيه من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون إلغاؤه بقانون أو بناء على تفويض جديد من القانون، فحيث يكون الإنشاء اختياريا وبالتالي تقديريا يكون الإلغاء كذلك تقديريا، أما حيث يكون الإنشاء إجباريا، فلا يكون الإلغاء تقديريا، وإنما تكون سلطة الإدارة إزاءه مقيدة، فلا تملكه إلا بناء على تفويض تشريعي جديد.<sup>2</sup>

أما بخصوص الجزائر سنتطرق لإلغاء المرافق العامة في الجزائر من خلال مرحلتين لإلغاء المرافق العامة في الجزائر في المرحلة الاشتراكية (أولا) وإلغاء المرافق العامة في الجزائر من دستور 1989 إلى يومنا هذا (المرحلة الليبرالية)(ثانيا).

### أولا / إلغاء المرافق العامة في المرحلة الاشتراكية:

لم يحدد المشرع الجزائري بنص صريح طرق إلغاء المرافق العامة، ويقتضي ذلك الرجوع إلى القواعد العامة والتي تقضي بأن يكون إلغاء المرفق بنفس الأسلوب الذي اتبع في إنشائه، أو بوسيلة أعلى وأرفع من وسيلة الإنشاء وهي النتيجة التي يمكن استخلاصها من اتجاه المشرع الجزائري الذي

<sup>1</sup> -محمد علي محمد أبو عمارة، النظام القانوني للمرفق العام في قطاع غزة (دراسة تطبيقية لنظام الإدارة المحلية والتعليم العالي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية 1991، ص 187.

<sup>2</sup> -د/ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، المرجع السابق، ص 128-129.

حرص على إصدار قانون بإلغاء المؤسسات الاشتراكية التي أنشأت قبل العمل بقانون التسيير الاشتراكي بقانون بالرغم من صراحة نص المادة (05) من قانون التسيير والتي أجازت إنشاء المؤسسة بمرسوم.<sup>1</sup>

ثانياً: إلغاء المرافق العامة في الجزائر من دستور 1989 إلى يومنا هذا (المرحلة الليبرالية)

مما لاشك فيه أن السلطة المختصة بالإنشاء هي المختصة بالإلغاء، ويجب أن يتم الإلغاء بأداة قانونية لها ذات قوة الأداة القانونية التي أنشأت المرفق العام، أو بأداة لها قوة قانونية أعلى من أداة الإنشاء في سلم تدرج القواعد القانونية في الدولة. لهذا يجب أن تكون أداة الإلغاء مماثلة على الأقل لأداة الإنشاء، وصدرت عن ذات الجهة التي أنشأت المرفق العام، وذلك لأن قرار إلغاء المرفق العامة يعتبر في حقيقته القانونية إلغاء لقرار الإنشاء.<sup>2</sup>

وعليه فإن المرافق العامة يكون وفق قاعدة توازي الأشكال<sup>3</sup>، ويكون بسبب إلغاء فكرة المصلحة العامة التي أنشأ المرفق العام من أجلها.<sup>4</sup>

فالقاعدة أن يتم الإلغاء بنفس الأداة التي تقرر بها الإنشاء، فالمرفق الذي تم إنشائه بقانون لا يتم إلغاؤه إلا بنفس الطريقة، وإذا كان إنشاء المرفق بقرار من السلطة التنفيذية فيجوز أن يلغى بقرار، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وعندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغاؤه. فإن لم ينص على ذلك، فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق.

<sup>1</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 153-154.

<sup>2</sup> - د/ علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 253.

<sup>3</sup> - قاعدة توازي الأشكال أو تقابل الإشكال : مفاد هذه القاعدة أن أي قرار إما يكون بقرار إداري آخر صادر بنفس أداة القرار الأول وبتابع ذات الإجراءات Principe du parallelisme des forme وقاعدة توازي الأشكال تفرضها البديهية والمنطق، إذ كيف يعقل أن تكون القرارات الصادرة عن سلطة معينة تحت رحمة سلطة أخرى ما لم تكن هذه الأخيرة هي الرئيس الأعلى للسلطة التي أصدرت القرار الأول، وماذا تعني الضمانات المقررة للأفراد إذا كان يمكن إهدار الأشكال أو مخالفة الإجراءات التي صدر بمقتضاها قرار معين بواسطة قرار جديد دون إتباع الأشكال والإجراءات التي اتبعها القرار الأول ؟

وفي تطبيق هذه القاعدة، يفرق القضاء بين أمرين : القواعد التي تحدد الجهة الإدارية المختصة، والقواعد التي تبين الإجراءات والأشكال التي يصدر بمقتضاها القرار أو القرار المضاد.

بالنسبة للشق الأول تكون قاعدة تقابل الإشكال مطلقة وجامدة، فالقضاء يستلزم أن تكون السلطة التي تلغي القرار هي نفس السلطة المختصة بإصداره وأن تكون السلطة المختصة بفصل أو إلغاء تعيين موظف هي نفس السلطة المختصة بإجراء التعيين. لمزيد من التوضيح والتفصيل ينظر: د/برهان زريق، عيب الشكل في القرار الإداري، وزارة الإعلام السورية، سوريا، الطبعة الأولى لسنة 2017، ص 74-75. على الرابط الإلكتروني: [www.zraik.info/downloads/post-96.pdf](http://www.zraik.info/downloads/post-96.pdf)

اطلع عليه بتاريخ 2019/1/11 على الساعة 1:54 .

<sup>4</sup> - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، المرجع السابق، ص 42.

أما بالنسبة للمرافق العامة التي يديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال، كأن تكون الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم منحها لها أما إذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة، فإن هذه الأموال تؤول إلى أحد المرافق العامة التي تستهدف نفس غرض المرفق الذي تم إلغائه أو غرضاً مقارباً له، احتراماً لإرادة المتبرع.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - د/بن يكن عبد المجيد، المرافق العامة ونظامها القانوني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 598.

# الفصل الثاني

النظرية العامة للمرفق العام من حيث المبادئ  
( النظام القانوني الموحد للمرافق العامة )



## الفصل الثاني

## النظرية العامة للمرفق العام من حيث المبادئ

## (النظام القانوني الموحد للمرافق العامة)

من المتفق عليه أن هناك ثلاث مبادئ عامة، تحكم سير المرافق العامة، وهي ذات أهمية بالغة، تلزم مراعاتها كيفما كان نوع المرفق العام، إداريا، أو تجاريا أو صناعيا وتأتي هذه الأهمية التي تتميز بها هذه المبادئ لما لها من أساس وقيمة دستوريين.<sup>1</sup>

إذ يعود تاريخ هذه المبادئ إلى مطلع القرن العشرين عندما أطلق الفقيه رولان تسمية (قانون المرافق العامة La loi de service public) على مجموعة مبادئ تحكم عمل المرافق العامة، وفي مقدمتها مبدأ دوام سير المرفق العام. وقد أطلق البعض على هذه المبادئ قانون رولان Lois du Rolland وسماها جانب آخر من الفقه الفرنسي القواعد العامة Règles générales، وأطلق على هذه المبادئ تسمية المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة، وأسماها جانب آخر من الفقه (القواعد الضابطة لسير المرافق العامة). وقد استقر الفقه والقضاء الإداري خلال القرن العشرين على حصر هذه المبادئ في ثلاثة 1- دوام وانتظام سير المرفق العام 2- قابلية المرفق العام للتعديل والتطوير 3- المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق العام.<sup>2</sup>

لقد سميت هذه المبادئ (بقوانين رولان) نسبة إلى الفقيه الفرنسي لويس رولان الذي كان أول من أشار إلى هذه المبادئ، وقد سماها قوانينا لأنها تحكم عمل المرفق العام. كما قام الفقه بتمييز هذه المبادئ التي تمثل أهم المبادئ التي تحكم نشاط المرافق العامة، وقد تم استخلاص هذه المبادئ من

<sup>1</sup> - أ/د مازن ليلوراضي، د/علي يونس إسماعيل، التطور الحديث في المبادئ الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، جمهورية العراق، الإصدار 05، سنة 2017، ص 08. على الرابط الإلكتروني:

<https://www.iasj.net/iasj?func=search&template=&uiLanguage=ar&query>

التطور+الحديث+في+المبادئ&x=0&y=&

اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 على الساعة 13:00.

<sup>2</sup> - أ/د/ ماهر صلاح علاوي الجيوري، نوعية الخدمة أو جودة خدمة المرفق العام، المبدأ الرابع (الجديد) من المبادئ التي تحكم المرافق العامة، ص 372. على الرابط الإلكتروني:

[https://www.iasj.net/iasj?.](https://www.iasj.net/iasj?)

اطلع عليه بتاريخ 2016/03/12 على الساعة 22:10.

أحكام القضاء الإداري.<sup>1</sup> والفقهاء يشير اليوم لقوانين رولان لوصف النظام القانوني للمرافق العامة بسبب بعض الخلافات على أسمائهم أو المحتوى وهذه القوانين تتوافق مع مبادئ الاستمرارية والمساواة والتكيف.<sup>2</sup>

على هذا الأساس سنتناول بالبحث في هذا الفصل النظام القانوني الموحد للمرفق العام وذلك من خلال ثلاث مباحث هي على التوالي على التوالي: مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد (المبحث الأول) ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة (المبحث الثاني) ومبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير (المبحث الثالث).

## المبحث الأول

### مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

إن وظيفة السلطات العامة في دولة القانون<sup>3</sup> هي إشباع الحاجات العامة للأفراد من تحقيق الأمن الخارجي والداخلي وتقديم الخدمات وتنظيم علاقات الأفراد... الخ، ومن هذه السلطات السلطة التنفيذية والتي تسمى السلطة الإدارية، أو الإدارة عندما تقوم بممارسة نشاط إداري.<sup>4</sup> فلقيام السلطات العامة في الدولة بإشباع الحاجيات العامة لا بد لها من إنشاء وإدارة مرافق عامة بغية تقديم الخدمة لجمهور المواطنين، إذ أن هذه المرافق العامة تخضع لجملة مبادئ أرساها القضاء الإداري الفرنسي، ولعل أهم هذه المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة مبدأ سير المرافق

<sup>1</sup> -م فارس عبد الرحيم، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار، مجلة المحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق. ص 227. على الرابط الإلكتروني :

<https://www.iasj.net/iasj?>

اطلع عليه بتاريخ 2017/11/24 على الساعة 18:25

<sup>2</sup> -Pierre Esplogas , le service public ,Daloz ,paris ,France, 1998, p29

<sup>3</sup> - دولة القانون: مصطلح خرج من رحم المدرسة الوضعية الألمانية في القرن 19 حيث رأى أنصار هذه المدرسة بانفصال الدولة عن القانون، ونادوا بإرساء دولة القانون كبديل للدولة البوليسية. فعرفها الفقه الفرنسي تحت تسمية L'Etat de Droit وهذا على يد الفقيه DEMABERG. وعرفها عدة فقهاء وأساتذة، فعرفتها الأستاذة CESARI. على أنها " الدولة التي تكون القواعد القانونية سارية على الحكام ومقيدة لسلطاتهم باسم الإعتراف بالحريات العامة، وحقوق الفرد. في حين عرفها البعض الأخر من الفقه ببساطة بأنها "مؤسسة شرعية تحكم وتحكم بالقانون ". للمزيد من التوضيح ينظر: محمد هاملي، أليات إرساء دولة القانون في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012.

<sup>4</sup> -م فارس عبد الرحيم حاتم، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار، المرجع السابق، ص 220 على الرابط الإلكتروني :

<https://www.iasj.net/iasj?>

اطلع عليه بتاريخ 2017/11/24 على الساعة 19:00

العامة بانتظام وإطراد إذ لا يمكن أن لا يكون هناك سيرورة لعمل المرفق العام بانتظام وإطراد من منطلق أن هدف إنشاء المرافق العامة هو تحقيق المصلحة العامة عن طريق إشباع حاجات الجماعة أي تحقيق النفع العام. فكيف يتصور أن يتحقق أهم عنصر من عناصر المرفق العام وأهم أهداف إنشائه بدون أن يكون هناك استمرارية وانتظام للخدمات التي يقدمها؟ فلا يمكن أن يتحقق ذلك لأن هناك علاقة تلازم وتكامل بين هدف تحقيق المصلحة العامة واستمرارية المرفق العام. فإذا ما اختل انتظام وسير المرافق العامة، فإن ذلك يؤدي إلى اختلال التوازن وبالتالي عدم تحقيق الغاية التي أنشأ من أجلها المرفق العام.

إذ يبرز هذا المبدأ في مقدمة المبادئ التي تحكم المرافق العامة لأهميته البديهية بحكم ارتباطه المباشر بالمهمة التي تقوم على تحقيقها المرافق. فهذه المرافق تقوم بإشباع حاجات أساسية لأفراد المجتمع، وبالتالي فإن اختلال سير هذه المرافق لا بد وأن يصطحب باختلال مماثل في حياة الأفراد ونظام معيشتهم ويمكن إدراك ذلك إذا تصورنا مدى الارتباك والفوضى التي يمكن أن تعم في المجتمع إذا تعطلت مرافق النقل والمياه والكهرباء والأمن مثلاً.<sup>1</sup>

لذلك كان مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد أحد المبادئ الجوهرية في القانون العام وفي النظام القانوني لكل المرافق العامة أياً كان نوعها أو نشاطها، وقد استقر عليه القضاء الإداري، أي مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، ومجلس شورى الدولة في لبنان، من خلال أحكامه ودون حاجة لنص تشريعي مباشر يقرر المبدأ، وقد استخلص القضاء الإداري هذا المبدأ الأساسي من خلال التطبيقات المتنوعة للمبدأ، وسائر الفقهاء أحكام القضاء الإداري في تأكيد مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإبرازه وصياغته على نحو محكم ودقيق.<sup>2</sup>

فمبدأ الاستمرارية لا يقتصر فقط على المرافق العامة الإدارية إذ يحكم كذلك المرافق العامة الصناعية والتجارية، من النتائج المدعومة من قبل اجتهاد القضاء.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> -د/محمد فؤاد عبيد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر ص 201.

<sup>2</sup> - د /محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 307.

<sup>3</sup> -André de Laubadère, Droit Administratif, Librairie Générale De Droits et de Jurisprudence R.Pichon Et.R.Durand AUZIAS20 et 24, Rue Soffat, France 1970, p582.

مبدأ الاستمرارية فيما يرجع لسير المرافق العامة نابع عن تصور عمل الدولة والأجهزة التابعة لها يقوم على المداومة والانتظام، لا على التقطع والتوقف، وبالتالي فإن نشاط المرفق العام ضروري لحياة المجموعة الوطنية، ولا ينبغي أن ينقطع، كما ينجر عن توقفه من عواقب وخيمة على حياة المجتمع، وكما يقال "الاستمرارية روح المرفق العام" وسرعان ما أصبح مبدأ أساسياً، ولا شك أنه القاعدة الأكثر حساسية التي تسيّر عليها المرافق العامة والأكثر تأثراً بالمناخ السياسي والاجتماعي ولها صبغة سياسية أكبر مقارنة مع القواعد الأخرى مما يفسر الجدل الذي يحدث كلما لجأ الأعوان العموميون إلى الإضراب.<sup>1</sup>

إن ما يمكن استخلاصه في هذا الصدد انه وباعتبار المرافق العامة هي عبارة مشروعات مدارة من قبل السلطات الإدارية في الدولة والتي أنشأت لغاية إشباع الحاجات العامة ضمن مقتضيات تحقيق المصلحة التي أوجدت من أجلها، فإنه بالمقابل وجب أن يكون تقديم الخدمات بشكل مستمر ومطرد ذلك أن حاجيات المجتمع في استمرار.

ففي سبيل ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار يلاحظ أن القانون الإداري، قد احتوى على مجموعة من الأحكام التي أوجدها القضاء الإداري، ومن هذه الأحكام منع إضراب الموظفين، وقد أيد المشرع في أغلب دول العالم هذا الاتجاه، وذهبت دول إلى جعل الإضراب جريمة يعاقب عليها القانون، ومن هذه الدول العراق، ومصر وذهبت دول أخرى إلى تنظيم الإضراب، بحيث لا يؤدي إلى توقف العمل في المرافق المهمة.

كما أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية، أو نظرية الضرورة التي بواسطتها تستطيع الإدارة في ظروف معينة أن تخالف القانون في سبيل ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار وأيضاً أنشأت نظرية الموظف الفعلي التي تطبق في الظروف العادية لحماية الأفراد الذين يتعاملون بمظهر الموظف وهو ليس كذلك، وفي الظروف الاستثنائية لتسيير المرفق العام إذا تركه العاملون فيه لظروف استثنائية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - د/محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 114، 113.

<sup>2</sup> - م فارس عبد الرحيم حاتم، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار، المرجع السابق، ص 228 على الرابط الإلكتروني :

فقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي بدوره القيمة الدستورية لمبدأ استمرارية المرفق العام من خلال قراره يتصل بمسألة إضراب موظفي شركات التلفزيون عام 1979، ومن ثم يجب ممارسة الحق في الإضراب في إطار القوانين التي تنظمه، إذ أكد المجلس في هذا القرار (فيما يخص المرافق العامة، فإن الاعتراف بالحق في الإضراب لا يمكن أن يكون عقبة أمام سلطة المشرع في وضع القيود الضرورية لضمان استمرارية المرفق العام، هذا المبدأ الذي شأنه شأن الحق في الإضراب ذات قيمة دستورية). وعليه يمكن للمشرع تنظيم ممارسة الحق في الإضراب وتقييده من أجل الحفاظ على مبدأ استمرارية عمل المرفق العام، بشرط أن يكون ذلك التقييد ضروريا.<sup>1</sup>

كما نصت التشريعات على عمل المرفق العام، كما أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار، إذا لحق بالمتعاقد مع الإدارة ضرر جسيم ليس بخطئه ولا خطأ الإدارة الأمر الذي يهدد بتوقف تنفيذ العقد فتقوم الإدارة هنا بتعويض المتعاقد بالقدر الذي يضمن سير المرفق العام بانتظام واستمرار.<sup>2</sup> وترتبا على ما تقدم سنتناول بالبحث مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد من خلال مطلبين وفقا لما يلي وذلك على التوالي الضمانات القانونية لضمان استمرارية المرفق العام (المطلب الأول) والضمانات القضائية لضمان استمرارية المرفق العام (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الضمانات القانونية لمبدأ استمرارية المرفق العام

لما كانت إدارة أي مرفق من المرافق العامة ترتكز على دعامين، الأولى بناء تنظيمي محكم يستمد أصوله وقواعده من طبيعة المرافق العامة وأهدافها، والثانية جهاز مدرب قادر على النهوض بأعباء هذه المرافق في إطار ذلك التنظيم، وكانت كل دعامة من هاتين الدعامين لا غنى لها عن الأخرى، لأنهما يشكلان معا أساسا صالحا متكاملًا يقوم عليه سير المرفق العام وانتظامه، فقد وجب على الإدارة أن

<sup>1</sup> -قرار المجلس الدستوري في قضية (Société de télévision) بتاريخ 1979/6/25، نقلا عن: أد/ مازن ليلوراضي، د/علي يونس إسماعيل، التطور الحديث في المبادئ الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص 09 على الرابط الإلكتروني: <https://www.iasj.net/iasj?func=search&template=&uiLanguage=ar&query>

اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 على الساعة 13:00 x=0&y. التطور والحديث+في+المبادئ.

<sup>2</sup> -م فارس عبد الرحيم حاتم،، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار، المرجع السابق، ص 228.

على الرابط الإلكتروني:

تعنى بأمر سير المرافق العامة لتجعل منها أداة فعالة قادرة على الانطلاق والتقدم نحو تحقيق الأهداف الجلية التي قصد إليها من وراء إنشائها.

ويجب على الإدارة من ناحية أخرى أن تختار العاملين في خدمة هذه المرافق من العناصر المشهود لها بالكفاءة وحسن الخلق، والعمل على راحتهم وتوجيههم توجيهاً حثيثاً نحو زيادة حصيلة جهودهم سواء كانوا يعملون في مجال الإنتاج أو مجال الخدمات لصالح الدولة الأعم، حتى يعملوا على تحقيق الأهداف التي أنشئت المرافق العامة من أجلها.<sup>1</sup>

وباعتبار الموظف العام يعد محورا مهما من محاور القانون الإداري وموضوعا مفصليا لأنه المحرك البشري للمرافق العامة، والسبب الرئيسي في بقائها في حالة من الدوام والاستمرارية، ويحرص المشرع على تضمين قوانين الخدمة المدنية شروطا محددة لاختيار أكفأ الموظفين دائما، وأكثرهم خبرة في ميدان الوظيفة العامة، من أجل النهوض بمهام ومسؤوليات تلك الوظيفة وتحقيق مقاصدها. وعليه ينقطع هذا الموظف لخدمة الدولة والسهرة على سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب ولكفالة ذلك يحرم القانون أحيانا، وينظم أحيانا أخرى مسألة إضراب الموظفين أو استقالتهم، خشية تأثيرها السلبي في سير العمل في المرفق، الأمر الذي ينعكس على مجمل الحياة العامة داخل الدولة، ويسبب اضطرابا قد ينتهي بنتائج لا تحمل عقباها.<sup>2</sup>

وعليه يقتضي مبدأ الاستمرارية توافر جملة من الضمانات تعمل جميعا على تجسيده في أرض الواقع. ومن هذه الضمانات ما وضعه المشرع ومنها ما رسخه القضاء الإداري. وتتجلى هذه الضمانات في تنظيم ممارسة حق الإضراب وتنظيم ممارسة حق الاستقالة وسن قواعد خاصة لحماية أموال المرافق. وهي جميعا تمثل ضمانات تشريعية أي من صنع المشرع.<sup>3</sup>

وترتبا على ما تقدم سنتناول بالبحث الضمانات القانونية لضمان استمرارية المرفق العام من خلال ثلاث فروع وفقا لما يلي وذلك على التوالي التنظيم القانوني للإضراب (الفرع الأول) والتنظيم القانوني لاستقالة الموظفين في المرافق العامة (الفرع الثاني) عدم الحجز على أموال المرفق العام (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، مطبعة العشري، مصر 2012، ص 305-306.

<sup>2</sup> - مشتاق طالب ناصر، التنظيم القانوني لاستقالة الموظف العام في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2015-2016، ص 02.

<sup>3</sup> - أ/ د عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 444.

## الفرع الأول

## التنظيم القانوني للإضراب

يعتبر الحق في الإضراب من أبرز الصور التي تؤثر على سير المرافق العامة إذا لم تمارس في إطار منظم، بحيث يحقق للموظف العام حريته في إبداء رأيه عن طريق الإضراب للدفاع عن مصالحه المهنية والاجتماعية، وفي نفس الوقت لا يؤثر على ضرورة سير المرفق بصفة دائمة ومنظمة وتختلف نظرة الدول في هذا الجانب، فمنها من يغلب جانب المصلحة العامة على المصالح الخاصة للموظفين بتحريمه الإضراب بصفة مطلقة ومنهم من يسمح للموظفين بهذا الحق على أن يمارس في إطار منظم تحدده القوانين التي تنظمه فتحظره في بعض الحالات وتطلقه في الأخرى بما يحقق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة الموظف العام في ممارسة هذا الحق للدفاع عن المصالح المهنية والاجتماعية.<sup>1</sup>

على هذا الأساس سنتطرق في هذا الفرع لمفهوم فكرة الإضراب (أولاً) وتنظيم الإضراب (ثانياً).

## أولاً: مفهوم فكرة الإضراب

يجد لفظ الإضراب مصدره التاريخي في مكان بالعاصمة الفرنسية يسمى Place de grève والذي يقع على نهر السين والذي كان مقراً لتجمع العاطلون أملاً في الحصول على فرصة العمل، ومن هنا أصبح يطلق على فعل التوقف الجماعي عن العمل لفظ الإضراب، وبذلك أصبحت عبارة Faire grève تعني السيطرة على أحد الأماكن بهدف الحصول على فرصة عمل، ومن هنا أيضاً اشتق مصطلح الإضراب La grève والذي يعني الضغط على صاحب العمل وعلى السلطات العامة أيضاً تحقيق بعض المطالب المهنية الممكنة والمشروعة، وقد أصبح الإضراب بعد ذلك مصطلحاً قانونياً بل وحفاً دستورياً واجتماعياً تعني بع الدساتير والاتفاقيات الدولية كما تعني به التشريعات الوطنية.<sup>2</sup>

## أ/التعريف اللغوي للإضراب:

جميع التعريفات التي تناولت الحق في الإضراب أثبتت صعوبة وضع تعريف جامع مانع للإضراب. لكن قبل التطرق لتعريف الإضراب لا بد من اللجوء إلى تعريفه من الناحية اللغوية

<sup>1</sup> - رشا جواد جمعة، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الإداري، كلية الحقوق، الجامعة المستنصرية، جمهورية العراق، المجلد 04، الإصدار 13-14، تاريخ النشر: 2011، ص 170، 171.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد أبو عمرو، الحق في الإضراب بين القانون الفرنسي والقوانين العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2016، ص 16.

فالإضراب في اللغة هو من مصدر أضرب وله عدة معان في اللغة. بمعنى الكف، أو الامتناع، أو الإعراض عن الشيء. فيقال أضربت عن الشيء أي كفت وأعرضت عنه، وضرب عنه الذكر واضرب عنه أي صرفه.

مصادقا لقوله تعالى (أَفَنَضْرِبُ عَنْكُمْ الذِّكْرَ صَفْحًا أَنْ كُنْتُمْ قَوْمًا مُسْرِفِينَ)<sup>1</sup> أي نمهلكم ونترككم، فلا نعرفكم ما يجب عليكم، لأنكم كنتم قوما مسرفين أي لأنكم أسرفتم.<sup>2</sup>

من خلال هذا التعريف نستنتج بأن الإضراب هو عبارة عن امتناع وانقطاع، أي بمعنى الإعراض عن شيء ما غير مقبول، و يجب أن يكون ذلك الإعراض ملموس على الواقع بغية تحقيق جملة من المطالب المتوخى تحقيقها.

#### ب/التعريف الفقهي للإضراب :

أما عن المعنى الفقهي للإضراب، فيمكن تعريفه، بأنه : " اتفاق عدد من العمال أو الموظفين على الامتناع عن العمل الواجب عليهم بمقتضى القوانين واللوائح، أو عقد العمل، مع التمسك بمزايا الوظيفة العامة" وهناك من يعرفه على أنه: "امتناع الموظفين أو المستخدمين العموميين عن عملهم مع تمسكهم بمزايا الوظيفة العامة ويلجأ الموظفون عادة لهذا الأسلوب إظهارا لسخطهم عن عملهم من أعمال الحكومة، أو لإرغامها على لتراجع عن موقفها أو استجابة لمطالبهم "وعرف كذلك على أنه: "توقف جماعي ومتفق عليه عن العمل من جانب عمال أحد المؤسسات بقصد تحسين الأجر أو ظروف العمل" وهناك من يعرف الإضراب موضحا أنه لا فرق بين الإضراب في القطاع العام وفي القطاع الخاص حيث عرف أنه: "التوقف الجماعي عن العمل، غايته تحسين شروط العمل، وإما لمسندة حركة اجتماعية وحتى سياسية"<sup>3</sup>، إلا ان هناك من يميز في تعريفه للإضراب بين القطاع الخاص والقطاع العام.

فعرف على انه: "تجربة إثبات القوة يخوضها أجراء ضد أرباب عملهم ليبرزوا قضيتهم ومطالبهم". غير أن إضراب الموظفين يسعى لشلل الخدمة العامة، وتحريك الرأي العام، وعليه فإن

<sup>1</sup> -الآية (05) من سورة الزخرف.

<sup>2</sup> - في هذا الصدد ينظر: ميثم غانم جبر المحمودي، حق الإضراب بين الحظر والإباحة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، طبعة سنة 2016، ص 17.

<sup>3</sup> -سامر أحمد موسى، إضراب العاملين في المرافق العامة دراسة في النظام القانوني الفلسطيني والفرنسي والجزائري، المرجع السابق، ص 12 على الرابط:



إضراب موظفي وعمال المرافق العامة هو تجربة إثبات قوة يخوضها جزء من المجتمع في مواجهة المجتمع ككل. فإذا أضرب مثلاً رجال الشرطة و موظفو المؤسسات القضائية عن العمل، فليست الدولة هي التي تضرر مصالحها كأرباب العمل وإنما المجتمع هو الذي يحرم من الخدمات العامة الضرورية، ومن ثمة فإضراب العامل أو الموظف العام هو تمرد على النظام والسلطة. وإلى جانب أن الإضراب يشل مصلحة من مصالح الخدمة العامة فهو يسعى إلى تحريك الرأي العام، وبالتالي فهو يجبر -الإضراب- الدولة على تلقي ضغوط الرأي العام الذي تعتبر مسؤولة أمامه عن تشغيل الدوائر والإدارات ذات المنفعة العامة.<sup>1</sup>

من خلال التعريفات الفقهية للإضراب يتضح بأنه اتفاق العمال أو الموظفين على الامتناع عن العمل بمقتضى القوانين واللوائح أو عقد العمل، مع التمسك بمزايا الوظيفة العامة يلاحظ أن هذا التعريف لم يميز بين إضراب العمال وإضراب الموظفين العموميين واعتبره بمثابة اتفاق ويكون ذلك وفق أسس مشروعة دون التخلي عن مزايا الوظيفة العامة. لكن هذا التعريف لم يحدد الهدف من هذا الامتناع عن العمل، وإذا ما لاحظنا التعريف الذي عرف الإضراب على أنه توقف جماعي عن العمل من جانب عمال أحد المؤسسات بقصد تحسين الأجر، أو ظروف العمل بخصوص هذا التعريف نستنتج أنه أشار إلى أن هدف من إضراب العمال هو فقط بقصد تحسين الأجر أو ظروف العمل.<sup>2</sup>

### ج/ التعريف التشريعي لحق الإضراب :

درج المشرع في غالبية الدول التي تعترف بمشروعية حق الإضراب على عدم وضع تعريف محدد للإضراب وبيان عناصره المختلفة، ولكن يكفي بالنص على مشروعيته فقط، حيث لا يهتم المشرع عادة بوضع تعريف لمسألة. وإنما تترك لاجتهادات الفقه والقضاء ولذا تبدو صعوبة تعريف الإضراب، تعريفاً محدداً. ومرجع ذلك أن التعريفات الفقهية والقضائية تختلف وتباين فيما بينها، وذلك حسب الزاوية التي ينظر من خلالها إلى الإضراب. وهذا ما يفسر بجلاء كثرة التعريفات التي قال بها الفقه

<sup>1</sup> - برتيمية عبد الوهاب، الإضراب ومبدأ استمرارية المرفق العام (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالجزائر وفرنسا)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، قسم التشريعات الاجتماعية، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية 2009، ص 29،30.

<sup>2</sup> - من وجهة نظر معينة التعريف الأنسب للإضراب هو التعريف الذي يميز في تعريفه للإضراب بين القطاع الخاص والقطاع العام، فعرف على "أنه تجربة إثبات القوة يخوضها إجراء ضد أرباب عملهم ليرزوا قضيتهم ومطالبهم"، بخلاف إضراب الموظفين الذي من شأنه الإخلال بالسير الحسن للمرفق العام يسعى لشلل الخدمة العامة وتحريك الرأي العام، وعليه فإن إضراب موظفي وعمال المرافق العامة هو تجربة إثبات قوة يخوضها جزء من المجتمع في مواجهة المجتمع ككل.

والقضاء، وقد ظل الوضع سائدا في القانون الفرنسي منذ أمد بعيد، على الرغم من اعتراف المشرع الدستوري صراحة بحق الإضراب في مقدمة دستور 1946 عندما نصت المادة الثامنة منه على أنه : "يمارس حق الإضراب في إطار القوانين التي تنظمه" حيث لا يهتم المشرع بوضع تعريف لمسألة ما، وإنما تترك لاجتهادات الفقه والقضاء، ولذا تبدو صعوبة تعريف الإضراب تعريفا محددًا.<sup>1</sup> أما المشرع المصري فلم يعرف الإضراب بطريقة مباشرة ولكنه عرفه بطريقة غير مباشرة، وذلك عند الحديث عن الحالات التي يشكل فيها الإضراب جريمة يعاقب عليها جنائيا، فقد عرف المشرع الإضراب المحظور في المادة 124 من قانون العقوبات المصري والتي نصت على أنه "إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عماهم ولو في صورة الاستقالة أو امتنعوا عمدا عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين في ذلك أو متمنين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس".<sup>2</sup> أما المشرع الجزائري فقد جاء المشرع هو أيضا لينص على حق الإضراب، وذلك في نص المادة 57 من الدستور الجزائري لسنة 1996، والذي نص على أن: "حق الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون ويمكن أن يمنع القانون هذا الحق، وذلك من خلال قانون خاص يسمى قانون الإضراب".<sup>3</sup> ونص عليه في المادة 71 من دستور 2016 بأن "حق الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون، يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".<sup>4</sup>

لكن ما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق في هذه المادة لتعريف الإضراب بل أنه اعتبره حق في مصاف الحقوق المكفولة دستوريا بل ترك أمر تعريفه للفقه.

#### د/ تعريف الإضراب من الناحية القضائية :

لما كان هناك نوع من القصور في تعريف الإضراب من الناحية التشريعية ونظرا للدور الذي يلعبه القضاء من خلال الاجتهادات باعتبار أن دوره لا يقل قيمة عن دور المشرع كان لابد لنا من التطرق لجملة من التعريفات القضائية لهذه الفكرة من جانب أولى.

<sup>1</sup> - أ/ ميثم غانم جبر المحمودي، حق الإضراب بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> - د/ صلاح علي علي حسن، تنظيم الحق في الإضراب (دراسة في التشريعات العربية والمقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2012، ص 13.

<sup>3</sup> - المادة 57 من دستور 1996 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، مشار إليه سابقا، التي تنص «الحق في الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع.»

<sup>4</sup> - المادة 71 القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور، مشار إليه سابقا .

إذ ساهم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية في وضع تعريف للإضراب، فهو يعتبر حقا دستوريا مكفولا لكل فئات العمال والموظفين بغض النظر عن طبيعة الجهة التي يعملون بها، وفي هذا الصدد يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإضراب هو " هو التوقف الجماعي المتفق عليه لكل أو بعض العاملين في المرفق العام أو في مرفق آخر، وذلك من أجل تأييد مطالب مهنية".<sup>1</sup>

كما عرفت محكمة النقض الفرنسية الإضراب في العديد من الأحكام التي أصدرتها انطلاقا من أن الإضراب يشكل أحد الحقوق الدستورية، فعلى سبيل المثال الحكم الصادر في 28 جوان 1951 عن الدائرة الاجتماعية<sup>2</sup> عرفت الإضراب بأنه: "وسيلة العمال في الدفاع عن المطالب المهنية"، أيضا في حكم أخر قضت محكمة النقض الفرنسية أن الإضراب هو: "توقف العمال المدبر عن العمل بقصد الموافقة على تحسين شروط العمل".

وفي أحكام عديدة ظلت محكمة النقض الفرنسية تسرد التعريف السابق إلا أن استقرت بعد ذلك على أن الإضراب هو: "توقف مدبر عن العمل بغرض تأييد مطالب مهنية محددة سلفا رفض صاحب العمل تحقيقها".<sup>3</sup>

ففي 1985<sup>4</sup> أكدت بكل وضوح: "أن الإضراب إذا كان من الجائز أن يكون مباغتا فإنه من الضروري لكي يكون مشروعاً، أن يرتبط بمطالب مهنية محددة سلفا والتي رفض صاحب العمل الوفاء بها، وعليه كان ينبغي على العمال -لتفادي الإضراب غير المشروع - أن يقدموا مطالبهم لصاحب العمل، ثم انتظار استجابته بحيث لا يجد الإضراب تبريره إلا في حالة رفض صاحب العمل الوفاء بمطالب العمال".

بعبارة أخرى يؤدي الحل الذي قضت به محكمة النقض الفرنسية إلى فرض نوعا من الإخطار على العمال، الأمر الذي يحول حقا دون الإضراب المفاجئ الذي أشار إليه الحكم "inopiné". بيد أنه في

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد أبو عمرو، الحق في الإضراب بين القانون الفرنسي والقوانين العربية، المرجع السابق، ص 24-25.

<sup>2</sup> - Cour de Cassation, section sociale, du 28 juin 1951, 51-01.661, Publié au bulletin.  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006952946>.

<sup>3</sup> - /صلاح علي حسن، تنظيم الحق في الإضراب (دراسة في التشريعات العربية والمقارنة)، المرجع السابق، ص 22.

<sup>4</sup> - Cour de Cassation, Chambre sociale, du 5 juin 1985, 83-12.511, Publié au bulletin  
[https://www.doctrine.fr/d/CASS/1985/JURITEXT000007016216?action=recosys&origin=JURITEXT000007010320&type=suivants\\_jp&event\\_key=2017-1](https://www.doctrine.fr/d/CASS/1985/JURITEXT000007016216?action=recosys&origin=JURITEXT000007010320&type=suivants_jp&event_key=2017-1).

حكما الصادر في 24 مارس 1988 أقرت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض مشروعية الإضراب<sup>1</sup> الذي ينطلق في نفس وقت تقديم المطالب دون انتظار إجابة صاحب العمل<sup>2</sup>، ومن خلال هذه التعريفات التي تم سبق بيانها نستنتج أن للإضراب عناصر حتى يتم التمييز بينه وبين أي توقف.

- أن تكون يكون هناك توقف وامتناع أو اعتراض عن العمل.

- يجب أن يكون هذا الاعتراض نابع إرادة من العامل أو الموظف وأن يكون هناك مقصد من خلال توقفه عن العمل وأن يكون مرتبطا بمصالحه المهنية وليس خارجا عنها. وأن يكون وفق أطر اللوائح والأنظمة.

### ثانيا: تنظيم الإضراب

تختلف النظرة إلى الإضراب من بلد لآخر باختلاف الفلسفة السائدة في هذا المجتمع، أو ذاك فأغلب التشريعات ترى في الإضراب وسيلة للحصول على الحقوق المسلوبة. ونتيجة لتطور الديمقراطية وقضية حقوق الإنسان بدأ موظفو المرافق العامة يحصلون شيئا فشيئا على حقوقهم، وهكذا تدريجيا حتى حصلوا على أقدس حق كانوا محرومين منه منذ قرون طويلة وهو حق الإضراب. لهذا أخذت معظم الدول تنظم هذا الجانب بسن قوانين وتنظيمات سعيا لإحاطته بمجموعة من القواعد التي تنظم ممارسته في بعض الأنشطة والقطاعات، وتحد منه في قطاعات أخرى ومنه وتحريمه في ميادين الأنشطة الأساسية ذات الطابع الحيوي للمجتمع، إذ نجد دول تعتنق حق الإضراب خاصة في الدول المتقدمة كإيطاليا وإسبانيا، وفيما يخص الدول العربية فالأمر يختلف من بلد لآخر كمصر والعراق ولبنان<sup>3</sup>.

### أ/ التنظيم القانوني للإضراب في فرنسا

لم يكن الإضراب في فرنسا عملا مباحا يمكن من خلاله التعبير عن الرأي والدفاع عن الحقوق المشروعة، وإنما كان الإضراب ممنوعا ومجرما، ابتداء من قرار فياغ كيورتنس (Vellers Querts) الذي وقعه فرانسو الأول سنة 1539، والذي منع بموجبه التجمع لأغراض مهنية، وقد تم تأكيد مضمون القرار المذكور بقانون شابلي (Chapeller) الصادر في سنة 1791 والذي منع كل تجمع مهني أو عمل

<sup>1</sup> - Cour de Cassation, Chambre sociale, du 24 mars 1988, 86-40.624 86-40.625, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000007020484>.

<sup>2</sup> - د/ إبراهيم صالح الصرايرة، مشروعية الإضراب وأثره في العلاقات التعاقدية (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة سنة 2012، ص 20-21.

<sup>3</sup> - أ/ ميثم غانم جبر المحمودي، حق الإضراب بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 97.

نقابي في فرنسا وقت صدوره وهذا ما تم تأكيده أيضا بقانون 14 كانون الثاني 1794، وقد تم تجريم الإضراب في قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1810.<sup>1</sup>

فالإضراب انطلق تاريخيا في فرنسا ليشكل جناحة تكتل يعاقب عليها قانون العقوبات، ثم اتجهت السياسة الاجتماعية لنابليون الثالث منذ عام 1860 نحو تخفيف ردع الإضراب، وانتهت بصدور قانون 25 مايو 1864، الذي ألغى جناحة التكتل، بعبارة أخرى لقد أصبح الإضراب مشروعاً في فرنسا منذ صدور هذا القانون.

وجاءت ديباجة دستور 27 أكتوبر 1946 على نحو ما تقدم لتضفي القيمة الدستورية على حق الإضراب والتي أحالت إليها ديباجة دستور الجمهورية الخامسة<sup>2</sup>. فهذه الديباجة قد نالت القيمة الدستورية بمقتضى قرار المجلس الدستوري الصادر في 16 يوليو 1971 بشأن حرية الاجتماع<sup>3</sup>. كما أن المجلس الدستوري صنف حق الإضراب ضمن المبادئ ذات القيمة الدستورية<sup>4</sup>.

#### 1- إضراب الموظفين العموميين قبل دستور 1946:

قبل دستور 1946 كان إضراب موظفي المرافق العامة هو عمل غير قانوني (غير شرعي)، فهم بذلك لا يرتكبون خطأ فردياً، بل يضعون أنفسهم في عمل جماعي خارج نطاق تطبيق القوانين واللوائح. وليس من الضروري حتى في هذه الحالة اللجوء إلى أحكام قانون العقوبات الواردة في المواد

<sup>1</sup> - د/سعيد علي غافل، الإضراب الوظيفي (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 69.  
<sup>2</sup> - ديباجة دستور فرنسا الصادر عام 1958 شاملاً تعديلاته لغاية 2008 " يعلن الشعب الفرنسي رسمياً تمسكه بحقوق الانسان ومبادئ السيادة الوطنية مثل ما حددها إعلان 1789 وكما أكدت عليها وأكملتها ديباجة دستور عام 1946 وكذلك تمسكه بالحقوق والواجبات التي أقرها ميثاق البيئة عام 2004".  
على الرابط الإلكتروني:

[https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar) بتاريخ 2018/1/12

<sup>3</sup> - Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. Considérant qu'au nombre des - 95 -eme- 95 -it- 95 -es fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions - 95 -eme- 95 -it- 95 -es de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule - 95 -eme- 95 -it du - 95 -eme- 95 - d'une - 95 -eme- 95 -it- 95 -es - 95 - préalable ; qu'ainsi, à l'exception des - 95 -eme- 95 -it- 95 - - 95 -eme- 95 -it- 95 -es- 95 - d'être prises à l'égard de - 95 -eme- 95 -it- 95 -es particulières d'associations, la constitution d'associations, alors - 95 -eme qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet - 95 -eme- 95 -it, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou - 95 -eme de l'autorité judiciaire .

Site Web: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm> 2018/1/18a 16:30.

<sup>4</sup> - د/ إبراهيم صالح الصرايرة، مشروعية الإضراب وأثره في العلاقات التعاقدية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 73.

123 إلى 125. المجرمة لائتلاف الموظفين و مما لاشك فيه أن الجريمة المنصوص عليها في المادة 123 من قانون العقوبات، تجرم الموظف الذي يحث على التوقف المؤقت عن العمل عن طريق دعوات عامة للإضراب، لكن هذه الآلية القانونية لم تعمل إلا مرة واحدة.<sup>1</sup>

إذ لم يتضمن التشريع الجنائي الفرنسي نصا يعتبر الإضراب جريمة جنائية، الأمر الذي يوحي بأن الإضراب يعتبر عملا مشروعاً وحقا للموظفين باعتباره مظهراً هاماً من مظاهر حرية التعبير عن الرأي طالما لم يصدر نص بتحريمه.

ولكن بالرغم من ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي قدر خطورة الإضراب على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وقضى بأن الإضراب يعتبر عملاً غير مشروع *acte illicite*، وهو لذلك يعتبر مكوناً لخطأ تأديبي جسيم يستوجب توقيع عقوبات تأديبية.

ولقد أحسن مجلس الدولة الفرنسي صنعا بتحريمه الإضراب واعتباره عملاً غير مشروع<sup>2</sup>، لأنه يعتبر العائق الأول لسير المرافق العامة، التي أنشأت خصيصاً لكي تسدى خدمات أساسية للجمهور، الذي يهيمه أن تؤدي هذه الخدمات بصفة مستمرة ومنتظمة.<sup>3</sup> هذا من جانب القضاء أما من جانب

<sup>1</sup> -Gérard Belorgy , Le Droit De La Greve Er Les Services Publics , Edition Berger –Levrault Paris ,France 1964 ,p16.

<sup>2</sup> -Fonction publique- GREVE, C.E.7 aout 1909, WINKELL, Rec.826 et 1296, concl. Tardieu, (S.1909.3.17, concl. Tardieu, note Hauriou ; D.1911.3.17, concl. Tardieu ; R.D.P.1909.494 , note Jèze)

Cons. Que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concentré entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale ; que, par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale ; qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public sous quelque dénomination que se soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration ; que, dans le cas d'abandon collectif ou concret du service public, l'administration est tenue de prendre des mesures d'urgences et de procéder à des remplacements immédiats ;

Cons. Que le sieur Winkell ne conteste pas qu'il était au nombre des ouvriers du service des postes qui étaient en grève au mois de mai 1909 et que, pour demander l'annulation de l'arrêté par lequel le sous-secrétaire d'Etat a prononcé sa révocation, il se borne à alléguer que cette mesure a été prise sans qu'il ait reçu préalablement la communication de son dossier, en conformité de l'art. 65 de la loi du 22 avr. 1905 ; Mais cons, qu'il résulte de ce qui précède que, quelle que soit la généralité des termes de cet article, le législateur n'a pas pu comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il a formulé cette prescription ; ..... (Rejet) Voir :M. Long /P.Weil/ G.Braibant /P.Delvolvé /B.Genevois Les grands arrest de la jurisprudence administrative, op, cit ; p126.

<sup>3</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 317.

الفقه فإن أغلب فقه القانون العام في فرنسا كان يعتبر إضراب الموظفين العموميين عملاً غير مشروع قبل الاعتراف الدستوري به عام 1946، حيث يرى الأستاذ Gaston Jéze أن الإضراب في المرافق العامة يشكل خطراً جسيماً أياً كانت الظروف، ويرى أن الإضراب والمرفق العام مفهومان متعارضان، فالإضراب من وجهة نظره عمل يؤدي إلى خضوع سير العمل بالمرفق العام، أي إشباع المصالح العامة لمصالح الموظفين الخاصة ويرى أن هذه المصالح الخاصة أياً كانت لا يمكن أن تتفوق على المصلحة العامة، التي يقوم بإشباعها المرفق العام، حيث يرتكز نظام المرفق العام على هيمنة وتفوق المصلحة العامة، وبالتالي يكون الإضراب من جانب الموظفين العموميين عملاً غير مشروع وبشكل خطأ تأديبياً. ويرى Maurice Hauriou أن الإضراب يتعرض مع وضع الموظف ذاته ويتعارض كذلك مع وجود التنظيم الإداري الذي يرفض التعارض والتضاد بين أصحاب العمل والمستخدمين، ويرى أخيراً أن الإضراب يتعارض مع مقتضيات المرافق العامة.

ويرى Louis Rolland أن الوظيفة العامة في فرنسا تقوم على أساس مبدأ السلطة الرئاسية وفكرة النظام وبالتالي فإن كل ما يهدف إلى هدم هذا المبدأ أو تلك الفكرة يكون محظوراً وعلى هذا الأساس يحظر على الموظفين العموميين اللجوء إلى الإضراب.<sup>1</sup>

وبسبب تبني فقهاء القانون العام في فرنسا هذه الفكرة وهي، فكرة الوظيفة العامة وفكرة المرفق العام والحديث عن فكرة الوظيفة العامة نجد الإضراب يتعارض مع أحد المبادئ المهمة في الوظيفة العامة، ألا وهو مبدأ طاعة الرؤساء، حيث يمتاز هذا المبدأ بالتنظيم الإداري والتدرج الهرمي في كل وحدة إدارية بحيث يخضع كل موظف للسلطة الأعلى منه وظيفياً. وكأصل عام يجب أن يحترم كل موظف أوامر رؤسائه طالما تتسم بالمشروعية، حيث ينبغي على الموظف بمجرد دخوله الوظيفة العامة أن يخضع للواجبات الوظيفية المفروضة عليه، وهذه الواجبات تتعارض مع الاعتراف له بحق الإضراب، فهو في هذه الحالة لا يخضع لأوامر الرؤساء الإداريين، وإنما يخضع لأوامر وتوجهات النقابة، وهو ما يخالف واجب الطاعة والذي يعد من أهم الواجبات الوظيفية. فهو الأصل العام لجل تلك الواجبات، ويعد مبدأ طاعة الرؤساء بمثابة العمود الفقري في كل نظام إداري فإذا تسرب إليه أي خلل مثل الإضراب فلن يجدي في إصلاح الإدارة أي علاج.

ومن الحجج التي ساقها الفقه أيضاً هي علاقة الموظف بالدولة فهي ليست كعلاقة العمل برب العمل، وذلك لأن الدولة تعتبر سلطة سياسية عامة، والإضراب يعد من أعمال التحدي لها، من حيث

<sup>1</sup> - برتيمه عبد الوهاب، الإضراب ومبدأ استمرارية المرفق العام (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالجزائر وفرنسا)، المرجع السابق، ص 83.

إجبار السلطة العامة على تحقيق مطالب تتعارض والمركز التنظيمي للموظف العام، وهذا المركز الذي يسمح للسلطة العامة بتحديد سلطة العمل وتنظيم حقوقه وواجباته بإرادتها المنفردة مما يحقق المصلحة العامة. وتأسيساً على ذلك لا يعد الإضراب عملاً مشروعاً من قبل الموظف العام، ومرد ذلك أن حقوق وواجبات الموظف ومطالبه المهنية التي يضرب من أجل المطالبة بها أو لتعديلها أمر متروك للقوانين واللوائح التي تصدرها الدولة في هذا الشأن وبالتالي فهي ليست محلاً للتفاوض ولا يجوز الاتفاق بين الموظف والإدارة على ما يخالفها.<sup>1</sup>

ويقرر ريفيرو بأن شرعية فصل الموظفين المضربين دون إتاحة الفرصة لاطلاعهم على ملف خدمتهم، تستند إلى فكرتين متميزتين :

**الأولى :** إن الموظف المضرب يكون قد ساهم في تعطيل سير العمل، وهذا يعد خروجاً على القوانين واللوائح التي تكفل له الضمانات التأديبية، ومنها اطلاعه مقدماً على ملف خدمته قبل محاكمته تأديبياً طبقاً لنص المادة 65 من قانون 22 أبريل سنة 1905.

**الثانية :** إن الإدارة -على أثر هذا الإضراب- تكون مهددة بتعطيل سير مرافقها العامة، لذا يجب عليها اتخاذ الإجراءات التي تكفل سير مرافقها العامة دون انقطاع ومنعت سرعة فصل الموظفين، دون أن تمنحهم فرصة الاطلاع على ملف خدمتهم قبل المحاكمة.<sup>2</sup>

## 2- إضراب الموظفين العموميين بعد دستور 1946:

دفعت الظروف غير العادية التي مرت بها فرنسا في الحرب العالمية الثانية إلى إقامة حريات سياسية تدعمها حريات اقتصادية واجتماعية، وقد كانت تلك الحريات عاملاً تحفيزياً للمجتمع الفرنسي من أجل المطالبة بالمزيد من هذه الحقوق والحريات، لذلك جاء في مقدمة الدستور 1946 النص على هذه الحقوق والحريات وخاصة حق الإضراب والذي جاءت صيغته : "إن حق الإضراب حق مكفول للجميع وذلك في إطار القوانين التي تنظمه".

ولكن هذه الديباجة تعرضت لنقد من قبل الشعب حينما عرضت في استفتاء شعبي. ومرجع ذلك أنه رغم الاعتراف الصريح بحق الإضراب في صلب الدستور، فإن إطلاق إضفاء صفة الحق على الإضراب دون استثناء أي طائفة من المتمتع بهذا الحق وفقاً لتنظيم القانون له. مما دفع المشرع إلى

<sup>1</sup>- عبد الوهاب خليفة الصويحي السائح، إضراب الموظفين بين الإجازة والتجريم (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2016، ص 99.

<sup>2</sup>- د/محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 319، 320.



إصدار قانون رقم 46 لسنة 1946، والذي يتعلق بالنظام العام للموظفين وتنظيم الحق النقابي لهم، إلا أنه التزم الصمت فيما يخص حق الإضراب، وإن كان بعض الفقهاء يرى أنه بمجرد الاعتراف بالحق النقابي للموظفين يفهم منه ممارسة حق الإضراب. إذ عرض في استفتاء عام والذي لم يسلم هو أيضا من النقد، وبالتالي عدم موافقة الجماهير على هذه الديباجة أيضا.<sup>1</sup>

غير أن الجدل الذي ثار هنا تمحور حول مدى إمكانية الاستناد إلى النص الوارد في مقدمة الدستور كأساس لتبرير مشروعية الإضراب بالنسبة للموظفين العموميين بمعنى آخر القيمة القانونية لديباجة الدستور الفرنسي لعام 1946 هل ترتقي إلى مستوى النصوص الدستورية، أم أنها تتجرد من كل قيمة قانونية بحيث لا تعدو أن تكون مجرد مبادئ فلسفية أو سياسية؟<sup>2</sup>

وأيا ما كان الصواب، فإن إضراب العاملين في المرافق العامة في فرنسا يخضع حاليا لمجموعة من المبادئ التي تقررت في حكم ديهان الذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي في 7 يوليو 1950<sup>3</sup> وفي أحكام لاحقة، وكذلك لبعض التشريعات التي صدرت منظمة لحق الإضراب في المرافق العامة، والتي كان أبرزها، أهمها القانون الصادر في 31 يوليو 1963، ذلك القانون الذي وضع الشروط التي يلزم توافرها عند ممارسة حق الإضراب، وحرّم تحريما مطلقا بعض أشكال الإضراب، واستلزم الإخطار

<sup>1</sup> - عبد الوهاب خليفة الصويحي السائح، إضراب الموظفين بين الإجازة والتجريم (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 102.

<sup>2</sup> - م د/ رشا خليل عبد، مدى دستورية إضراب الموظف العام في ظل القانونية الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 170.

<sup>3</sup> - قضية دوهان الشهيرة لعام 1950 وبعد توضيح مفوض الحكومة جازير Gazier في هذه القضية حيث تتلخص وقائع هذه القضية بصور دعوة للإضراب في حقوق موظفي المحافظات الفرنسية بتاريخ 13 يوليو 1948، وذلك من أجل تحقيق مطالبهم المهنية، فقام وزير الداخلية في ذات اليوم وأصدر قرارا بإيقاف كل الموظفين القياديين، وقد تم تحديدهم بصفهم من وظيفة رئيس مكتب وما فوق والذين يشاركون في الإضراب عن العمل فورا بعد إعلامهم، وبعد مشاركتهم في الإضراب لعدة أيام تقدر بأسبوع عاد معظم الموظفين المذكورين إلى العمل بأمر من نقابتهن وكان المحافظون قد قرروا وقف هؤلاء الموظفين عن العمل بمجرد اشتراكهم في الإضراب، إلا أنه بعد رجوعهم إلى العمل استبدلت هذه العقوبة لعقوبة أخف فكانت عقوبة اللوم أو التأنيب، وقام بعد ذلك السيد دوهان " بتقديم طعن ضد القرار المذكور لمجلس الدولة الفرنسي مطالبا بإبطال هذه العقوبة، لأنه يمارس في ذلك حقه في التعبير عن الرأي مستندا في ذلك إلى مقدمة دستور الجمهورية الرابعة، وقام بعد ذلك مفوض الحكومة بتقديم تقريره بخصوص هذه القضية قائلا أن مجلس الدولة قد اتخذ في السابق قرارات بعدم مشروعية الإضراب، كما إن المشرع الفرنسي في قانون الوظيفة العامة الصادر في 14 أكتوبر 1946 قد أعطى الموظفين العموميين الحق في تكوين النقابات، والتزم الصمت بالنسبة لتقرير حق الإضراب لهم ومن ثم فإن النص الدستوري الوحيد الذي أشار إلى حق الإضراب هو النص الوارد في الفقرة الخامسة من مقدمة الدستور لعام 1946، وفيما يتعلق بالقيمة القانونية فيؤكد مفوض الحكومة أن النصوص الدستورية التي تنظمها إعلانات الحقوق ومقدمة الدساتير وحتى القوانين التي يصدرها المشرع العادي، فهي لا تتساوى في المرتبة مع النصوص التي ترد في صلب الدستور، ولكن في نفس الوقت لا يمكن البقاء على الأحكام القضائية لمجلس الدولة التي تعتبر الإضراب الوظيفي غير مشروع وكذلك أيضا لا يمكن إنكار القيمة القانونية لتلك النصوص الدستورية، فهي تعتبر مبادئ أساسية يجب الاقتداء بها من قبل المشرع العادي أو الجهات الإدارية مع وجوب احترام القضاء له مع احتفاظه بحقه في مراقبة تطبيقها، مع العلم بعدم قيام المشرع العادي بوضع تشريعات اللازمة لتنظيم حق الإضراب التي أكلها له المشرع الدستوري وإنما اقتصر الأمر على إصدار قوانين يتعلقان بحظره على بعض الطوائف وليس من قبيل التنظيم لهذا الحق في مجال الوظيفة العامة. ينظر : د/عبد الوهاب الصويحي السائح،، إضراب الموظفين بين الإجازة والتجريم (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 105-106.

المسبق بموعد الإضراب وساعته ومكانه ودوافعه وأهدافه، وبالرجوع إلى المبادئ التي قررها القضاء، وإلى الشروط التي وضعها المشرع. وباستعراض الحالات التي حرم فيها الإضراب، يتبين أن هذه المبادئ، وتلك الشروط تصدر أساساً عن الرغبة في تحقيق مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد فإعمال هذا المبدأ هو الذي تطلب وضع الشروط والضمانات للممارسة حق الإضراب، وهو الذي استلزم تحريم الإضراب كلية في بعض المرافق العامة أو بالنسبة لطوائف معينة من العاملين بها، وقد أوضحت الحكومة في مذكرتها المرفقة بمشروع القانون الذي أصبح فيما بعد قانون 31 يوليو 1963، وإنما اقتصر على وضع بعض الشروط للممارسة الحق في الإضراب، وأنه بالتالي لا يمنع السلطة التنفيذية من اتخاذ ما تراه ضرورياً من إجراءات وما ترى فرضه من قيود لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.<sup>1</sup>

### ب/ التنظيم القانوني للإضراب في التشريع الجزائري :

أولى النصوص القانونية الجزائرية التي أقرت حق الإضراب تضمنها دستور 08 أيلول 1963<sup>2</sup>، وهو أول تشريع ظهر في الجزائر بعد الاستقلال حيث نصت المادة 20 من الدستور المذكور على أن الإضراب يمارس في حدود القانون بقولها «الحق النقابي، وحق الإضراب، ومشاركة العمال في تدبير المؤسسات معترف بها جميعاً، وتمارس هذه الحقوق في نطاق القانون.» ونص هذه المادة يوضح اعتراف المشرع بمشروعية الإضراب، دون التمييز في ذلك بين عمال القطاع العام، أو عمال القطاع الخاص، وفي نفس الوقت، وبالرجوع إلى القانون الذي يحكم القضاء بالأمر الصادر بتاريخ 13 مايو 1969<sup>3</sup> جاء وبنص صريح في المادة الثانية منه على أنه : "يمنع على القاضي كل عمل مدبر باتفاق من شأنه أن يعرقل سير العدالة" ونفس الأمر فيما يتعلق بقانون الوظيفة العامة والتعديل الذي جاء في عام 1965، حيث لم يقوماً بذكر أي نقطة تتعلق بحق الإضراب، ومن وجهة نظر معينة يتضح أن تفسير ذلك هو النظام الذي تبنته الجزائر آنذاك أي النظام الاشتراكي، وهذا الأخير عادة لا يعترف ولا يسمح بهذا الحق، إلا اعتراف المشرع الجزائري بحق الإضراب في المادة 20 من دستور 1963 والأمر الصادر بتاريخ 13 مايو 1969.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة سنة 2016، ص 415، 416.

<sup>2</sup> - دستور 1963 المؤرخ في 8 سبتمبر 1963 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مشار إليه سابقاً.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 27/69 المؤرخ في 13 ماي 1969، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر ع 42، المؤرخة بتاريخ 16 ماي 1969.

<sup>4</sup> - أ/ برتيمية عبد الوهاب، الإضراب ومبدأ استمرارية المرفق العام (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالجزائر وفرنسا)، المرجع السابق، ص

فإذا تم استقراء موقف المشرع الجزائري من الحق في الإضراب يلاحظ أنه قد اعترف به حقا من الحقوق المكفولة دستوريا وذلك ضمن مقتضيات دستور 1963. لكن بالرجوع إلى القانون المنظم للوظيفة العامة يبدو أنه لم يشر إلى بيان تنظيم الإضراب وظل متمسكا بمبادئ الاشتراكية آنذاك، كما أنه كذلك قام بمنع وتحريم الإضراب في المرافق ذات السيادة كمرفق القضاء مثلا وهذا بصريح المادة الثانية من القانون الذي يحكم القضاء، وهذا ما سبق بيانه، من هذا الموقف يتضح أن المشرع الجزائري قد راعى المصلحة العامة وهي استمرارية سير المرفق العام على المصلحة الخاصة.

فتنظيم السلطات العمومية على وجه الخصوص، تضمنه الأمر الدستوري الصادر في 10 يوليو 1965، إلا أنه لم يتطرق إلى حق الإضراب، ولا على كل ما له صلة بالحريات العامة وفلسفة النظام وحتى قانون الوظيفة العمومي لسنة 1966، وإن اعترف بالحق النقابي فإنه لم يشر إلى حق الإضراب. فسكوت النصوص عنه هو في مفهوم الفقه بمثابة عدم الاعتراف بحق الإضراب في القطاع العمومي الإداري والاقتصادي.<sup>1</sup>

ذات المسلك يتضح من خلال الأمر 71-74 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات<sup>2</sup> الذي اكتفى بالإعلان عن مجموعة من الحقوق كالحق في الأجروحق المشاركة في التسيير والحق في الأرباح والتكوين والراحة دون الإشارة للحق في الإضراب، وهذا أمر طبيعي فرضته طبيعة المرحلة. فلا يمكن أن تصور أن العمال في ظل الفلسفة الاشتراكية هم من جهة رواد التنمية الاقتصادية، ومن جهة أخرى يعترف لهم المشرع بحق الإضراب.

وجاء دستور 1976 ولم يفصح المؤسس فيه عن موقفه من حق الإضراب في القطاع العام عموما، سواء الإداري، أو الاقتصادي، واكتفت المادة 61 منه بالاعتراف بحق الإضراب في القطاع الخاص.<sup>3</sup>

ولم تحد قواعد القانون الأساسي العام للعامل عن المبدأ العام. فلم تجز صراحة ممارسة حق الإضراب في القطاع العام الاقتصادي، بل أجازته وبصريح العبارة فقط في قطاع خاص (المادة 21) تجسيدها للمبدأ الدستوري.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 115.

<sup>2</sup> - لمزيد من التفصيل ينظر: الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16-11-1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، مشار إليه سابقا .

<sup>3</sup> - تنص المادة 61 من دستور 1976 الصادر بالأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مشار إليه سابقا، على أنه: "تخضع علاقات العمل في القطاع الاشتراكي لأحكام القوانين والتنظيمات المتعلقة بالأساليب الاشتراكية للتسيير في القطاع الخاص حق الإضراب معترف به وينظم القانون ممارسته".

<sup>4</sup> - أ د/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 446.

وحمل دستور 1989<sup>1</sup> ولأول مرة شيئاً جديداً بخصوص حق الإضراب تمثل في الاعتراف بممارسته في جميع القطاعات إلا ما استثنى بنص فنصت المادة 54 منه على أن "الحق في الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون ويمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو أن يجعل حدوداً لممارسته في ميادين الدفاع الوطني أو الأمن أو في جميع الخدمات، أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

وحتى المرسوم 59-85 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي للعمال المؤسسات والإدارات العمومية<sup>2</sup>، وبذلك فهناك سكوت عن حق الإضراب في المرافق العامة.

كما تطرق إليها القانون رقم 90-02 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المعدل والمتمم بموجب القانون 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب<sup>3</sup>، حدد بدقة طرق ممارسة حق الإضراب في المرافق والمقاولات العمومية، ومن بين الإجراءات التي تضمنها هذا القانون القيود المنصوص عليها في المادة 43: "يمنع اللجوء للإضراب في ميادين الرئيسية التي قد يعرض توقفها حياة أو أمن أو صحة المواطنين أو الاقتصاد الوطني للخطر"<sup>4</sup>.

وكذا المادة 32 من نفس القانون التي نصت على أنه: "يحمي القانون حق الإضراب الذي يمارس مع احترام هذا القانون ولا يقلع الإضراب الذي يشرع فيه حسب هذه الشروط، علاقة العمل، ويوقف الإضراب آثار علاقة العمل طوال مدة التوقف عن العمل ما عدا فيما اتفق عليه طرفا الخلاف بواسطة اتفاقيات وعقود يوقعانها"<sup>5</sup>.

بذلك المشرع أدرج مباشرة ضمن القواعد الشكلية للقانون، تعبير ROLLAND أي استمرارية المرافق العامة ثم دونه في النظام القانوني الوطني، وعند تطرقه لمنازعات العمل الجماعية المتعلقة

<sup>1</sup> - دستور 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، المتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، مشار إليه سابقاً .

<sup>2</sup> - المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس سنة 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمل المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر ع 13 السنة الثانية والعشرون، المؤرخة بتاريخ 24 مارس سنة 1985.

<sup>3</sup> - القانون رقم 90/02 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر ع 06، المؤرخة بتاريخ 7 فيفري 1990 المعدل والمتمم بموجب القانون 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر ع 68، السنة الثامنة والعشرون المؤرخة بتاريخ 25 ديسمبر سنة 1991 .

<sup>4</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 35.

<sup>5</sup> - نص المادة 32 القانون رقم 90/02 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم بموجب القانون 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، مشار إليه سابقاً .

بكل القطاعات عمومية كانت أو خاصة، في نص قانون 6 فبراير 1990<sup>1</sup> على إقامة حد أدنى للخدمات "عندما يشمل الإضراب أنشطة يخل توقفها الكامل باستمرارية المرافق العامة الضرورية" كما ينص على إمكانية توجيه تسخير "للمضربين الذين يشغلون في الهياكل العمومية والمؤسسات، مناصب ضرورية... لاستمرارية المرافق العامة الأساسية"<sup>2</sup>.

إذ نصت المادة 37 من نفس القانون على تأمين الحد الأدنى من الخدمات Les Services minimal والهدف من تقييد الإضراب هو ضمان استمرارية المرفق العام وتفادي تعطل تأمين الحاجيات الأساسية للمواطنين، وتعطل المرافق الأساسية للدولة يعني تعطل الدولة في حد ذاتها.<sup>3</sup>

ومهما يكون من أمر، فإن تطبيق مبدأ استمرارية المرافق العامة يتعارض مع قاعدة أساسية أخرى، ومع حرية عامة هامة، وهي حق الأعدان العموميين في الإضراب. وهكذا مثل ما جرى في فرنسا فكرة تنظيم الإضراب ووضع حدود له، ورغم قدمها فإن هذه الفكرة لم تدرج في القانون الوضعي إلا أخيرا.<sup>4</sup>

وأخيرا صدر الأمر 03.06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية<sup>5</sup> واعترفت المادة 36 منه للموظف بممارسة حق الإضراب في ظل التشريع المعمول به أي في ظل القانون 02-90 المعدل والمتمم.<sup>6</sup>

ونفس النص جاء في آخر دستور عرفته الجزائر وهو دستور 28 نوفمبر 1996 في المادة 57<sup>7</sup> منه وأيضا في القانون الأساسي للوظيف العمومي لعام 1966، فقد أقر المشرع الجزائري على أن الإضراب يعد حقا من حقوق الموظف العمومي، كما نصت المادة 21 من القانون الأساسي العام للعامل على أنه

<sup>1</sup>- القانون رقم 02/90 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، المعدل والمتمم بموجب القانون 27-91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، مشار إليه سابقا .

<sup>2</sup>- د/ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 115.

<sup>3</sup>- د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 35.

<sup>4</sup>- د/ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 115.

<sup>5</sup>-- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الموافق بالقانون رقم 06-12 المؤرخ في 2006/11/14 ج ر ع 72 المؤرخة في 2006-11-15.

<sup>6</sup>- د/ غسان مدحت خير الدين الخيري، مدخل في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 151.

<sup>7</sup>- تنص المادة 57 من دستور 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، مشار إليه سابقا، على أن: "الحق في الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون. يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

تطبيقاً للمادة 61 من دستور 1976 فإن حق الإضراب معترف به في القطاع الخاص، ويمارس وفقاً للكيفيات المحددة بموجب القانون.<sup>1</sup>

أما التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 فقد أقر ونص على الحق النقابي والحق في الإضراب أنه معترف به وذلك وفق مقتضيات المواد 70 و71.<sup>2</sup>

لم يقتصر أثر مبدأ دوام سير المرافق العامة - في مجال العاملين بها - على تحريم الإضراب أو تنظيمه وتقييده، بل تعداه إلى ضرورة تنظيم استقالة العاملين بما يضمن عدم الإخلال بحسن سير المرافق العامة.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### التنظيم القانوني لاستقالة الموظفين في المرافق العامة

الاستقالة هي عمل يظهر به الموظف إرادته في ترك الوظيفة نهائياً. فهي تعني عدم القيام بواجبات الوظيفة مع عدم التمسك بمزاياها على خلاف الإضراب ففي يمتنع الموظف عن أداء واجبات وظيفته مع تمسكه بمزاياه.

وفي تطبيقات هذا المبدأ ينظم استقالة الموظفين بعدم جواز إنهاء خدماتهم بإرادتهم عن طريق تقديم طلب، وإنما لابد من قبول الإدارة لهذه الاستقالة نظراً لما يؤدي إليه هذا التصرف من تعطيل العمل في المرفق.<sup>4</sup>

فبالرغم من أن الاستقالة حق للموظف يستخدمه كيفما يشاء، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً وذلك حفاظاً على ضرورة دوام سير المرفق العام بانتظام وإضطراد، حتى لا يسمح للموظف أن يترك

<sup>1</sup> - أ/برتيمة عبد الوهاب، الإضراب ومبدأ استمرارية المرفق العام (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالجزائر وفرنسا)، المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup> - تنص المادة 70 من التعديل الدستوري الأخير على أنه: «الحق النقابي مُعترف به لجميع المواطنين وكذا المادة الحق في الإضراب مُعترف به، ويُمارس في إطار القانون.» والمادة 71 نصت على الحق في الإضراب «يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدوداً لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع.»

<sup>3</sup> - د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 418.

<sup>4</sup> - عبد الله شلاش المازمي، النظام القانوني للمرفق العام في ضوء تطبيق مشروع الحكومة الإلكترونية (دراسة في تطبيق مشروع الحكومة الإلكترونية في القانون المصري والكويتي)، رسالة مقدمة لكلية الحقوق لنيل درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، السنة الجامعية 2007 ص 55.

العمل بمجرد تقديم طلب الاستقالة وإنما يجب عليه الاستمرار في عمله حتى تستجيب الإدارة لهذا الطلب.<sup>1</sup>

إذ تعد الاستقالة، إذن وسيلة لإنهاء خدمة الموظف العام فعلا. ونظرا لخطورتها فقد تناولها المشرع بالتنظيم الذي يكفل ضمانات الموظف العام وذلك بقصد ضمان سير هذه المرافق.<sup>2</sup>

من هذا المنطلق سنتطرق بالدراسة في هذا الفرع بالدراسة إلى مفهوم الاستقالة (أولا) والتنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري (ثانيا).

### أولا: مفهوم الاستقالة

تمثل الاستقالة أصلا بذلك لحظة جديرة بالاهتمام في حياة المرفق العام تستجيب فيها الإدارة القائمة على ذلك المرفق إلى رغبة أحد عمال ذلك المرفق الملزمين قانونا بالعمل على ضمان سيره بانتظام وإضطراد إلى رغبتهم في هجر الخدمة هجرا نهائيا.

ولما كانت المرافق العامة تحتاج إلى رعاية خاصة من المشرع نظرا لأهمية الاحتياجات الجماعية التي تقوم بإلغائها فقد اقتضى أن يكون عمالها في علاقتهم بالحكومة في مراكز تنظيمية لائحية تختلف عن المراكز التعاقدية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة الفردية والتي تحكمها تنظيمات القانون الخاص. وقد كان طبيعيا أن ينعكس ذلك على الأحكام القانونية لاستقالة العاملين بعقود عمل في خدمة أرباب العمل وهيئات خاصة.<sup>3</sup>

### أ/ تعريف الاستقالة :

يرتبط الموظف العام بالإدارة برابطة ليست أبدية يحكمها ميعاد الالتحاق بالوظيفة العامة منذ صدور قرار التعيين من قبل الجهة المختصة، وميعاد تنتهي به تلك الرابطة بالأسباب التي حددها المشرع لذلك حصرا.

<sup>1</sup> -د/حمدي أبو النور السيد، د/أمل لطفي حسن، أحكام القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، ص 151، 150.

<sup>2</sup> -جار الله علي جار الله المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية 2014، ص 67.

<sup>3</sup> - د/ نعيم عطية، الاستقالة، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، العدد 02، تاريخ النشر سنة 1965 ص 161.

والبديهي بدون شك هو أن رابطة الموظف العام بالإدارة العامة ليست رابطة أبدية، فهي تبدأ بقرار تعيينه في الوظيفة من السلطة المختصة قانوناً وتنتهي بأحد الأسباب التي حددها المشرع حصراً، ومن بينها الاستقالة.

فالاستقالة تعد أحد أسباب انتهاء خدمة الموظف العام التي قررها المشرع، وتناولها بالتنظيم إلا أنه لم يضع تعريفاً تشريعياً، لماهية الاستقالة. وإزاء غياب ذلك التعريف التشريعي، فقد تصدى الفقه الفرنسي والمصري لتعريفها.<sup>1</sup>

تباينت الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الاستقالة، ذلك أن كل فقيه يعرف الاستقالة من وجهة نظره، الأمر الذي يترتب عليه وجود قائمة كبيرة من التعريفات.

فيعرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي: "هي رغبة الموظف في أن يترك العمل نهائياً"<sup>2</sup> كما ذهب الدكتور أنور رسلان إلى تعريف الاستقالة بأنها "رغبة العامل في إنهاء علاقته بالجهة التي يتبعها بإرادته قبل بلوغ سن الإحالة على المعاش".

وقد عرف الدكتور السيد محمد إبراهيم الاستقالة بأنها: "عمل إرادي من جانب العامل، يفصح فيه عن رغبته في ترك الخدمة بصفة نهائية، قبل بلوغه السن المقررة لذلك".

ويعرف الدكتور محمد محمود حلمي الاستقالة بأنها: "استجابة جهة الإدارة إلى رغبة أحد عمالها الملزمين قانوناً بالعمل في هجر الخدمة هجراً نهائياً ويستوي في ذلك أن يعبر العامل عن رغبته صراحة أو ضمناً."<sup>3</sup>

فالاستقالة تعني رغبة الموظف العام للانفكاك القانوني عن العمل الوظيفي وعدم الاستمرارية لأسباب خاصة تتعلق به، وهذا يؤدي إلى وقوع خلل واضطراب في أداء المرافق العامة لوظيفتها الإدارية وعرقلة سير العمل بها.<sup>4</sup>

كما يقصد بها أيضاً أنها: "طلب يقدمه الموظف إلى السلطة الإدارية المختصة يلتمس فيه أخذ موافقتها على إنهاء علاقته بالوظيفة العامة طوعاً وبصورة دائمة". فهي رغبة الموظف بقطع صلته

<sup>1</sup> - إلهام أمين عبد العزيز الشافعي، انعكاسات مبدأ دوام سير المرفق العام على المركز القانوني للموظفين العموميين (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2017، ص 123.

<sup>2</sup> - نقلاً عن د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 157.

<sup>3</sup> - مشتاق طالب ناصر، التنظيم القانوني لاستقالة الموظف العام في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 09.

<sup>4</sup> - عصام علي الدبس، القانون الإداري (الكتاب الأول، ماهية القانون الإداري، النشاط الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى سنة 2014، ص 438.



بالوظيفة العامة طوعاً وبصورة نهائية. فالالتحاق بالعمل الوظيفي يكون بمحض اختيار الموظف، ولكن الاستمرارية فيه لا تتوقف على محض إرادته، بل لابد من مراعاة مصلحة المرفق الذي يعمل فيه لأن الإدارة تعين الموظفين من أجل ضمان استمرارية سير المرافق العامة لذلك فإنه يجب التوفيق بين الصالح العام الذي يتمثل في استمرار سير المرافق العامة. ومصلحة الموظف، وذلك بالاستجابة لطلبه بترك العمل لوجود فرصة أخرى تكون أفضل من الوظيفة التي يشغلها، لهذا السبب فإن أنظمة الوظيفة تتطلب من الموظف أخذ موافقة السلطة الإدارية قبل ترك العمل.<sup>1</sup>

بيد أن حرية الموظف في الاستقالة ترد عليها بعض القيود التي تتعلق بسير المرافق العامة، حتى لا يكون الموظف في مركز الأجير في عقد إجباره الأشخاص. لذلك فإن المشرع يحرص عند تنظيم الاستقالة على التوفيق بين حق الموظف فيها، وحق الجماعة في الحصول على الخدمات العامة التي تسهر المرافق العامة على تحقيقها، وهذه قاعدة عامة تشمل جميع الموظفين مهما كان مركزهم في السلم الوظيفي.

والاستقالة قد تكون فردية، صادرة عن موظف واحد فقط أو جماعية صادرة عن عدد من الموظفين يتفقون على تقديمها في وقت واحد.

والاستقالة الجماعية *La démission collective* تكون أكثر خطورة على سير المرافق العامة من الاستقالة الفردية لأنها تؤدي في الواقع إلى انقطاع المرفق العام عن أداء وظيفته.<sup>2</sup>

فإن استقالة عدد كبير من الموظفين في وقت واحد هو شبيهه بالإضراب، ومن شأنه الإخلال بالمرفق العام وبالانتظام الواجب له، وقد يصل إلى تعطيل المرفق العام وإلحاق الضرر بالمنتفعين وبالدولة.

فإذا كان المبدأ في الوظيفة العامة هو وجوب قبول الوظيفة، فإن القاعدة المعتمدة هي أن الموظف المستقيل يستمر في وظيفته حتى قبول هذه الاستقالة من المرجع المختص، وأحياناً حتى تعيين الموظف البديل، وفي ذلك محافظة على سير المرفق العام بدون خلل أو اضطراب.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري (الكتاب الأول لمبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، الضبط الإداري، المرفق العام)، المرجع السابق، ص 336، 337.

<sup>2</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 388.

<sup>3</sup> - د/ عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 53.

فلكي تنتج أثارها القانونية، يجب أن تكون صادرة عن إرادة صحيحة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا وعلى الأخص الإكراه. كما أنه يجب أن تكون إرادة الموظف واضحة في التخلي عن الوظيفة قبل انتهاء مدتها، فقد قضت محكمة العدل العليا «وفي ضوء هذه الوقائع نجد أن الاستدعاء الذي قدمه المستدعي بعد انتهاء مدة العقد لا يعتبر استقالة على أن الطلب الذي يقدمه الضابط للتخلي عن خدمته بسبب انتهاء مدتها المعينة في العقد لا يعتبر استقالة، إذ أن الاستقالة، بالمعنى القانوني هي التي تكون الغرض منها التخلي عن الخدمة قبل انتهاء مدتها»<sup>1</sup>.

فاستقر الفقه والقضاء الإداريان في فرنسا منذ أمد بعيد أن علاقة الموظف بالإدارة لا تنقطع بمجرد تقديم الاستقالة بل بقبول هذه الاستقالة. وبمعنى آخر على الموظف المستقيل أن يستمر في أداء عمله ومباشرة واجبات منصبه، حتى تخطره الإدارة بقبول استقالته، والاستغناء عن خدماته.

إذ أن هذه القاعدة تشمل جميع موظفي الدولة مهما كان مركزهم في السلم الإداري، فهي تسري على الوزراء أنفسهم. فالوزير المستقيل يستمر في أداء مهام وزارته حتى تقبل استقالته، وحكمة هذه القاعدة واضحة، فامتناع الموظف عن عمله عقب استقالته مباشرة، قد يؤدي إلى ارتباكات شديدة في المرفق، إذا لم تستطع الإدارة أن تدبر خلفه. فتم إرساء هذا المبدأ مجلس الدولة الفرنسي قبل أن يقننه المشرع بقانون 19 أكتوبر 1946.<sup>2</sup>

بعد ذلك تبناها المشرع الفرنسي في قانون 19 أكتوبر سنة 1946 الصادر بنظام الموظفين في المادة 121 التي تقرر " أن الاستقالة..... لا أثر لها إلا إذا قبلتها السلطة المختصة بالتعيين..... ولا يسري مفعولها إلا ابتداء من التاريخ الذي تحدده السلطة ". ولكن هذا القانون قد حدد المدة التي للإدارة أن تتريث خلالها في قبول الاستقالة بشهر. إذ يتعين عليها أن تبدي رأيها خلاله سواء بالقبول، أو بالرفض.

على أن الموظف الذي ينقطع عن عمله إثر تقديم استقالته مباشرة يتعرض لعقوبات تأديبية (المادة 133 و134 من قانون سنة 1946)<sup>3</sup>. إذ يجب أن تقدم الاستقالة في شكل طلب مكتوب من ذوي الشأن، يعلن فيه رغبته في ترك الخدمة بصفة نهائية.

<sup>1</sup> - نقلا عن: د/ علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 326.

<sup>2</sup> - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، المرجع السابق، ص 208.

<sup>3</sup> - د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 510.

## ب/ تمييز الاستقالة عن الإضراب :

الإضراب رغبة من الموظف عن العمل مع تمسكه في الوقت ذاته بأهداف الوظيفة ومزاياها بالإضافة إلى عنصر المفاجأة في الإضراب العنصر من أثر فعال في إعاقة المرفق العام عن أداء رسالته بطريقة دائمة ومنتظمة.<sup>1</sup> وذلك بغية إرغام الحكومة على الاستجابة لبعض مطالبهم الوظيفية أو المهنية، كزيادة الأجور أو خفض ساعات العمل، إما أن يكون بغرض تحقيق أهداف سياسية.<sup>2</sup>

وهذا تختلف الاستقالة عن الإضراب في أنها تتضمن رغبة الموظف في ترك الوظيفة نهائياً على عكس الإضراب وهو ترك الموظف العمل مؤقتاً، وتمسكه بالوظيفة التي يشغلها.

إلا أن الإضراب يتشابه مع الاستقالة باعتبارها عملاً إرادياً يقوم به الموظف العام. فكل من الاستقالة والإضراب تشترطان لتوفر أي منهما اتجاه إرادة الموظف إلى إتيان ذلك التصرف القانوني. ولا يستلزم الإضراب أن يكون هناك اتفاق جماعي بين الموظفين المضربين على ترك العمل، فهناك حالات يتحقق فيها الإضراب من موظف واحد، بشرط أن تترتب على هذا الإضراب الفردي آثار خطيرة.<sup>3</sup>

وتختلف الاستقالة عن الفصل أو الإحالة إلى المعاش دون طلب، فالاستقالة تكون عن طريق طلب مقدم من الموظف يعرب فيه عن رغبته في ترك الخدمة نهائياً. أما أسباب إنهاء الخدمة المشار إليها فهي عبارة عن إنهاء خدمة الموظف بإرادة أجنبية سواء كانت إرادة الجهة الإدارية، أو الجهة القضائية.<sup>4</sup>

## ثانياً: التنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري

لما كانت الاستقالة عائقاً أمام استمرارية سير المرافق العامة، كما هو حال الإضراب الذي له أثر خطير على استمرارية وديمومة المرافق العامة، كان من الواجب أن يكون هناك تنظيم قانوني للاستقالة حتى لا يكون هناك خلل في عمل المرافق العامة بطريقة فجائية، لأن الاستقالة هي عبارة عن هجر للوظيفة بصفة نهائية. لذا وجب التوفيق والموازنة بينها وبين أهم مبدأ من مبادئ المرافق العامة وهو استدامتها، ولا يكون ذلك إلا بسن تشريعات للتوفيق بينهما."

<sup>1</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 390.

<sup>2</sup> - مشتاق طالب ناصر، التنظيم القانوني لاستقالة الموظف العام في القانون العراقي (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 12-13.

<sup>3</sup> - مشتاق طالب ناصر، التنظيم القانوني لاستقالة الموظف العام في القانون العراقي (دراسة مقارنة) المرجع نفسه، ص 13.

<sup>4</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 390.

وبغرض المحافظة على حسن سير المرفق العام واستمرارية نشاطه أرسى القانون الأساسي للوظيفة العامة الأول الصادر بموجب الأمر 133-66 المؤرخ في جوان 1966<sup>1</sup> مبدأ عاما مفاده أن الانقطاع عن العمل لا يتم بمجرد تقديم الاستقالة كتابيا والتعبير عن الإرادة في التخلي عن القيام بأعباء الوظيفة، وإنما بقبول وموافقة الجهة التي لها سلطة التعيين وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المذكور بقولها: " لا يمكن أن يكون للاستقالة مفعولا إلا بطلب خطي يقدمه المعني ويعبر فيه عن إرادته بلا غموض وقطع الصلة التي تربطه بالإدارة...ويرسل الموظف طلبه عن طريق السلم الإداري إلى السلطة التي تمارس حق التعيين ويبقى مكلفا بالقيام بالالتزامات المرتبطة بوظيفته إلى أن تتخذ السلطة المذكورة قرارها". وعليه فإن ترك منصب عمله وتخلي عن القيام بواجبات الوظيفة دون انتظار قبول الجهة التي لها سلطة التعيين يعرض مقدم طلب الاستقالة إلى العزل، ويحرمه التمتع ببعض حقوقه، وهذا ما نصت عليه المادة 67 من ذات القانون.

غير أن المشرع ومنعا لأي تعسف قد يحدث من جانب الإدارة، أجاز للموظف المعني في حالة رفض الطلب بعد انتهاء ثلاثة أشهر أن يرفع أمره إلى اللجنة المتساوية الأعضاء التي تصدر رأيا ثم تسلمه إلى الجهة التي لها صلاحية التعيين.<sup>2</sup>

باستقراء نص المادة 63 السالفة الذكر يتضح أن المشرع الجزائري، وبغية استمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد فإنه قد قيد الاستقالة بضوابط وشروط بالرغم من أنها حق مكفول دستوريا، دون أن يخل بالتوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للموظف العام، بحيث أن الانقطاع عن العمل لا يمكن أن يكون بمجرد تقديم الاستقالة كتابيا والتعبير عن الإرادة في التخلي عن القيام بأعباء الوظيفة، بل بقبول وموافقة الجهة التي لها سلطة التعيين، وهذا بهدف الحفاظ على المصلحة العامة التي يرجى تحقيقها عن طريق المرفق العام، وبالتالي حتى لا تفاجأ الإدارة بالاستقالة وتؤدي بالنتيجة إلى نوع من الفوضى إذا لم تنظم، وهذا من شأنه الإخلال باستمرارية المرفق العام بانتظام وإطراد. ومن جهة أخرى فيما حماية وضمانة للموظف في مواجهة تعسف الإدارة إذا لم يتم تقديم الاستقالة كتابيا.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 133-66 المؤرخ في 2 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة بتاريخ 8 جوان 1966 المعدل والمتمم بالأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الموافق بالقانون رقم 12-06 المؤرخ في 14-11-2006 الجريدة الرسمية عدد 72 المؤرخة بتاريخ 15-11-2006.

<sup>2</sup> - أ د/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 450.

كما أكد المرسوم رقم 159/85<sup>1</sup> في المادة 1/133 منه على هذا الحق بنصها...تعد الاستقالة حقا معترفا به لكل موظف يرغب في إنهاء علاقة العمل التي تربطه بالمؤسسة أو الإدارة العمومية "" .  
وبصدور الأمر 03/06 المتضمن القانون الحالي للوظيفة العامة<sup>2</sup>، أكد بدوره على حق الموظف في الاستقالة في المادة 217 التي تنص على أنه "الاستقالة حق معترف به للموظف يمارس ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون الأساسي"<sup>3</sup>.  
فبات من المستقر عليه قانون وفقها وقضاء أن الاستقالة لا تنتج آثارها إلا بقبول الجهة الإدارية لطلب الاستقالة المقدم من الموظف العام. إذ أن الموظف لا تنتهي علاقته بالوظيفة المرتبط بها بمجرد تقديمه لاستقالته، وإنما يجب أن تصدر الإدارة قرار بقبولها. ويعتبر قبول الاستقالة شرط لإتمامها، وهو إجراء متطلب بالنسبة لكافة فئات الموظفين، وهذا ما أقرته المادة 220<sup>4</sup> من الأمر 03/06 المتضمن قانون الوظيفة العامة.

وباعتبار الاستقالة الجماعية تعد خطرا كبيرا على استمرارية المرفق العام، أي ترتقي إلى حالة الإضراب، فإن المشرع الجزائري قام بتجريمها في قانون العقوبات الجزائري، وخصوصا تلك التي تقع بالتواطؤ مع الموظفين وذلك بهدف عرقلة سير المرفق العام بانتظام وإطراد وفقا لأحكام المادة 115 من قانون العقوبات.<sup>5</sup>

### الفرع الثالث

#### عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام

تستخدم الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام أموالا عقارية، وأموالا منقولة في ممارسة نشاطها وفي تقديم خدماتها إلى الجمهور، وقد كان طبيعيا أن يتجه التفكير نحو إخضاع هذه الأموال

<sup>1</sup> - المرسوم 85 / 59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتعلق بالقانون الأساسي العام لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، مشار إليه سابقا .

<sup>2</sup> - الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، مشار إليه سابقا .

<sup>3</sup> - د/ بدري مباركة، التنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري، ضرورة للتوفيق بين مصلحة الموظف والمصلحة العامة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، ص 115.

<sup>4</sup> - تنص المادة 220 : «ترتب الاستقالة أي أثر إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة صلاحيات التعيين التي يتعين عليها اتخاذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهران (2) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب غير أنه، يمكن السلطة التي لها صلاحيات التعيين، تأجيل الموافقة على طلب الاستقالة لمدة شهرين (2) ابتداءً من تاريخ انقضاء الأجل الأول، وذلك للضرورة القصوى للمصلحة وبانقضاء هذا الأجل تصبح الاستقالة فعلية.» من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، مشار إليه سابقا .

<sup>5</sup> - تنص المادة 115 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، لا سيما بالقانون رقم 02/16 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016 على أن «القضاة و الموظفين الذين يقررون بعد التشاور فيما بينهم تقديم استقالتهم بغرض منع أو وقف قيام القضاء بمهمته أو سير مصلحة عمومية يعاقبون بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات.»

لقواعد خاصة متميزة مختلفة عن القواعد التي تحكم الأموال الخاصة المملوكة للأفراد، فالإدارة تستخدم ما تحت يديها من أموال في سبيل تحقيق النفع العام ومن أجل إشباع حاجات الجمهور مستهدفة مصالح عامة عليا متميزة من مصالح الأفراد الخاصة.

غير أن الأموال التي تستخدمها الدولة وغيرها من الأشخاص العامة في ممارستها لأنشطتها المختلفة لاتتصل بالنشاط العام ولا تحقق النفع العام بدرجة واحدة، وإنما تلزم التفرقة بين تلك الأموال حسب درجة اتصالها بالنشاط العام وحسب مدى ضرورتها لتحقيق المصلحة العامة وإشباع الحاجات العامة. فمن الأموال التي توجد تحت أيدي الأشخاص العامة ما يتصل بالنشاط العام اتصالا مباشرا ويكون ضروريا لتحقيق المصلحة العامة، بينما نجد أموالا أخرى تستخدمها الإدارة في ممارستها لنشاطها دون أن تكون ضرورية لتحقيق المصلحة العامة أو لا يكون اتصالها بالنشاط العام إلا إتصالا غير مباشر كأن تقوم باستخدام الإيرادات التي تدرها تلك الأموال في تمويل مشروعات أو أنشطة عامة.<sup>1</sup>

#### أولا: المقصود بالمال العام

عند وضع قانون نابليون سنة 1804<sup>2</sup> لم يكن يعرف التفرقة بين الأموال العامة والأموال الخاصة، نشأت بعد ذلك نظرية الأموال العامة بفضل جهود الفقه والقضاء الفرنسيين، وعنهما أخذ القانون المصري نظرية الأموال العامة.

وقد تقرر الأحكام القانونية الخاصة بالأموال العامة في مصر لأول مرة بالمادتين 25، 26 من المجموعة المدنية المختلطة، ثم بالمادتين 10،9 من القانون المدني الأهلي نقلا عن الفقه والقضاء في فرنسا، ثم أورد القانون المدني الحالي هذه الأحكام في المواد 87،88،1015.

<sup>1</sup> -د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص426.

<sup>2</sup> - قانون نابليون بالفرنسية Code Napoléon: هو مجموعة القوانين التي تحكم القانون المدني الفرنسي تميزا له عن القانون الجنائي. وهو ينسب إلى الإمبراطور الفرنسي نابليون بونابرت العام 1800 عين نابليون لجنة من أربعة قضاة متمرسين لوضع كل القوانين المدنية الفرنسية في مجموعة واحدة. وبدأ تنفيذ هذه القوانين في 21 مارس 1804، لتعرف باسم "قانون نابليون"، بعد أن أصبح نابليون إمبراطورا لفرنسا لكن اسمها الرسمي القانون المدني. كانت تلك القوانين مزيجا بين القوانين المعروفة آنذاك في فرنسا الرومانية. كما مزجت بين أفكار الثورة الفرنسية إذ منحت للشعب حريات جديدة لكنها أبقت على بعض الأفكار التقليدية مثل نظام الإرث. على الرابط الإلكتروني: <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

وبالرغم من احتواء القانون المدني على الأحكام المتعلقة بالأموال العامة، إلا أنها تعتبر مبادئ إدارية يعقد الاختصاص بشأن المنازعات التي تثور حيالها للقضاء والقانون الإداريين، باعتبار هذه المبادئ من النظريات التي استقل بها القضاء الإداري، أو سبق بها القانون الخاص، وباعتبارها منبثقة من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة.

ولكي يعتبر المال عاما، يجب أن يتوافر فيه شرطان:

- أن يكون هذا المال خاصا بالدولة أو بأحد أشخاص القانون العام الأخرى (المحافظة المدنية أو القرية، أو المؤسسة أو الهيئة العامة) وهذا شرط واضح من نص المادة 87 من القانون المدني المصري، التي تقول "تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية"

ب - أن يخصص هذا المال لمنفعة عامة، وإسباغ هذه العمومية على أموال الإدارة يقتضي إخضاعها لقواعد خاصة لا نظير لها بالنسبة لأموال الأفراد، نظرا لتخصيصها للنفع العام.

وقد عنى القانون المدني بالنص على أهم هذه القواعد. فالفقرة الثانية من المادة 87 مدني تنص على أن "هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم".<sup>1</sup>

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد تم تخصيص بعض مواد القانون المدني للأموال الوطنية على وعلى وجه الخصوص المادتين 688 و689 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، فوضعت المادة 688 معيارا لتمييز هذه الأملاك المعبر عنها بأموال الدولة عن الأملاك الفردية حيث نصت على أنه: "تعتبر أموالا للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة، أو مؤسسة عمومية، أو لهيئة لها طابع إداري، أو مؤسسة اشتراكية أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية".<sup>3</sup>

يحتاج المرفق العام إلى أموال تمكنه من أداء الخدمة العامة المنوط به أداؤها، وقد يتمتع المرفق بالشخصية المعنوية، أو يشرف على إدارته فرد خاص أو شركة على التفصيل السابق. فإذا ما

<sup>1</sup> -د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 519.518.

<sup>2</sup> -المواد 688 و689 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 25 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ع 31، المؤرخة بتاريخ 13 ماي 2007.

<sup>3</sup> -بومزبر باديس، النظام القانوني للأموال العامة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جماعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 31.

استدان المرفق العام، أو الهيئة أو الشخص المشرف على إدارته، وامتنع عن سداد ديونه، فهل يجوز الحجز على تلك الأموال، وبيعها في المزاد ؟

للإجابة على هذا السؤال نفرق بين حالتين:

حالة ما إذا كان المرفق يدار عن طريق الإدارة المباشرة (المؤسسات العامة) وحينئذ تكون أموال المرفق أموالاً عامة، ومن ثم فلا صعوبة في الأمر، لأن الأموال العامة . -كما سنرى -لا يجوز الحجز عليها.

وحالة ما إذا كان المرفق العام يدار عن طريق الامتياز، حينئذ ولو أن المفروض أن تؤول أموال المرفق في نهاية الأمر إلى الإدارة، إلا أن حق الملتزم عليها ظاهر خلال مدة الامتياز، بدليل أنه يستطيع أن يتصرف فيها بالبيع. فهل يجوز الحجز عليها بالتالي سداد لديونه ؟ هذا ما طالب به الأفراد ولكن المحاكم القضائية رفضت ذلك استناداً على قاعدة استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد.<sup>1</sup>

#### ثانياً: الحماية المدنية للمال العام

إعمالاً لمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد وجب أن تخضع أموال المرفق إلى نظام قانوني متميز يهدف إلى المحافظة عليها تحقيقاً للمقصد العام وهو تمكين المرفق من أداء خدمة للجمهور. وإذا كان المرفق يسير عن طريق الإدارة مباشرة فليس هناك أي إشكال يطرح لأن نص المادة 689<sup>2</sup> من القانون المدني واضحة صريحة فلم تجز التصرف في أموال الدولة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، فهي إذن محصنة من الناحية المدنية.

ولكن الإشكال طرح وبعث في الفقه بخصوص الحماية المدنية للمال في حالة إدارة المرفق بأسلوب الامتياز. ورغم أن الأفراد طالبوا في هذه الحالة بحقهم في الحجز على ممتلكات المرفق بغرض الحصول على ديونهم إلا أن القضاء العادي المقارن رفض تمكينهم من هذا الحق محافظة على مبدأ سير المرفق بانتظام واطراد. وهو مسلك تم تأييده ويدل على تطور المبادئ الإدارية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 519، 520.

<sup>2</sup> - تنص المادة 689 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 25 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 2007، مشار إليه سابقاً، على أنه "لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقادم غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688، تحدد شروط إدارتها، وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها".

<sup>3</sup> - د/ عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري (النشاط الإداري)، قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك، ص 45. على الموقع الإلكتروني للأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك.



ولقد خرج المشرع الجزائري عن المبدأ العام الذي يكفل حماية مدنية للمال لتوجب عدم الحجز عليه وذلك في القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية الصادر تحت رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988. وأورد قيده مفاده قابلية المال العام للتصرف وللحجز عليه في حدود معينة، حيث جاء في المادة 20<sup>1</sup> منه: تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ماعدا الجزء من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمته رأس المال التأسيسي".<sup>2</sup>

### المطلب الثاني

#### الضمانات القضائية لمبدأ استمرارية المرافق العامة

هناك ضمانات أخرى لمبدأ استمرارية المرافق العامة، كنظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة وهي من صنع القضاء.<sup>3</sup>

لأن مبدأ استمرارية المرفق العام مبدأ من المبادئ العامة للقانون من خلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وهذا المبدأ اتخذته القضاء والفقهاء الإداريين أساسا لتفسير عدة نظريات تشكل أهم مواضيع القانون الإداري.<sup>4</sup>

إذ يترتب على هذا المبدأ نتائج عدة، فضلا عما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة التي توجب على المتعاقد مع الإدارة الاستمرار بتنفيذ التزاماته، حتى وإن كان تنفيذ العقد مرهقا من أجل المحافظة على استمرار سير المرافق العامة بانتظام و اضطراب، على أن تلتزم الإدارة بتحقيق التوازن المالي للعقد

<sup>1</sup>- تنص المادة 20 من القانون رقم 88/01 مؤرخ في 12 يناير سنة 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مشار إليه سابقا، ص 31. على أنه: تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ماعدا جزءا من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة. ويمكن التصرف في هذه الممتلكات وبيعها طبقا لقواعد القانون التجاري، غير أنه لا يمكن في أية حال من الأحوال أن يقتني الآلات المنتجة إلا المؤسسات العمومية الاقتصادية أو الهيئات العمومية ومراكز البحث والتنمية المنصوص عليها في الفصلين الأول والثالث من الباب الثالث أدناه، باستثناء الآلات والتجهيزات غير الصالحة أو محل التجديد. كما يمكن أن تكون موضوع مصالححة حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم).

<sup>2</sup>- أ د / عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 451، 452.

<sup>3</sup>- أ د / عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 444.

<sup>4</sup>- أ د / مازن ليلو راضي، د/علي يونس إسماعيل، التطور الحديث في المبادئ الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية، العراق، المرجع السابق 09 على الرابط :

وتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به، وكذلك ما يتعلق بنظرية الموظفين الفعليين التي تعطى للشخص الحق في ممارسة مهام الوظيفة العامة من دون أن يكون له سند قانوني صحيح فيها.<sup>1</sup> وترتيباً على ما تقدم سنتناول بالبحث الضمانات القضائية لمبدأ استمرارية المرفق العام من خلال فرعين: نظرية الموظف الفعلي (الفرع الأول) وكذا تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود المرافق العامة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### نظرية الموظف الفعلي

إن الوظائف العامة تكليف للقائمين عليها، هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة، وذلك وفقاً للأحكام القانونية النافذة، وينبغي أن تقوم الوظائف العامة على أساس رابطة قانونية صحيحة بين الدولة ومن يشغل هذه الوظائف. فإذا تبين عدم صحة تلك الرابطة، فإن من تولى الوظيفة عندها لا يكون صالحاً للممارسة أعمال الوظيفة وتحمل أعبائها ومسؤولياتها، ويترتب على ذلك عدم مشروعية الأعمال التي يقوم بها.

إلا أن الفقه والقضاء الإداريين قد استقرا على إضفاء المشروعية في بعض الحالات على تصرفات من يتولى الوظيفة العامة دون توافد السند الصحيح، وذلك حفاظاً على استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهذا ما يبرر الخروج على الأصل والقاعدة العامة –وهي التعيين الرسمي في الوظيفة العامة –

و الاعتراف بنوع آخر من الموظفين الذين لا يشغلون الوظائف العامة بشكل قانوني وهم الموظفون الفعليون.<sup>2</sup>

إذ تعتبر نظرية الموظف الفعلي من أكثر النظريات وضوحاً في تطبيق هذه النظرية وهي نظرية المراكز الفعلية والتي أسست في معظم جوانبها على أساس نظرية الظاهر، إلى جانب أسس أخرى مثل دوام سير المرافق وتحقيق الصالح العام ومبدأ تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية الناشئة عن التعامل مع هذا الموظف ومبدأ الضرورة.

<sup>1</sup> - د/ستار جباري البديري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 55.

<sup>2</sup> - د/حمدي قبيلات، القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، 306

هذا وقد شاعت هذه النظرية وتم تطبيقها في العديد من بلدان العالم لفتترات تاريخية طويلة وقد كان لها نصيب وافر من التطبيق في ظل الشريعة الأنجلوسكسونية كما هو أيضا في ظل الشريعة اللاتينية ولا تخلو الشريعة الإسلامية أيضا من تطبيقات لهذه النظرية، فلا تزال هذه النظرية إلى اليوم تجد لها تطبيقات متعددة في ظل الأنظمة القانونية المختلفة.<sup>1</sup>

فالأصل أن لا يلي الوظيفة العامة ويباشر اختصاصاتها، إلا من يولاهها قانونا طبقا لشروط وإجراءات معينة، ومن يتقلدها دون مراعاة هذه الشروط وتلك الإجراءات يعتبر مغتصبا لها، وفي هذه الحالة تقع أعمال الغاصب منعدمة، ويمكن محاكمته جنائيا.

ولكن مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، يبرر الخروج على الأصل السابق والأخذ بنوع آخر من الموظفين الذين لا تتوفر فيهم شروط التوظيف، وهم الموظفون الفعليون.

فقد يحدث أحيانا بسبب ظروف الحرب، أو الثورات، أو الاضطرابات الشديدة التي تحتاج البلاد، أن يتخلى الموظفون العموميون عن مباشرة مهامهم الوظيفية خشية الوقوع في يد العدو، أو هربا من الثوار أو لأي سبب آخر.<sup>2</sup>

فنظرية الموظفين الفعليين من خلق القضاء الإداري، وكان مجلس الدولة الفرنسي هو الأسبق في تقريرها، وهي لها تطبيقان يظهر فيهما، وبالذات في التطبيق الثاني الحكمة من خلق هذه النظرية، وهي ضمان دوام سير المرفق العام بانتظام.<sup>3</sup>

فحرصا على عدم تعطيل سير المرافق العامة ومراعاة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، فإن الأفراد الذين حلوا محل الموظفين القانونيين يصبحون موظفين فعليين. وكان للفقهاء «جيز» فضل السبق في إظهار هذه النظرية حيث قام باستخلاصها من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وأفاض في شرحها حتى تنسب إليه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ محمد عبد المحسن المقاطع، نظرية الموظف الفعلي (دراسة في القضاء والفقهاء في النظام الأنجلوسكسوني)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة محكمة تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، العدد 01 و02، تاريخ النشر سنة 1997، ص 564.

<sup>2</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 457، 458.

<sup>3</sup> - د/ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 310.

<sup>4</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 458.

## أولاً: التعريفات الفقهية للموظف الفعلي

يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي تدخل خلافا للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفية عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص. ولاشك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولوا وظيفة عامة بصورة غير قانونية حتى لا يكونوا مغتصبين لها فتقع جميع تصرفاتهم باطلة.<sup>1</sup>

فالأصل أن من ينتحل صفة الموظف العمومي يعتبر مرتكباً لجريمة معاقبا عليها (بالمواد 155، 156 من قانون العقوبات المصري<sup>2</sup>)، ولكن قد تطرأ ظروف معينة على البلاد كحرب أو ثورة تجعل من المستحيل على الموظفين القيام بعملهم فيتطوع فرد لا صلة له بالمرفق بأداء الموظف.<sup>3</sup>

فالموظف الفعلي هو الذي يقوم ببعض الأعمال دون أن يصدر قرار بتعيينه، أو صدر وكان معيباً وكان مقتضى الأصل العام، أن تبطل أعماله لصدورها عن شخص غير مختص أو مغتصب للسلطة، إلا أن القضاء الفرنسي<sup>4</sup> وفي أعقابه القضاء المصري، تعتبر تصرفاته سليمة في بعض الأحيان ضماناً للاستقرار سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد، وحماية للجمهور الذي يتعامل مع الإدارة، ولا تمكنه الظروف من معرفة حقيقة الموظف الذي يتعامل معه.<sup>5</sup>

وهناك بعض التعريفات قد قال بها فقهاء القانون عن الموظف الفعلي فمنهم من يراه «كل شخص يشغل الوظيفة بطريقة غير صحيحة، ويمارس اختصاصها ويزاول أعمالها سواء كان البطلان يعود لسبب بطلان التولية أو انتهاء أثرها.

<sup>1</sup> - عبد الله شلاش المازمي، النظام القانوني للمرفق العام في ضوء تطبيق مشروع الحكومة الإلكترونية (دراسة في تطبيق مشروع الحكومة الإلكترونية في القانون المصري والكويتي)، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> - تنص المادة 155 من قانون العقوبات المصري طبقاً لحدث التعديلات 2003م لسنة 95 بالقانون رقم 58 لسنة 1937. على: "كل من تدخل في وظيفة من الوظائف العمومية ملكية كانت و عسكرية من غير أن تكون له صفة رسمية من الحكومة أو إذن منها بذلك أو أجرى عملاً من مقتضيات إحدى هذه الوظائف يعاقب بالحبس".  
وتنص المادة 156 على أن " كل من لبس كسوة رسمية بغير أن يكون حائزاً للرتبة التي تخول ذلك أو حمل علانية العلامة المميزة لعمل أو لوظيفة من غير حق يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة ". على الرابط الإلكتروني:

[www.abonaf-law.com/download/GalleryServices/35\\_law%201.pdf](http://www.abonaf-law.com/download/GalleryServices/35_law%201.pdf)

اطلع عليه بتاريخ 2017/5/5 على الساعة 16:00

<sup>3</sup> - د/ أشرف جمال محمود عبد العاطي، الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2016 سنة، ص 219.

<sup>4</sup> - ومثال عن تطبيق نظرية الموظف الفعلي في قرارات القضاء الفرنسي واعتبر قرارات الموظف الفعلي صحيحة: قرار مجلس الدولة في هذه القضية DUCASTEL عام 1876، حيث حكم مجلس الدولة باعتبار موظف عين تعييناً معيباً صحيحة في الفترة السابقة على إبطال قرار التعيين. لمزيد من التفصيل ينظر: د/ محمد عبد المحسن المقاطع، نظرية الموظف الفعلي (دراسة في القضاء والفقهاء في النظام الأنجلوسكسوني)، المرجع السابق، ص 577.

<sup>5</sup> - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، المرجع السابق، ص 218.

ويراه آخرون كل من يقوم بعمل الموظف العام دون توافر سند صحيح، وعدم مشروعية التأهيل للوظيفة قد يكون منذ البداية كأن يعلن تعيين أو انتخاب أحد الأفراد خطأ ليُشغل إحدى الوظائف العامة ويطعن في انتخابه أو تعيينه بمقتضى بطلان هذا التعيين أو الانتخاب الغير مشروع.<sup>1</sup>

أما إذ نظرنا إلى الفقه الفرنسي نجد الفقيه Rousseau يعرف "الموظف الفعلي بأنه كل من يقوم بعمل الموظف العام دون توافر السند الصحيح"، أما الفقيه JEZE مؤسس هذه النظرية يعرف "الموظف الفعلي بأنه كل شخص يشغل في ظروف معينة بطريقة غير صحيحة، ويمارس اختصاصها ويقوم بمزاولة أعمالها سواء كان عدم صحة شغله للوظيفة يرجع إلى بطلان سند توليه لها، أو انتهاء أثره".

وأيضا ذهب الفقيه Coulognon إلى أن الموظف الفعلي هو "شخص يشغل الوظيفة دون توليه صحيحا في ظروف معينة ويمارس اختصاص من يشغل الوظيفة العامة بطريقة صحيحة".

أما الفقيه De Laubadere فذهب إلى "أن الموظف الفعلي هو شخص عين تعيينا معيبا، أو لم يصدر بتعيينه أي قرار على الإطلاق، فهو شخص غير مختص، ومع ذلك فإن الأعمال الصادرة منه تعتبر مشروعة"، كما ذهب الفقيه Drago إلى أن الموظف الفعلي هو شخص يشغل الوظيفة بطريقة غير صحيحة، وذلك إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر تدخله في الوظيفة العامة، أو كانت المظاهر المحيطة من شأنها إيهام الغير بصحة توليه لها".<sup>2</sup>

فمجمّل القول إذن أن الموظف الفعلي أو الواقعي يقصد به ذلك الشخص الذي تدخل خلافا للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفية عامة متخذا مظهر الموظف القانوني المختص، ولاشك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولوا وظيفة عامة بصورة غير قانونية، لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة. غير أنه استثناء على هذه القاعدة وحرصا على دوام استمرار سير المرافق العامة في ظروف الحروب والثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون إذن من السلطة، اعترف

<sup>1</sup> - د/ أشرف جمال محمود عبد العاطي، الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة، المرجع السابق، ص 219.

<sup>2</sup> - د/ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2007، ص 192.

القضاء والفقهاء ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون مرتبا لقاء أدائهم لعملهم إذا كان حسن النية.<sup>1</sup>

### ثانيا: الأساس القانوني لتبرير نظرية الموظف الفعلي :

تعمل نظرية الموظف الفعلي في نوعين مختلفين من الظروف للتخفيف من الآثار القانونية العادية بغياب عدم الاختصاص، ويختلف الأساس النظري الذي تقوم عليه في الحالتين، ففي الأحوال العادية على أساس حماية الأشخاص حسني النية اعتمادا على الظاهر وفي الأحوال غير العادية تقوم على أساس فكرة الظروف الاستثنائية، فإذا لم يتوافر الظاهر أو الظروف الاستثنائية فلا يمكن قيام الموظف الفعلي ولا تكون للتصرفات الصادرة منه أي أثر، حتى ولو كان الغير حسن النية يجهل انتفاء الصفة فيمن يمارس الوظيفة.<sup>2</sup>

وتعد هذه النظرية من ابتكارات القضاء الإداري الفرنسي<sup>3</sup> لضمان استقرار المعاملات واستمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد.

<sup>1</sup> -حسن حمد الشمري، الإدارة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة طنطا، السنة الجامعية 2014، ص 152.

<sup>2</sup> - د/ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 194.

<sup>3</sup> - إن نظرية الموظف الفعلي في ظل النظام اللاتيني تعتبر من ابتداع القضاء الفرنسي إذ أن فرنسا عرفت تطبيق هذه النظرية منذ أوائل القرن التاسع عشر، وقد تم الأخذ بمبادئ هذه النظرية وتطبيقها بمناسبة الفتوى التي أصدرها مجلس الدولة عام 1807 فقد تناول هذا الأخير في تلك الفترة الإفتاء في موضوع يتلخص في قيام سكرتيري العمديات بإصدار الشهادات والأوراق الرسمية دون توافر الصفة القانونية اللازمة لهم، الأمر الذي كان يقضي ببطالان تلك المستندات لكونها قد صدرت ممن لا يملك صفة في إصدارها وفقا للقانون. إلا أنه وبعد عرض الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي أفتى بصحة تلك الأوراق والمستندات على أساس نظرية الظاهر وجاء في الفتوى « أنه في جميع الأزمان وفي جميع الشرائع فإن الغلط الشائع وحسن النية يكفيان لتغطية المخالفات التي تقع في التصرفات وفي الأحكام، والتي لم يكن في وسع الأطراف توقعها أو تفاديها ».

وأوضح مثال يحاكيه الفقه الفرنسي في هذا الشأن خاص بالقضية المشهورة باسم عقود Montroge، الذي قام بإبرامها موظف على إثر تفويض غير مشروع، وذلك بأن العمدة في فرنسا كان يفوض معاونيه من أعضاء المجلس البلدي في القيام ببعض الأعمال وإنجاز بعض الاختصاصات نيابة عنه، على أساس قائمة يتبع فيها دورا محددا ولم يكن دور المعاون الذي قام بإبرام تلك العقود، ولكن المعاون - رغم ذلك قام بإبرامها.

طعن بعد ذلك في شرعية هذه العقود على أساس أن المعاون الذي قام بإبرامها ليكون مفوضا في إبرامها وبذلك يكون موظفا غير مختص، وبتاريخ 23 فبراير 1833 حكمت محكمة السين المدنية ببطالان هذه العقود، تأسيسا على أن المعاون الذي قام بإبرامها لم يكن مفوضا من قبل العمدة، لذلك فإن تصرفاته تعتبر باطلة. رفع الأمر بعد ذلك إلى محكمة النقض، فإن بدائلها المدنية قضت بتاريخ 7 أغسطس 1883 ينقض حكم السين المشار إليه، وتعتبر هذه العقود صحيحة ومنتجة لأنارها القانونية. لمزيد من التفصيل ينظر: د/محمد محسن مقاطع، نظرية الموظف الفعلي (دراسة في القضاء والفقهاء في النظام الأنجلوسكسوني)، المرجع السابق، ص 376. ود/محمد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 471-472.

فالأصل يقتضي ببطلان التصرفات الصادرة عن هذا الموظف المعيب تعيينه أو المغتصب للوظيفة لأن القاعدة العامة تقول « ما بني على باطل فهو باطل » غير أن اجتهاد القاضي الإداري أعلن عن صحة هذه التصرفات وسلامتها مبررا اجتهاده على نظرية الظاهر في الظروف العادية ومبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد في الظروف الاستثنائية.<sup>1</sup>

### أ/ تبرير تصرفات الموظف الفعلي في الظروف العادية (توافر الظاهر)

1- فقد ينصب أحد الأفراد نفسه في وظيفة دون أن يعين لها أصلا وإذا كان سيعاقب على فعله، ولكن ما ذنب الأفراد الذين تعاملوا معه معتقدين أنه موظف رسمي لأنه اتخذ شكل الموظف الرسمي، كما قد يعين الموظف الفعلي بقرار رسمي، ثم بعد أن يزول الوظيفة يصدر حكم من القضاء الإداري بإلغاء التعيين لعيب قانوني.

2- كما قد ينتخب عضوا في المجلس البلدي ويبدأ بممارسة اختصاصاته ثم يصدر حكم بإبطال انتخابه.<sup>2</sup>

وأخيرا يفوض الرئيس الإداري أحد مرؤوسيه في ممارسة بعض أعمال الرئيس، وبعد أن يمارس المرؤوس المفوض إليه هذه الأعمال يصدر حكم قضائي بعدم قانونية هذا التفويض أصلا.

في هذه الفروض جميعا نحن إزاء شخص زاول أعمال وظيفة لم يكن له حق في توليها قانونا ولكن القضاء الإداري قضى بصحة أعماله التي زاولها هذا الموظف الفعلي، بناء على فكرة حماية الإدارة من أن يطلب الأفراد المتعاملين في كل ساعة وكل يوم تعيين الموظف الذين يتعاملون معه وسند شرعيته.<sup>3</sup>

فقد أرجع القضاء ذلك استنادا إلى الظاهر (l' apparence) ومن ثم فلا يعتبر الموظف غير المختص أو المغتصب موظفا فعليا إلا إذا كان قرار تعيينه الباطل معقولا (investiture plausible) يعذر الجمهور إذا لم يدرك سبب بطلانه، بصرف النظر عما إذا كان الموظف ذاته حسن النية أو سيئ النية، لأن الاستثناء شرع مصلحة الجمهور.

<sup>1</sup> - د/عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، المرافق العامة) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص 155، 156.

<sup>2</sup> - د/عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 57.

<sup>3</sup> - د/ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 311.

ومثال ذلك ألا يعرف الأفراد حقيقة صفة الموظف العام، كأن يعلن انتخاب خطأ ليشغل إحدى الوظائف العامة، ويطعن في انتخابه. فإلى أن يفصل في هذا الطعن، يظل شاغلا للوظيفة، وقائما بواجباته فإذا ما ألغى انتخابه اعتبر في الحقيقة كأنه لم يشغل الوظيفة إطلاقا. ومثال ذلك أيضا أن يفرض أحد الرؤساء الإداريين كالوزير مثلا أحد مرؤوسيه تفويضا مخالفا للقانون في أن يزاول سلطاته، في هذه الحالات أعلن القضاء سلامة بعض الأعمال التي تصدر من الموظف الفعلي أو الواقعي استنادا إلى الظاهر وإعمالا لقاعدة استمرار سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.<sup>1</sup>

وعلى هذا اعتبر القضاء الإداري تصرفاتهم مشروعة وسليمة قصد حماية الأفراد الذين تعاملوا مع الموظف العام بحسن نية ولحماية استقرار المعاملات من خلال استمرارية عمل المرفق العام بانتظام وإطراد. أما إذا كان العيب ظاهرا للجمهور فتكون جميع التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي قبل تصحيح العيب باطلة وغير مشروعة، ولكن ما هو الموقف فيما إذا كانت عدم مشروعية قرار تعيين الموظف واضحة للعيان، وجرى التظلم أو الشكوى للجهة المختصة بشأنها، ولم تتراجع هذه السلطة عن قرارها بل تمسكت به، ولا يكون المتعامل مع المرفق العام صاحب المصلحة في إبطال القرار لدى قاضي الإلغاء، فهل تعتبر التصرفات الصادرة عن هذا الموظف مشروعة أم لا؟ الجواب بالنسبة للدول التي تقوم على سيادة القانون فتصرفاته غير مشروعة.<sup>2</sup>

ويمكن القول أن دوام سير المرفق العام بانتظام ليس بعيدا عن هاتين الفكرتين، لأن حماية الأوضاع الظاهرة وحسن نية المتعاملين مع الإدارة أمر هام لانتظام سير المرفق العام.

لأن إهدار فكرة الأوضاع الظاهرة يؤدي إلى تعريض سير المرافق العامة وانتظامها لاهتزاز ثقة الناس في تعاملهم مع المرفق، كذلك حماية الإدارة من أن يطلب المنتفعين في كل وقت سند شرعية الموظفين، وهذا ينطوي على ضمان انتظام المرفق العام ودوام سيره.<sup>3</sup>

#### ب/ تبرير تصرفات الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

يقصد بالظروف الاستثنائية الظروف الشاذة غير المألوفة، والتي يكون من شأن تطبيق القواعد التشريعية عليها تهديد النظام العام والإضرار بالمرافق العامة.

<sup>1</sup> - د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة، الكتاب الثاني نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة)، دار الفكر العربي، القاهرة طبعة سنة 1979، ص 162.

<sup>2</sup> - د/ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، المرافق العامة) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 156.

<sup>3</sup> - د/ عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 57.



وتبرز أهمية نظرية الموظف الفعلي بصفة خاصة في ظل الظروف الاستثنائية تعتبر صحيحة قانونا تأسيسا على مبدأ ضرورة سير المرفق العام سيرا منظما، تلك الضرورة التي تفرضها الظروف الاستثنائية، طالما كانت أعماله تهدف على ضمان سير المرفق العام وعدم توقفه. ومثال الظروف الاستثنائية حدوث "غزو أجنبي" أو فيضان أو وقوع كوارث عامة تجتاح إقليم الدولة كلها أو بعضها، كالزلازل والبراكين. فقد يحدث أن يقر الموظفون المختصون ويتعدى بعض الأفراد العاديين بدلا منهم لأداء الخدمات التي كان يقوم بها المرفق العام، فيباشرون اختصاصات الموظفين الذين اختفوا بسبب الظروف الاستثنائية، حينئذ تضاف على تصرفاتهم طباع المشروعية.<sup>1</sup>

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في فترة الفوضى التي سادت فرنسا في بداية الاحتلال النازي سنة 1940 حين قضى بصحة الإجراءات التي اتخذتها لجنة تطوعت للعمل مكان المجلس البلدي لمدينة ماريون Marion إحدى المدن الحدودية، إثر هروب أعضائه بعد دخول القوات الألمانية وطبقها أيضا المشرع الفرنسي في فترة العصيان، عندما اعتبر الأعمال الصادرة عن بعض موظفي قيادات العصيان لا سيما في مجال الأحوال المدنية كإصدار شهادات الوفاة، أعمالا صحيحة استنادا إلى نظرية الموظف الفعلي، كما طبقها القضاء الإداري في مصر.<sup>2</sup>

وكان للقضاء الإداري الفرنسي موقف آخر فقد استند إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد لتبرير سلامة وصحة التصرفات الإدارية الصادرة عن هؤلاء الأشخاص العاديين ودون حاجة إلى البحث في وجود أو مشروعية قرار التعيين، ففي قرار مجلس الدولة الفرنسي لوكوك Le Cocq بتاريخ 1944/01/17 قرر سلامة تصرفات لجنة إدارية محلية أحدثت في شهر جوان 1940 في مدينة فوكامب Fecamp التي قررت فتح المحلات التجارية المهجورة وعينت وكلاء لتسييرها وفرض رسوم على عمليات اللجنة بعد أن أصبح المجلس البلدي في المدينة والحصول على موافقة الوزارة المكلفة بالوصاية الإدارية مستحيلا يجوز للعمدة نظرا للظروف الاستثنائية التي نجمت عن الحرب أن يتخذ التدابير التي استلزمها هذه الظروف، خاصة وأن الرسوم التي يسمح القانون بجبايتها لم تعد كافية لتغطية النفقات الطارئة الناتجة عن الحرب، فقرار العمدة بفرض رسوم على عمليات البيع التي يقوم بها التجار والصناع يعتبر قرارا مشروعاً.

<sup>1</sup> - د/صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 196.

<sup>2</sup> - د/ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 309.

كما طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية على الثوار الذين يغتصبون السلطة من الحكومة في بعض المناطق، فرغم أنهم غاصبون للسلطة إلا أن عمالهم تغدو مشروعاً كلما تعلقت بسير مرفق عام لا ينبغي أن يتوقف، كما هو الشأن بالنسبة للمرافق المتعلقة بالحالة المدنية للأفراد.<sup>1</sup>

هذا ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى فكرة الموظف الفعلي (أو الواقعي) في حكمها الصادر في 29 نوفمبر سنة 1964 حيث تقول: "إن نظرية الموظف الفعلي - كما جرى بذلك قضاء هذه المحكمة لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة، وحرصاً على تأدية خدماتها للمتفاعلين بها باضطراب ودون توقف". وتحتم الظروف غير العادية أن تعهد جهة الإدارة إلى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة، إذ

لا يتسع أمامهم الوقت لإتباع أحكام الوظيفة العامة، كما لا يحق لهم الإفادة من مزاياهم لأنهم لم يخضعوا لأحكامها ولم يعينوا وفقاً لأصول التعيين.<sup>2</sup>

" يستخلص من هذا الحكم أن الموظف الفعلي ليس موظفاً عاماً بالمعنى القانوني، فهو موظف بحكم الواقع لا القانون، وهذا الافتراض مرده إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام و باضطراب. وتعد تصرفات الموظف الفعلي تصرفات مشروعاً استناداً إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة، وأيد الفقه والقضاء في صحة أفعال الموظف الفعلي استثناءً من القواعد العامة التي تنظم الوظائف العامة في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، ولا ينقلب الموظف الفعلي إلى موظف قانوني إلا إذا عين في الوظيفة بواسطة السلطة المختصة وبإتباع الإجراءات والأشكال المقررة قانوناً.

وللموظف الفعلي الحق في استرداد كل ما تكبده من نفقات في إدارة المرفق العام، ويجوز الطعن على الإجراءات والأعمال التي باشرها أمام القضاء الإداري لا كتسابها الصفة الإدارية بدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة، وتطبق عليه أثناء العمل الأحكام التي تطبق على الموظف العام الذي تقلد الوظائف العامة بطريقة مشروعاً.

ومن ثم فإن إضفاء صفة المشروعية على الأعمال التي يؤديها الفرد العادي أثناء الظروف الاستثنائية، رغم عدم اكتسابه صفة الموظف العام، لكي لا يصاب المرفق العام بالاضطراب ويهدد

<sup>1</sup> - د/عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، المرافق العامة) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 157.

<sup>2</sup> - د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 164.

سيره ويحول بينه وبين تقديم الخدمات للمنتفعين، وهو تطور كبير في ترك مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام وباضطراد بصمات واضحة على نظام العاملين بالمرافق العامة وأدائها خدماتها بانتظام وباضطراد دون توقف".<sup>1</sup>

كما أن محكمة القضاء الإداري تقرر في حكمها الصادر في 9 نوفمبر سنة 1959، أن الموظف الذي يستمر في العمل بعد بلوغ سن التقاعد ودون أن يمتد خدمته بالطريقة القانونية، "يعتبر خلال الفترة اللاحقة موظفا واقعيا، كما يعتبر الأجر الذي يستحقه الموظف بعد ذلك كمكافأة نظير العمل الذي يقوم له به بعد انتهاء مدة الخدمة".<sup>2</sup>

وقد أخذ القضاء الإداري الأردني بنظرية الموظف الفعلي وطبقها في بعض أحكامه ومما قضت له محكمة العدل العليا في هذا الصدد قولها: "إذا كانت مدة المجلس القروي عند إصداره قرار الاستملاك قد انتهت، إلا أنه كان يقوم بمسؤولياته بحيث لا يستطيع التخلي عنها ما دام أنه لم يصدر قرار بتعيين مجلس قروي آخر، لذا فإنه ما ينطبق على قرار الاستملاك أنه صادر عن موظف فعلي فهو مشروع بمقتضى مبادئ الفقه الإداري".

وفي حكم آخر أشد وضوحا لاعتدادها بهذه النظرية تقرر هذه المحكمة بأنه: "من المبادئ التي استقر عليها الفقه الإداري أن الإجراءات التي قام بها الموظف الفعلي تعتبر صحيحة ولو ثبت بعد ذلك أن قرار تعيينه كان باطلا".<sup>3</sup>

وفي الغلط بشأن صفته الفعلية، فهم يعلمون أنه ليس موظفا رسميا ويتعاملون معه وكأنه ممثل للسلطة العامة بسبب حالة الضرورة القائمة، أما في التطبيق الأول فالمواطنون الذين يتعاملون مع الموظف الفعلي يقعون في غلط حقيقي لظهوره بمظهر الموظف الرسمي، وبالتالي يتوافر في شأنهم حسن النية والاعتقاد بالمظهر الظاهر للموظف الفعلي، ولكن في الحالتين، فإن أعمال الموظف الفعلي صحيحة ومشروعة رغم عدم شرعية تنصيبه إما لحماية الوضع الظاهر وحسن النية وإما بسبب الظروف الاستثنائية وفي الحالتين بسبب ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - صلاح يوسف عيد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 198.

<sup>2</sup> - د/سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 164.

<sup>3</sup> - د/ هاني الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 309.

<sup>4</sup> - د/عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 58.

ولكن فضلا عما تقدم يلاحظ أن بعض الفقه الفرنسي المعاصر يؤسس نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية ليس على نظرية الظاهر فحسب، إنما على أساس مبدأ الأمن القانوني Sécurité Juridique<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود المرافق العامة :

إذا كانت قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"<sup>2</sup> لا تجيز تعديل شروط العقود المدنية إلا برضاء طرفي العقد، ولا تجيز فسخ العقد إلا إذا أصبح تنفيذه مستحيلا بسبب القوة القاهرة التي لا دخل لإرادة طرفي العقد فيها.<sup>3</sup>

إن هذه القاعدة لم يمكن الأخذ بها على إطلاقها في مجال العقود الإدارية، لا سيما عقد التزام المرفق العام. فقد أنشأ مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة لتطبيقها في مجال العقود الإدارية، حيث يستطيع الملزم أن يفي بالتزاماته، ولكن في الوفاء به ما يرهقه.<sup>4</sup>

وهناك من العقود ما يبرم عادة لمدة طويلة كعقود الالتزام والتوريد في نطاق القانون العام، وعقود التأمين في مجال القانون الخاص وهذه العقود تطول أجال تنفيذها، فإن بظروف استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، ولم تكن في وسعها وقت إبرام العقد، قد تأتي وتداهم هذه العقود بحيث تقلبها رأسا على عقب، الأمر الذي يجعل تنفيذها مرهقا بالنسبة لأحد طرفي العقد.

فما أثر هذه الظروف على العقد؟ وما هو مركز المتعاقد الذي أرهقه التنفيذ في ظل هذه الظروف؟

هل يؤخذ بتنفيذ تعهداته كما هي مشروطة في العقد مهما بلغت به الخسارة؟ أم يجوز له طلب المساعدة من الطرف الأخر كي يستمر في تنفيذ التزاماته، استنادا إلى الظروف المفاجئة؟

<sup>1</sup> - د/ مهند نوح، أثار قرار التعيين في الوظيفة العامة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 30، العدد الثاني، تاريخ النشر سنة 2014، ص 54.

<sup>2</sup> - نص المادة 106 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 25 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مشار إليه سابقا : "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."

<sup>3</sup> - د/ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري (دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر)، المرجع السابق، ص 421.

<sup>4</sup> - د/ السيد محمد مدني، القانون الإداري الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1964-1965، ص 176.

وبالاتجاه إلى القواعد المدنية للالتماس منها الحل، يكون الجواب أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن المدين لا يستطيع أن يتحرر من التزاماته استنادا إلى ظروف طارئة، إلا إذا بلغت هذه الظروف مبلغ القوة القاهرة. بحيث يغدو تنفيذ الالتزام مستحيلا، وفي هذه الحالة يعذر المدين في عدم قيامه بتنفيذ التزاماته ويفسخ العقد لاستحالة التنفيذ.

أما إذا كان من شأن الظروف الطارئة أن تنفيذ الالتزام التعاقدى لم يصبح مستحيلا، وإنما صار مرهقا، فإن هذه الظروف لا يقام لا وزن في نفي المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام. فالمتعاقد معرض لاحتمال الكسب والخسارة وهذا أمر مألوف ومنتوق الحدوث في نطاق التعامل. لذلك يجب عليه القيام بتنفيذ التزاماته اتجاه هذه الظروف كما هي مشروطة في العقد.

والحقيقة أن التمسك بالقاعدة القائلة أن العقد شريعة المتعاقدين أدى إلى معاملة المدين بمعاملة قاسية. ومن أجل ذلك كان منطوق العقل أن يخرج على القواعد المدنية إلى قواعد أخرى أكثر عدالة وإنصافا تنظر لمصلحة المدين بعين الاعتبار، دون أن تضحي بمصلحة الدائن، وكان مجلس الدولة الفرنسي صاحب الفضل الأول في ابتكار هذه القواعد.<sup>1</sup>

على هذا الأساس سنتطرق لنشأة نظرية الظروف الطارئة (أولا) معنى نظرية الظروف الطارئة وشروطها (ثانيا).

#### أولا: نشأة نظرية الظروف الطارئة :

تعتبر هذه النظرية من أهم النظريات المتعلقة بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد في مجال العقود الإدارية ويقصد بها تلك الحوادث التي تقع بعد التعاقد، ودون أن تكون معلومة أو متوقعة، وتجعل تنفيذ العقد مرهقا لأحد طرفيه إرهابا شديدا بحيث يهدد بخسارة فادحة.<sup>2</sup>

إذ يرجع أصلها إلى القانون الكنسي حيث كان الفقهاء الكنسيون يحرصون على أن يسود العدل والإنصاف في عقودهم، ويحرمون الغبن في هذه العقود، سواء تحقق هذا الغبن عند تكوين العقد أو عند تنفيذه، لذلك اشترطوا الثمن العادل والأجر العادل، وكانوا يشترطون ضرورة تعادل الالتزامات بين الطرفين المتعاقدين.

وكان هؤلاء الفقهاء يفرعون ذلك على أنه في كل عقد من العقود يوجد شرط ضمني فحواه أن العقود تلزم عاقدتها، طالما لم يطرأ عليها تغير جوهري، وبذلك يكون تنفيذ العقد معلقا على بقاء

<sup>1</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 481-482.

<sup>2</sup> - د/ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 304.

الظروف على حالها. أما إذا أحدث تغيير جوهري في هذه الظروف من شأنه أن يخل بتوازن التزامات الطرفين المتعاقدين، وجب إعادة النظر في العقد وإعادة تعديله بما يتلاءم مع هذه الظروف المتغيرة.<sup>1</sup> إن نظرية الظروف الطارئة تتعلق بالظروف الإدارية، وهي من صنع القضاء الإداري الفرنسي، حيث أخذ مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير في قضية الشركة العامة لإنارة بوردو الصادر بتاريخ 30 مارس 1916<sup>2</sup> بنظرية الظروف الطارئة وطبقها من خلال بيان الصلة بين هذه النظرية وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، حيث ألزم المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري محل النزاع بالاستمرار في تنفيذ التزاماته رغم الظروف غير المتوقعة التي أدت إلى خسارته خسارة مالية جسيمة، وما ترتب عليها من صعوبة في التنفيذ، حتى تتمكن الإدارة من تقديم الخدمات العامة للأفراد، مع إلزام الإدارة بمساعدة المتعاقد ماليا لمحاولة التغلب على الخسارة المالية التي تعرض لها، ولم تكن متوقعة أثناء

<sup>1</sup> - د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 485.

<sup>2</sup> - حكم شهير لمجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة العامة لإنارة بوردو الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 (عقود إدارية، ظروف طارئة) مجموعة 125، تقرير شاردينيه، حيثيات هذا الحكم: "أقامت الشركة العامة لإنارة بوردو دعوى ضد مدينة بوردو أمام مجلس إقليم الجيروندي للحكم عليها برفع سعر الغاز المحدد في عقد الالتزام والحصول على تعويض يجبر الخسارة التي ألحقها بها ارتفاع سعر الفحم. ففي الحقيقة بلغ سعر طن الفحم من 35 فرنكا في جانفي 1915 إلى 117 فرنكا في مارس 1916 بسبب ظرف الحرب التي أوردها حكم مجلس الدولة بدقة (احتلال العدو، مناطق واسعة منتجة للفحم من القارة وصعوبات النقل البحري). فبعد أن ذكلا مفوض الحكومة شاردينيه بالخصائص الأساسية لعقد الالتزام - عقد يكلف مقاولا بإقامة منشأ عام Ouvrage أو بإدارة مرفق عام وهو عقد طويل المدة - ذكر بعدد من الأحكام الصادرة في شأن الأشغال العامة عندما يقابل المقاول أرضا ذات طبيعة خاصة لم تكن متوقعة على الإطلاق، وخاصة حكم 03 فبراير 1905 مدينة باريس ضد ميشون Michon. واقترح مفوض الحكومة تطبيق ذات المبادئ في حالة الملتزم ضحية الزيادة الاستثنائية وغير المتوقعة للأسعار: "نحن أمام أعباء ترجع إلى حوادث لم يكن يستطيع الطرفان المتعاقدان توقعها، وهي على وجه بحيث لا يمكن بصفة مؤقتة تنفيذ العقد بعد ذلك بنفس الشروط التي أبرم بها. ويقتضي الصالح العام استمرار كفاءة المرفق العام على نفس الوجه ويجب أن يظل العقد قائما. وتتحمل السلطة العامة مانحة الالتزام الأعباء التي يتطلبها تشغيل المرفق العام والتي تجاوزت أقصى ما كان يمكن لتفسير سليم للعقد إقراره باعتباره توقعنا ممكنا ومعقولا". ويذكر الحكم في البداية أن عقد الإلتزام ينظم التزامات الطرفين بصفة نهائية حتى انقضاء العقد، وأن تغير أسعار المواد الأولية ليس إلا أحد احتمالات aléa العقد ولكن مجلس الدولة واجه بعد ذلك الزيادة المتوقعة لسعر الفحم - المادة الأولية في صنع الغاز - وقت توقيع العقد (23-28 فرنك) بالزيادة الحقيقية (23-116 فرنكا)، وقرر أن الزيادة تجاوزت بجسامتها حجمها توقعات الطرفين، وأنه لا محل لتطبيق دفتر الشروط على وجه بسيط مجرد كما لو كان الخطر الاحتمالي aléa عاديا. ثم يقدم حلا يأخذ في اعتباره "في نفس الوقت الصالح العام الذي يقتضي استمرار الشركة في القيام بالمرفق بالاستعانة بكل وسائلها في الإنتاج، والظروف الخاصة التي لا تسمح بالتطبيق العادي للعقد". فعلى الشركة كفاءة المرفق ولكنها لا تتحمل إلا النصيب من العجز الذي يسمح التفسير المعتدل للعقد بتركه على عاتقها: فتؤدي إليها المدينة تعويض ظروف طارئة يغطي باقي العجز. وعند عدم اتفاق الطرفين يحدد القاضي التعويض. ومنذ ذلك الحين أتاحت للقضاء فرصة تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي قررها حكم غاز بوردو مع تحديد شروطها ونتائجها. لمزيد من التفصيل ينظر: بروسير فيل، غي بربان، بيار دلفولفيه، برونو جينفوا، مارسو لونغ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور أحمد يسري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة العاشرة سنة 1995، ص 237-238.

إبرام الاتفاق، وقد استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في أحكامه اللاحقة.<sup>1</sup>

كما أخذ الفقه والاجتهاد بدوره بنظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية وخاصة عقود الالتزام عندما تحدث ظروف طارئة تتجاوز حد الاحتمال لدى المتعامل مع الإدارة بحيث تهدد سير عمل المرافق العامة بانتظام وإطراد، يتوجب على الإدارة المساهمة بتحمل جزء من هذه الأعباء التي لا طاقة للملتزم بتحملها، والهدف هو إعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد لكي لا يتوقف المرفق العام عن السير بانتظام.

ويميز الاجتهاد بين حالتين:

أ/ الأعباء غير المنظورة ويكون التعويض كاملا عن الخسارة التي لحقت بالملتزم.

ب/ الظروف الطارئة ويكون التعويض جزئيا بحيث تساند الإدارة الملتزم لكي يستمر سير المرفق العام بانتظام وقد سبقت الإشارة لهذه النظرية.<sup>2</sup>

أما بخصوص الجزائر فإن الوضعية التي عاشتها فيما يخص العملة الجزائرية la dévaluation du dinar، تبين أن الوضع في الواقع في بعض الأحيان غير ذلك، بحيث قد عرفت الجزائر ابتداء من 1991 ولكن خاصة بعد 1994 تخفيض في الدينار<sup>3</sup>، وقد نتج عن هذا، أن أسعار السلع لاسيما المستوردة منها، قد ارتفع بأضعاف. وكان لهذه النتيجة آثار على العقود التي أبرمت مع الإدارة لاسيما منها التي مازالت في حالة التنفيذ، واستنادا إلى نظرية الظروف، فقد أصبح المتعاقدون مع الإدارة

<sup>1</sup> - د/ عصام علي الدبس، القانون الإداري (الكتاب الأول، ماهية القانون الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 200.

<sup>2</sup> - د/ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 304، 305.

<sup>3</sup> - نظرا لتدهور الحالة الاقتصادية، السلطات الجزائرية سارعت عام 1991 في إطار برنامج التعديل الهيكلي لاقتصاد كلي مدعّم من صندوق النقد الدولي (FMI) هذا البرنامج مزود بقرارات وسياسات لتسيير الطلب والتدهور المحسوس للدينار والتي تهدف إلى إعادة توجيه الأسعار النسبية

بما يتناسب مع الانفتاح الاقتصادي وفي سبتمبر 1991 قامت السلطات النقدية بأول تخفيض رسمي للدينار بالنسبة للدولار الأمريكي بنسبة 22% كذلك سعر الدينار انتقل من 18.5 دينار للدولار إلى 22.5%. وكان يهدف هذا التخفيض إلى التقريب بين سعر الدينار في السوق الرسمي والسوق الموازية فالفارق الذي كان 05% في السنوات 1980، انتقل إلى 02% في 1991.

من 1991 إلى 1994، المعدل السنوي المتوسط لتدهور الدينار كان حوالي 04% يحمل السعر الرسمي للدينار قيمة 24 دينار للدولار، لكن هذا الاستقرار النسبي لم يعكس القوى الحقيقية للاقتصاد، التضخم ارتفع بالنسبة للشركاء التجاريين ويرجع ذلك إلى تطبيق البلد لسياسات مالية نسبيا توسعية خلال هذه الفترة. المصدر: معطيات البنك الجزائري، نقلا عن: مولاي بوعلام، سياسات سعر الصرف في الجزائر (دراسة قياسية في الفترة 01: 1991-04: 2003)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية تخصص: اقتصاد كئي)، قسم علوم اقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، جوان 2005، ص 49.

(خاصة منهم المقاولون في الأشغال العمومية، والموردون إذا كانت السلع مستوردة...) يطالبون بإعادة النظر في الوضعية المالية للعقد.<sup>1</sup>

وقد تمخض كذلك عن هذا، تكوين لجنة، سميت بلجنة المتابعة للخسارة الناتجة عن الصرف و le comité de suivi des pertes de change التي أصبح المقاولون من خلالها يطالبون بالتعويض من جراء الخسارة في الصرف.<sup>2</sup>

ثانيا معنى نظرية الظروف الطارئة وشروطها :

وفحوى هذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية طارئة، لم يكن بالإمكان توقعها وقت إبرام العقد لسبب خارج عن إرادة طرفي العقد أدت إلى قلب اقتصاديات العقد وجعلت تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقدين، فإن السلطة الناتجة عن هذه الأضرار الناتجة عن هذه الظروف الطارئة.<sup>3</sup>

أ/الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة :

1-نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية :

يتلخص مضمون هذه النظرية في تعرض المتعاقد مع الإدارة إلى ظروف استثنائية طارئة لا يكون هو سبب حدوثها، كما ولا تكون الإدارة سببا فيه أي ظروف طارئة، لا دخل له، ولا للإدارة في حدوثها، ولم تكن هذه الظروف متوقعة لامن الإدارة مبرمة العقد، ولا من المتعاقد معها، وتؤدي هذه الظروف الاستثنائية أو الطارئة إخلال جسيم بالتوازن المالي للعقد وجعل استمرار تنفيذه من المتعاقد مرهقا له وليس مستحيلا. وفي هذه الحالة على الإدارة معالجة الاختلال في التوازن المالي للعقد، ومساعدة المتعاقد معها بحيث يتمكن من خلال دعم الإدارة له ومساعدته في تحمل آثار الظروف الطارئة من الاستمرار في تنفيذ العقد.

<sup>1</sup> -عرفت الفترة من 1990 إلى 2000 بالتحجير التدريجي للأسعار، بعد صدور قانون تحرير الأسعار في جويلية 1989، انعكس ذلك في صورة ارتفاع في المستوى العام للأسعار، حيث انتقل مؤشر الأسعار من 15.52 سنة 1990 إلى 70.44 سنة 2000 . وقد حقق مؤشر الأسعار زيادة قدرها 94.92 خلال هذه الفترة، إلا أن وتيرة ارتفاع الأسعار تختلف خلال تلك الفترة الممتدة من 1990 إلى 1996 تميزت بارتفاع كبير جدا للأسعار وذلك لأن المرحلة مفادها تحرير الأسعار، حيث تضاعفت 4 مرات على امتداد 7 سنوات. لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: د/ بن يوسف نوة، أثر التضخم على سعر صرف الدينار الجزائري، (دراسة تحليلية قياسية لحالة الجزائر خلال الفترة 1970/2015)، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة المسيلة، الجزائر، العدد 16، المجلد 10، تاريخ النشر 2016/12/15، ص 89.

<sup>2</sup> -د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 299.

<sup>3</sup> -د/ مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري (الكتاب الأول لمبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، الضبط الإداري، المرفق العام)، المرجع السابق، ص 342.



ويتبين من مضمون هذه النظرية أن الظرف الطارئ غير المتوقع لم تكن الإدارة المتعاقدة هي السبب فيه سواء أكانت جهة إدارية أخرى هي سببه، أو كان السبب خارجا عن إرادة الإدارة أصلا، كالأسباب بفعل هيئة غير إدارية، والتي تؤدي إلى ظرف طارئ، والمهم أن الإدارة المتعاقدة ليست هي سبب هذا الظرف الطارئ. فإذا لم تكن الإدارة سببا له ولم يصدر عنها عمل أصلا لا مشروع، ولا غير مشروع أدى إلى آثار سلبية على المتعاقد في تنفيذه العقد.<sup>1</sup>

أما في الجزائر فقد نص المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، في المادة 98<sup>2</sup> على أنه: "يمكن قبول تحيين الأسعار..... إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك.....".

وبهذا النص يكون المشرع قد أشار إلى إمكانية الحفاظ على التوازن المالي للعقد في حال تغير الظروف الاقتصادية وفق جملة من الشروط. وجاءت النصوص القانونية السابقة المنظمة للصفقات العمومية بنفس الحكم حيث أشار المرسوم الرئاسي 10-236 إلى ذلك في المادة 65 منه وكذا المرسوم 02-250 في المادة 53 وأيضا المرسوم التنفيذي 19-434 في المادة 54 على اختلاف بينهم في شروط تطبيق النظرية.<sup>3</sup>

#### ب/ نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني :

نص المشرع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة في المادة 107 من القانون المدني على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما رد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا

<sup>1</sup> د/ محمد طه حسين الحسيني، د/ محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثالث)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2017، ص 372-373.

<sup>2</sup> تنص المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العام، ج ر ع 50 المؤرخة بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 25. "يمكن قبول تحيين الأسعار. التي يحددها مبلغها طبقا للمادة 100 من هذا المرسوم، إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة. أجل يفوق مدة تحضير العقد زائد (3 أشهر) وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك".

<sup>3</sup> د/ شاشوا نو الدين، أثر الظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 02، تاريخ النشر 04/06/2018، ص 42.

للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".<sup>1</sup>

فحسب مقتضيات المادة المشار إليها أعلاه فإن المشرع الجزائري قد أشار إلى الظرف الطارئ في العقود المدنية في القانون المدني الجزائري، أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها مرتبة بذلك أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وأن لم يصبح مستحيلا، يكون مرهقا للمدين، مما يسبب له خسارة فادحة، يجوز حينئذ للقاضي وتبعاً للظروف مع مراعاته في ذلك المصلحة العامة رد الالتزام المرهق للحد المعقول<sup>2</sup> ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك كل ذلك، وهنا نفس الموقف الذي أخذه المشرع المصري في منطوق هذه النظرية وتطبيقها في العقود.

فقد نص المشرع المصري على الظرف الطارئ في المادة 147 مدني: " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في وسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا، للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حق المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وهذا نص مستحدث أخذ فيه المشرع المصري بنظرية الحوادث الطارئة Théorie de l'imprévision. وتتخلص فكرة هذه النظرية في أن هناك عقوداً يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو إلى

<sup>1</sup> - المادة 147 من من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 25 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مشار إليه سابقا .  
<sup>2</sup> - في هذا السياق يوجد قرار المحكمة العليا الجزائرية بينت فيه موقفها من خلال قرار صادر في 10/10/1993، بأن تنفيذ الالتزام التعاقدية في حالة الحادث الاستثنائي يوجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وجاءت في حيثيات هذا القرار: " من المقرر قانوناً أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ولما ثبت من مستندات القضية المثارة أن السوق محل العقد بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة)، بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فإن في ذلك يعد حادثاً استثنائياً غير متوقع فيجب الأخذ به . (القرار المؤرخ في 10/10/1993، ملف رقم 99694 م ق، 1994، العدد الأول .

كما قضت في قرار آخر أصدرته بتاريخ 24/10/1999 أنه : " من المقرر قانوناً أنه يجب تنفيذ العقد لما اشتمل عليه وبحسن نية غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لا يمكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

والمستفاد من القرار المطعون فيه، أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة 10 % من السعر الإجمالي للسكن وفقاً لعقد التخصيص تماشياً مع عدالة العقد وتوازنه فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقاً لأحكام المادة 107 ف 3 (ق م ج) فإذا ما طرأت حوادث استثنائية ذات طابع عام غير متوقعة من شأنها أن تجعل الالتزامات الطارئة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطؤوا في تطبيق نص المادة 107 (ق م ج) (القرار المؤرخ في 24/10/1999، ملف رقم 191705 م ق، العدد 02، 1999، ص 95.

نقلنا من : د/ دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد زبانه بغيليزان، العدد 06، تاريخ النشر جوان 2016، ص 145-146-147.

آجال، ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا. فيصبح تنفيذ الالتزام شاقا على المدين، ومرهقا له إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة، الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعة هذا الحادث على عاتق الطرفين، وبذلك يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد سلعة، ثم يحصل قبل حلول ميعاد التوريد أن يرتفع ثمن هذه السلع إلى ثمانية أضعاف ثمنها وقت العقد، وذلك بسبب قيام حرب فجائية أدت إلى تعذر ورودها من الخارج، فيصبح هذا الشخص مهددا بخسارة جسيمة تجاوز الحد المألوف في مثل هذه الحالة، وحينئذ يجوز للقاضي أن يعدل التزام المدين بحيث يقف به عند الحدود المعقولة.<sup>1</sup>

وبناء على نص المادة 147 من القانون المدني المصري والقانون رقم 129 لسنة 1947 بمادتيه الخامسة والسادسة، يكون بذلك المشرع المصري قد أقر تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وعمل بها وذلك بالنسبة للعقود الإدارية والمدنية.

أما بخصوص المشرع الفرنسي ومدى تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني فإنه لم يأخذ بها، فلقد أدى انتشار المذهب الفردي في أوروبا، وسيادة مبدأ سلطان الإرادة إلى عدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، وقد تأثر التقنين المدني الفرنسي بالنزعة الفردية، ولم على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، بل جاء في نص المادة 1134 ما يفيد بعدم الأخذ بها حيث ذهبت بأن "العقد يحل محل القانون بالنسبة للمتعاقدين" في حين أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي، اجتهادا، تبعا لمقتضيات المصلحة العامة، ولقد كان للحربين العالميتين بالغ الأثر في الأوضاع الاقتصادية مما دعا بعض الدول التي جددت قوانينها إلى قبول هذه النظرية بنص صريح في قوانينها.<sup>2</sup>

#### ب/ شروط نظرية الظروف الطارئة :

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بد من توافر الشروط التالية :

1- حصول ظروف طارئة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد.

والمقصود بالظروف الطارئة غير المتوقعة المخاطر الغير المألوفة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد، أما المخاطر العادية فيتحملها المتعاقد مع الإدارة، لأنها يمكن أن تحصل في كافة العقود ومن واجبه أن

<sup>1</sup> - د/عبد الحكيم فودة، أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 1999، ص 26.

<sup>2</sup> - أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، السنة الجامعية 2017، ص 68-74.

يأخذها بالاعتبار عند التعاقد، فإذا قصر في ذلك فعليه تحمل مسؤولية تقصيره، والمخاطر الغير مألوفة والتي تعطي الحق للمتعاقد بالتعويض هي الأمور التي تقع وتتجاوز كل توقعات طرفي العقد وقت إبرامه، مثل الأزمات الاقتصادية، والحروب، وارتفاع أسعار المواد بشكل غير عادي، والكوارث الطبيعية، مثل: الفيضانات والزلازل والبراكين.<sup>1</sup>

2- أن يكون الطرف الطارئ (أجنبيا عن المتعاقدين أي مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه ذلك أن الطرف الطارئ إذا كان راجعا إلى فعل المتعاقد مع الإدارة فإن هذا المتعاقد يعتبر مخطئا أو في القليل مهملًا ولا يجب أن يستفيد من تقصيره . أما إذا كان راجعا إلى فعل الإدارة المتعاقدة نفسها، فإن الأمر يتعلق بتطبيق نظرية عمل الأمير وليس نظرية الظروف الطارئة.

3- ألا يكون الطرف الطارئ متوقعا وداخلا في حسابان الطرفين ونيتهما المشتركة عند التعاقد، وألا يكون بالإمكان تداركه أو دفعه بعد حدوثه.

والتوقع أو عدمه يقدره القاضي على ضوء مجمل الظروف والملابسات الي تم فيها إبرام العقد وطبيعة الطرف ودرجة استثنائيته.

فالغرض العادي أن يكون الطرف الطارئ غير متوقع في ذاته ولكن قد يحدث أيضا أن يكون هذا الطرف متوقعا من حيث المبدأ في ذاته لكن مداه هو الذي لم يكن متوقعا، كذلك فإن الطرف الطارئ قد يكون بطبيعته استثنائيا بدرجة كبيرة في ظروف معينة يقدر القضاء أنه كل يجب رغم ذلك أن يكون متوقعا.<sup>2</sup>

وحكمة ابتداء وخلق القضاء الإداري الفرنسي لهذه النظرية، هي حماية المرفق العام وتحقيق دوامه وانتظام سيره، وهكذا تصبح نظرية الظروف الطارئة إحدى تطبيقات مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام، لأنه إن لم تعوض الإدارة الفرد المتعاقد معها بنسبة معقولة عن خسائره الشديدة، فإنه لم يتمكن من تنفيذ العقد الإداري أو استكمال تنفيذه، والذي سيضار في هذه الحالة هو المرفق العام الذي تم إبرام العقد لأجل تحقيق احتياجاته مثل توريد آلات أو مهمات ومواد لازمة لسير المرفق، أو القيام بأعمال استثنائية أو أشغال عامة لصالح المرفق العام الذي يحقق إشباع الحاجات العامة للمواطنين ومما هو بالغ الدلالة على تلك الحكمة من ابتداء نظرية الظروف الطارئة أنه يشترط

<sup>1</sup> - د/ مصلاح ممدوح الصرايرة، الكتاب الأول لمبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، الضبط الإداري، المرفق العام)، المرجع السابق، ص 342.

<sup>2</sup> - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، المرجع السابق، ص 582، 583.

لتطبيقها واستحقاق الفرد المتعاقد تعويضاً من الإدارة أن يستمر هذا المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري ولا يتوقف مع مطالبة الإدارة بالتعويض في نفس الوقت.<sup>1</sup>

## المبحث الثاني

### مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

يعد مبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرافق العامة من المبادئ العامة في القانون على الرغم من عدم الإشارة إليه بصورة صريحة في التشريعات، فالمواطنون متساوون في الحقوق والواجبات، وبناءً على هذه المساواة القانونية، فإن المواطنين يتساوون في حق الانتفاع بالمرافق العامة ولا يجوز التمييز من قبل القائمين على إدارة المرفق لأي سبب من الأسباب إذا استوفوا شروط الانتفاع بالمرافق العامة، وكانت إمكانات المرفق تسمح بتقديم الخدمة لكل من يطلبها ممن تتوافر فيهم شروط الانتفاع، أما إذا كانت إمكانات المرفق العام محدودة فيجب وضع شروط موضوعية تسمح بالتنافس على قدم المساواة دون تمييز للحصول على الخدمة من هذا المرفق.<sup>2</sup>

أما المساواة في التكاليف والأعباء العامة، فيقصد بها المساواة بين جميع المنتفعين بخدمات المرافق العامة في المزايا والأعباء التي تترتب على هذا الانتفاع.<sup>3</sup>

كما يرتبط مبدأ المساواة بمبدأ حياد المرافق العامة<sup>4</sup> بقيام تشغيلها على أساس المصلحة العامة وحدها، دون اعتبار للاتجاهات السياسية أو المصالح الخاصة أو المحاباة، ومن المسلم به فقهاً

<sup>1</sup> - د/ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 313.

<sup>2</sup> - محمد جبار أتويه، م م نورس رشيد طه، دور القاضي الإداري في استنباط المبادئ القانونية، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بدون ذكر العدد والتاريخ النشر، ص 232.

<sup>3</sup> - د/ راشد بن حمد البلوشي، مبدأ المساواة كأحد ضمانات المحاكمة المنصفة في النظام الأساسي لسلطنة عمان، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 113. على الرابط:

[www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53) اطلع عليه بتاريخ 2018/12/28 على الساعة 13:13

<sup>4</sup> - حياد المرافق العامة أو يعرف كما يعرف بحياد الإدارة كان نتيجة وضع الجمهورية الثالثة عن طريق فرض تعليم لانكي وإجباري في تلك الفترة كان البحث من أجل الوصول إلى عدم الفصل ما بين المساواة والحياد الثقافي للمرفق العام، وإن هذا الموقف كان الهدف منه هو معارضة الواقع الديني، إن المجتمع الفرنسي قد تطور منذ ذلك التاريخ، فقد مكن مبدأ حياد المرفق العام قد مكن من تحقيق المساواة في التعامل مع الغير، الذي انصب على حالتين وهي الأحادية المادية (عدم اهتمام العمال بالجانب المادي). وكذلك أحادية ثقافية على مستوى الفكر أي أن القرارات التي تصدر عن هؤلاء لا يمكن أن يقتصر على الربح الشخصي فقط وأن قانون العقوبات الفرنسي يعاقب على التفاضل في أداء الواجب (المواد 432 فقرات من 10 إلى 16) من جهة أخرى فإن مجلس الدولة قد طرح مبدأ الأحادية في الإدارات العمومية مثلاً: قرار: CE 1/4/1949 الذي حدد المبدأ الضيق للحياد لكل العمال الذين يتعاملون مع المرفق العام. لمزيد من التفصيل ينظر:

-Jean –Paul Valette ; Le Service public à la Française, Ellipses Eition Markering , paris, France.S.A2000, p98.

وقضاء أن المساواة أمام المرافق العامة ليست مطلقة وإنما هي مساواة نسبية، أو قانونية بين من تماثلت مراكزهم القانونية.

فالمساواة أمام المرافق العامة لا تعني المساواة المطلقة أي تلك التي لا يجوز فيها لأي فرد أن يستفيد من المرفق العام دون قيد أو شرط، وإنما تعني المساواة بين أولئك الذين تتوافر فيهم شروط الانتفاع من المرفق العام والتي تحددها، القوانين والأنظمة الخاصة بالمرفق، كاشتراط شهادة معينة، أو اجتياز اختبار معين للدخول في الجامعة أو للحصول على وظيفة، أو دفع مبلغ معين، أو بدل اشتراك معين للاستفادة من مرفق عام معين. فلغرض تطبيق قاعدة المساواة بين المنتفعين من المرافق العامة، يجب أن يكون هؤلاء في نفس المراكز وفي نفس الظروف.

وتؤكد محكمة العدل العليا الأردنية على ذلك بقولها : «لقد استقر الفقه والقضاء على أن المقصود بمبدأ المساواة أمام القانون...هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية وليست المساواة بين طائفة من الأفراد كطائفة الموظفين وبين طائفة أخرى غيرها كطائفة الطلاب»<sup>1</sup>.

وتتعدد مجالات تطبيق مبدأ المساواة في القانون الإداري سواء بالنسبة للوظائف العامة أو بالنسبة للانتفاع من خدمات المرافق العامة، والمساواة في التمتع بالحقوق والالتزام وفي تحمل التكاليف العامة والتضحيات، والمساواة في تعاملها مع الأفراد فليس لها أن تميز أو تفرق في المعاملة فيما بينهم، وإلا تكون قراراتها مشوبة بعدم المشروعية دون حاجة لوجود نص قانوني بهذا الشأن.<sup>2</sup>

لذا سيتم التعرض وفق مقتضيات البحث إلى مفهوم مبدأ المساواة (المطلب الأول) وتطبيقات مبدأ المساواة (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - د/ حمدي قبيلات، القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 310.

<sup>2</sup> - د/ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، المرافق العامة) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص

## المطلب الأول

## مفهوم مبدأ المساواة

يقصد بمبدأ المساواة كمبدأ من المبادئ الدستورية الحديثة<sup>1</sup> أن الأفراد متساوون أمام القانون دون تمييز بينهم بسبب الأصل، أو الجنس، أو الدين، أو اللغة، أو المركز الاجتماعي في اكتساب الحقوق وممارستها والتحمل بالالتزامات أداؤها. فالمساواة على إطلاقها تعني غياب كل معاملة تفضيلية بين الأطراف في علاقة قانونية معينة، ومما لا شك فيه أن فكرة المساواة من الأفكار التي تستهوي العقل وتروقه. إذ ترتبط هذه الفكرة في الذهن بكل ما هو حق وعدل، وتتفق هذه الفكرة مع فكرة الحرية في التعبير مع المجتمع الديمقراطي الذي يقوم بنيانه على هاتين الفكرتين في تنظيماته القانونية مجتمع دكتاتوري، يهدر الأفكار الأساسية المعبرة عن الديمقراطية التي كافحت البشرية للوصول إليها، حتى أصبحت بديهية مسلّمة. إذ أصبحت معارضتها من الصعوبة بمكان، بل من النادر أن يوجد من يجرؤ على إنكار هذه الفكرة في عمومها إنكاراً صريحاً.<sup>2</sup>

إذا يعد مبدأ المساواة (Égalité) الأساس الذي تستند إليه ممارسة كافة الحقوق الإنسانية، وأصبح من أهم المبادئ المعتمدة في الوثائق الدولية والوطنية. لذا لا يمكن مخالفة هذا المبدأ من قبل الكافة في الدولة لكونه مبدأ دستورياً أساسياً ولا يحتاج مبدأ المساواة إلى تشريع عادي ينظمه أو يؤكد، خاصة إذا تم النص عليه في دستور الدولة النافذ.<sup>3</sup>

فالحق في المساواة أصل الحريات وأساس الحقوق، فهو من المبادئ العامة في القانون، وتضمنه الاتفاقيات والمعاهدات والإعلانات المتعلقة بحقوق الإنسان وإن انهيار الحق في المساواة يعني فقدان الحقوق والحريات الأخرى، فهذا المبدأ هو الأساس الذي يقوم عليه البناء الديمقراطي، فالتفاوت بين

<sup>1</sup> - تنص ديباجة تعديل الدستور الجزائري (الصادر بالقانون رقم 01 /16 المتضمن تعديل الدستور، مشار إليه سابقاً، مشار إليه سابقاً) "أن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية." وتنص المادة 32 منه " كل المواطنين سواسية أمام القانون . ولا يمكن أن يتدرّج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي ."

<sup>2</sup> - ميثم حسين الشافعي، مبدأ المساواة كضمان للحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، على الرابط الإلكتروني:

<https://www.iasj.net/iasj?func=article&aid=62273 de 2017/10/14> اطلع عليه بتاريخ 2012/10/14 الساعة 15:30. ميثم حسين الشافعي

<sup>3</sup> - د/ علي حمزة عسل الخفاجي، د/علي هادي حميدي الشكراروي، مبدأ المساواة في الدستور العراقي لعام 2005، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 246.

على الرابط: [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53)

اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 الساعة 23:23.

الناس يقضي على أهم المنجزات الديمقراطية، ويؤدي إلى تسلط فئة على أخرى وإلغاء كل الضمانات المقررة لحقوق الناس وحررياتهم.

والثابت أنه من الصعب جدا الإحاطة بمفهوم الحق في المساواة لأنه مبدأ عام وقابل للتأويل. فحتى المجتمعات الديمقراطية والمتقدمة التي أدرجت هذا المبدأ في دساتيرها وقوانينها لم تستطع أن تمحو كل أوجه اللامساواة.<sup>1</sup> ومن ثمّ يطرح التساؤل في هذا الموضوع عن كل من أساس مبدأ المساواة (فرع الأول) وأنواع هذه الأخيرة (فرع الثاني).

### الفرع الأول

#### أساس مبدأ المساواة

يعد مبدأ المساواة من المبادئ الذي له تطبيقات قديمة جدا. فقد طبقه الإسلام الحنيف بأكمل صورة ومعانيه قبل غيره من التشريعات الوضعية وتطبيقاتها، ثم اهتمت به الثورة الفرنسية 1789، وصولا إلى تأسيس منظمة الأمم المتحدة عام 1945، التي أولت مبدأ المساواة أهمية متزايدة ومتصاعدة، ونتيجة لذلك قامت معظم دول العالم بتضمينه في دساتيرها الوطنية.<sup>2</sup>

#### أولا: أساس مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية:

يتجسد الأصل العام في البشر في حكمة الله سبحانه وتعالى الذي خلق جميع البشر وكل منهم يتمتع بذات الحقوق والحرّيات، وعلى قدم المساواة. فالكل أمام الخالق سواء، لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى والعمل الصالح.<sup>3</sup>

إن المساواة تعد سمة من سمات الإسلام، وأصل من أصوله، لأن يقرر أن الناس سواسية، وفي ظله تذوب فوارق الجنس واللون، وتتحطم صفة الحسب والجاه والسلطان، إذ لا تفاضل بينهم في

<sup>1</sup> - أ م د/ شورش حسن عمر، أ م د، خاموش عمر عبد الله، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، جمهورية العراق، المجلد 32، العدد الثاني، تاريخ النشر سنة 2017، ص 111.

<sup>2</sup> - د / علي حمزة عسل الخفاجي، د/علي هادي حميدي الشكراري، مبدأ المساواة في الدستور العراقي لعام 2005، المرجع السابق، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، المرجع السابق، ص 244. على الرابط: [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53). اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 على الساعة 23:23.

<sup>3</sup> - د/علي حسن محمد الطوبالبة، حق المساواة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، مركز الإعلام الأمني: ص 05، مقال منشور على الرابط الإلكتروني:

<https://www.policemc.gov.bh/.../4e086770-7aec-49a8-9d88-b9441d0b1a002%>

اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 على الساعة 14:30.



إنسانيته، وإنما التفاضل يرجع إلى أسس أخرى، الله تعالى خلق الناس بحسب فطرتهم متمائلين، إذ ولدتهم أمهاتهم أحرارا متكافلين، ولكن دخولهم في ملامح الحياة الاجتماعية ينزع عنهم لباس التماثل والتساوي، ويرفع بعضهم درجات، والأدلة في الشريعة الإسلامية تكثُر في تقرير هذا المبدأ.<sup>1</sup>

فيقول سبحانه وتعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا).<sup>2</sup> وقال تعالى ( يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ).<sup>3</sup>

أما عن أساس مبدأ المساواة في السنة النبوية فقد أكد النبي صلى الله عليه وسلم على مبدأ المساواة الذي قرره القرآن الكريم في حجة الوداع فقال: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ، أَلَا إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ، وَإِنَّ أَبَاكُمْ وَاحِدٌ، أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى أَعْجَمِيٍّ، وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ، وَلَا لِأَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ، وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلَّا بِالتَّقْوَى"<sup>4</sup> الدلالة يفيد الحديث أن الناس كلهم سواء، وأن الفوارق الطارئة بين البشر ليس لها قيمة في ميزان الإسلام، بل القيمة والفضل فقط بالتقوى.

كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ أَذْهَبَ عَنْكُمْ عَيْبَةَ الْجَاهِلِيَّةِ وَفَخَرَهَا بِالْأَبَاءِ مُؤْمِنٌ تَقِيٌّ وَفَاجِرٌ شَقِيٌّ وَالنَّاسُ بَنُو آدَمَ وَآدَمٌ مِنْ تُرَابٍ<sup>5</sup>.

وجه الدلالة بين النبي أن الإسلام قد ألغى الجاهلية وما فيها من عنصرية، ووضع معيارا واحدا فقط للتفاضل بين الناس، ألا وهو تقوى الله تعالى.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> -د/ منصور عبد السلام الصرايرة، الحماية القانونية لمبدأ المساواة في العمل : دراسة مقارنة، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسرء، ص 335. على الرابط الإلكتروني: www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53: اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 الساعة 10:05.

<sup>2</sup> -الآية (1) من سورة النساء.

<sup>3</sup> -الآية (13) سورة الحجرات.

<sup>4</sup> -رواه أحمد (411/5) (23536)، اسناده صحيح وأورده الألباني في الصحيحة (2700) (صحيح مسلم).

<sup>5</sup> -رواه أحمد في المسند رقم (02) (316 ح 8721) عن أبي هريرة وقد حسنه الشيخ الألباني في صحيح أبي داوود.

<sup>6</sup> -د / منصور عبد السلام الصرايرة، الحماية القانونية لمبدأ المساواة في العمل : دراسة مقارنة، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسرء، المرجع السابق، ص 335-336. على الرابط الإلكتروني: www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53: اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 الساعة 14:00.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم أيضا "إِنَّ اللَّهَ لَا يَنْظُرُ إِلَى صُورِكُمْ وَأَمْوَالِكُمْ وَلَكِنْ يَنْظُرُ إِلَى قُلُوبِكُمْ وَأَعْمَالِكُمْ"<sup>1</sup> وقال النبي صلى الله عليه وسلم: " أَحَبُّ النَّاسِ إِلَى اللَّهِ أَنْفَعُهُمْ لِلنَّاسِ."<sup>2</sup> والتفاضل بالتقوى والعمل الصالح والمنفعة للناس هو تفاضل معنوي لا يترتب عليه امتيازات إنسانية لصاحب الفضل، مما لا يترتب عليه عقوبات إنسانية لمن هو أقل فضلا، وإنما الغاية من هذا التفاضل هو إعمار الكون وتحقيق السعادة للناس والمساواة في الحقوق.<sup>3</sup>

ومثال آخر على إقرار والحث على مبدأ المساواة في عهد الخليفة الراشد عمر بن الخطاب وهي كتابه لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما في سياسة القضاء والحكم، وذلك في إطار المساواة أمام القضاء بقوله "أس بين الناس في مجلسك ووجهك"<sup>4</sup> يعني أن المساواة أمام القضاء عامة تشمل الناس جميعا، حكاما ومحكومين، مسلمين وغير مسلمين، والتسوية هنا في الضمانات، وفي المعاملة ويعلل في رسالته أهمية المساواة أمام القضاء تعليلا نفسيا لعله لم يعرف إلى اليوم في علم النفس القضائي،

<sup>1</sup> -رواه مسلم (6708) في صحيحه عن أبي هريرة.

<sup>2</sup> -أخرجه الطبراني في الكبير وابن أبي الدنيا في قضاء الحوائج عن ابن عمر رضي الله عنهما

<sup>3</sup> -د/ علي حسن محمد الطوالبة حق المساواة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، المرجع السابق : ص 05، على الرابط الإلكتروني :

[https://www.policemc.gov.bh/.../4e086770-7aec-49a8-9d88-b9441d0b1a00\\_120%...](https://www.policemc.gov.bh/.../4e086770-7aec-49a8-9d88-b9441d0b1a00_120%...)

اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 على الساعة 14:3

<sup>4</sup> - نص الوثيقة كتابه إلى أبي موسى الأشعري في سياسة القضاء والحكم.

بسم الله الرحمن الرحيم. من عبد الله عمر أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس سلام عليك. أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك الخصم فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له. أس بين الناس في مجلسك ووجهك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك (وفي رواية ولا يئس ضعيف من عدلك). البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والصلح جائز بين المسلمين (الناس) إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا. ولا يمنعك قضاء قضيتته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن ترجع عنه فإن الحق قديم لا يبطله شيء.) والرجوع إليه خير من التماذي على الباطل (واعلم أن مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل). الفهم الفهم فيما يتلجلج في صدرك مما لم يبلغك به كتاب الله ولا سنة نبيه ﷺ واعرف الأمثال والأشياء ثم قس الأمور عند ذلك ثم اعمد إلى أحيا إلى الله ورسوله وأشبهها بالحق (فيما ترى). أجعل لمن للمدعي (ادعى حقا غائب) أمدا ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذت له بحقه وإلا وجهت (استحللت) عليه القضاء. فإن ذلك أجلى للعمى وابلغ في العذر والمسلمون عدول بعضهم على بعض (في الشهادة) إلا مجلودا في حد أو مجريا عليه شهادة زور أو ظنيينا في ولاء أو قرابة نسب فإن الله عز وجل ولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات (والأيمان). ثم إياك والتأذي بالناس (القلق والضجر) والتنكر للخصوم في مواطن الحقوق التي يوجب الله عز وجل بها الأجر ويحسن الذخر فإنه من تخلص نيته فيما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس (ومن صلحت سيرته فيما بينه وبين الله أصلح الله ما بينه وبين الناس) ومن تزين للناس بما يعلم الله خلافه منه هتك الله ستره (ومن تزين للدنيا بغير ما يعلم الله منه شتأه الله. والسلام). نقلا عن د/ مصطفى بن حمو أرشوم، " حقوق الإنسان في الوثائق الإسلامية"، ورقة بحثية للمشاركة في ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان بعنوان الفقه الإسلامي، المشترك الإنسان والمصالح تحت محور حقوق الإنسان في المواثيق الدولية والفقه الإسلامي، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة - الجزائر 1435هـ / 2014م، ص 74. على الرابط الإلكتروني :

[https://www.mara.gov.om/nadwa\\_new/wp-content/.../10\\_2.docx](https://www.mara.gov.om/nadwa_new/wp-content/.../10_2.docx): اطلع عليه بتاريخ 2018/12/12 على الساعة 00:15

يقول: "حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يخاف ضعيف من جورك"، لحماية الحق حتى لا يعلو صوت قوي، ويختفي نداء الضعيف، وقد يكون الأول على الباطل والثاني على حق.<sup>1</sup>

وكذا مقولته الخالدة التي ما قالها حاكم قبله: "أيا عمرو متى تعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً؟"<sup>2</sup> هذه المقولة التي تقر المساواة بين الناس في عهد الخليفة عمر بن الخطاب المكنى الفاروق رضي الله عنه بذلك تكون الشريعة الإسلامية هي السباقة لإقرار الحقوق ومبادئ الكرامة الإنسانية منذ قرابة 14 قرناً.

ثانياً: أساس مبدأ المساواة بناء على مبادئ القانون الطبيعي ونظرية العقد الاجتماعي:

طبقاً لنظرية القانون الطبيعي، فإن الأفراد الذين كانوا يعيشون في حالة الفطرة L'Etat de nature تمتعوا بالمساواة التامة فيما بينهم، ومارسوا حقوقهم وحررياتهم الطبيعية بدون تفرقة. ولهذا يرى جون لوك أنه ما دام الناس قد خلقوا بطريقة واحدة، ومن نوع واحد، وأن لهم جميعاً نفس القدرات الطبيعية فيجب أن يكونوا متساوين فيما بينهم، بلا تبعية أو خضوع.<sup>3</sup>

كما نادى به الفيلسوف جون جان روسو الذي ذكر في كتابه (العقد الاجتماعي) أن الحرية لا يمكن أن تظل بغير المساواة. وتعد المساواة الأساس الذي يركز عليه مبدأ الشرعية وتحقيق العدالة في المجتمع.<sup>4</sup>

فبناء على نظرية العقد الاجتماعي، تعاقد الأفراد للخروج من حالة الفطرة من أجل الحياة في مجتمع أفضل يتمتعون فيه جميعاً بالمساواة التامة، إذ أنه بمقتضى العقد الاجتماعي تنازل الأفراد عن جميع حقوقهم وعن المساواة الطبيعية فيما بينهم لمصلحة الجماعة، بهدف إنشاء السلطة السياسية المشتركة وتأسيس الإرادة العامة، على أن يكتسبوا بعد ذلك مساواة معنوية وشرعية تحل محل المساواة الطبيعية وتقوم المساواة القانونية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- صالح بن محمد بن إبراهيم الشعيبي، حقوق الإنسان في وثيقة عمر بن الخطاب لأهل إيلياء (دراسة مقارنة بالمواثيق والمعاهدات الدولية)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، تخصص الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض، السعودية، السنة الجامعية 2015، ص 60.

<sup>2</sup>- أ/ عباس محمود العقاد، إسلاميات، دار الشروق، بدون دار نشر، ولا سنة طبع، ص 127.

<sup>3</sup>- د/ الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، طاكسيج.كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة طبعة ص 06.

<sup>4</sup>- د/ أشرف الرفاعي، مبدأ المساواة وتقلد المتجنس للوظائف العامة (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 03 السنة الخامسة العدد التسلسلي 19، تاريخ النشر سبتمبر 2017، ص 125.

<sup>5</sup>- د/ الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 06.

ثالثاً: أساس مبدأ المساواة في المواثيق الدولية وإعلانات الحقوق :

لقد أثر مبدأ المساواة بما يحمله من صور وتطبيقات في كافة إعلانات حقوق الإنسان، بل أن المتتبع لمسيرة إعلانات حقوق الإنسان خاصة إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789<sup>1</sup> وإعلان حقوق الإنسان الأمريكي 1776<sup>2</sup> يجد أنهما نتيجة ثورات قام بها الأفراد مطالبين بمبدأ أساس هو (المساواة)، فشعار الثورة الفرنسية كان (الحرية، الإخاء، المساواة).

كان أول إعلان لحقوق الإنسان في الغرب هو العهد الأعظم الذي فرضه البارونات عام 1215 على الملك جان سانتير وتضمن مجموعة من الحقوق تقيد سلطة الملك، ثم توالى إعلانات الحقوق حتى ظهرت لائحة الحقوق عام 1677 التي تحظر على الملك إنشاء محاكم استثنائية فهي أكدت هناك على (مبدأ المساواة أمام القضاء) وجميع الوثائق الإنكليزية تجمعها خصائص مشتركة فهي تعالج قضايا الحرية السياسية وتؤكد على احترام حقوق وحرية الأفراد القائمة على أساس المساواة.<sup>3</sup>

وقد نصت المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العاشر من ديسمبر سنة 1948<sup>4</sup> على المبدأ بقولها «لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون

<sup>1</sup> -مبدأ المساواة منوه عنه في المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أوت 1789 فنصت : « يولد الناس ويظلون أحراراً ومتساوين في الحقوق ولا يجوز أن تسند الامتيازات الاجتماعية سوى وفقاً لاعتبارات الصالح العام.» على الرابط الإلكتروني:

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/.../constitution\\_arabe.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/.../constitution_arabe.pdf)

<sup>2</sup> -إعلان الاستقلال الأمريكي أو إعلان استقلال الولايات المتحدة بالإنجليزية (United States Declaration of Independence) هو وثيقة تبناها الكونغرس القاري في 4 يوليو 1776، لتعلن أن المستعمرات الأمريكية الثلاثة عشر المتحاربة مع بريطانيا العظمى قد أصبحت ولايات مستقلة، وبالتالي لم تعد جزءاً من الإمبراطورية البريطانية. مكتوب بشكل رئيسي بواسطة توماس جفرسون، يعتبر الإعلان تفسيراً رسمياً لأسباب تصويت الكونغرس في 2 يوليو لصالح إعلان الاستقلال عن بريطانيا العظمى، بعد مرور أكثر من عام على اندلاع حرب الاستقلال الأمريكية. عيد ميلاد الولايات المتحدة- يوم الاستقلال -يحتفل به في 4 يوليو، يوم اعتماد الكونغرس صيغة الإعلان. وقد خلص معظم المؤرخين إلى أن الوثيقة قد وقع عليها تقريباً بعد شهر من تبنيها، في 2 أغسطس 1776، وليس في 4 يوليو كما المعتقد السائد.

بعد أن أدت غرضها الأساسي لإعلان الاستقلال، تم مبدئياً تجاهل نص الإعلان بعد الثورة الأمريكية. عظمت مكانتها بمرور الأعوام، خاصة الجملة الثانية، وهي بيان مهم لحقوق الإنسان. على الرابط الإلكتروني <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8> اطلع عليه بتاريخ 2018/12/28 على الساعة 16:30.

<sup>3</sup> - ميثم حسين الشافعي، مبدأ المساواة كضمان للحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص 19. على الرابط الإلكتروني : <https://www.iasj.net/iasj?func=article&ald=62273> de ميثم حسين الشافعي 2012

اطلع عليه بتاريخ 2017/10/2 على الساعة 10:23.

<sup>4</sup> - إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948، نتيجة لما خبره العالم في الحرب العالمية الثانية. وبعد الحرب العالمية الثانية وإنشاء الأمم المتحدة، تعهد المجتمع الدولي بعدم السماح على الإطلاق بوقوع فظائع من هذا القبيل مرة أخرى. وقد قرر زعماء العالم إكمال ميثاق الأمم المتحدة بخريطة طريق تضمن حقوق كل فرد في أي مكان أو زمان.

أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء.» وقد نصت المادة الأولى على أن "جميع الناس يولدون أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلا وضميرا وعلمهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء"، وجاء في المادة السابعة من الإعلان "إن كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان".

كذلك تناولت الإعلانات والاتفاقيات الدولية حق المرأة في المساواة كمبدأ من المبادئ الدولية الراسخة، فنصت المادة الثالثة من العهد الولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>1</sup> على أن تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بضمان مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الثقافية المنصوص عليها في هذا العهد.»

وتناولت المادة (9) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة<sup>2</sup>، حق المرأة في المساواة بمجال التعليم، والمادة الرابعة من ذات الإعلان على أن «تتخذ جميع التدابير المناسبة التي تكفل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل ودون أن تتميز الحقوق الأتية :

أ- /حقها في التصويت في جميع الانتخابات وفي ترشيح نفسها بجميع الهيئات المنبثقة عن الانتخابات العامة.

ب- / حقها في التصويت في جميع الاستفتاءات العامة.

...=والوثيقة التي توخاها هؤلاء الزعماء، والتي أصبحت فيما بعد "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، كانت موضع نظر في الدورة الأولى للجمعية العامة في عام 1946. ولقد استعرضت الجمعية العامة مشروع إعلان حقوق الإنسان والحريات الأساسية وأحالته إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي "بهدف عرضه على لجنة حقوق الإنسان للنظر فيه... لدى إعدادها للشرعة الدولية للحقوق". وقامت اللجنة في دورتها الأولى، التي عقدت في أوائل عام 1947، بتفويض أعضاء مكتبها لصوغ ما أسمته "مشروع مبدئي للشرعة الدولية لحقوق الإنسان". وبعد ذلك استؤنف العمل على يد لجنة صياغة رسمية تتألف من أعضاء للجنة تم اختيارهم من ثماني دول في ضوء المراعاة الواجبة للتوزيع الجغرافي. على الرابط الإلكتروني: <http://www.un.org/ar/documents/udhr/history.shtml>

اطلع عليه بتاريخ 2017/10/2 على الساعة 10:30.

<sup>1</sup>-العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقا للمادة 27 على الرابط: <https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> اطلع عليه بتاريخ 2017/10/2 على الساعة 10:23

<sup>2</sup>-لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة (اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د22) المؤرخ في 7 تشرين الثاني/نوفمبر 1967. على الرابط الإلكتروني :

[https://genderation.xyz/.../الإعلان\\_القضاء\\_على\\_التمييز\\_ضد\\_المرأة/](https://genderation.xyz/.../الإعلان_القضاء_على_التمييز_ضد_المرأة/)

اطلع عليه بتاريخ 2017/10/2 على الساعة 10:40.

-ج/ حقها في تقلد المناصب العامة ومباشرة جميع الوظائف العامة، وتكفل هذه الحقوق عن طريق التشريع<sup>1</sup>

#### رابعاً: الأساس الدستوري لمبدأ المساواة :

إن للنصوص الدستورية دور كبير وفعال في حماية الحريات العامة بشكل كبير ومبدأ المساواة بشكل خاص . فقد كان الحكام في الأصل يمارسون السلطة بأوامر فردية، لكن بمرور الزمن ظهرت الحاجة إلى تقييد سلطة الحكام بقواعد عليا ترسم حدود تدخلهم في كل حالة خاصة. ومن هنا جاءت القاعدة القانونية المصاغة بنصوص عامة ومجردة ومعلنة بشكل مسبق الشروط والحدود، التي بمقتضاها وضمها تسيير نشاطات الحكام لمعالجة كل حالة فردية، فكان القانون الوضعي بعموميته وتجريده الضمان الحقيقي لحريات الأفراد القائمة على أساس المساواة ضد تحكم الحكام، وقرارتهم الفردية، وبالتالي فإن ما يضمن حرية المواطنين ومساواتهم هو أن المشرع سيضع قانونا عاما ومجردا وبعيدا عن المصلحة الخاصة. فالنصوص المتعلقة بمبدأ المساواة لها قيمة خاصة، فلما كانت المساواة هي من أعلى القيم المرتبطة بشخص الإنسان فقد بات من المؤكد أن يكون مكانها الطبيعي صلب الدساتير وهذه المكانة الرفيعة لمبدأ المساواة دفعت بعدد من الدول الديمقراطية إلى إصدارها في صورة إعلانات.<sup>2</sup>

إذ يستمد هذا المبدأ سنده الدستوري من المبدأ العام الذي يهيمن على جميع الدساتير، والذي قامت وتقوم من أجله الثورات في كل بقاع الأرض. فهو يقتضي مساواة الأفراد في الحقوق والواجبات، وقد تضمنه إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أوت 1789 حيث جرت مادته الأولى تقول :

....Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.

Les distinction Sociales Ne peuvent être fondées que sur l'utilité commnne<sup>3</sup>

أما مبدأ المساواة في المرافق العامة يجد أساسه مباشرة من المادة 06 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، هذا المبدأ يحظر تقديم الخدمة في المرافق العامة بطريقة مختلفة، وذلك وفقا لتمييز

<sup>1</sup> -د/ صلاح يوسف عبد العليم،، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 211.

<sup>2</sup> -د/ أحمد فاضل، دستور العراق 2005 ودوره في حماية مبدأ المساواة، مجلة ديالى، العدد الحادي والأربعون 41، تاريخ النشر سنة 2009، ص 06.

<sup>3</sup> -د/ عبد المنعم محفوظ، القانون الإداري فلسفة وتطبيقا (دراسة تأصيلية في تنظيم ونشاط الإدارة العامة ) الكتاب الثاني في النشاط الإداري، الطبعة الثانية سنة 1996. دار النشر (غير مذكورة)، ص 76.

بناء على أسس سياسية، أو دينية، أو مع مراعاة في ذلك الاعتبارات العرقية أو الجنس، وكذلك فرض معاملة متساوية على الموظفين والمرشحين في نفس الحالة.

بهذا المعنى لعب مبدأ المساواة دور موحدًا لمفهوم المرفق العام ذاته، ويمكن بدوره من تعزيز المرفق العام، إذ يعد قفزة في المجتمع الفرنسي وذلك بتأكيد على تطوير وظيفته المتمثلة في التماسك الاجتماعي والاجتماعي والجواري.<sup>1</sup>

وكذلك الحال تكرر دساتير الدول هذا المبدأ، إذ نصت المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي: "تكون الجمهورية وشعوب ما وراء البحار التي توافق بحرية كاملة على هذا الدستور مجموعة واحد من الدول، مجموعة الدول الفرنسية، وهذه المجموعة تقوم على المساواة والتضامن بين الشعوب التي تتكون منها".<sup>2</sup> وأعلنه دستور سنة 1933 المصري في المادة الثالثة، ودساتير الثورة الأربعة على التوالي: المادة 31 من دستور 1956، والمادة 7 من دستور 1958، والمادة 24 من دستور 1964، والمادة 40 من دستور سنة 1971، التي تقول: «المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة».<sup>3</sup> إذ أعلنته وكرسته دساتير الجزائر على التوالي من خلال دستور 1963 في المادة منه 12<sup>4</sup> التي نصت أن « لكل المواطنين من الجنسين نفس الحقوق ونفس الواجبات»، كما نصت عليه المادة 39 من دستور 1976 على أن: «تضمن الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطنين. كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات. يلغى كل تمييز قائم على أحكام مسبقة تتعلق بالجنس أو العرق أو الحرفة.» والمادة 41 التي نصت على: « تكفل الدولة المساواة لكل المواطنين، وذلك بإزالة العقبات ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي التي تحد في الواقع من المساواة بين المواطنين وتعق أزدها الإنسان، و تحول دون المشاركة الفعلية لكل المواطنين في التنظيم السياسي، و الاقتصادي، والاجتماعي، والثقافي.»<sup>5</sup>

<sup>1</sup> -Martine LONG, Faut' il maintenir le principe d'égalité? ,Egalité et services publics territoriaux ,DAXIA Edition L.G.D.J,France -P16.

<sup>2</sup> - د/ حمدي قبيلات، القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 309.

<sup>3</sup> - د/ سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مطبعة جامعة عين شمس، 1981، ص 255، 256.

<sup>4</sup> - المادة (12) دستور 1963 المؤرخ في 8 سبتمبر 1963 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مشار إليه سابقا .

<sup>5</sup> - المادة (39) من دستور 1976 الصادر بالأمر رقم 97/76 المؤرخ في 1976/11/22 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مشار إليه سابقا .

وكذلك المادة 29 من دستور 1989 التي نصت على هذا المبدأ بقولها: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".<sup>1</sup> أما دستور 1996 فقد نص في المادة 29 منه على أنه "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".<sup>2</sup> وأشار إليه كذلك في التعديل الدستوري لسنة 2016 في المادة 32 منه التي تنص على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. و لا يمكن أن يُتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".<sup>3</sup>

وباستقراءنا للمنظومة الدستورية للجزائر، وبالأخص في مجال دسترة الحق في المساواة، نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري قد أقر المساواة كمبدأ دستوري واعتبره حقا من الحقوق إذ أشار إليه في فصل عنونه بالحقوق والحريات وقد ظل هذا المبدأ مبدأ دستوريا في جميع دساتير الجزائر المتعاقبة.

## الفرع الثاني

### أنواع المساواة

يمكن القول أن هناك عدة مجالات لتقسيم المساواة وأنواعها، وبالمجمل هناك عدة أنواع للمساواة هي المساواة القانونية والمساواة الفعلية، المساواة الرافعة والمساواة الخافضة، المساواة الحسابية والمساواة النسبية، وأخيرا المساواة السياسية والمساواة الاجتماعية.<sup>4</sup> على هذا الأساس سنعالج المساواة المطلقة والمساواة النسبية (أولا) والمساواة القانونية والمساواة الفعلية (ثانيا) والمساواة الرافعة والمساواة الخافضة (ثالثا) والمساواة السياسية والمساواة الاجتماعية (رابعا).

<sup>1</sup> -المادة (29) من دستور 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، المتعلق بنشر التعديل الدستوري.

<sup>2</sup> -المادة (29) دستور 1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، مشار إليه سابقا .

<sup>3</sup> - المادة (32) دستور 2016 الصادر بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور، مشار إليه سابقا .

<sup>4</sup> -د/ مصطفى فؤاد الخصاونة، مشروعية القيود الواردة على مبدأ المساواة في القانون الأردني والشريعة الإسلامية، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 313.. على الرابط الإلكتروني : [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53) اطلع عليه بتاريخ 2018/12/16 على الساعة 20:10.



## أولاً: المساواة المطلقة والمساواة النسبية

إن القاعدة القانونية تتضمن في العادة شروط انطباقها و نفاذها ولا تتحقق شروط انطباق القاعدة القانونية على جميع أفراد المجتمع. فالشروط تتحقق لدى عدد محدود من المواطنين، وعلّة هذا العدد تطبيق القاعدة وتظهر في حيز التنفيذ، فالمساواة تتحقق بتطبيق القاعدة في كل أصحاب المراكز القانونية، المتماثلة والمتشابهة. حيث أن القاعدة القانونية تتميز بالعموم والإطلاق، أي ضرورة أن تكون عامة ومطلقة بحيث تنطبق على جميع من يوجه إليهم خطابها، أو يتدرجون تحت من يمثلون لأحكامها. ولكن ذلك في الواقع العملي مستحيل، لأن القانون يتضمن عادة شروطاً، وأحكاماً لا تتوافر في جميع أفراد الجماعة.<sup>1</sup>

فالمساواة التي تهدف إلى تحقيقها عمومية القاعدة القانونية هي مساواة نسبية وليست مطلقة ويمكن استنباط هذه النسبية من كون أن القاعدة القانونية تتضمن في بعض الحالات شروط تطبيقها على فئة معينة من الأفراد، بل في حالات أخرى لا تنطبق على جميع أفراد المجتمع وتحقق المساواة القانونية من الأفراد بأن يعامل المخاطبين به، ممن تتوافر شروط تطبيقه عليهم معاملة واحدة ومن هذا المنطلق، فإن هذه الشروط تتوافر لدى عدد معين من المواطنين، وعلى هؤلاء تنطبق القاعدة القانونية، وليس على جميع المواطنين وبناء عليه فإن المساواة هنا نسبية وليست مطلقة وتتحقق المساواة النسبية<sup>2</sup> بمجرد أن تتصف القاعدة القانونية بالتجريد، أي أن يصدر القانون دون أن يتضمن أسماء من يطبق عليهم أو يستفيدون منه ويحقق هذا التجريد المساواة القانونية النسبية وليست المطلقة.<sup>3</sup>

ولقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا بمصر بأبلغ تعبير في حكمها الصادر في 4 يناير سنة 1991 إذ جاء في حكمها ( أن مبدأ المساواة ليس مبدأً تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العملية ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء، وإذ أجاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير لتنظيم موضوع محدد، أو توقيها لشرأ قدر ضرورة رده، وكان دفعها للضرر الأكبر الضرر الأقل لازماً، إلا أن تطبيقها

<sup>1</sup> - د/ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 216، 217.

<sup>2</sup> - المقصود بنسبية المساواة : بين أرسطو المقصود بفكرة نسبية المساواة بقوله : "إن المساواة هي عدم المساواة بين غير المتساوين، بينما عدم المساواة هي المساواة بين غير المتساوين". نقلاً عن : أ م د/ شورش حسن عمر، أ م د، خاموش عمر عبد الله، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، المرجع السابق، ص 125.

<sup>3</sup> - د/ أشرف الرفاعي، مبدأ المساواة وتقلد المتجنس للوظائف العامة (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 03 السنة الخامسة العدد التسلسلي 19، تاريخ النشر سبتمبر 2017، ص 133.

مبدأ المساواة لا يجوز أن يكون كاشفاً عن نزواتها، ولا منبئاً عن اعتناقها لأوضاع جائزة تثير ضغائن وأحقادا تنفلت بها ضوابط سلوكها، ولا عدواناً معبراً عن بأس سلطاتها بل يتعين أن يكون موقفها اعتدالاً في مجال تعاملها مع المواطنين فلا تمايز بينهم إملاءً أو تعسفاً، ومن الجائز بالتالي أن تغاير السلطة التشريعية وفقاً لمقاييس منطقية بين مراكز لا تتحد معطياتها أو تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها على أن تكون الفوارق بينها حقيقية لا اصطناعاً فيها ولا تخيلاً<sup>1</sup>

أما فيما يخص النشاط الإداري في نطاق تولي الوظائف العامة، فقد كان له دوراً مهماً وواضحاً من خلال إصدار التنظيمات والقرارات الخاصة بتولي الوظائف، والتي تقضي جميعها أن الموظفين يجب أن يتمتعوا بنفس المعاملة دون التمييز بينهم، مهما تعددت، أو اختلفت مراكزهم الإدارية.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في 06 مارس عام 1971 في قولها «أن المساواة هي أعمال مبدأ تكافؤ الفرص، والوظائف العامة حق للمواطنين وتكليف للقائمين بها لخدمة الشعب وتكفل الدولة حمايتهم وقيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب ولا يجوز فصلهم بغير الطريق التأديبي إلا في الأحوال التي يقرها القانون».

هذا وإن المشرع يملك السلطة التقديرية وضع شروطاً يتحدد بها المركز القانوني الذي يتساوى الأفراد أمام القانون، بحيث إذا توافرت فيهم الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتمثال ظروفهم ومراكزهم القانونية، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة. وإذا اختلفت هذه الظروف بحيث توفرت شروطاً في البعض من الأفراد دون غيرهم، انعدمت المساواة بينهم، وكان لمن توافرت الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها المشرع العراقي لهم. وعلى هذا الأساس قد التجأ المشرع إلى هذا الأسلوب في تحديد شروط موضوعية يقتضيها الصالح العام للتمتع بالحقوق، بشرط عدم الإخلال بشرطي العموم والتجريد من القاعدة القانونية، وذلك أن المشرع يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - د/ هشام عبد الحميد الصالح، مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة (دراسة تطبيقية)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 12، السنة الثالثة تاريخ النشر ديسمبر 2015، ص 183.

<sup>2</sup> - م/م رشا جواد جمعة، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الإداري، كلية الحقوق، الجامعة المستنصرية، جمهورية العراق، المجلد 04، الإصدار 13-14، تاريخ النشر 2011 ص 05.

## ثانياً: المساواة القانونية والمساواة الفعلية :

اختلفت النظرة المفاهيمية لمبدأ المساواة بناءً على اختلاف الإيديولوجيات أو المذاهب، فالمساواة عند المذهب الفردي هي المساواة القانونية *Égalité de faite* وليست المساواة الفعلية *Égalité de droit*، بمعنى أن جميع الأفراد متساوون في الحماية من قبل القانون، كما أنهم في المقابل متساوون في التكاليف أمام القانون وذلك دون اعتبار لعوامل الثروة، أو الجنس أو اللون أو الدين.<sup>1</sup> هكذا انتهى الأمر بالمجتمعات التي طبقت المساواة القانونية البحتة إلى تقديس الثروة. واتساع الهوة الفاصلة بين الأفراد وبين الطبقات، مما أدى في النهاية تحطيم جوهر المساواة ومضمونها الحقيقي. وقد دفع ذلك التنقاز إلى ظهور المذهب الاشتراكي وإلى مناداة مفكره إلى تحقيق المساواة الفعلية أو الواقعية بين الأفراد والطبقات، وعدم الاكتفاء بالمساواة القانونية النظرية.<sup>2</sup>

فالمذهب الاشتراكي يرى أن المساواة، تعني التقريب في الفوارق المادية بين الأفراد، وتحقيق تكافؤ الفرص بينهم. فالمساواة وفق الاشتراكية تضمن للأفراد قدراً مساوياً من الثروة، وقد هوجمت هذه الفكرة على أساس أن الأفراد لا يولدون متساوين، كما يتصور أنصار المذهب، بل يولدون مختلفين في الثروة وفي الملكات والقدرات. فالقول بهذه المساواة هو تصوير الخيال وليس الواقع، مما جعل بعض الفقهاء يرجعون أساس المساواة إلى فكرة العقد الاجتماعي، إذ أن شروطه كانت واحدة بالنسبة لجميع أطرافه. لذلك كان واجبا على الدولة التي نشأت نتيجة هذا العقد أن تعامل الأفراد على أساس المساواة في الحقوق والواجبات، وأرجعه آخرون إلى أحكام القانون الطبيعي باعتبار الفرد إنساناً يتساوى في الطبيعة الإنسانية مع غيره من الأفراد ومادام الجميع يتساوون في الإنسانية فإنهم يتساوون في الحقوق والواجبات.<sup>3</sup>

ومما سبق فالمساواة القانونية تعني المساواة في تكافؤ الفرص دون الإمكانيات الفعلية والمادية، ولقد برزت فكرة المساواة في البداية مع الثورة الفرنسية كرد فعل للوضع السائد فيها، من

<sup>1</sup> - د/جهد محمد عليان الكسواني، الحماية الجزائية للحق في المساواة أمام القانون، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 أبريل 2014)، جامعة الإسراء، المرجع السابق، ص 335 - 336. على الرابط الإلكتروني : [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53) اطلع عليه بتاريخ 2018/12/28 على الساعة 13:28.

<sup>2</sup> - د/الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 11.

<sup>3</sup> - د/جهد محمد عليان الكسواني، الحماية الجزائية للحق في المساواة أمام القانون، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 أبريل 2014)، جامعة الإسراء، المرجع السابق، ص 335 - 336. على الرابط الإلكتروني : [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53) اطلع عليه بتاريخ 2018/12/28 على الساعة 13:28.

تفاوت واضح وصارخ بين طبقات الشعب، لذلك حاولت الثورة الفرنسية في قضائها على هذا الوضع، أن تجعل له سنداً من القانون، ومن ثمّ فإن المساواة التي عرفت منذ ذلك الحين، تدور حول أن يكون جميع أفراد المجتمع إزاء المجتمع في مركز واحد، دون تفرقة أو استثناء، سواء أكان هذا القانون يقرر منفعة، أم يفرض التزاماً دون النظر إلى قدرة كل شخص في إمكانية التمتع بهذا القانون أو تحمله لما يفرضه من التزامات. وقد أرجع بعض الفقهاء فكرة المساواة القانونية إلى فكرة العقد الاجتماعي الذي ينادي بأن الأفراد متساوون في كل الشيء وأن شروطه كانت واحدة بالنسبة للجميع. وتتميز هذه المساواة بأن لها طابعاً قانونياً وسلبياً أيضاً فيكفي أن تمتنع الدولة عن وضع أي تفرقة قانونية بين المواطنين لكي يصبحوا متساويين.<sup>1</sup>

ومع تقدم العلوم وازدهار الحضارة وتقدم المدنية، أصبحت لبعض الأفراد قدرات ومواهب فعلية عظيمة تضارع في خطورتها الامتيازات التي كان يتمتع بها الأشراف والنبلاء ورجال الكنيسة في العهود السابقة. فكان لا بد من تدخل الدولة في إصلاح بعض ما أفسدته الطبيعة وتحقيق المساواة الفعلية بين الأفراد.<sup>2</sup>

أما المساواة الفعلية هي تلك التي تساوي بين الأفراد الموجودين في مراكز قانونية متساوية. ولا تساوي بين الأفراد الموجودين في مراكز قانونية مختلفة، أي يجب أن تجعل المساواة هنا اعتباراً لواقع حياة أفراد المجتمع المختلفة.<sup>3</sup>

ولتحقيق المساواة الفعلية تلجأ بعض الدول إلى إنشاء الملكية العامة للسيطرة على وسائل الإنتاج حتى تتمكن من توزيع الدخل بين الأفراد توزيعاً عادلاً، ولتحقيق تكافؤ الفرص أمام الجميع، فيتم توزيع الثروات الاقتصادية والدخول بين الأفراد وتذويب الفوارق بين الطبقات.

ويرى بعض الفقهاء أن تحقيق المساواة الفعلية يعد هدماً لمبدأ المساواة أمام القانون، وحثهم في هذا أن المساواة القانونية تتنافى في إمكان تقرير امتيازات لبعض الأفراد دون البعض الآخر، وأن التشريعات الاجتماعية هي في الواقع تشريعات طبقية تميز فئة الضعفاء اقتصادياً. على فئة الأقوياء اقتصادياً وهذا إخلالاً بمبدأ المساواة. ولكن هذا لا يعد خرقاً لمبدأ المساواة، وإنما هو في واقع الأمر

<sup>1</sup> -أ/صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، تاريخ النشر جوان 2015، ص 266.

<sup>2</sup> - د/صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 220.

<sup>3</sup> -أ/صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 233.

تصحيح للأوضاع التي نتجت عن الأخذ بالمساواة القانونية البحتة لسنوات طويلة لا سيما أن عمومية المساواة ليست مطلقة.<sup>1</sup>

### ثالثاً: المساواة الرافعة والمساواة الخافضة

يقصد بالمساواة الرافعة ذلك المبدأ الذي تعمل الدولة بمقتضاه على رفع الفقراء والضعفاء إلى مستوى الأغنياء والأقوياء، بحيث يصبح الجميع على مستوى واحد. أما المساواة الخافضة، فيقصد بها النزول بالأغنياء إلى مستوى أقل، تحقيقاً لمبدأ العدالة الاجتماعية، وتذويب الفوارق بين الطبقات، وتعويض الفقير عما حرم منه، أي الأخذ من الغني وإعطاء الفقير.

ويرى البعض أن المساواة الخافضة كثيراً ما يستغلها القادة لكسب شعبية الجماهير، خاصة إبان الثورات، وأن الجماهير عادة ما تميل وتؤيد الحاكم الذي ينزل الأغنياء إلى مستوى الفقراء والضعفاء. ولعل السبب في ذلك هو أن الفقراء والضعفاء هم من يمثلون أغلبية في المجتمع والسواد الأعظم. في حين يمثل التجار الفئة القليلة المستأثرة، فضلاً عن أن تحقيق المساواة الخافضة أيسر من تحقيق المساواة الرافعة.<sup>2</sup>

### رابعاً: المساواة السياسية والمساواة الاجتماعية

وتعني المساواة السياسية أن يشترك أفراد الشعب بصورة عادلة في ممارسة خصائص السلطة العامة، كحق الانتخاب والتمثيل عن الأمة والمساواة في حق التوظيف، وإدارة أمور الدولة، حتى وإن جرى تقييد هذه الحقوق بشروط للمصلحة العامة، أما المساواة الاجتماعية فتعني أن لا تتضمن أحكام القوانين ما يجعل أي فرد في وضع أرجح من أي فرد آخر لسبب من الأسباب، كالثروة والانتماء لأسرة معينة وتحقيق قدر كاف ومعقول من الحماية لأفراد الشعب.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- د/ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 220.

<sup>2</sup>- د/ هشام عبد الحميد الصالح، مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة (دراسة تطبيقية)، المرجع السابق، ص 197.

<sup>3</sup>- د/ مصطفى فؤاد الخصاونة، مشروعية القيود الواردة على مبدأ المساواة في القانون الأردني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 313.. على الرابط: [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53) اطلع عليه بتاريخ 2018/12/29 الساعة 17:08

## المطلب الثاني

## صور مبدأ المساواة

تتعدد صور المساواة أمام القانون، وهي كما سبق القول المساواة في الحقوق والحريات العامة والواجبات والتكاليف والأعباء العامة، وتتفرع عن ذلك مظاهر عديدة كالمساواة أمام القضاء في تولي الوظائف العامة، وفي المشاركة السياسية، وحرية العقيدة، وحرية التنقل، والمساواة في أداء الضرائب، وفي أداء الخدمة العسكرية. فصور المساواة بصفة خاصة في الحقوق والحريات والواجبات العامة تجد مجال تطبيقها في مظاهر المساواة أمام المرافق العامة.<sup>1</sup> ذلك ما سيتم بحثه في الفرعين الآتيين .

## الفرع الأول

## المساواة في الحقوق والحريات العامة:

تتنوع الحقوق التي يجب أن يتساوى فيها جميع الأفراد، إذ تشمل المساواة أمام القانون التي تعد نقطة البداية في التطبيقات المختلفة لمبدأ المساواة. ثم المساواة في ممارسة الحقوق السياسية بالنسبة للمواطنين، والمساواة في تولي الوظائف العامة، والانتفاع بخدمات المرافق العامة، وأخيراً المساواة أمام القضاء.<sup>2</sup>

فالحقوق العامة هي التي تقرها فروع القانون العام، وهي سلطات مقررّة لجميع الأشخاص على السواء، تخولهم مركزاً ممتازاً إزاء الدولة، باعتبارها سلطة عامة لحماية حياتهم وحرّياتهم ومالهم، وتميّزاً بأنّها سلطات مقررّة لكل شخص ويتساوى فيها جميع الأشخاص، بحيث لا يتميّز في شأنها فرد على غيره من الأفراد، وهي تثبت للإنسان بمجرد وجوده ولذلك سميت حقوق الإنسان. أما الحريات العامة فهي حقوق اعترفت بها الدولة ونظمتها وضمنت حمايتها. فالحرية هي مراكز قانونية للأفراد تمكنهم من مطالبة السلطة بالامتناع عن القيام بعمل ما في بعض المجالات. وعرفت أيضاً بأنّها مجموعة الحقوق المعترف بها والتي اعتبرت أساسية في مستوى حضاري معين، ووجب أن تتمتع بوضعها بحماية قانونية خاصة تكفلها الدولة، وتضمن بعدم التعرض لها، وبيان وسائل

<sup>1</sup> - د / محمد متولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع السابق، ص 143.

<sup>2</sup> - أ / د / الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 13.

حمايتها. وعرفها إعلان حقوق الإنسان الصادر في بداية الثورة الفرنسية عام 1789 بأنها حق الفرد في أن يفعل كل ما لا يضر بالآخرين، وأن الحدود المفروضة على هذه الحرية لا يجوز فرضها إلا بقانون.<sup>1</sup>

### أولاً: المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة

ومقتضى هذا المبدأ وجوب أن يؤدي المرفق العام خدماته لكل من يطلبها من الجمهور بذات الشروط، بحيث لا يكون هناك أي تمييز بين أفراد الجمهور بسبب اللون، أو الجنس، أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي، أي تقديم خدماته للأفراد بدون تمييز متى توافرت شروط تقديم الخدمة، مثل خدمات الكهرباء، المياه، التليفونات... الخ.

فالأصل المقرر هو إذن مساواة الجميع أمام المرافق العامة *Légalité de tout devant les services publics*<sup>2</sup>

وعليه لا يتنافى مع مبدأ المساواة حينما تقرر الإدارة لاعتبارات معينة تتعلق بالصالح العام تخفيف شروط الانتفاع بخدمات مرفق ما لطائفة معينة من الجمهور كضحايا الحروب، والكوارث وأبناء الشهداء... الخ.<sup>3</sup>

ويحكم مبدأ المساواة جميع المرافق العامة سواء أكانت مرافق إدارية أم مرافق اقتصادية بصرف النظر عن طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق العام أو عن إدارته، ويعد مبدأ مساواة المنتفعين أمام خدمات المرافق العامة أحد المظاهر التطبيقية لمبدأ مساواة الأفراد أمام القانون الذي تنص عمها الدساتير صراحة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> -د/ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 224.

<sup>2</sup> -Le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics est une conséquence du principe d'égalité devant la loi, inscrit dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 (art. 1er) « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune». Ce principe d'égalité est au minimum une garantie d'égalité juridique, c'est-à-dire une égalité de statut entre usagers, et éventuellement entre contractants. Le principe d'égalité devant le service public est en même temps un principe général du droit consacré par la jurisprudence administrative indépendamment de toute référence à un texte .Voir:- Gilles J. GUGLIELMI- UNE INTRODUCTION AU DROIT DU SERVICE PUBLIC- Collection « Exhumation d'épuisés s 1994 », p14.

<sup>3</sup> -د/ أنور أحمد رسلان، الوجيز القانون الإداري، الناشر مطبعة الطوبجي، مصر، طبعة سنة 1999، ص 265، 266.

<sup>4</sup> -د/ علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 342.

إذ يهدف مبدأ المساواة أمام المرافق العامة إلى كفالة الانتفاع بخدماتها لجميع الراغبين من المواطنين، على قدم المساواة، دون أي تمييز أو تفرقة بسبب الأصل، أو الجنس، أو الدين، أو الرأي، أو لأي سبب من الأسباب.

بيد أن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة Le principe l'égalité devant service public مبدأ نسبي Relative وليس مطلق Absolue. إذ يجب أن يتواجد الأفراد الراغبون في الانتفاع من خدمات المرافق العامة في المركز الذي يتطلبه القانون، وأن تتحقق فيهم الشروط التي استلزمها، حتى تتم معاملتهم معاملة متساوية سواء بالنسبة لخدمات المرافق العامة، أو فيما يتعلق بمقابل هذه الخدمات أي التحمل بأعباء الانتفاع.<sup>1</sup>

ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة، مبدأ عام يسري على كافة المرافق العامة، على اختلاف أنواعها ومهما تباينت وسائل إدارتها، وسواء كانت تدار بطريقة الإدارة المباشرة، أو كانت تدار بطريقة الامتياز، أي عن طريق عقد التزام بمرفق عام.

على أن المساواة لا يمكن أن تكون مطلقة. فالقانون الذي يقرر المساواة يتضمن دائما شروطا وقواعد تحكم تطبيقه، ولن يحدث أن تتوافر جميع الشروط التي ينظمها القانون لدى جميع أفراد الجماعة. فالقانون الذي ينظم مرفقا معيناً من المرافق العامة لا بد وأن يتضمن شروطا تتصل بصلاحيات عمال ذلك المرفق وموظفيه. كما يتضمن شروطا معينة لإمكان الانتفاع بالخدمات التي يقدمها (كفرض رسم مثلا،

أو إبرام عقد مع الهيئة المديرة للمرفق). ومن ثم يستحيل أن نتصور توافر هذه الشروط، أو تلك في جماعة. فلن تتوافر شروط تولي وظائف المرفق العام في جميع المواطنين.

كما أنه من غير المتصور أن تنطبق شروط الانتفاع بالمرفق على كل شخص في الجماعة في وقت واحد، ومن ثم فإن أفراد الجماعة أمام المرفق العام سواء سواء في الانتفاع بخدمات المرفق العام، أو تولي وظائف المرفق – لن يكونوا متماثلين، وإنما سيختلفون فيما بينهم من حيث مدى توافر أو عدم توافر الشروط، التي نظمها القانون لدى كل منهم. ومع ذلك إن المساواة ليست مطلقة، وإنما هي مساواة نسبية. فالأفراد الذين اتحدت ظروفهم وأوضاعهم يتساوون أمام المرفق العام، أما الأفراد الذين لا تتوافر لديهم شروط الانتفاع بخدمة المرفق، أو الذين لا يستجمعون الصلاحيات والمؤهلات

<sup>1</sup> - د/ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري (دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر)، المرجع السابق، ص 422.



التي يتطلبها المرفق للتعيين في إحدى وظائفه فإنهم لا يحق لهم المطالبة بخدمات المرفق، أو بالتعيين في تلك الوظيفة التي لم تتوافر فيهم شروطها.<sup>1</sup>

وتطبيق مبدأ المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة يشمل أيضا المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق في الحقوق والأعباء طبقا للنظام القانوني للمرفق. فلا يجوز للإدارة أن تميز بين المنتفعين، في الحقوق كأن تعطي خدمة مميزة للبعض على خلاف الآخرين. كما لا يجوز لها أن تفرض رسما للخدمة أعلى بالنسبة لبعض المنتفعين، أو أقل بالنسبة للآخرين رغم تماثل الجميع في المركز القانوني. أما إذا اختلفت المراكز القانونية، فمن واجب الإدارة أن تميز بين الفئات المختلفة بحسب اختلاف مراكزهم.<sup>2</sup>

### ثانيا: المساواة في تقلد الوظائف العامة

يعتبر مبدأ المساواة العمود الفقري لكل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات العامة، فالمساواة للالتحاق بالوظائف العامة هي مظهر من مظاهر المساواة أمام القانون والمساواة في الحقوق والحريات العامة، ويعد مبدأ المساواة في التوظيف الإطار الذي يحكم نظام الوظيفة العامة، ويضمن فعالية الأنظمة الفرعية التي تدخل في تكوينها، كأساس خضوع الإدارة لمبدأ المساواة تملية الاعتبارات العلمية والعدالة الاجتماعية.<sup>3</sup>

إذ يقصد به "إتاحة الفرص المتكافئة أمام كافة المواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط والضوابط التي تحددها القوانين وأنظمة الوظائف العامة بأسلوب عام ومجرد في حق تولي الوظائف، وما يستتبعه ذلك حتما من أن هذه المساواة لن تتحقق إلا إذا سبقتها وتقدمت عليها مساواة أخرى في إتاحة فرص التعليم أمام جميع المواطنين دون تمييز أو استثناء.<sup>4</sup>

بالتالي فإن السلطة المختصة تقوم بإصدار القوانين والقرارات واللوائح لتنظم عمل هذا المبدأ وتجعله يطبق بصورة صحيحة، والتي كما قلنا سابقا بتحديد كل وظيفة وشروط توليها والدولة بذلك تكون غير ملزمة بأن تساوي بين الموظفين ممن لا تتوافر فيهم الشروط المطلوبة بتعيينه في الوظيفة

<sup>1</sup> - د/ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 440.

<sup>2</sup> - د/ عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 66.

<sup>3</sup> - بوعكاز يسرى، تطور نظام الوظيفة العمومية في مجال التوظيف في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص 20.

<sup>4</sup> - د/هتاف جمعة صبيحي أبوراشد، مبدأ المساواة في تولي الوظيفة بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 2014، ص 18.

العامة، والقصد من ذلك هو عدم قيام الدولة بالتمييز والترفقة بين المواطنين وتحقيق المساواة في تولي الوظائف.<sup>1</sup>

كما يعني مبدأ المساواة أيضا عدم جواز التفرقة بين الموظفين الذين يحتلون نفس المركز القانوني ويخضعون لذات النظام الوظيفي فيما يحصلون عليه من مزايا، وما يقع على عاتقهم من التزامات وظيفية وبذلك تنفرع المساواة أمام الوظائف العامة إلى ثلاثة فروع:

-المساواة بين المرشحين لدخول الوظائف العامة من ناحية.

-والمساواة بين الموظفين العموميين في مزايا والتزامات الوظيفية العامة من ناحية أخرى.

-وأخيرا المساواة بين الرجل والمرأة في تولي الوظيفة العامة.

فبالنسبة للمسألة الأولى، هناك إجماع على أنه لا مساواة إلا بعد توافر الشروط التي حددها القانون في المرشحين لشغل الوظيفة العامة.

إذ يشترط القانون شروطا عامة في المرشحين لهذه الوظائف تتنوع من الجنسية إلى الشروط الصحية وحسن السلوك، وتحديد سن معينة، إلى وضع المرشحين القانوني بالنسبة لأداء الخدمة العسكرية، هذا بالإضافة إلى اشتراط الحصول على مؤهلات علمية معينة لشغل هذه الوظائف.

وفيما يتعلق بالمسألة الثانية، فإنه يجب أن تتحقق المساواة التامة بين الموظفين العموميين الذين يحتلون نفس الدرجة الوظيفية ويخضعون لنظام وظيفي واحد في جميع الحقوق والالتزامات منذ دخولهم إلى الحياة الوظيفية إلى خروجهم منها، دون أي تفرقة أو تمييز بينهم.

وتشمل المساواة في الحقوق الوظيفية، المساواة في الحماية القانونية، وفي المزايا المالية، وفي الترقية، والإجازات، وفي الضمانات التأديبية، وأيضا في طرق الخروج من الخدمة الوظيفية سواء عن طريق الاستقالة أو الإحالة إلى المعاش أو الإحالة إلى الاستيداع، أو الفصل أو غيرها من الطرق.<sup>2</sup>

أما بخصوص المسألة الثالثة فإن مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف يقتضي عدم التمييز بين المرشحين لتقلد الوظائف العامة استنادا لاعتبارات الجنس، فلا يجوز للإدارة استبعاد المرأة من تولي الوظائف العامة لأنها امرأة فقط. فبعد أن كانت الإدارة إلى فترة طويلة تحاول استبعاد النساء من الوظيفة العامة، عدا بعض الأعمال مثل التعليم والتمريض، فإن التطور الذي حصل في المجتمعات

<sup>1</sup> - م م / رشاد جواد جمعة، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 4.

<sup>2</sup> - أ د/ الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 19، 18.

الحديثة قد حمل المشرع على التدخل والنص صراحة على مساواة الرجال والنساء في حق التوظيف وقد كان للقضاء الإداري الفرنسي دور مهم في فتح أبواب الوظيفة العامة أمام النساء.<sup>1</sup>

فقد صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية الأنسة بوبارد وآخرون Bobard et autres عام 1936 حيث قضى المجلس بأن للنساء الصلاحية القانونية لشغل الوظائف الداخلة في الإدارات المركزية بالوزارات ولكن للحكومة بمقتضى المادة 16 من القانون الصادر في 29 ديسمبر 1882 المعدلة بالمادة 35 من قانون 13 أبريل 1909 أن تحدد بواسطة لوائح الإدارة العامة القواعد الخاصة بتعيين وترقية العاملين في هذه الإدارات ولها أن تضع قيودا على تعيين وترقية المرأة في أي وزارة من الوزارات إذا كانت مقتضيات المرفق تتطلب ذلك، لذا فإن من حق الحكومة قانونا أن تعدل عن طريق النظام الصادر في 18 أوت 1934 التنظيم السابق لحجز الوظائف والمناصب العليا في الإدارات المركزية في وزارة الحربية للرجال بغية الاتجابة لمقتضيات المرفق في هذه الوزارة. واستنادا إلى ماسبق فقد نصت المادة السابعة من نظام الخدمة المدنية الفرنسي الأول الصادر في 9/10/1946 على أنه " لايجوز لغايات تطبيق هذا النظام التمييز بين الجنسين ما لم يكن هناكنص على ذلك ". كذلك نصت المادة السابعة من مرسوم 4 فبراير 1959 الخاص بنظام الخدمة المدنية على أنه "لغايات تطبيق هذا المرسوم لايجوز التمييز بين الجنسين باستثناء الإجراءات الاستثنائية المنصوص عليها في الأنظمة الوظيفية الخاصة والتي تقتضيها طبيعة المناصب".<sup>2</sup>

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية فإنها قد منحت المرأة ذات الحقوق التي أعطاها للرجل، ورد لها كرامتها وأدميتها التي كانت قد فقدتهما في العصور الماضية، ورفع مكانتها إلى مرتبة سامية لم تصل إليها من قبل في دين من الأديان أو في مجتمع من المجتمعات وأعاد إليها حقوقها التي أهدرت في الجاهلية .

<sup>1</sup> -د/ أبوبكر أحمد النعيمي، مبدأ الصلاحية في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة)، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 12، على الرابط الإلكتروني :

www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53 اطلع عليه بتاريخ 2018/12/29 على الساعة 17:08

<sup>2</sup> -د/ مصطفى فؤاد الخصاونة، مشروعية القيود الواردة على مبدأ المساواة في القانون الأردني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 320-321 على الرابط الإلكتروني : www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53 اطلع عليه بتاريخ 2018/12/29 على الساعة 10:03.

فالله سبحانه وتعالى يخاطب الرجال والنساء في كتابه بلا تمييز أو تفرقة في أحكام شريعة الله سواء في اتباع الأوامر أو اجتناب النواهي التي جاءت في القرآن الكريم<sup>1</sup> أو السنة الشريفة. على هذا الأساس ساوى الإسلام بين الرجل والمرأة في الجزاء سواء كان ثواباً أو عقاباً، وأعطى المرأة الأهلية المدنية الكاملة كالرجل، ومنحها الحق في التعليم، وقد من المشاركة في الحياة العامة، مع إبقاء القيادة في الأسرة في يد الرجل.<sup>2</sup>

وقد أكدت المبادئ الدستورية على أهمية تطبيق مفهوم المساواة على جميع المواطنين في تولي الوظائف باعتباره مبدأ دستورياً يجب احترامه وتطبيقه سواء سن التشريع من قبل المجالس النيابية أو من قبل جهة الإدارة المختصة بالتعيين في الوظائف العامة، إذ يمنع عليها القيام بأي تصرف يتعارض مع نص وروح هذا المبدأ الدستوري. لأن تأكيد مبدأ المساواة في صلب الدساتير يهدف إلى إبعاد الوظائف العامة.

وموظفها عن المؤثرات السياسية التي قد تتغير وفق السلطة الحاكمة عن طريق الأغلبية التي تمثلها في السلطة التشريعية، والسبيل الوحيد لصيانة هذا المبدأ هو بالنص على هذا المبدأ في صلب الوثيقة الدستورية حتى تخرج النصوص التشريعية المنظمة لتولي الوظائف العامة مؤسسة على هذا المبدأ.<sup>3</sup>

وعلى اعتبار أن الدستور يقع في أعلى هرم النصوص القانونية في الدولة من حيث القيمة والقوة القانونية، حرص المؤسس الدستوري الجزائري على تضمينه المبادئ العامة والهامة التي تسيّر عليها الدولة، وفي مجال التوظيف تمّ النص على مبدأ المساواة ومبدأ الجدارة واعتبرها حقاً لكل مواطن جزائري ضمن الشروط التي يحددها القانون.

فنص دستور 1963 على مبدأ المساواة بموجب المادة 10 منه التي جاء فيها: "من المهام الرئيسية للجمهورية الجزائرية...مقاومة كل نوع من التمييز" كما كانت المادة 11 موافقة لما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ثم تلتها المادة 12 التي نصت على أن: «مساواة كل الجزائريين في الحقوق

<sup>1</sup> - قال الله تعالى: (إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّابِرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ وَالصَّائِمِينَ وَالصَّائِمَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا (35) وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا (36))، الآية 35-36 سورة الأحزاب.

<sup>2</sup> - أ د/ الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 20-21.

<sup>3</sup> - م م / رشاد جواد جمعة، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 4، 5.

والواجبات « وجاء في نص المادة 16: "اعتراف الجمهورية بحق كل فرد في العمل والحياة اللائقة وتوزيع عادل للدخل الوطني".

وفي نفس الاتجاه ذهب دستور 1989 الذي جاء في مرحلة انتعاش للحقوق الأساسية، إذ نص في المادة 48 أنه: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد الوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانونية".

أما دستور 1996 نجده أيضا قد أكد على هذين المبدأين من خلال المادة 51 منه: "يتساوى الجميع في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون".<sup>1</sup> وأكدت المادة 48 منه مبدأ التساوي في الالتحاق بالوظائف العامة. وذات المبدأ تم ترسيخه وتأكيداه في دستور 1996 بموجب المادة 29 و51 منه. وقد حمل هذا الدستور أيضا مبدأ جديدا له علاقة مباشرة بمبدأ المساواة أمام القانون وهو مبدأ حياد الإدارة المعلن عنه بمقتضى المادة 23 منه، و الذي يعني إلزام الإدارة بأداء عملها بطريقة واحدة وأسلوب واحد للجمهور، دون تمييز في مجال الجنس أو الرأي أو الاتجاه السياسي، وغير ذلك من ضروب التمييز. وخارج إطار المبادئ الدستورية وقوانين الوظيفة العامة نجد المشرع كثيرا ما يعلن صراحة عن عدم فرضه أي قيد بشأن الجنس ويقر التساوي بين المرأة والرجل.

فهذه المادة 33 من قانون الحالة المدنية<sup>2</sup> وهي تضع أحكام الشهادة نجدها تعلن صراحة على عدم التمييز بين المرأة والرجل في مجال الشهادة الخاصة بعقود الحالة المدنية. وحتى وظيفة القضاء والتي كثر من شأنها الجدل بخصوص حق المرأة في توليها في كثير من الدول العربية والإسلامية، وجدنا المشرع الجزائري لم يقصرها على الرجال دون النساء وهو ما يتضح في نص المادة 27 من القانون رقم 89-21 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتضمن القانون الأساسي للقضاء<sup>3</sup> والتي اكتفت بشروط الحالة السياسية للمترشح لوظيفة القضاء وشروط أخرى تتعلق بالمؤهل. والأمر نفسه تأكد في القانون

<sup>1</sup> - بوعكاز يسرى، تطور نظام الوظيفة العمومية في مجال التوظيف في الجزائر، المرجع السابق، ص 15 - 16.

<sup>2</sup> - ينظر نص المادة 33 من القانون رقم 08/14 المؤرخ في 19 أوت 2014، المعدل والمتمم للأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 49، السنة الواحدة والخمسون المؤرخة بتاريخ 20 أوت 2014. المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/03 المؤرخ في 10 جانفي 2017، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 02، السنة الرابعة والخمسون، المؤرخة بتاريخ 11 جانفي 2017.

<sup>3</sup> - ينظر نص المادة 27 من القانون 21/89 المؤرخ بتاريخ 12 ديسمبر 1989، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر ع 53، السنة السادسة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 13 ديسمبر 1989.

العضوي 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء وجاءت المادة 47 منه<sup>1</sup> مكرسة مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العامة.<sup>2</sup>

كما تم النص على المبدأ في المادة 63 من التعديل الدستوري الأخير « أن يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون»<sup>3</sup>.

يستمد مبدأ المساواة في تقلد الوظيفة العامة أساسه وسنده القانوني بشكل أساسي من النصوص المنظمة للوظيفة العامة كان في مستهلها بيان الأسباب للقانون الأساسي للوظيفة العامة لعام 1966.<sup>4</sup> الذي جسد المبدأ بنصه: "يسود النظام الحقوقي للوظيفة العامة مبدأ هام هو مساواة دخول جميع الجزائريين إليها". في حين اكتفت المادة 05 من نفس القانون للإشارة إلى حظر التمييز بين الجنسين بقولها: "ليس هناك أي تمييز بين الجنسين في تطبيق هذا القانون الأساسي مع الاحتفاظ بالشروط المتعلقة بالاستعداد البدني أو الواجبات الخاصة لبعض الوظائف المحدد بالقوانين الأساسية الخاصة".<sup>5</sup>

أما فيما يخص القانون الأساسي العام للوظيفة العامة الأمر 03/06 فهو لم يخلو من الإشارة لمبدأ المساواة وبالأخص المساواة في الالتحاق بالوظيفة العامة. وذلك من خلال نص المادة 27 منه حينما نص على أنه "لا يجوز التمييز بين الموظفين بسبب آرائهم أو جنسهم أو أصلهم أو بسبب أي ظرف من ظروفهم الشخصية أو الاجتماعية"<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - ينظر نص المادة 47 من القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر ع 57 السنة الواحدة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 8 سبتمبر 2004.

<sup>2</sup> - د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 441-442.

<sup>3</sup> - دستور 2016 الصادر بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور، مشار إليه سابقا .

<sup>4</sup> - الأمر رقم 66-133 المؤرخ في 2 جوان 1966 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، أشار إليه سابقا .

<sup>5</sup> - أ/ سميحة لعقابي بشير الشريف، المساواة في تقلد الوظيفة العامة (المظاهر والضمانات)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر طبعة 2014، ص 41-42.

<sup>6</sup> - نص المادة (27) الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، مشار إليه سابقا .

## الفرع الثاني

## المساواة في التكاليف والأعباء العامة:

لا ينطبق مبدأ المساواة في مجال الحقوق العامة فقط، بل يتعين أن يمتد ليشمل التكاليف العامة كذلك؛ لأنه بدون المساواة أمام الأعباء والتكاليف تتحول المساواة في الحقوق إلى مساواة نظرية بحتة.

فالأفراد يتمتعون بميزة الانتفاع بمجموعة من الحقوق والحريات العامة قررهما لهم القانون، ويقابل ذلك واجبه في الالتزام بمجموعة من التكاليف والأعباء العامة وتتمثل مظاهر المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة فيما يلي:<sup>1</sup>

أ/ المساواة أمام الضرائب، أي مساواة المواطنين في ما يتم دفعه من ضرائب بشكل يتفق مع مقدار الدخل والثروة، ولا يتعارض مع ذلك إعفاء بعض ذوي الدخل المحدودة من أداء الضرائب أو تطبيق مبدأ الضريبة التصاعدية.

ب/ المساواة في أداء الخدمة العسكرية، أي أن الكل ممن تنطبق عليهم شروط أداء الخدمة دون تفرقة، كما لا يجوز أن يحل شخص آخر فيها، وأن تتساوى مدتها لجميع الأفراد، ولا يتعارض مع ذلك إعفاء بعض الأفراد منها لأسباب معينة، كإعفاء اللياقة البدنية.<sup>2</sup>

## أولاً: المساواة في تحمل الأعباء الضريبية

تعتبر الضرائب المصدر الرئيسي للإيرادات العامة للدولة، وتعرف الضريبة بأنها «مساهمة نقدية إجبارية من الأفراد في أعباء الخدمات العامة، تبعاً لمقدرتهم على الدفع، دون النظر إلى المنافع التي تعود عليهم من هذه الخدمات، وتستخدم حصيلتها في تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وسياسية وغيرها.»

ويختلف النظام الضريبي من دولة لأخرى باختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية ويعرف بأنه «مجموعة من التشريعات والأجهزة التي تخطط وتنظم وتدبر عمليات تعبئة أو جباية الاقطاعات

<sup>1</sup> -أ/ صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> -د/ مصطفى فؤاد الخصاونة، مشروعية القيود الواردة على مبدأ المساواة في القانون الأردني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 312. على الرابط: [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53) اطلع عليه

بتاريخ 2018/12/29 على الساعة 18:06

المالية التي يؤديها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون للدولة بصورة جبرية ونهائية وبدون مقابل.» ويجب أن تأتي النظم الضريبية متوافقة ومتلائمة مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة في المجتمع.<sup>1</sup> وأحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الضريبي السليم هو مبدأ المساواة في تحمل الأعباء الضريبية، ويقصد به أن يخضع جميع الأفراد المتماثلين في ظروفهم الاقتصادية والاجتماعية في التحمل المتساوي للأعباء الضريبية المفروضة بمقتضى القانون مقابل انتفاعهم بالخدمات التي تقدمها الدولة، ويهدف مبدأ المساواة أمام الأعباء الضريبية تحقيق العدالة الضريبية بين جميع المكلفين بها سواء كانت ضريبة مباشرة أو غير مباشرة.<sup>2</sup> إذ أنه يعني وجوب قيام كل مكلف بدفع الضريبة طبقاً لثروته وقدرته المالية، وحالته الشخصية بحيث تتعادل الضريبة التي يدفعها الذين يحتلون مراكز متماثلة وألا يثقل كاهل فئة من الشعب بعبء أكبر من بقية الفئات لأي سبب من الأسباب.<sup>3</sup> و يختلف مفهوم المساواة أمام الضريبة بحسب النظر إليه من الوجهة القانونية أو الاقتصادية فيقصد بالمساواة أمام الضريبة قانوناً تساوي الجميع في تحمل التكاليف المالية بموجب النصوص القانونية المقررة لذلك والمؤيدة بالوثائق الدستورية التي تمنح الإذن دستورياً بفرض هذه التكاليف، أي توافر المشروعية القانونية لأساس هذه التكاليف مما يفرض على الأفراد المخاطبين بالالتزام بها وأدائها دون تمييز بين فئة وأخرى سواء كان التمييز بنص القانون أو من خلال تنفيذ القانون من قبل السلطة المالية.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه جاء مركزاً على مشروعية أساس التكاليف وبيان المساواة أمام هذا الأساس. فالمساواة هي عدم جواز النص في القانون الضريبي على أي تمييز بين الأشخاص في مجال الضريبة أي أنها تخاطب قواعد القانون الضريبي جميع الأفراد دون تمييز لفرد أو جهة بسبب الجنس أو اللون أو الدين فيعاملون معاملة قانونية واحدة بصرف النظر عن ذلك. فجميع المكلفين متساوون في الأعباء العامة، وأن معاملة فئة منهم في صورة أفضل بدون مسوغ يمثل خرقاً لمبدأ المساواة، فهي إذن خضوع جميع المكلفين لنظام ضريبي موحد. بمعنى آخر أن جميع المكلفين الذين يكونون في مراكز قانونية متماثلة يخضعون لنظام ضريبي واحد، وبالتالي تشترط المساواة وحدة المكلفين في نفس المراكز

<sup>1</sup> - د / محمد متولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع السابق، ص، 159.

<sup>2</sup> - د / صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 232.

<sup>3</sup> - أ د / الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 39.



للتسوية بينهم أمام الضريبة ونتيجة لذلك فلا يجوز فرض ضريبة على فرد معين بالذات أو فئة من الأفراد.<sup>1</sup>

فقد شكلت المساواة في توزيع التكاليف الضريبية منذ قيام الدولة المشكلة الأساس في بقاء ودوام الدولة من عدمه، لذلك فإن إتيان الضريبة معلق عموماً على شرطين:

- شرط قانوني: وهو شرط المشروعية الملازم لأعمال الإدارة والتي من دونها تفتقد هذه الأعمال كل قانونيتها.

- شرط مادي: وهو شرط العمومية الملازم للحق في المساواة والواقع على كل الأموال (وليس الأعمال) الخاصة والعامة.

بينما هنالك استثناءات تمنح في هذا المجال<sup>2</sup>. فلا يتنافى مع هذه المساواة تقرير إعفاء ذوي الدخل الصغيرة أو المحدودة من أداء الضريبة، أو تقرير قاعدة الضريبة التصاعدية وما تتضمنه من رفع نسبة الضريبة طردياً كلما زادت قيمة الثروة، أو ارتفع الدخل مادامت تطبق على جميع الأفراد المتماثلين في الثراء والظروف دون تمييز بين فرد وآخر أو فئة أخرى.

ولا يخل بمبدأ المساواة تباين المحاسبة على الضريبة واختلافها بين قدامى الممولين والحديثين منهم كما هو مقرر بالنسبة لأصحاب المهن غير التجارية. ويتحقق ذلك أيضاً عند اختلاف الأماكن وشخصيات الممولين، ويرد على هذا المبدأ استثناءات أهمها شخصية المؤدى لها، فقد يتحمل الأغنياء الضريبة في حين يعفى الفقراء نهائياً منها، والقاعدة تتطلب معاملة الأفراد جميعاً دون تمييز بينهم معاملة واحدة. فإذا اعتد بشخصية الممول، فهذا يعد تمييزاً يخل بمبدأ المساواة، أما إذا كان الإعفاء الضريبي على حسب قيمة الدخل فهذا يعد تطبيقاً للمساواة النسبية والمساواة في التضحية، ولا يخل بمبدأ المساواة أمام الأعباء الضريبة كونه يحقق المساواة عن طريق تصاعد الضريبة، ويؤدي إلى أن يكون دين الضريبة متناسباً مع مقدار الدخل وتلك هي العدالة الاجتماعية والمساواة في توزيع الأعباء والتكاليف العامة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- د/ عبد الباسط علي الزبيدي، د/ محمد يونس الصائغ، أ/ محمد فوزي زيدان، وسائل تحقيق العدالة الضريبية، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 213. على الرابط الإلكتروني: [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53) اطلع عليه بتاريخ 2018/12/28 على الساعة 13:45.

<sup>2</sup>- أ م د/ شورش حسن عمر، أ م د، خاموش عمر عبد الله، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup>- د/ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 232.

فقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المبدأ في حكم 12 يوليو 1979، وذلك بمناسبة بحث دستورية قانون يفرض رسوما تتفاوت حسب المنتفعين، وقضى المجلس أن مثل هذه النصوص لا تتضمن مخالفة للدستور، وبالمقابل قرر المجلس عدم دستورية القانون الذي يقضي بعدم جواز رفع دعوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن أخطاء بعض الأفراد وكذلك أيضا القانون الذي يميز بين ممولين يتماثلون في وضعهم بالنسبة لضريبة الدخل.<sup>1</sup>

وكان النظام الضريبي في جميع الدول حتى القرن الثامن عشر يقوم على أساس التمييز بين الطبقات. حيث كان الشعب وحده يتحمل عبء الضريبة، وظل الإخلال بالتوزيع العادل للأعباء الضريبية المبني على المساواة هو السائد حتى قامت الثورة الفرنسية عام 1789 فانهى هذا النظام، إذ نادت بمبدأ المساواة في تحمل الأعباء الضريبية، وأصبحت قاعدة دستورية مقررة، فقد نصت المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن 1789 على أنه: «لحفاظ على القوى العامة والاتفاقات الإدارية فإن المساهمة المشتركة لا مناص منها ولا بد أن تكون موزعة بالتساوي بين المواطنين.»<sup>2</sup> أما بخصوص الدستور الحالي فقد تم النص عليها في المادة 78: «كلّ المواطنين متساوون في أداء الضريبة. ويجب على كلّ واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العموميّة، حسب قدرته الضريبية. لا يجوز أن تُحدّث أية ضريبة إلاّ بمقتضى القانون.

ولا يجوز أن تُحدّث بأثر رجعيّ، أيّة ضريبة، أو جباية، أو رسم، أو أيّ حقّ كيفما كان نوعه. كل عمل يهدف إلى التحايل في المساواة بين المواطنين والأشخاص المعنويين في أداء الضريبة يعتبر مساسا بمصالح المجموعة الوطنية ويقمعه القانون يعاقب القانون على التهرب الجبائي وتهريب رؤوس الأموال.»<sup>3</sup>

#### ثانيا: المساواة أمام الأعباء العسكرية:

إن أداء الخدمة العسكرية<sup>4</sup> من أقدس الواجبات المفروضة على الأفراد والتي تقتضي منهم بذل الروح والمال في سبيل الوطن بالانخراط في سلك الخدمة العسكرية والوطنية لأداء ضريبة الدم

<sup>1</sup>- أ.م. د/شورش حسن عمر، أ.م. د، خاموش عمر عبد الله، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، المرجع السابق، ص 104-105.

<sup>2</sup>- د/ محمد متولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع السابق، ص 161.

<sup>3</sup>- دستور 2016 الصادر بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور، مشار إليه سابقا.

<sup>4</sup>- القانون 06/14 المؤرخ في 09 أوت 2014 المتعلق بالخدمة الوطنية، ج ر ع 48، السنة الواحدة والخمسون، المؤرخة بتاريخ 10 أوت 2014 (تنص المادة 01 منه " أن الخدمة الوطنية هي مشاركة المواطنين في الدفاع الوطني . تخصص الخدمة الوطنية لتلبية حاجات الجيش الوطني الشعب.. " كما تنص المادة 02 منه على : " يقصد بالمشاركة في الدفاع الوطني تأدية المهام المخولة للجيش الوطني الشعبي بموجب الدستور والتي تتعلق بالمحافظة على الاستقلال الوطني والدفاع عن السيادة الوطنية وكذا الحفاظ على وحدة البلاد وسلامتها الترابية . "

ويتساوى في ذلك جميع الأفراد بلا تمييز، ليعتادل ذلك مع ما يقدمه الوطن لهم من أمن وخدمات، ولذا فإنه لا يجب التنصل من واجب الدفاع عن البلاد، ويقصد بمبدأ المساواة أمام تأدية الخدمة العسكرية: "عدم التمييز بين الأفراد في الالتحاق بالخدمة العسكرية وأدائها بسبب وضعهم الاجتماعي أو الاقتصادي أو العقائدي أو أي وضع آخر متى توافرت شروط الالتحاق وتماثلت مراكزهم القانونية."<sup>1</sup> ولا يتنافى مع مبدأ المساواة في أداء الخدمة العسكرية تقرير الإعفاء منها لبعض الشباب لانعدام اللياقة البدنية أو العجز الصحي، كما قد يعفى بعضهم لأسباب اجتماعية مختلفة. ولكن الإعفاء من هذا الواجب المقدس لبعض الأفراد بسبب انتمائهم إلى طبقات اجتماعية معينة، أو دفع مبلغ من المال نظير هذا الإعفاء، أو غير ذلك من الأسباب الغير المشروعة، يتنافى مع مبدأ المساواة.<sup>2</sup>

### المبحث الثالث

#### مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير

إن هدف إنشاء المرافق العامة هو تقديم الخدمة من خلال تلبية مختلف حاجيات الجمهور، ولما كانت هذه الحاجيات قابلة للاستمرار كان لابد أن تكون قواعد هذه المرافق تسير هذه الاستمرارية. فمبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير انعكاس لمبدأ استمرارية المرافق العامة فالاستمرارية تعني حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد. أما مبدأ قابلية المرافق العامة للتطوير فمعناها تعديل القواعد القانونية التي تحكمه وفق مقتضيات تحقيق المنفعة العامة التي هي في الأساس غاية إنشائه. لذلك يكون منطقياً أن تخضع المرافق العامة لمبدأ أساسي وهو قابليتها للتغيير والتطوير في أي وقت دون الوقوف عند مصلحة الأفراد الخاصة الذين قد يصيبهم ضرر من هذا التغيير، طالما كان الهدف من التغيير تحقيق المصلحة العامة.<sup>3</sup>

ومن تطبيقات هذا المبدأ حق الإدارة في تعديل القواعد التي تحكم عمل هذا المرفق، كأن تعدل في شروط الانتفاع أو في مقدار الرسوم أو آلية تقديم الخدمة. فمثلاً قد يقوم أحد المرافق بتعديل

<sup>1</sup> - د/ محمد متولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup> - أد / الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 36، 37.

<sup>3</sup> - د/ حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر الطبعة الأولى سنة 2014، ص 19.

شروط تقديمه للخدمة، بحيث تصبح عبر شبكة الانترنت بدلا من الطريقة التقليدية بواسطة الورق وعبر مكاتب المرفق.<sup>1</sup>

إن ضرورة البحث في هذا الموضوع بالذات تقتضي دراسة موقع قابلية قواعد المرفق العام للتغيير في التشريع الجزائري (مطلب أول) وكصورة أو مظهر لذلك دور الإدارة الإلكترونية في تفعيل ذلك المبدأ (مطلب ثان).

### المطلب الأول

#### مكانة مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير في التشريع الجزائري

إن القانون هو أداة لترجمة السياسات إلى قواعد وإجراءات لأنه يعكس الواقع السياسي والاجتماعي والثقافي والاقتصادي والمالي السائد في المجتمع، وهو أيضا أداة ممتازة لإحداث التغيير والإسراع في التطور والتنمية.

أي أن القانون الذي يعكس عادة الحقائق في المجتمع يمكن له أن يغير في مضمون هذه الحقائق، إنه الأداة الرئيسة للتغيير المنظم في أي مجتمع. إن مجال المرافق العامة ولاسيما الاقتصادية منها من المجالات الخصبة التي تظهر فيها قدرات الإدارة على التغيير والتطوير.<sup>2</sup>

إذ أنه من خصائص الحياة البشرية أنها حياة تكاملية، بمعنى أن الإنسانية تسعى إلى الكمال وتحاول خلال سيرها الزمني الارتقاء بنفسها في مدارجه، وهذا يعني أن الحياة في حركة دائمة ومستمرة، بل وفي تغير وتطور دائم ومستمر لا يقف عند حد ولا يتوانى في مسيرته تلك، وهذه المسيرة الإنسانية من شأنها أن تفرز العديد من الاحتياجات، قد يكون بعضها جديدا لم يكن له وجود في السابق وقد تقتنع سلطة الدولة بأن عليها تلبيتها فتقوم بإنشاء مرفق عام لتحقيقها، وقد تكون تلك الحاجات موجودة سابقا لكنها أخذت في التغير والتطور مدفوعة بتغير وضع الحاجة بتغير وضع الجمهور خلال سيرة الزمن، وعندما تكون هذه الحاجة قد تم تأسيس مرفق عام لتلبيتها في وقت سابق، فمعنى هذا أن على المرفق السير بشكل مواز لسير الجمهور والتغير بشكل يناسب مع تغير حاجة الجمهور والتطور بشكل ينسجم مع تطور المجتمع، وبعبارة أخرى من أجل أن يتمكن المرفق العام من تأدية خدماته للجمهور بشكل منظم ومضطرر عليه أن يواكب حركة المجتمع، فإذا كان المجتمع يخطو نحو التغير والتطور فعلى المرفق العام أن يفعل مثل ذلك، أي أن يتطور بشكل الذي يمكنه مرافقة

<sup>1</sup> - أ/ حمدي قبيلات، القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، المرجع السابق، ص 312.

<sup>2</sup> - د/ حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 49.

المجتمع بمرحلته الراهنة وإلا فلن يكون قادرا على الاستمرار بخدمة المجتمع وتحقيقه للغرض الذي أنشئ من أجله.<sup>1</sup>

فمن حق السلطة العامة التي يتبع لها إدارة المرافق العامة أن تقوم في أي وقت وعند الاقتضاء، بتعديل القواعد الخاصة بتنظيم وسير المرفق وذلك بهدف تأمين المصلحة العامة من خلاله. وهذا التعديل يتيح للإدارة جعل المرفق ملائما للظروف الجديدة والتطورات الحديثة لكي يكون قادرا على تحقيق هدفه بأفضل أسلوب وعلى أكمل وجه.<sup>2</sup>

على هذا الأساس سنتطرق لمدلول مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير (الفرع الأول) تطبيقات مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير في التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### مدلول مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير

إن أي مرفق عام تقع على عاتق القائمين على إدارته مهمة التكيف مع الظروف، بل من واجهم أن يتنبأ بما يمكن أن يحدث في المستقبل، وفقا لعناصر التخطيط والاستعداد، لمواجهة بالأساليب التي تحقق المنفعة العامة. فالتأمل في مقصود مبدأ قابلية المرفق للتغيير، يجده في الحقيقة امتدادا لاستمرارية المرفق العام، ويعني ذلك أن هذا المبدأ أعطى الإدارة الحق في إجراء اللازم من تعديل أو تغيير في قواعد تنظيم المرفق لسيره أو لتشغيله وقت ما تشاء، شريطة أن لا يخالف هذا الحق الطبيعة اللائحية لسير المرفق العام.

وإذا كان المجلس الدستوري في فرنسا لم يشر في قراره الصادر في 23/7/1996 إلى تمتع مبدأ قابلية المرفق للتغيير Le Principe de Mutabilité بقيمة دستورية كسابقه<sup>3</sup>، فإنه يستمد من طبيعة المرفق العام ذاته، الذي يهدف إلى إشباع حاجة جماعية، فإذا ما تغيرت هذه الحاجة -وهي بطبيعتها متغيرة -

<sup>1</sup> -د/ محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 70.

<sup>2</sup> -د/عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 69.

<sup>3</sup> - Veuillez consulter la Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 ,Loi de réglementation des telecommunications au lien ci-dessous :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96378DC.htm>.

فلا بد أن يساير المرفق هذا التغيير. فإذا ما ظهر للإدارة في وقت ما أن هذا التنظيم لم يعد يتفق مع المنفعة المرجوة من المرفق، أو أن هناك تنظيماً يكفل أدائه لخدماته على وجه أفضل، كان لها أن تلجأ إلى إعادة تنظيم المرفق.<sup>1</sup>

فيقصد بهذا المبدأ تمكين المرفق العام من تحقيق المنفعة التي أنشئ من أجلها على أفضل وجه ومواجهة الظروف المتغيرة التي تحيط بنشاطه، فإذا تغيرت الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي نشأ المرفق في ظلها ونظم ابتداء على أساسها، أو ظهر للإدارة من خلال ممارسة المرفق لنشاطه، أنه يستحسن تغيير طريقة تشغيل المرفق لزيادة كفاءته، فإنها تملك ذلك بسلطتها التقديرية. ذلك أنه إذا ألزمت الإدارة بالإبقاء على تنظيم المرفق بصفة أبدية وانعدمت قدرتها على التغيير والتبديل لمواجهة الظروف والحاجات المتجددة والمتغيرة لترتب على ذلك جمود نشاط المرفق وعجزه عن تحقيق المصلحة العامة التي أنشئ من أجلها.<sup>2</sup>

وعليه يكون للسلطة العامة حق تعديل القواعد المتعلقة بسير المرفق في أي وقت، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة. فمن المعروف أن السلطة التي أنشأت المرفق هي التي تضع القواعد المنظمة لسيره، حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، وحسن أداء الخدمة أو المنفعة التي يؤديها المرفق العام للجمهور، فإذا ما تبين لها عدم صلاحية هذه القواعد -تغير الظروف- مع المنفعة العامة، وأن التنظيم السابق للمرفق لم يعد يتلائم مع أداء الخدمة، وأن هناك تنظيماً آخر يكفل أداء حسناً للخدمة، وعلى درجة أفضل للجمهور. كان لها أن تلجأ إلى تغيير النظم والأساليب المتبعة في إدارة المرفق وأن تستعيز بالنظام القديم نظاماً آخر جديداً، فهي تستطيع أن تستبدل نظام الإدارة المباشرة بنظام الالتزام، أو تختار نظام شركة الاقتصاد المختلط، كما تستطيع أن تلجأ إلى رفع الرسوم المفروضة مقابل الخدمة أو تنقصها، كما تستطيع أن تعدل في القواعد المتعلقة بالعاملين في هذه المرافق، وفي نظم التوظيف، دون أن يستطيع العاملون القدامى بهذا المرفق الاحتجاج بالنظم السابقة، إذ لا يحدها في ذلك إلا قيد مراعاة المصلحة العامة، الذي يهيمن على جميع تصرفاتها.<sup>3</sup>

فإن الهدف والغاية من قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير هي مساندة التطورات والمستجدات التي من شأنها الوصول لتحقيق المصلحة العامة التي أنشئ من أجلها المرفق العام ولا

<sup>1</sup> - د/نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 87-88.

<sup>2</sup> - د/محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، المرجع السابق، ص 223.

<sup>3</sup> - حمزة ضاحي الحماده، الحكومة الإلكترونية ودورها في تقديم الخدمات المرفقية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2013، 2014، ص 43.

يكون ذلك إلا باستمرارية الخدمة، ولهذا المبدأ نتائج وآثار سواء في مواجهة المتعاقدين والعاملين بالمرافق العامة وثانتهما في مواجهة المنتفعين بالمرفق.

ويعتبر بعض الفقه أن هذا المبدأ لا يمكن فصله عن مبدأ الاستمرارية لأن مبدأ تكيف المرفق العام شرط لفعالية مبدأ لاستمرارية (مجلس الدولة، قرار عام 1994)، بالنظر أيضا إلى القدرة على التكيف كنتيجة طبيعية لمبدأ الاستمرارية "الاستمرارية و تكيف المرفق العام" ما هما إلا نوعان فقط للتعبير عن نفس الموضوع.<sup>1</sup>

على هذا الأساس سنتطرق لمبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطوير في مواجهة العاملين بالمرفق والمتعاقدين معه (أولا) ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطوير في مواجهة المنتفعين بالمرفق العام (ثانيا).

**أولا: مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطوير في مواجهة العاملين بالمرفق والمتعاقدين معه**

لا يستطيع العاملون في المرفق العام المطالبة ببقاء تنظيم المرفق العام ووسائل تسييره دون تغيير استنادا إلى حقوق مكتسبة لهم، فهم لا يستطيعون الادعاء بوجود حقوق مكتسبة لهم تحول دون إمكان تعديل تنظيم المرفق أو التغيير في أساليب أداء الخدمة، على أن الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل للتمييز بين حالة المرافق التي تدار بواسطة الإدارة المباشرة (الريجي) والمرافق التي تدار بطريق الالتزام. ففي حالة الإدارة المباشرة، يكون العاملون في المرفق العام في مراكز تنظيمية عامة، والمراكز التنظيمية العامة من طبيعتها أنها تقبل التعديل في كل وقت وفقا لما تقضي به المصلحة العامة، وحيث أنها تتغير من عصر إلى عصر ومن بلد إلى بلد مختلف، ومن نظام إلى نظام آخر، وذلك كله تماشيا مع التغيرات الاقتصادية

أو الاجتماعية أو السياسية أو العلمية أو الفنية، لذلك يكون منطقيا أن تتغير وأن تتبدل التنظيمات المرفقية، وأن تعدل القوانين واللوائح المنظمة للمرافق العامة حتى تكون ملائمة لما يحدث من تطورات في مقتضيات المصلحة العامة. كما أن المرافق العامة التي تكون من إنشاء السلطة العامة وما تضعه من قوانين ولوائح منظمة لها، تبقى دائما وباستمرار عرضة للتعديل والتغيير مع التعديلات والتغييرات التشريعية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - Virginie Donie- Les lois du service public : entre tradition et modernité à l'Université de Franche -RFDA 2006, p. 219.

<sup>2</sup> -د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 435.

وهذا المبدأ يسري كذلك بالنسبة للمرافق العامة التي تدار بأسلوب الالتزام، ولا يمنع من وجود عقد الامتياز من أن تتدخل الإدارة لتفرض على المرفق التعديلات الجوهرية التي تقتضيها المصلحة العامة، تفرضها قسراً حتى ولو أبها الملتزم وكل ما في الأمر أن الملتزم بعد أن ينفذ تلك التعديلات - أن يطالب الإدارة بتعويض إذا حدث إخلال في التوازن المالي لعقد الالتزام.<sup>1</sup>

فبالنسبة للمتعاقدين مع الإدارة يتمثل تطبيق المبدأ بشأنهم في مرونة عقودهم المبرمة مع الإدارة وقابليتها لتغيير شروطها بصورة مستمرة وذلك بالإرادة المنفردة للإدارة أو بالاتفاق الرضائي بين الطرفين إذ يوجد صدى لهذا المبدأ في أعمال كل من نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة. كما يلمس تطبيق هذا المبدأ في تدخل الإدارة لكي تجبر الملتزم بإدارة أحد المرافق لكي يعدل من أسلوب أداء الخدمة العامة بما يتفق مع احتياجات الجماهير.<sup>2</sup>

وتتمتع الإدارة العامة في العقود الإدارية التي تبرمها مع الأفراد بسلطات استثنائية تكفل تغيير وتعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة إذا اقتضت مصلحة المرفق ذلك. فاستناداً لمبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل في أي وقت تم تصنيف شروط العقد إلى شروط تعاقدية وشروط تنظيمية تتمتع الإدارة المتعاقدة إزاءها بسلطة تعديلها بإرادتها المنفردة بهدف الاستجابة إلى التغيرات التي طرأت على المصلحة العامة لهذا تقتضي التغييرات التي تطرأ على المصلحة العامة تدخل الإدارة المتعاقدة لتعديل بعض شروط العقد للاستجابة لهذه التغييرات التي طرأت عليه، ففي هذا الصدد اختلف الفقه في الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي التي تتمتع به الإدارة المتعاقدة، فتعددت وتباينت الآراء ويمكن رد هذه الآراء الفقهية إلى فئتين كبيرتين، فذهب جانب من الفقه إلى أن سلطة التعديل الانفرادي تجد أساسها القانوني في اعتبارات خارجة عن الرابطة التعاقدية ذاتها وهي اعتبارات السلطة العامة، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن سلطة التعديل الانفرادي هي حق من حقوق السلطة العامة، مهما كان مدى الإجراء المعدل فهو عمل من أعمال السلطة العامة، لهذا لا تمارس الإدارة المتعاقدة في هذه الحالة امتيازاً تعاقدياً، بل أنها تمارس حقاً من الحقوق التي تتمتع بها باعتبارها إدارة عامة، وبذا تكون اعتبارات السلطة العتمة هي أساس ومصدر التعديل الانفرادي. ويرى جانب آخر من الفقه أن مقتضيات المرفق العام هي المصدر الأساسي لسلطة التعديل الانفرادي، لقد منحت الإدارة سلطة تعديل عقودها الإدارية بهدف حسن سير المرافق العامة، وضمن تقديم الخدمات على أكمل وجه، وبذا تكون مقتضيات المرفق العام هي الأساس ومصدر التعديل الانفرادي،

<sup>1</sup> - د/ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 209.

<sup>2</sup> - د/ محمد فاروق عبد الحميد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 58.



تترك قاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل في أي وقت أثرها على مركز المنتفعين من خدمات المرفق، فلا يجوز لهؤلاء الادعاء بفكرة الحق المكتسب.<sup>1</sup>

للمحافظة على النظام القانوني الذي يربطهم وبحكم علاقتهم بالمرفق العام. وبذا يمكن تطبيق زيادات الأسعار عليهم فوراً حتى ولو كان هناك عقد اشتراك ينظم ويحدد علاقتهم بالمرفق العام شريطة احترام مبدأ عدم الرجعية.<sup>2</sup>

ومن وجهة نظر معينة فإن الرأي السديد هو رأي الفقه المؤيد بأن أساس قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتبديل هو مقتضيات تحقيق المصلحة العامة والذي لا يتحقق إلا باستمرارية سير المرفق بانتظام واطراد.

### ثانياً: مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطوير في مواجهة المنتفعين بالمرفق العام

إن القضاء يعتبر المنتفعين بخدمات المرافق العامة في مراكز تنظيمية عامة بالنسبة لقواعد سير المرفق العام وأساليب تقديمه للخدمات العامة التي أنشئ من أجلها، ولذلك فلا يجوز للمنتفعين الادعاء بحقوق مكتسبة في بقاء تنظيم المرفق العام دون تعديل، وإنما يخضعون للتنظيمات الجديدة التي تجرئها الإدارة في أركان المرفق أو في أساليب سيره أو في كيفية أدائه للخدمة العامة التي يقوم بها. بل إن الإدارة تستطيع تعديل أسعار الخدمات التي يقدمها المرفق إلى المنتفعين، سواء في حالة الإدارة المباشرة أو في حالة الإدارة بطريق عقد الالتزام، ولا يكون للمنتفعين الحق في المطالبة ببقاء الأسعار كما كانت وقت إبرامهم لعقودهم.

ومن كل ما تقدم يتضح أن مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير باستمرار، مبدأ عام تمليه اعتبارات المصلحة العامة التي يقوم من أجل إشباعها المرفق، وتفرضه ضرورة المواءمة المستمرة بين تنظيمات المرفق وبين الظروف المتغيرة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - فلا يجوز للمنتفعين الادعاء بفكرة الحق المكتسب : على سبيل المثال :أجرت السلطة العامة تعديلاً يتعلق بشؤون الموظفين فإنه يسري عليه جميعاً بمن فهم من عين قبل هذا التعديل، ولا يحق لأي موظف أن يحتج بحق مكتسب له في ظل النظام القديم، للتخلص من تطبيق التعديل الجديد عليه.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة القضاء الإداري في مصر قد أقرت بهذا المبدأ، ومما جاء في حيثيات الأحكام الصادرة عنها : «من المسلم به قانوناً أن للجهة الإدارية سلطة وضع الأنظمة التي تراها ملائمة لسير المرافق العامة التي تتولاها سيراً منتظماً ومنتجاً، وكذلك لها تعديل هذه الأنظمة فيما تراه متفقاً مع الصالح العام دون أن يكون لأحد من الناس الادعاء بقيام حق مكتسب في استمرار نظام معين ينظر : د/نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - د/علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 341.

<sup>3</sup> - د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 438، 439.

على أن يتقيد حق الإدارة في تعديل النظام القانوني للمرفق بقيدتين أساسيتين:

-الأول: أن يسري التعديل الجديد بأثر مباشر بالنسبة إلى المستقبل، ولا يطبق بأثر رجعي.

-الثاني: أن يتوخى التعديل تحقيق المصلحة العامة، وإلا كان مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة وبناءً على ذلك فإن قرارات التعديل يجب أن تخضع إلى رقابة القضاء فيما يتعلق باختصاص مصدر القرار وما إذا كان مصدره قد اتبع الإجراءات الضرورية لإصداره، وفيما يتعلق بصحة الوقائع، والأسباب التي أدت إلى إصداره.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني

تطبيقات مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير في التشريع الجزائري :

يهدف المرفق العمومي إلى الاستجابة إلى حاجيات المواطنين ومتطلبات الصالح العام Les exigences de l'intérêt général وتأمينها، وبما أن هذه المتطلبات وهذه الحاجيات تتطور بالضرورة، لهذه يجب على المرفق العمومي أن يدخل التغييرات لبلي المتطلبات والحاجيات الجديدة. أي أن كل التغييرات سواء كانت ذات طبيعة قانونية أو اقتصادية أو تقنية التي تطراً وتمس المرافق العمومية، تفرض على السلطة الإدارية أن تكيف نشاطها معها. وفي الحالة العكسية، سيؤدي إلى انصراف المواطنين عنه. وبالتالي توقف المرفق العمومي. وهذا ما عبر عنه بمبدأ التكيف أو التغيير المستمر Le principe d'adaptation ou de changement constant ou principe de mutabilité ولهذا يرى بعض الفقهاء أن مبدأ تكيف الخدمات المرفقية مرتبط بقاعدة استمرار المرفق العمومي إن لم نقل هو تطبيق لهذه القاعدة.

فكما هو الشأن بالنسبة للمبادئ السابقة، فإن المشرع الجزائري قد كرس هذا المبدأ في جملة من النصوص القانونية.<sup>2</sup>

ويقول الأستاذ محمد بوسماح أن الإدارة والمواطنون قد أدركوا أن فعالية المرافق العمومية، بتطبيق مبدأ التكيف المستمر هو الذي يحكم النظام الاقتصادي والاجتماعي بكامله وأنها من

<sup>1</sup> -د/نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 87-88-89.

<sup>2</sup> -د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 206، 207.

متطلبات الدولة العصرية بالفعل، فالدول التي تتميز مرافقها العمومية بالفعالية هي التي تكون حظوظها أكبر في مواجهة التغيرات الاجتماعية الحالية والمنافسة الدولية في الميدان الاقتصادي.<sup>1</sup>

أولا التكريس القانوني لمبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير:

أ/ التكريس الدستوري لمبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير:

كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في معظم دساتيره المتعاقبة، ونص عليه في تعديل دستور الجزائر لسنة 2016 حيث نص من خلال نص المادة 99/06 على تحسين الخدمة العامة أي أن يكون هناك تكيف لخدمات مع التطورات والمستجدات، ولا يكون هناك تحسين للخدمات دون أن يكون هناك تطور وتغيير للقواعد التي تحكم المرافق العامة التي من شأنها تقديم خدمة عامة على أكمل وجه. ونظرا لأهمية تحسين الخدمة العامة فقد أولى المؤسس الدستوري أمر السهر عليها للوزير الأول ضمن السلطات الممنوحة له وفقا للأحكام الدستورية.<sup>2</sup>

ب/ التكريس التنظيمي لمبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير

من خلال استقراء للمنظومة التشريعية الجزائرية بخصوص تنظيم المرفق العام نجد أن المشرع الجزائري قد أولى اهتماما بالغا بتنظيم المرفق العام، فقد أقر في سبيل ذلك ترسانة قانونية، وباعتبار مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير مبدأ من المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة فقد تم تكريس ذلك في جملة من القوانين والتنظيمات ذلك المبدأ الذي يقر بضرورة قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتعديل والتطوير بغية تحقيق المصلحة العامة التي هي أساس إنشاء المرفق العام وعنصر من عناصره الأساسية، وكان من التنظيمات التي جسدت تكريس المشرع لهذا المبدأ وإقراره المرسوم رقم 131/88، المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن<sup>3</sup> وهذا على سبيل المثال لا الحصر، بالإضافة أنه في الآونة الأخيرة أصدر المشرع الجزائري مرسوما رئاسيا يتضمن إنشاء مرصد للمرفق العام هدفه تنظيمه وسيره وذلك قصد تكييفه مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية وكذا مع حاجات مستعمليه.

<sup>1</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup> - ينظر المادة 6/99 دستور 2016 الصادر بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، مشار إليه سابقا، التي تنص " يمارس الوزير الأول، زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية: يسهر على حسن سير الإدارة العمومية."

<sup>3</sup> - المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 7/4/1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر ع 27.

1-التكريس التنظيمي لمبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير في ظل المرسوم رقم 131/88 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن (نموذجا)

لقد كرس مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير من خلال المرسوم رقم 131/88، المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، تنص المادة الأولى منه على أن هذا المرسوم هدفه «تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطنين»<sup>1</sup>، كما تنص في المادة 6 من الفصل الثاني المعنون بالتزامات الإدارة على أن: «تكون الإدارة دائما تسهر على تكييف مهامها وهيكلها مع احتياجات المواطنين وهذا ما يحقق أن لها في سبيل ذلك لها أن تعدل وتكيف مع المستجدات نظرات لأن حاجيات المواطنين في تطور وذلك بغية تقديم خدمة جيدة للمواطن»<sup>2</sup> من هذا النص يستشف موقف الإيجابي للمشرع الجزائري اتجاه مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير، من منطلق أنه أقر للإدارة سلطة في تكييف مهامها وهيكلها وفقا لما تقتضيه احتياجات المواطنين تحقيقا للمصلحة العامة التي هي هدف إنشاء المرفق العام في حد ذاته، هذا التكييف مرده أن تكون تعديلات الإدارة متطابقة وملائمة للمستجدات التي قد تطرأ وذلك نظرا لأن حاجيات المواطن هي في تطور مستمر كل ذلك ليتم تحقيق خدمة ناجعة وجيدة. كما نصت المادة 21 منه في القسم الرابع المعنون بتحسين الدائم لنوعية الخدمة ألزمت فيها الإدارة وذلك في مساعي الحرص على تحسين نوعية الخدمة العمومية باستمرار، على أن تحسن صورتها العامة ذلك لأنها تعبر عن السلطة العمومية كما وجب عليها السهر على القيام بكل إجراء من إجراءاتها بصورة تبسيطية، والقيام بإعداد مطبوعات واستمارات تكون مقننة ذلك بهدف سهولة قراءتها مع أن تكون دائما إجراءاتها متلائمة مع مجريات والتطورات الحديثة.<sup>3</sup> نفس الأمر نصت عليه هذه المادة على أن تكون إجراءات الإدارة مواكبة للتطورات في كافة المجالات.

كما تم النص في إطار تحسين سير الإدارة على المواطن أن يساهم في ذلك من خلال تقديمه لاقترحات بناءة من خلال دفتر الملاحظات والتنظيمات المفتوحة لدى كل مصلحة عمومية وعبر كل وسيلة أخرى موضوعة تحت تصرفه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - نص المادة 01 المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 7/4 /1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، مشار إليه سابقا

<sup>2</sup> -تنص المادة 06 من المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 7/4 /1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، المرجع نفسه.(تسهر الإدارة دوما على تكييف مهامها وهيكلها مع احتياجات المواطنين).

<sup>3</sup> - ينظر نص المادة 21 من المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 7/4 /1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، مشار إليه سابقا

<sup>4</sup> - ينظر نص المادة 33 من المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 7/4 /1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، مشار إليه سابقا .

وفي نفس المسعى وهو تحسين وتكييف المرفق العام لما يتلاءم ومتطلبات المواطنين فقد ألقى رئيس الجمهورية خطابا في افتتاحه الاجتماع بين الحكومة والولاية المنعقد بشهر ديسمبر من سنة 2006 المدرجة ضمن نشاطات التي بادر بها وزير الداخلية والجماعات المحلية في إطار عصرنة عمل الجماعات المحلية<sup>1</sup>.

3- التكريس التنظيمي لمبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير في ظل المرسوم الرئاسي رقم 03-16.<sup>2</sup> (نموذجا)

من أجل تحقيق خدمة عامة جيدة ومتطورة وتقديمها على أحسن وجه وذلك في نطاق مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير تم إنشاء مرصد وطني للمرفق العام لدى الوزير المكلف بالداخلية<sup>3</sup> والذي يدعى في صلب النص "المرصد"<sup>4</sup> وذلك من خلال المرسوم الرئاسي رقم 03-16 المنشئ

<sup>1</sup> ندوة فخامة رئيس الجمهورية مع رؤساء المجالس الشعبية البلدية سياسة التنمية المحلية: 21 جويلية سنة 2008 تكوين الإطارات وتعزيز القدرات التنمية المحلية" بترشيد أكبر في تنظيم الدولة وعملها، وتحسين نوعي لخدمات المرفق العام، ورد الاعتبار لهيبتها، عبر إضفاء المصادقية الضرورية والمنتظرة على جميع مؤسساتها، ومنها الإدارة الإقليمية والهيئات المحلية المنتخبة. <http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/> الو-الوزير و-الوزارة/وزارة-اجتماع-الحكومة-مع-الولاية/469-ندوة-فخامة-رئيس-الجمهورية-مع-رؤساء-المجالس-الشعبية-البلدية-سياسة-التنمية-المحلية-21-يوليو-سنة-

2008 اطلع عليه بتاريخ 2017/5/5 على الساعة 13:15

<sup>2</sup> من المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 جانفي 2016 المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام جريدة رسمية عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 2016.

<sup>3</sup> ينظر نص المادة 01 من - من المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 يناير 2016 المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام، مشار إليه سابقا .

<sup>4</sup> المرصد : هيئة استشارية مقرها مدينة الجزائر، ويتشكل المرصد برئاسة الوزير المكلف بالداخلية أو ممثله، من الأعضاء الآتي ذكره :  
- خمس (5) شخصيات يختارون لخبرتهم من بين الإطارات السامية الذين مارسو وظائف عليا على مستوى مؤسسات الدولة، يقترحهم وزير الداخلية والجماعات المحلية.

-ممثلو القطاعات الوزارية المذكورة أدناه، ذورتبة مدير على الأقل :

\*وزارة المالية،

\*وزارة الصناعة والمناجم،

\*وزارة الطاقة،

\*وزارة التجارة،

\*وزارة السكن والعمران والمدينة،

\* وزارة النقل،

\*وزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي،

\*وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات،

\*وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال.

-ممثل (1) عن المديرية العامة للتوظيف العمومية،

-ممثل (1) عن المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي،

للمرصد الوطني للمرفق العام بهدف تجسيد تكيف المرفق العام أي تحسين الخدمة العامة بحيث أن من مهام هذا المرصد هو الإشراف على تنفيذ السياسات الوطنية وذلك في إطار ترقية المرفق العام وتطويره بناء على هذا فقد منح بعض الاختصاصات وذلك بعد التشاور مع الدوائر الوزارية والمؤسسات المعنية الأخرى، من أجل تقييم أعمال تنفيذ السياسة الوطنية والإشراف عليها في ميدان ترقية المرفق العام والإدارة وتطويرها : كاقتراح القواعد والتدابير التي تهدف لتحسين تنظيم المرفق العام وسيرها من أجل تكييفها والتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية وكذا مع متطلبات حاجات مستعملي المرفق العام مع اقتراح أعمال التنسيق بين الدورات الوزارية والإدارية والهيئات العمومية قصد ترقية الابتكار والنجاحة في مجال خدمات المرفق العام.<sup>1</sup>

أما في مجال استفادة المواطنين من المرفق العام يكلف المرصد بدراسة واقتراح كل تدبير يرمي إلى :

- ترقية حقوق مستعملي المرفق العام وحمايتها وكذا المساواة في الاستفادة من المرفق العام.

- العمل على إعداد كل الدراسات والآراء والمؤشرات و الإحصائيات والمعلومات التي من شأنها

ترقية الأعمال الموجهة لتحسين نوعية خدمات المرفق العام.

=...-ممثل (1) عن الديوان الوطني للإحصاء،

-رئيسا (2) مجلسين شعبيين ولائيين، يعينهما الوزير المكلف بالداخلية،

-رئيسا (2) مجلسين شعبيين بلديين، يعينها الوزير المكلف بالداخلية،

-ممثلان (2) عن الجمعيات ذات الطابع الوطني، يختاران من بين الجمعيات الأكثر تمثيلا،

-ممثل (1) عن وسائل الإعلام.

يمكن المرصد أن يستعين في أشغاله بمساهمة كل شخص بحكم كفاءاته.

يعين أعضاء المرصد لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد، بقرار من الوزير المكلف بالداخلية، بناء على اقتراح من المؤسسات والهيئات

التي يخضعون إليها وفي حالة انقطاع عهدة أحد الأعضاء، يتم استخلافه حسب الأشكال نفسها للمدة المتبقية.

يجتمع المرصد في دورة عادية عادية أربع (4) مرات في السنة. ويمكن أن يجتمع في دورة غير عادية بطلب من رئيسه أو بطلب من ثلثي

(3/2) أعضائه على الأقل.

ويعد المرصد نظامه الداخلي ويصادق عليه في أول اجتماع له.

تدون نتائج أشغال المرصد في محاضر تسجل في سجل خاص مؤشر وموقع عليه. ويوقع المحاضر رئيس المرصد.

لا تخول صفة عضو في المرصد الحق في أي تعويض، غير أن الأعضاء يستفيدون من تعويض النفقات المرتبطة بمشاركتهم في أشغال

المرصد طبقا للتنظيم المعمول به.

تسجل النفقات الضرورية لسير المرصد في ميزانية تسيير وزارة الداخلية والجماعات المحلية.

ينظر المادة ينظر نصوص المواد : 01 -8-9-10-11-12-13 من المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 يناير 2016 المتضمن إنشاء

المرصد الوطني للمرفق العام، مشار إليه سابقا، ص 13-14—15-16.

<sup>1</sup> -ينظر نص المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 يناير 2016 المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام، مشار إليه

سابقا، ص 13.

- العمل على دفع وتشجيع مشاركة مستعملي المرفق العام وكذا المجتمع المدني في تحسين خدمات المرفق العام.

-المساهمة في تبسيط الإجراءات وتخفيفها.<sup>1</sup>

أما مهامه بخصوص عصرنه المرفق العام فقد نصت المادة 5 من المرسوم 03/16 على أن يكلف المرصد :

-دراسة واقتراح كل تدبير من شأنه المساهمة في قيام الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية بتنفيذ برنامجها الخاص بعصرنه المرفق العام، إذ له بهذه الصفة اقتراح كل تدبير من طبيعته أن :

-تحفز تطوير الإدارة الإلكترونية بإدخال التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال وتعميمها.

-يحفز على وضع أنظمة وإجراءات فعالة للاتصال قصد ضمان إعلان المواطنين خول خدمات المرفق العام، وتحسين حصول المستعملين على المعلومة وجمع آرائهم واقتراحاتهم والد على شكاويهم.<sup>2</sup>

كما يمكن للمرصد إجراء تعاون والمبادرة بتبادلات مع الشركاء الأجانب وترقيتها وكذا تنظيم تنفيذها مع السلطات المختصة.<sup>3</sup> ويعد المرصد تقارير مرحلية ترسل إلى الوزير الأول، على أن يرفع

التقرير السنوي حول المرفق العام إلى رئيس الجمهورية.<sup>4</sup>

ثانيا : التجسيد العملي لمبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير (مشروع الإدارة

الإلكترونية في الجزائر)

إن من بوادر التحول الإلكتروني في الجزائر احتضان مشروع الجزائر الإلكترونية 2013الذي يعتبر من أهم المشاريع التي أطلقتها وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال، شاركت فيه العديد من

الأطراف، تمحور حول ثلاثة عشر محور وكل محور يتضمن محاور رئيسية، مع العمل على تحقيق الأهداف الرئيسية خلال مدة خمس سنوات، ولقد رصدت الدولة مبلغ 230 مليار دينار جزائري لإتمام

مشروع الجزائر الإلكترونية من منظور استثمار تدرج ضمنها الانترنت وضمن هذا المبلغ تم رصد 85 مليار دينار جزائري لتطوير الأساسيات الداعمة للمشروع، إضافة إلى هذا تم تخصيص مبلغ قدر ب

140 مليار دينار جزائري سنة 2013 لوزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال وهذا بغية تطوير البنية التحتية للاتصالات في الجزائر، وفي إطار مرافقة اتصالات الجزائر منحت قرضا بقيمة 115 مليار دينار

<sup>1</sup> - ينظر نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 يناير 2016 المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام.

<sup>2</sup> - ينظر نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 يناير 2016 المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام.

<sup>3</sup> - ينظر نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 يناير 2016 المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام.

<sup>4</sup> - ينظر نصوص المواد 14-15 من المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 يناير 2016 المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام.

جزائري بنسبة 35% على مدى 15 سنة، ولذلك وضعت أهداف خاصة وأحيانا مشتركة لكل دائرة وزارية تخص الجوانب التالية:

-استكمال البنى الأساسية للمعلومات، و وضع نظم إعلام متطورة ومندمجة وتنمية وتطوير الكفاءات الإدارية.

-نشر تطبيقات قاعدية متميزة.

-تطوير الخدمات الإلكترونية لفائدة الأطراف الفعالة على مختلف المستويات.<sup>1</sup>

فقد تضمنت العديد من خطابات صناع القرار في الجزائر ضرورة رقمنة الإدارات والتوجه إلى تقديم خدمات عامة إلكترونية للمواطنين وبناء جزائر إلكترونية، فقد جاء في خطاب وزير الداخلية والجماعات المحلية نور الدين بدوي على عزم الدولة على مواصلة عصرنة الإدارة وتزويدها بالتكنولوجيا الحديثة من أجل تحسين الخدمة المقدمة للمواطن، وتقريب الإدارة أكثر فأكثر من المواطن. وحسب خطاب الوزير فإن "الإدارة الإلكترونية تعد بداية لإنشاء الحكامة الإلكترونية الجزائرية وأن تعميم استعمال تكنولوجيات الإعلام والاتصال في الإدارة العمومية سيسمح بأنسنة العلاقات بين الإدارة والمواطن ومكافحة التماطل البيروقراطي والمحسوبية والفساد". كما جاء في خطابه أيضا أن هذه العصرنة تأتي في إطار تنفيذ مخطط عمل الحكومة الرامي إلى جعل أداء الإدارة العمومية يتميز بالفعالية والشفافية بغرض تمكين المواطن من خدمة عمومية معاصرة ذات جودة ونوعية ومحاربة كل أشكال البيروقراطية التي تعرقل حصوله على الوثائق الإدارية في الوقت الملائم. وحسب ما جاء في تصريحه عقب إشرافه على تنصيب السيد سايجي عبد الحق في منصب مدير عام للمدرسة الوطنية للإدارة «مولاي أحمد مدغري» بأن الوصول إلى مبتغى عصرنة الإدارة العمومية والرقى بمستوى الخدمة العمومية يجب أن يرتكز على أسس علمية من أجل ضمان فعالية واستمرارية النشاطات التي تتكفل بها الإدارة الجزائرية ومسايرة التطورات الحاصلة في كل المجالات، وذكر الوزير في خطابه والذي ألقاه بالجزائر العاصمة بأن عصرنة الإدارة تأتي ضمن سياق هام أملت تعليمات

<sup>1</sup> -محمد لكحل، الإدارة الإلكترونية وأثرها في تحقيق جودة الخدمة العمومية -حالة الجزائر- مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، المجلد 21، العدد 01، تاريخ النشر سنة 2018، ص 56-57.



رئيس الجمهورية والمتمثلة في تشييد إدارة شفافة و عصرنة ذات نوعية أساسها خدمة عمومية  
عصرية احترافية ومحررة من الإكراه المرتبط بالبيروقراطية.<sup>1</sup>

أ/ تطبيق الإدارة الإلكترونية في قطاع الداخلية والجماعات المحلية :

شهدت الإدارة المحلية في الجزائر فكرا وممارسة سلسلة من التطورات خاصة بعد حتمية  
الولوج إلى عالم التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات والمعلومات، وضمن مبادرة التحول الرقمي ودفعا  
لمخططات التحول لخدمة محلية إلكترونية وبالتالي تحسين نوعية وجودة الخدمات المقدمة للمواطن  
في ظل تحسين وتطوير المرفق العام فلقد تبنت وزارة الداخلية والجماعات المحلية في الجزائر  
وبالتنسيق مع إدارتها الإقليمية عبر الوطن جملة من الإصلاحات والإجراءات التي بإمكانها تسريع تطبيق  
تقنية تكنولوجيا المعلومات والاتصال من هذا المهم من الإدارة العمومية في الجزائر باعتبارها تمثل  
الإدارة الأقرب للمواطن.<sup>2</sup>

فتنفيدا لمخطط عمل الحكومة الهادف إلى تحسين أداء الإدارة العمومية وجعله يتميز بالفعالية  
و الشفافية، قامت وزارة الداخلية و الجماعات المحلية بتجسيد عدة مشاريع هامة في مجال عصرنة  
المرفق العام باستعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة.

تهدف مجمل هذه الإنجازات إلى تمكين المواطن من خدمة عمومية ذات جودة ونوعية. ومن بين  
أهم الإنجازات لسنة 2014 في هذا المجال:

-رقمنة جميع سجلات الحالة المدنية على مستوى الوطني وإحداث السجل الوطني الآلي للحالة  
المدنية وربط كل البلديات و ملحقاتها الإدارية وكذا البعثات الدبلوماسية و الدوائر القنصلية به. ولقد  
مكن هذا الإنجاز من:

-تمكين المواطن من استخراج كل وثائق الحالة المدنية بصفة آنية من أي بلدية أو ملحقة إدارية عبر  
الوطن دون أن يتكبد عناء التنقل.

<sup>1</sup>-نوال معزلي، الإدارة الإلكترونية في الجزائر ضمن الخطاب السياسي كآلية لتحقيق الحكمانية الرشيدة: دراسة في الإنجازات وتشخيص  
للمعيقات مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 01، تاريخ النشر 2017، ص 495.

<sup>2</sup>-د/ المكي دراجي، أ/ راشدة موساوي، دور الإدارة الإلكترونية في تطوير الخدمة العمومية والمرفق العام في الجزائر -دراسة لنموذجين  
قطاعيين: العدالة -الداخلية والجماعات المحلية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، العدد 17، تاريخ النشر جانفي  
2018، ص 31.

-تمكين الجالية الجزائرية المقيمة بالخارج بتقديم طلب الحصول على عقد الميلاد الخاص 12 خ مباشرة عبر خدمة الانترنت و الحصول عليه من الممثلة الدبلوماسية أو القنصلية المسجل فيها.  
-إنشاء السجل الوطني الآلي لترقيم المركبات الذي مكن المواطنين من الحصول على بطاقات الترقيم لمركباتهم بصفة آنية ودون تكبد عناء التنقل إلى ولاية التسجيل.

-تمكين الجالية الجزائرية المقيمة بالخارج بتقديم طلب الحصول على عقد الميلاد الخاص 12 خ مباشرة عبر خدمة الانترنت و الحصول عليه من الممثلة الدبلوماسية أو القنصلية المسجل فيها<sup>1</sup>.

- اعتماد جواز السفر البيومتري الإلكتروني فهو إجراء ضروري طالبت به المنظمة الدولية للطيران المدني وهو قابل للتطبيق على كل الدول، حيث أن الجزائر ووعيا منها بأهمية احترام التزاماتها فيما يخص أحكام الاتفاقات الدولية، قامت باستخراج أول جواز سفر بيومتري بدءا من 5 جانفي 2012 ليحدد آخر أجل في 24 نوفمبر 2015. (أين تم تعميمه على كل ولايات الوطن في 2015). وقد حددت مدة صلاحيته بعشر سنوات (10) وبخمس سنوات (5) بالنسبة للقصر الذين يقل سنهم عن تسع عشرة سنة (19) حسب ما جاء في نص المادة 08 من القانون 03-14 المتعلق بسندات ووثائق السفر، كما أقرت وزارة الداخلية والجماعات المحلية جواز السفر البيومتري ذو 48 صفحة لتسهيل عملية تنقل الأشخاص كثيري السفر.<sup>2</sup>

كما قامت وزارة الداخلية والجماعات المحلية في الجزائر بإقرار جملة من الإجراءات وكذا التقنيات لتمكين الحصول على بطاقة التعريف الوطنية البيومترية وذلك من خلال تطبيق إلكتروني موحد تم وضعه من قبل وزارة الداخلية والجماعات المحلية يمكن المواطن من القيام بإجراءات الحصول على هذه الوثيقة بداية من تحميل الاستمارة لطلب هذه الوثيقة ومتابعة مراحل معالجتها إلى معرفة موعد استلامها عبر هذا التطبيق الإلكتروني، بحيث يتم انتقال المواطن مرة واحدة على الأكثر إلى مقرات البلدية بأخذ الصور وكذا البصمات وهذا ما يقلل من الجهد والوقت و يسهل العملية أمام المواطن والموظف على حد سواء.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> -عصرنة المرفق العام: الرابط الإلكتروني :

<http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/العصرنة-المرفق-العام>

تاريخ الإطلاع 2017/5/9 على الساعة 12:00

<sup>2</sup> -نوال معزيلي، الإدارة الإلكترونية في الجزائر ضمن الخطاب السياسي كآلية لتحقيق الحكمانية الرشيدة، المرجع السابق، ص 500.

<sup>3</sup> - د/ المكّي دراجي، أ/ راشدة موساوي، دور الإدارة الإلكترونية في تطوير الخدمة العمومية والمرفق العام في الجزائر -دراسة لنموذجين قطاعيين: العدالة -الداخلية والجماعات المحلية، المرجع السابق، ص 31.

فالوزارة اتجهت إلى تكريس توجهه نحو إصدار بطاقة التعريف البيومترية CNIBE وذلك كمرحلة أولى بالنسبة للأشخاص الحاصلين على جواز السفر البيومتري، حيث يمكنهم طلب بطاقة التعريف الوطنية البيومترية دون التنقل إلى مصلحة الجوازات وذلك من خلال الخدمة الإلكترونية الجديدة عبر موقع الوزارة [www.interieur.gov.dz](http://www.interieur.gov.dz) والتي انطلقت منذ يوم الخميس 8 سبتمبر 2016، كما سيتم إبلاغ المستفيدين عن تاريخ ومكان الحصول عليها عبر رسالة قصيرة (SMS). كما ستمس العملية الأشخاص الحاملين لبطاقة التعريف الوطنية العادية التي انتهت مدة صلاحيتها، أو تلك التي ستنتهي صلاحيتها في 31 ديسمبر 2016.<sup>1</sup>

وحسب وزير الداخلية الجزائري كذلك هناك تجسيد لحسن تسيير المرفق العام في الإطار الجوي وذلك من خلال السعي هي كذلك من تسعى للتحسين المستمر لخدمات المرافق العامة الجوية من نظافة عمومية، وطرق عمومية، وإنارة ومساحات خضراء، وغيرها من المرافق.<sup>2</sup>

#### ب / تطبيق الإدارة الإلكترونية في قطاع التربية :

في إطار إصلاح المنظومة التربوية تم إدخال العديد من الإصلاحات لتتماشى مع سياسة الدولة الهادفة إلى بناء مجتمع المعلومات، حيث تم تزويد المؤسسات التربوية بأجهزة الإعلام الآلي وربطها بشبكة الإنترنت وتخصيص حصص للتلاميذ في الإعلام الآلي في الطورين المتوسط والثانوي.

فضلا عن تنظيم العديد من الورشات التكوينية لصالح الأساتذة وموظفي قطاع التربية، كما شرعت وزارة التربية في تقديم بعض الخدمات عن بعد لصالح التلاميذ كالتسجيل في شهادة البكالوريا عبر موقع وزارة التربية، والاطلاع على نتائج البكالوريا وشهادة التعليم المتوسط عبر شبكة الانترنت وشبكة متعامل الهاتف النقال « موبليس » وتقديم بعض الخدمات الإلكترونية من خلال الديوان الوطني للتعليم عن بعد كالتسجيل وسحب الاستمارات وتحميل الدروس والامتحانات الخاصة بالديوان.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - نوال معزيلي، الإدارة الإلكترونية في الجزائر ضمن الخطاب السياسي كآلية لتحقيق الحكمانية الرشيدة، المرجع السابق، ص 500.

<sup>2</sup> مداخلة السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية بمناسبة الاحتفال بالذكرى الخمسين للبلدية الجزائرية لما بعد الاستقلال <http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/> الو-الوزير-و-الوزارة/وزارة/البيانات/278-بيانات-تصريحات/1421-مداخلة-السيد-وزير-الداخلية-والجماعات-المحلية-بمناسبة-الاحتفال-بالذكرى-الخمسين-للبلدية-الجزائرية-لما-بعد-الاستقلال.html.

<sup>3</sup> -د/ زان مريم، دور الحكومة الإلكترونية في عصرنة المرافق العمومية وتجويد خدماتها (نماذج قطاعية من مشروع الجزائر الإلكترونية: الإنجازات والتحديات)، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة الجلفة، العدد 01، المجلد 07، تاريخ النشر 10 أكتوبر 2018، ص 59.

ج/ تطبيق الإدارة الإلكترونية في قطاع التعليم العالي والبحث العلمي: عملت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في إطار عصرنة الإدارة ومواكبة التغيير الحاصل في بيئة الإدارة العامة، على محاولة الارتقاء بنموذج إداري يتماشى وأهداف منظومة التعليم العالي والبحث العلمي، إذ يمكن الانطلاق من أهمية تكنولوجيا المعلومات والاتصال كأحد أساسيات الإدارة الإلكترونية، وإبراز دورها في مجال التعليم والبحث العلمي والتكوين، فهناك توجه واضح للارتقاء بالخدمات المقدمة للطلبة والأساتذة من خلال الربط بين العديد من الجامعات إضافة إلى توفير الشبكة لأساليب جديدة للتكوين.<sup>1</sup>

د/ تطبيق الإدارة الإلكترونية في قطاع البريد والاتصالات: (مؤسسة بريد الجزائر والخدمة العامة الإلكترونية)

قطاع البريد والاتصالات في الجزائر هو من المؤسسات الموضوعة تحت المراقبة العمومية (وزارة البريد والاتصالات) والهادفة إلى تحقيق أهداف ذات مصلحة عامة، وهي ذات طابع تجاري وصناعي، أي تستمد مصادر أموالها من السوق. وتعتبر مؤسسة البريد والاتصالات من الخدمات العمومية الكبرى الموجودة في القطاعات الأساسية أين يكون تدخل الدولة متطوراً شأنها في ذلك شأن (SNCF SONALGAZ AIR ALGERIE) وهي تصنف في صنف الصناعات الثقيلة رغم كونها مؤسسة خدمتية وذلك بالنظر إلى الحجم الكبير لاستثماراتها.

وتماشياً مع التطور المحيط بمؤسسة بريد الجزائر، اتجهت سياسة هذه الأخيرة إلى الاعتماد على نموذج الخدمات التي تكفل احترام حقوق المواطنين، وتكسب ثقتهم بالمؤسسة وموازة مع محاولة عصرنة قطاع البريد تم إدراج تكنولوجيا المعلومات والاتصال لتطوير الخدمات المقدمة للمواطنين، بشكل يعزز من الثقة ويكرس أفضل النتائج والإنجازات، وبالتالي تكرر التأسيس لنظام الخدمات العامة الإلكترونية التي تبذلها مؤسسة بريد الجزائر ويمكن ترجمتها في النماذج الآتية:<sup>2</sup>

1- الشبكات الإلكترونية: يقوم بتوفير خدمات للزبائن والمتعاملين، وهيكل للأجهزة الإلكترونية التي تسمح بعملية سحب الأوراق النقدية ألياً.

<sup>1</sup> - أ/ عابد عبد الكريم غريسي، أ/ شريف محمد، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد وتحسين الخدمة العمومية، المجلة الجزائرية للمالية العامة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 03، تاريخ النشر ديسمبر 2013، ص 100.

<sup>2</sup> - د/ يوسف مسعداوي، مساهمة الإدارة الإلكترونية في تحسين الخدمة العمومية في الجزائر - دراسة حالة قطاع البريد والاتصالات - مجلة العدد الاقتصادي، جامعة الأغواط، العدد 21، تاريخ النشر جانفي 2014، ص 168.

2- بطاقة السحب الإلكترونية (La carte CCP): والتي يتم استعمالها للحصول على الخدمات المالية لدى مؤسسة بريد الجزائر والتي تعمل مع وجود الشباك الإلكتروني إذ عن طريقها يتمكن المواطن أو الزبون من سحب النقود في أي شبك بريدي، أو موزع أوتوماتيكي عبر القطر الجزائري. وقد قامت مؤسسة بريد الجزائر بتوزيع 6 ملايين بطاقة سحب إضافة إلى تأسيس 500 مركز سحب إلكتروني لبريد الجزائر، وبعد انطلاق عملية توزيع بطاقات السحب كبدايات أولية، باشرت مصالح البريد ابتداء من الفاتح جانفي 2007 عملية توفير بطاقة السحب الإلكتروني، وتعميم استعمالها حيث اختيرت الجزائر العاصمة كمرحلة أولى قبل أن تشمل العملية باقي المناطق، إلى جانب ذلك أتاح تحديد القطاع توفير إمكانية الاطلاع على رصيد الحسابات البريدية الشخصية إلكترونيا وقد عملت المؤسسة إلى سنة 2014 إلى تعميم الانترنت في 3533 مكتب بريد من أصل 3633 مكتب بريد موجود بالجزائر.<sup>1</sup>

بعد ذلك تم إصدار بطاقة الدفع الإلكتروني «الذهبية» هي بطاقة خصم صادرة عن بريد الجزائر مطابقة لمعيار الأمان الدولي EMV (يوروباد - ماستركارد - فيزا)، تحمل الرسم البياني لبريد الجزائر. ويمكن لحامل هذه البطاقة أن يجري مختلف العمليات بواسطتها كعملية سحب الأموال، العمليات الخاصة بالخدمات البنكية الذاتية، وعمليات دفع الأموال عبر نهائيات الدفع الإلكتروني.<sup>2</sup>

3- خدمات طلب نماذج من الصكوك البريدية: التي تقدم لكل صاحب حساب بريدي جاري، حيث تمنحه طلب نماذج بعد ملئ الاستمارة الإلكترونية التي يتم استظهارها على الموزع الآلي للنقود الورقية.

4- خدمات الحصول على كشف العمليات الحسابية: خلال طلب مراجعة لكل عمليات السحب والدفع الإلكتروني التي جرت على مستوى حساب بريدي جاري معين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - نوال معزيلي، الإدارة الإلكترونية في الجزائر ضمن الخطاب السياسي كآلية لتحقيق الحكمانية الرشيدة، المرجع السابق، ص 496-497.

<sup>2</sup> - على الرابط الإلكتروني : <https://edcarte.poste.dz/ar/terms.html> اطلع عليه بتاريخ 2018/12/3 على الساعة 22:29.

<sup>3</sup> - د/يوسف مسعداوي، مساهمة الإدارة الإلكترونية في تحسين الخدمة العمومية في الجزائر -دراسة حالة قطاع البريد والاتصالات - المرجع السابق ص 169.

## المطلب الثاني

## دور الإدارة الإلكترونية في تفعيل مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير

لا شك في أن تطبيق مبدأ مواكبة المرفق العام للتطورات والتغيرات المستجدة، يسمح للإدارة بتغيير إدارة المرافق العامة من النظام التقليدي إلى النظام الإلكتروني، وذلك بصرف النظر عن طريقة الإدارة المتبعة وسواء تعلق الأمر بإدارة مباشرة تتولاها السلطة العامة، أم بإدارة غير مباشرة يتولاها الملتزم في عقد الامتياز أو شركة اقتصاد مختلط، أو شركة قطاع عام تملك الدولة جميع أسهمها وأن هذا المبدأ هو أهم المبادئ لكي تنتقل الدولة من نظام الإدارة اليدوية إلى نظام الإدارة الإلكترونية، لأن هذا التحول هو الذي يحقق تطوير المرافق العامة، وتدعيمها بالأجهزة الإلكترونية الحديثة وتأهيل موظفيها، ولا يتأثر ذلك بطريقة الإدارة المتبعة لسير المرفق العام. فاستخدام جهاز الحاسب الآلي في تقديم خدمات إلكترونية للأفراد استجابة لطلبات المرفق، هو نوع من تحسين الأداء و استبدال الوسائل القديمة بوسائل حديثة بما يلائم المستجدات في عصر تسارعت فيه الأحداث، وتطورت فيه الأجهزة ولم يعد للإدارة سبيل سوى الالتحاق بهذا الزمن والاستجابة لمتطلباته، وإلا باتت إدارة متخلفة.<sup>1</sup>

وتطبيقاً لمبدأ تكيف المرفق مع الظروف الجديدة أو قابلية نظامه للتعديل والتغيير، فإن في إمكان الإدارة أن تغير في الطبيعة القانونية للمرفق، بمعنى أن الإدارة تعدل تنظيم المرفق العام في أي وقت، وبجميع الوسائل، لكي يتماشى مع التطور العلمي والتكنولوجي، مراعية في ذلك تغير الظروف والتجاوب مع تقنيات الإدارة الحديثة، حيث تستوعب التقدم الإلكتروني، وتواكب روح العصر على نحو يسمح بأداء خدماتها بيسر وسهولة وكفاءة في الوقت ذاته بدون أن يكون على أحد الاعتراض على ذلك سواء من المنتفعين بالمرفق

أو الموظفين فيه وأنه ليس من المعقول أن تقف السلطة العامة في الدول موقفاً سلبياً كموقف المتفرج أمام نظام الإدارة الإلكترونية الذي بدأ يغزو مختلف المرافق العامة في العالم المتقدم، ليحقق للناس مزيداً من الخدمات المرفقية المحسنة بطريقة أيسر وأدق، ويضمن للإدارة نفسها مزيداً من الكفاءة والاقتصاد في النفقات، وإن تشغيل المرافق العامة -الذي تلتزم به الإدارة- ينبغي أن يكون

<sup>1</sup> -د/عبد السلام هابس السويغان، إدارة مرفق الأمن بالوسائل الإلكترونية، (دراسة تطبيقية على الإدارة العامة للمرور بدولة الكويت)، المرجع السابق، ص 219-220.

صحيحاً، ليس فقط من الناحية القانونية بتوافقه مع قواعد القانون القائمة، بل كذلك من الناحية التقنية بتوافقه مع قواعد التكنولوجيا المتاحة، ومواكبته لتطبيقات العالم الحديث.<sup>1</sup>

وعليه سوف نبحث في أثر الإدارة الإلكترونية على مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير (فرع أول) والتقاضى الإلكتروني نموذجاً للإدارة الإلكترونية في مرفق العدالة (فرع ثان).

### الفرع الأول

#### أثر الإدارة الإلكترونية على مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير

أصبحت الموجة الحالية لتحديث القطاع العام المرتبطة بظهور تكنولوجيا المعلومات تحمل اسم الإدارة الإلكترونية وهو المصطلح الذي يخفي الحدود الموجودة بين الإدارة العامة والتكنولوجيا الحديثة والطرق الإدارية المتغيرة وهذا المصطلح لا يحمل معنى واحداً ولكن يطلق هذا المعنى تقريباً على كل العمليات التي أعدت إما من أجل تنمية الخدمات الإدارية باستخدام مجموعة متنوعة من الوسائل الإلكترونية أو من أجل زيادة الكفاءة الداخلية والتأثير السياسي للجمهور وحتى إذا ارتبط المعنى الأكثر شيوعاً لمصطلح الإدارة الإلكترونية بإرضاء العميل فإن أهدافها تمتد إلى أبعد من ذلك بكثير والتي تستمد بشكل أساسي من فكرة إعادة تنظيم القطاع العام. ومن المنتظر أن تعمل الإدارة الإلكترونية على تغيير العلاقة بين السياسات الرسمية، والإدارة العامة وبين المجتمع المدني في جوهرها.<sup>2</sup>

بالتالي فإن الإدارة الإلكترونية أوسع من كونها وجود مفهوم الميكنة الخاصة بإدارة العمل داخل المؤسسة (حواسيب، برمجيات والأنترنت وغيرها من التقنيات)، بل تصل إلى تبادل البيانات والمعلومات بين الإدارات المختلفة والمتعددة، واستخدامها في توجيه سياسات وإجراءات عمل المؤسسة نحو تحقيق أهدافها وتوفير المرونة اللازمة للاستجابة للمتغيرات المتلاحقة سواء الداخلية أم الخارجية وهي تشمل جميع مكونات الإدارة من تخطيط، تنظيم، قيادة ورقابة إلا أنها تتميز بقدرتها على توفير المعرفة بصورة مستمرة وتوظيفها من أجل تحقيق أهدافها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 92.

<sup>2</sup> - د/ أشرف جمال محمود عبد العاطي، الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة، المرجع السابق، ص 73.

<sup>3</sup> - أ/ عيوني كافية، الإدارة الإلكترونية في العالم العربي وسبل تطبيقها (واقع وأفاق)، مجلة البحوث القانونية والإدارية، جامعة عباس لغرور خنشلة العدد الثاني 02، تاريخ النشر ديسمبر 2017، ص 220.

على هذا الأساس سوف نتناول في هذا الفرع مفهوم الإدارة الإلكترونية (أولاً) ومزايا ومعوقات الإدارة الإلكترونية (ثانياً).

#### أولاً: مفهوم الإدارة الإلكترونية:

الحكومة الإلكترونية، الإدارة الإلكترونية، الحكومة الذكية، كلها مصطلحات ظهرت في الفترة الأخيرة قرينة بتطور ثورة المعلومات وثورة الاتصالات الحديثة بما فيها تزايد استخدام الحاسب الآلي وشبكاتة وجميع تطبيقاته. الأمر الذي أدى إلى اتصال الجهات الحكومية أو الخاصة ببعضها البعض في نطاق المكان الواحد أو أماكن عدة وذلك عن طريق شبكات اتصال أدت إلى تكوين وحدة حاسوبية واحدة ومن ثم أصبحت البنية التحتية للحكومة الإلكترونية أو الإدارة الإلكترونية<sup>1</sup>.

#### أ/ نشأة الإدارة الإلكترونية

من الخيال الروائي إلى الواقع الإداري : إن فكرة الإدارة الإلكترونية كانت عبارة عن موضوع لإحدى روايات الخيال العلمي The Shack-Wave rider التي كتبها الروائي جون برنر Jonn Brunner سنة 1975 حيث دار موضوع الرواية حول حكومة شمولية، تتحكم في شعبيها، وتركز كل السلطات في يدها، من خلال شبكة حاسوب عملاقة Powerful Computer Network، تحتوي على بيانات أفراد الشعب كلها، مما أدى بأنصار الحريات إلى مكافحة هذه الشبكة ومن الأمور العجيبة في الرواية : أن الكاتب تحدث عن دودة Tape Worm تقوم بعمل تخريبي، تخترق من خلاله الحاسب الآلي، وتقرض ما فيه من معلومات وبيانات عن الشعب، وقد سمي المؤلف هذا العمل (برنامج الدودة)، على أنه شكل من أشكال المقاومة الإلكترونية لمثل هذه النوعية من الحكومات التي لا تحظى برضاء الشعب.<sup>2</sup>

#### ب/ تعريف الإدارة الإلكترونية

يعد مصطلح الإدارة الإلكترونية من المصطلحات العلمية المستحدثة في مجال العلوم العصرية. ظهر في البداية في الولايات المتحدة الأمريكية ومن تعاريفها أنها: "تنفيذ كل الأعمال والمعاملات التي تتم بين طرفين أو أكثر، سواء من الأفراد أو المنظمات بما يؤدي إلى دعم واستمرار العلاقات فيما بينهم، من خلال استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية، وعموماً كل نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، بغية تعزيز دور الإدارة الإستراتيجية، وتحسين العملية الإنتاجية، وزيادة كفاءة وفعالية الأداء في

<sup>1</sup> - د/ أشرف جمال محمود عبد العاطي، الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة، المرجع السابق، ص 74.

<sup>2</sup> - د/ نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 7.



الإدارة، وانجاز العمل بها بسرعة وبكفاءة وبأقل التكاليف". و أنها: "الوصول إلى الهدف بأحسن الوسائل وبالتكاليف الملائمة وفي الوقت المناسب والملائم وباستخدام الأمثل للإمكانيات المتاحة".<sup>1</sup>

ويعرفها البنك الدولي بأنها: "مصطلح حديث يشير إلى استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من أجل زيادة كفاءة وفعالية وشفافية ومساءلة الحكومة فيما تقدمه من خدمات إلى المواطن ومجتمع الأعمال وتمكينهم من المعلومات بما يدعم كافة النظم الإجرائية الحكومية، ويقضي على الفساد وإعطاء فرصة للمواطنين للمشاركة في كافة مراحل العملية السياسية والقرارات المتعلقة بها والتي تؤثر على مختلف نواحي الحياة" ويأتي هذا التعريف في الإطار الإرشادي للبنك الدولي في نشر مبادئ الحكم الجيد باعتبار أن الإدارة الإلكترونية هي إحدى وسائل تطبيقه.<sup>2</sup>

كما عرفت بأنها : استخدام كل الوسائل الإلكترونية في إنجاز كل أعمال ومعاملات المنظمة مثل: استخدام البريد الإلكتروني E. mail والتحويلات الإلكترونية للأموال Elextronic Funds Transfer والتبادل الإلكتروني، والنشرات الإلكترونية، وأية وسائل إلكترونية أخرى.<sup>3</sup>

وقيل عنها أيضا أنها: "معرفة متطورة في تطور المعرفة الإدارية وتقنياتها التطبيقية ومهاراتها المهنية فهي تقوم باغناء الفكر الإداري بمفاهيم المعرفة الإلكترونية وتقنيات الاتصالات والمعلوماتية". ويعرفها البعض بأنها: "الاستخدام التكاملي الفعال لجميع تقنيات المعلومات والاتصالات بهدف تسهيل العمليات الإدارية اليومية للقطاعات الحكومية وتلك التي تتم فيما بينها وبين قطاعات الأعمال أو الموظفين"<sup>4</sup>

وعموما فإن المصطلح الشائع هو الحكومة الإلكترونية لكن الأدق أن يقال إدارة الإلكترونية لأن مهمة الحكومة وضع السياسة العامة أما مهمة الإدارة فهي تنفيذ السياسة العامة، وهذه المهمة الأخيرة يمكن أن تتم بطريقة رقمية، لكن هناك من يستعمل مصطلح الحكومة الإلكترونية بدلا من الإدارة الإلكترونية وهو يقصد بها هذه الأخيرة، ومصطلح الحكومة له معان متعددة فقد يقصد بها الوزارة، أو السلطة التنفيذية بفرعها رئيس الدولة والوزراء ومساعدوهم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> -أ/محمد بن عراب، تجربة الإدارة الإلكترونية في الجزائر بين مقتضيات وتجويد الخدمة وإشكالية التخلص من منطلق التسيير التقليدي، مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة سطيف، العدد 19، تاريخ النشر ديسمبر 2014، ص 56.

<sup>2</sup> -أ/ راضية سنقوقة، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد المرفق العام، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، العدد الثاني عشر، 12، تاريخ النشر جانفي 2010 ص 584.

<sup>3</sup> -د/ نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 15.

<sup>4</sup> -د / أشرف جمال محمود عبد العاطي، الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة، المرجع السابق، ص 75.

<sup>5</sup> -أ/ راضية سنقوقة، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد المرفق العام، المرجع السابق، ص 586.

## ج/مزايا ومعوقات تطبيق الإدارة الإلكترونية :

## 1-مزايا الإدارة الإلكترونية :

يشير الداعون إلى تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية إلى أن هيمنتها على الحياة الإدارية ستعمل على تسهيل معاملات الأفراد وإنجازها بقدر عال من الكفاءة، وبشكل يخفف عن الفرد عناء السعي بين الإدارات ودواوين الوزارات لتتبع معاملته أو مراجعته للمسؤولية إن تمكن من ذلك.

كذلك فإن الإدارة الإلكترونية هي تطبيق تقنية المعلومات والاتصالات، لتحقيق الكفاءة، والشفافية، وصحة المعلومات، وكذلك تبادل المعلومات داخل الحكومة، أي: بين الحكومة والمؤسسات الفرعية التابعة إليها من جهة، وبين المواطنين والمؤسسات العامة والمنظمات غير الحكومية من جهة أخرى، وتعزيز قدرة المواطنين في الوصول إلى المعلومات واستخدامها ومن جانب مكمل آخر فلقد قدمت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية عام 2003 تعريفا مختصرا آخر، اشتمل ما يأتي: "هي استخدام لتكنولوجيات المعلومات والاتصالات، وخصوصا شبكة المعلومات للوصول إلى حكومات أفضل".

فالإدارة الإلكترونية إذن تتبع نظاما حديثا باستخدام شبكة المعلومات الدولية في ربط مؤسساتها لعضها مع بعض، وربط مختلف خدماتها بالمؤسسات الخاصة، والجمهور، عموما، وكذلك وضع المعلومة المطلوبة في متناول الأفراد، بغرض تأمين علاقة شفافة تتصف بالسرعة والدقة، وتهدف إلى الارتقاء بجودة الأداء.<sup>1</sup>

## 2-معوقات تطبيق الإدارة الإلكترونية :

إن وجود إستراتيجية متكاملة للتحويل إلى نمط الإدارة الإلكترونية لا يعني أن الطريق ممهدة لتطبيق وتنفيذ هذه الإستراتيجية بسهولة وسلاسة وبشكل سليم وذلك لأن العديد من العوائق والمشاكل ستواجه تطبيق الخطة ولذلك يجب على المسؤولين وضع وتنفيذ مشروع الإدارة الإلكترونية المتمتع بفكر شامل ومحيط بكافة العناصر والمتغيرات التي يمكن أن تطرأ وتعيق خطة عمل وتنفيذ إستراتيجية الإدارة الإلكترونية وذلك إما لتفاديها أو إيجاد الحلول المناسبة لها ومن هذه العوائق التي يمكن أن تعيق عملية تطبيق الإدارة الإلكترونية.

- التخبط السياسي والذي يمكن أن يؤدي إلى مقاطعة مبادرة "الإدارة الإلكترونية" وفي بعض الأحيان تبديل وجهتها، وبشكل هذا العنصر خطرا كبيرا على مشروع الإدارة الإلكترونية.

<sup>1</sup> - د/نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 33.

- عدم توفر الموارد اللازمة لتمويل مبادرة الإدارة الإلكترونية لا سيما في حال تدني العائدات المالية الحكومية.

-عدم استعداد المجتمع لتقبل فكرة الإدارة الإلكترونية والاتصال السريع بالبنية التحتية المعلوماتية الوطنية عبر الانترنت نظرا للأزمات الاجتماعية والاقتصادية خاصة إذا كانت هذه العملية مكلفة ماديا.<sup>1</sup>

أما المعوقات القانونية للإدارة الإلكترونية فتتمثل في النقص التشريعي الكبير، والتصدي لعملية التحول إلى النظام الرقمي، وذلك بأن الحصول على الخدمات المختلفة والمنفعة المتأتية من نظام الإدارة الإلكترونية يحتاج إلى نظم قانونية خاصة، ويمكن تلافي هذا الإشكال من خلال سن التشريعات والقوانين المتعلقة والمنظمة لعمل الإدارة الإلكترونية.<sup>2</sup>

كما أن الطبيعة البشرية، وثقافة الأبواب المغلقة والخوف من التكنولوجيا وتطبيقاتها تعد معوقا كبيرا يعوق استخدام التكنولوجيا. وأيضا بالنسبة للفرد العادي الذي يتوقع أن يستفيد من التعامل مع مشروع الحكومة الإلكترونية يجب أن ينفرد بمميزات الكفاءة التقنية في التعامل مع التكنولوجيا الحديثة والإلمام بما توفره له من فوائد نتيجة إقحامه في هذا المجال ويعد هذا المسعى مطلباً يتحقق بالاعتناء بالعنصر البشري من السنوات الأولى للتعليم حتى المراحل الجامعية لتكون الخلاصة هي جيل مدرع بالقدرة التقنية والكفاءة العلمية عند الانخراط في الاقتصاد الرقمي ليشمل جميع فئات المجتمع.<sup>3</sup>

ثانياً: الإدارة الإلكترونية وأثرها على تطبيق مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير

للإدارة أن تعدل تنظيم المرفق العام في أي وقت وبكل الوسائل لكي يتماشى مع التطور العلمي والتكنولوجي مراعية في ذلك تغيير الظروف والتجاوب مع تقنيات الإدارة الحديثة بحيث تستوعب التطورات الإلكترونية وتواكب روح العصر على نحو يسمح بأداء خدماتها بيسر وسهولة وكفاءة في الوقت ذاته، دون أن يكون لأحد الاعتراض على ذلك سواء من المنتفعين بالمرفق أو الموظفين.

<sup>1</sup> - أ/ عيوني كافية، الإدارة الإلكترونية في العالم العربي وسبل تطبيقها (واقع وأفاق)، المرجع السابق، ص 232.

<sup>2</sup> - د/ نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 47.

<sup>3</sup> - د / أشرف جمال محمود عبد العاطي، الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة، المرجع السابق، ص 242.

وإدارة الإلكترونية تستخدم وسائل تتسم بالمرونة والقابلية للتغيير والتحويل في نطاق المعلومات التي تضعها على موقع الانترنت العامة وبوابة المرفق العام، ويجب على هذه المواقع أن تلي طلبات وحاجات مستخدمي هذه المرافق، وأن الإدارة الإلكترونية تملك القدرة على التكيف مع حاجات وطلبات مستخدمي المرافق العامة الفعليين والمحتملين.<sup>1</sup>

فمبدأ قابلية المرفق للتغيير والتعديل يعد من أهم المبادئ لكي تنتقل الدولة من نظام الإدارة التقليدي إلى نظام الإدارة الإلكترونية، لأن هذا التحول هو الذي يحقق تنمية وتحسين المرافق العامة، وتدعيمها بالأجهزة الإلكترونية الحديثة، وتأهيل موظفيها، ولا يتأثر ذلك بطريقة الإدارة المتبعة لسير المرفق العام.<sup>2</sup>

غير أن حقوق المستفيدين من المرافق العامة أو المنتفعين بها، يجب أن لا تتضرر أو تنتقص بسبب التحول إلى النظام الإلكتروني، وهذا الاحتمال وارد وكبير في الدول العربية، حيث تنخفض درجة الوعي بهذا النظام، ويقل عدد المستخدمين للحاسوب والمتريدين على شبكة المعلومات، مما يلقي عار عاتق السلطات المعنية التزاما بمواجهة وحل هذه المشكلة بإقامة المساواة بين الناس بالانتفاع بخدمات المرافق الإلكترونية.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني

#### التقاضي الإلكتروني نموذجا للإدارة الإلكترونية في مرفق العدالة.

يعتبر القضاء من أهم المهن في المجتمع الحديث فهو سلطة مستقلة تفصل في النزاعات بين الناس وقد تطورت الحياة في جميع المجالات، ونتج عن ذلك تغيير عميق في العلاقات بين الأفراد والمؤسسات وظهرت صيغ جديدة من المعاملات أحدثت تشعبا في الوضعيات القانونية والقضاء كغيره من المجالات لا بد أن يواكب التطورات والمستجدات والمتغيرات التي يشهدها العالم ويتفاعل معها بإيجابية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> -د/نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 234.

<sup>2</sup> -د/نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 92.

<sup>3</sup> - د/عبد السلام هابس السويفان،، إدارة مرفق الأمن بالوسائل الإلكترونية، (دراسة تطبيقية على الإدارة العامة للمرور بدولة الكويت)، المرجع السابق، ص 219-220.

<sup>4</sup> - رمزي محمد، المحكمة الإلكترونية في تونس، حلم مشروع على الرابط الإلكتروني :

<http://www.kadhanews.com/index.php/2014-01-27-23-23-04/item/4590-2016-11-16-08-52->

ففي ظل التطور التقني المتسارع الذي يقرر كل يوم جديد في عالم التكنولوجيا والذي يجب مواكبته وفي إطار التحولات العالمية نحو العولمة واندماج المجتمعات في إطار المتغيرات التي يشهدها العالم ظهر ما يعرف بالإدارة العامة الجديدة في نظم الحكومة الإلكترونية.<sup>1</sup>

فالمحكمة الإلكترونية أهم تطبيقات التطور العلمي التقني وأبرزه في مجال العدالة، وقد بدأ تطبيقها في التحكيم في المنازعات الإلكترونية، لكن النجاح الذي حققته هذه المحكمة جعلها تنتشر على نحو واسع في الأنظمة القضائية المعاصرة.<sup>2</sup>

وعليه سنتطرق في هذا المبحث لماهية التقاضي عن بعد (أولا) ولإجراءات التقاضي عن بعد (ثانيا).

#### أولا: ماهية التقاضي عن بعد

التقاضي عن بعد والذي يعني إلكترونية القضاء، فالتقاضي عن بعد هو نظام قضائي معلوماتي يتم بموجبه تطبيق كافة إجراءات التقاضي عن طريق المحكمة الإلكترونية بواسطة أجهزة الحاسوب.

#### أ/ تعريف التقاضي عن بعد

يرتبط مفهوم التقاضي عن بعد ارتباطا وثيقا بمفهوم المحكمة الإلكترونية حيث ظهرت المصطلحات مع ظهور وسائل التطور التكنولوجي وبالأخص الانترنت ويمكن أن يدل أحدهما على الآخر فتارة تسمى المحكمة الإلكترونية وتارة أخرى التقاضي الإلكتروني أو التقاضي عن بعد.<sup>3</sup>

فقد عرف جانب من الفقه التقاضي عن بعد بأنه « عملية نقل مستندات التقاضي الكترونيا إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيد علمه بشأن هذه المستندات.»

وذهب آخر إلى أنه: «سلطة لمجموعة متخصصة من القضاة النظامين بنظر الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية بوسائل إلكترونية مستحدثة ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة

<sup>1</sup> - محمد محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس " الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية " دبي - دول الإمارات العربية المتحدة، 9-12-2009 ص 2.

<sup>2</sup> - د/ صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، تاريخ النشر 2012، ص 1.

<sup>3</sup> - أ/ م أسعد فاضل مندیل، التقاضي عن بعد (دراسة قانونية)، مجلة القادسية، كلية الحقوق، جامعة القادسية، العراق، العدد 21، تاريخ النشر سنة 2014، ص 102.

الأطراف والوسائل، تعتمد منهج تقنية شبكة الربط الدولية (الانترنت) وبرامج الملفات الحاسوبية الإلكترونية ينظر الدعاوى والفصل بها وتنفيذ الأحكام بغية الوصول لفصل سريع بالدعاوى والتسهيل على المتقاضى.<sup>1</sup>

فالتقاضي الإلكتروني هو نظام تقني من خلاله يمكن للمدعي أن يرفع دعواه، يسجلها ويقدم المستندات ويحضر الجلسات، ويصدر الحكم في النزاع دون أن ينتقل إلى مبنى المحكمة، وذلك باستعمال الاتصال الإلكتروني وبهذا فإن المحامي أو المتقاضي في إطار المحكمة الإلكترونية يقوم بتسجيل دعواه إلكترونياً فيبعث بالعريضة الافتتاحية عبر البريد الإلكتروني إلى العنوان الإلكتروني المخصص لاستقبال الدعاوى وهذا الموقع يكون متاحاً أربعة وعشرين ساعة يومياً لمدة سبعة أيام في الأسبوع.

ومن الناحية التقنية تستلم العريضة الافتتاحية ومستندات الدعوى الإلكترونية الشركة القائمة على إدارة هذا الموقع ثم تقوم بإرسالها إلى المحكمة المختصة أين يسلمها كاتب الضبط المختص بالمحكمة يفحص الوثائق ويسجل القضية ثم يرسل للمتقاضي برسالة إلكترونية يعلمه فيها باستلام المستندات والإجراء المتخذ بشأنها كتسجيل الدعوى، تاريخ أول جلسة.<sup>2</sup>

كما عرف الفقه القضاء عبر الوسائل الإلكترونية في الدور « بأنه الحصول على صور الحماية القضائية عبر استخدام الوسائل الإلكترونية المساعدة للعنصر البشري من خلال إجراءات تقنية تتضمن تحقيق مبادئ وضمانات التقاضي في ظل حماية تشريعية لتلك الإجراءات تتفق مع القواعد والمبادئ العامة في قانون المرافعات مع مراعاة الطبيعة الخاصة للوسائل الإلكترونية.<sup>3</sup>

ويعرف كذلك «سلطة للمحكمة القضائية المتخصصة للفصل إلكترونياً بالنزاع المعروض أمامها من خلال شبكة الربط الدولية، الانترنت وبالاعتماد على أنظمة إلكترونية وآليات تقنية فائقة الحدثة بهدف سرعة الفصل في الخصومات والتسهيل على المتخاصمين». <sup>4</sup>

<sup>1</sup> - م.د. هادي حسين عبد علي الكعبي، صيف جاسم محمد الكرعوي، التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العراق، العدد الأول، السنة الثامنة 2016، ص 282.

<sup>2</sup> - د/ عصماني ليلي، نظام التقاضي الإلكتروني آلية إنجاح الخطط التنموية، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 13، تاريخ النشر 13 فيفري 2016، ص 217.

<sup>3</sup> - أ/ م أسعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد (دراسة قانونية)، المرجع السابق، ص 383.

<sup>4</sup> - أ/ م أسعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد (دراسة قانونية)، المرجع نفسه، ص 103.

ب/ تمييز التقاضي عن بعد عن المصطلحات المشابهة له:

يرتبط مصطلح المحكمة الإلكترونية ارتباطاً وثيقاً لمفهوم التقاضي الإلكتروني الذي يعد مصطلحاً حديث النشأة ظهر بظهور التقنية الحديثة وهناك من الباحثين من يرى أن مصطلح التقاضي الإلكتروني يشمل بمفهومه المحكمة الإلكترونية فيجعل بين التقاضي الإلكتروني والمحكمة الإلكترونية عموماً وخصوصاً في حين قصر جانب من الفقه التقاضي الإلكتروني على حوسبة الإجراءات القضائية فقد يعني تحويل الإجراءات التقليدية (الورقية) المتعلقة برفع الدعوى وتنفيذها إلى إجراءات إلكترونية حيث تتم الحوسبة في الإجراءات دون الموضوع.<sup>1</sup>

فالتقاضي من خلال المحكمة الإلكترونية هو تنظيم تقني يتيح للمدعين تسجيل دعواهم وتقديم أدلتهم وحضور جلسات المحاكمة تمهيداً للوصول إلى الحكم وتنفيذه من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية والتي هي جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة الاتصال بالمدعين دون حضورهم الشخصي ومباشرة إجراءات التقاضي من خلال هذا النظام كما يتيح هذا النظام من خلال المحكمة الإلكترونية شفافية وسرعة في الحصول على المعلومات وبناء عليه فتجهيز المحكمة وقاعات المحاكمة والأقسام الإدارية والتنفيذية فيها سيأخذ طابعاً تقنياً يمكن القضاة والخصوم متابعة دعواهم والحضور وتسجيل الطلبات والاتصال بموظفي وقضاة المحاكم اتصالاً إلكترونياً دون حاجة للحضور الشخصي ويتميز هذا الاتصال بالشفافية والسرعة العالية في الحصول على المعلومة وتنفيذ الإجراءات.<sup>2</sup>

ثانياً تطبيقات قضائية لإجراءات التقاضي عن بعد

أ/ إجراءات التقاضي عن بعد

تمر الدعوى القضائية الإلكترونية بجملة من الإجراءات القضائية أمام المحكمة الإلكترونية.

1- إجراءات رفع الدعوى الإلكترونية: الدعوى الإلكترونية هي سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق موضوعي أو حمايته ولكن تتم عبر وسائط إلكترونية ومن خلال شبكة الانترنت.

<sup>1</sup> - عبد العزيز بن سعد دخيل الغانم، المحكمة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، قسم الشريعة والقانون، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، السنة الجامعية 2016، ص 37.

<sup>2</sup> - ماريا اسكندر البديري، التقاضي والمحاكم الإلكترونية، الحوار المتمدن، العدد 2483، -2008/12/2، المحور دراسات وأبحاث قانونية، على الرابط الإلكتروني : [www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=155127&nm=1](http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=155127&nm=1)

اطلع عليه بتاريخ 2018/4/21 على الساعة 23:00.

كما عرفت أيضا : 'الأسلوب الحديث للجوء إلى القضاء عبر الوسائل الإلكترونية وباستخدام الحاسوب والانترنت بغرض تحديث وإدارة مرفق القضاء عن طريق نقل بيانات عريضة الدعوى من حاسوب إلى آخر عبر الشبكة بدلا من الاعتماد على الأوراق، لتسهيل الإجراءات وتقليل التكاليف والنفقات وتحقيق التقاضي المعصرن المتسم بسمة العصر الحالي أي عصر تكنولوجيا المعلومات.<sup>1</sup>

فأول إجراءات التقاضي التي تمر بها الدعوى القضائية هو التسجيل في السجلات الرسمية للمحكمة المختصة بعد دفع الرسوم القضائية وتسجيل الدعوى القضائية الإلكترونية يكون من خلال موقع على شبكة الانترنت يحمل عنوانا معيناً يستطيع من خلاله الخصوم والمحامين التحول إلى النظام وتسجيل الدعوى القضائية وتسليم الوثائق والمستندات ودفع الرسوم القضائية، حيث يقوم كل من المدعي بإعداد عريضة الدعوى والمدعى عليه بإعداد لائحته الجوابية على الدعوى القضائية على قرصين مدمجين CD يملكان السعة ذاتها ثم تدخل بيانات هذين القرصين إلى البرنامج الحاسوبي علماً أن لوائح الدعوى التي يتم إرسالها ليست لوائح مطبوعة أو ورقية وإنما لوائح عالية التقنية.<sup>2</sup>

كما يمكن الموقع الإلكتروني لمحكمة المدعي من توكيل محامي الدفاع عنه بشكل إلكتروني عن طريق الربط الإلكتروني مع دائرة كاتب العدل المختص فيصدر وكالة بالخصومة بعد إدخال بياناته المطلوبة، والتأكد من هويته عن طريق الربط الإلكتروني مع الجهة الحكومية المختصة ببيانات الهوية الوطنية للأشخاص مثل إدارة الأحوال المدنية أو المركز الوطني للمعلومات في نطاق مشروع الحكومة الإلكترونية.

ويرفق المحامي بعريضته الدعوى الموقعة إلكترونياً منه بريده الإلكتروني أو رقم هاتفه المحمول لمراسلته إلكترونياً وبعد التأكد من كافة المستندات والوثائق المرفقة وتسديد رسوم الدعوى عن طريق النقود الإلكترونية أو وسائل السداد المتعددة مثل ماستر كارد أو فيزا كارد أو تحويل بنكي يتم بتسجيلها كمحرر إلكتروني بالمحكمة المختصة.<sup>3</sup>

وبعد تسجيل عريضة الدعوى القضائية إلكترونياً ودفع الرسوم القضائية عنها تصل إلى مرحلة التبليغات القضائية وتحتل هذه المرحلة أهمية بالغة الخطورة في العمل القضائي لأنه إذا لم تتم التبليغات بصورة صحيحة بعد إجراء المرافعة مما يؤدي إلى عدم حسم الدعوى علماً أن الطريقة التقليدية للتبليغ هي الأصل وهي من أكثر الطرق انتشاراً في الأنظمة القضائية إلا أن بالتقاضي عن

<sup>1</sup> - عبد العزيز بن سعد، المحكمة الإلكترونية، المرجع سابق، ص 83.

<sup>2</sup> - أ/م سعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد (دراسة قانونية)، المرجع سابق، ص 109.

<sup>3</sup> - عبد العزيز بن سعد، المحكمة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 90-91.



بعد يتم التبليغ بطريقة إلكترونية وهي اعتماد وسائل جديدة وحديثة للتبليغ كالتبليغ بواسطة البريد الإلكتروني وبواسطة الهاتف الخليوي علما أن التبليغ بهذه الوسائل لا يحل محل التبليغ بالطريقة التقليدية بل يساعد في عملية التبليغ للتقليل من النزاعات القانونية على صحة التبليغ.<sup>1</sup>

فالمرافعة في الدعوى الإلكترونية مصطلح من المصطلحات الحديثة المركبة من كلمتي المرافعة والإلكترونية، المرافعة تعرف بأنها هي : الأقوال الشفوية التي يبديها الخصوم أو كلاهم في جلسات المحاكمة والمرافعة الإلكترونية هي الأقوال والإجراءات التي يبديها الخصوم أو وكلائهم في جلسات المحاكمة باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة.<sup>2</sup>

ففي قاعات المحاكمة كل قاعة تمثل شبكة داخلية مصغرة تتألف من مصور وموزع خطوط على الحواسيب الموجودة في القاعة فالقاعة مجهزة بحاسوب رئيسي بحجم أكبر من الحجم العادي يتم اظهار ملف الدعوى وكل الإجراءات من خلال هذا الجهاز بحيث يستطيع كل حاضر أن يرى ويسمع كل إجراء يتم في الدعوى كما أن هناك أجهزة حاسوب موزعة في المكان المفترض لمثول المدعي أو ووكيله في حال حضورهم الشخصي إلى القاعة وكذلك في المكان المفترض الشخصي لمثول الشاهد في حال حضوره الشخصي إلى القاعة، ترتبط هذه الحواسيب مع حاسوب القاضي والذي بواسطته سوف يتم عرض برنامج الدعوى وتدوين الإجراءات بالتسجيل المرئي لهذه الإجراءات، ويظهر ملف الدعوى ببرنامج أمام كل من الحاضرين على جهاز الحاسوب الرئيسي وكذلك بالنسبة للحاضرين إلكترونيا من خارج مبنى المحكمة، كما يوجد كاميرا في مكان مثالي من قاعة المحكمة تصور وتنقل الصورة بطريقتين الأولى لتصوير محتوى القاعة وتصوير الحاضرين ليتم نقل هذا التصوير على الصفحة الرئيسية لموقع المحكمة ودائرة المعلوماتية القضائية على الانترنت.

#### ب- تطبيقات التقاضي الإلكتروني في بعض الأنظمة القضائية

لقد ظهرت الصورة الأولى للتقاضي الإلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك بتسوية منازعات التجارة الإلكترونية عن طريق استخدام لشبكة الانترنت و البرنامج الافتراضي وهي فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها عام 1996 من قبل أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات.<sup>3</sup> ومن جمعية المحكمين الأمريكيين القضاء والمركز الوطني لبحوث المعلوماتية الأمريكيين. إذ أعطي هذا المشروع دفعا لحل

<sup>1</sup> -/م سعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد (دراسة قانونية)، المرجع سابق، ص 110.

<sup>2</sup> - عبد العزيز بن سعد، المحكمة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 9.

<sup>3</sup> - /م سعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد (دراسة قانونية)، المرجع السابق، ص 113.

النزاعات المتعلقة بالانترنت عن طريق وسيط معتمد " القاضي الافتراضي " لدى المركز يقوم بالتحاور مع أطراف النزاع عن طريق البريد الإلكتروني للفصل في النزاع في ظرف 72 سا.<sup>1</sup>

كما افتتحت في سنغافورة عام 2000 أول محكمة من نوعها في العالم على الانترنت متخصصة في تسوية الخلافات المتعلقة بالتجارة والأعمال الإلكترونية على شبكة العنكبوت الدولية (الانترنت) فكانت بمثابة آلية لفض النزاعات في هذا النوع الجديد من الخلافات التجارية والمالية دون الحاجة إلى المحكمة التقليدية، وهو أمر فرضته طبيعة التجارة الإلكترونية والتباعد الجغرافي بين التجار والشركات أو بين شركات وزبائنهما، وستكون هذه الخدمة سريعة، وهذه ميزة أخرى تتناسب مع السرعة التي تتميز بها التجارة الإلكترونية لاعتن التجارة التقليدية، كما ستكون مجانية عدا رسوما رمزية جدا.<sup>2</sup>

### ج/ تطبيق الإدارة الإلكترونية من منطلق إصلاح العدالة في الجزائر:

يعتبر قطاع العدالة من أولى القطاعات التي تبنت مشروع الإدارة الإلكترونية ويدخل ذلك في إطار الخطة الوطنية لإصلاح العدالة والتي أقرها الرئيس عبد العزيز بوتفليقة سنة 2003. وذلك للوصول إلى عدالة في متناول المواطن بأكبر فعالية وأكثر سرعة ومن أهم الخطط المتبعة لذلك نجد :

1-إنجاز أرضية الانترنت ISP: فمنذ نوفمبر 2003 تم تزويد قطاع العدالة بتمويل الدخول إلى الانترنت ذو نوعية رفيعة.

2-استحداث موقع إلكتروني: الذي تم إنشائه في نوفمبر 2003 والذي يرمي إلى إعطاء معلومات قانونية لعامة الناس أما محتوى الموقع فهو يتضمن معلومات حول تنظيم القطاع ومهامه وبرامجه ونشاطاته كما يحتوي على معلومات قانونية عامة بالإضافة إلى تطوير شبكة الانترنت INTERNET في قطاع العدالة الموجه. بالخصوص إلى الاتصال الداخلي بين الموظفين وبين سنتي 2005 و2009 تم إنجاز مواقع (واب) للمجالس القضائية تتضمن هذه المواقع معلومات حول نشاطات هذه المجالس، كما تم وضع الشبكة الداخلية للوزارة سنة 2006 والتي تساهم في تبادل المعلومات بين مختلف مصالح الوزارة والمجالس القضائية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-رمزي محمدي، المحكمة الإلكترونية في تونس حلم مشروع، المرجع السابق، مقال على الرابط الإلكتروني :

<http://www.kadhanews.com/index.php/2014-01-27-23-23> 04/item/4590-2016-11-16-08-52-45. اطلع عليه بتاريخ

2018/12/28 على الساعة 13:13

<sup>2</sup> - محمد محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> - د/ المكي دراجي، أ/ راشدة موساوي، دور الإدارة الإلكترونية في تطوير الخدمة العمومية والمرفق العام في الجزائر -دراسة لنموذجين قطاعيين: العدالة -الداخلية والجماعات المحلية، المرجع السابق، ص 29-30.

فلقد تجسد نظام الحكومة الإلكترونية في برنامج "إصلاح العدالة" حيث يظهر أن الجزائر تسعى من خلال الإصلاحات إلى تبني مشروع المحاكم الإلكترونية هو ما أكده رئيس الجمهورية لدى إشرافه على افتتاح السنة القضائية 2008/2007. بتاريخ 2007/10/29 الذي جاء فيه ما يلي: "إن إصلاح العدالة ليس هدفا في حد ذاته وإنما هو وسيلة مرحلية للارتقاء بالقضاء إلى مستوى التحديات في السبل والوسائل التي تمكن العدالة من مواكبة التطورات ذات الصلة بالمجالات القانونية على المستويين الوطني والدولي، كما أكد وزير العدل السابق الطيب بلعيز أن إصلاح العدالة يتطور بتطور العلم والمعرفة وبما يحصل من تقدم في المجالات التكنولوجية"<sup>1</sup>.

3- وضع النظام الآلي لتسيير الملف القضائي الذي يسمح للمتقاضي بمتابعة القضية من خلال الشباك الإلكتروني منذ تسجيلها إلى غاية صدور الحكم أو القرار.

4- نظام صحيفة السوابق القضائية: هو نظام يمكن من خلاله تسليم الصحيفة رقم 03 للمواطن ورقم 02 للإدارات العمومية في وقت قصير ومن أي جهة قضائية متواجدة بالتراب الوطني وفي ظروف تتسم بالسرعة والفعالية.<sup>2</sup>

5- استخراج شهادة الجنسية الجزائرية عن طريق الانترنت كما يمكن كذلك أيضا لكل جزائري داخل الوطن وخارجه أن يطلب ويتلقى شهادة الجنسية الجزائرية الخاصة به أنيا عبر الموقع الإلكتروني لوزارة العدل إلى جانب كلا هذين الإجراءين أتاحت وزارة العدل نافذة (مآل قضيتك) للإطلاع على منطوق الأحكام أو القرارات الخاصة بالمواطنين. وفي هذا الإطار أيضا صدر تشريع تبلور في قانون 03-15 المتعلق بعصرنة العدالة<sup>3</sup> والذي يهدف في محتواه: وضع منظومة معلوماتية مركزية لوزارة العدل، وكذا إرسال الوثائق والمحركات القضائية بطريقة إلكترونية واستخدام تقنية المحادثة المرئية عن بعد في الإجراءات القضائية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ عصماني ليلي، نظام التقاضي الإلكتروني آلية إنجاح الخطط التنموية، المرجع السابق، ص 222.

<sup>2</sup> - أ/ زان مريم، دور الحكومة الإلكترونية في عصرنة المرافق العمومية وتجويد خدماتها (نماذج قطاعية من مشروع الجزائر الإلكترونية: الإنجازات والتحديات)، المرجع السابق، ص 60.

<sup>3</sup> - قانون 03/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015 المتعلق بعصرنة العدالة، ج ر ع 06، السنة الثانية والخمسون، المؤرخة بتاريخ 10 فيفري 2015.

<sup>4</sup> - أنوال معزلي، الإدارة الإلكترونية في الجزائر ضمن الخطاب السياسي كآلية لتحقيق الحكمانية الرشيدة: دراسة في الإنجازات وتشخيص للمعيقات، المرجع السابق، ص 497-498.

كما استحدثت الجزائر وسيلة مستحدثة في مجال السياسات العقابية المعاصرة، متمثلة في الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية بالسوار الإلكتروني<sup>1</sup>، فهو بالدرجة الأولى من الأنظمة البديلة للعقوبة السالبة للحرية بصورة عامة، وقصيرة المدة بصفة خاصة، إذ أن أغلب التشريعات التي أخذت بهذا النظام قصرته في البداية على المحكوم عليهم، لتجنّبهم الآثار السلبية الناتجة عن إيداعهم الحبس، ثم تطور الأمر لاستعمالها في إطار الرقابة القضائية كبديل للحبس المؤقت وكإجراء أمني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 150 مكرر من القانون 01/18 المؤرخ في 30 جانفي 2018، المتمم للقانون رقم 04/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005، والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج ر ع 05، المؤرخة بتاريخ 30 جانفي 2018، على أن "الوضع تحت المراقبة الإلكترونية إجراء يسمح بقضاء المحكوم عليه كل العقوبة أو جزء منها خارج المؤسسة العقابية . يتمثل الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في حمل الشخص المحكوم عليه المدة المذكورة في المادة 150 مكرر 1 لسوار إلكتروني يسمح بمعرفة تواجهده في مكان تحديد الإقامة المبين في مقرر الوضع الصادر عن قاضي تطبيق العقوبات ."  
<sup>2</sup> - أ/ بن عمار عبد الحليم، السوار الإلكتروني وتطبيقاته، محاضرة ملقاة في إطار التكوين المحلي لأمناء الضبط محكمة تسييسيلت بتاريخ 2018/01/15، محكمة تسييسيلت، مجلس قضاء تسييسيلت .

## خلاصة الباب الأول

إن النتيجة التي يمكن أن نصل إليها هي من المسلم أن هدف الإدارة من كل نشاط هو تحقيق النفع العام، باعتبار أن المرافق العامة ماهية إلا أحد أشكال تدخل الدولة وأحد مظاهر نشاطها الإداري الإيجابي، ذلك لأن فكرة المرفق العام في حد ذاته يشغل مكانة هامة في بناء الأساس القانوني الذي قامت عليه فكرة ظهور القانون الإداري .

ولایتأتى هذا إلا بإقرار نظام قانوني للمرافق العامة، إذ أن هذا الأخير لم يثر بشأنه أي إشكال لاعتبارات أن المرفق العام كان يخضع لنظام القانون الإداري، لكن سرعان ماتقهر مفهوم المرفق العام بحيث أصبح القانون الإداري قاصرا على تنظيمه، وهذا ماصطاح عليه بأزمة المرفق العام، التي اعتبرت نقطة تحول في هذه النظرية، فظهرت على إثرها أنواع أخرى للمرافق العامة .

المرافق العامة الإدارية التي تخضع للقانون الإداري ومرافق غير إدارية تخضع لنظام مزدوج بين القانون العام والقانون الخاص، فأمام هذا الاختلاف في النظام القانوني للمرافق العامة، وبغية وتوحيده استنبط القضاء الإداري الفرنسي مجموعة من المبادئ التي تمثل الحد الأدنى المشترك لتوحيد النظام القانوني لهذا الأخير. إذ يرجع الفضل في إقرار هذه المبادئ للفييه لويس رولاند، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لما تطرقنا بالدراسة لنظرية المرافق العام في الجزائر فإن النتيجة المتوصل إليها أن القانون الإداري الجزائري هو قانون حديث النشأة، إذ بدأ يتكون مع بداية الاستقلال رغم أن هذا الأخير

موروث من القانون الإداري الفرنسي، غير أن هذا سرعان ماتعارض خصوصا مع النظام القانوني والسياسي والإيديولوجي الذي كان سائدا آنذاك في الدولة الجزائرية.

# الباب الثاني

أثر اختلاف طرق التسيير على تعدد النظام القانوني  
للمرافق العامة

## الباب الثاني

### أثر اختلاف طرق التسيير على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة

إن مسؤولية إدارة المرافق العامة تقع على كاهل الدولة، فهي المسؤولة عن إشباع الحاجات العامة وتحقيق النفع العام واستهداف المصلحة العامة، إلا أن هذا لا يعني قيام الدولة أو السلطة الإدارية بإدارة المرفق العامة بشكل مباشر، بل لديها أكثر من خيار يمكنها من إدارة المرفق العام بواسطته، وهذا يعني تعدد طرق إدارة المرافق العامة.<sup>1</sup>

وتختلف طرق إدارة المرافق العامة باختلاف أنواعها، وبإمكان الدولة، اعتماد الإدارة المباشرة، أو تفويض إدارة المرفق العام إلى شخص طبيعي أو معنوي، إدارة غير مباشرة، امتياز شركة مختلطة.<sup>2</sup>

فإذا كانت السلطة الإدارية تملك في الأصل اختيار الأسلوب الملائم لإدارة المرفق العام الذي تنشئه، تبعا لطبيعة نشاط المرفق والأغراض التي يستهدفها، إلا أن أساليب إدارة المرافق العامة تتجه إلى ثلاث اتجاهات : أولها، تتجه فيه الإدارة إلى الإشراف الكامل المباشر على المرفق، ومن ثم إدارته بطريق الاستغلال المباشر. وثانيها على خلاف الاتجاه الأول. حيث تتجه الإدارة إلى تخفيف قبضتها على المرفق إلى حد كبير. تكتفي بالرقابة على إدارة المرفق الذي يتولى تسييره فرد أو هيئة وذلك ما يسمى "التزام المرافق العامة"، أما ثالث الاتجاهات فهو يمثل طريقا وسطا بين الأسلوبين سالفين الذكر، إذ تدار المرافق العامة بأساليب يمكن إطلاق اصطلاح "مشروعات الاقتصاد المختلط" عليها.

فالمرافق العامة يمكن لها أن تدار بأساليب مختلفة، وهذه الأساليب قد تطورت بتطور الزمن، ففي الماضي كانت هناك ثلاث أساليب تقليدية لإدارة هذه المرافق هي أسلوب الاستغلال المباشر وأسلوب المؤسسة العامة وأسلوب الامتياز، أما اليوم ومع أن هذه الأساليب التقليدية لا تزال تحتفظ بقدر من أهميتها في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، فقد ظهرت في هذا النطاق توجهات حديثة لم

<sup>1</sup> -د/ محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري ( الجزء الثاني )، المرجع السابق، ص 75.

<sup>2</sup> - د/ هيام مروة، د/ طارق المجذوب،، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الإستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني) المرجع السابق، ص 54.

تكن معروفة في السابق، كما أن التطور قد أدى إلى استحداث أساليب جديدة لإدارة واستثمار المرافق العامة الاقتصادية.<sup>1</sup>

ومع ذلك، فإن اختلاف طرق وأساليب إدارة المرافق العامة لا يعني اختلاف النظام القانوني لهذه المرافق اختلافا جذريا إذ أن هناك بعض المبادئ والقواعد والأحكام التي تحكم المرافق جميعها أيا كان نوعها وأيا كان أسلوب إدارتها. فالمرافق العامة جميعها إنما تنشأ بهدف الوفاء بخدمة عامة للجمهور، وبالتالي فإنها تخضع في كيفية أداء خدماتها لعدد من المبادئ الأساسية تمثل النظام العام الذي تخضع له كافة المرافق ولا تستطيع الخروج عليه.<sup>2</sup>

وعلى ضوء ما سبق بيانه، فإننا سوف نتناول في هذا الباب المعنون بأثر طرق التسيير على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة في فصلين من خلال التطرق إلى الطرق التقليدية لإدارة المرافق العامة (الفصل الأول) الطرق الحديثة لإدارة المرافق العامة (الفصل الثاني).

<sup>1</sup> -د/ستار جبار البديري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 61-62.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، نظرية العمل الإداري (تنفيذ القوانين، الضبط الإداري، المرافق العامة، الأعمال المادية، القرارات الإدارية، العقود الإدارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1993، ص 204-205. ص 204-205.



# الفضيلة الأولى

الأساليب التقليدية لإدارة المرافق العامة

## الفصل الأول

### الأساليب التقليدية لإدارة المرافق العامة

ترتب على تنوع المرافق العامة داخل الدولة أن تتباين طرق إدارتها، وفي اختيار طريقة إدارة مرفق من المرافق نجد أن الإدارة تضع نصب أعينها اعتبارات متعددة يأتي في مقدمتها الاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

فالمرافق التي تمس الدولة في سيادتها كمرفق الدفاع والبوليس ليس كغيرها من المرافق الأقل أهمية كما أن المرافق ذات الصبغة التجارية والصناعية تحتاج بطبيعتها إلى وسائل تختلف عن الطرق المتبعة في إدارة المرافق الإدارية، ولهذه الاعتبارات وغيرها تعددت طرق إدارة المرافق العامة، ومن أهم الطرق المتبعة في إدارة المرافق الإدارية المباشرة وغير المباشرة، والاقتصاد المختلط وإدارة الهيئات العامة والامتياز.<sup>1</sup>

فمن أهم خصائص طرق التسيير هي أنها متزايدة عددا ومتنوعة في البداية كانت ثلاثة طرق كلاسيكية <sup>2</sup> La Régie، المؤسسة العمومية، الامتياز، المرفق العام في شكل Régie مستغل مباشرة من قبل سلطة أو أشخاص عمومية ينتمون إليها، هذه الأنظمة الثلاثة تعتبر من أنماط السير للمرفق العام وإذا كانت هذه الأنماط الثلاثة الكلاسيكية تختلف في بعض الأشكال فيما بينها فإن النموذج فيها هي حالة إدارة المرافق العامة بطريقة المؤسسات العمومية.

إن تطور نظرية التسيير مميزة في تطورها وفي تنوعها وهذا التطور جاء نتيجة التطور العام للحياة الإدارية الذي أدى بدوره إلى تطور المرافق العمومية الجديدة (المرافق الصناعية والتجارية أو الاقتصادية أو ذات نشاط مهني عام).<sup>3</sup>

على هذا الأساس سنتناول بالبحث في هذا الفصل الأساليب التقليدية لإدارة المرافق العامة المؤسسة العامة كأسلوب لتسيير المرافق العامة (المبحث الأول) عقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> - جار الله علي جار الله المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 48.

<sup>2</sup> - Régie (droit français) : à la fois un établissement public chargé de la gestion d'un service public et un mode de gestion de ce service.

Site web : <https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9gie>

Vu le 14/1/2019 a.22:50

<sup>3</sup> - André de Laubadère ,T raité de droit administratif ,op.cit ,p565.

## المبحث الأول

## المؤسسة العامة كأسلوب لتسيير المرافق العامة

لقد كانت المؤسسات العامة تاريخياً عرضة لمراحل عدة من التطور، فالمرحلة الأولى تبدأ من الثورة الفرنسية حتى منتصف القرن التاسع عشر، وفيها لم يكن للمؤسسة العامة مفهوماً معيناً بل ظلت عبارة غامضة دون أية خصائص. فقد كان القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسيان اللذان يرجعان إلى أوائل القرن التاسع عشر، يستعملان كلمة "مؤسسة عامة" بمعنى شخص معنوي، أو شخص إداري، وأحياناً بمعنى شخص معنوي خاص كالمؤسسة الخاصة ذات المنفعة العامة.<sup>1</sup>

إذ أن مفهوم المؤسسة العامة الذي تجسد في أواخر القرن 19 يركز على الشخصية المعنوية للقانون العام وكذا مهمة المرفق العام، هذا النمط من التسيير قد تفوق تاريخياً على نمط Régie لأنه يحتفظ بالاستقلالية للمنظمات كما أنه يضمن ممارسة قريبة للمؤسسات الخاصة، أين يظهر Régie كوسيلة مخففة للثقل الذي يتميز بها وهيكل الإدارة المركزية.<sup>2</sup>

فكان التشريع الفرنسي - في بداية القرن التاسع عشر - يجعل للمؤسسة العامة مدلولاً واسعاً، وكان يطلقه على الوحدات الإقليمية، والمرافق العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية ثم استقر الأمر في فرنسا بعد ذلك على تضييق مدلول المؤسسات العامة، وقصره على المرافق العامة ذات الشخصية المعنوية والتميز بينها وبين الوحدات الإقليمية، وهذا هو المعنى التقليدي للمؤسسات العامة بوصفها مرفقاً عاماً تديره منظمة عامة متمتعة بالشخصية المعنوية، بمعنى أنها شخص معنوي عام يدير مرفقاً عاماً من المرافق العامة. وبذلك ترتكز فكرة المؤسسة العامة بالمعنى التقليدي على أركان ثلاثة هي المرفق العام، والمنظمة العامة، والشخصية المعنوية.<sup>3</sup>

غير أن فكرة التمييز بين المؤسسات العامة والجماعات الإقليمية ما لبثت أن توضحت، كما أن نطاق المؤسسات العامة، الذي كان يكون محصوراً بالمعهد أو بالمستشفى امتد إلى حقول جديدة بعد

<sup>1</sup>-د/ وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة

الأولى 2009، ص 41.

<sup>2</sup>-Didier LINOTE, Achille MESTRE, Raphael ROMI, SERVICE PUBLICS ET DROIT PUBLIC ECONOMIQUE, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, France, Troisième édition, p112.

<sup>3</sup>-د/ محمد بكر القباني، نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1962،

ص 07.

أن تزايدت مهام الدولة فبرزت تدريجيا مؤسسات القطاع الخاص، وتدخلت في شتى أنواع النشاط الفردي و تحديدا الاقتصادي منها إذ لجأت معظم الدول في توسيع نشاطها إلى إنشاء المؤسسات العامة، فشهدت هذه المؤسسات، منذ بداية القرن العشرين تطورا هاما فأنشئ العديد من المؤسسات العامة، بحيث يوجد في كل قطاع من قطاعات الإدارة مؤسسة عامة أو أكثر.<sup>1</sup>

وترتبيا على ما تقدم سيتم التطرق إلى بيان أسلوب المؤسسة العامة من خلال مطلبين، ماهية المؤسسة العامة (المطلب الأول) وأسلوب المؤسسة العامة في التشريع الجزائري (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### ماهية أسلوب المؤسسة العامة

مثلما هو الحال بالنسبة لبعض مفاهيم القانون الإداري فإن المؤسسة العامة نجد مكانها في نفس الوقت سواء في برنامج السنة الرابعة أو السنوات التي قبل وعليه فإنه يمكن تحليلها كشخص معنوي للقانون الإداري.<sup>2</sup>

وعليه يجب بداية تحديد مضمون المؤسسة العامة حتى نميزها عن غيرها من الأشكال القانونية الأخرى التي ينصب فيها النشاط العام، في محاولة لتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق. وجهة التقاضي بهدف بيان الضوابط اللازمة لحماية المال العام، ومع مخالفة الفقه التقليدي والحديث على السواء في التفريق بين مال الجماعة المملوك ملكية عامة للدولة والمال العام المملوك ملكية خاصة للدولة، إلا فيما يتعلق بشرط الانتفاع بحيث لا يجوز للكافة الانتفاع من الأخير كما ينتفعون من الأول، إلا وفقا لشروط خاصة منها على وجه الخصوص الشراء بالثمن، بينما يتميز الانتفاع الأول بالمجانة أو مقابل رسم – إلا أن الحماية التي يجب توافرها لأي منهما هي من لزوم ما يلزم للنوع الثاني، ومن ثم يستوجب ذلك أن يتوحد النظام القانوني لهما.<sup>3</sup>

من هذا المنطلق كان لا بد من التطرق لمفهوم المؤسسة العامة سواء من جانب محاولات الفقه العربي أو الفقه الفرنسي واستنباط خصائصها. يتمحور الحديث في هذا الموضوع عن كل من تعريف المؤسسة العامة (الفرع الأول) وخصائصها (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> د/ ألبرت سرحان، أ/ يوسف الجميل، أ/ زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 5-6.

<sup>2</sup> -Jean-Marie –Auby, Robert Ducos-Ader, Grands Services Publics et entreprises nationales ,op cit, p209.

<sup>3</sup> - د/ حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة (الكتاب الثاني نظرية المؤسسات العامة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية 1984، ص 21.

## الفرع الأول

## مفهوم المؤسسة العامة

إذا كان الفقه الإداري في معظمه يذهب إلى فكرة المؤسسة العامة منشؤها فرنسا، فإن الواقع غير ذلك، لأن المؤسسة العامة هي التطبيق العملي لفكرة اللامركزية بصورتها المجردة في القطاع المصلحي، وليس معنى ذلك إنكار جهود الفقهاء الفرنسيين في صياغة فكرة المؤسسة العامة وتأصيلها.<sup>1</sup>

وهو ما يقتضي تعريف المؤسسة العامة لم يعرف المشرع ولا الاجتهاد - في فرنسا - المؤسسة العامة بشكل واضح ودقيق. كما أن ازدياد وتنوع المؤسسات العامة قد ساهما في تعقيد الأمر.<sup>2</sup>

## أولاً: تعريف أسلوب المؤسسة العامة في الفقه والقضاء الفرنسيين

يذكر الشراح أن تعبير المؤسسة العامة الذي ظهر في هذه الفترة لم يكن من الواضح، بحيث يمكن الوقوف على عناصره القانونية الخاصة التي تعطيه مقوماته الأساسية، وتمييزه عن غيره من الاصطلاحات المستعملة في ذلك الوقت، حتى ذهبت السيدة بانتييه Pannetier إلى أنه يبدو أن الأمر لا يتعلق بوجود فكرة قانونية بمعنى الكلمة قدر كونه مجرد تعبير جار terminologie ففي البداية لم يكن هناك ما يشير على وجه التحديد إلى أن الأستاذ condorcet كان قد استخدم اصطلاح المؤسسة العامة للدلالة على فكرة قانونية لها عناصرها المميزة وأبعادها الحقيقية الواضحة.

ويرى هؤلاء الشراح أن التعبير كان غامضاً غير محدد المعالم، واستمر الحال كذلك في الفترة الممتدة من الثورة حتى منتصف القرن التاسع عشر حيث لم تكتسب فيها فكرة المؤسسة العامة سمات الواضح ومن ثم فقد ظلت غامضة يعوزها التحديد والتأصيل Spécificité. ولعل ذلك راجع إلى أن فكرة المؤسسة العامة لا تخرج عن كونها مجرد بناء فقهي لم تتضح معالم صياغته الفنية إلا في كتابات الفقه المعاصر، وعليه فلا غرابة والحالة هذه أن تكون أصولها على درجة كبيرة من عدم الواضح.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ محمد عويد العياضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> - د/ هيام مروة، د/الدكتور طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الإستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني)، المرجع السابق، ص 56.

<sup>3</sup> - د/ سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقها في التشريع العراقي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1967، ص 12-13.

فقد تعاون الاجتهاد والفقهاء على رسم القواعد وتعيين الأسس والمبادئ التي ترعى المؤسسات العامة، غير أن الأمر لم يخلف من الاضطراب والتشويش مما يهدد وحدة فكرة المؤسسة العامة. وعلى سبيل المثال، تساءل (De Laubadère)<sup>1</sup> عما إذا كان بالإمكان تحديد مفهوم المؤسسة العامة :

Aujourd'hui, qui peut dire exactement ce qu'un établissement public , un organisme public – Réflexions sur la crise du dr adm Fr , D H 1952.Chron.<sup>2</sup>

وقد عرف الفقيه waline "المؤسسة العامة بأنها" شخص من أشخاص القانون الإداري متخصص ويدير مرفقا عاما مع تمتعه بقدر من الاستقلال " وعرفها الفقيه دوجي Léon DUGUIT "مرفق عام يتمتع بذمة مالية مستقلة"، وعرفها الفقيه Maurice Hauriou بأنها "مرفق عام متخصص و متمتع بالشخصية المعنوية"<sup>3</sup>.

واعتمد الفقيهان<sup>4</sup> Waline و de Laubadère<sup>5</sup> هذا التعريف أيضا. أما الفقيه Chapus فرأى أنه لا يوجد معيار للمؤسسة العامة واعتبر أنها "شخص متخصص من أشخاص القانون العام"، وقد تولى في تعريفه عن عنصر المرفق العام. وأكد على وجود أزمة في مفهوم المؤسسة العامة :

« Il n'y a pas de critère de l'établissement public .sans doute, on sait qu'un établissement public est une personne publique spécialisée, mais cette définition est pauvre.Elle ne

<sup>1</sup> -André de Laubadère: (24 septembre 1910, Paris - 1981) est un juriste français, spécialiste du droit administratif. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Andr%C3%A9\\_de\\_Laubad%C3%A8re](https://fr.wikipedia.org/wiki/Andr%C3%A9_de_Laubad%C3%A8re)

<sup>2</sup> -د/ ألبرت سرحان، القاضي يوسف الجميل، القاضي زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 6.

<sup>3</sup> -د/عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، المرافق العامة)(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 139.

<sup>4</sup> - يعرف الأستاذ والين (Waline) المؤسسة العامة بأنها عبارة عن شخص متخصص من أشخاص القانون العام يتولى إدارة مرفق عام بقدر معين من الاستقلال.

L 'établissement Public est une personne de Droit administratif Spécialisée et gérant avec une certaine autonomie le service public.

نقلا عن : بغداد كمال، النظام القانوني للمؤسسة العامة المهنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر رقم 01 بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2012/2011، ص 16.

<sup>5</sup> - يعرف الأستاذ لوبادير Laubadère المؤسسة العامة بأنها عبارة عن "مرفق عام يتمتع بشخصية معنوية مستقلة وتعد الصورة العادية لتنظيم الأشخاص الإدارية المتخصصة.

Les établissements publics sont généralement des services publics dotés de la personnalité morale et qu'ils constituent la forme normale d'organisation des personne administratives spéciales.

نقلا عن :بغداد كمال، النظام القانوني للمؤسسة العامة المهنية في الجزائر، المرجع نفسه، ص 16.

contient aucune donnée susceptible de servir de mode de reconnaissance du caractère public d'une institution spécialisée.

Pour reprendre le terme par lequel le professeur Roland Drago a caractérisé dans son ouvrage classique cette situation , il y a une « crise » de la notion de l'établissement public.on peut dire aussi que cette situation traduit le fait qu'il n'existe pas de « modèle de l'établissement public ».<sup>1</sup>

واعتبر الفقيه Drago أن ظهور المؤسسات العامة الصناعية والتجارية فجر مفهوم المؤسسة العامة وتسبب بهذه الأزمة في البداية كانت المؤسسة العامة شخص من أشخاص القانون العام، وتخضع من حيث تنظيمها ووسائل عملها للقانون العام غير أن هذا الأمر تغير بعد ظهور المؤسسات التجارية والصناعية التي باتت تخضع للقانون الخاص من حيث نشاطها.<sup>2</sup>

كما يعرفها De Soto: " على أنها هي شخص إداري مستقل عن الدولة والجماعات المحلية مكلف بتسيير مرفق عام أو مجموعة من المرافق العمومية من نفس الطبيعة."<sup>3</sup>  
وعرفها jéze بأنها مرفق عام ذو ذمة مالية مستقلة "أي مرفق عام ذو شخصية معنوية، إذ يترتب عن ذلك أنه يتمتع بذمة مالية مستقلة " وقد تبعه R.Bonnard في رأيه.

-ويعرف L.Rolland المؤسسة العامة بأنها شخص معنوي من أشخاص القانون العام يخصص بموارد لأداء خدمات عامة وإشباع حاجات خاصة بسكان الدولة أو محافظة أو بلدة. أو عدة بلديات:

L'établissement public est une personne morale de droit public dont les ressources sont affectées à un services publics déterminés en vue de satisfaire aux besoins spéciaux des habitants soit de l'ensemble du territoire soit d'un département, d'une commune ou d'un groupement des communes.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> -R.Chapus ,Droit administratif générale ,9<sup>e</sup> édition ,Tome I,p.160.

نقلا عن : د/ هيام مروة، د/الدكتور طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الإستملاك،الأشغال العامة،التنظيم المدني)، المرجع السابق،ص 56.

<sup>2</sup> - د/ هيام مروة، د/الدكتور طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الإستملاك،الأشغال العامة،التنظيم المدني) المرجع نفسه،ص 56.

<sup>3</sup> د / ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 68.

<sup>4</sup> -د / عباس محمد نصرالله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 80.

وفي عرضه لفكرة المؤسسة العامة، يقول جورج فيدل G.VEDEL : لقد استخدم قانون المرافعات المدنية، والقانون المدني مصطلح المؤسسات العامة مرات عديدة ولكن لم يكن من الممكن في ذلك الوقت التمييز بين هذه الفكرة والأفكار الشبيهة بها أو القريبة منها، فأحيانا تظهر المؤسسة العامة مطابقة لمصطلح (شخص معنوي من القانون العام ) أو شخص إداري، وهذا ينطبق على القرية La commune وعلى العكس أحيانا أخرى يكون هذا التعبير منطبقا على شخص معنوي من القانون الخاص، ويستفيد من حماية الإدارة، وهذه هي حالة المؤسسات ذات النفع العام.

ثم بين أن أول من ميز بين هذين النوعين هو حكم محكمة النقض الصادر في 5 مارس 1855 المتعلق (بصندوق ادخار كايين Caisse D'Épargne de caen المنشور بدالوز 1-12-1856 ) حيث أقام تفرقة شهيرة بين المؤسسات العامة والمؤسسات ذات النفع العام. إذا اعتبر الأولى جزء لا يتجزأ من الإدارة، وهي بذلك من الأشخاص العامة. أما الثانية فهي على العكس ليست إلا مجرد تجمعات خاصة Groupement privé تتمتع بقسط من امتيازات الإدارة وقد أخذ المشرع بهذه التفرقة في القانون الصادر في 21 فبراير 1862 المتعلق بقروض الأشخاص المعنوية العامة ودون أن يعطي معيارا لذلك.<sup>1</sup>

وبخصوص الأرضية الاجتهادية الفقهية لا يوجد أي قرار مبدئي يجبر على إعطاء قاعدة في تعريف المؤسسة العامة، ولكن هناك ملاحظة قد أثارها محافظ الدولة Laurent في خلاصته بشأن قرار 19 نوفمبر 1956 الاتحاد النقابي لصناعات الملاحة الجوية، بشأن المرافق الصناعية أو التجارية.

وعلى ذلك الأساس فإن مفهوم المؤسسة المعارض لمفهوم المهنة في العبارات التالية "القوة العمومية عندما تسيير مرفق عام صناعي وتجاري فهي تنشئ مؤسسة ولكن لا تمارس مهنة ". وهذا باختلاف الحال عندما يتعلق بالمؤسسات المعروفة تحت اسم مؤسسات وطنية أو شركات وطنية ولا تتضمن مرافق عامة.<sup>2</sup>

ويعرف Flutre المؤسسة العامة تعريفا مطولا مضمونه : " أنها منظمة عامة تدير مرفقا عام وتتميز بخلوها من عناصر الجمعيات والإسهام في العمل لصالح الإدارة "

المؤسسة العامة مرفق عام مرتبط بشخص مستقل من أشخاص القانون العام وتتميز عن المشروعات الأخرى ذات الشخصية المعنوية التي تستهدف إشباع الحاجات بخلوها من عناصر الجمعيات واشتراكها بدرجات غير متساوية في العمل لصالح الإدارة."

<sup>1</sup> -د/ حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة (الكتاب الثاني نظرية المؤسسات العامة)، المرجع السابق، ص 44.

<sup>2</sup> -Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader, Grands Services Publics et entreprises nationales. op.cit p 37.



« L'établissement public est un service public, rattaché à des autres entreprises personnalisées destiné à satisfaire les besoins collectives, par l'absence d'éléments associationnels et par une collaboration essentiellement au inégalitaire au profite de l'administration. »

ويذهب البلجيكي Buttgenbach في تحديده للمؤسسة العامة بأنها تخصيص ذمة مالية لمرفق عام، أي أن السلطة العامة تخصص للمرفق العام ذمة مالية خاصة مستقلة عن الذمة المالية العامة ولأجل إدارة هذه الذمة المالية الخاصة وتحقيق الغرض للمرفق، يتمتع هذا المرفق باستقلال عضوي وفني مع خضوعه لرقابة السلطة العامة.<sup>1</sup>

ووفقا للاجتهاد في قرار Association syndicale de canal de Gignac الصادر في 1899/12/09<sup>2</sup>، ووفقا كذلك لجانب من الفقه أبرزهم Hauriou و jèse. فالمؤسسة العامة هي مرفق عام ذو ذمة مالية تتمتع بالشخصية المعنوية. واعتمد المعنى ذاته الأستاذ Romieu. حسب الاجتهاد والفقه الأنفي الذكر كانت المؤسسة العامة تعرف في فرنسا " بالمرفق العام الذي يتمتع بالشخصية المعنوية." غير أن هذا التعريف عدل فيما بعد بموجب قرارات عديدة نذكر منها على سبيل المثال :

<sup>1</sup> -د/ عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 81.

<sup>2</sup> - T.C 9déc. 1899, ASSOCIATION SYNDICALE DU CANAL DE GIGNAC, Rec.731

(S. 1900.3.49, note Hauriou). ETABLISSEMENTS PUBLIC PREROGATIVES DE PUISSANCE PUBLIQUE

Cons. Que l'association syndicale du canal de Gignac a été autorisée par arrêté préfectoral du 26 juill. 1879 ; que ses travaux ont été déclarés d'utilité publique par une loi du 13 juill. 1882 ; des décisions ministérielles des 14 mars 1883 et 20 nov. 1891 ont approuvé le cahier des charges de l'entre- prise et en ont déterminé le régime financier :

Cons. Que, par l'obligation imposée aux propriétaires compris dans le périmètre d'une association syndical autorisée d'y adhérer sous peine d'avoir à délaisser leurs immeubles, par l'assimilation des taxes de ces associations aux contributions directes, par le pouvoir attribué aux préfets d'inscrire d'office à leur budget les dépenses obligatoires, et de modifier leurs taxes de manière à assurer l'acquit de ces charges, lesdites associa- tions présentent les caractères essentiels d'établissements publics, vis-à-vis desquels ne peuvent être suivies les voies d'exécution instituées par le code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur des particuliers ; que c'est au préfet seul qu'il appartenait , en vertu des art.58 et 61 du règlement d'administration publique du 9 mars 1894, de prescrire les les mesures nécessaires pour assurer le paiement de la somme due aux consorts Ducornot ; que l'exécution du jugement du 24 juin 1891qui les a déclarés créanciers de l'association syndical de Gignac, ne pouvant relever que de l'autorités administrative, il n'était pas dans les attributions du tribunal civil de Lodève d'en connaître, et qu'en rejetant le déclinatoire élevé par le préfet, le jugement du 5 juill. 1899 a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs ;... (Arrêté de conflit confirmé). Voir M. Long /P.Weil/ G.Braibant /P.Delvolvé /B.Genevois ,Les grands arrest de la jurisprudence administrative, Op,cit,p 43.

<sup>1</sup> CE, 13-5-1938, Caisse Primaire « Acide et protection »

<sup>2</sup> CE, 31-07-1942, Montpeur.

<sup>3</sup> CE, 20-04-1943 Bouguen.

<sup>4</sup> CE, 13-01-1961, Magnier.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار Montpeur أن المشرع لم يجعل من لجان التنظيم وهي أشخاص القانون الخاص، مؤسسات عامة، مع أنها تشارك في تنفيذ مرفق عام، لأن القضاء الإداري الفرنسي أكد أن المرافق العامة لا تدار فقط من قبل الدولة، بل من قبل المؤسسات الخاصة أيضا، وحتى الأفراد.<sup>5</sup>

إذن فمفهوم المؤسسة العمومية مفهوم متشعب في القانون الإداري لأنه لا يوجد أي نص ينطبق عليها بل توجد بعض النقاط التابعة أو متفرعة عنها فعلى سبيل المثال: فرنسا (قانون 16 جويلية

<sup>1</sup> هيئات خاصة تدير مرفقا عاما جمعية، 13 أيار/مايو 1938، الصندوق الابتدائي "معونة وحماية" مجموعة 417، تقرير ر، لاتونيري هذا القرار أوضح فيه مفوض الحكومة لاتونيري لأن صناديق التأمين الاجتماعي المنشأة والتي تدار طبقا لنصوص قانون أول أبريل سنة 1898 بشأن جمعيات المعونة المتبادلة Secours mutuels هي بكل تأكيد هيئات خاصة، والمشرع أراد إخضاعها جزئيا، بسبب صفة النفع العام لنشاطها لنظام القانون العام، ومن ذلك عرف القانون الفرنسي الذي أقر فعلا إمكان الإدارة gest الخاصة لأشخاص القانون العام. لمزيد من التفصيل ينظر:

بروسير فيل - غي بريان - بيار دلفولفيه - برونو جينفوا، مارسو لونغ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ترجمة د/أحمد يسري، المرجع السابق، ص 407 وما يليها.

<sup>2</sup> -قرار جمعية 31 تموز/يوليو 1942، مونبير، مجموعة 239، تقرير سيجالا (اختصاص إداري) هيئات مكلفة بمرفق عام قرارات إدارية قد أوضح مفوض الحكومة سيجالا أولا أن المهمة الموكولة إلى لجان التنظيم تكون مرفقا عاما، من حيث الطبيعة القانونية لهذه الهيئات التي عهدت إليها الدولة بإدارة gest مرفق عام تنظيم الإنتاج، إذ أوضح مفوض الحكومة أولا أنها تتمتع دون شك بالشخصية المعنوية.....' حكم مونبير أفقد المؤسسة العامة تعريفها التقليدي باعتبارها مرفقا عاما منح الشخصية المعنوية أو شخصا معنويا منح امتيازات السلطة العامة. لمزيد من التفصيل ينظر: بروسير فيل - غي بريان - بيار دلفولفيه، برونو جينفوا، مارسو لونغ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ترجمة علي محمود مقلد، المرجع السابق، ص 350 وما يليها.

<sup>3</sup> -قرار جمعية 20 أبريل 1943، بوجوان، مجموعة 86، تقرير لاجرانج اختصاص نقابات مهنية، صدر حكم بوجوان في هذا المعنى كما فعل مجلس الدولة في حكم مونبير بالنسبة للجان التنظيم، اعتبر من ناحية أن النقابات المهنية وإن لم تكن مؤسسات عامة إلا أنها تشارك في مرفق عام أنشأه المشرع. لمزيد من التفصيل ينظر: بروسير فيل - غي بريان - بيار دلفولفيه - برونو جينفوا، مارسو لونغ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ترجمة د/أحمد يسري، المرجع السابق، ص 447 وما يليها.

<sup>4</sup> - (CE Sect. 13 janvier 1961, Magnier, n° 43548, Rec., p.32). Le juge administratif est compétent pour connaître des décisions des organismes privés chargés d'un service public administratif mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique .

Veillez consulter :

<https://blog.landot-avocats.net/2017/04/28/urrsaf-et-designation-des-membres-de-la-commission-de-recours-amiable-quel-est-le-juge-competent/>

<sup>5</sup> -د/ هيام مروة، الدكتور طارق المجذوب، الوجيز في القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 58

1925 الخاص بإنشاء المؤسسات العامة الوطنية وكذلك المرسوم 25 أكتوبر 1985 المتعلق بمراقبة المؤسسات العمومية)

والتعريف المتفق عليه : يتضمن عدة عناصر:

أولاً : أن المؤسسة العمومية هي شخص قانوني عمومي وهذا يتضمن النتائج التالية :

1/ وجود تراث، ملكية المؤسسة مخصص لتحقيق الهدف الذي من أجله قد وجد.

2/ وجود مستخدمين ومسيرين من قبل سلطات المؤسسة وكذا التصرفات التي هي تحت

مسؤولية المؤسسة

3/ مشاركة المؤسسة في التجارة القانونية وكذا مسؤولية راتجاه الغير (المؤسسة مسؤولة عن

تصرفاتها في التراث التابع لها )

ثانياً : هي شخص لا ينتمي شكلها القانوني للقانون المشترك هذا الشكل القانوني يتعلق بالقانون

العمومي، وينجم عن هذه الخاصية نتيجة مهمة المؤسسة العمومية تستفيد من امتيازات شخصية أي

بمعنى امتيازات قانونية تابعة للشكل التابع للقانون العام.<sup>1</sup>

ثانياً: تعريف المؤسسة العامة في الفقه والقضاء العربيين

في محاولة لتعريف المؤسسة العامة يقول الأستاذ حامد مصطفى أن: "المؤسسة العامة E.P في

عرف القانون الإداري هي مرفق عام، أي مصلحة عامة محلها خدمة الجمهور في شأن من الشؤون

التي تهمهم في حياتهم الاجتماعية أو الاقتصادية إلا أنها تختلف عن المرفق العام في أن إدارتها تخرج عن

نطاق الإدارة المباشرة للحكومة، فهي على ذلك تطور جديد للمرفق العام أوسع منه وأكثر استقلالاً من

الإدارة المباشرة، بحيث يصح القول بأنها كل مرفق عام تحرر من سلطان الإدارة الحكومية المباشرة

ليؤدي الغرض منه سليماً من العيوب التي تشوب إدارة المرفق العام."

ويستطرد الأستاذ موضحاً التفرقة بين المرفق العام، والمؤسسة العامة فيقول: "إذا رأيت المرفق

العام يؤدي عمله مرتبطاً بمسؤولية مباشرة بالوزير حكمت بأنه مرفق إداري عام، أما إذا رأيت

يستقل بشخصيته عن مسؤولية الوزير فيؤدي عمله باعتباره هيئة من الأشخاص مجتمعين يصدر

<sup>1</sup> - Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader ; Grands Services Publics et entreprises nationales op cit , p 138

بأنفسهم قرارات ينفذونها بأنفسهم أيضا فذلك هو المؤسسة العامة. وبناء على ذلك فالمؤسسة العامة منظمة تدير المرفق العام بالنيابة عن الحكومة وبإذن منها أو من السلطة التشريعية.<sup>1</sup> كما يعرفها الأستاذ أحمد محيو: "على أنها هي شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق للدولة أو الولاية أو البلدية أو لشخص آخر".<sup>2</sup> ويعرفها سليمان الطماوي بأنها " مرفق عام يدار عن طريق مؤسسة عامة، يتمتع بالشخصية المعنوية." في إذن طريقة لتسيير المرفق العام، وكما يقول الأستاذ الطماوي أنها الطريقة الأكثر شيوعا والأكثر فعالية في تسيير المرفق العام.

وهي كذلك منظمة عامة تخضع للقانون العام تصدر قرارات إدارية وعمالها موظفون عموميون لا إجراء، وأموالها أموال عامة.....الخ.<sup>3</sup>

وقد أورد زهدي يكن في تعريف المؤسسة العامة قوله: " أن المؤسسة العامة هي طريقة من الطرق التي تدار بها المرافق العامة فتتمتع بالشخصية المعنوية لكي تستقل عن السلطة الإدارية في إدارتها وهذا الاستقلال يجعل من المؤسسة العامة مرفقا يدار عن طريق المركزية".

ويعرف شفيق حاتم المؤسسة "العامة بأنها مرفق عام يتمتع بالشخصية المعنوية ويستقل عن السلطة الإدارية ويدير بطريقة اللامركزية".<sup>4</sup> ويتناول بعض الفقه<sup>5</sup> الأسباب والمبررات التي أدت إلى أخذ السلطة الإدارية بطريقة المؤسسة العامة لإدارة المرافق العامة ومن أهمها:

<sup>1</sup> -حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، (الكتاب الثاني نظرية المؤسسات العامة)، المرجع السابق، ص 23.  
<sup>2</sup> -أ/ د أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة د/ محمد عرب صاصيلا)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 1998، ص 443.  
<sup>3</sup> - نقلا عن: أ/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 68.  
<sup>4</sup> - نقلا عن: د/ عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 84.  
<sup>5</sup> - من الفقهاء الذين تطرقوا للأسباب والمبررات التي أدت إلى أخذ السلطة الإدارية بطريقة المؤسسة العامة لإدارة المرافق العامة: د/ وليد حيدر جابرود/ نواف كنعان. فمن مبررات اللجوء إلى هذا الأسلوب حسب الدكتور وليد حيدر مايلي: - أ/ الخروج من الروتين الإداري وما يحيط به من قواعد إدارية شديدة تبعد الإدارة عن التطور. - ب/ اللجوء إلى اللامركزية المرفقية يكون في الغالب لاعتبارات وأسباب فنية تفرضها طبيعة النشاط الذي تريد الإدارة تحقيقه. - ج/ المؤسسة العامة طريق يدفع الأفراد للتبرع لمساعدتها على تحقيق أهدافها.  
لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: د/ وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، المرجع السابق، ص 49. و د/ نواف كنعان، القانون الإداري (الكتاب الأول)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، طبعة سنة 1997، ص 352. نقلا عن ستار جبار البديري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 66.

أ-/ الخروج من الروتين الإداري وما يحيط به من قواعد إدارية شديدة تبعد الإدارة عن التطور.

ب-/ اللجوء إلى اللامركزية المرفقية يكون في الغالب لاعتبارات وأسباب فنية تفرضها طبيعة النشاط الذي تريد الإدارة تحقيقه.

ج-/ المؤسسة العامة طريق يدفع الأفراد للتبرع لمساعدتها على تحقيق أهدافها.

د-/ تخفيف العبء عن الوزارات، وذلك بترك إدارة بعض المرافق العامة للمؤسسات العامة وتحت إشراف ورقابة الإدارة المركزية.

هـ-/ إن المؤسسة العامة في بعض الأحوال يكون الباعث على إنشائها هو الحاجة إلى تمكين الإدارة في ممارستها لنشاط معين من استخدام الأساليب التي تستخدمها المشروعات الخاصة نظرا لتمائل النشاط في الحالتين مثل المؤسسات العامة الاقتصادية ذات النشاط التجاري أو الصناعي.<sup>1</sup>

ويرى بعض الفقه العربي بأن المؤسسة العامة هي منظمة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة، تقوم الدولة بإنشائها وتتملكها بدون وجود مساهمين آخرين، وتساءل عنها أمام السلطة التشريعية عن طريق الوزير المختص أو عن طريق مجلس إدارة تعينه السلطة التنفيذية، ولها حسابات مستقلة تسيير وفقا لأساليب المشروعات الخاصة غير أنها تخضع للمحاسبة العامة.

فالمؤسسة العامة طريقة من الطرق التي تداربها المرافق العامة، وهي عبارة عن مرفق عام يتمتع بالشخصية الاعتبارية لكي يستقل عن السلطة المركزية في إدارته، وهذا الاستقلال يجعل من المؤسسة العامة مرفقا عاما يدار بالطريقة اللامركزية.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### خصائص المؤسسة العامة وتمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها

من خلال التعريفات الفقهية للمؤسسة العامة السالفة الذكر سواء على مستوى الفقه الفرنسي أو الفقه العربي نستنتج أن مجملها أجمع على جملة من الخصائص المميزة للمؤسسة العامة. هذا ما

<sup>1</sup> - ستار جبار البديري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع نفسه، ص 66.

<sup>2</sup> - أ/محمد عويد العايضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 27.

يميزها عن باقي المفاهيم المشابهة لها، وبغية معرفة هذه الخصائص كان لا بد من التطرق إليها بالدراسة في هذا الفرع.

#### أولاً: خصائص المؤسسات العمومية:

من خلال المفهوم السابق للمؤسسة العامة يتضح أن خصائصها تتمثل فيما يلي:

1- تمنح المؤسسة العامة الشخصية المعنوية المستقلة عن الدولة أو الشخص العام الذي ترتبط به، ويترتب على منحها الشخصية المعنوية استقلال المؤسسة من الناحية المالية والإدارية. فكل مؤسسة عامة أنظمتها الإدارية والمالية، ولها موازنة مستقلة تغذى بإيرادات ذاتية تختلف عن الإيرادات العامة التي تدرج في الميزانية العامة للدولة، كما لها حق التقاضي أمام المحاكم العدلية والإدارية ضمن إطار النشاط الذي تختص بممارسته واستقلال المؤسسة العامة اتجاه السلطة المركزية مختلف من مؤسسة عامة إلى أخرى، والمؤسسات العامة التي تمارس نشاطا اقتصاديا تستفيد من مقدار أكبر من الاستقلال.<sup>1</sup>

2- فالشخصية المعنوية<sup>2</sup> هي العنصر الأساسي الذي يبحث القاضي عن توافره في نص الإنشاء كي يتمكن من تصنيف المؤسسة. إذ أن الشخصية المعنوية هي التي تميز المؤسسة العامة عن باقي المرافق العامة، في الوقت الذي تبقى فيه المرافق العامة تابعة للدولة، تتمتع المؤسسة باستقلال مالي وإداري أي لها ذمة مالية خاصة وميزانية مستقلة وتخضع لأنظمة خاصة بها وتتقاضى أمام المحاكم. وبهذا الخصوص يؤكد الفقيه على ذلك القول Chapus.

<sup>1</sup> مروان معي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، السنة الجامعية، 2007، ص 37.

<sup>2</sup> في فرنسا يترك المشرع أحيانا للقاضي مهمة تصنيف المؤسسة. وفي بعض القرارات اعتبر مجلس الشورى الفرنسي أن المؤسسة تتمتع بالشخصية المعنوية حتى ولو لم ينص قانون الإنشاء على إعطائها إياها صراحة، مستنتجا ذلك من تنظيمها، وطريقة عملها، ومن الاستقلالين المالي والإداري.

ويعطي القاضي الفرنسي لكل حالة الحل الملائم، وإذا قدر أن المصلحة العامة تقضي بأن تمنح مؤسسة ما الشخصية المعنوية كي تتمكن من العمل بطريقة مستقلة، قرر إعطائها ضمنا الشخصية المعنوية. ويذكر على سبيل المثال: Paternoster، فقد قرر مجلس الشورى منح الشخصية المعنوية لشبكة سكة الحديد نسبة لأهمية دورها. وعلى العكس، رفض منحها الشخصية المعنوية في قرارات أخرى مثلا قرار Barrot بسبب تنظيم طبيعة عمل المؤسسة:

« Les institutions en cause ne peuvent être tenues pour des établissements que si cette qualité résulte de la nature même des règles concernant leur organisation et leur fonctionnement ».

وكذلك في قرار Pierre et Cristal لأن الدولة هي المسؤولة عن الأضرار الناتجة عن عمل اللجنة. لمزيد من التوضيح ينظر: د/ هيام مروة د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني)، المرجع السابق، ص 66-67.

« On ne peut avoir à s'interroger vraiment sur le caractère d'une institution spécialisée que si elle est bien une institution dotée de la personnalité morale.

En effet si elle en est dépourvue ,elle ne constitue qu'un des rouages d'une personne morale ,et ce rouage est un organisme public ou bien privé selon qu'il est incorporé à une personne de droit privé ».

إلا أن هذا الاستقلال ليس مطلقا، وتبقى المؤسسة العامة خاضعة لوصاية السلطة المركزية التي تعين أعضاء مجلس إدارتها والمدير العام وتحدد نظامها وملاكها.<sup>1</sup>

وعليه تتولى المؤسسة العامة إدارة مرفق عامة ونشاطها يشكل نشاط مرفق عام، في حين أن أشخاص القانون العام الأخرى يمكن أن يديرو نشاطا يحقق المصلحة العامة، ولا يشكل نشاط مرفق عام. أما بالنسبة للمؤسسة العامة فلا يمكن إلا أن تدير مرفقا عاما، وهذا ما يميزها أيضا عن المشاريع العامة Entreprise Publique التي يمكن أن تدير مرفقا عاما كمؤسسة كهرباء فرنسا، ويمكن أن تتولى نشاطا لا يشكل مرفقا عاما Renault والبنوك وشركات التأمين، إضافة إلى ذلك أن تتولى المؤسسة العامة إدارة أكثر من مرفق عام، مع إمكانية أن يكون لبعضهم الطابع الإداري وللبعض الآخر الطابع الاقتصادي.<sup>2</sup>

1. تخضع المؤسسة العامة لمبدأ التخصص<sup>3</sup>، والذي يعني تحديد مهمة المؤسسة العامة عند إنشائها، وحصراً اختصاصها ضمن نطاق هذه المهمة، بحيث لا يحق للمؤسسة القيام بنشاط خارج هذا النطاق. إلا أن هناك بعض الاستثناءات بالنسبة للمؤسسات العامة الاقتصادية، والتي تستطيع ممارسة أنشطة أخرى غير نشاطها الرئيسي، شرط أن يتوفر أمران: الأول، أن يكون النشاط مكتملاً

<sup>1</sup> د/ هيام مروة، د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني) المرجع نفسه، ص 65-66.

<sup>2</sup> مروان محي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> مبدأ التخصص: هو الركن الذي يميز المؤسسة العامة عن باقي أشخاص القانون العام لأن الدولة والهيئات العامة المحلية ليست متخصصة في نشاط معين، ولكنها متعددة النشاطات بل أن الدولة نشاطاتها شاملة.

لذلك تخصص المؤسسة العامة بنشاط محدد لتنفيذ الغاية التي من أجلها أنشئت وقد تعدد غاياتها إلا أنه يجب حصرها في صك إنشاء المؤسسة العامة. فالواقع أن ركن التخصص يتوافق ومبدأ تخصص الأشخاص المعنويين بصورة عامة باستثناء الدولة والهيئات المحلية، التي تتحدد صلاحياتها في نطاق جغرافي، في حين أن المؤسسة العامة تتحدد في غايات محددة.

بالتالي يعتبر مخالفا للقانون كل نشاط تمارسه المؤسسة العامة خارج إطار المهمة التي حددها القانون لها، فلا يمكن لها إدارة أكثر من مرفق عام وإذا تعددت أغراضها يجب أن ينص عليها حصراً في صك إنشائها. لكن عدم ذكر ركن التخصص رغم كونه من بين العناصر الأساسية لا يعني عدم قيام المؤسسة العامة، فركن التخصص هو نتيجة لإنشاء المؤسسة العامة. ينظر: د / عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 93.

للنشاط التجاري أو التقني للمؤسسة. والثاني أن يهدف النشاط إلى تحقيق المصلحة العامة ويكون فائدة مباشرة.<sup>1</sup>

إذن فالمؤسسة العمومية ما هي إلا شخص معنوي عام متخصص مرتبط بشخص معنوي عام (الدولة أو الجماعات المحلية). وبناء على ما سبق فإن القانون أو التنظيم يحدد بدقة مجالات التدخل وقد تكون هناك مجالات أساسية (نشاط رئيسي) ومجالات ثانوية، وجودها يعلل بالبحث عن الفعالية الإضافية. وقد تكون هذه النشاطات الثانوية مكملة للنشاط الرئيسي ومساعدة له ولا يجوز أن تكون منفصلة عنه تماما.

فعلى سبيل المثال تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 98-258 المؤرخ في 25 أوت سنة 1998 والذي يتضمن تحويل الديوان الوطني للأرصاد الجوية إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري<sup>3</sup>، على مجال تدخل المؤسسة " تتمثل مهمة الديوان في تنفيذ السياسة الوطنية في ميدان الأرصاد الجوية هذا بالاتصال بالمؤسسات المعنية ".

<sup>1</sup> - د/ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز، الشركات المختلطة - BOT تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 62-63.

<sup>2</sup> - تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 258/98 المؤرخ في 25 أوت سنة 1998، المتضمن تحويل الديوان الوطني للأرصاد الجوية إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، ج ر ع 63، السنة الخامسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 26 أوت سنة 1998. "تتمثل مهمة الديوان في تنفيذ السياسة الوطنية في ميدان الأرصاد الجوية وهذا بالاتصال مع المؤسسات المعنية. وهذه الصفة يكلف بضمان ما يأتي : -اكتساب معطيات الأرصاد الجوية الملتقطة على المستوى الوطني والدولي ومعالجتها واستغلالها وتوزيعها، -وضع مختلف شبكات المراقبة الجوية والمناخية الوطنية وكذا شبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية للأرصاد الجوية الخاصة بالديوان وتسييرها وصيانتها،

-توقع خطورات الطقس على المستوى الوطني وكذا بث إنذارات الخطر لدى العموم والمستعملين،

-الحفاظ على أرشيف الأرصاد الجوية والمناخية واستغلاله،

-إنجاز الدراسات المناخية والمساعدة في مجال الأرصاد الجوية

-مراقبة التغيرات المناخية،

-تقديم خدمات تقنية لتغيير الأجهزة ومعدات الأرصاد الجوية.

<sup>3</sup> في هذا الصدد تنص المادة الأولى المرسوم التنفيذي رقم 258/98 المؤرخ في 25 أوت سنة 1998، المتضمن تحويل الديوان الوطني للأرصاد الجوية إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، المرجع السابق، على: "يحول هذا المرسوم الديوان الوطني للأرصاد الجوية الذي تم إنشاؤه بمقتضى الأمر رقم 25/75 المؤرخ في 29 أبريل سنة 1975 والمذكور أعلاه، إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، طبقا للقوانين المعمول بها، كما تنص المادة 02 منه : "يعتبر الديوان الوطني للأرصاد الجوية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويدعى في صلب النص "الديوان ".



وكذلك المادة 04 من المرسوم الرئاسي 96-436<sup>1</sup>، المتضمن إنشاء محافظة الطاقة الذرية وتنظيمها وسيورها على المجال المحدد لتخصصها " المحافظة أداة تضع وتطبق السياسة الوطنية لترقية الطاقة والتقنيات النووية وتنميتها ".

إن هذه المواد تضع الإطار العام للتخصص (المجال)، ثم تأتي مواد أخرى توضح بدقة المهام والصلاحيات في هذا المجال.

ولقد تم إحصاء حوالي 6500 مؤسسة عمومية تغطي مجالات أنشطة متنوعة كالتربية والتكوين والصحة العمومية والحماية الاجتماعية والدراسات والبحث والثقافة والاتصال والإعلام والرقابة التقنية...إلخ، ويبرز هذا التغطية العريضة لكافة القطاعات، مع العلم أن 85 % هي المؤسسات العمومية التابعة للتربية والتكوين والصحة العمومية والحماية الاجتماعية فهي مكلفة بتلبية الحاجيات القاعدية الأولية للمواطنين.<sup>2</sup>

2. خضوع المؤسسة لنظام الوصاية، فإذا كانت المؤسسة العامة تشكل صورة من اللامركزية في جانبها المرفقي فإن ذلك لا يعني قطع كل علاقة بينها وبين سلطة الوصاية. بل تظل المؤسسة خاضعة لنظام الوصاية. فمن حق الإدارة العامة المركزية أن تراقب نشاطها بهدف التأكد من عدم خروجها عن المجال المحدد لها. وهذا أمر تفرضه مقتضيات المصلحة العامة إذ القول بخلاف ذلك يعني ببساطة إطلاق يد المرفق في القيام بكل الأعمال وهو ما يؤدي في النهاية إلى إساءة استعمال هذه الحرية.

ونظرا لأهمية أسلوب المؤسسة العامة فقد لقيت اهتمام لجان الفقه في كل الدول. فهذا المؤتمر الثاني للعلوم الإدارية الذي عقد في الرباط في الفترة بين 31 جانفي إلى 4 فبراير 1960 اعترف بالفوائد المترتبة على إنشاء المؤسسات العامة والتخفيف من الأعباء عن الإدارة المركزية خاصة وأن نشاط الدولة في ازدياد وتطور واتفق المؤتمر أن استقلال المؤسسة هو الأصل والوصاية هي الاستثناء كما اتفقوا على ضرورة مراعاة طبيعة نشاط المؤسسة عند صياغة نشاطها القانوني.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 01 و02 من المرسوم الرئاسي رقم 96/436 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1996، المتضمن إنشاء محافظة الطاقة الذرية وتنظيمها وسيورها، جرع 75، السنة الثالثة والثلاثون، الصادرة بتاريخ 04 ديسمبر 1996 " تنشأ لدى رئاسة الجمهورية محافظة للطاقة الذرية. تخضع لأحكام هذا المرسوم المادة 01، محافظة الطاقة الذرية " مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع خاص تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتدعى في صلب النص " المحافظة "، ولمزيد من التفصيل والتوضيح حول مهام وصلاحيات الوكالة الدولية للطاقة الذرية ينظر نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 96/436 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1996، المتضمن إنشاء محافظة الطاقة الذرية وتنظيمها وسيورها.

<sup>2</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 73-74.

<sup>3</sup> - أ/ د عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، دار جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2012، ص 229.

وجدير بالذكر بعد عرض مجمل خصائص المؤسسات العامة، أن المشرع الجزائري قد أعطى خصائص للمؤسسة العامة الاقتصادية<sup>1</sup> في صلب نص المادة 44 من القانون التوجيهي رقم 01/88 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.<sup>2</sup> وعليه يمكن تعريف المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية بأنها المرافق التي يكون موضوعها نشاطا تجاريا وصناعيا مماثل للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة وتتخذها الدولة والجماعات المحلية (الولاية والبلدية) كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي والتجاري. وهي تخضع في هذا لأحكام القانون العمومي والقانون الخاص معا كل في نطاق محدد. وبالتالي فإن المؤسسة العمومية *établissement public*، وهي مرفق عمومي مشخص حسب تعبير ليون دوجي L.DUGIT، قد استعملت بدون انقطاع من الاستقلال إلى يومنا هذا بالرغم أن الجزائر قد عرفت تطبيق أنظمة سياسية واقتصادية مختلفة.

وتجب الإشارة في الأخير، أن الرجوع القوي لفئات القانون الليبرالي سيفرض وجوده مع نهاية الثمانينيات حتى القيام بإصلاح المؤسسة والمقاولة العمومية الاقتصادية بموجب القانون رقم 01-88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات (المقاولات) العمومية الاقتصادية. وقد عرفت المؤسسة العمومية الإدارية في هذا القانون استنادا إلى القواعد المطبقة على الإدارة، بحيث لها نظام إداري ومالي مشابه لنظام الإدارة إلا إذا وجد استثناء عن طريق التنظيم. بالإضافة إلى هذا، فإنها خاضعة لمبدأ التخصص *le principe de la spécialisation* (المادة 43).

بالعكس فإنها تعرف بأنها مؤسسة عمومية صناعية وتجارية، المؤسسة العمومية التي تتمكن من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري يحقق طبقا لتعريفه معدة

<sup>1</sup> المؤسسة العمومية الاقتصادية تعرف في صلب المادة 05 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 يناير سنة 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مشار إليه سابقا، بأنها: "المؤسسات العمومية الاقتصادية، هي شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة و/أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة، جميع الأسهم و/أو الحصص. ويتوقف الاختيار بين أحد الشكلين المنصوص عليهما أعلاه على ميدان عملهما وأهميته في التنمية الاقتصادية. وزيادة على ذلك، وباستثناء الاستثمار في شكل المساهمة في مؤسسة عمومية اقتصادية وطنية، فإن إنشاء الجماعات المحلية للمؤسسات يكتسي عموما شكل شركات ذات مسؤولية محدودة".

<sup>2</sup> في هذا الصدد حددت المادة 44 من القانون رقم 01-88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات (المقاولات) العمومية الاقتصادية، مشار إليه سابقا، خصائص المؤسسة العمومية الاقتصادية. "عندما تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري ينجز طبقا لتعريفه معدة مسبقا ولدفت الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات التي تعود على عاتق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين، فإنها تأخذ تسمية "هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري".

مسبقا ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات التي تعود على عاتق المؤسسة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين (المادة 44).

أما نظامها القانوني فهو مزدوج، ففيما يخص علاقتها مع الدولة ونظامها الداخلي، فهما يخضعان لقواعد القانون العمومي، أما في علاقاتها مع الغير فإنها تخضع للقانون الخاص (المادة 45 ف1).<sup>1</sup>

### ثانيا: تمييز المؤسسة العامة عن بعض المفاهيم المشابهة لها

تتعدد مفاهيم المؤسسات حسب الأهداف التي ينبغي تحقيقها، فهناك من المؤسسات ما هو مؤسسات خاصة تستهدف تحقيق الربح فقط. ويملكه الأفراد ولا يساهم في إشباع حاجات عامة ومن المؤسسات ما هو مملوك للأفراد ولكنه يساهم في إشباع حاجات عامة، كما أن من المؤسسات ما هو مملوك للدولة ويستهدف نفع عام فقط دون تحقيق الربح - وهو ما اصطلح على تسميته هيئة عامة - ومن المؤسسات ما هو مملوك للدولة ويستهدف إشباع رغبات عامة إلا أنه بجانب ذلك يستهدف تحقيق الربح ولكن ليس بشكل أساسي، فلعل من النتائج الهامة التي تترتب على هذا التعدد هو اختلاف النظام القانوني الذي يحكم كل نوع من هذه المؤسسات.<sup>2</sup>

### أ/ التمييز بين المؤسسة العمومية والمشروع العام *Entreprise Publique* :

يسود فكرة المشروع العام الكثير من الغموض وذلك لاستناده في نشأته وتطوره إلى فكرة المرافق العامة الصناعية والتجارية، وهي الفكرة التي أحدثت أزمة في مفهوم المرفق العام وكذلك بسبب طبيعة تكوينه المالي والمادي، وكذلك أشكاله المختلفة من نظام سياسي واقتصادي إلى آخر.

لذلك لم يعرف المشروع العام تعريفا محددًا على جميع الأصعدة التشريعية أو القضائية أو الفقهية لكن رغم ذلك يمكن التطرق إلى خصائصه وأشكاله بغية الوصول إلى التمييز بينه وبين المؤسسة العمومية.<sup>3</sup>

قد يختلط الأمر عندما يستعمل البعض مشروع بدلا من عبارة مرفق (اقتصادي تجاري أو صناعي) في تعريف المؤسسة العامة، وقد وجد في الفقه اتجاهان :

<sup>1</sup> - د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري المرجع السابق، ص 218-219.

<sup>2</sup> - أ/ محمد عويد العياضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 98.

<sup>3</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم بواقي، السنة الجامعية 2010/2011، ص 38.

-الإتجاه الأول : يعرف المؤسسة العامة بأنها مرفق عام يدار عن طريق منظمة عامة وتتمتع بالشخصية الاعتبارية، مع خضوعها للرقابة الإدارية من قبل السلطة المركزية .

-الإتجاه الثاني : يعرف المؤسسة العامة (الاقتصادية)بأنها مشروع اقتصادي له شخصية معنوية تملكه الدولة وتديره بأساليب مختلفة عن أساليب إدارة الجهاز الحكومي، وذلك لسد حاجات عامة من حاجات المجتمع<sup>1</sup>.

### 1- خصائص المشروع العام :

- أ/- التمتع بالشخصية المعنوية وأن يكون موضوع نشاطه إقتصادي (صناعي وتجاري).
- ب/- أن يتشابه مع المشروع الخاص من حيث أهدافه ونظامه القانوني .
- ج/- الخضوع إلى رقابة السلطة العامة .

### 2- أشكال المشروع العام في إطار الفكر الليبرالي :

- شكل يخضع لقواعد القانون العام وهو المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية.
- شكل يخضع لقواعد القانون الخاص وهو الشركة التي بدورها ينقسم إلى نوعين :
- \*شركة مملوكة ملكية تامة للدولة.

\* شركة مساهمة مملوكة ملكية جزئية للدولة على أن لا تقل نسبة هذا الجزء عن 51% من مجموع الأسهم وتسمى أيضا شركة الاقتصاد المختلط.

فالمؤسسة العمومية الصناعية والتجارية هي شكل من الأشكال التنظيمية للمشروع العام، بينما المؤسسة العمومية الإدارية ليست مشروعا عاما وذلك لنشاطها غير الصناعي والتجاري من جهة، ومن جهة أخرى فالمشروعات العامة التي أخذ شكل الشركة ليست مؤسسة عمومية لأنها لا تخضع للقانون العام ولا تدير مرفقا عاما، وبالتالي فليس كل مشروع عام هو مؤسسة عمومية وليست كل مؤسسة عمومية مشروعا عاما.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> -أ/محمد عويد العايضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص114-115.

<sup>2</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص 38.

## ب/ تمييز المؤسسات العامة (اللامركزية المرفقية) عن المركزية الإدارية :

نشأت طريقة إدارة المرافق العامة بواسطة مؤسسة أو هيئة عامة مستقلة باعتبارها أسلوباً من أساليب اللامركزية الإدارية. فهي نوعان لامركزية محلية ولامركزية مرفقية عن طريق المؤسسة أو الهيئة العامة، تنشأ خصيصاً لتمكين مرفق معين أو مجموعة مرافق متماثلة من تقديم خدماتها لجمهور المنتفعين بطريقة ميسرة وبكفاءة أعلى، وللتخفيف من أعباء الجهة الإدارية (أو الوزارة) المركزية، وبقصد تكوين وتشكيل جهاز مستقل ومتخصص في أنواع معينة من المرافق تحتاج كفاءات متخصصة في القيام بأنواع معينة من الخدمات.<sup>1</sup>

وعليه تعد الهيئات والمؤسسات العامة نوعاً من أنواع اللامركزية، ولكنها تسمى لامركزية مرفقية<sup>2</sup> أي مرافق تتمتع بقدر من الاستقلال وتدار بغير الأسلوب المركزي، لذا فإن الفرق بينهما يتمثل في: تتمتع الهيئات والمؤسسات العامة التي يطلق عليها اللامركزية المرفقية أو المصلحية بالشخصية الاعتبارية المستقلة، أما المرافق التابعة للإدارة المركزية فلا تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن الدولة.

- يكون للهيئات والمؤسسات العامة (لامركزية مرفقية) ذمة مالية مستقلة عن الدولة، لذلك يكون لها ميزانية مستقلة تعد بأسس وقواعد مغايرة للأسس والأحكام التي تطبق على الميزانية العامة للدولة، أما المرافق التابعة للمركزية الإدارية فليس لها ذمة مالية مستقلة عن ميزانية الدولة، حيث تتولى الدولة الاتفاق عليها، ويترتب على ذلك أن إيرادات الهيئات والمؤسسات العامة يجب أن يكون كافية لها، ولا تحتاج إلى معونة الدولة كأصل عام.

- تتمتع الهيئات والمؤسسات العامة في ممارستها لعملها بقدر من الاستقلال، فتملك حق إصدار القرارات الإدارية النهائية دون معقب عليها من أحد وذلك لأنها تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وذلك هذا الاستقلال ليس مطلقاً وإنما تمارس الهيئات والمؤسسات العامة عملها تحت إشراف ورقابة السلطة المركزية أما في المركزية الإدارية فإن السلطة العليا تمارس سلطة رئاسية على المرافق والإدارات التابعة لها والمسؤولين والموظفين العاملين بها.

<sup>1</sup> - د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 446-447.

<sup>2</sup> - على الرغم من أن هناك من يخالف ذلك. فالأستاذ أحمد محيو يرى بأن المؤسسات العامة تدخل ضمن نطاق مفهوم عدم التركيز الإداري. ينظر مؤلفه: محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص 109.

-تستقل الهيئات والمؤسسات العامة في المسؤولية عن أعمالها وأعمال تابعيها عن مسؤولية الدولة وذلك لأن القرارات الإدارية التي تصدرها تنسب إليها وتكون مسؤولة عنها أمام القضاء الإداري وينصرف إليها ما يترتب على هذه القرارات من آثار قانونية. أما المرافق التابعة للإدارة المركزية فمسؤوليتها غير منفصلة عن مسؤولية السلطة المركزية، وتسأل عن الأعمال التي تترتب مسؤوليتها سياسيا أمام البرلمان وقانونيا أمام القضاء.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني

#### التنظيم القانوني للمؤسسة العامة في التشريع الجزائري

تخضع المؤسسة العمومية في مفهومها التقليدي إلى قواعد القانون العام ولاسيما قواعد القانون الإداري وإلى اختصاص القاضي الإداري هذا من جهة، ومن جهة أخرى، ترتبط المؤسسة العمومية دائما بمجموعة إقليمية قد تكون إما الدولة إذا كانت المؤسسة العمومية وطنية، وإما الجماعات الإقليمية إذا كانت المؤسسة العمومية ذات طابع محلي. إن هذا الارتباط بمجموعة إقليمية ما يمكن هذه الأخيرة من ممارسة رقابة على المؤسسة أي رقابة على أجهزتها وعلى أعمالها.<sup>2</sup>

كما تخضع المؤسسة العامة الاقتصادية لنظام قانوني مزدوج. ففي كشخص من أشخاص القانون العام تخضع لأحكام القانون العام، وهي كمؤسسة تمارس نشاطا اقتصاديا شبيها بالنشاطات الخاصة تخضع لقواعد القانون الخاص. وهي خضوعها للقانون الأول في كل ما يتعلق بإنشائها وتنظيمها وإلغائها واستخدامها لأساليب القانون العام. في حين أنها تخضع لقواعد القانون الخاص في كل ما يتعلق بممارسة نشاطها لذلك لابد من معالجة القواعد التي ترعى المؤسسة العامة الصناعية والتجارية مع العاملين فيها، ومع المنتفعين من خدماتها، ومع الأشخاص الثالثين (الغير).<sup>3</sup>

على هذا الأساس بالذات فإن تطور دور الدولة وتعدد المرافق العمومية وتنوعها حسب المجال فرضت بالضرورة تنوع طبيعة النظام الذي تخضع له سواء من حيث الإنشاء أو التنظيم أو النظام

<sup>1</sup> - أ/ محمد عويد العياضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 107-108.

<sup>2</sup> - د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري المرجع السابق، ص 215.

<sup>3</sup> - د / عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 119.

القانوني الذي يخضع له كل نوع من أنواع المؤسسات حسب نوعية الخدمة العمومية والمرافق التي تسيره فلكل خصوصيته المميزة.<sup>1</sup>

ذلك ما سيتم بحثه تباعا من خلال الفرعين الآتيين :

### الفرع الأول

#### أنواع المؤسسات العمومية

كانت المؤسسات العامة في أول أمرها مؤسسات عامة إدارية، تعمل في مجال ضيق محدود هو مجال المرافق العامة الإدارية التي يحكمها نظام قانوني واحد بسبب اقتصار وظيفة السلطة الإدارية في أول الأمر على النشاط الإداري البحت. على أنه حين نمت وظائف الدول المعاصرة وتجاوزت مهام السلطات الإدارية مجالها الأول، وهو المجال الإداري، فامتدت إلى المجال الاقتصادي، والمهني، ظهرت مرافق عامة جديدة، هي المرافق العامة الاقتصادية، والمرافق العامة المهنية وقد عهدت الدول المعاصرة بإدارة هذه المرافق الجديدة إلى منظمات عامة، هي المؤسسات العامة الاقتصادية، والمؤسسات العامة المهنية. ولقد حدث هذا التطور بسبب انتشار الأفكار الاشتراكية واتجاه معظم الدول الحديثة نحو الأخذ بسياسة الإقتصاد الموجه واعتبار التوجه الاقتصادي، والتنظيم المهني، ووظيفة من أهم وظائفها الرئيسية، وقد ترتب على ذلك تعدد المؤسسات العامة وتنوعها واختلاف إشكالها وتباين نظمها.<sup>2</sup>

إذ هناك تصنيفان رئيسيان، الأول يقوم على أساس معيار عضوي والثاني على أساس معيار مادي.

- التصنيف القائم على المعيار العضوي يكون بالنظر إلى الجهة التي تعود لها المؤسسة بالنظر مركزية أو محلية على هذا الأساس يقع تصنيف المؤسسات العمومية إلى (مؤسسات عمومية وطنية، مؤسسات عمومية محلية).

- التصنيف القائم على المعيار المادي، يستند يقع تصنيف المؤسسات العمومية تقليديا إلى مؤسسات عمومية ذات صبغة إدارية ومؤسسات عمومية ذات صبغة اقتصادية، وهذا التصنيف مرتبط بانقسام المرافق العمومية في قرار محكمة التنازع الفرنسية المؤرخ في 22 جانفي 1921 الشركة التجارية لإفريقيا الغربية المعروفة ب Bac d'Eloka.

<sup>1</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> - د/ محمد بكر القباني، نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 36.

ويعرف هذا التمييز عدة صعوبات، ويفترض مبدئياً الانسجام بين الوصف القانوني للمؤسسة وحقيقة طبيعة النشاط الذي تمارسه بحيث تتولى المؤسسات العمومية الإدارية (م.ع.إ.) تسيير مرفق عام إداري في حين تتولى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية (م.ع.ص.ت.) تسيير مرفق عام صناعي وتجاري، وأمام صعوبة تصنيف المؤسسات العمومية في مثل هذه الحالات أرسى فقه القضاء الإداري الفرنسي ثلاثة معايير للتمييز منذ قرار مجلس الدولة :

CE 16/11/1956:Union Syndicale des industries aéronautique –RFDA 1956 , II, 484, Concl, Laurent.<sup>1</sup>

والدارس للتشريع الجزائري خاصة ابتداء من 1988 إلى غاية 1999 يلاحظ مدى التطور الكبير الذي عرف أسلوب المؤسسات والتصنيفات التي طرأت عليها والتي يمكن إرجاعها إلى أربعة أصناف أساسية هي كما يلي :

-المؤسسة العامة الإدارية (ذات الطابع الإداري).

-المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري.

-المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

-المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي الثقافي والمهني.<sup>2</sup>

وهو التقسيم المكرس بموجب المادة 02<sup>3</sup> من الأمر 03-06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية. ومكرس أيضا في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق

<sup>1</sup> - مصطفى بن لطيف، مناظرة الدخول إلى المرحلة العليا (مراجع لإعداد الاختبار الكتابي في الاختصاص بالنسبة لحاملي الشهادة الوطنية لمهندس -القانون "المحور 2: المؤسسات الإدارية والقانون الإداري " المدرسة الوطنية للإدارة، الوزارة الأولى، الجمهورية التونسية، 2007، ص 96.  
على الرابط :

اطلع عليه بتاريخ 12 أوت 2018. على الساعة 12:00

[www.ena.tn/wp-content/uploads/2018/05/DroitAxe2.pdf](http://www.ena.tn/wp-content/uploads/2018/05/DroitAxe2.pdf)

<sup>2</sup> - أ/د عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 461.

<sup>3</sup> - يحدد في المادة 02 من القانون الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الموافق بالقانون رقم 06-12 المؤرخ في 14/11/2006، مشار إليه سابقا، المقصود بالمؤسسات العمومية وفي إطار ذلك قام بتصنيفها، وذلك لأن تطبيق هذا الأخير مجاله نشاط الموظفين في المؤسسات العمومية والإدارية. فنصت على: "يطب هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية.

يقصد بالمؤسسات الإدارية العمومية، المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح الغير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي."



بتنظيم الصفقات العمومية الملغى. وثابت أيضا في المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات المعدل والمتمم من خلال نص المادة 02 منه.<sup>1</sup>

#### أولا: المؤسسات العمومية الإدارية

برز مفهوم المؤسسة العمومية في فرنسا منذ أواخر القرن التاسع عشر (قرار محكمة النزاعات 9 ديسمبر 1899 Canal de cignac) وعرف منذ ذلك الوقت تطورا وانتشارا واسعا. وهذا النوع من الهياكل الإدارية مازال إلى اليوم منتشرا وشديد التنوع إذ تتخذ المستشفيات العمومية والمؤسسات الجامعية وأهم المنشآت العمومية كالشركة الوطنية للسكك الحديدية والشركة التونسية للكهرباء والغاز والشركة الوطنية لاستغلال وتوزيع المياه صبغة المؤسسة العمومية وهو ما يؤكد أهمية وتنوع هذه الهياكل الإدارية وقدرتها على التطور والتأقلم ولكنه أيضا تجعل تجرفها على قدر من الصعوبة.<sup>2</sup>

#### أ/ الجذور التاريخية لفكرة المؤسسة العامة الإدارية :

تستلهم مبادئ المذهب الحر مقومات وجودها من الفرد. فهي تتخذ منه محورا تدور حوله وترى فيه نقطة البدء في النظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي الذي يتحرك به ولأجله. وهذا راجع إلى أن حقوق الأفراد تعتبر - في منطق أنصار هذا المذهب - الأصل الذي يقوم عليه القانون، وحيث يكون وجوده لاحقا عليها. فهي حقوق ثابتة وثيقة الارتباط بالفرد بحيث لا يمكن المساس بها سواء بالنزول عنها أو بالتعرض لها، ومع ذلك فإنه لا ينال من هذا الأصل أن تخضع تلك الحقوق - استثناء - لبعض القيود التي يستلزمها مبدأ انخراط الفرد في سلك الجماعة وقبوله مبدأ التعايش معها.

ومن هذه المبادئ استلهمت الدولة الحارسة مبررات سلطتها واستتقت منها أبعاد مجالاتها وأهدافها. فقد كانت هذه مقصورة على ضرورة تأمين متطلبات الأمن والعدالة والقيام ببعض الأعمال العامة والمنشآت مما لا يقوى الأفراد على مباشرة القيام بها نظرا لأن ما تدره من ربح لا يغطي ما تستلزمه من تكاليف. أما في ما عدى ذلك فهو من صميم نشاط الأفراد القائم أصلا على الحرية سواء

<sup>1</sup> -/ د عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري (النشاط الإداري)، قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة الدانمارك، المرجع السابق، ص 56. على الرابط الإلكتروني للأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك.

<http://www.ao-academy.org/ar/2009/10/2132.html>

اطلع عليه بتاريخ 12 أوت 2018. على الساعة 12:00

<sup>2</sup> - مصطفى بن لطيف، مناظرة الدخول إلى المرحلة العليا (مراجع لإعداد الاختبار الكتابي في الاختصاص بالنسبة لحاملي الشهادة الوطنية لمهندس) - القانون "المرجع السابق"، ص 96.

على الرابط الإلكتروني : [www.ena.tn/wp-content/uploads/2018/05/DroitAxe2.pdf](http://www.ena.tn/wp-content/uploads/2018/05/DroitAxe2.pdf)

اطلع عليه بتاريخ 12 أوت 2018. على الساعة 12:00

كان ذلك في نطاق النشاط الاقتصادي الذي يجب أن يخضع للمنافسة الحرة، أو في مجال الالتزامات القانونية للفرد القائمة على مبدأ سلطان الإرادة أو بالنسبة للملكية الفردية التي كانت تمثل الحرية بشكل مرئي ملموس وتفرض وجودها على المشرع.<sup>1</sup>

### ب/ مفاهيم عامة حول المؤسسة العامة الإدارية :

تعد الهيئات والمؤسسات العامة الإدارية من أقدم أنواع المؤسسات في فرنسا، إذ يرجع ظهورها إلى ما قبل القرن التاسع عشر<sup>2</sup>، والمؤسسة العامة الإدارية هي تطبيق نموذجي لنظرية المرفق العام، حيث أن البعض قد ذهب إلى القول بأن المؤسسة العامة الإدارية تعتبر مرافق عامة بمعنى الكلمة.<sup>3</sup>

وتقوم هذه المؤسسة ببعض الوظائف التقليدية للدول كوظيفة القضاء، وصون الأمن الداخلي، وصد الغزو الخارجي. وهي الوظائف التي لم تتجاوزها الدول فيما مضى فقد كان الأصل في إشباع الحاجات العامة هو تركها للنشاط الخاص، وعدم قيام الدولة بإشباع هذه الحاجات إلا لأمس الضرورات وعليه فإن المؤسسة العامة الإدارية، هي المنظمة العامة التي تتمتع بالشخصية المعنوية، وتقوم على إدارة بعض المرافق العامة الإدارية، مستعينة بوسائل القانون العام. هذا وتتمتع قرارات المؤسسات العامة الإدارية وعقودها بالصفة الإدارية، كما أن لموظفيها وأموالها الصفة العامة.<sup>4</sup>

فقد ظهرت المرافق العامة الإدارية (الهيئات والمؤسسات العامة الإدارية) في ظل الدولة الحارسة التي كانت تنحصر وظيفتها في الأمن الداخلي وصد الغزو الداخلي ووظيفة القضاء، وهذه الوظائف هي فقط التي كانت الدولة تتولاها.

لذلك ذهب البعض<sup>1</sup> إلى القول بأن المؤسسات العامة الإدارية هي تلك المنظمات العامة التي تتولى إدارة المرفق العام وتمنح الشخصية الاعتبارية وتستعين بوسائل القانون العام، وتتصف قرارات

<sup>1</sup> - د/سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة تطبيقها في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 7-8.

<sup>2</sup> - د/ محمد بكر القباني، نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 40.

<sup>3</sup> - لمزيد من التفصيل ينظر: - د/ مصطفى أبو زيد فهد، القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة طبع، نقلا : عن - د/ محمد عويد العياضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 68.

<sup>4</sup> - د/ محمد بكر القباني، نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري، ص 40-41.

<sup>1</sup> - ينظر دي لوبادير، المرجع السابق، فقرة 1153، ص 590. ومصطفى أبو زيد فهد، المرجع السابق، فقرة 66، ص 51، حيث يقول أن المؤسسة العامة الإدارية تعرف تعريفا سلبيا لا إيجابيا، وذلك بتمييزها عن المؤسسات العامة الأخرى والقول بأنها ليست مؤسسات عامة اقتصادية نقلا عن : د/ محمد بكر القباني، نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري، المرجع نفسه، ص 41.

المؤسسات العامة و كذلك غالبية عقودها بالصفة الإدارية، كما أن موظفيها هم موظفون عموميون وأموالها أموال عامة.<sup>1</sup>

فالمؤسسة العمومية الإدارية هي التي تمارس نشاطا إداريا محضا (مصلحة عمومية إدارية أو نشاط ذو منفعة عامة). وهذا خارج الأنشطة الصناعية والتجارية والمهنية، إلا أنه يجب الإشارة إلى أن المؤسسة الإدارية يمكن لها أن تسيير مصلحة صناعية أو تجارية وبهذه الصفة يمكن خضوعها للقانون الخاص وللإختصاص القضاء العادي (مثال: حالة الديوان ما بين المهن للحبوب CE 20 Janvier 1960) كما أنه من جهة أخرى يمكن لمؤسسة عمومية تجارية القيام بأنشطة إدارية (ديوان الفلاحة Tc 10/2/1949)<sup>2</sup> إذ تمثل المؤسسات العمومية الإدارية أكثر الأنواع استعمالا، فهي تمثل 90% من مجموع المؤسسات العمومية.

ويمكن القول أنها مجرد فروع للدولة، تملك الشخصية المعنوية إلا أنها تخضع للقانون العام بصفة أساسية ولكافة القواعد المطبقة على الدولة والجماعات المحلية، فالقضاء الإداري هو المختص تستعمل امتيازات السلطة العمومية ومنها اتخاذ القرارات الإدارية وأموالها أموال عامة وعمالها موظفون عموميون، وتخضع هذه المؤسسات لقانون المحاسبة العمومية، فهي لا تملك طابعا مرنا يخص محاسبتها أو الوظيفة العمومية.

إذن يمكن للمؤسسات العمومية الإدارية أن تزاوّل نشاطا لا يدخل في مجال تخصصها لكن بصفة ثانوية أن يدر عليها أرباحا، مثل: المدرسة الوطنية للإدارة، تنظيم ملتقيات دولية وأيام تكوينية... إلخ. وهو الشيء الذي يعطي لها نوعا من المرونة، خاصة بالسماح لها باستعمال الرصيد المتبقي غير المستعمل.<sup>3</sup>

### ب/ تعريف المؤسسة العمومية الإدارية في التشريع الجزائري :

على حد تعبير العميد L. DUGUIT ستتمتع المؤسسة العامة بإقبال عجيب لا ينقطع أبدا، وقد أعطاه ميثاق الجزائر<sup>1</sup> الشرعية السياسية التي كان في حاجة إليها وذلك عندما أوصى

<sup>1</sup>-أ/ محمد عويد العياضي، نظرية المؤسسة العامة تطبيقها في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 69.

<sup>2</sup>-Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader ; Grands Services Publics et entreprises nationales op cit , p.151

<sup>3</sup> - أ/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 83-84.

<sup>1</sup>- الميثاق الوطني الجزائري الصادر بالأمر رقم 76 / 57 المؤرخ في 5 جويلية سنة 1976، المتضمن نشر الميثاق الوطني.

باستعماله، فاتبعت رقعته في كل الاتجاهات. وقد بلغ عدد المؤسسات العامة الوطنية حينها (300) على الأقل حسب الدراسة التي قامت بها سنة 1985<sup>1</sup> المحافظة على للإبداع والإصلاح الإداريين.

وتوجد المؤسسات العامة بكثرة في الميدان الإداري، والتعليم والصحة والثقافة والإعلام والبحث والرياضة الخ... وقد تمركزت ولمدة طويلة في الميدان الاقتصادي، ذلك لأن المشرع اعتبر أن صفة الشخص العمومي للمؤسسة قد لا تضر بالتسيير التجاري لنشاط قائم على شكل مرفق عام، أو قد يكون له طابع مصلحة عامة بارز.<sup>2</sup>

إذ أن المؤسسة العمومية الإدارية هي النموذج المؤسسي الذي قرر مجلس قيادة الثورة والحكومة الإبقاء عليه بالنظر لأهميته في تأكيد تواجد الدولة على مستوى تراب الجمهورية، من خلال الأعمال المنتظمة التي كان يضمنها على مستوى البلديات والقرى والمناطق النائية (إصلاح وصيانة دورية ومنتظمة للطرق، والمدارس، وتوزيع الماء ونظافة الأحياء... إلخ)، أو على مستوى ضمان الخدمات المتعلقة بالنظافة والإنارة العمومية والإطعام المدرسي. وقد تمثل هذا الاختيار في إصدار مجلس الوزراء أمرية (Une Ordonnance) خاصة بالمؤسسات العمومية الإدارية تحتوي على 23 مادة موزعة على النحو الآتي: \*تحديد الطبيعة القانونية للمؤسسة العامة الإدارية، وضبط وصايتها الإدارية العليا، وكذلك القانون الذي تخضع له في علاقاتها مع الغير (المادة الثانية)، بالإضافة إلى كيفية إنشاء المؤسسة العامة الإدارية، وتعديل نظامها القانوني، وتحديد مواردها المالية (المادة 03)، وتحديد مقرها الاجتماعي (Le siège social) الذي لا يمكن أن يكون إلا بالجزائر (المادة 05) كما تضمنت الأمرية كذلك التنظيم الإداري للمؤسسات الإدارية (14 مادة)، والتنظيم المالي (09 مواد)\*.<sup>3</sup>

فقد عرفها المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 01/88<sup>1</sup> بخضوعها للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصص بحيث تنص المادة 43 منه " تخضع الهيئات العمومية الإدارية للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصص، تتمتع هذه الهيئات بنفس النظام المالي والحسابي المطبق على الإدارة ما لم توجد قاعدة خاصة مرتبطة باستقلالية سيرها وتسييرها ".

<sup>1</sup> - لمزيد من التفصيل ينظر قانون المالية رقم 21/84 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985، ج ر ع 72، السنة الواحدة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 31 ديسمبر 1984.

<sup>2</sup> - د/محمد بوسماح، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 08.

<sup>3</sup> - د/عبد المجيد صغير بيزم، الوجيز في القانون العام الاقتصادي، مطبوعة في إطار محاضرات للسنة الثالثة - تخصص القانون العام الاقتصادي - قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، السنة الجامعية 2016-2017، ص 31

<sup>1</sup> - المرسوم 131-88 المؤرخ في 1988/07/4، المتضمن تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن، مشار إليه سابقا.

وبذلك استعملت المؤسسات العمومية الإدارية كأسلوب لإدارة المرفق العام في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، والأمثلة الآتية تبين ذلك:

-الأمر رقم: 67-171 المؤرخ: في 31 أوت 1967 المتضمن تأسيس المركز الوطني التربوي الفلاحي.<sup>1</sup>

-الأمر رقم : 74-93 المؤرخ: في 01 أكتوبر 1974 يتضمن إحداث معهد تنمية زراعية أشجار الفواكه.<sup>2</sup>

-المرسوم رقم 83-457 المؤرخ: في 23 جويلية 1983 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية بحماية البيئة.<sup>3</sup>

-المرسوم التنفيذي رقم : 06-419 المؤرخ : في 22 نوفمبر 2006 المتضمن تنظيم المدرسة الوطنية للإدارة وسيرها.<sup>4</sup>

وتنقسم المؤسسات العمومية الإدارية إلى مؤسسات عمومية إدارية وطنية ومؤسسات عمومية إدارية محلية. فالمؤسسة العمومية الوطنية تنشأ الدولة وتبقى خاضعة لرقابتها طبقا لنص إنشائها. أما المؤسسة العمومية المحلية فتنشأ وحدات الإدارة المحلية (البلدية، الولاية) وتبقى خاضعة لرقابتها.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - الأمر رقم: 67-171 المؤرخ: في 31 أوت 1967 المتضمن تأسيس المركز الوطني التربوي الفلاحي، ج ر ع 76، السنة الرابعة، المؤرخة بتاريخ 15 سبتمبر 1967. (تنص المادة الأولى منه: "تحدث مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تسمى " بالمركز الوطني التربوي الفلاحي (م.و.ت.ف) يحدد مركزها بالحراش، ويجوز نقله إلى أي مكان آخر في التراب الوطني بقرار من وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي . يجوز إحداث فروع له في أي مكان من التراب الوطني ."

<sup>2</sup> - الأمر رقم : 74-93 المؤرخ : في 1 أكتوبر 1974 المتضمن إحداث معهد تنمية زراعة أشجار الفواكه، ج ر ع 82، السنة الحادية عشرة المؤرخة بتاريخ 11 أكتوبر 1974. (تنص المادة الأولى منه: "تحدث تحت تسمية "معهد تنمية زراعة أشجار الفواكه " والمعين فيما يلي ب"المعهد" مؤسسة عمومية ذات طابع إداري وشخصية معنوية واستقلال مالي .) (وتنص المادة الثانية منه " يوضع معهد تنمية زراعة أشجار الفواكه تحت وصاية وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي .)

<sup>3</sup> - المرسوم رقم 83-457 المؤرخ: في 23 جويلية 1983 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية بحماية البيئة، ج ر ع 31، السنة العشرون، المؤرخة بتاريخ 26 جويلية 1983. (تنص المادة الأولى منه : تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تسمى 'الوكالة الوطنية لحماية البيئة " وتدعى في صلب النص "الوكالة ")

<sup>4</sup> - المرسوم التنفيذي رقم : 06-419 المؤرخ : في 22 نوفمبر 2006 المتضمن تنظيم المدرسة الوطنية للإدارة وسيرها، ج ر ع 75 السنة الثالثة وأربعون، الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر سنة 2006. ( تنص المادة 02 منه :المدرسة الوطنية للإدارة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتوضع تحت وصاية وزير الداخلية والجماعات المحلية وتدعى في صلب نص "المدرسة " .)

<sup>1</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص 76.

## ثانيا: المؤسسات العمومية الاقتصادية

المؤسسة العامة الاقتصادية هي تلك المؤسسات العامة التي تزاول أنشطة وأعمال اقتصادية بحتة أو اقتصادية اجتماعية ثقافية، وتتخصص في تحقيق أهداف عامة اقتصادية بحتة اجتماعية ثقافية. كما تتخصص في تحقيق أهداف عامة اقتصادية إنتاجية، أو استهلاكية في صورة أعمال، أو أهداف صناعية أو مالية أو تجارية أو زراعية أو تعاونية، وتخضع لنظام قانوني مختلط ومركب من قواعد القانون العام. والقانون الخاص (القانون المدني والقانون التجاري وقانون العمل) وذلك حتى تتوفر لها عوامل وشروط المرونة وحرية العمل أكثر لضمان الفاعلية و الرشادة الاقتصادية لتحقيق أهدافها في أقل وقت وبأقل التكاليف وبأقل جهود وبكفاية وجودة.<sup>1</sup>

## أ/ ظهور المؤسسة العامة الاقتصادية :

لم تكن المؤسسة العامة الاقتصادية معروفة حين انحصرت وظيفة السلطة الإدارية في نطاقها التقليدي الضيق، وهو النطاق الإداري، بل ظهرت حين اتسعت وظائف السلطة الإدارية، وامتدت إلى ميدان النشاط الاقتصادي، الذي كان حكرا على الأفراد. وقد حدث ذلك بسبب اتجاه معظم الدول المعاصرة نحو الأخذ بسياسة التوجيه الاقتصادي.<sup>2</sup>

فالنمو المتزايد والسريع للإمكانيات الاقتصادية المادية، فردية، أو جماعية على وجه الخصوص وظهور المخترعات الفنية، ونشوء الأزمات التي سببها اندلاع الحروب، كل ذلك فرض على الدولة أن تتدخل في شتى المجالات وبدرجات متفاوتة، فظهرت المرافق المتعلقة بحاجات التموين والتأمين<sup>3</sup> إن ذلك أدى بالدولة إلى هجر المذهب الحر الذي كان سائدا في القرن الماضي وهو المذهب الذي يستوجب انفراد النشاط الخاص بإشباع الحاجيات العامة، وامتناع سلطة الإدارة عن التدخل لإشباع هذه الحاجيات إلا إذا استهدفت إشباع حاجة عامة ضرورية يعجز النشاط الفردي عن تحقيقها، بسبب تأثير معظم الدول المعاصرة بالأفكار الاشتراكية، وتدخلها في المجال الاقتصادي بقصد تحقيق الحاجات العامة الاقتصادية التي أثبت النشاط الفردي عجزه عن إشباعها، على أنه وإن كانت بعض الدول قد أخذت بسياسة التدخل، فإن معظم الدول تعتنق مذهبها وسطا يتفق مع المذهب الحر في وجوب

<sup>1</sup> -د/ عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الأول النظام الإداري)، المرجع السابق، ص 318-319.

<sup>2</sup> - د/ محمد بكر القباني، نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 41-42.

<sup>3</sup> -د/ سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة تطبيقها في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 24.

احترام الحرية الاقتصادية، حتى لا تنعدم روح التقدم والخلق والابتكار – لدى الأفراد كما يتفق مع مذهب التدخل في وجوب تقييد هذه الحرية، تحقيقاً للصالح العام.<sup>1</sup>

ففي الفترة الممتدة ما بين الحربين اندفعت الحركة التدخلية بقوة أكبر في مجالات النشاط الاقتصادي وظهرت مبادئ، الاقتصاد الموجه Dirigisme وتولت الهيئات المحلية خصوصاً في فرنسا – في ظل ما يسمى بالاشتراكية البلدية Socialisme municipal - إنشاء المرافق ذات الطابع الاقتصادي.<sup>2</sup> فبعد الحرب العالمية الأولى سنة 1914 ظهر العديد من المؤسسات العامة الصناعية أو التجارية سمي البعض منها أحياناً بالريجي، مثل الريجي الذاتي للبترول وريجي نقل باريس، و الطيران الإفريقي. وأحياناً أخرى سمي بالصناديق مقل الصندوق القومي للانتمان الزراعي وصندوق أسواق الدولة.

فمنذ أن أقرت محكمة التنازع 22 يناير سنة 1921 وجود المرافق العامة الصناعية والتجارية فإن فكرة المؤسسة العامة الصناعية والتجارية، شهدت تقدماً كبيراً مكونة نشاط الإدارة الاقتصادي. والهدف التي تسعى إليه هذه الطريقة هو منح هذه المرافق نوعاً من الإدارة الذاتية وبصفة خاصة في النواحي المالية، رغبة في تخليصها من سيطرة الدولة وإعطائها مرونة أكثر في الإدارة.<sup>3</sup> إذ تعد المؤسسات أو الهيئات العامة جزءاً من المشروعات العامة في كل مرة يعهد إليها بممارسة نشاطات صناعية وتجارية لأن العناصر المميزة للمشروعات العامة تكون حينئذ قد توافرت فيها .

والمؤسسات أو الهيئات العامة الصناعية والتجارية، خلافاً لشركات القطاع العام أشخاص القانون العام. ولذلك فإنها تخضع لقدر كبير من أحكام القانون العام ويتضح الأمر في علاقاتها بالعاملين لديها أو فيما يتعلق بأموالها. ومع ذلك فإنها تخضع للقانون الخاص خصوصاً فيما يتعلق بإدارة نشاطها وفقاً لأوضاع قريبة من تلك التي تخضع لها مشروعات القطاع الخاص.<sup>4</sup>

إذ اعتمد بعض الفقه لتحديد المؤسسة العمومية الاقتصادية على شكل المشروعات أو مظهرها، وهناك من استند على الطرق والأساليب التي تداربها هذه المشروعات. والبعض الآخر ذهب إلى الغرض الذي أنشئ المرفق من أجله. وعرفها الفقيه "رولاند" بأنها شخص معنوي من أشخاص القانون العام، تخصص وارداتها لتلبية الاحتياجات الخاصة للأفراد بصرف النظر عن حجم نشاطها وما إذا كان

<sup>1</sup> - د/ محمد بكر القباني، نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 41-42.

<sup>2</sup> - د/ سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة تطبيقها في التشريع العراقي (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> - عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس مصر، السنة الجامعية 1993، ص 190.

<sup>4</sup> - جار الله على جار الله المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 287.

محصورا أم لا بمقاطعة أو بلدية معينة أو مجموع بلديات. لكن جل التعريفات بخصوص هذه المؤسسة اعتبرت المؤسسة وحدة إنتاجية رغم إمكانية تعدد هذه الوحدات وأن العنصر البشري مهم كما أنها ركزت كثيرا على الحصول على دخل من وراء ذلك، وهو ما يوافق تماما المؤسسة الرأسمالية فقط، كما اعتبرها البعض الآخر نظاما Système فهي تنشأ وتتطور وتنتهي لأنها تملك الثروات التي تضمن سيرها واستمرارية نشاطها ومواجهة مختلفة للضغوطات الداخلية والخارجية التي تتعرض لها، إلا أن المعيار الراجح لتحديد هذا النوع من المرافق هو طبيعة النشاط الذي تمارسه.

فإذا كانت تمارس نشاطا يتسم بالطابع التجاري أو الصناعي اعتبرت مرافق عامة اقتصادية، وعليه تعتبر المرافق العامة الاقتصادية، مشروعات تؤدي نشاطا تجاريا أو صناعيا مماثل لنشاط الأفراد والهيئات الخاصة بأساليب إدارة المشروعات الخاصة مع توافر الخصائص المميزة للمرافق العامة وخضوعها لقواعد القانون العام والخاص.<sup>1</sup>

#### ب/ تعريف المؤسسة العمومية الاقتصادية في التشريع الجزائري :

تعد المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هي أهم المؤسسات العمومية التي أبقّت عليها الدولة بعد الاستقلال سيما بعد سنة 1965 حيث تم التأكيد على خيار إدارة الدولة للشأن الاقتصادي من منطلق دولة الرعاية الكاملة (Etat de providence).<sup>2</sup>

إذ احتلت المؤسسة العمومية الاقتصادية في مختلف مراحل تطور الاقتصاد الوطني صلب إشكالية التنمية حيث اعتبرها النظام الاشتراكي أداة لتشديد الاشتراكية، بينما استخدمها النظام الذي حل محله كوسيلة لتحقيق الرأسمالية. فشان اعتبارها كأداة لإنجاز مشروع المجتمع الاشتراكي هو تمييز الاستعمال الذاتي للمؤسسة طيلة هذه الفترة بما يلي :

1- إنشاء شركات وطنية مملوكة كلياً للدولة تحتكر بشكل مباشر القطاعات الأساسية.

2- تأميم النشاطات الاقتصادية المملوكة للأجانب.

3- إخضاع المؤسسات التابعة للدولة لمنطق التسيير الاشتراكي.

وعلى أساس هاته المميزات توسع حجم القطاع العمومي وتحول الاقتصاد الوطني في ظل هذا التوسع من اقتصاد خاص ومختلط في بعض النشاطات إلى اقتصاد يهيمن عليه القطاع العمومي

<sup>1</sup> - د/ابن خليفة سميرة، المؤسسة العمومية الاقتصادية بين الوصاية الإدارية وتنمية الاقتصاد الوطني في القانون الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، العدد 01، تاريخ النشر: 2018/09/14، ص 337-338.

<sup>2</sup> - د/عبد المجيد صغير بيرم، الوجيز في القانون العام الاقتصادي، المرجع السابق، ص 32.



وبرزت هنا فكرة الدولة المفاوضة.<sup>1</sup>

فالمؤسسة الاقتصادية العمومية احتلت موقعا محوريا في نموذج التنمية التي تبنته الجزائر، إلى غاية حدوث الأزمة الاقتصادية التي شهدتها البلاد في أواسط الثمانينات من القرن الماضي وأنه وتحت تسميات مختلفة، ( شركات وطنية، دواوين وطنية )، إلخ أنشأت العديد من المؤسسات الاقتصادية العمومية، بعضها على أنقاض الشركات الأجنبية، خاصة الفرنسية، التي تم تأميمها بعد الاستقلال.

وقد تخصصت كل واحدة منها في قطاع اقتصادي معين، مثل المحروقات والحديد والصلب والمناجم والصناعات الميكانيكية، والصناعات الإلكترونية.... إلخ، من موقع احتكاري.

فسعى الاقتصاد الجزائري منذ حصول الجزائر على استقلالها سنة 1962 إلى تحقيق هدف التنمية والنمو، وذلك من خلال المخططات التنموية التي تبنتها الدولة مع نهاية ستينيات وسبعينيات القرن الماضي والتي تجسدت بداية بإستراتيجية التصنيع (والتي عرفت آنذاك بإستراتيجية الصناعات المصنعة) في إطار المخطط الرباعي (1970-1973)، والمخطط الرباعي الثاني (1974-1977).<sup>2</sup>

والحقيقة أن تلك الإجراءات ( "الإصلاحية" ) جاءت أيضا نتيجة لتوجهات ليبرالية تميز بها بعض أفراد المجموعات التي تمكنت من الوصول إلى مراكز الحكم في أواخر السبعينيات إثر وفاة رئيس البلاد الأسبق، هواري بومدين، سنة 1978 .

فقد عرفت تلك المؤسسات عملية إصلاح كبيرة في الفترة الممتدة بين سنتي 1981 و1983. وقد حاولت السلطات، آنذاك ومن خلال عمليتي ما سمي : (إعادة الهيكلة العضوية ) و(إعادة الهيكلة المالية ) تحسين الأوضاع المالية للمؤسسات العمومية التي ما فتأت تسوء منذ منتصف السبعينيات<sup>3</sup> فقد حظيت المؤسسة الاقتصادية باهتمام واسع من قبل الفقه الجزائري والفقه المقارن، وأوردوا لها تعاريف مختلفة تبعا لتعدد القناعات والإيديولوجيات والتخصصات التي ينفرد بها كل كاتب أو فقيه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخصوصية، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، طبعة 2006، ص 05.

<sup>2</sup> - أ/ الداوي الشيخ، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر وإشكالية البحث عن كفاءة المؤسسات العامة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 25، العدد الثاني، تاريخ النشر: سنة 2009، ص 256.

<sup>3</sup> - د/ حساني مراني، بعض الخصائص الأساسية للمؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مجلة المؤسسة جامعة الجزائر 03، العدد 05، تاريخ النشر: سنة 2016، ص 158.

<sup>4</sup> - محديد حميد، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر دراسة حالة المؤسسة الجزائرية لتكييف الهواء SALCA، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 138.

إذ ليس هناك، عملاً قانونياً أكثر تعقيداً، من مسألة تتبع رحلة المؤسسة العمومية، ذات الطابع الاقتصادي في سبيل البحث عن الهوية، وهي رحلة شاقة، ولكنها ممتعة، لأنها تبين أن تواجد أي كائن قانوني لا ينبع من فراغ، وإنما من الضمير الجمعي لأي مجموعة بشرية حاكمة أو محكومة تتنازع فيما بينها حول مشروعية المفاهيم، والمفاهيم التي تنظم سير المؤسسة، ومع الإقرار بوجود التنازع بدأت معركة المفاهيم في الجزائر.<sup>1</sup>

ففي إطار تعريف المؤسسة الاقتصادية هناك من الفقه من أخذ المؤسسة بالدراسة من زاوية تقنية اقتصادية بحتة فرأى أنها تتكون من مجموعة من الوسائل التقنية المادية من تجهيزات وأدوات يهدف استعمالها لإنتاج وتحقيق منتجات وخدمات بالجمع والتنسيق بين هذه الوسائل والمواد، وكذا العديد من المعلومات التقنية وغيرها في إطار تكنولوجي وقانوني محدد.

وهناك من أخذ بالدراسة من زاوية تنظيم وإدارة وتسيير بحت فاعتبرها ذلك الهيكل الذي يحتوي على مجموعة كبيرة من العمال لديهم مستويات ودرجات مختلفة، يعملون بصفة جماعية وتضامنية، لتحقيق الأهداف المرسوم لدى المؤسسة، كما تلي هاته الأخيرة أي المؤسسة احتياجاتهم المالية والاجتماعية والصحية.

وهناك من أخذ المؤسسة بالدراسة من زاوية تنظيم قانوني، فاهتم هذا الجانب بالنظام القانوني الذي يحكم المؤسسة العمومية الاقتصادية، وبالخصوص النظام القانوني الذي يحكم تنظيم وتسيير المؤسسة وأيضاً وسائل المؤسسة، وعقودها ومالياتها خاصة بعد صدور قانون 01/88 المتعلق باستقلالية المؤسسات الذي أحدث ثورة فيما يخص المفهوم الجديد الذي جاء به هذا القانون.<sup>2</sup>

وما يميز هذا النوع من المؤسسات العمومية أنها حديثة النشأة نسبياً، وقد عرفت في الجزائر، خاصة أيام المرحلة الاشتراكية انتشاراً واسعاً بحكم تدخل الدولة في الميدان الصناعي والتجاري. ولقد عرف المشرع الجزائري في المادة 44 من القانون 01-88 هذه المؤسسة بأنها " المؤسسة العمومية التي تتمكن من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئياً أو كلياً عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري يحقق طبقاً لتعريفه معدة مسبقاً ولدتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء و التقيدات وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين."

<sup>1</sup> - د/ عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخصوصية، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> - محيد حميد، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر دراسة حالة المؤسسة الجزائرية لتكييف الهواء SALCA، المرجع السابق، ص 138.

ولا يمكن اعتبار العاملين في هذه المؤسسات موظفين عموميين ينطبق عليهم تشريع الوظيفة العامة. كما لا يمكن اعتبار قراراتها بالقرارات الإدارية وتلتزم بمسك محاسبة على الشكل التجاري.

وتطبيقا لذلك ذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار له صدر بتاريخ 22-01-2001 الغرفة الثالثة قضية ب.أ ضد الوكالة العقارية ما بين البلديات (غير منشور) 389 إلى الاعتراف بعدم اختصاصه للفصل في منازعات هذه المؤسسات وتتميز هذه المؤسسات أيضا أن علاقاتها بالدولة خاضعة للقانون العامة أما علاقتها هي بالأفراد والمتعاملين تخضع للقانون الخاص. ومن أمثلة ذات الشركة الوطنية للكهرباء والغاز ومؤسسة الجزائرية للمياه المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي 91-147<sup>1</sup> المؤرخ في 12 ماي 1991 ومؤسسة التلفزيون.<sup>2</sup>

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن السلطة أصدرت قبل ذلك الأمر 74/71 المؤرخ في 16/11/1971 والمتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات والذي يهدف إلى الاستبعاد الكلي للتصنيفات التقليدية للمؤسسات العامة، والتي لا تتلاءم والتسيير الاشتراكي للمؤسسات، حيث تنص المادة الأولى من هذا الأمر على أنه " يطبق على كافة المؤسسات الاشتراكية التي موضوعها نشاط اقتصادي اجتماعي أو ثقافي " ومن هنا دخل مصطلح المؤسسة الاشتراكية، إلى معجم القانون الجزائري. فما دلالة هذا المصطلح ؟ تجدر الإشارة، قبل تحليل دلالات المصطلح إلى خلو الأمر 74/71 من تعريف تشريعي للمؤسسة الاشتراكية. إذ اكتفى في نص المادة الرابعة منه، على اعتبارها تنظيم يتكون من وحدة أو عدة وحدات اقتصادية<sup>3</sup> وقد تمت تكملة هذا النص، بموجب المرسوم رقم 177/73 المؤرخ في 25/10/1973.<sup>4</sup>

فقد اختلف نسبيا مفهوم المؤسسة العمومية بين الأمر 74-71 الذي اعتبرها مؤسسة اشتراكية، مجموع تراثها من الأموال العامة، والقانون 01-88 الذي لجأ المشرع فيه إلى تحديد النظام الذي

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 147/91 المؤرخ في 12 ماي 1991، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحدد كفاءات تنظيمها وعملها، ج ر ع 25، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 25 ماي سنة 1991.

<sup>2</sup> - أ د/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 462.

<sup>3</sup> - تنص المادة الأولى والثانية من المرسوم رقم 177/73 مؤرخ في 25 أكتوبر سنة 1973 المتعلق بالوحدة الاقتصادية، على: " إن الوحدة إليها في المادة 04 من الأمر 74/71، المؤرخ في 16 نوفمبر سنة 1971، هي هيكل دائم للمؤسسة لها وسائل إنسانية ومادية خاصة وتهدف إلى إنتاج مواد أو تقديم خدمات. كما تنص المادة الثانية من نفس المرسوم: " يجب أن يكون للوحدة بصفة عامة وبالنسبة لجميع القطاعات الاقتصادية :

- نشاط اقتصادي منظم ودائم،

- عدد من الأعضاء الدائمين لا يقل عن ثلاثين عضوا،

- استغلال مواقف لنزع نشاط المؤسسة.

<sup>4</sup> - د/ عجة الجليلي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخصوصية، المرجع السابق، ص 21-22.

تخضع له هذه المؤسسة، لتشمل شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة تملك الدولة أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم أو الحصص ويتوقف الاختيار بين أحد الشكلين المنصوص عليها أعلاه على ميدان عملها وأهميته في التنمية الاقتصادية، وهذا ما جاء في المادة الخامسة.

وعليه إذا كان الاستثمار في المؤسسة الاقتصادية ذات طابع وطني فإن هذا الاستثمار يأخذ شكل شركة مساهمة، أما إذا كانت تقوم به الجماعات المحلية فإنه يكتسي شكل شركة ذات مسؤولية محدودة وكلاهما يعتبر نوع من أنواع شركات الأموال تخضع لأحكام القانون التجاري من حيث النظام القانوني وعلاقتها مع الغير.<sup>1</sup>

فالقانون رقم 01-88 يرى أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري شكل انتقالي للتسيير يخالف نظام المؤسسة العمومية الاقتصادية (EPE) وفعلا عندما تمكن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن تسيير طبقا للقوانين الاقتصادية للسوق، وفي حالة إذا نص المخطط الوطني على ذلك تتحول إلى مؤسسة عمومية اقتصادية أي شركة ذات مسؤولية محدودة. (المادة 47 من القانون رقم: 01-88).

فالمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري استعملت كأسلوب لإدارة المرافق الاقتصادية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا رغم اختلاف النظام الاقتصادي السائد كل مرحلة.<sup>2</sup>

أما المفهوم الجديد للمؤسسة على ضوء الأمر 04/01 فنجد القليل من الدارسين قد اهتم بتعريف المؤسسة العمومية على ضوء ذلك الأمر، ويرجع عدم اهتمامهم إلى كون قانون 01/88 يبقى هو المصدر الأساسي والدائم لتمتع المؤسسة بالاستقلالية وانتقالها وخضوعها للقانون الخاص، وتطبيق عليها قواعد القانون التجاري، أما ما جاء به الأمر 04/01 فهو مجرد تأكيد على هذه القواعد، بالإضافة إلى أن الأمر 04/01 نزع عن المؤسسة العمومية بعض الاستثناءات التي كانت تتمتع بها في ظل قانون 01/88 كعدم خضوعها للإفلاس والتسوية القضائية، كما أصبح الرأسمال الاجتماعي للمؤسسة خاضع للقانون التجاري.

<sup>1</sup> - د/ ابن خليفة سميرة، المؤسسة العمومية الاقتصادية بين الوصاية الإدارية وتنمية الاقتصاد الوطني في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 338-339.

<sup>2</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص 77.

"وعليه يمكن القول أن المؤسسة العمومية في ظل الأمر 04/01 أصبحت كشرركات الأموال المعروفة في القانون التجاري تطبق عليها ذات القواعد المطبقة على شركات الأموال، وعليه يمكن اقتراح تعريف المؤسسة العمومية الاقتصادية على ضوء الأمر 04/01 كما يلي: "أنها شخص قانوني منظم يتمتع بالشخصية المعنوية، ويقوم بنشاط اقتصادي ويتمتع باستقلالية تامة في الإدارة والتسيير، ويخضع في تنظيمه وتسييره لشركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري."<sup>1</sup>

ومن أمثلة عن المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية:

L'établissements public à caractère industriel et commercial .

-المرسوم رقم 83-497 المؤرخ في 13 أوت 1983 يتضمن إنشاء ديوان رياض الفتح<sup>2</sup> .

-المرسوم التنفيذي رقم 91-38 المؤرخ في 16 فيفري 1991 المتضمن القانون الأساسي العام للغرف الفلاحية<sup>3</sup> (ج.ررقم 8، ص 286).<sup>4</sup>

-المكتب الجزائري للأبحاث والاستغلاليات المنجمية المنشأ بالمرسوم رقم : 94-282 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964.

-المركز الوطني للدراسات ولتنشيط مؤسسات الأشغال المنشأة بالأمر رقم : 74-51 المؤرخ في 25 أفريل 1974.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - محديد حميد، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر دراسة حالة المؤسسة الجزائرية لتكييف الهواء SALCA، المرجع السابق، ص 139.

<sup>2</sup> - تنص المادة 01 المرسوم رقم 83-497 المؤرخ في 13 أوت 1983 يتضمن إنشاء ديوان رياض الفتح ج. ر ع 34 السنة العشرون المؤرخة في 16 أوت سنة 1983، على: "تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي واختصاص ثقافي، يتمتع بالاستقلالية المعنوية والاستقلال المالي تسمى ديوان رياض الفتح وتدعى في صلب النص "ديوان".

<sup>3</sup> -تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-38 المؤرخ في 16 فيفري 1991 المتضمن القانون الأساسي العام للغرف الفلاحية ج.ر ع 8، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 20 فبراير سنة 1991، على: "تعد الغرف الفلاحية مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وتوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالفلاحة".

<sup>4</sup> - د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 220.

<sup>5</sup> - الأمر رقم : 74-51 المؤرخ في 25 أفريل 1974، المتضمن إحداث المركز الوطني للدراسات ولتنشيط مؤسسة الأشغال ( كنات ) وتحديد قانونه الأساسي، ج ر ع 35، السنة الحادية عشرة، المؤرخة بتاريخ 30 أفريل 1974.

-مؤسسة الجزائرية للمياه المنشأة بالمرسوم التنفيذي رقم : 101-01<sup>1</sup> المؤرخ في : 21 أبريل 2001.<sup>2</sup>  
وتجب الإشارة في الأخير أن الانتقال من نظام المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري إلى نظام المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذلك العكس، هي ممارسة قد لجأ إليها المشرع في العديد من المرات.

ومن أمثلة ذلك: ديوان الترقية والتسيير العقاري (OPGI)<sup>3</sup>

<sup>4</sup> l' office de promotion et de gestion immobilière

كما اعتبر المشرع الجزائر ما يسمى بلجان التنظيم les comites d'organisation أو مرافق التوجيه الاقتصادي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، يناط بها القيام ببعض المهام الاقتصادية كإحصاء المشروعات ووضع خطط للإنتاج لتنظيم المنافسة ودرجة الجودة واستعمال الأيدي العاملة، وأن تقترح على السلطات العامة أثمان المنتجات، قد منحها المشرع بعض امتيازات السلطة العامة ووسائل القانون العام، فكان من حقها أن تصدر قرارات فردية أو لائحة واجبة التنفيذ.

وتتمثل هذه المؤسسات العمومية والتجارية فيما يلي :

-الغرف الفلاحية المنشأة بالمرسوم التنفيذي رقم : 91-38 المؤرخ في 16 فبراير 1991.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم : 101-01 المؤرخ في : 21 أبريل، 2001 يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج رع 24، السنة الثامنة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 22 أبريل سنة 2001 على : " تنشأ تحت تسمية "الجزائرية للمياه " مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري، تدعى في صلب النص "المؤسسة"، تخضع للقوانين والتنظيمات الجاري بها العمل ولأحكام هذا المرسوم."

<sup>2</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص77-78.

<sup>3</sup> - ديوان الترقية والتسيير العقاري (OPGI) حيث كان مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري طبقا للأمر رقم : 74-63 المؤرخ في 10 جوان 1974 المتضمن إحداث وتحديد القانون الأساسي لدواوين الترقية والتسيير العقاري. ويصدر الأمر رقم : 76-93 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن تحديد شروط إحداث تنظيم وسير دواوين الترقية والتسيير العقاري للولاية فقد تحولت هذه الدواوين من مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري إلى مؤسسة عمومية ذات طابع إداري. وبموجب المرسوم التنفيذي رقم : 91-147 المؤرخ في 12 ماي 1991 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري. وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها فقد أصبحت هذه الدواوين مؤسسات عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري. نقلا عن - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع نفسه، ص79.

<sup>4</sup> - د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 220

<sup>5</sup> - المرسوم التنفيذي رقم : 91-38 المؤرخ في 16 فبراير 1991، المتضمن القانون الأساسي العام للغرف الفلاحية، مشار إليه سابقا .

-الغرف التجارية والصناعية المنشأة بالمرسوم التنفيذي رقم: 96-93 المؤرخ في : 3 مارس 1996.<sup>1</sup>  
-غرف الصناعة والتقليدية والحرف المنشأة بالمرسوم التنفيذي رقم: 97-100 المؤرخ في : 29 مارس 1997.<sup>2</sup>

-الغرف الوطنية للصيد البحري وتربية المائيات<sup>3</sup> المنشأة بالمرسوم التنفيذي رقم: 02-304 المؤرخ في : 28 سبتمبر 2002.<sup>4</sup>

### ثالثا: المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي

نص عليها القانون 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن القانون التوجيهي للبحث العلمي،<sup>5</sup> طبيعتها تبقى إدارية مع إضافة مرونة على التسيير في مجال تنظيم البحث العلمي ونشر نتائجه.

وكما يقول الأستاذ بوسماح أنها تخضع لنظام هجين ينهل في بعض جوانبه من المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية وفي جوانب أخرى من المؤسسة العمومية الإدارية.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم: 96-93 المؤرخ في : 3 مارس 1996، المتضمن الغرف التجارية والصناعية، ج ر ع 16، السنة الثالثة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 06 مارس سنة 1996. (تنص المادة 01 على أنه : " تنشأ غرف للتجارة والصناعة تخضع لأحكام هذا المرسوم والقوانين والتنظيمات المعمول بها، وتدعى في صلب النص -الغرف - .  
تحدد عن طريق التنظيم تسمية " الغرف " ومقرها الرئيسي وحدود دوائرها الإقليمية .  
تنشأ عن طريق التنظيم غرف جديدة بإدماج موجودة بعضها في بعض أو بانقسام بعضها، وذلك بعد استشارة الغرفة الجزائرية للتجارة المعنية .

كما تنص المادة 02 : " الغرف مؤسسات عمومية، ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي .

وتوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالتجارة " .

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم: 97-100 المؤرخ في : 29 مارس 1997، المتضمن إنشاء غرف الصناعة والتقليدية والحرف ج ر ع 18، السنة الرابعة والثلاثون المؤرخة بتاريخ 30 مارس سنة 1997. (تنص المادة 02 منه على : " غرف الصناعة التقليدية والحرف التي تدعى في صلب النص " الغرف " مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي .

تحدد مقارها ودوائرها في ملحق هذا المرسوم وتوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصناعة التقليدية .

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم: 02-304 المؤرخ في : 28 سبتمبر 2002، المتضمن إنشاء الغرفة الوطنية للصيد البحري وتربية المائيات وسيورها ومهامها ج ر ع 64، السنة التاسعة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 29 سبتمبر 2002. (تنص المادة 02 منه : " تشكل الغرفة الوطنية للصيد البحري وتربية المائيات من غرفة ذات طابع وطني تسمى " الغرفة الجزائرية للصيد البحري وتربية المائيات " وغرفة محلية تسمى " غرفة ولائية " أو " غرف مشتركة ما بين الولايات للصيد البحري وتربية المائيات " .

<sup>4</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص78-79.

<sup>5</sup> - القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002، ج ر ع 62، السنة الخامسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 24 أوت 1998.

ويمكن أن تكون المؤسسات العمومية الإدارية أو الصناعية والتجارية تابعة للدولة (وطنية) أو للجماعات المحلية (البلدية، الولاية) وتسمى محلية والمنظمة من خلال المرسوم 200-83 المؤرخ في 19 مارس 1983.<sup>1</sup>

وما يلاحظ عدم وجود قانون إطار عام يحدد جميع أنواع المؤسسات العمومية وخصوصية كل نوع، وحتى الأنواع غير مضبوطة بدقة.<sup>2</sup>

فطبقا للمادة 32 من القانون رقم 99-05 المؤرخ في : 04 أبريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي<sup>3</sup>، " المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني هي مؤسسة وطنية للتعليم العالي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي".

إذن فهي أسلوب قانوني لإدارة المرفق العمومي للتعليم العالي الذي يهدف من خلال مهامه إلى الاستجابة لحاجيات المجتمع في الميادين التالية :

-التكوين العالي.

-البحث العلمي والتكنولوجي وتثمين نتائجه ونشر الثقافة والإعلام العلمي والتقني.<sup>4</sup>

ونص القانون 98-11 على خضوع هذا النوع من المؤسسات لنظام الرقابة المالية البعدية كخطوة تميز هذه المؤسسة عن غيرها خاصة ذات الطابع الإداري، وهذا يهدف بعث نوع من المرونة على نشاطها العلمي وأدائها.<sup>5</sup>

وتطبيقا لأحكام المادة 17 من القانون 98-11 يحدد المرسوم 99-256<sup>6</sup> كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها والتي تدعى "المؤسسة "

<sup>1</sup> - المرسوم 200-83 المؤرخ في 19 مارس 1983، المتضمن تحديد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها، ج ر ع 12، السنة العشرون، المؤرخة بتاريخ 22 مارس 1983 . (ملغى). (تنص المادة 01 منه يمكن الولايات والبلديات في نطاق تسيير مصالحها العمومية، وطبقا لأحكام الأمر رقم 24/67 المؤرخ في 18 جانفي سنة 1967 والأمر رقم 38/ 69 المؤرخ في 23 ماي سنة 1969 المشار إليهما أعلاه أن تنشئ مؤسسات تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي .

ويوضح هذا المرسوم شروط إنشاء المؤسسات المذكورة تنظيمها وسيرها .

<sup>2</sup> -د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 88-89.

<sup>3</sup> - القانون رقم 99-05 المؤرخ في : 04 أبريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج ر ع 24، السنة السادسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 07 أبريل 1999.

<sup>4</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص 82.

<sup>5</sup> - أ د/ عمار بوضياف، شرح قانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص 271.

<sup>6</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 99/256 المؤرخ في 16 نوفمبر سنة 1999، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، ج ر ع، العدد 82، المؤرخة في 21 نوفمبر 1999.



إذ نصت المادة 02<sup>1</sup> من المرسوم التنفيذي 99-256 على إنشاء المؤسسة ذات الصبغة القطاعية أو المشتركة بين القطاعات بموجب مرسوم تنفيذي، وبناء على اقتراح من السلطة، أو السلطات المعنية وذلك بعد الرأي المطابق حسب الحالة من اللجنة القطاعية الدائمة، أو اللجنة المشتركة بين القطاعات المعنية. كما يحدد مرسوم إنشاء المؤسسة صبغتها والسلطة الوصية التي تخضع لها ومقرها، كما أشارت المادة 03<sup>2</sup> منه على تمتع المؤسسة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

وأشارت المادة 04<sup>3</sup> منه إلى معايير إنشاء المؤسسة، في حين نصت المادة 05<sup>4</sup> إلى تكليف المؤسسة وذلك في إطار المهام المحددة في المادتين 12 و 17 من القانون رقم 11/98.

وأخيرا صدر المرسوم التنفيذي 11-396 المؤرخ في 24 نوفمبر 2011 يحدد القانون الأساسي للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، اعترف في نص المادة 03 منه بتمتعها بالشخصية الاعتبارية. وألغى هذا المرسوم الجديد المرسوم التنفيذي 99-256 و 99-258.<sup>5</sup>

#### رابعا: المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني

وهي مؤسسة حديثة العهد في الجزائر من حيث التصنيف وقد ورد تعريفها في المادة 32- من القانون 99-05 المؤرخ في 4 أفريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي بالصيغة التالية<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - ينظر نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 99/256 المؤرخ في 16 نوفمبر سنة 1999، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ص 04.

<sup>2</sup> - ينظر نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 99/256 المؤرخ في 16 نوفمبر سنة 1999، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، مشار إليه سابقا، ص 04.

<sup>3</sup> - تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 99/256 المؤرخ في 16 نوفمبر سنة 1999، ص 04، " يقرر إنشاء المؤسسة على أساس المعايير الآتية :

- طابع الأولوية لميادين البحث.

- حجم البرامج الواجب إنجازها وديمومتها.

- الجمع الأحسن لكل مشاريع البحث والبرامج التي لها طابع ارتباطي أو تكاملي.

- توفر قدرة علمية وتقنية، ضرورية لإنجاز أهداف المؤسسة، منظمة في شكل ست عشرة (16) فرقة بحث على الأقل.

- الوسائل المالية والمادية الموجودة أو الواجب تجنيدها

- يتم حل المؤسسة بنفس الأشكال المقررة في المادة 02 أعلاه، عندما تتخلف الشروط التي أنشأت بموجبها.

<sup>4</sup> - ينظر نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 99/256 المؤرخ في 16 نوفمبر سنة 1999، ص 04.

<sup>5</sup> - أ د/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 464.

<sup>6</sup> - القانون 99-05 المؤرخ في 4 أفريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، مشار إليه سابقا.

" المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني هي مؤسسة وطنية للتعليم تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي". وبينت المادة 38 من القانون المذكور أشكالها: الجامعة، المركز الجامعي، المدارس والمعاهد.<sup>1</sup>

وصدر بتاريخ 24 نوفمبر 2011 مرسوما تنفيذيا تحت رقم 11-297 يتعلق بالقواعد الخاصة بسير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني. وأكدت المادة 03 منه على إجراءات المراقبة المالية البعدية للمؤسسة، وأعلنت عن إلغاء المرسوم التنفيذي 99-258.

وعلى سبيل المثال لا الحصر فإن المرسوم التنفيذي 08-203 المؤرخ في 9 يوليو 2008 المتضمن إنشاء المركز الجامعي لتسمسيلات هو مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني<sup>2</sup>، وكذلك أشار وفي نفس العدد المرسوم التنفيذي 08-204 المؤرخ في 9 يوليو 2008 المتضمن إنشاء المركز الجامعي بميلة<sup>3</sup> بأنه مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وتكنولوجي وثقافي ومهني، وذات الأمر أشار إليه المرسوم التنفيذي 08-205 المؤرخ في 9 يوليو 2008 المتضمن إنشاء المركز الجامعي بعين تموشنت<sup>4</sup>، والرسوم التنفيذية 08-206 المؤرخ في 9 يوليو 2008<sup>1</sup> المتضمن إنشاء المركز الجامعي بغليزان.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أ / د عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري (النشاط الإداري)، قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة الدانمارك، المرجع السابق ص 56. على الموقع الإلكتروني للأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك.

<http://www.ao-academy.org/ar/2009/10/2132.html>

اطلع عليه بتاريخ 12 أوت 2018. على الساعة 12:00.

<sup>2</sup> - ينص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 08/203 المؤرخ في 9 جويلية سنة 2008، المتضمن إنشاء مركز جامعي بتسمسيلات، ج ر ع 39، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة في 13 جويلية سنة 2008، "تطبيقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05/299 المؤرخ في 16 أوت سنة 2005 والمذكور أعلاه، تنشأ بمدينة تسمسيلات مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتدعى "المركز الجامعي بتسمسيلات".

<sup>3</sup> - تنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 08/204 المؤرخ في 9 جويلية سنة 2008 المتضمن إنشاء مركز جامعي بميلة، ج ر ع 39، السنة الخامسة والأربعون، الصادر بتاريخ 13 جويلية سنة 2008، "تطبيقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05/299 المؤرخ في 16 أوت 2005 والمذكور أعلاه، تنشأ بمدينة ميلة مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتدعى "المركز الجامعي لميلة".

يحدد عدد المعاهد التي يتكون منها المركز الجامعي لميلة واختصاصها كما يأتي :

-معهد العلوم والتكنولوجيا،

-معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير،

-أخيرا معهد الآداب واللغات.

<sup>4</sup> - تنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 08/205 المؤرخ في 9 جويلية سنة 2008، المتضمن إنشاء مركز جامعي بعين تموشنت، ج ر ع 39، السنة الخامسة والأربعون، الصادر بتاريخ 13 جويلية سنة 2008، "تطبيقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05/299 المؤرخ في 16 أوت 2005 والمذكور أعلاه، تنشأ بمدينة عين تموشنت مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتدعى "المركز الجامعي لعين تموشنت".

يحدد عدد المعاهد التي يتكون منها المركز الجامعي لعين تموشنت و اختصاصها كما يأتي :

-معهد العلوم والتكنولوجيا،

والجدير بالإشارة إلى أن الفقه والقضاء وجدا صعوبة كبيرة في تحديد الطبيعة القانونية للمرفق العام خاصة عندما يكتفي المشرع بإحداث المرفق دون ذكر لطبيعته. وللخروج من هذه الإشكالية تبنى القضاء الإداري فكرة النشاط الغالب. فإذا كانت المؤسسة تغلب عليها مظاهر القانون العام فهي تعتبر ذات صبغة إدارية أما إذا كانت تغلب عليها مظاهر القانون الخاص فإن المؤسسة تعتبر ذات صبغة تجارية أو صناعية.

ولم يقتنع الفقه في بعض الحالات بالوصف الذي قد يضيفه المشرع على مرفق ما يخالف حقيقته وطبيعته كأن يعتبر المشرع مؤسسة ما بأنها ذات صبغة تجارية أو صناعية في حين أن نشاطها في واقع الأمر إداري<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### إنشاء وإلغاء المؤسسات العامة

إن أهمية المؤسسات العمومية وتعددتها مسألة تخضع معالجتها، للنظام السياسي السائد في الدولة، فنطاق تدخل الدولة أمر لا يمكن التطرق إليه بعيدا عن فلسفتها وخطها ونهجها السياسي فللمؤسسات الاقتصادية والتجارية مكانة بارزة في ظل الفكر والنظام الاشتراكي، ولا وجود لهذه المكانة في ظل النظام الليبرالي، كما توجد مسألة أخرى تتحكم في قواعد الإنشاء والإلغاء وهي العلاقة داخل

=...معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير،

-معهد الآداب واللغات.

<sup>1</sup>-تنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 206/08 المؤرخ في 9 جويلية سنة 2008، المتضمن إنشاء مركز جامعي لغليزان، ج ر ع 39، السنة الخامسة والأربعون، الصادر بتاريخ 13 جويلية سنة 2008. "تطبيقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 299/05 المؤرخ في 16 أوت 2005 والمذكور أعلاه تنشأ بمدينة غليزان مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتدعى "المركز الجامعي لغليزان".

يحدد عدد المعاهد التي يتكون منها المركز الجامعي لغليزان واختصاصها كما يأتي :

-معهد العلوم القانونية والإدارية،

-معهد العلوم الاجتماعية والإنسانية،

-معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير،

معهد الآداب واللغات.

<sup>2</sup>- أ د/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 464-465.

<sup>3</sup>- أ / د عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري (النشاط الإداري)، قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة الدانمارك، المرجع السابق، ص 56. على الموقع الإلكتروني للأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك.

<http://www.ao-academy.org/ar/2009/10/2132.html>

اطلع عليه بتاريخ 12 أوت 2018. على الساعة 12:00.

الدولة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ومجال تدخل كل منهما، ولما اختلف الموقع والأهمية والعلاقة بين السلطات وجب كذلك اختلاف قواعد إنشاء وإلغاء المؤسسة العمومية.<sup>1</sup>

من هذا المنطلق سنتطرق في هذا الفرع بالدراسة إلى إنشاء المؤسسة العمومية (أولا) وإلغاء المؤسسة العمومية (ثانيا).

### أولا: إنشاء المؤسسات العمومية

يرجع إنشاء المؤسسة العامة في الدولة وكما مر في تعريفها أنها مرفق عام، فيسري عليها في إنشائها ما يسري عليه. وتختلف أداة الإنشاء من دولة لأخرى ففرنسا بعد دستور 1958 أصبح على النحو التالي :

أ- فيما يتعلق بإنشاء فئة جديدة من المؤسسات العامة تنص المادة 34 من الدستور الفرنسي على أن يكون الاختصاص للمشرع.<sup>2</sup>

ب- فيما يتعلق بإنشاء المؤسسات العامة المختلفة من أي نوع من الأنواع المعروفة تنص المادة 37 على اختصاص السلطة التنفيذية بهذا الموضوع.<sup>3</sup>

يتم إنشاء الهيئات والمؤسسات العامة ابتداء بإنشاء مرفق عام ومنحه الشخصية الاعتبارية المستقلة في ذات الأداة القانونية الصادرة بإنشائه، كما يكون إنشاء الهيئات والمؤسسات العامة بتحويل مرفق عام من المرافق التابعة للدولة الشخصية الاعتبارية المستقلة وما يترتب عليها من استقلال إداري ومالي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص 102.

<sup>2</sup> - إن إنشاء المؤسسة العامة كان من اختصاص المشرع فكان مختصا في تحديد مهام المنفعة العامة وذلك طبقا لما تتخذه الدولة في هذا الشأن المشرع كان بإمكانه التدخل إما مباشرة عن طريق خلق هذه المؤسسة، أو بطريق غير مباشرة بإعطاء هذا الاختصاص للسلطات الإدارية، وذلك مانصت عليه المادة 34 من الدستور الفرنسي 1958 " إنشاء أنواع المؤسسات العمومية من اختصاص المشرع ويتبع ذلك إذا كان القانون ضروري من إنشاء صنف من أصناف المؤسسات العمومية يكفي عقد إداري من أجل تنظيم مؤسسة للدخول في التصنيف الموجود." لمزيد من التفصيل ينظر:

-Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader ;op cit P151.

<sup>3</sup> - د / عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 96-97.

<sup>4</sup> - محمد عويد العياضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي(دراسة مقارنة )، المرجع السابق، ص 123-124.

## أ/إنشاء المؤسسة العمومية الوطنية :

يتوقف أسلوب إنشاء هذه المرافق على النصوص التشريعية المنظمة للعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية والتي تحدد قدرات كل من السلطتين. وفي الجزائر تميز بين ثلاث مراحل الأولى سابقة على صدور الأمر الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1965 وفيها كان إنشاء المرافق العامة القومية يتم بصورة متباينة فبعضها كان ينشأ بمقتضى قانون مثل البنك المركزي الجزائري (قانون 13 ديسمبر 1963) وصندوق التنمية الجزائري (قانون 7 مارس 1963) والهيئة القومية للنقل (قانون 1 أوت 1963).

بينما تم إنشاء عدد آخر من المرافق القومية بمراسيم مثل الهيئة القومية للأيدي العاملة (مرسوم صادر في 29 نوفمبر 1962) والهيئة القومية للتجارة (مرسوم صادر في 13 ديسمبر 1962). وتبدأ المرحلة الثانية من الفترة اللاحقة على صدور الأمر الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1965 والخاص بقانون قواعد المالية العامة للدولة<sup>1</sup> فقد نصت المادة الخامسة مكرر من هذا القانون على أن إنشاء جميع المؤسسات العامة يجب أن يتم بمقتضى عمل له، وهو ما يعني ضرورة إتمام إنشاء المرافق العامة بمقتضى أمر، وينصرف لفظ المؤسسة العامة الذي أوردته المادة إلى جميع المرافق العامة القومية.

وذهب رأي فقهي إلى أن استخدام العمل التشريعي لإنشاء المرافق القومية يقتصر على إنشاء القطاعات المرفقية فقط ويكفي إنشاء الوحدات التابعة لها بمقتضى مراسيم إدارية. ويضرب أمثلة لذلك بإنشاء قطاع المعاهد الفنية والذي تم بمقتضى أمر صادر بتاريخ 26 ديسمبر 1969 ثم تلى ذلك إنشاء المعاهد الفنية والمعاهد الفنية للتخطيط والإحصاء بمقتضى مراسيم.

أما المرحلة الثالثة فتبدأ بصدور دستور 1976<sup>2</sup> حيث أوردت المادة 151 الحالات التي يجب صدور تشريع بشأن إنشائها ولم يتضمن نصها حالة إنشاء المرافق المؤسسات العامة مما يترك هذا الاختصاص للسلطة التنظيمية المتمثلة في المراسيم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - الأمر رقم 65 / 320 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1965 المتضمن قانون المالية لسنة 1966. ج ر ع 107، السنة الثانية، المؤرخة بتاريخ 31 ديسمبر 1965.

<sup>2</sup> - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، مشار إليه سابقا.

<sup>3</sup> - د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي المرجع السابق، ص 150-

وعلى سبيل المثال نص في حيثيات المرسوم رقم 86-314 المؤرخ في 23 ديسمبر 1986، المتضمن اختصاصات المؤسسات والهيكل المكمل للخدمات الاجتماعية الجامعية وتنظيمها وعملها، على ما يلي:

" نظرا للأحكام الدستورية التي تقضي بأن إنشاء المؤسسات العمومية وتنظيمها وسيرها ليس من اختصاص الميدان التشريعي، بل من اختصاص الميدان التنظيمي....."

وعلى سبيل المثال المرسوم رقم 77-07 المؤرخ في 23/1/1977 المتضمن إنشاء المدرسة الوطنية للأشغال العمومية.<sup>1</sup>

لكن استثناء أنشئت بعض المؤسسات عن طريق قانون، نص تشريعي مثل القانون رقم 86-10 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتضمن إنشاء المجمع الجزائري للغة العربية.<sup>2</sup>

أما في إطار القانون 88-01 المؤرخ في 21 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية فإن إنشاءها هو من اختصاص السلطة التنفيذية وبذلك رئيس الدولة.<sup>3</sup>

إن تعيين السلطة المختصة بإحداث المؤسسة العمومية الوطنية اختلف باختلاف الوضعية القانونية التي اتسم بها توزيع السلطات بين الهيئة التشريعية والهيئة التنفيذية من جهة، وداخل الهيئة التنفيذية بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة سابقا من جهة أخرى بعد صدور دستور 1989.<sup>4</sup>

فبعد صدور دستور 1989 إن السلطة المختصة بعملية إنشاء وتنظيم المؤسسات العمومية هي السلطة التنفيذية حيث أن المادة 115 من الدستور التي تحدد المجال التشريعي لا تتضمن موضوع إنشاء المؤسسات العمومية فهي إذن مسألة معقودة للمجال التنظيمي.

<sup>1</sup> - المرسوم رقم 77 / 07 المؤرخ في 23 جانفي 1977 المتضمن إنشاء المدرسة الوطنية للأشغال العمومية، ج ر ع 11، السنة الرابعة عشرة، المؤرخة بتاريخ 6 فيفري سنة 1977. (تنص المادة 01: " تحدث تحت تسمية " المدرسة الوطنية للأشغال العمومية " وباختصار " م. و. أ.ع " وتدعى فيما بعد : " بالمدرسة " مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي .

توضع المدرسة تحت وصاية وزير الأشغال العمومية والبناء ويحدد مقرها بالجزائر العاصمة - الدار البيضاء .

<sup>2</sup> - القانون رقم 86-10 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتضمن إنشاء المجمع الجزائري للغة العربية، ج ر ع 34، السنة الثالثة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 20 أوت 1986. (تنص المادة 01 منه : " يستهدف هذا القانون إنشاء المجمع الجزائري للغة العربية وتحديد مهامه والقواعد العامة لتنظيمه وسيره وتمويله ."

وتنص المادة 02 منه: " المجمع الجزائري للغة العربية، هيئة وطنية ذات طابع علمي وثقافي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويدعى في صلب النص " المجمع " .)

<sup>3</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 77-78.

<sup>4</sup> - دستور 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89/18 المؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، المتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، مشار إليه سابقا .

في ظل هذا الدستور إن السلطة التنفيذية يضطلع بها كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة (المادة 116) وبالتالي فإن الممارسة الأولى تأخذ شكل مراسم رئاسية، وتأخذ الثانية شكل مراسيم تنفيذية وعليه فإن إنشاء المؤسسات العمومية هو من اختصاص كل من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة.

والسؤال المطروح حول المعيار الذي يستعمل للتمييز بين المؤسسات العمومية التي تنشأ بمرسوم رئاسي والمؤسسات العمومية التي تنشأ بمرسوم تنفيذي.

ومن أمثلة ذلك :

-المرسوم الرئاسي رقم : 86-99 المؤرخ في : 15 أفريل 1999 يتضمن إنشاء مراكز البحث النووي.<sup>1</sup>

-المرسوم التنفيذي رقم: 101-01 المؤرخ في 21 أفريل 2001 يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه.<sup>2</sup>

أما في إطار دستور 1996 فإن إنشاء المؤسسات العامة الوطنية يبقى أصلا من اختصاص التنظيم ما عدا "فئات المؤسسات " الذي يعود لاختصاص القانون : حيث للبرلمان أن يشرع بموجب الفقرة 29 من المادة 122 من الدستور، في مجال "إنشاء فئات المؤسسات La création de catégories d'établissements".<sup>3</sup>

كما نص التعديل الأخير للدستور بالقانون رقم 01-16 على إنشاء المؤسسات العمومية، في نص المادة 140 منه ضمن اختصاص القانون إذ نصت في صلب هذا النص على أنه "يشرع البرلمان في

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي رقم : 86-99 المؤرخ في : 15 أفريل 1999 المتضمن إنشاء مراكز البحث النووي، ج ر ع 27، السنة السادسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 18 أفريل سنة 1999. (تنص المادة 01 منه : " طبقا لأحكام المواد 05 و08 و29 من المرسوم الرئاسي رقم 96/436 المؤرخ في 01 ديسمبر سنة 1996 والمذكور أعلاه، تنشأ أربعة (04) مراكز للبحث النووي بالجزائر ودرارية وبيرين وتمناست .  
توضع المراكز تحت وصاية محافظة الطاقة الذرية وتقع مقراتها على التوالي ب :

-الجزائر، محافظة الجزائر الكبرى،

-درارية، محافظة الجزائر الكبرى،

-بيرين، ولاية الجلفة،

-تمناست، ولاية تمنغاست .)

<sup>2</sup> -بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق،ص106.

<sup>3</sup> -أ/د محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري -النشاط الإداري) المرجع السابق،ص 243.

الميادين التي يخصصها له الدستور في المجالات الآتية : إذ نص في الفقرة 22 من المادة نفسها على إنشاء فئات المؤسسات<sup>1</sup>.

#### ب/ إنشاء المؤسسة العمومية المحلية :

تنص المادة 155 من القانون البلدي الجزائري الصادر بالأمر 18 يناير 1967 على أن " يختص المجلس الشعبي البلدي بتنظيم جميع المسائل المتصلة بالبلدية وهو الأمر الذي يعني بالضرورة اختصاص المجلس باتخاذ قرار إنشاء المرافق العامة البلدية، خاصة تلك المتصلة بمكافحة الحرائق والكوارث العامة وتأمين الأشخاص والأموال وتنظيم المرافق العامة. هذا بالإضافة إلى كافة المؤسسات الاشتراكية اللازمة لتحقيق وتغطية كافة اختصاصات البلدية الاقتصادية والممنوحة لها بمقتضى القانون البلدي وخاصة في مجالات توجيه ورقابة الشؤون الاقتصادية بالبلدية والمشاركة في إدارة المؤسسات الاشتراكية المنشئة وتحقيق مبادئ الثورة الزراعية."

وقد وردت المادة 63 من الأمر الصادر في 23 مايو 1969 بشأن تنظيم الولاية على اختصاص المجلس الشعبي الولائي بتنظيم جميع الأمور المتصلة بالولاية بنفس الصيغة التي وردتها المادة 100 من القانون البلدي، وهو الأمر الذي يجعلها مختصة بإنشاء المرافق العامة المحلية والاقتصادية في دائرة اختصاصاتها الولائية وبصفة خاصة في مجال الطرق العامة والصحة وغيرها.

ورغم هذه النصوص الصريحة إلا أن سلطة المجالس المحلية في مجال إنشاء المرافق العامة المحلية أو البلدية محدودة ويرجع ذلك إلى سببين : الأول: أن عددا كبيرا من المرافق السابقة يلزم القانون البلدي والولائي المجالس المختصة بإنشائها في الحقيقة من نوع المرافق العامة الإجبارية، وبالتالي يكون إلغائها مستندا على القانون الذي يفرض إنشاءها. والثاني : إن إنشاء المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية لا يتم إلا بموافقة سابقة من السلطة الوصائية على هذه المجالس من جانب. ومن جانب آخر فإنه في حالة إنشاء هذه المرافق الاقتصادية، فإن الإنشاء سواء تم على مستوى البلدية، أو الولاية يستند ويتقيد بالمستوى التنظيمي للمشروع البلدي " مرسوم 30 يوليو 1971 " والمشروع الولائي " مرسوم 26 مايو 1971 " وهو ما يقيد السلطة المحلية في مجالات إنشاء المرافق العامة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> -، ينظر المادة 140 فقرة 28 من دستور 2016 الصادر بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن إصدار نص تعديل

الدستور، مشار إليه سابقا، ص 33.

<sup>1</sup> - /محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي المرجع السابق، ص 151-152.



وكذلك نص القانون 01-88 المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية من خلال مادته 48 على ما يلي: " في إطار القواعد المحددة في المواد 43 إلى 47 من هذا القانون، يمكن للمجالس الشعبية البلدية إنشاء مؤسسات عمومية ذات طابع إداري وصناعي وتجاري وفقا للإجراءات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ."

والمجالس الشعبية المحلية لا تتمتع بحرية مطلقة في إنشاء هذه المؤسسات العمومية المحلية، فهي لا تنفذ المداولة التي تقرر إنشاء مؤسسة عمومية إلا بعد المصادقة العلنية من طرف الوصاية، وهذا طبقا للمادة 42 من قانون البلدية والمادة 50 من قانون الولاية.

وينظم إنشاء المرافق العامة المحلية كل من المرسوم 200-83 المؤرخ في 17 مارس 1983 المتضمن تحديد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيورها والمرسوم 85-117 المؤرخ في 7 ماي 1985 المتضمن تحديد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات وتنظيمها.<sup>1</sup>

كما خول قانون البلدية وقانون الولاية لسنة 1990 البلدية والولاية إنشاء مؤسسات عمومية، فقد نصت المادة 136 من قانون البلدية على ما يلي: " يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير مصالحها العمومية ".<sup>2</sup>

وجاء في المادة 126 من قانون الولاية لسنة 1990: " يمكن الولاية أن تحدث مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير مصالحها العمومية ".<sup>3</sup>

كما تم الإشارة إلى إنشاء المؤسسات العمومية المحلية في التعديلات الجديدة لقانوني البلدية والولاية. ففي إطار إنشاء المؤسسات العمومية البلدية، نصت المادة 153 منه " يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها."

كما نصت المادة 154 من نفس القانون: "تكون المؤسسات العمومية ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري ويجب على المؤسسة العمومية البلدية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن توازن بين إرادتها ونفقاتها تحدد قواعد تنظيم المؤسسات العمومية البلدية وسيورها عن طريق التنظيم."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 80.

<sup>2</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص 108.

<sup>3</sup> - أ/ د عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 80.

<sup>1</sup> - القانون رقم 10-11 المتعلق بقانون البلدية، المؤرخ في 22 جوان 2011، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 3-07-2001، رقم 37، ص

أما بخصوص إنشاء المؤسسة العمومية الولائية فقد نصت المادة 146 من قانون الولاية لسنة 2012 على أنه "يمكن للولاية أن تنشئ مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية". ورسمت المادة 147 شكل هذه المؤسسة وموضوع نشاطها لأنها تأخذ إما شكل مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حسب الهدف المرجو منها.

-أما عن أداة إنشاء المؤسسة العمومية فإنها تتم بموجب مداولة من المجلس الشعبي الولائي طبقا لنص المادة 148.<sup>1</sup>

### ثانيا: إلغاء المؤسسات العمومية

إن إلغاء المؤسسات العامة يمكن أن يكون بإحدى الطريقتين :

إما بإلغاء المرفق العام الذي تقوم المؤسسة العامة على إدارته وإنهاء الشخصية الاعتبارية التي تتمتع بها المؤسسة العامة، وفي هذه الحالة تزول المؤسسة العامة نهائيا بزوال السبب الذي قامت من أجله .

والطريقة الثانية الثانية دمج المؤسسة العامة في مؤسسة عامة أخرى تزاوول نفس النشاط أو إلغاء المؤسسة العامة ومنها المرفق العام الذي تقوم على إدارته يؤوول إلى الدولة لكي تتولى إدارته بالطريقة المباشرة (الريجي).<sup>2</sup>

ويكون إلغاء المؤسسات العامة بذات الأداة القانونية التي أنشأتها أو أقوى منها ولا يجوز أن تكون أدنى فإذا كان إنشاء المؤسسة، قد تم بناء على تفويض قانوني من المشرع للإدارة، فلا بد أن يكون الإلغاء بقانون إلا إذا حدث تفويض صريح بشأن الإلغاء وقد تنقضي المؤسسة العامة بإلغائها لعدم الحاجة إليها كما قد تنقضي عندما تقوم الإدارة بسحب الشخصية المعنوية مع الاحتفاظ بالمرفق العام، حيث تزول المؤسسة العامة بزوال أحد أركانها. وفي كلتا الحالتين : إلغاء أو زوال المؤسسة

<sup>1</sup> - أ د/ عمار بوضياف، شرح قانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المرجع السابق، ص 266.

<sup>2</sup> - محمد عويد العايضي، النظام القانوني للهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 169.

العامة، فإن أموالها تؤول إلى الإدارة التي كانت تتبعها أو تخضع لرقابتها إلا إذا كان هناك نص قانوني خلاف ذلك.<sup>1</sup>

ولما كان إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية من إنشاء السلطة التنفيذية، فنفس الشيء بالنسبة للإلغاء حيث تتم بموجب مرسوم رئاسي أو مرسوم تنفيذي ومن أمثلة إلغاء بعض المؤسسات العمومية الوطنية :

-المرسوم الرئاسي رقم: 171/99 المؤرخ في 02 أوت 1999 يتضمن حل الوكالة الجزائرية للتعاون الدولي.<sup>2</sup>

المرسوم التنفيذي رقم 98-141 المؤرخ في 10 ماي 1998،<sup>3</sup> يتضمن حل المدرسة الوطنية للجمارك.<sup>4</sup>

أما بالنسبة للمؤسسات العمومية المحلية، فإن السلطة الوصائية تستطيع بعد إنشاء المؤسسة العمومية المحلية أن تحلها، فقد نصت المادة 26 من المرسوم رقم 83-200 الملغى " تنشأ المؤسسة دون تحديد أي مدة لها وتحل قانونا بإلغاء المرفق العام الذي تتولى تسييره غير أنه فيما يتعلق بالمؤسسة الاقتصادية فإنه عندما يبرز استغلالها عجزا من شأنه أن يضر بمستقبل التوازن للولاية أو البلدية المعنية يمكن أن يسحب الترخيص بالاستغلال....."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - د / عباس محمد نصرالله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 98-99.

<sup>2</sup> - المرسوم الرئاسي رقم: 171/99 المؤرخ في 02 أوت 1999 يتضمن حل الوكالة الجزائرية للتعاون الدولي، ج رع 52، السنة السادسة والثلاثون المؤرخة بتاريخ 04 أوت 1999. (تنص المادة 01 منه: تحل الوكالة الجزائرية للتعاون الدولي المنشأة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 272/93 المؤرخ في 14 نوفمبر 1993 المعدل والمتمم.)

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 98-141 المؤرخ في 10 ماي 1998، المتضمن حل المدرسة الوطنية للجمارك، ج رع 29، السنة الخامسة والثلاثون المؤرخ بتاريخ 10 ماي سنة 1998. (تنص المادة 01 منه: " تحل المدرسة الوطنية للجمارك، التي تير بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93 / 336 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 1993 والمذكور أعلاه.)

<sup>4</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 81.

<sup>5</sup> - بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، المرجع السابق، ص 110.

## المبحث الثاني

## عقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة

إن واجبات الدولة ومسؤولياتها الإدارية تتفاوت بصفة عامة، بين دولة حارسة وأخرى متدخلة بحسب المبدأ السياسي والاجتماعي الذي تسيير عليه ويتولى المشرع حال تدخلها تحديد مجالات النشاط التي يحق للإدارة ارتيادها وتلبية احتياجات عامة للمواطنين من تلك الأنشطة وذلك استنادا إلى فكرة المرفق العام.

وقد تطورت فكرة المرفق العام، فأصبحت طابعا تتسم به أحكام مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر حيث أقامت الدولة، أو الهيئات والمؤسسات العامة مشروعات مرافق عامة بهدف اشباع الرغبة الجماعية للجماهير، وتأمين ما يحتاجونه من خدمات، وكثيرا ما عهد الحاكم إلى شخص عادي مهمة إدارة تلك المشروعات، واصطلح على تسمية ذلك إلترام (أو إمتياز) المرفق العام La concession De Service Public<sup>1</sup> فيبقى المرفق محتفظا بصفة العمومية، ويكون للهيئات الحاكمة الدور الأساسي في تنظيم أعماله وإدارته وانقضائه.<sup>2</sup>

فلعقود الامتياز تاريخ متجذر في القدم، أخذ بها الإغريق والرومان وملوك فرنسا قبل الثورة الفرنسية وازدهرت في القرن التاسع عشر عندما لجأت الدولة إليها لإقامة خطوط السكك الحديدية، وتوزيع المياه والغاز والكهرباء، وتأمين خدمات النقل، وساهمت في اعتماد عقود الامتياز كطريقة لإدارة المرافق العامة انتشار أفكار التحرر الاقتصادي التي تعطي القطاع الخاص الدور الرائد في المجال الاقتصادي، ولأن الدولة ليس لديها الخبرة الكافية في هذا المجال، وتتجنب إدارة المرافق العامة الاقتصادية بصورة مباشرة بسبب طابعها التقني، لذلك تلجأ إلى شخص لديه الخبرة التقنية والوسائل الفنية التي لا تملكها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - La concession De Service Public est un mode de gestion du service consistant en ce qu' une collectivité public « concédant » charge un particulier, individu ou plus souvent société « concessionnaire » ,par une convention conclue avec celui-ci ,du soin de faire fonctionner le service public à ses frais et risques et en ce rémunérant au moyen de redevances perçues sur les usagers Voir :.André DE LABUBADERE , traites de droits administratif ,op cit, p566

<sup>2</sup> - ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية، ص 15.

<sup>3</sup> - د/مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة - BOT -تفويض المرفق العام ) (دراسة مقارنة ) المرجع السابق، ص 75.

فلعقد امتياز المرفق العام نظامه الخاص الذي يميزه عن غيره من العقود الإدارية، وطرق إدارة المرافق العامة الأخرى. كما أن لعقد الامتياز طبيعة مميزة، فهو يتضمن بنوداً تنظيمية وأخرى تعاقدية، وتنشأ عن منازعات تختلف طبيعتها والجهة التي تختص بنظرها باختلاف أطراف النزاع.<sup>1</sup>

ونظراً للأهمية التي يحظى بها عقد الامتياز بصورة عامة باعتباره أهم العقود الإدارية نظراً لكثرة اعتماده في تسيير المرافق العامة، على هذا الأساس سنتناول في هذا المبحث مطلبين بحيث نخصص الأول لدراسة ماهية عقد امتياز المرفق العام (المطلب الأول) والثاني للتنظيم القانوني للامتياز (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### ماهية عقد امتياز المرفق العام

عقد امتياز المرفق العام عقد من خلاله تقوم مؤسسة إدارية بتكليف شخص آخر طبيعي أو معنوي خاص أو أحياناً عمومي، من أجل القيام بتسيير وممارسة مرفق عام مع تحمل المصاريف والأخطار. ولكن هذا مقابل بعض الامتيازات كالاستفادة من المداخل المقررة على المتعاملين، فقد عرف مفهوم الامتياز تدريجياً مرحلة إيجابية مرحلة انهيار ومرحلة نجاح من جديد.<sup>2</sup> فقد تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية والقضائية لعقد امتياز المرفق العام. فكان لا بد إذن من التطرق لهذه التعريفات قبل دراسة الطبيعة القانونية لامتياز المرفق العام.

### الفرع الأول

#### مفهوم عقد امتياز المرفق العام

بادئ ذي بدء إن عقد امتياز (التزام) المرفق العام هو أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله أهمها على الإطلاق على الأقل في الدولة الاشتراكية، ولعل التزامات المرافق العامة والتزامات الأشغال العامة

<sup>1</sup> - مروان محي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، المرجع السابق ص 46.

<sup>2</sup> --Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader, Grands Services Publics et entreprises nationales , op.cit, p209,op cit , P264-265.

تكون أقدم صور العقود الإدارية وأكثرها اتساقاً لأنها تحمل خصائص مشتركة تجمعها تحت سقف واحد.<sup>1</sup>

فقد تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية والقضائية لعقد امتياز المرفق العام، فكان لابد لنا من التطرق لهذه التعريفات قبل دراسة الطبيعة القانونية لامتياز المرفق العام. فياترى ماهي مفاهيم عقد الامتياز على مستوى كل من الفقه والتشريع والقضاء .

أولاً: تعريف عقد الامتياز في الفقه والقضاء

أ/ تعريف عقد الامتياز في الفقه :

يعرف عقد الامتياز "بأنه عقد تعهد الإدارة بمقتضاه إلى فرد أو شركة خاصة بإدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي لمدة محدودة من الزمن، وتحت إشراف ورقابة الإدارة، ويقوم الملتزم بإدارة المرفق العام على مسؤوليته، وعلى نفقته، وبعماله مقابل مزايا مادية وعينية أهمها الرسوم التي يتقاضاها من الملتزم ومن المنتفعين بالمرافق.<sup>2</sup>

وقد عرفه الأستاذ الدكتور الطماوي " أنه عقد إداري تعهد الإدارة (الدولة أو المحافظة أو المركز أو المدينة أو الحي أو القرية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام إقتصادي واستغلاله لمدة محدودة، وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته، في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام.

ومثال ذلك التزام توريد المياه أو النور أو تسيير ترام أو خط أتوبيس أو استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية كاستخراج البترول... إلخ.<sup>3</sup>

وفي تعريف آخر أنه: "طريقة تعهد بمقتضاها الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية). إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة، وذلك عن طريق عمال أو أموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق." كما عرفه البعض بأنه : "عقد إداري يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص عادة -فرد أو شركة -

<sup>1</sup> -د/حمادة عبد الرزاق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، طبعة سنة 2012، ص 17.

<sup>2</sup> -د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2013، ص 24-25.

<sup>3</sup> - د/سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 90.

تشغيل أحد المرافق الاقتصادية لمدة محددة، على مسؤوليته وبواسطة عماله وأمواله، مقابل رسوم بدفعها المنتفعون بالمرفق.<sup>1</sup>

ويعرفه الأستاذ الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط بأنه "عقد إداري تعهد الدولة أو أحد الأشخاص العامة الإقليمية إلى شخص خاص، فرد أو شركة، بإدارة المرفق العامة، بعماله وأمواله، وتحت مسؤوليته، ولمدة محدودة من الزمن، ومقابل رسوم يتقاضاها المنتفعين بالمرفق."<sup>2</sup>

أما الدكتورة عزيزة الشريف، فتعرف عقد الامتياز بأنه "عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة زمنية معينة من الزمن على أن يتعهد الملتزم بتأدية الخدمات للمنتفعين مقابل رسوم وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته."<sup>3</sup>

أما بخصوص الفقه الجزائري فيعرفه على سبيل المثال الأستاذ زوايمية رشيد كا يلي: "هو عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يسمى صاحب الامتياز لتسيير مرفق عمومي في إطار احترام دفتر الشروط مع تحمل صاحب الامتياز مخاطر وأعباء التسيير."

كما يعرفه الأستاذ لباد ناصر أو ما يسمى بالالتزام المرفق العام بأنه "عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة، الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص، يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عام لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك في مقابل القيام بتسيير المرفق العام، ويتقاضى صاحب الامتياز مقابلا ماليا يحدد في العقد يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق."<sup>4</sup>

و عرفه العميد أحمد محيو بالقول " أنه اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام . ورغم أنه عبارة عن صك تعاقدية فإن دراسته ترتبط أيضا بالنظرية العامة

<sup>1</sup> - عثمان بن عبد الله بن محمد السلطي، النظام القانوني لعقد الامتياز في القانون العماني، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة الجامعية 2014، ص 15.

<sup>2</sup> - د/محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص 197.

<sup>3</sup> - د/ حمادة عبد الرزاق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، المرجع السابق، ص 19-20.

<sup>4</sup> - أ/فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، العدد 02، تاريخ النشر: 20 نوفمبر 2014، ص 274.

للمرفق العام لأن هدفه هو تسيير مرفق عام. وباعتباره أسلوباً للتسيير يكون الامتياز بتولي شخص (وهو شخص خاص بصورة عامة) وهو صاحب الامتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات ويستلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق..."<sup>1</sup>

كما يعرفه الفقه الفرنسي بأنه:

« Il ya un concession d'un service public lorsqu'une personne publique (l'autorité concédante) confi contractuellement la charge d'assurer pendant une durée déterminée, l'exécution du service à une personne (privée ou publique ) qu'elle a librement choisie (le concessionnaire)

Il faut ajouter que selon la conception classique et stricte de la concession , le concessionnaire doit assurer le service à ses frais et risques conformément aux prescriptions d'un cahier des charges et que sa rémunération résulte du produit des redevances qu'il perçoit conformément à un tarif sur les usagers du service.<sup>2</sup>

بعد التطرق لمجمل هذه التعريفات الفقهية لعقد امتياز المرفق العام فإن الأمر المستنتج هو أن تعريفات الفقهاء تجمع على تعريف موحد إلى حد ما لهذا العقد، أو على الأقل يجمعون على خصائص مميزة ومشاركة له في تعريفاتهم.

ومنه إذ فإن أهم خاصية أنه عقد إداري أي اتفاق وتطابق إرادتين، أحدها شخص من أشخاص القانون العام والآخر من أشخاص القانون الخاص، وأن عقد امتياز المرفق العام يكون مجاله تسيير مرافق عامة اقتصادية. كما أن صاحب الامتياز سيكون على عاتقه التكفل بجميع المصاريف وتحمل النفقات لإدارة المرفق العام دون أن يكون للإدارة مانحة الالتزام لا يمكن لها تحمل أي مصاريف إدارة المرفق العام.

وثمة إجماع من الفقه على هذا التعريف، وعلى سبيل المثال، يقول الفقيهان Delvolvé و Vedel.

« La concession est un procédé par lequel une personne publique, autorité concédante, confie à une personne physique ou moral appelé concessionnaire, le soin d'installer et de gérer un service public sous le control de l'autorité concédante, moyennant une

<sup>1</sup> -د/ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة - محمد عرب صاصيلا -، المرجع السابق، ص 440.

<sup>2</sup> -Chapus (R), Droit administrative générale, 1988, tome 01, Paris, p406.

نقلا عن : د/ حمادة عبد الرزاق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، المرجع السابق، ص 18.



rémunération qui consiste le plus souvent dans les redevances qui consiste le plus souvent ,dans les redevances que le concessionnaire percevra , sur les usagers du service. »<sup>1</sup>

ب/ تعريف عقد الامتياز في القضاء :

عرفه قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في فتواه رقم 369 الصادرة في 16 ديسمبر 1949 بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق عام متحملا مخاطره، وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر، ويمنح في سبيل ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة، وذلك مقابل يؤديه إلى جهة الإدارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق".<sup>2</sup>

كما عرفته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956 " امتياز المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أ إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع (المرفق) لمدة محددة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى رسوما يحصلها من المنتفعين".<sup>3</sup>

من خلال التعريفات القضائية السابقة الذكر يلاحظ أنها أجمعت على اعتبار عقد امتياز المرفق العام ما هو إلا عقد إداري يتعهد به أحد الأفراد بأداء خدمة للجمهور على أن يكون ذلك على نفقته الخاصة وتكليف من الدولة، أي السلطة المانحة للامتياز وذلك في مدة زمنية معينة على أن يتحمل مخاطر المشروع كما يتقاضى الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام.

وبالرجوع لموقف القضاء الجزائري من عقد امتياز المرفق العام، فقد ذهب مجلس الدولة الجزائري إلى تعريف عقد الامتياز في القرار رقم 11952/11950 الصادر بتاريخ 9 مارس 2004 في قضية شركة نقل المسافرين (سريع جنوب) وبين رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران كما يلي : "..... وحيث أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تسمح بموجبه سلطة الامتياز للمستغل،

<sup>1</sup> -G.Vedel ,P.Delvolvé ,Ouvrage précité,p1133.

نقلا عن : د/ هيام مروة، د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني)، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> - ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 17.

<sup>3</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 162-163.

بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي ويهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه...."<sup>1</sup>

من خلال هذا القرار يبدو أن مجلس الدولة الجزائري قد اعتبر أيضا عقد امتياز المرفق العام عقدا إداريا وبالتالي كذلك أجمع على التعريفات السابقة لعقد امتياز المرفق العام.

### ثانيا: التعريف القانوني لعقد امتياز المرفق العام

#### أ/ التعريف التشريعي لعقد امتياز المرفق العام:

عرفه قانون المياه 17/83 في مادته 21 بالقول: "يقصد بالامتياز بمفهوم هذا القانون: عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام. وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات و المؤسسات العمومية وكذا المجموعات المحلية، إذ هو عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري خاضعا كان للقانون العام أو الخاص، قصد استعمال الملكية العامة للمياه."<sup>2</sup>

كما تنص المادة 22 من نفس القانون على: "أن امتياز الملكية العامة للمياه مؤقت وقابل للبطلان قانونا ويتم سحبه خاصة في حالة عدم احترام المستعملين للالتزامات المترتبة على أحكام هذا القانون."<sup>3</sup>

من خلال تحليل نص المادة 21 من القانون المشار إليه أعلاه يلاحظ أن هذا القانون قد أقر صراحة أن عقد الامتياز عقد إداري، وبالتالي عقد من عقود القانون العام يتم بين الإدارة وبتكليف منها لشخص اعتباري، لكن الملفت للانتباه أن هذا القانون قد استثنى أشخاص القانون الخاص، و قد أقر أنه لا يمكن أن يمنح عقد الامتياز إلا للهيئات أو المؤسسات العمومية وكذا المجموعات المحلية.

بعد ذلك جاء تعديل للقانون وذلك بالأمر 13/96 المتضمن قانون المياه فالمادة 04 منه "فقد عرفت عقد امتياز المرفق العام بأنه عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية."<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ينظر قرار 11952/11950 الصادر بتاريخ 2004/03/09، شركة المسافرين ضد رئيس بلدية وهران، الغرفة الثالثة. [www.conseil.d'Etat.dz](http://www.conseil.d'Etat.dz) نقلًا عن: فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي)، المرجع السابق، ص 250.

<sup>2</sup> نص المادة 21 من القانون رقم 83 / 17 المؤرخ في 16 يوليو 1983 والمتعلق بالمياه، المعدل بالأمر 13/96 المؤرخ في 15 يونيو 1996 ج ر، عدد 30 ص 98.

<sup>3</sup> نص المادة 22 من القانون رقم 83 / 17 المؤرخ في 16 يوليو 1983 والمتعلق بالمياه، مشار إليه سابقا .

<sup>4</sup> ينظر في هذا الصدد نص المادة 04 من الأمر 13/96 المؤرخ في 15 يونيو 1996، المتضمن قانون المياه، المعدل والمتمم للقانون رقم 17/83 ج ر، عدد 37 ص 04.

من خلال ما سبق يتضح أن عقد امتياز المرفق العام لم يبقى ساريا على مجرد الهيئات أو المؤسسات العمومية والجماعات المحلية فقط بل أعطى المجال لأشخاص القانون الخاص لتسيير المرفق العام.

وبالتالي إن المشرع الجزائري قد إتجه توجها جديدا بإقراره تدخل القطاع الخاص في تسيير المرفق العام بعد أن كان حكرا على الأشخاص الاعتبارية التابعة للقانون العام، ويأتي القانون 12/05 المتعلق بالمياه<sup>1</sup> ليكرس الامتياز بحيز أكبر، وتخصيص أكثر وحتى بموارد أكثر، حيث تنص المادة 71 منه على أن الامتياز هو طريقة لاستعمال الموارد المائية.

ويعرف الامتياز ويجعله وسيلة لاستعمال الموارد المالية التابعة للأمالك العمومية الطبيعية للمياه، "وهو عقد من عقود القانون العام، مع شخص طبيعي، أو معنوي خاضع للقانون العام، أو الخاص، هدفه تسيير الموارد المالية واستغلالها." وفق دفتر الشروط والقانون 05-12. ويحدد هذا القانون المجالات التي يمكن اللجوء فيها للامتياز وبعض الشروط الخاصة بكل نوع من النشاطات، ويفصل في بعض النشاطات مثل الامتياز الخاص بتسيير خدمات المياه والتطهير، الذي يمنح لأشخاص معنوية خاضعة للقانون العام وفق دفتر الشروط ونظام خدمة يصادق عليه عن طريق التنظيم، ويكلف صاحب الامتياز باستغلال المنشآت والهيكل التابعة للأمالك العمومية الاصطناعية للماء وصيانتها وتجديدها وإعادة تأهيلها وتطويرها، ويتحصل على مقابل الخدمة وفق نظام التسعير المحدد.<sup>2</sup>

كما عرفته الفقرة الأولى من المادة 64 مكرر من القانون رقم 30/90، المتضمن قانون الأملاك الوطنية،<sup>3</sup> المستحدثة بموجب المادة 19 من القانون 14/08 المعدل والمتمم له<sup>4</sup>، والتي تنص على أنه "يشكل منح امتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز، بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمى صاحب الامتياز، حق استغلال ملحق

<sup>1</sup>- ينظر: الأمر 12/05 مؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بالمياه، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 03/08 مؤرخ في 23 جانفي 2008، ج ر عدد 04 معدل ومتمم بموجب الأمر 02/09 مؤرخ في 22 جويلية 2009 ج ر عدد 44 صادر في 22 جويلية 2009.

<sup>2</sup>- د/ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 166.

<sup>3</sup>- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر سنة 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر ع 52، المؤرخة بتاريخ 02 ديسمبر سنة 1999، والمعدل والمتمم بموجب القانون 14/08 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، ج ر ع 44، المؤرخة بتاريخ 03 أوت سنة 2008.

<sup>4</sup>- القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر ع 44، المؤرخة بتاريخ 03 أوت سنة 2008.

الملك العمومي الطبيعي، أو تمويل، أو بناء أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز، محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز.<sup>1</sup> من خلال نص المادة السابق بيانها فإن عقد الامتياز لاستعمال الأملاك الوطنية العمومية هو العقد الذي يتم بين الجماعة العمومية صاحبة الملك، وشخص معنوي كان، أو طبيعي، بهدف استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي، أو تمويل، أو بناء استغلال منشأة عمومية لمدة معينة من الزمن، لحين الإنتهاء لتعود منشأة للسلطة صاحبة حق الامتياز وبالتالي إن المشرع الجزائري يكون بذلك قد أخذ بنفس خصائص عقد الامتياز باعتباره عقدا إداريا بين سلطة مانحة للامتياز من أشخاص القانون العام، وبين شخص اعتباري أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز وهو ما يعد أسلوبا أو فكرة موحدة عن عقد امتياز المرفق العام.

كما عرفته المادة 15/3 من القانون 07/05 المتعلق بالمحروقات<sup>2</sup> "بأنه وثيقة يرخص بموجبها الوزير المكلف بالمحروقات لصاحب الامتياز بإنجاز واستغلال منشآت النقل بواسطة الأنابيب لمدة محدودة مع مراعاة تنفيذ الالتزامات المكلف بها بموجب هذه الوثيقة".<sup>3</sup>

#### ب/ تعريف عقد الامتياز في التنظيم :

ورد تعريف عقد الإمتياز في الكثير من المواضيع تدخل سلطة التنظيم، إذ جاء تعريفه ضمن التعليم رقم 3.94 / 842 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها ومع غياب تعريف قانوني أو قضائي عام وشامل لعقد امتياز المرفق العام في الجزائر، تكلفت التعليم المذكورة القيام بذلك، حيث وصفته بأنه عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز، على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له المرفق.

<sup>1</sup> - أ/أكلي نعيمة، التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقد الامتياز، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد 10، المجلد 4 تاريخ النشر: جوان 2017. ص 447.

<sup>2</sup> - القانون 07/05 المؤرخ بتاريخ 28 أفريل سنة 2005، المتضمن قانون المحروقات، ج ر ع 50، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة بتاريخ 19 جويلية سنة 2005.

<sup>3</sup> - أ/أكلي نعيمة، الإطار القانوني الناظم للقطاع - عقود الشراكة، البحث و/أو الاستغلال والامتياز نموذجا، مداخلة في إطار ملتقى دولي الإطار القانوني لاستثمار الأجنبي في الجزائر: كيف يصبح الاستثمار الخاص الأجنبي في خدمة التنمية الوطنية المنظم من قبل قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة بدون ذكر صفحة.

ويشبه التعريف الذي جاءت به هذه التعليمات، ذلك الذي قدمه مجلس الدولة الفرنسي، في قرار له صادر في 30 مارس 1916، في قضية شركة إنارة بوردو، حيث اعتبر الامتياز عقد يكلف بمقتضاه شخصا من أشخاص القانون العام، تحت رقابته شخصا آخر من أشخاص القانون الخاص، التكفل بمرفق عام على حسابه ويكون المقابل الذي يتلقاه، هو تمكينه من استغلال المنشأة<sup>1</sup>.

وتطبيقا لما جاء في قانون المياه من أحكام متعلقة بامتياز تسيير الموارد المائية، لاسيما ما جاء في أحكام المادة 101 الفقرة الثانية، صدر المرسوم التنفيذي رقم 54/08 الصادر بتاريخ 9 فيفري 2008 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به<sup>2</sup> والذي نصت عليه المادة الثانية من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم على أنه: "على أنه يتمثل امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب في ضمان التزويد بالمياه عن طريق الاستغلال والصيانة والتجديد وإعادة تأهيل وتطوير منشآت هياكل الحشد والمعالجة والربط والتخزين وتوزيع الماء الشروب..."<sup>3</sup>.

كما عرفه المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 والمتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة<sup>4</sup> من خلال مواد 01 و 02 و 03 و 04 يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها لمنح الامتياز، يمكن منح امتياز الطريق السريع لكل شخص معنوي خاضع للقانون أو القانون الخاص، الذي يقدم طلبات بذلك، وفق شروط وتعليمات دفتر الشروط النموذجي، ويكون منح هذا الامتياز موضوع اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة وبين صاحب الامتياز، يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ من مجلس الحكومة وتندشر اتفاقية منح الامتياز ودفتر الأعباء المتعلقة بها في الجريدة الرسمية.

<sup>1</sup> - مشالي أمينة، خصوصية المرافق العامة، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع دولة ومؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الجامعية 2015/2016، ص 99.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 54/08 الصادر بتاريخ 9 فيفري 2008 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر ع 08، المؤرخة بتاريخ 13 فيفري سنة 2008.

<sup>3</sup> - د/ جمال رواب، واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد 22، تاريخ النشر أوت 2014، ص 117، ص 113-114.

<sup>4</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 والمتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج ر ع 55، السنة الثالثة والثلاثون المؤرخة بتاريخ 25 سبتمبر 1996. (تنص المادة 02 منه: "يكون منح امتياز الطريق السريع لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص الذي يقدم طلبا بذلك ووفق شروط وتعليمات دفتر الأعباء النموذجي الملحق بهذا المرسوم. ويكون منح هذا الامتياز موضوع إتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة وبين صاحب الامتياز، يلحق بهذا المرسوم الإتفاقية النموذجية الخاصة بمنح الامتياز.)

وحسب هذا المرسوم فالامتياز أعطى له البعد الحقيقي، في إنجاز استثمارات وتسيير المرفق العام، كما هو معروف في فرنسا.

بالرجوع لنص المادة 01 من الاتفاقية النموذجية تمنح الدولة حق الامتياز بمقتضى هذه الاتفاقية للشركة صاحبة للامتياز التي تقبل بناء واستغلال وصيانة الطريق السريع أو مقاطع منه، فهذه المادة تبين أن هذا الامتياز يقرب أكثر لعقود الـ BOT المعروفة في الدول الأنجلوسكسونية (بناء، استغلال، تحويل)، وهذا للحد من العبء المالي الكبير يمكن أن يسببه هذا الطريق السريع بكل نفقاته.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني

#### الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام

لما كان عقد التزام المرافق العامة هو إحتلال فرد أو شركة محل السلطة العامة في إدارة مرفق عام، يقدم خدماته للجمهور، لقاء أجر معلوم، تحت رقابة وإشراف الإدارة، فقد اختلف في تحديد طبيعة هذا العقد لأنه يتضمن جانبين من القواعد جانب يتعلق بحقوق الملتزم المالية، وجانب آخر يتعلق بتسيير وتنظيم المرفق العام.<sup>2</sup>

إذ أن الامتياز يطرح إشكالية يمكن صياغتها على النحو التالي: هل جميع التدابير التي يتضمنها الامتياز لها نفس الطبيعة القانونية أو لا؟ وبالتالي هل عمل الامتياز **L'acte de concession** - بغض النظر عن أن الوثيقة التي تنظمه تتمثل في وثيقة واحدة أو وثيقتين (الاتفاق نفسه ودفتر الشروط) - يشكل وحدة قانونية أم أنه يشكل تقارب لأعمال قانونية مختلفة؟<sup>3</sup>

للإجابة عن هذا التساؤل نجد هناك نظرتين في تكييف الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق

العامة.

الأولى تعتبره عملاً واحداً. تنظره إليه باعتباره عملاً مركباً.

أولاً: النظرية الألمانية (الامتياز عمل من جانب واحد)

يرى البعض أن عقد الامتياز ليس عقداً أو اتفاقاً بين صاحب الامتياز والإدارة العامة (السلطات

العامة) بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ وإبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة والمتشابكة بين أطراف

<sup>1</sup> - مشالي أمينة، خصوصية المرافق العامة، المرجع السابق، ص 98-99.

<sup>2</sup> - عثمان بن عبد الله بن محمد السلطي، النظام القانوني لعقد الامتياز في القانون العماني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 30.

<sup>3</sup> - د/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 224.

مختلفة، وحتى أن مصالح الأطراف تتعارض فيما بينها، وبالرغم من ذلك تقدم الإدارة على هذا التنظيم تسهيلا لسير المرافق العامة.

غير أنه يرد على هذا الرأي الذي يذكر الطبيعة الاتفاقية لهذا العقد.. بأن الاتفاقات الفرعية التي يتضمنها، إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الإدارة وصاحب الامتياز.

وذهب فريق من الفقهاء إلى أن الامتياز هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من سلطة ويرضخ له الملتزم اختيارا لقبوله شروط الامتياز وهذه النظرية سادت في الفقه الألماني وأخذ بها إلى حد ما الفقه الإيطالي في أواخر القرن الماضي.<sup>1</sup>

إذ يكاد يجمع الفقه الألماني على أن الامتيازات الإدارية سواء تعلقت بمرافق عامة، أي امتيازات المرافق العامة أو غيرها، من طبيعة منفردة، أي أنها أعمال صادرة من جانب الإدارة وحدها، وأن حقوق الفرد الملتزم لا تستمد من عقد يربطه بالجهة الإدارية، وإنما من ذلك العمل القانوني الصادر من الإدارة وحدها وأن دور الملتزم مقصور على قبول الالتزامات التي تتضمنها وثيقة الامتياز، فالامتياز عمل قانون له نفس طبيعة القرار الإداري الصادر بتعيين موظف وعلى هذا الأساس فإن الملتزم ليست له حرية في مناقشة بنود عقد الالتزام، وإنما كل ما له أن يقبل أو يرفض الوثيقة التي تصدرها الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة كما يترتب على ذلك أن الجهة الإدارية التي منحت الامتياز تستطيع أن تسحبه، أو تعدل في شروطه في كل وقت بإرادتها المنفردة دون توقف على رضاء الملتزم، وبالتالي تستطيع أن تعدل التزامات الملتزم وفي حقوقه.

هذا الرأي وإن ساد في الفقه الألماني، كان قد أخذ به الفقه الإيطالي في أواخر القرن التاسع عشر، إلا أنه يؤخذ عليه أنه يزيد من إغفال لدور الملتزم إلى الحد الذي يهدد مركزه، ويدفعه إلى الإحجام عن القيام بمثل هذا الدور لذا لم تحظ هذه النظرية بتأييد يذكر في الفقه الفرنسي أو الفقه المصري وظهرت نظرية أخرى ترى في عقد الالتزام عملا قانونيا من طبيعة مركبة، ويتضمن جانبا تعاقديا وجانبا لائحيا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> -د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 174-175.

<sup>2</sup> - عثمان بن عبد الله بن محمد السلطي، النظام القانوني لعقد الامتياز في القانون العماني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 31.

## ثانيا: النظرية الفرنسية

طغت الطبيعة التعاقدية لعقد امتياز المرفق العام منذ بداية القرن العشرين، لأن الاتفاق الثنائي المتبادل بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة لا يمكن أن يكون إلا عقدا. وبالتالي يشكل امتياز المرفق العام عقدا يتضمن تفويضا من قبل السلطة المانحة إلى أن صاحب الامتياز يقوم بتشغيل المرفق العام لقاء حصول الأخير على بدلات من المستفيدين. كما أن امتياز المرفق العام يتضمن خصوصية تتعلق بالمستفيدين من خدمات المرفق العام، والتي تضمن حقوقهم في الحاضر والمستقبل فالامتياز عقد يتضمن بنودا لمصلحتهم.<sup>1</sup>

وهذا المفهوم التقليدي استمر إلى غاية القرن 20 غير أن هذه النظرية تعرضت إلى انتقادات كثيرة ومن الانتقادات :

أن التنظيم وممارسة مصلحة عامة لا يمكن أن تشكل موضوع عقد لأنها تدخل في صميم الكفاءة الأحادية للسلطات العمومية. ومن جهة أخرى لأن واقع الإدارة لا يمكن أن ينحصر في العقد. إذن الفكرة التي ظهرت في تحديد طبيعة الامتياز أنه يتميز بطبيعة مزدوجة، أي يتضمن عناصر تعاقدية وعناصر تنظيمية. لكن كيف يمكن تحليل هذه الازدواجية ؟

هناك تفسير أولي اعتمد على وجود مظهر ازدواجي للامتياز، أي أن عقد الامتياز يكون تعاقديا في العلاقات ما بين مانح الامتياز ويكون تنظيميا في وجه المتعاملين. وحاليا إن الاتفاق على مفهوم طبيعة الامتياز يعتمد على اعتبار العقد مزدوج، وأن العناصر الأخرى تنجم على العقد كالشروط التنظيمية التي يكون فيها عقد الامتياز شرط أساسي يفرض على صاحب الامتياز قواعد موضوعية تتعلق بالسير الحسن للمصلحة، وأن هذه الشروط يمكن تغييرها مع منح تعويض إذا كانت هذه الشروط تؤدي إلى عدم استقرار مالي للعقد، إن خلق هذه الشروط تؤدي بطبيعة الحال إلى طعن تجاوز السلطة.<sup>2</sup>

وعن مجلس الدولة الفرنسي فإنه قد رفض النظرية العقدية الكلية للامتياز وذلك من خلال قراره المؤرخ في 21 ديسمبر 1906 في قضية نقابة المالكين والمساهمين لحي صليبي ليسقي - تيفولي في بوردو.

<sup>1</sup> - مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup> - Jean-marie -Auby, Robert Ducos-Ader, Grands Services Publics et entreprises nationales, op.cit, p209.



C.E 21 déc 1906<sup>1</sup>, syndicat des propriétaires et contribuables de quartier croix de Seguey-Tivoli à Bordeaux.<sup>2</sup>

لكن رغم ذلك لم يكتب النجاح لهذه النظرية وتعرضت لانتقادات شديدة لاعتبار الامتياز عقدا كاملا، وهو من عقود القانون المدني، يخضع للشروط والإجراءات المطلوبة لهذا النوع من العقود، إلا أن ذلك من شأنه أن يمنع الإدارة من إدخال تعديلات مناسبة على أحكام العقد خاصة ما يتعلق بتحسين الخدمة وتحقيق الكفاءة. مما يترتب عنه إعاقة وتعطيل السير العادي والحسن للمرفق العام. بالإضافة إلى إمكانية صاحب الامتياز شغل الملك العمومي، وهو أمر لا أثر له في القانون المدني، نتيجة لذلك استبعدت النظرية، لأنه لا يمكن التسليم أن عقد الامتياز هو عقد مدني، نظرا لخصوصيته من ناحية يتعلق موضوعه بتسيير مرفق عام وفقا للمبادئ التي تحكم و تنظيم المرفق ضمن أحكام استثنائية من ناحية أخرى.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> -RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR INTERET POUR AGIR C.E. 21 déc.1906 , SYNDICAT DES PROPRIETAIRES ET CONTRIBUALES DU QUATIER

CROI-DE-SEGUEY- TIVOLI ,Rec .962 , concl. Romieu (D.1907 .3.41. CONCL ? Romieu ;S. 1907 .3.33, note Hauriou) Sur le fin non-recevoir titré de ce que le syndicat requérant ne constituerait pas une association capable d’ester en justice :

Cons. que le syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix- de- Seguey –Tivoli s’est constitué en vue de pouvoirs à la défense des intérêts du quartier, d’y poursuivre toutes améliorations de voirie, d’assainissement et d’embellissement, que ces objets sont au nombre de ceux qui peuvent donner lieu à la formation d’une association aux termes de l’art. 1<sup>er</sup> de la loi de 1<sup>er</sup> juill . 1901 ; qu’ainsi, l’association requérante, qui s’est conformée aux prescriptions de l’art .5 5 et suivants de la loi du 1<sup>er</sup> juill 1901, a qualité pour ester en justice :

Sans qu’il soit besoin d’examiner les autres fins non-recevoir opposées par la compagnie des tramways électriques au pourvoi du syndicat :

Cons .que le syndicat requérant a demandé au préfet d’user des pouvoirs qu’il tient des art .21 et 39 de la loi du 11 juin 1880 pour compagnie des tramways électriques de bordeaux à reprendre l’exploitation, qui aurait été indument supprimée par elle ,du tronçon de Tivoli de la ligne n° 5 ; Cons .que, pour repousser la demande du syndicat , le préfet s’est fondé sur ce que le tronçon de ligne dont il s’agit n’était pas compris ans le réseau concédé par le décret du 19 aout 1901 ; qu’en l’absence d’une décision rendue par la juridiction compétente et donnant au contrat de concession une interprétation différent de celle admise par le préfet , le syndicat n’est pas fondé à soutenir que le refus qui lui a été opposé par le préfet dans les termes ou il a été motivé , est entaché d’excès pouvoir ; ...(Rejet M. Long /P.Weil/ G.Braibant /P.Delvolvé /B.Genevois ,Les grands arrest de la jurisprudence administrative ,op cit , p98.

<sup>2</sup> -د/ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 224.

<sup>3</sup> - أ/ شكلاط زبوش رحمة، مكانة ومدى نجاعة عقد الامتياز في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للمالية العامة جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد الثالث، المجلد 03، تاريخ النشر: 20 ديسمبر 2013، ص 213.

إن الفقه الفرنسي منذ أن استشعر مدى ما يتميز به عقد الالتزام من خصائص تباعد بينه وبين عقود القانون المدني وتدمغه بطابع خاص، بدأ الفقه الفرنسي منذ أواخر القرن التاسع عشر - يصف عقد الالتزام بأنه عقد من نوع خاص، أو أنه عقد إداري بطبيعته. ولكن هذا الوصف لم يرق لرائد الفقه الكبير الأستاذ ديغي، لذلك ذهب هذا الأخير إلى أن امتياز المرافق العامة لا يمكن اعتباره عقداً، وإنما هو عمل قانوني مركب يشمل نوعين من النصوص.<sup>1</sup>

### ثالثاً: الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز (un acte mixte)

لم تلق النظرية التعاقدية المدنية قبولا من الفقه والقضاء لمجافاتها للواقع القانوني السليم، ومخالفتها وإخلالها بإحدى القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة، والأضرار التي تلحقها بالمصلحة العامة. اتجه الفقه صوب النظرية المختلطة القائلة بأن الامتياز عقد ذو طبيعة مختلطة يتضمن نوعين من الشروط. وأول من أشار لهذه الطبيعة المختلطة الأستاذ M Hauriou الذي يرى بأن امتياز المرافق العامة يخفي خلف وحدته الظاهرية عنصرين مختلفين هما: إحداث مرفق عام وإنشاء علاقات مالية بين الملتزم وبين الإدارة المتعاقدة.

وإن كان الأستاذ M Hauriou زعيم مدرسة السلطة العامة أول من أشار للطبيعة المختلفة لامتياز المرافق العامة، فقد تولى زعيم مدرسة المرفق العام<sup>2</sup> توضيح هذه الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز إذ يرى أن الطابع العام لامتياز المرافق العام هو الطابع الاتفاقي. فالامتياز عبارة عن اتفاقية لكنها ذات طبيعة مختلطة واستطرد زعيم مدرسة المرفق العام في توضيح هذه الطبيعة المختلطة لاتفاقية الامتياز إذ تعد هذه الاتفاقية اتفاق عقد واتفاق قانون في أن واحد.

<sup>1</sup> عثمان بن عبد الله بن محمد السلطي، النظام القانوني لعقد الامتياز في القانون العماني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 31 - 32.

<sup>2</sup> -مدرسة المرفق العام: وضع البناء القانوني للمرفق العام من طرف مدرسة BORDEAUX وخاصة من طرف JEZE وROLLAND L. سرعان ما اعتبر الأول رائد المدرسة. يقول JEZE. بأن مفهوم المرفق العام هو المفهوم الأساسي "حجرة الزاوية للقانون الإداري" كما سيرتبط إسم الثاني بقواعد تسيير المرفق العام، ويعبر عنها البعض بقواعد L.ROLLAND.

تعتبر مدرسة المرفق العام بأنه يجب تعريف كل المفاهيم التقنية للقانون الإداري بالرجوع إلى فكرة المرفق العام .

DUGUIT هو أول من أتى بوجهة النظر هذه بالنسبة لأربعة مفاهيم :

1- الموظفون هم الذين يتنمون لمرفق عام ويسيرونه. يعتبر L. DUGUIT "مفهوم الموظف يرتبط ارتباطاً متيناً بمفهوم المرفق العام " .

2- الملك العمومي (Domaine Public) هو مجموعة الأملاك المخصصة لتسيير المرفق العام .

3- العمل العمومي (Travail Public) هو الذي يجرى على عقار ويرمي لتنفيذ مهمة مرفق عام .

4-العقد الإداري هو الذي يستهدف تنفيذ مهمة مرفق عام .

لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر في هذا الصدد : د/ محمد أمين بوسماح، الإرث الاستعماري للمفهوم القانوني للمرفق العام، المرجع السابق، ص 14-15.

ويقصد بذلك أن اتفاقية الامتياز تتضمن طائفتين من الشروط: شروط تنظيمية وشروط تعاقدية.<sup>1</sup>

فأما الشروط التعاقدية فهي التي تتعلق بالمزايا المادية والمالية الممنوحة للملتزم، مثل مدة الالتزام وضمان حد أدنى من الربح، وتقديم إعانات. أما الشروط اللائحية فهي تلك التي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق، وهي توجد دائما حتى ولو لم تتم إدارة المرفق بالالتزام وهذه الشروط تتعلق باستغلال المرفق والتعريفة، ومركز العاملين.

ويترتب على هذا التمييز بين نوعي الشروط نتيجة مهمة، هي أن الشروط التعاقدية لا يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة لمنح الالتزام، خلافا للشروط اللائحية لا يمكن تعديلها بما يتناسب مع حاجات المرفق التي يمكن أن تتغير.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني

#### التنظيم القانوني للامتياز

نظرا لأن عقد الالتزام يخول فردا عاديا أو شركة الحلول محل السلطة العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله فإنه يجب أن يكون هناك نوع من الرقابة على السلطة المانحة للالتزام خاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي الحالي، والذي قد يؤدي إلى أن يكون الملتزم شركة أجنبية، ونظرا لأن المرافق العامة هي محل عقود الامتياز دائما ما تقدم خدمات هامة ومنافع حيوية للمنتفعين، فإنه لا يخفى على أحد من أهمية ووجود نظام قانون خاص يمنح الالتزامات المتعلقة بالمرافق العامة والثروات الطبيعية يكون مقتضاه أن الإدارة ليست مطلقة اليد في منح الالتزام، بل تكون مقيدة بما نصت عليه أحكام الدستور والقوانين المتعلقة بهذا العقد<sup>3</sup>. وترتبطا على ما تقدم سيتم بحث في: أركان وإجراءات منح الامتياز (الفرع الأول) ومن ثم التطرق إلى نهاية وأثار عقد الامتياز (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> -د/ علي خطار الشطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 276-277.

<sup>2</sup> -د/ محمد محمد عبد اللطيف، التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية، فهرسة مكتبة الكويت الوطنية، جامعة الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 105-106.

<sup>3</sup> - عثمان بن عبد الله بن محمد السلطي، النظام القانوني لعقد الامتياز في القانوني العماني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 45.

## الفرع الأول

## أركان وإجراءات منح الامتياز

يبرم عقد الامتياز بين طرفين هما الشخص العام مانح الامتياز، والشخص الطبيعي أو المعنوي صاحب الامتياز. ويسبق إبرام العقد صدور إجازة من قبل السلطة المختصة تسمح بإبرام العقد ويليه إجراء التصديق على العقد. كما يتكون عقد الامتياز من صك الامتياز ودفتر الشروط الذي يتضمن البنود التنظيمية والتعاقدية والتي تشكل النظام القانوني للعقد.<sup>1</sup>

## أولاً: أركان عقد الامتياز

امتياز المرفق العام هو نمط من أنماط التسيير للمرفق العام فيه تكلف مجموعة عامة (مانح الامتياز) شخص أو فرد وفي غالب الأحيان شركة (المستفيدة من الامتياز) عن طريق اتفاقية تبرم مع هذا الأخير تهدف إلى تسيير المرفق العام على حسابه مع تحمل المخاطر مقابل إتاوات يقدمها المنتفعون من الخدمة.<sup>2</sup>

فالعقد الامتياز فيه طرفين الشخص العمومي المانح للامتياز هو السلطة الإدارية العمومية (الدولة، جماعة محلية، مؤسسة عمومية)، والشخص الذي يستفيد من الامتياز صاحب الامتياز وهنا قد يكون شخصا عاما أو خاصا من القانون الخاص فقط : مثل تعليمة وزير الداخلية، لكن ما يمكن قوله أن صاحب الامتياز يمكن أن يكون شخص من القانون العام أو القانون الخاص.<sup>3</sup>

## أ/ أطراف عقد الإمتياز:

حتى وان اتفقت جميع التعاريف المنظم لعقد الامتياز الإداري على مستوى جميع المرافق القطاعية على أن الامتياز علاقة قانونية ثنائية الجانب، تبرم بين الإدارة المانحة للامتياز (أ) والملتزم (ب)، إلا أن لكل من هذه التعاريف انصراف وتقييد في تحديد هذه الأطراف، فكل قانون حددها تبعا لأهمية أو خطورة المرفق العام الذي نظمه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 94.

<sup>2</sup> - André DE LABUBADERE ,traites de droits administratif ,op cit , p566

<sup>3</sup> - مشالي أمينة، خصوصية المرافق العامة، المرجع السابق، ص 99.

<sup>4</sup> - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعة 2012 / 2013، ص 40-41.

## 1- مانح الامتياز:

وحددهم أشخاص القانون العام يمكنهم أن يأخذوا صفة مانح الامتياز لأن المرافق العامة مرتبطة بهم، وهم أصحاب الاختصاص في تحديد طريقة إدارة المرافق العامة، فيديروها مباشرة أو عن طريق مؤسسة عامة أو يعهدوا بإدارتها إلى شخص طبيعي أو معنوي.

وأشخاص القانون العام هم الدولة والمؤسسات العامة والأشخاص المحلية. ففي فرنسا تملك البلديات والمؤسسات العامة صلاحية منح الامتيازات، والمثال على ذلك الامتيازات المتعلقة بالمرافق المستقلة والأدوات المسلمة من قبل السلطات المرفئية. أما في لبنان فإن التطبيق العملي لم يظهر قيام البلديات والمؤسسات العامة بمنح الامتيازات، بل اقتصر منح الامتيازات على الدولة في مجال إنتاج وتوزيع الكهرباء والمرافق وخطوط النقل الهوائي.<sup>1</sup>

أما في الجزائر فتمثل الإدارة المانحة للامتياز الطرف الأول في عقد الامتياز الإداري، وتمثل في الشخص العام الذي يمنحه القانون صلاحية أبرام العقد فمن خلال التعليمات الوزارية 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها يتمثل الشخص المعنوي في الدولة، الولاية، أو البلدية.<sup>2</sup>

فحسب التعليمات المذكورة أعلاه فإن عقد امتياز المرافق العامة هو "عقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقاته وتحت مسؤولياته المالية بتكليف من الإدارة (الدولة، الولاية، البلدية) طبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح التي يدرها لمدة من الزمن تحدد في العقد بحيث يعود المشروع في نهاية المدة إلى الإدارة.<sup>3</sup>

## 2- صاحب الامتياز:

إن عقد الامتياز يبرم في الغالب مع أحد أشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعياً أو معنوياً. وفي القرن التاسع عشر بدأت الدولة بتفويض إدارة وتشغيل المرافق العامة الاقتصادية المهمة إلى شركات خاصة كالسكة الحديد وتوزيع الماء والكهرباء والغاز. إلا أن نظام امتياز المرفق العام لحق به العديد من

<sup>1</sup> - مروان محي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 40-41.

<sup>3</sup> - التعليمات رقم 842/ 3.94 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة عن وزير الداخلية، ص 3.

التطورات وفق ماسبق بيانه، وأصبح بالإمكان تفويض المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو شركات الاقتصاد المختلط.

وبالتالي يمكن تصنيف أصحاب الامتياز من حيث طبيعته القانونية إلى ثلاثة أنواع:

-أشخاص القانون الخاص، وهم أصحاب الامتياز في أغلب الحالات، لأن اللجوء إلى طريقة الامتياز تهدف إلى تخفيف أعباء تشغيل المرافق العامة عن كاهل أشخاص القانون العام، والاستفادة من أساليب العمل في القطاع الخاص، بحيث تؤدي الخدمة من قبل الشركات المتخصصة في مجال نشاط المرفق وفقا لمعايير الجودة المعتمدة في السوق.<sup>1</sup>

ففي الجزائر تعددت القوانين القطاعية المنظمة لعقد الامتياز، لذا لا يمكن التعرض لمجملها، وعموما تتمحور حول فكرة مفادها أن عقد الامتياز عقد إداري، تتولى بموجبه الدولة (ممثلة بالوالي، أو رئيس البلدية أو أحد الوزراء حسب المرفق محل العقد وأهميته بالنسبة للدولة.....)، منح صلاحية إدارة واستغلال أو حتى - في أحيان - إنشاء المرفق العام لأحد الأشخاص (عاما أو خاصا).

"إن ما يمكن ملاحظته من خلال هذه التعاريف أن المشرع الجزائري لم يتبين فلسفة واحدة فيما يتعلق بمفهوم عقد الامتياز الإداري (و إن اتفقت جميع القوانين على اعتباره اتفاقا بين طرفين أحدهما الدولة باعتباره عقد إداري)، ويتجلى ذلك من خلال الطرف المتعاقد مع الإدارة "صاحب الامتياز".

فأحيانا يحصره المشرع في الشخص الطبيعي الجزائري الجنسية (كما هو معمول به في إطار القانون رقم 03/10 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة<sup>2</sup>، والمرسوم التنفيذي رقم 04-373، يحدد شروط منح الامتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية

<sup>1</sup> - د/مروان معي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة -BOT -تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، ص 97-98.

<sup>2</sup> - القانون رقم 03/10 المؤرخ بتاريخ 15 أوت سنة 2010 المتضمن تحديد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، ج ر ع 46، السنة السابعة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 18 أوت سنة 2010. (تنص المادة 04 منه: "الإمتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الامتياز"، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة وكذا الأمالك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم، لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفيات تحديدها و تحصيلها و تخصيصها بموجب قانون المالية")

يقصد في مفهوم هذا القانون ب "الأمالك السطحية" مجموع الأمالك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية و لاسيما منها المياني و الأغراس و منشآت الري.

المائيات وكيفيات ذلك<sup>1</sup>، وهو ما يتعارض مع قاعدة حرية الاستثمار من خلال التمييز بين الجزائريين والأجانب، وإن كان من جانب آخر يعمل على تشجيع الاستثمار المحلي، وأحيانا يوسع قليلا من مجال إبرامه مع الشخص المعنوي، أو الطبيعي مع تقييده بضرورة خضوعه للقانون الخاص، و بالتالي استبعاد الأشخاص المعنوية العامة بأن تكون طرفا (ملتزما) في عقد الامتياز (بمعنى لا يمكن إبرام عقد الامتياز بين شخصين معنويين وإن كان التحول في حد ذاته يفرض ذلك باعتبار عقد الامتياز من بين تقنياته مشاركة القطاع الخاص للعام في النهوض بعبء التسيير والاستغلال .

فضلا عن ذلك فإنه، غالبا ما يتم اللجوء إليه كطريقة للتخفيف عن ميزانية الدولة، في حين هناك من القوانين، منها المرسوم التنفيذي رقم 94-41، يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها<sup>2</sup>، والتعليمة الوزارية رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها<sup>3</sup>، التي أطلقت من مجال إبرام عقد الامتياز مع أي شخص طبيعي كان أو معنوي جزائريا أو أجنبيا شرط خضوعه للقانون الخاص، و بالتالي استبعاد الأشخاص المعنوية العامة.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 04-373، المؤرخ بتاريخ 21 نوفمبر سنة 2004، المتضمن تحديد شروط منح الامتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكيفيات ذلك، ج ر ع 75، السنة الواحدة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 24 نوفمبر سنة 2004. (تنص المادة 02 منه: "الإمتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات هو العقد الإداري الذي تمنح إدارة الأملاك الوطنية بواسطته شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية أو معنويا يخضع للقانون الجزائري، مساحات برية و/ أو مائية . تدرس اللجنة المؤسسة بموجب المادة 07 أدناه ملف الإمتياز .

لا يمكن إعداد هذا الإمتياز إلا بعد ترخيص من الوزير المكلف بالصيد البحري .")  
<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 94-41 المؤرخ بتاريخ 29 يناير سنة 1994، المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر ع 07، السنة الواحدة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 06 فبراير سنة 1994. (تنص المادة 23 منه: "يعتبر إمتياز الحمامات المعدنية عقدا إداريا، يمنح بمقتضاه الوزير المكلف بالحمامات المعدنية بصفته اغلسلطة مانحة الامتياز لشخص معنوي أو طبيعي، عمومي أو خاص صاحب الإمتياز حق استغلال هذه المياه المعدنية لمدة محددة مقابل أجر.")

<sup>3</sup> - التعليمة رقم 842/ 3.94 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة عن وزير الداخلية، المرجع السابق، ص 03. (تنص في هذا الصدد على أن أسلوب الإمتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الإمتياز " الملتزم " على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المتفوعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق .

فبموجب هذا العقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقاته وتحت مسؤولياته المالية بتكليف من الإدارة (الدولة، الولاية، البلدية) طبقا للشروط التي توضع له باداء خدمة عامة للجمهور مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح التي يدرها لمدة من الزمن تحدد في العقد بحيث يعود المشروع في نهاية المدة إلى الإدارة .)

وعليه هذه التعليمات أطلقت من مجال إبرام عقد الامتياز مع لأي شخص كان، دون قيود فيما تعلق بهويته، إلا أنها ألزمتها بضرورة الخضوع للقانون الجزائري)<sup>1</sup>.

كما يمكن أن يعهد إدارة المرفق العام، لأشخاص القانون العام وفقا لطريقة الامتياز، إلى مؤسسة عامة كما هو الحال في المرفق المتعلق بإنتاج وتوزيع ونقل الكهرباء بفرنسا الذي عهد به إلى مؤسسة عامة قومية هي كهرباء فرنسا. مع الإشارة إلى أنه اعتبارا من 19 تشرين الثاني من عام 2004 أصبحت كهرباء فرنسا شركة مساهمة مملوكة للدولة ولم تعد مؤسسة عامة. كما يمكن أن يكون صاحب الامتياز شخصا عاما غير المؤسسات العامة كامتياز إدارة الجسور ومحطات الطرق في فرنسا التي تدار من قبل غرفة الصناعة والتجارة.<sup>2</sup>

#### ب- موضوع الامتياز:

إن موضوع الامتياز هو تسيير مرفق عام واستغلاله وبناء المنشآت الضرورية لتسيير المرفق وكذا التجهيزات اللازمة للاستغلال. فصاحب الامتياز لا يقتصر دوره على التسيير، بل يتعداه إلى إنشاء المرفق في حد ذاته ثم إدارته واستغلاله لتحقيق ما أنفقته في البناء، أي يتحمل صاحب الامتياز كل الاستثمارات المبدئية المتعلقة بالمرفق العام. أما بخصوص نوعية المرافق العمومية القابلة لأن تكون محل امتياز فإن القانون الجزائري لم يحدد نوعها وبقية عامة، تحتل أن تكون قابلة لأن تكون محل امتياز كل من المرافق الإدارية والصناعية والتجارية كما هو الحال في فرنسا.<sup>3</sup>

و طبقا لما نصت عليه كل من المادة 138 من القانون المتعلق بالبلدية والمادة 130 من قانون الولاية فإنه بإمكان الجماعات المحلية أن تعهد بتسيير مرافقها العامة إلى المتعاملين الخواص سواء أكانوا أفرادا أو شركات عن طريق الامتياز إذا عجزت عن تسييرها عن طريق الاستغلال المباشر أو بواسطة مؤسسات عمومية محلية (بلدية وولائية).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - أ/أكلي نعيمة، التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقد الامتياز، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد 10، المجلد 4 تاريخ النشر: جوان 2017، ص 448-449.

<sup>2</sup> - مروان معي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 59.

<sup>3</sup> - مشالي أمينة، خصوصية المرافق العامة، المرجع السابق، ص 100.

<sup>4</sup> - التعليمات رقم 3.94/842 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة عن وزير الداخلية، مشار إليه سابقا، ص 03.



فطبقا للتعليمية الوزارية المشار إليها فإن مضمون عقد امتياز المرفق المحلي يختلف في البلدية عنه بالنسبة للولاية.<sup>1</sup>

1- مضمون امتياز المرافق العامة المحلية في ظل التعليمية رقم 3.94/ 842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها:

فقد أشارت التعليمية السالفة الذكر إلى مضمون عقد الامتياز البلدي، وذلك طبقا لأحكام المادة 132 من القانون المتعلق بالبلدية إذ أن عقد امتياز المرافق العامة المحلية التابعة للبلدية يمكن أن يتعلق بالمرافق التالية:

-مرفق المياه الصالحة للشرب والتنظيف والمياه القذرة.

-القمامات المنزلية وغيرها من الفضلات.

-الأسواق المغطاة.الأسواق والأوزان والمكاييل.

-التوقف مقابل الدفع.

-النقل العمومي.

-المقابر والمصالح الجنائزية.

-الطرق البلدية.<sup>2</sup>

2- مضمون امتياز المرافق العامة المحلية في ظل قانون البلدية :

نصت المادة 138 من قانون البلدية لسنة 1990 على ما يلي : " إذا لم يكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا دون أن ينجم عن ذلك ضرر جاز للبلديات منح الامتياز يصادق الوالي على هذه الاتفاقيات التي حررت لهذا الغرض بموجب قرار إذا كانت مطابقة لنماذج الاتفاقيات المعمولة حسب قواعد الإجراءات السارية المفعول." وهاهو قانون البلدية لسنة 2011 يكرس نظام الامتياز بموجب المادة 155 والتي جاء فيها : "يمكن المصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149

<sup>1</sup> - أ/د عمار بوضياف، عقد الإمتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لإمتياز المرافق المحلية، المرجع السابق، ص 11-12.

<sup>2</sup> - التعليمية رقم 3.94/ 842 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة عن وزير الداخلية، مشار إليها سابقا، ص 04-05.

أعلاه أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول." ورجوعا لهذه المادة يتبين أنها قد تضمنت النشاطات أو الخدمات أو المصالح التالية:<sup>1</sup>

-التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة.

-النفائات المنزلية والفضلات الأخرى.

-صيانة الطرقات وإشارات المرور.

-الإنارة العمومية.

-الأسواق المغطاة والأسواق الموازين العمومية.

-الحظائر ومساحات التوقف.

-المحاشر.

-النقل الجماعي.

-المذابح البلدية.

-الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء .

-الفضاءات الثقافية التابعة لأماكنها.

-فضاءات الرياضة والتسليّة التابعة لأماكنها .

-المساحات الخضراء.

د-المقابر والمصالح الجنائزية.

-الطرقات البلدية.<sup>2</sup>

### 3-مضمون امتياز المرافق العامة المحلية في ظل قانون الولاية :

نصت المادة 130 من قانون الولاية لسنة 1990 على أنه إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية بشكل استغلال مباشر أو مؤسسات يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستعمالها عن

<sup>1</sup> - أ/ د عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 243-244.

<sup>2</sup> - أ/ د عمار بوضياف، عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحلية، مجلة الفقه والقانون العدد الواحد والعشرون، جويلية 2014، ص 11-12.

طريق الامتياز يصادق على العقود المبرمة في هذا الصدد بقرار من الوالي وينبغي أن تكون مطابقة لدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها.<sup>1</sup>

نصت المادة 149 من قانون الولاية لسنة 2012 على أنه إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية بشكل استغلال مباشر أو مؤسسة يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستعمالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم.

يصادق على العقود المبرمة بهذا الصدد بقرار من الوالي، وينبغي أن تكون مطابقة لدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها. وطبقا للمادة 54 من قانون الولاية تصبح مداوات المجلس الشعبي الولائي نافذة بقوة القانون بعد 21 يوما من إيداعها لدى الولاية. وإذا تبين للوالي أن مداولة ما غير مطابقة للقوانين والتنظيمات فإنه يرفع دعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في أجل 21 يوما تلي اتخاذ المداولة لإقرار بطلانها. ومن المفيد الإشارة أن قانون الولاية لم يذكر بالتفصيل مجال أو ميدان الامتياز مكتفيا بالاعتراف للمجلس الشعبي الولائي بالترخيص باستغلال المرفق عن طريق الامتياز.

من المفيد الإشارة إلى أن قانون الولاية لم يذكر بالتفصيل مجال أو ميدان الامتياز مكتفيا بالاعتراف للمجلس الشعبي الولائي بالترخيص باستغلال المرفق عن طريق الامتياز. وهذا خلافا لقانون البلدية حيث عدت المادة 149 النشاطات أو الخدمات أو المصالح.<sup>2</sup>

### ج/ شكل عقد الامتياز:

إن عقد الامتياز يكون في شكل عقد ممضى من قبل الوصاية المختصة (وزير، والي، رئيس البلدية)، وأحيانا عن طريق رخصة مسبقة من سلطة مداولة (المجلس العام، اللجنة العامة، المجلس البلدي). وذلك عن طريق اتفاقية تؤكد اتفاق الأطراف وتحدد موضوع العقد، وكذا عناصره الأساسية، بالإضافة إلى الأنماط المالية الخاصة ودفتر الأعباء الذي يحدد القواعد العامة للامتياز

<sup>1</sup> - أ / د عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري (النشاط الإداري)، قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة الدانمارك، المرجع السابق، ص 56. على الموقع الإلكتروني للأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك.

<http://www.ao-academy.org/ar/2009/10/2132.html>

اطلع عليه بتاريخ 12 أوت 2018. على الساعة 12:00

<sup>2</sup> - أ / د عمار بوضياف، شرح قانون الولاية القانون 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المرجع السابق، ص 282-283.

وأنماط تنفيذ الاستغلال، قواعد الاستغلال، المبادئ والحلول التي قد تطرأ، هذه الدفاتر مصادق عليها عن طريق المرسوم.<sup>1</sup>

فجدير بالإشارة أن عقد الامتياز وإن تجسد في رابطة قانونية بين الإدارة والمتعاقد معها، إلا أن العقد يبني أساسا على دفتر شروط تقوم الدولة أو الولاية أو البلدية بإعداده، ومثال ذلك دفتر الشروط المتعلق بالامتياز الممنوح من الدولة إلى البلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي والمنشئ بموجب قرار وزاري مشترك المؤرخ في 17 مارس 1967<sup>2</sup> وكذا دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة والمنشئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996.<sup>4</sup>

وعلى سبيل المثال فإن المرسوم التنفيذي المتعلق بامتياز تسيير الخدمة العمومية للتزويد بماء الشرب ونظام الخدمة المتعلق به، الصادر سنة 2008<sup>5</sup> لم يشير إلى وثيقة عقد الامتياز ولم بين محتواها، إلا أن المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 2005/10/23 المتضمن تحويل تسيير أنشطة ووسائل الخدمة العمومية للمياه الصالحة للشرب والتطهير إلى الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير في إطار الامتياز، جاء باتفاقية نموذجية للامتياز تكون ملحقة بالمرسوم التنفيذي المصادق عليه سنة 2008 إلى جانب دفتر الشروط النموذجي.

هذه الوثيقة المتعلقة بنظام الخدمة توضح شروط وكميات توفير الخدمة العمومية للمياه إلى المستعملين من قبل صاحب الامتياز، بحيث تم التنصيص عليها في قانون المياه في المادة 101 الفقرة

<sup>1</sup> - Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader ,Grands Services Publics et entreprises nationales , op.cit, p209.

<sup>2</sup> - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 مارس 1967، المتضمن إنشاء دفتر الشروط المتعلق بالامتياز الممنوح من الدولة إلى البلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، ج ر ع 26، السنة الرابعة المؤرخة بتاريخ 28 مارس سنة 1967. (تنص المادة 01 منه : " يصادق على دفتر الشروط الملحق بهذا القرار والمتعلق بالامتياز الممنوح من الدولة إلى البلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي ).

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتضمن منح امتيازات الطرق السريعة، المرجع السابق .

<sup>4</sup> - أ/د عمار بوضياف، عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحلية، مجلة الفقه والقانون العدد الواحد والعشرون: جويلية 2014، ص 09.

<sup>5</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المؤرخ بتاريخ 09 فيفري سنة 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للسير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر ع 08، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 13 فيفري سنة 2008.

الثانية، وألحقت بدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه سنة 2008، حيث تضم 30 مادة بالنسبة للخدمة العمومية للتزويد بماء الشرب.<sup>1</sup>

#### د-المقابل المالي :

يتحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي عن طريق الإتاوات والرسوم التي يدفعها المرتفقون مقابل الخدمة التي قدمت لهم، وهو المقابل الذي يتقاضاه صاحب الامتياز جراء تسيير واستغلاله للمرفق، فالإدارة لاتدفع مقابل التسيير مبلغا ماليا مباشرة، بل عن طريق السماح لصاحب الامتياز باستغلال الأرباح التي يدرها المرفق.

وعلى سبيل المقارنة فإنه في فرنسا يتحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي إما مباشرة من طرف المرتفقين (إتاوات) أو عن طريق الإدارة ويكون مرتبطا مباشرة باستغلال المرفق العام وبالمقابل يتحمل صاحب الامتياز كل أعباء بناء وتجهيز واستغلال وتسيير المرفق العام، وهذا هو الفرق بين التسيير المباشر والتسيير عن طريق الامتياز، فهو الطريقة الأنجع لتجنب تحميل ميزانية الدولة والجماعات المحلية مبالغ ضخمة توجه لإنشاء وتسيير المرافق العمومية.<sup>2</sup>

#### هـ- مدة الامتياز:

حددت كل التعاريف تقريبا أن للامتياز مدة معينة، تكون طويلة مقارنة بالإيجار حتى يستطيع صاحب الامتياز استرداد الأعباء المالية التي دفعها في إنشاء واستغلال المرافق إن تحديد المدة بالنسبة للامتياز هو دليل على أنه ليس مؤبدا، وأن المرفق العام هو ملك للجماعة العمومية ومما يجعله ورغم طول مدة استغلاله هو ملك للجماعة العمومية وهذا ما يجعله ورغم طول مدة استغلاله من طرف الخواص يحتفظ بالمرفق العام، لأن هدف الامتياز ليس التنازل عن المرفق العام فهي مجرد طريقة لتسيير واستغلال المرفق العام، وهذا ما أرادت به الهيئة العمومية بهذه الطريقة من التسيير.<sup>3</sup>

وفي هذا الصدد لم يشر قانون الولاية ولا قانون البلدية لمدة محددة تتعلق بعقد الامتياز وتحدد المدة في العقد، فهو عقد زمني وليس بالعقد المؤبد، وأشارت التعليمات المذكورة أن مدة العقد تتراوح بين 30 إلى 50 سنة. وبذلك ابتعد عقد امتياز المرافق العامة من الصفقة العمومية من حيث مدة حياة كل

<sup>1</sup> - د/ جمال رواب، واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 117.

<sup>2</sup> - د/ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 169.

<sup>3</sup> - مشالي أمينة، خصوصية المرافق العامة، المرجع السابق، ص 100.

عقد والسبب في طول المدة يكمن حسب تفسير التعليمات المذكورة هو تمكين صاحب الامتياز من تعويض ما أنفقه من مصاريف تتعلق بإنشاء المرفق أو تجهيزه وهي مبررات معقولة وموضوعية.<sup>1</sup>

وعلى ذلك الأساس فقد حدد المرسوم التنفيذي 02-40 المؤرخ في 14 جانفي 2002 المتضمن المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها<sup>2</sup>، يلاحظ أن المادة الأولى من هذا المرسوم قد ورد فيها صراحة عبارة تمنح الدولة. بموجب هذه الاتفاقية شركة الخليفة للطيران التي تقبل امتياز استغلال خدمات جوية للنقل العمومي. وذكرت المادة 02 أن مدة الامتياز حددت ب 10 سنوات من المصادقة على الاتفاقية ويمكن تجديدها.<sup>3</sup>

كما حددت مدة الامتياز ب 30 سنة كحد أقصى حسب المادة 71 من القانون رقم 01/13، المعدل والمتمم للقانون رقم 07/05، المتعلق بالمحروقات<sup>4</sup>، بعد أن تم تحديدها قبل تعديل قانون المحروقات ب 50 سنة كحد أقصى عملا بأحكام المادة 71 من القانون رقم 07/05، المتعلق بالمحروقات، وعن نهاية هذه المدة يتم تحويل ملكية جميع الهياكل والمنشآت التي تسمح بمواصلة العمل لصالح الدولة مجانا، والتي يتعين أن تكون في حالة جيدة، وتتولى سلطة ضبط المحروقات بإعداد قائمة الهياكل التي لا ترغب في تحويل ملكيتها.<sup>5</sup>

### ثانيا : إجراءات منح الامتياز

إن امتياز المرفق العام يعتمد على وجود عقد من خلاله أن السلطة الإقليمية (مانحة الامتياز) تكلف شخصا المستفيد من الامتياز للقيام طبقا لبعض قواعد التسيير لمهمة مصلحة عامة مع تحميل المخاطر الناجمة عن ذلك، وصاحب الامتياز قد يتلقى في المقابل علاوة يتحملها الخواص.

<sup>1</sup> - أ/د عمار بوضياف، عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحلية، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 02-40 المؤرخ في 14 جانفي 2002 المتضمن المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ع 04، السنة التاسعة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 16 يناير سنة 2002.

<sup>3</sup> - أ/د عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 472.

<sup>4</sup> - تنص المادة 71 من القانون 07/05 المؤرخ بتاريخ 28 أفريل سنة 2005، المتضمن قانون المحروقات، مشار إليه سابقا، على: "يمنح الامتياز المذكور أعلاه لمدة أقصاها خمسون (50) سنة .

<sup>5</sup> - أكلي نعيمة، الإطار القانوني الناظم للقطاع - عقود الشراكة، البحث و/أو الاستغلال والامتياز نموذجا، مداخلة في إطار ملتقى دولي الإطار القانوني لاستثمار الأجنبي في الجزائر، كيف يصبح الاستثمار الخاص الأجنبي في خدمة التنمية الوطنية المنظم من قبل قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة. بدون ذكر صفحة.

لذلك تتعدد إجراءات وطرق منح الامتياز للمتعاقد من خلال استخدام الأساليب والوسائل التي نص عليها القانون، والتي لا يمكن الخروج عنها، حيث أنه في حالة الخروج يعتبر الأمر غير قانوني. لذا لجأ المشرع إلى إقرار وإيجاد وسائل وأساليب عديدة للتعاقد، والنص عليها لضمان حقوق كافة الأطراف، حتى لا يشوب عملية التعاقد أي نوع من الغبن، أو التدخلات الشخصية أو المزاجية، التي تعكس صفو الاستقرار الاقتصادي داخل البلد، والذي بدوره يخلق أزمة استثمارية واقتصادية في ظل الحاجة المستمرة والملحة للاستثمار وتطوير المرافق الاقتصادية وإشباع حاجات المواطنين.

على ذلك الأساس جاءت النصوص التشريعية المختلفة لتؤكد على ما سبق، وتحديدًا تلك الطرق التي تضمن الشفافية والتي تعتمد أساسًا على العلانية، وتكافؤ الفرص، والمساواة ما بين الأفراد والمستثمرين وعدم تفضيل أحدهم على الآخر، حيث ينم إخضاع الجميع لنفس الإجراءات والطرق القانونية التي تضمن عدم التمييز أو الإنجاز لشخص على حساب الآخر.<sup>1</sup>

#### أ/ اختيار صاحب الامتياز:

لا يختلف عقد الامتياز الإداري عن العقود الخاصة من حيث ضرورة توافر العقد بصفة عامة، وحتمية تحقق شروط الانعقاد من عيوب الرضا، وغيوب عدم مشروعية المحل أو السبب، لكن تختلف عنها في طريقة التعبير والإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية فارتباط عقد الامتياز الإداري بإدارة واستغلال مرفق عام، ونظرًا لأهمية موضوعه ولما كان تحقيق المنفعة العامة غرضه الأساسي فإنه يتعين على الإدارة المتعاقدة مراعاة بعض الاعتبارات على أساس أنها شخص قانوني باسم المصلحة العامة لاختيار صاحب الامتياز، الذي يحقق الغرض المرجو بالتالي إبرام العقد الذي يتم باستحضار وثائق معينة.<sup>2</sup>

فنشأة الامتياز هي اللبنة الأولى لبناء نظام قانوني لامتياز وتعتبر أهم مرحلة حيث أن التسيير الفعال يبدأ بالاختيار الأمثل والعقلاني لأفضل، أحسن العروض من حيث الجودة والنوعية، لاسيما من الناحية الفنية والتقنية المالية، ومن ثم انتقاء المقدم للعرض الذي تتوفر فيه المواصفات الدقيقة والمؤهلات العلمية والعملية قصد تسيير المرفق العام وإدارته واستغلاله وصيانته، بشكل عقلاني وشفافية في ظل المنافسة النزهاء والشريفة.

<sup>1</sup> - د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز (دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء)، المرجع السابق، ص 113.

<sup>2</sup> - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 59-60.

وتمثل المناقصة العامة القاعدة العامة لاختيار المتعاقد ذلك ما تم تكريسه في قانون الصفقات العمومية والمنافسة بين المتعاملين لمنحهم فرص تقديم عروضهم. فتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتنظيم طريقة اختيار صاحب الامتياز، بل تركه للإدارة التي تتمتع بالسلطة التقديرية لتقرير ذلك، مما يؤدي إلى غياب المنافسة كما هو الشأن في الصفقات<sup>1</sup> العمومية.<sup>2</sup> وبالتالي يعتبر عقد الامتياز الإداري عقد ذو طابع شخصي، مما لا يسمح معه للملتزم التنازل عليه لشخص آخر دون الموافقة المسبقة للإدارة المانحة للامتياز.

على أن مبدأ الاختيار الحر لصاحب الامتياز مستثنى بموجب القواعد التي تنيط احتكارا ببعض الأشخاص لإدارة بعض المرافق العامة، مثل ما تناوله قانون المحروقات أين جعل منح الامتياز للشركة الوطنية سونطراك أو أحد فروعها، أو ببعض الأحكام التقييدية بفرض الجنسية الجزائرية في شخص الملتزم كما هو محدد في القانون 03/10 الذي يحدد كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة.

فيلاحظ من خلال التعليمات الوزارية رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها أن هناك تحول رافق توجه نحو اعتماد إجراءات جديدة لمنح الامتياز، وهي أساسية في عقود الصفقات العمومية، تكمن في المزايدات التي تضمن منافسة فعالة على أسس ومعايير موضوعية تعدها الإدارة مسبقا وبالتالي تحقيق مبادئ العقلانية، الشفافية، تكافؤ الفرص والمساواة، فضلا عن حرية المنافسة التي تتجسد عن طريق الإشهار.<sup>3</sup>

#### ب/ اتخاذ قرار التعاقد وإبرام عقد الامتياز:

1- اتخاذ قرار التعاقد أو الترخيص بالتعاقد : ذلك عندما يكون أحد أطراف عقد الامتياز شخصا عاما تتألف إدارته من سلطة تقريرية وسلطة تنفيذية، فيجب أن يسبق إبرام عقد الامتياز قرار صادر عن السلطة التقريرية يقضي بالتعاقد أو يرخص به. والفرق بين القرار بالتعاقد والترخيص، هو أنه في الحالة الأولى تلزم السلطة التنفيذية بإبرام العقد، أما في الحالة الثانية فإن السلطة التنفيذية تملك

<sup>1</sup> - الصفقة العمومية : "عقود مكتوب في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات". (ينظر نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50).

<sup>2</sup> - أ/شكلاط زيوش رحمة، مكانة ومدى نجاعة عقد الامتياز في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 213.

<sup>3</sup> - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 62-63.



الخيار بين أن تبرم العقد أو لا تبرمه. وأكد مجلس الدولة الفرنسي على أن للقرار بالتعاقد الطابع الإلزامي. كما يمكن للسلطة التشريعية أن ترخص للسلطة التنفيذية منح امتياز.<sup>1</sup>

2- انعقاد العقد: بعد اختيار المتعاقد يتم منح الامتياز، وبذلك إبرام العقد، وفي أغلب الأحيان يتطلب مصادقة مسبقة من السلطات المكلفة بذلك.

فمثلاً منح امتياز الطرق السريعة حسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 308/96 ".... يكون منح الامتياز موضوع اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة وبين صاحب الامتياز"، وهذا هو عقد الامتياز، لكن هل هذه الاتفاقية قابلة للتنفيذ؟ وهذا هو الإشكال.<sup>2</sup>

فتنص المادة 03 من نفس المرسوم التنفيذي على " يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة، بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي بالداخلية والمالية والطرق السريعة"، ويبدأ التنفيذ بعد المصادقة بمرسوم تنفيذي على منح الامتياز ونشره في الجريدة الرسمية وهو الأرجح.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### نهاية وأثر عقد الامتياز

ينتهي عقد الامتياز نهاية طبيعية بانتهاء مدته، شأنه في ذلك شأن بقية العقود الإدارية، وقد ينتهي نهاية مبسرة<sup>4</sup> قبل حلول الأجل المحدد له، إعمالاً لحق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي الصالح العام. ويتفق المشرع مع الفقه والقضاء في الحكم على ضرورة تحقيق موازنة بين اعتبارين أساسيين يتعلقان بانتهاء عقد الامتياز. فمن ناحية يعتبر عقد الامتياز طريقاً من طرق إدارة

<sup>1</sup> - د/مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة -BOT- تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup> - د/ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 188.

<sup>3</sup> - أ/شكلاط زيوش رحمة، المرجع السابق، مكانة ومدى نجاعة عقد الامتياز في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 214.

<sup>4</sup> - الطريقة المبسرة في إنهاء العقد الإداري: " قد لا ينتهي العقد نهاية طبيعية بالتنفيذ أو بانقضاء مدته، بل ينتهي نهاية غير طبيعية وقبل أوانه وهذه الطريقة في إنهاء العقد الإداري هي التي تثير أحكام قانونية عند التطبيق إذ نهاية العقد بهذه الطريقة تسمى بفسخ العقد، وبموجب هذه الطريقة فإن العقد الإداري ينتهي بالطريقة المبسرة " وهي كمايلي: (1- الفسخ باتفاق الطرفين، 2- فسخ العقد الإداري بقوة القانون

3- الفسخ القضائي، 4- الفسخ الإداري). لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: حيدر محمد علي، نهاية العقود الإدارية، بحث مقدم إلى عمادة كلية القانون والعلوم السياسية وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون، قسم القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى جمهورية العراق، السنة الجامعية 2018، ص 12-13-14-15.

المرافق العامة والذي ينتج عنه الزيادة في أحوال إنهاء العقد قبل حلول أجله بناء على السلطة المخولة للإدارة.

ومن ناحية أخرى، فإن جسامه المبالغ التي تنفق في سبيل إعداد مرفق الامتياز وتشغيله تستوجب حماية حقوق الملتزم، حين ينتهي عقده قبل الأوان وهو لم يسترد ما أنفقه من أموال طائلة، وهنا تدور المبادئ والأحكام العامة في خصوص معالجة الموضوعات المتعلقة بالنهاية الطبيعية والنهاية المبسرة.<sup>1</sup> كما أن من آثار عقد الامتياز أنه يرتب حقوقا وامتيازات لكلا طرفيه (الإدارة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز) وترتبا على ما تقدم سيتم بحث كل من في نهاية عقد الامتياز (أولا) والآثار المترتبة على عقد الامتياز (ثانيا).

#### أولا: نهاية عقد الامتياز

لا يبرم عقد الامتياز إلا لمدة محددة يتفق عليها وتدرج في دفتر شروط الامتياز، لأن السلطة المانحة لا تستطيع التخلي عن المرافق العامة إلا بصورة مؤقتة. فالمرافق العامة تشكل جزء من كيان الدولة وإن كان لصاحب الامتياز الحق في استغلال المرفق العام طوال مدة العقد، إلا أن دواعي المصلحة العامة تفرض على السلطة العامة في بعض الحالات إلغاء المرفق العام، أو تعديل طريقة إدارته. فتقوم باسترداد الامتياز قبل انتهاء مدته. إلا أنه لا يحق للسلطة المانحة استرداد الامتياز. بهدف منح المرفق العام إلى صاحب امتياز آخر.

وقد يرتكب صاحب الامتياز أثناء تنفيذ العقد أخطاء جسيمة، تستوجب من السلطة المانحة منعه من استغلال المرفق العام، ودون أن يكون له أي حق في التعويض، وذلك من خلال فسخ العقد، أو تطبيق أشد العقوبات وهي الإسقاط.

#### أ/ النهاية الطبيعية لعقد الامتياز:

يعبر عقد الامتياز عن علاقة قانونية بين طرفين أحدهما شخصا معنويا عاما يتعهد فيه الملتزم بتنفيذ مهمة إدارة وتسيير أحد المرافق العامة التابعة للدولة المخصصة والمهيأة لتحقيق المنافع العامة للجمهور، وذلك بانتهاء المدة المحددة في دفتر شروط المرفق العام للعقد حيث يعتبر عقد الامتياز عقد إداري مؤقت ينتمي إلى طائفة العقود الزمنية التي يعتبر فيها الزمن عنصرا جوهريا، وبالتالي المدة

<sup>1</sup> - د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز (دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء)، المرجع السابق، ص 264.

المحددة لنفاذه وإلى انقضائه بقوة القانون. ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد، وقد يغفل ذكر المدة في العقد وهو أمر نادر الوقوع إن لم يكن مستحيلاً، فيتم الإستعانة في هذه الحالة بالمدة القصوى المحددة قانوناً لنمثل تاريخ نهايته.<sup>1</sup>

### ب/ النهاية الغير طبيعية لعقد الامتياز (المبتسرة)

قد ينتهي عقد الامتياز كما هو الحال بالنسبة لسائر العقود الإدارية نهاية مبتسرة قبل المدة المحددة لنفاذه إما بطريق الاسترداد، أو الفسخ، أو الإسقاط، ومع ذلك ينفرد عقد الامتياز دون سائر العقود الإدارية بخاصيتين أساسيتين في هذا الصدد :

-الخاصية الأولى: الصلة الوثيقة لعقد الامتياز بالمرفق العام، الأمر الذي يزيد من فرص إنهاء العقد قبل ميغاده المحدد.

-الخاصية الثانية: جسامه المبالغ التي يستلزمها إعداد المرفق والتي تستوجب حماية الملتزم.<sup>2</sup>

وسميت غير عادية لأن الأصل أن نهاية الامتياز تكون عند نهاية المدة المتفق عليها، فنهايته قبل هذه المدة ومهما كانت الأسباب يكون حالة غير عادية ونهاية غير طبيعية.

1-إنهاء العقد بقوة القانون: قد ينتهي الامتياز بقوة القانون وهذا مكرس في الحالتين:

-القوة القاهرة : (وهي ذلك الحدث الخارجي غير المتوقع ولا يمكن رده ويحول دون تنفيذ العقد) وبذلك لا يستطيع صاحب الامتياز تنفيذ العقد فيزول وتنتهي أثره.

-حالة الوفاة (وفاة صاحب الامتياز): ففي عقد الامتياز شخصية صاحب الامتياز لها أهمية كبيرة. وتطبيقاً للقاعدة العامة فإن وفاة صاحب الامتياز تؤدي إلى انقضاء عقد الامتياز.

وكما يقول الأستاذ إلياس ناصيف أن العقد ينقضي بوفاة صاحب الامتياز إذا نص على ذلك عقد الامتياز بسبب أهمية هذا الأخير.<sup>3</sup>

2-الإنهاء الإرادي الفسخ الاتفاقي : تطبيقاً للقواعد العامة يمكن لطرفي عقد الامتياز، الإدارة والملتزم الاتفاق بينهما لاعتبارات يرتضيانها على وضع نهاية الالتزام قبل انقضاء مدته.

<sup>1</sup> - أ/لعماري أمال، أ/بالة زهرة، عقد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد الخامس، العدد 01 تاريخ النشر:أفريل 2018، ص 140.

<sup>2</sup> - جارالله علي جارالله المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 123.

<sup>3</sup> -د/ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 198.

3-إنهاء الإداري: نظرا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة يمكن للإدارة المانحة للامتياز أن تلجأ إلى إنهاء الالتزام بإرادتها المنفردة إما :

أ-لأن الملتزم أخل إخلالا فادحا بالتزاماته المنصوص عليها في اتفاقية الامتياز، أو في دفتر الشروط "الفسخ الجزئي" على أنه يمكنه أن يطعن في ذلك أمام القضاء الإداري تعسفا من الإدارة.

ب-لأن مقتضيات المصلحة العامة وظروف تسيير المرفق العام أصبحت تتطلب تغيير وتعديل طريقة الإدارة والتسيير، إعمالا لمبدأ التكيف. كأن تعدل البلدية في تسيير مرفق النقل العمومي مثلا عن طريق الامتياز مستبدلة إياها بطريقة "المؤسسة العامة"، على أن تقوم الإدارة مانحة الامتياز بتعويضه عما قد يصيبه من الأضرار.<sup>1</sup>

4-إنهاء القضائي: بناء على طلب الملتزم، حيث يلجأ الملتزم إلى القضاء طالبا إنهاء العقد قبل الأولى لأسباب منها :

أ-إذا أخطأت الإدارة خطأ جسيما في تنفيذ التزاماتها.

ب-إذا عدلت الإدارة في شروط عقد الامتياز بما يخل بتوازنه الاقتصادي إخلالا جسيما يفوق إمكانيات الملتزم الاقتصادية أو الفنية، أو يغير من جوهر العقد، بما يجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة.

ج-إذا اختل التوازن المالي نتيجة ظرف طارئ، وثبت للملتزم أن الاختلال التوازن المالي للعقد لم يعيده إلى نصابه.<sup>2</sup>

5-استرداد الالتزام: وهو إنهاء الإدارة لعقد الالتزام قبل حلول مواعده من دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويض تعويضا عادلا. ومن ثم فإن الاسترداد يتم بقرار إداري حتى ولو تضمن العقد نصا على حق الإدارة في اللجوء إليه. فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد.

والاسترداد إما أن يكون تعاقديا وهو الاسترداد الذي ينظمه العقد ويحدد شروطه، ولهذا تعد إجراءات تحقيق هذا الاسترداد من الشروط التعاقدية التي يتعين على الإدارة مراعاتها وعلى القضاء احترامها. وإما أن يكون هذا الاسترداد غير تعاقدية ويترتب عليه عقد الالتزام من دون وجود نص في العقد أو في دفتر الشروط، ويعد هذا الحق من الحقوق المسلم بها للإدارة في نطاق عقد الالتزام استنادا

<sup>1</sup> - لعماري أمال، بالة زهرة، عقد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام، المرجع السابق، ص 141.

<sup>2</sup> -د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز (دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء)، المرجع السابق، ص 276.

إلى سلطتها التي لا يمكن التنازل عنها في تعديل أركان تنظيم المرفق العام، وقد يكون الاسترداد قانونيا إذ يتدخل المشرع عندئذ بإصدار قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق المهمة التي تدار عن طريق الالتزام، كالأسترداد التشريعي ما قام المشرع المصري حين أقدم على إنهاء التزام شركة قناة السويس، وذلك بمقتضى القانون 285 لسنة 1926.<sup>1</sup>

### ثانيا: الآثار المترتبة على عقد الامتياز

يعد امتياز المرفق العام من العقود الإدارية التي تحتوي على التزامات متبادلة. فصاحب الامتياز ملزم بتشغيل المرفق العام خلال المدة المتفق عليها في العقد، وتنفيذ العقد من قبله شخصيا دون أن يكون له الحق في التنازل عنه لشخص آخر إلا بموافقة الإدارة المكتوبة .

والسلطة المانحة ملزمة بتمكين صاحب الامتياز من تشغيل المرفق العام وتسليمه مواقع العمل والمنشآت العائدة للمرفق، وعند إخلالها بالتزاماتها يمكن لصاحب الامتياز اللجوء إلى القضاء والمطالبة بفسخ العقد والحصول على تعويض على الضرر الذي لحق به.<sup>2</sup>

وبالمقابل يحق لصاحب الامتياز أن يحصل على البدلات من المستفيدين من خدمات المرفق العام ومن التمتع ببعض امتيازات السلطة العامة المنصوص عنها في العقد، كحق الاستملاك واحتكار النشاط موضوع الامتياز. وله أيضا الحق في بقاء التوازن المالي للعقد قائما، وفي حال اتخذت الإدارة إجراءات أو طرأت ظروف غير متوقعة يؤدي إلى الإخلال بهذا التوازن، فله الحق في الحصول على التعويض الذي يعيد التوازن المالي إلى نصابه.

أما السلطة المانحة فلها الحق في الرقابة والإشراف على عمل صاحب الامتياز بهدف ضمان حسن تشغيل المرفق، والتأكد من تطبيق المبادئ الأساسية للمرافق العامة. وتملك في سبيل ذلك سلطة تعديل بنود العقد ذات الطابع التنظيمي بموجب قرارات فردية صادرة بإرادتها المنفردة، كما تملك مجموعة من الأدوات التي تشكل عقوبات تفرض على صاحب الامتياز في حال أخل بالالتزامات الملقاة على عاتقه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - أ/ خديجة حرمل، النظام القانوني الخاص بتفويضات المرفق العام على ضوء قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 247/15، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، العدد 02، المجلد 03، تاريخ النشر 29 جوان 2017، بدون ذكر صفحة .

<sup>2</sup> - د/ مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 162

<sup>1</sup> - مروان مكي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 69.

إذ يقر الامتياز حقوقا وواجبات للأطراف لأنه يتضمن مصلحتين وهي متكاملة في بعضها البعض وقد تحتمل خطر التناقض. فمن جهة إن السلطة المانحة تهتم أساسا بالاستغلال الأفضل للمصلحة، ومن جهة أخرى فإن صاحب الامتياز يهدف إلى تحقيق الفوائد، وأنه حول هذين الهدفين تتحدد الحقوق والواجبات المتبادلة للطرفين فعلا وعليه فإن صاحب الامتياز بكونه يشغل مرفقا عاما يستفيد من وسائل العمل وبالتالي يخضع للوزير وبصفته مقاولا خاصا يتم ضمان له مجموعة من الفوائد والضمانات المالية، وهذا ما يدخل ضمن الصلاحيات والالتزامات الناشئة عن تسيير المرفق العام.<sup>1</sup>

أ/ آثار الامتياز بالنسبة للملتزم : وهي حقوقه وواجباته

### 1- حقوق الملتزم (صاحب الامتياز) :

تستمد من الشروط التعاقدية ويغلب عليها الطابع المالي مثل حقه في اقتضاء الرسوم التي تحددها الإدارة من المنتفعين بالمرفق لتغطية نفقاته وتحقيقه للأرباح التي ينشدها وتحديد مدة الالتزام.

كما تتوفر للمتعاقد الملتزم حقوق أخرى مالية تطبيقا لنظرية التوازن المالي للعقد والتي أقرها القضاء الإداري في أحكامه والمبادئ العامة التي ابتدعها في إطار العقد الإداري<sup>2</sup>. وتطبيقا لنظرية التوازن المالي حق للملتزم في التعويض الكامل من الإدارة بسبب التعديلات التي أجرتها على الشروط التنظيمية للعقد ونتج عنها أضرار وأعباء مادية. وكذلك من حق الملتزم بالحصول على تعويض جزئي يقدره القضاء الإداري بسبب الظروف الطارئة الغير متوقعة<sup>1</sup> التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد وتكون خارجة

<sup>1</sup> - Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader , Grands Services Publics et entreprises nationales, op.cit, p209.

<sup>2</sup> - في هذا الإطار حق الجهة صاحبة الامتياز في التوازن المالي للعقد. الأصل أن التزام المرفق العام لا يخلو من المخاطر، فالملتزم يسعى للربح ويتعرض للخسارة، الأمر الذي يستلزم أن يبذل عناية الشخص العادي في إدارة المرفق واستغلاله واتفاقية الامتياز تتشابه مع العقد المدني، حيث إنها اتفاقية بين إرادتين لتحقيق آثار قانونية معينة، وقد استقر القضاء الإداري على التزام الإدارة بالمحافظة على التوازن المالي للعقد، وهذا الالتزام يمثل حقا للمتعاقد إذ يستطيع المطالبة به أمام الجهات القضائية أو المحكمين وذلك عن طريق ما اتبعه القضاء الإداري من نظريات ثلاث : -نظرية عمل الأمير (فعل الأمير الصادر في صورة إجراء فردي خاص، فعل الأمير في صورة إجراء تنظيمي عام) - نظرية الظروف الطارئة. لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر :

-/د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز (دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء)، المرجع السابق، ص 221 وما يليها.  
<sup>1</sup> - في حالة الظروف الطارئة غير المتوقعة تحقيق مبدأ الضمان لابد احترام العقد ولا بد من تنفيذ ما ورد فيه من شروط لكن هناك ظروف قد تؤدي إلى أمور غير متوقعة وعلى هذا الأساس فإن الفقه اعتمد نظرية عدم التوقع مع قرار : Gaz de Bordeaux CE 30/5/1973 الشركة العامة للإنارة، فإنه من سنة 1914 فإن الشركة العامة لمدينة بوردو وإلى غاية 1934 كانت هي الشركة الرسمية والوحيدة في توزيع الغاز والكهرباء وأن التسعيرة للم<sup>3</sup> الغاز تم تحديدها على أساس سعر الفحم، إلا أنه في بداية الحرب فإن سعر طن ارتفع إلى غاية 0.60 فإن الشركة طلبت من مدينة بوردو إعطائها رخصة من أجل رفع سعر الغاز وكذلك تمكينها من تعويض وتفاديا

عن إرادة المتعاقدين وتسبب تهديدا للمرفق العام من جهة ولخسارة فادحة للملتزم من جهة ثانية.<sup>1</sup>

2- واجبات الملتزم (صاحب الامتياز):

إن مضمون التزامات صاحب الامتياز تنحدر من شروط العقد أو من القانون المشترك - "الالتزامات الناجمة عن بنود العقد" - . فهي الالتزامات المرتبطة بالممارسة العادية للمصلحة الموجودة في كل عقود الامتياز، قد تحدد إما التنفيذ الشخصي أو الامتناع التعاقد من الباطن، أو التنازل وإجبارية الحصول على رخصة من السلطة المانحة للالتزام في حالة التمثيل من مستفيد آخر مع ملاحظة أن هذه الشروط يجب أن تكون واضحة ودقيقة ومتطابقة مع القوانين والتنظيمات وكذلك من الالتزامات حماية المتعاملين مع تحديد أيضا الأسعار وكذا آليات الأمن (Sécurité).

كما توجد ضمن هذه الالتزامات الخضوع إلى المراقبة ذات طابع محاسباتي ومالي وخاصة في الحالات التي يشارك فيها ماليا مانحي الامتياز (ضمان الفائدة والمشاركة فيها) خارج هذه الحالات، فإن الإدارة لا يمكنها المطالبة بمعلومات عن المحاسبة التابعة لصاحب الامتياز ( مثال قرار : CE 24/4/1989 بلدية موتيراي).<sup>2</sup>

و بالتالي فعلى صاحب الامتياز القيام شخصيا بواجباته المدرجة في العقد على أكمل وجه، أي عليه التنفيذ وفقا لبنود العقد. وعندما ينص العقد على إمكانية التنازل يجب في هذه الحالة الحصول على موافقة الإدارة.

وفي هذا الخصوص، جاء في قرار نجم / الدولة (الصادر في 26-05-1970 م.إ ص : 125):

" يجب الأخذ بأحكام شروط عقد الامتياز بشأن التنازل عنه عندما تتوافق بمضمونها مع المبادئ التي تسود الامتيازات، ذلك أن صاحب الامتياز ينفذ مصلحة عامة يعهد بها إليه بعد حيازته ثقة الإدارة تأمينا لحسن تنفيذ المصلحة العامة. فلا بد من توافق الإدارة على شخصية المتنازل له عن الامتياز كي يتمتع بصفة صاحب الامتياز".

...=لحالة كارثية تجارية فإن مجلس الدولة الفرنسي اعترف للمتعاقد في الحق بالمطالبة من السلطة المانحة للمشاركة في الخسائر وكذا تحمل الجزء الأكبر من الأتعاب. لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر:

Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader , Grands Services Publics et entreprises nationales, op.cit, p212 :

<sup>1</sup> -د/ عباس محمد نصرالله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup> - Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader , Grands Services Publics et entreprises nationales, op.cit, p.212

في فرنسا اعتبر الاجتهاد أن للإدارة سلطة استثنائية في قبول أو رفض التنازل عن الامتياز:

L' autorité concédante apprécie souverainement les garanties présentées par le concessionnaire relativement à son cessionnaire.

ومن نتائج التنازل عن الامتياز أن يبقى المتنازل له خاضعا لموجبات وحقوق المتنازل، ويتحمل بالتضامن المسؤولية عن أخطاء المتنازل :

<sup>1</sup>. CE , 24-6-1927, Ville de Castelnaudary , Rec.p703.

كما يلتزم الملتزم (صاحب الامتياز) باحترام المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة إذ لا يؤثر على هدف الوفاء بخدمة عامة للجمهور أيّا كان أسلوب إدارة المرافق العامة ونظامها القانوني، ومن ثمة فإن جميع المرافق العامة تخضع للمبادئ العامة الأساسية التي تمثل النظام العام لها، وبصفة عامة يحكم سير المرافق العامة ثلاث مبادئ أساسية وهي : مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير، فضلا عن مبدأ المساواة أمام المنتفعين بخدمة المرفق العام.<sup>2</sup>

ومن تطبيقات ذلك في التشريع الجزائري فإنه ومثلا في مجال امتياز استغلال المرفق العمومي للمياه "وفي إطار ذلك يقع على صاحب الامتياز ضمان سيرورة المرفق العمومي للموارد المائية بصفة مستمرة ومنتظمة ومسايرة للتطور، إذ أكدت ذلك المادة 13 من دفتر الشرط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 54/08 على شروط استغلال الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب".<sup>3</sup>

أما في فرنسا فتوجد بعض الترتيبات القانونية أو التنظيمية تخص من حيث التطبيق أصحاب الامتياز مثال ذلك: قانون 1963/7/21 الخاص بالإضرابات في المرافق العمومية يخص مجموع المستخدمين التابعين للمصالح العمومية وهي ترتيبات ذات طابع خصوصي (منع بعض أشكال الإضراب وهذا دون التمييز ما بين كافة أنماط التسيير).

<sup>1</sup>- د/ هيام مروة، د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني) المرجع السابق، ص 94 .

<sup>2</sup>- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 146.

<sup>3</sup>- د/ جمال رواب، واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 120.



و كذلك وجود مراكز خاصة تم اعتمادها في بعض الامتيازات داخل مؤسسات عمومية .(قانون المستخدمين لكل من مؤسستي غاز فرنسا<sup>1</sup> GDF وكهرباء فرنسا<sup>2</sup> EDF والشركة الفرنسية الفرنسية لتقديم أعمال الصيانة لصالح شركة بارنومين الأندونيسية SNF) . وضمن المبادئ العامة للقانون، فإن بعض من هذه المبادئ المتعلقة بالمرافق العمومية تطبق وأهم هذه المبادئ مبدأ المواصلة (الاستمرارية) الذي يقتضي بدوره حالتين :

1-من حيث الكم فإن الملائمة تكون تبعا لاحتياجات المجتمع و مثال ذلك (القرار الذي اتخذته الوالي (بوش ديرون Bouche du Rhon) الذي ألزم شركة ترامواي وهي صاحبة الامتياز صاحبة النقل لمرسيليا والتي عن طريق قرار بالزيادة في عدد Rams وهذا استجابة لمتطلبات واحتياجات المجتمع في مسائل النقل وبطبيعة الحال هذه الاحتياجات، أصبحت ضرورية نتيجة التطور المنطقي.

2-من زاوية النوعية فهي مطابقة المرفق مع تقنيات جديدة. إذا كانت المطابقة الأولى ذات طابع كمي فإن السلطة المانحة للامتياز بإمكانها فرض تطور نوعي فيما يخص تقنية صاحب الامتياز، وهذا ما يسمى ببند الامتياز مثل ذلك : إن الشركات صاحبة الامتياز للكهرباء والغاز في المدن لفترات طويلة 99 عام هل بإمكانها التفصيل بشركة تقوم بوضع الإنارة الضوئية؟، كما هل بإمكانها أن تظل تعمل بتقنيات لم تكن محددة في العقد ولكن أفرزها التطور؟ وعليه فلا بد من الخضوع لهذا التطور فيما يخص الكهرباء في حالات معينة إذا ظهرت أن التقنية المستعملة لصاحب الامتياز قد تجاوزها الزمن ولم تعد متطابقة مع ظروف تطور التقنية الجديدة في هذا الصدد صدر قرار :

<sup>1</sup> - GDF: Gaz de France, devenu Suez en 2008 puis Engie en 2015 ; Gaz de France était un groupe énergétique français, spécialisé dans l'achat, le transport et la distribution, ainsi que la commercialisation de gaz naturel, créé par la loi de nationalisation de l'électricité et du gaz du 8 avril 1946, en regroupant les entreprises privées constituant alors le secteur. Après avoir réorganisé le secteur de la fabrication et de la distribution du gaz de ville.Voir : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Gaz\\_de\\_France](https://fr.wikipedia.org/wiki/Gaz_de_France)

<sup>2</sup> - Électricité de France (EDF) est le premier producteur et le premier fournisseur d'électricité en France et en Europe. Il est le deuxième au niveau mondial<sup>5</sup>. En août 2017, la fusion entre le groupe Shenhua, principal producteur chinois de charbon, et la compagnie d'électricité chinoise China Guodian Corporation a formé la *National Energy Investment Group* dont la capacité installée de 225 gigawatts lui permet de devenir le numéro un mondial de l'électricité par les capacités Voir:cite web :

[https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89lectricit%C3%A9\\_de\\_France](https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89lectricit%C3%A9_de_France)

. CE 10/1/1902 GAZ de Ville Trillion.<sup>1</sup>

هكذا تظهر إشكالية أن فائدة المرفق العام قد تنجر (تجرّ) السلطة المانحة إلى المساس بالعقد.<sup>2</sup>

ب/ أثار الامتياز بالنسبة للإدارة المانحة للامتياز: وهي حقوقه وواجباته

تنبع امتيازات السلطة المانحة، والتي تمارسها أثناء مدة تنفيذ العقد، من الطبيعة المزدوجة التي تتمتع بها. فهي من ناحية الطرف الأول لعقد الامتياز ولها الحق بالسيهر على تنفيذ العقد من قبل المتعاقدين الأخرى في حال أخل الأخير بواجباته فإن تملك وسائل قسرية ينص عليها العقد للجميع، ومن ناحية أخرى تعد السلطة المانحة مسؤولة عن تشغيل المرفق العام وتنظيمه باعتبارها شخصا عاما،

<sup>1</sup>-CONTRATS ADMINISTRATIFS MUTABILITE- EXECUTION C.E. 10 JANV. 1902 ? COMPAGNIE NOUVELLE DU GAZ DE DEVILLE-LES-ROUEN, Rec.5(S. 1902.3.17 ? note Hauriou) Cons. Que la commune de Deville-lés-Rouen soutient que si elle a concédé a la Compagnie requérante le privilège exclusif de l'éclairage par le gaz, ce privilège, dans le silence des traités de 1874 et de 1887, ne s'étend pas à l'éclairage par tout autre moyen et notamment par celui de l'électricité ,la commune n'ayant pas renoncé au droit de faire profiter ses habitants de la découverte d'un nouveau mode d'éclairage ; Cons. Que le silence gardé sur ce point par les premières conventions de 1874 est facile à expliquer Et doit être interprété en faveur de la Compagnie du gaz ;qu'il en est autrement du défaut de toute stipulation dans le traité de prorogation intervenu en 1887 , époque où l'éclairage au moyen de l'électricité fonctionnait déjà dans des localités voisines ;qu'à cet égard les parties sont en faute de n'avoir pas manifesté expressément leur volonté, ce qui met le juge dans l'obligation d'interpréter leur silence et de rechercher quelle a été en 1887 leur commune intention : Cons. Qu'il sera fait droit à ce qu'il y a de fondé dans leurs prétentions contraires en reconnaissant à la compagnie du gaz le privilège de l'éclairage par n'importe quel moyen et à la commune de Deville la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité ,en le concédant à un tiers dans le cas où la Compagnie requérante dument mise en demeure refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier Cons, il est vrai , que la commune allègue que les longues négociations engagées sans résultat dès 1893 entre elle et la Compagnie et à la suite desquelles est intervenu le traité passé en janv . 1897 avec le sieur Lemoine constituent une mise en demeure suffisante pour rendre ce traité définitif ; M cons. que ces négociations antérieures à la solution d'un litige qui porte sur l'étendue des obligations imposées à chacune des parties dans le traité de 1887 ne peuvent remplacer la mise en demeure préalable à l'exercice du droit de préférence reconnu par la présente décision en faveur de la Compagnie requérante ;... (Arrête annulé ; dans le délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision ; la commune de Deville mettra la Compagnie du gaz en demeure de déclarer avant l'expiration du mois suivant si elle entend se charger du service de l'éclairage au moyen de l'électricité dans les conditions du traité passé le sieur Lemoine). 10 JANV .1902 ? Gaz DE DEVILLE-LES- ROUEN, ... (R ejet M. Long /P.Weil/ G.Braibant /P.Delvolvé /B.Genevois ,Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ,op cit , p54.

- Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader , Grands Services Publics et entreprises nationales,op.cit, p.217

لذلك تملك اتخاذ القرارات التي تقتضيها المصلحة العامة، فهي تملك تعديل شروط العقد التنظيمية والأنظمة التي يخضع لها المرفق العام.<sup>1</sup>

#### 1- حقوق الإدارة المانحة للامتياز:

يرتب امتياز المرافق العامة أربع حقوق للسلطة مانحة الامتياز وهي :

-حقها في الرقابة والإشراف.

-حقها في توقيع جزاءات على الملتزم المتعاقد معها.

-حقها في تعديل الشروط التنظيمية.

-حقها في استرداد المرفق موضوع الامتياز.<sup>2</sup>

1-1 سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة على أعمال التنفيذ: فهي لا تتنازل عن امتيازاتها كسلطة عامة عندما تكلف صاحب الامتياز بإدارة المرفق العام، لذا عليها إعطاؤه التوجيهات والتعليمات التي تضمن حسن سير المرفق العام، وهذه التعليمات تعطى للمنفذ حتى غير المرتبط مباشرة بالإدارة هذا ما أكدته مجلس الشورى في لبنان بقوله: "إن إعطاء الإدارة توجيهات لمنفذ الأشغال لا يكون لشخصه بل للعمل الذي ينفذ لمصلحتها وباسم الملتزم الأصلي الذي يظل مسؤولاً اتجاهها بغض النظر عن منفذ تلك الأشغال ونوع العلاقة التي تربطه بالملتزم الأساسي إذا كان مستخدماً أو عاملاً عنده أو ملتزماً ثانوياً".

#### 2-1 حق الإدارة في تعديل العقد وفرض موجبات جديدة على صاحب الامتياز: إذا اقتضت

المصلحة العامة ذلك، وحتى لو كانت متناقضة مع دفتر الشروط. طبقت هذه القاعدة في قرار Cie des Tramways الصادر في 1910/3/21،<sup>1</sup> وجاء في هذا القرار أنه يحق للإدارة تعديل بنود العقد بمشيتها المنفردة استناداً إلى نص يتعلق بتنظيم سكة الحديد.

<sup>1</sup> -د/ مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة -BOT- تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة) (المرجع السابق، ص111).

<sup>2</sup>-د/ عباس محمد نصرالله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص41.

<sup>1</sup> - قرار صادر في 1910/03/23 : المعروف باسم قضية الشركة الفرنسية العامة للترام قد أقر مبدأ قابلية العقد للتعديل وصاغ مبدأ التوازن المالي وهو المكمل الضروري لمبدأ قابلية العقد للتعديل حيث صاغ مفوض الحكومة ليون بلوم نظرية عامة لسلطات الشخص العام قبل الملتزم في تقريره الخاص بهذه القضية فجاء به أن الحاجات التي جيب على مرفق عام إشباعها ونتيجة لأن ضرورات استغلاله

لكن فيما بعد أعطى مجلس الدولة للإدارة حق تعديل العقد دون الرجوع إلى أي نص، لأن التعديل يرتبط بطبيعة العقد الإداري :

Cie générale des eaux ,1933 ;Ville de nice ,1951.

ففي لبنان أيضا قرر مجلس الشورى ما يلي :إن مبدأ تكييف المرفق العام يجب أن يشكل العنصر الأساسي لقواعد تفسير أي نص نظامي أو تعاقدية يتعلق بدفتر الشروط لإظهار مدى قابلية عقد الامتياز للتبدل والتكيف مع مقتضيات الصالح العام وحق التعديل مرتبط بالإدارة وحدها، إلا أن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة، فهي لا تستطيع تعديل موضوع وجوه العقد و الشروط المالية، لأنها لا تتعلق بشؤون تسيير المرفق العام.<sup>1</sup>

ولقد أكد القضاء الإداري في مصر هذه السلطة أو الحق في كثير من أحكامه من ذلك حكمه الصادر في 15 ديسمبر 1957 والذي جاء فيه : " ومن حيث أنه استقرت الأحكام بأن المتعاقد مع السلطة الإدارية في إدارة مرفق عام يجب أن يضع نصب عينيه وجوب ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد مع وجوب تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولو اقتضى الدخول إلى ذلك تعديل نصوص العقد الإداري... وحق الإدارة في تعديل شروط العقد أو إنهائه يرتكز على سلطتها بالنسبة للعقود الإدارية).<sup>2</sup>

3-1 حق الإدارة في توقيع جزاءات على الملتزم (صاحب الامتياز): يخضع عقد الامتياز باعتباره عقدا إداريا للنظام القانوني للعقود الإدارية الذي يعطي الإدارة العامة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات على الطرف المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك دون الالتجاء إلى القضاء كأصل عام، فالإدارة مانحة الامتياز لها حق فرض جزاءات مالية إذا قصر الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته وهي تتدرج حتى تصل إلى فسخ العقد.

=...ليست ذات طبيعة لا تتغير فالدولة لا تستطيع أن تتخلى عن مرفق عام للنقل بمجرد منح التزامه فالالتزم لم يمثل إنابة أي أنه أسلوب للإدارة الغير المباشرة ولا يعادل تخليا وهجرا. فالدولة ستتدخل حتما لتفرض على الملتزم عند اللزوم أداء أكبر من ذلك المنصوص عليه بدقة وذلك باستعمال السلطة المقررة لها باعتبارها سلطة عامة وليس بالسلطات التي يمنحها إياها العقد. وهكذا أقر مفوض الحكومة مبدأ قابلية العقد الإداري للتعديل من جانب واحد وإذا انهار التوازن المالي للعقد نتيجة لذلك أو أدى استعمال السلطة مانحة الإلتزام لحقها في التدخل إلى حدوث شيء من الاختلال في هذا التوازن بين المزايا والأعباء وبين الإلتزامات والحقوق، فليس هناك ما يمنع الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد قيئت أن التدخل وإن كان مشروعا في ذاته وملزما له إلا أنه سبب له ضررا يتعين تعويضه عنه. نقلا عن :حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الجامعية 2001، ص 58.

<sup>1</sup> -د/ هيام مروة، د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني) المرجع السابق، ص 92-93.

<sup>2</sup> -أ/د عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 471.

إلا أنه في عقد امتياز المرافق العامة هناك خروج عن الأصل العام في القضاء الإداري الفرنسي<sup>1</sup> حيث استقر الاجتهاد على عدم جواز قيام الإدارة بفسخ هذا النوع من العقود من جانبها بقرار فردي على سبيل الجزاء وإنما يكون للقضاء الإداري وحده النطق بفسخ عقد الامتياز حماية للمتعاقد الملتزم الذي أنفق كثيرا لتجهيزات المرفق ومنشأته. واستثناء على ذلك إذا نصت الإدارة صراحة في العقد على حقها في إلغاء العقد لتقصير الملتزم، يكون لها حق إلغائه بإجراء منفرد تطبيقا لنص العقد.<sup>2</sup>

4-1 حق الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة (الاسترداد): تستطيع الإدارة مانحة الامتياز إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي إنهاء العقد قبل انتهاء مدته أو أن المصلحة العامة تقتضي تسييره بأسلوب آخر غير أسلوب الامتياز أن تقوم بإنهاء العقد قبل انتهاء مدته. فإذا اقتضت المصلحة العامة إدارة المرفق عن طريق الإدارة المباشرة لا عن طريق الالتزام، فإن للسلطة مانحة الالتزام الحق في استرداده مع تعويض الملتزم عن الأضرار التي أصابته إن كان لذلك محل.

لذلك فحق الإنهاء والاسترداد يجب أن يكون يهدف المصلحة العامة، وإذا انحرفت الإدارة في سلوكها عن هذا الهدف يحق حينئذ لحامل الامتياز أن يطعن في هذا الإجراء، وتنص وثيقة الامتياز أو القانون الذي ينظم موضوع الامتياز عادة على حق الإدارة في استرداد المرفق موضوع الامتياز قبل انتهاء مدته.<sup>3</sup>

## 2- واجبات الإدارة المانحة للامتياز:

إن السلطة مانحة الامتياز تعهد إلى صاحب الامتياز إدارة وتشغيل مرفق عام، وهي ملزمة أن توفر له الظروف التي تمكنه من تشغيل المرفق موضوع الامتياز، والحصول على البدلات التي تغطي الأعباء التي تكبدها وتحقق له الأرباح التي يتوقعها ويترتب على عدم قيام السلطة الإدارية بواجباتها، إمكانية لجوء صاحب الامتياز إلى القضاء الذي يوقه عليها العقوبات المناسبة فأهم الواجبات التي تلقى على

<sup>1</sup> - أنظر: قرار خاص بالأنسة Poulac العقوبات التي تطبق على صاحب الامتياز لمصلحة عامة في حالة عدم احترام الالتزامات، ولكن لا بد من أن السلطة المانحة ليست حرة في اختراع عقوبات غير منصوص عليها وعلى هذا المنوال، فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر إلغاء إجراءات التفتيش التي تهدف إلى عقاب صاحب الامتياز الذي أخل بالتزاماته وقرار CE 29/2/1945 شركة مياه المدينة. هذه العقوبات التي تخص الإخلال بالالتزامات من طرف صاحب الامتياز :-العقوبات الخاصة بالامتياز،- العقوبات الخاصة بصاحب الامتياز. إذ يلاحظ من جهة وجود عقوبة خطيرة جدا والتي مكن النطق بها إلا عن طريق القضاء الإداري. كما السقوط (الحرمان من الامتياز) والذي هو عبارة عن عقوبة خطيرة لأنها تلغي صاحب الامتياز من تسيير المرفق العام، وهي تعادل فسخ العقد لسبب عدم تنفيذ الالتزام (المادة 1144 من القانون المدني الفرنسي). لمزيد من التفصيل والتوضيح :

- Jean-marie –Auby, Robert Ducos-Ader , Grands Services Publics et entreprises nationales, op.cit, p.218

<sup>2</sup> - د/ عباس محمد نصرالله، القانون الإداري الخاص، المرجع السابق، ص 41-42.

<sup>3</sup> - د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز (دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء)، المرجع السابق، ص 191-192.

عاتق السلطة المانحة هي تنفيذ البنود المنصوص عليها في العقد، وإعطاء صاحب الامتياز التراخيص الضرورية لحسن قيامه بالمهام الموكولة إليه.<sup>1</sup>

## 1-2 التزام الإدارة بتنفيذ عقد الامتياز طبقاً لما اشتمل عليه ووفقاً لمبدأ حسن النية :

إن مبدأ حسن النية ليس من اختصاص القانون، بل هو مبدأ عقلائي تسلم الأفراد على وجوب التعامل وفقه في معاملاته كافة. ولما كان القانون يقوم أساساً على قواعد سلوك فهو يقوم على أساس تنظيم المعاملات والتي تكون مرتكزة على حفظ الحقوق وصيانة الحريات وتحقيق الالتزام المتبادل بين أطراف المعاملات المتنوعة وإبعاد الغش والتدليس والترجح على حساب الغير والإثراء من غير سبب، وغيرها العديد من الأسس التي تبني عليها المعاملات لتحقيق العدالة صيانة للسلم الاجتماعي. لذا كان من المناسب تبني المشرع لمبدأ حسن النية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أن للنية واقع آخر غير الواقع الخارجي أو المادي، وبهذا يكون لمبدأ حسن النية جانبه الاجتماعي العقلاني وأخر فلسفي يقبع في صقع وجود غير الوجود الخارجي.<sup>2</sup>

فيعد مبدأ حسن النية من الأصول العامة في القانون وفي مجال الروابط العقدية أياً كان نوعها، ومفاده أن يجري تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه من بنود، وشروط، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في التعامل. وقد تضمنت أحكام المادة 148 من القانون المدني المصري هذا المبدأ<sup>3</sup>، وأكدته المحكمة الإدارية العليا في أحكامها بالنص على أنه أصل عام من أصول القانون يطبق على العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية.

## 2-2 التزام الإدارة باحترام شروط عقد الامتياز الصريحة والضمنية :

لا يحق للإدارة باستثناء ممارسة الإدارة الحقوق العادية التي خولها إياها عقد الامتياز التعرض للحقوق التي منحها العقد لصاحب الامتياز بأي طريق، فليس لها أن تتعاطى مع موظفي الاستثمار أو

<sup>1</sup> - د/ مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 126-127.

<sup>2</sup> - د / محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثالث)، المرجع السابق، ص 357.

<sup>3</sup> - تنص المادة 148 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 (1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (

على الرابط الإلكتروني <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>

تاريخ زيارة : يوم 2019/1/123 على الساعة 34:

المستفيدين سوى تلقي الشكاوى. أما في حالة قيام صاحب الامتياز بتصرف من شأنه مخالفة عقد الامتياز كالحصوص على رسوم مرتفعة لايحق للإدارة التدخل مباشرة والطلب من المتفعين عدم تسديد الفواتر، بل عليها اتخاذ الإجراءات الأخرى في حق صاحب الإمتياز لحمله على إعادة النظر في الأمور التي قد تجاوز فيها مضمون عقد الامتياز.<sup>1</sup>

كما تلتزم الإدارة عند تنفيذ العقد باحترام جميع الشروط التي التزمت بها بمقتضى العقد، ولا يقتصر التزام الإدارة باحترام شروط العقد المنصوص عليها صراحة، بل يشمل كل ما يعد من مستلزماته. وما هو مفترض ضمنا، وفقا للقانون والعرف، وقواعد المعاملات التجارية وذلك بحسب الطبيعة الذاتية للعقد.

### 2-3 التزام الإدارة بعدم التقاعس في تنفيذ عقد الامتياز:

إذ يجب على الإدارة البدء في تنفيذ التزاماتها العقدية بمجرد الانتهاء من التصديقات اللازمة على العقد من السلطات المختصة، وسداد المتعاقد مبلغ التأمين النهائي في المواعيد المحددة، وعلى الإدارة في هذه الحالة إصدار الأوامر للبدء في التنفيذ، حيث يعد تقاعس الإدارة، وتسويقها في تنفيذ التزاماتها العقدية خطأ عقدياً.<sup>2</sup>

### -التزام الإدارة باحترام مدة التنفيذ في عقد الامتياز:

إن للمدد الزمنية أهمية كبيرة بالنسبة إلى المرفق العام. فالالتزام بها ينعكس إيجابيا على إنشائه وسيره بانتظام و اضطراد، كما أن الإخلال بها يمكن ارتداده سلبيا عليه لذا تؤخذ أثناء العقد في الاعتبار وتحدد بدقة مدة تنفيذه، وقد يقسم التنفيذ إلى مراحل يحدد عددها وما يستغرقه إنجاز كل مرحلة منه، وتوضع العلاجات عند تخلف المتعاقد عن الإنجاز في المدة المقررة، كما وأن بعض نتائج التنفيذ قد تحدد ممددا أيضا كاستحقاق المردود المالي للمتعاقد، والذي قد يمنح في بعض العقود على شكل سلف مقسمة على مراحل التنفيذ وفقا للمدد الزمنية المحدد لكل منها.

ومما تقدم يتضح أن الالتزام بالمدد الزمنية يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة أولا، لأن عمله هو الذي يحدد في الغالب تحقيق شروط مدة الإنجاز، ولكن يجب عدم إغفال ما للالتزام الإدارة بهذه المدد الزمنية من أهمية تنعكس بصورة مباشرة على وفاء المتعاقد بالتزاماته من الناحية الزمنية، وإذ

<sup>1</sup> -أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> - د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز (دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء)، المرجع السابق، ص 196-197.

يجب احترام هذه المدد فمثلا ليس للإدارة إجباره على إنجاز العمل في مدة زمنية أقصر من التي تم الاتفاق عليها في العقد.<sup>1</sup>

فتلتزم الإدارة باحترام المدة المقررة في العقد، وإذا كان الأصل أن المدة المقررة في العقود الإدارية يقصد بها عادة المتعاقدون مع الإدارة، فهي بهذا المعنى لا تكون ملزمة إلا لهم في عقد امتياز المرفق العام.

ويقصد بمدد الامتياز - في عقد امتياز المرفق العام - المدة التي يلتزم خلالها المتعاقد بإقامة المنشآت والأجهزة اللازمة لعملية استغلال المرفق، ليتسنى للملتزم القيام بتنفيذ الأعمال في المدد المقررة.

وفي بعض الحالات يتناول العقد شرط المدة بعبارات عامة بدون تحديد واضح لمدد التنفيذ وبذلك تكون هناك التزامات تقع على كاهل الإدارة كالتزام الإدارة بتنفيذ العقد بحسن نية، والتزامها بتنفيذ كافة الالتزامات الموجودة في العقد دون تفرقة بين ما هو صريح وما هو ضمني، وعدم المماثلة والتسويق في العقد واحترام الإدارة لمدد العقد.<sup>2</sup>

#### ج/أثار عقد الامتياز بالنسبة للمنتفعين من المرفق :

للمنتفعين من المرفق حقوق سواء في مواجهة الملتزم، أو في مواجهة السلطة مانحة الالتزام ففي مواجهتهما تتحدد حقوق المنتفعين وفقا للعقود المبرمة بينهم وبين الملتزم، وإذا لم يوجد عقد بين المنتفع والملتزم فإنه يحق لكل من استوفى شروط الانتفاع بالخدمة أن يطلب تمكينه من الاستفادة منها ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات بين المنتفع والملتزم في حالة إدارة مرفق تجاري أو صناعي، وإذا تطلب الفصل في النزاع تقدير مشروعية الشروط الواردة في دفتر الشروط فإنه يجب على القاضي العادي وقف الفصل في النزاع حتى يفصل القاضي الإداري في المسألة الأولية، ولكن يجوز للقاضي العادي تفسير دفتر الشروط نظرا لطبيعتها اللاتحجية.

<sup>1</sup> - د / محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثالث)، المرجع السابق، ص 356.

<sup>2</sup> - د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز (دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء)، المرجع السابق، ص 196-197.



أما في مواجهة السلطة مانحة الالتزام فإنه يجوز للمنتفعين رفع دعاوى إلغاء ضد الإجراءات الصادرة عن السلطة مانحة الالتزام، بالمخالفة للنصوص اللائحية في دفتر الشروط، وضد رفض السلطة مانحة الالتزام إلزام الملتزم بتطبيق نصوص كراسة الشروط الخاصة بتنظيم وتسيير المرفق.<sup>1</sup> كما يجوز لكل من استوفى شروط الانتفاع بالخدمات التي يؤديها المرفق، ولو لم يربطه بالملتزم أي عقد أو اتفاق أن يطالب الملتزم بتنفيذ جميع الشروط المنصوص عليها في عقد الامتياز لصالح المنتفعين.

ومن حقه أيضا أن يطالب الملتزم بمبدأ تحقيق المساواة بينه وبين غيره من المنتفعين، فإذا لم يحقق الملتزم هذه المساواة جاز للمنتفع أن يطالب الملتزم بتعويضه عن الأضرار التي أصابته نتيجة مخالفة الملتزم لمبدأ المساواة، وجاز للمنتفع أيضا أن يطالب الإدارة بإجبار الملتزم بتحقيق مبدأ المساواة بين المنتفعين.

فإذا لم يحم الملتزم بتنفيذ شروط الالتزام، أو خالف أحد المبادئ الأساسية للمرافق العامة، جاز للمنتفع أن يطالب الإدارة بالتدخل لإجبار الملتزم على احترام تلك الشروط وهذه المبادئ. فإذا أهملت الإدارة أداء هذا الواجب جاز للأفراد أن يلجأوا إلى القضاء الإداري بطلب إلغاء قرار السلطة الإدارية المشرفة على المرفق بالامتناع عن التدخل -سواء كان هذا الامتناع صريحا أو ضمنيا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> -د/محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 32-33.

<sup>2</sup> -د/ محمود حلي، موجز مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، الطبعة الأولى لسنة 1977، ص 199.

# الفصل الثاني

الطرق الحديثة لإدارة المرافق العامة

## الفصل الثاني

### الطرق الحديثة لإدارة المرافق العامة

بدأ في العقدين الأخيرين من القرن الماضي ظهور أفكار الخصخصة<sup>1</sup> التي تنادي بنقل ملكية أو إدارة المرافق العامة الاقتصادية من القطاع العام إلى القطاع الخاص.

ويرجع ذلك إلى تضخم حجم القطاع العام الذي أصبح يدير مجموعة كبيرة من المرافق العامة الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري، بالإضافة إلى سوء إدارة أشخاص القانون العام لهذه النوعية من المرافق التي تخضع لقواعد النشاط الاقتصادي وتحتاج إلى مرونة في إدارتها.

وأدت إدارة أشخاص القانون العام للمرافق العامة الاقتصادية إلى تراكم الديون وتزايد العجز في المالية العامة، بالإضافة إلى ضعف إنتاجية هذه المرافق التي لم تعد تقدم خدمات ذات جودة عالية تستطيع منافسة الخدمات المقدمة من قبل القطاع الخاص.

لذلك وجد عدد كبير من الدول أن الحل يكمن في خصخصة المرافق العامة، بهدف تقليص حجم القطاع العام، ومنع المديونية من التفاقم، والحد من تراجع جودة الخدمات المؤداة من قبل المرافق العامة الاقتصادية، وذلك عن طريق بيع هذه المرافق أو نقل إدارتها إلى القطاع الخاص.<sup>2</sup>

إذ دفعت أسباب دولية لاعتناق هذا الاتجاه الاقتصادي الجديد، فإدارة المرافق العامة الاقتصادية بواسطة القطاع الخاص أصبح مطلباً أساسياً للبنك الدولي، يجد أساسه بشكل عام في إطار سياسة الخصخصة التي يطالب بها البنك الدولي الراغبة في التعامل معه.

كذلك فإن هدف الدول من وراء الاستعانة بالقطاع الخاص لإدارة المرافق الاقتصادية إلى رفع الكفاءة الإنتاجية لهذه المرافق، فالإدارة الخاصة تؤدي إلى زيادة درجة المنافسة بين الوحدات الإنتاجية، مما يؤدي إلى التخلص من عناصر عدم الكفاءة التي تنمو عادة في مشروعات القطاع العام

<sup>1</sup>- يستخدم الباحثون عدة مصطلحات للدلالة على عملية التحول إلى القطاع الخاص (Privatization) كالتخصيص والتخصية والاستخصاص و الخصوصبة، والخصخصة، والأخير هو الأكثر شيوعاً في الاستخدام. وعرفت الخصخصة بأنها " السياسة أو الأداة التي يمكن بمقتضاها نقل ملكية بعض المنشآت الاقتصادية والإنتاجية من نطاق الملكية العامة إلى الملكية الخاصة متضمنة، العمليات التنموية من إنشاء وتشغيل وإدارة الإنتاج ونقل وتوزيع السلع والخدمات للقطاع الخاص بغرض تحسين وزيادة الإنتاج والأرباح." لمزيد من التفصيل والتوضيح في هذا الشأن ينظر: د/حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 183.

<sup>2</sup>- د/مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة -BOT- تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 257.

والمرافق التي تديرها الدولة وبالنتيجة ظهور منظمين وإداريين أكثر كفاءة على إدارة النشاط الاقتصادي.<sup>1</sup>

فبدأت الخصخصة في القطاعات الصناعية والتجارية والمالية، لتطال فيما بعد قطاعات البنية التحتية والخدمات المحلية، وامتدت لتشمل، في الوقت الحاضر، مجالات الصحة والتعليم وعدد من الأنشطة الإدارية.

وتشكل الخصخصة المفهوم المعاكس للتأميم الذي أخذت به الدول الاشتراكية وبعض الدول الصناعية كفرنسا في مطلع الثمانينات من القرن الماضي. واستخدمت الخصخصة لتقليص حجم القطاع العام وتخفيف الأعباء عن المالية العامة، كما شكلت الأداة لتعزيز دور القطاع الخاص وتكريس آليات السوق وقواعد المنافسة، وأصبحت الخصخصة ظاهرة عالمية لها تأثير على جميع دول العالم بما فيها تلك التي تتبنى النظام الاقتصادي المقيد، ومن الصعب أن توجد دولة في العالم لا تتبنى برنامجاً للخصخصة. إلا أن هذه الظاهرة مازالت في بداياتها وتحديد تأثيرها على الاقتصاد مازال محدوداً ومن المبكر الحديث عن نتائجها.

وتتعدد أوجه الخصخصة، وتشكل إدارة المرافق العامة الاقتصادية من قبل أشخاص القانون الخاص أخذ هذه الأوجه. ومع انتشار ظاهرة الخصخصة بدأت تبرز طرق جديدة لإدارة المرافق العامة الاقتصادية من قبل القطاع الخاص، وشكلت هذه الطرق أسلوباً في إدارة المرافق العامة وفي الوقت عينه أحد أساليب الخصخصة.<sup>2</sup>

ففي الجزائر فإن التطور الذي شهدته المرافق العامة، سواء الوطنية أو المحلية في السنوات، في ظل نظرية تحديث المرافق العامة La modernisation des services publics المدفوعة بالأيديولوجية الليبرالية الجديدة وعولمة الاقتصاديات وتطور التكنولوجيا، وما نتج عن ذلك من دعاوى إلى الانفتاح الاقتصادي، دفع الدولة إلى إعادة النظر في دورها التداخلي، والتفكير في إشراك القطاع الخاص، كنتيجة للثورة الصناعية، وذلك لإدراكها عجزها في تسديد المتطلبات المتزايدة وإحاطتها بالمستجدات الدولية.

لذا فإنه وتحت مقولة أن الشخص الخاص يظل أقرب إلى الجمهور وأسرع في تحقيق حاجياتهم، فإن الضرورة بدت أكثر من ملحة في التخلي، أو على الأقل التحول نحو أسلوب تفويض المرفق العام،

<sup>1</sup> - د/محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 5-6.

<sup>2</sup> - مروان مكي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 172.

يهدف الوصول إلى مستوى معين من الجودة في الخدمات، بدل التسيير المباشر المتسم بنوع من القصور. هذا العجز الذي قابله أو نتج عنه شراكة حقيقية بين القطاعين العام والخاص، تعدى إطار المساعدة في بعض النشاطات.<sup>1</sup>

بناء على ما سبق بيانه سنتناول في هذا الفصل : الطرق الحديثة لإدارة المرافق العامة في الجزائر، حيث سنتطرق لطريقتان من هذه الطرق المستحدثة ألا وهي طريقتا : عقود تفويض المرفق العام (المبحث الأول) وعقود البوت (BOT) (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### عقود تفويض المرفق العام

ليست فكرة تفويض المرفق العام بالفكرة الحديثة، لأن جذورها تمتد إلى منتصف القرن التاسع عشر عندما لجأت الإدارة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجه في عديد من أحكامه. ويلاحظ أن تفويض المرفق العام لا يتحدد في صيغة واحدة، وإنما يمكن أن يتحقق بصيغ متعددة بالرغم من اشتراكها في عديد من القواعد الناظمة لها، إلا أنها تعد مستقلة الواحدة عن الأخرى. وهكذا فإن تفويض المرفق العام كان يتم مثلا بصيغة امتياز، أو تأجير المرفق العام، أو مشاطرة الاستغلال، أو الإدارة العامة للمرفق العام وغيرها من الصور التي كان للقضاء الفرنسي الدور الأساس في تحديد مضمونها والقواعد التي تخضع لها.<sup>2</sup>

على هذا الأساس سيتم التعرض إلى تقنية التفويض كطريقة لتسيير المرافق العامة في مطلبين إثنيين. بحيث يتعلق الأول بالإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام (المطلب الأول). وأما الثاني فيخص التنظيم القانوني لتفويض المرفق العام في الجزائر (الأحكام والتطبيقات القانونية) (المطلب الثاني).

<sup>1</sup>-د/حبشي لزرق، الجوانب النظرية والتطبيقية للإدارة المحلية في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2019، ص 218.

<sup>2</sup> -د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2014، ص 07/2015.

## المطلب الأول

## الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام

ارتبط التفويض في القانون الإداري زمنًا طويلًا باختصاصات السلطة الإدارية، غير أنه انتقل حديثًا إلى مجال آخر هو إدارة المرافق العامة، وقد تغيرت طبيعة التفويض في كل من هذين المجالين، فإذا كان التفويض في الاختصاصات يدخل في دائرة القرارات الإدارية، إلا أن التفويض في إدارة المرافق العامة يشكل طائفة من العقود الإدارية، التي يكون موضوعها أن يعهد باستغلال المرفق إلى مشروع مستقل عن الشخص العام المسؤول عن المرفق.<sup>1</sup>

## الفرع الأول

## مفهوم تفويض المرفق العام

إن كان لفكرة تفويض المرفق العام جذور تمتد إلى بداية القرن الماضي، إلا أن الفقه والاجتهاد مازالا في طور بلورة هذا المفهوم وتحديد الأسس التي يقوم عليها. كما أن لتفويض المرفق العام صورا متعددة، ومن الصعب إيجاد تعريف جامع مانع له. لذلك تعددت التعريفات التي جاء بها الفقه والاجتهاد، فعرف الأستاذ AUBY تفويض المرفق العام بأنه العقد الذي يهدف إلى تحقيق الأهداف التالية:

- 1- أن يعهد إلى شخص آخر (يطلق عليه تسمية: صاحب التفويض) تنفيذ مهمة مرفق عام والقيام بالاستغلال الضروري للمرفق، ويمكن أن يتضمن العقد إقامة منشآت عامة.
- 2- أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية التشغيل العام وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة
- 3- أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة في العقد التي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - د/ محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام مقالة منشورة بمجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية الصادرة عن الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، جامعة القاهرة، العدد السابع عشر والثامن عشر ابريل 2002، ص03.

<sup>2</sup> - مروان مي الدين قطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص296.

على هذا الأساس سوف نتطرق إلى تطور فقه تفويض المرفق العام (أولاً). ثم تعريف تفويض المرفق العام وتمييزه عما يشته به من أنظمة (ثانياً).

### أولاً: تطور فقه تفويض المرفق العام

ظهر اصطلاح تفويض المرفق العام لأول مرة في فرنسا من خلال التطبيق العملي للإدارة عندما ورد في المنشور الوزاري في 1987/8/7 الخاص بتفويض إدارة المرافق المحلية<sup>1</sup>، إذ قرر هذا المنشور مجموعة من الضوابط المتعلقة بعقود المرفق العام من حيث شروط الإبرام ومدة العقد وطرق الرقابة.<sup>2</sup>

فقد أشار هذا المنشور إلى رأي صادر عن مجلس الدولة في 7 أكتوبر 1986<sup>3</sup> بشأن نطاق تطبيق "الإدارة المفوضة" La gestion déléguée فيما يتعلق بما إذا كان جائزاً لسلطة محلية أن تفوض إدارة مرفق عام إداري محلي إلى مشروع خاص. وكذا إصدار الرأي المؤرخ في 7 أبريل 1987<sup>4</sup> فيه ضرورة تطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي L'intuitu personae على جميع العقود التي يكون موضوعها أن يعهد بإدارة مرفق عام إلى متعاقد.<sup>5</sup>

وبالتالي فإن فرنسا كانت سباقة إلى اعتماد أسلوب التدبير المفوض أو تفويض المرفق العام في عملية تسييره، ومن بينها المحلية طبعاً. كما أن فرنسا كانت سباقة إلى وضع إطار شبه تشريعي بحكم

<sup>1</sup> - Circulaire du 7 août 1987 RELATIVE A LA GESTION PAR LES COLLECTIVITES LOCALES DE LEURS SERVICES PUBLICS LOCAUX: CHAMP D'APPLICATION ET CONDITIONS D'EXERCICE DE LA GESTION DELEGUEE DE CES SERVICES . JORF du 20 décembre 1987 page 14863 .

Site Web :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000848160&categorieLien=id>.

<sup>2</sup> - د/ابو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 76.

<sup>3</sup> - Un avis du conseil d'Etat du 7 octobre 1986 , avis qui a été Suivi dans une circulaire du ministère de l'intérieur du 7 août 1987 presque toutes les activités des collectivités publiques sont susceptibles d'être gérées sur délégation. Vu Dominique Brault ,La Gestion Délégée Un Concept à promouvoir ,INSTITUT DE LA GESTION DELEGUEE , Juillet 2000,p 18.

Site Web :

[www.fondation-igd.net/.../La%20gestion%20deleguee,%20un%20co...](http://www.fondation-igd.net/.../La%20gestion%20deleguee,%20un%20co...)

2019/12/23a.16:30

<sup>4</sup> - Conseil d'Etat Sect. int et fin. avis 7 avril 1987 Régime des services de transport scolaire n° 341356. Si les marchés ont pour objet de procurer aux collectivités publiques les moyens d'assurer l'exécution des services publics...

Site Web : <http://www.affairespubliques.org/ac/sbib/jp/jp.php?cles=n%B0%20341356&option=/jurisp/>

2019/12/23 a.16:30

<sup>5</sup> - د/محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 08.

هذا المجال. ويعتبر البعض أن التسيير المفوض، لا يشكل شكلا جديدا من أشكال التسيير على اعتبار أن مختلف القوانين الحديثة كتلك المتعلقة بالإدارة الترابية للجمهورية (قانون 6 فبراير 1992)<sup>1</sup> تحاول إدراج في إطار "التسيير المفوض" مختلف الأشكال التي كانت سائدة سلفا، ويتعلق الأمر بالامتياز، الاستئجار، الإنابة.<sup>2</sup>

إذ يعتبر قانون 6 فبراير 1992 المتعلق بالإدارة المحلية للجمهورية ويقر لأول مرة "اتفاقيات تفويض المرفق العام" (المادة 30).<sup>3</sup> فالفقه الفرنسي الحديث عالج هذا المعنى المتطور لفقه امتياز المرفق العام. كما أفرد المشرع الفرنسي قانونا سنة 1993. ينظم كيفية عمل الإدارة المفوضة<sup>4</sup> La gestion déléguée عقد التزام المرفق العام أي للإدارة عن طريق التفويض.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - استخدم مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة في المادة 52 من القانون (92-125) الصادر بتاريخ 1992/2/6 المتعلق بالإدارة اللامركزية للجمهورية الفرنسية. ( la République JORF -Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de n°33 du 8 février 1992 page 2064

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006078688&dateTexte=19920206>.

نصت المادة (52) على عدد من الإجراءات الخاصة بإبرام عقود تفويض المرفق العام المتمثلة في الإعلان المسبق عن نية التعاقد تطبيقا للتوجيهات الأوروبية والقيام بالاستشارات السابقة على إبرام عقود تفويض المرفق العام وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون لا يطبق إلا على العقود التي تبرمها الوحدات المحلية فقط، نقلا عن أبو بكر عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> - أ/ خديجة حرم، النظام القانوني الخاص بتفويضات المرفق العام على ضوء قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 247/15، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدينة، العدد 02، المجلد 03، تاريخ النشر 29 جوان 2017، بدون صفحات.

<sup>3</sup> - Jean –Paul Valette ; Le Service public à la Française, op, cit, paris p123.

<sup>4</sup> - Définition de La gestion déléguée( Article 2) Dahir n° 1-06-15 du 15 moharrem 1427 (14 février 20 06) portant promulgation de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics. La gestion déléguée est un contrat par lequel une personne morale de droit public, dénommée "délégant" délègue, pour une durée limitée, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à une personne morale de droit public ou privé, dénommée "déléataire" en lui reconnaissant le droit de percevoir une rémunération sur les usagers et/ou de réaliser des bénéfices sur ladite gestion.. concourant à l'exercice du service public délégué

La gestion déléguée peut également porter sur la réalisation et/ou la gestion d'un ouvrage public concourant à l'exercice du service public délégué.

Voir :Site Web :

<https://www.finances.gov.ma/.../Loi%20n%2054-05%20relative%20...>

2019/1/23a.00:05

<sup>5</sup> - محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر الطبعة الأولى 2015، ص 25.



فالقانون رقم (93/122) الصادر بتاريخ 1993/1/29<sup>1</sup> المسمى بقانون سابان<sup>2</sup> (Sapin) المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية قطع شوطا كبيرا في تطور فكرة تفويض المرفق العام. إذ وسع نطاق تطبيقها إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام، بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامة، ووضع نظاما قانونيا أكثر اكتمالا من النظام الوارد في القانون السابق، إذ يعد قانون (Sapin) الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام من خلال تضمينه القواعد التي تنظم آلية تنفيذ المرفق العام

وتضمنت المادة الثامنة والثلاثون (38) منه، والمواد اللاحقة القواعد والأصول اللازمة لإبرام عقود التفويض، وتدعيم قواعد فرض الرقابة وترسيخها، وفرض قيود في مضمون عقود التفويض.<sup>3</sup> إذ عرف المشرع الفرنسي تفويض المرفق العام في المادة 38<sup>4</sup> من قانون سابان (Loi Sapin)، بأنه العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطا بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أو يعهد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> -Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prevention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques- JORF n°25 du 30 janvier 1993 page 1588 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>

<sup>2</sup>-وينسب هذا القانون إلى: Michel SAPIN وكان وزيرا للاقتصاد وقت صدور القانون، ثم عاد بعد ذلك إلى عمله السابق مستشارا في المحكمة الإدارية في باريس، وشغل منصب عمدة مقاطعة Argenton sur Creuse.

نقلا عن : محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 26.

<sup>3</sup>-د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية، المرجع السابق، ص 76.

<sup>4</sup> - Voir Art. 38. - Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prevention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques-

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>

<sup>1</sup> -مشالي أمينة، خوصصة المرافق العامة، المرجع سابق، ص 118.

من خلال التحليل لنص المادة 38 أعلاه يستنتج أن تفويض المرفق العام هو عقد إداري يتمثل في أنه يعهد به شخص من أشخاص القانون العام لشخص أي كان عاما أو خاصا بهدف إدارة مرفق عام ويكون ذلك بمقابل مالي ناتج عن استغلال المرفق . وبعد صدور قانون (Sapin) أصبح تداول مصطلح "تفويض المرفق العام " مألوفاً في التشريع الفرنسي، إذ صدرت عديد من القوانين التي تتولى تنظيم النواحي المختلفة لهذا النوع من العقود منها القانون الصادر في 1994/2/9 بشأن بعض الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبناء<sup>1</sup>، والقانون الصادر في 1995/2/2 بشأن حماية البيئة<sup>2</sup> والقانون الصادر في 1995/2/4 بشأن تنظيم وتنمية الأراضي<sup>3</sup>، والقانون الصادر في 1995/2/8 بشأن العقود العمومية وتفويض المرفق العام<sup>4</sup>، وأخيرا صدر القانون رقم (2001-1168) والمعروف بقانون مورسيف (Murcef) المتعلق بالتدابير الطارئة في سبيل تحقيق إصلاحات اقتصادية ومالية<sup>5</sup>، إذ شمل هذا القانون بالتنظيم الصفقات العمومية والتفويض في إدارة واستغلال المرفق العام، ولهذا القانون أهمية خاصة لأنه وضع ولأول مرة تعريفا موحدا لصور تفويض المرفق العام كافة.<sup>6</sup>

### ثانيا: تعريف تفويض المرفق العام وتمييزه عما يشبهه به من أنظمة

إن كان لفكرة تفويض المرفق العام جذور تمتد إلى بداية القرن الماضي، إلا أن الفقه والاجتهاد مازالا في طور بلورة هذا المفهوم وتحديد الأسس التي يقوم عليها، كما أن لتفويض المرفق العام صورا

<sup>1</sup>-Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction JORF n°34 du 10 février 1994 page 2271

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005615270&dateTexte=19940209>.

<sup>2</sup>-Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement NOR: ENVX9400049L. Version consolidée au 02 février 2019 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000055180>.

<sup>3</sup> - LOI n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (1) JORF n°31 du 5 février 1995 page 1973

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000531809&dateTexte=19950204>.

<sup>4</sup> -LOI n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public (1. JORF n°34 du 9 février 1995 page 2186 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350927&categorieLien=id>.

<sup>5</sup> - Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) (1). JORF n°288 du 12 décembre 2001 page 19703 texte n° 1

NOR: ECOX0100063L Version consolidée au 26 juillet 2011 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005631803&dateTexte=20110726>.

<sup>6</sup> - د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 76، 77.

متعددة، ومن الصعب إيجاد تعريف جامع مانع له، لذلك تعددت التعريفات التي جاء بها الفقه والاجتهاد.<sup>1</sup>

### أ/ تعريف تفويض المرفق العام في الفقه

لم يستخدم الفقه اصطلاح التفويض في مجال المرافق العامة إلا نادراً، وعلى سبيل المثال، فقد استخدم الأستاذ J.F.AUBY اصطلاح "الإدارة المفوضة" وقصد 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 J.F.AUBY، أنه توجد أربعة تطبيقات لتفويض الإدارة، تتراوح بين "délégation" أكثر اتساعاً وبين تفويض تضيق فيه إلى حد كبير الامتيازات الخاصة، وهذه التطبيقات الأربعة هي: الالتزام، الإيجار، مشاطرة الاستغلال، والإدارة وأخيراً، يمكن أن نرصد في هذا السياق استخدام اصطلاح التفويض في مجال عقود الالتزام بشكل خاص، بمعنى أن جهة عامة تفرض سلطاتها إلى الملتزم.<sup>2</sup>

فلقد أورد الفقه الفرنسي العديد من التعريفات لهذا الأسلوب، إذ عرف الأستاذ دروبنكو B.Drobenco بأنه العقد الذي يقوم به شخص عام مسؤول عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له، -شخص عام أو خاص - ويكون أجر المفوض مرتبطاً بنتائج استغلال المرفق، أي أن تفويض المرفق العام هو العقد الذي يفوض بموجبه شخص عام (الدولة أو أحد فروعها) ويسمى المفوض، شخص آخر وهو المفوض له مهمة تسيير مرفق عام، ويتلقى هذا الأخير مقابلته المالي من نتائج استغلال هذا المرفق، وعرفه الأستاذ Carol بأنه تقنية من شأنها تمكين المتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود الموجودة والمعروفة باسم الامتياز والتسيير، فهو مفهوم واسع يشمل كل العقود التي تتنازل من خلالها عن تسيير مرفق عام.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - مروان معي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 296.

<sup>2</sup> - J.F.AUBY, les services publics locaux, PUF, que sais je ?, n.2023, 1982;p.39.

نقلا عن : محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 09.

<sup>3</sup> - د/سردو محمود، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، العدد 02، تاريخ النشر: 29 جوان 2017، ص 03.

أما الفقيه (Delvolvé) <sup>1</sup> فاعتبر فكرة تفويض المرفق العام التي تستوعب عقود الامتياز والالتزام والإدارة غير المباشرة والإدارة الحرة بمثابة منح مؤسسة أو مشروع ما مهمة تحقيق مرفق عام وفقا لصيغ من العائدات يتم التوافق عليها ومختلفة عن الثمن.

ويظهر من هذه التعاريف وغيرها التي قيلت بصدد تفويض المرفق العام وعلى الرغم من اتفاقها على بعض العناصر اللازمة لقيام التفويض للمرفق العام ومنها وجوب وجود مرفق عام وأن يتم التفويض من خلال إبرام عقد، إلا أنها مع ذلك لم تتفق على معنى جامع وشامل لصيغ المرفق العام يمكن من خلاله تمييزه عن غيره من العقود التي تتضمن اشتراك الغير في تنفيذ المرفق العام <sup>2</sup>

وتفويض المرفق العام حسب الأستاذ C.Chenuaud –Frazier هو التقنية التي تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل (امتياز، إيجار، التسيير... إلخ) وبذلك يعد تفويض المرفق مصطلحا واسعا يضم كل العقود التي تتنازل الهيئات العمومية من خلالها عن تسيير مرفق عام دون أن تتنازل عنه كليا. <sup>3</sup>

وعرفه الأستاذ chapus على أنه: "عقود تفويض المرفق العام هي عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة، مهمة تنفيذ مرفق عام إداري أو اقتصادي بصورة جزئية أو كلية."

أما في الفقه المصري، فإن اصطلاح "التفويض" بالمعنى المتقدم لم يظهر حتى الآن في القانون الإداري، ومع ذلك فإن الاصطلاح ظهر مؤخرا في المؤلفات غير القانونية، التي اهتمت بدراسة ظاهرة "خصخصة المشروعات العامة"، إذ ينظر إلى التفويض أنه قيام الدولة بتوكيل (أو تفويض) القطاع الخاص في القيام بالنشاط نيابة عنها. <sup>4</sup>

وبالنظر إلى عقود تفويض المرفق العام فهي عقود إدارية بين أحد أشخاص القانون العام وهو مانح التفويض من ناحية، وأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين وهو صاحب التفويض من ناحية أخرى وموضوع العقد هو تنفيذ مرفق عام خلال مهلة محددة. <sup>5</sup>

<sup>1</sup> -Pierre Delvolvé, né le 16 septembre 1940 à Malaucène, est un professeur et juriste français. Il est professeur émérite de l'Université de Paris II vu Site Web : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Pierre\\_Delvolvé](https://fr.wikipedia.org/wiki/Pierre_Delvolvé) le 10/1/2019 à 17:00.

<sup>2</sup> -د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية، المرجع السابق، ص 80-81.

<sup>3</sup> -Carole Chenuaud –Frazier, la notion de délégation de service public, Revue de droit Public n 01 ;1995,p176:

نقلا: د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 128.

<sup>4</sup> -د/محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 10.

<sup>5</sup> -د/ ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر 2015، ص 297.

إذن تعريف التفويض التعاقدي للمرفق العام اليوم يعتمد على عناصر مختلفة، من جهة ضرورة وجود شخص معنوي عام (الدولة، مجموعة محلية أو مؤسسة عامة)، ومن جهة أخرى يجب على هذا الشخص تفويض مهمة المرفق العام، نشاط مصلحة عامة تتحقق بطرق خاصة. ولهذا الغرض، فإن العقد المبرم يجب أن يتطلب من المفوض أداء الخدمات المخصصة للمستخدمين<sup>1</sup>. بذلك يتميز تفويض المرفق العمومي كأسلوب من أساليب إدارة وتسيير المرافق العمومية بمجموعة من الخصائص، ذلك بأن هذا الأسلوب هو عقد وكالة من خلاله تعهد الإدارة إلى شخص آخر إدارة واستغلال المرفق العمومي.

وتجب الإشارة إلى أنه في أسلوب تفويض المرافق العمومية تكون العلاقة مباشرة بين جمهور المنتفعين من خدمات المرفق العام والمتعامل المتعاقد مع الإدارة، كما يضمن المفوض إليه ضمان السير الحسن للمرفق العمومي، ويتحمل كل المخاطر والأرباح (المالية والتقنية)<sup>2</sup>.

#### ب/ تمييز تفويض المرفق العام عما يشابهه

يختلف تفويض المرفق العام عن بعض المفاهيم الأخرى المشابهة له والمعتمدة في القانون الإداري منها:

#### 1- تفويض المرفق العام وتفويض السلطة الإدارية :

حتى وقت قريب ارتبط اصطلاح "التفويض" délégation في القانون الإداري باختصاصات سلطة إدارية، في مجال محدد هو القرارات الإدارية ولم يستخدم الاصطلاح خارج هذا الإطار إلا بصورة محدودة للغاية في مجال العقود الإدارية، وبالتحديد فيما يتعلق بتفويض المسؤولية عن المنشآت. وحديثاً، أخذ الاصطلاح بعداً جديداً في مجال المرافق العامة، للدلالة على قيام الغير بإدارة المرفق العام، عن طريق التعاقد مع الإدارة المسؤولية عن المرفق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Jean –Paul Valette, Le Service public à la Française, op cit p 124.

<sup>2</sup> - د/ بلجيلالي خالد، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، طبعة 2017، ص 120.

<sup>3</sup> - د/ محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 04.

فالتفويض في السلطة الإدارية يقصد به أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جزء من اختصاصاته إلى أحد مرؤوسيه، بشرط أن يسمح القانون بإجراء هذا التفويض وأن تكون ممارسة الاختصاص للمفوض تحت رقابة الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصيل.<sup>1</sup>

ويشترك تفويض المرفق العام مع تفويض الاختصاصات في أن كليهما يتضمنان نقل اختصاصات إلى جهة أخرى، إلا أنهما يختلفان في المسائل التالية :

أ/ التفويض في السلطة لا يكون إلا جزئياً بحيث لا يشمل كل اختصاصات المفوض، فلا يكون صحيحاً إلا إذا انصب على جانب من هذه الاختصاصات فقط، أما تفويض المرفق العام فإنه يشمل جميع الاختصاصات والمهام اللازمة من أجل إدارة المرفق.<sup>2</sup>

ب / لا يجوز في تفويض السلطة الإدارية تفويض المسؤولية، لأن التفويض يقتصر على السلطة فقط دون المسؤولية أي أن الرئيس الإداري يقوم بتفويض جزء من سلطاته بصفة مؤقتة مع بقاء مسؤوليته الكاملة عن هذه السلطات. أما في ظل تفويض المرفق العام فإن صاحب التفويض يتولى استغلال المرفق على نفقته ومسؤوليته وليس على مسؤولية مانح التفويض إلا أنه يبقى للشخص العام الحق في الإشراف والرقابة على كيفية إدارة وتشغيل المرفق العام من قبل صاحب التفويض.<sup>3</sup>

ج/ لا يجوز في تفويض السلطة تفويض السلطات المفوضة. فلا يجوز للمرؤوس المفوض إليه أن يقوم بتفويض السلطات التي انتقلت من رئيسه إلى من هم أدنى منه في السلم الوظيفي. أما في تفويض المرفق العام فإن التنازل الكلي أو الجزئي عن العقد إلى شخص ثالث جائز شرط الموافقة المسبقة من قبل مانح التفويض. وضمن الشروط والضوابط المحددة في الأنظمة والقوانين النافذة وبنود العقد.

د/ يجوز في تفويض السلطة الإدارية تعديل السلطات المفوضة أو استردادها. فيحق للرئيس الذي فوض الصلاحيات أن يقوم بتعديل نطاق التفويض، كما يحق له إلغاؤه، أما في تفويض المرفق العام فإن تعديل عقد التفويض ممكن أيضاً إلا أنه يقتضي أن يكون بهدف تحقيق المصلحة العامة، ودون أن يؤدي إلى تغيير جذري جوهري في موضوع العقد أو طبيعته، ودون أن يحدث اختلال كبير في

<sup>1</sup> - نسرين شريقي، مريم عمارة، سعيد بوعلوي، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، طبعة سنة 2014، ص 67.

<sup>2</sup> - ميادة عبد القادر أحمد، سياسة الدولة في مصر نحو خصخصة مشروعات المرافق العامة المشكلات والتنظيم القانوني الأمثل (دراسة مقارنة) رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الجامعية 2011، ص 186.

<sup>3</sup> - د/ مروان معي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 467.

اقتصاديات العقد. كما أن الغاء تفويض المرفق العام من قبل السلطة المانحة لا يكون إلا بناء لخطأ جسيم من قبل صاحب التفويض، أو بناء على دافع تحقيق المصلحة العامة.<sup>1</sup>

### 2- تفويض المرفق العام والوكالة:

الوكالة هو أن يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولحساب الموكل الأصيل وهو شخص عام لا ينفي الصفة الإدارية للعقد كون الوكيل أحد أشخاص القانون الخاص بل تظل الصفة الإدارية للعقد.

وتتميز الوكالة عن تفويض المرفق العام بأن موضوع الوكالة ليس محصوراً في إدارة أو استغلال المرافق العامة وإنما يمكن أن يمتد إلى مهام أخرى كالأشغال العامة. وينحصر تفويض المرفق العام أيضاً في المرافق العامة القابلة للتفويض<sup>2</sup>، أما الوكالة فيمكن أن تتعلق بموضوع يتصل بمرافق سيادية غير قابلة للتفويض كمرافق الشرطة أو التعليم أو الصحة هذا من جانب .

ومن جانب آخر تقع المسؤولية كاملة على الشخص العام عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل ويتحمل كافة النفقات. أما في تفويض المرفق فيتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام، ويتقاضى الوكيل المقابل المالي في صورة ثمن يدفعه الشخص العام إليه نتيجة إتمام المهمة التي كلفه بإنجازها. أما صاحب التفويض فيتقاضى المقابل المالي من نتائج استغلال المرفق.<sup>3</sup>

### 3- تفويض المرفق العام والصفقات العامة

تشارك الصفقات العامة مع تفويض المرفق العام في الطبيعة التعاقدية، والصفقة العامة تبرم غالباً مع أحد أشخاص القانون الخاص بهدف تأمين وتقديم الخدمات، وإعداد الدراسات والقيام بالأشغال التي تحتاج إليها الدولة، مقابل ثمن محدد في دفتر الشروط يؤدي إلى التعاقد مع الإدارة من قبل الشخص العام.

<sup>1</sup> - مروان معي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 314.

<sup>2</sup> - ميادة عبد القادر أحمد، سياسة الدولة في مصر نحو خصخصة مشروعات المرافق العامة المشكلات والتنظيم القانوني الأمثل (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 185-186.

<sup>3</sup> - د/ ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 303.

أما التفويض فإنه يتضمن استغلال مرفق عام من قبل شخص آخر مقابل حصوله على مقابل مالي يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال<sup>1</sup>، لذا فإن أهم الفروقات بين المفهومين هي :

أ/ إن موضوع عقد التفويض هو استغلال مرفق عام، ولا يوجد عقد تفويض أن لم يكن موضوعه نشاطا يشكل مرفقا عاما. أما الصفقات العامة فإن موضوع الصفقة هو تأمين اللوازم والخدمات والأشغال التي تحتاجها الدولة والمبادئ العامة للصفقات العامة تسمح للمتعاقد مع الإدارة بأن يتولى تنفيذ جزء من مرفق عام، أي القيام بمهام أو خدمات للمرفق دون أن تبلغ حد إدارة واستغلال المرفق برمته، كإدارة محطة توليد الطاقة في مرفق الكهرباء أو تنظيم الحاويات في المرفأ البحرية.

ب/ يرتبط المقابل المالي في عقد التفويض بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق العام. أما في الصفقات العامة فإن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يشكل ثمنا للخدمات أو اللوازم أو الأشغال المنجزة، ولا علاقة له بنتائج استغلال المرفق العام الذي ترتبط به الخدمات أو اللوازم أو الأشغال المنجزة، وتجدر الإشارة إلى أن ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار هو المعيار الفاصل بين عقد التفويض والصفقات العامة.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### أسس وأنواع عقود تفويض المرفق العام

وفقا للتشريعات المقارنة التي صدرت بصدد تفويض المرفق العام، فإن هذا الأخير يشترط لتحقيقه توفر مجموعة من الشروط التي من دونها لا نكون أمام تفويض للمرفق العام، ويتعلق الشرط الأول بموضوع التفويض، إذ يجب أن ينصب التفويض على مرفق عام. أما الشرط الثاني فيجب أن يتم التفويض من خلال علاقة تعاقدية بين الجهة العامة صاحبة التفويض وبين المفوض له، ويلزم الشرط الثالث أخيرا أن تتضمن عملية التفويض استغلال المرفق العام، وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض له بنتائج الاستغلال.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ مروان مي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 470.

<sup>2</sup> - مروان مي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 316.

<sup>3</sup> - د/ زوية سميرة، اتفاقية التفويض تجسيدا للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 10، تاريخ النشر: جوان 2018، ص 279.



ويلاحظ من خلال تعريف المشرع الفرنسي لتفويض المرفق العام في المادة 38 من قانون سابان Loi Spin بأن تقنية التفويض تقوم على الأسس الآتية :

-وجود مرفق عام.

-العلاقة التعاقدية بين صاحب التفويض والسلطة مانحة التفويض.

-موضوع العقد استغلال المرفق العام.

-ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام.

كما تتعدد صور تفويض المرفق العام. فيأتي الامتياز في المرتبة الأولى، إلا أن الامتياز الذي يشكل إحدى صور التفويض يختلف عن الامتياز التقليدي لاسيما من حيث القواعد التي يخضع لها. وتعد إجارة المرفق العام Affermage وعقد الإدارة بالشراكة Régie intéressée وعقد الإدارة Gérance من صور تفويض المرفق العام.<sup>1</sup>

أولاً: أسس عقود تفويض المرفق العام

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا في حال شكل النشاط موضوع العقد مرفقاً عاماً، شرط أن يكون المرفق العام قابلاً للتفويض إذ توجد مجموعة من المرافق السيادية التي لا يجوز تفويضها. كما يقتضي أن تقوم بين صاحب التفويض والسلطة المانحة علاقة تعاقدية بحيث يخضع المتعاقد مع الإدارة، بالإضافة إلى النظام القانوني المحدد من قبل المشرع إلى الأحكام المنصوص عليها في العقد. ويجب أن يكون موضوع العقد استغلال المرفق العام، وأن يرتبط المقابل المالي للخدمات المؤداة إلى المستفيدين بنتائج الاستغلال.<sup>2</sup>

أ/وجود مرفق عام

من المعلوم أن فكرة المرفق العام هي إحدى الأفكار التي يصعب تحديدها بالنظر إلى عدم دقة المعايير القضائية. غير أن التعريف البسيط للمرفق العام مؤداه أن نشاطاً ما يشكل مرفقاً عاماً إذا توافر شرطان :

فأما الشرط الأول، فهو أن يرتبط النشاط سواء بشكل مباشر أو غير مباشر بشخص عام.

<sup>1</sup> - مروان مكي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 296.

<sup>2</sup> - د/مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 442.

أما الشرط الثاني، فهو أن يتم ممارسة النشاط بقصد تحقيق المصلحة العامة، وهذا الشرط يتعلق بالفكرة الموضوعية، أو الوظيفية للمرفق العام، وهي فكرة تتعلق بالهدف من النشاط ووفقا لقضاء مجلس الدولة، فإن ممارسة امتيازات السلطة العامة، ليست ضرورية حتى يشكل النشاط مرفقا عاما.<sup>1</sup>

#### -المرافق العامة القابلة للتفويض :

لقد دل الاستقراء على أن القليل من المجالات مستبعد من نطاق تطبيق عقد تفويض المرفق العام. وتشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري الجزء الأكبر من المرافق العامة موضوع التفويض، على اعتبار أن الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفيدين من خدماته.

ويمكن تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة الإدارية . حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي في رأي استشاري على إمكانية تفويض إدارة المرافق الإدارية، وليس فقط المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري.<sup>2</sup>

وذهب الفقه الفرنسي، إلى البحث في مدى قابلية المرافق العامة التي تتمتع بالطابع الاجتماعي والثقافي للتفويض خصوصا أن قانون سابان Loi Sapin لم يستبعد هذه المرافق من مجال تطبيقه. وصدر تعميم وزاري في العام 1998<sup>3</sup> أكد على إمكانية تطبيق تفويض المرفق العام في مجال المرافق العامة الاجتماعية، كما تجدر الإشارة إلى أنه لا توجد لائحة محددة وشاملة بالأنشطة التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد تفويض المرفق العام.<sup>4</sup>

بل الأكثر من ذلك أنه لا توجد قائمة محددة سواء في فرنسا أو في أي دولة أخرى بالمرافق القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض، وبقيت لمدة طويلة النشاطات المعنية بالتفويض هي تلك النشاطات التجارية والصناعية SPIC ويقول الأستاذ Claudie Boiteau أن المرافق الصناعية والتجارية بحكم

<sup>1</sup>-د/محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> - مروان معي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 289

<sup>3</sup> - Circulaire du 18 juin 1998 relative au recouvrement des recettes des collectivités territoriales et établissements publics locaux et à la forme et au contenu des titres de recettes .

JORF n°201 du 1 septembre 1998 page 13374 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000391362&categorieLien=id>.

<sup>4</sup>-د/ مروان معي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز -الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 444.

القانون المختلط المطبق فإنها أسهل تفويضا، وتشجع الخواص لتسييرها بسبب ربحيتها. وأما المرافق العمومية الإدارية فإنها تطرح بعض الإشكالات بالنظر لخصوصيتها، أما الأستاذ جون ماركو يقول بأن تفويض المرفق لا يخص المرافق الإدارية ولا يطبق عليها القانون 93-122 (المنافسة والإشهار) بل هي مستبعدة من التفويض.

بينما الأستاذ J-F AUBY يقول بأن قانون 1993 لا يفرق بين نوعي المرافق العامة، ولم يحدد مجال التطبيق وبذلك تكون كل المرافق قابلة للتفويض إدارية، ثقافية إجتماعية.<sup>1</sup>

### ب/ السمة العقدية لتفويض المرفق العام

وفقا لقانون سابان (Sapin) لسنة 1993 فإن تفويض المرفق العام لا يتحقق إلا من خلال علاقة تعاقدية بين الدولة مانحة التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر بالإرادة المنفردة والذي يعرف بأسلوب الترخيص لا يدخل في مفهوم التفويض الذي نظمه المشرع الفرنسي.

وقد تأكدت السمة التعاقدية لتفويض المرفق العام في قرار مجلس الدولة الفرنسي، صادر في 1995/1/28 أكد فيه المجلس أن (أحكام المادتين 28<sup>2</sup>، 40<sup>3</sup> من القانون المؤرخ في 1993/1/29 لا تطبق إلا في الحالات التي يكون فيها التفويض موضوع العقد ولا تعد هاتان المادتان قابلتان للتطبيق عندما يكون اختيار المفوض له ناجم عن قرار أحادي الجانب وقرر بموجب نص قانوني، ومتخذ من جانب السلطة المسؤولة عن تنظيم المرفق. ويترتب على ذلك أن تحويل الغاز الذي هو عمل أحادي الجانب لا يخضع للإجراءات المنصوص عليها في أحكام المادة 38.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 135.

<sup>2</sup> - Article 28 Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques - Modifié par Ordonnance n°2010-420 du 27 avril 2010 - art. 126 Abrogé par Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 - art. 77 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>

<sup>3</sup> - Article 40 , Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques - Modifié par Ordonnance n°2010-420 du 27 avril 2010 - art. 126 Abrogé par Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 - art. 77 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>

<sup>4</sup> - Christian Bettunger , La Gestion Delegee Services Publics monde des ,Berger –Levrault , paris 1998 .

- نقلا عن د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 89-90.

إن للعلاقة القائمة بين مانح التفويض وصاحب التفويض طبيعة تعاقدية. فمانح التفويض هو شخص عام يمكن أن يكون الدولة، أو البلديات، أو المؤسسات العامة وصاحب التفويض هو شخص طبيعي، أو معنوي يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا.

### 1- أطراف عقد التفويض :

يبرم عقد التفويض عادة بين شخص عام هو مانح التفويض وشخص خاص هو صاحب التفويض، ويطلب من الأخير إدارة واستغلال المرفق العام موضوع العقد، ويمكن أن يأخذ صاحب التفويض شكل الشركة التجارية أو الشركة المختلطة أو جمعية.<sup>1</sup>

كما يمكن أن يكون صاحب التفويض شخصا عاما كأن يكون مؤسسة عامة يفوض إليها إدارة واستغلال مرفق عام والمثال على ذلك عقد الامتياز الذي كان مبرما بين كهرباء فرنسا التي كانت مؤسسة عامة، والدولة، وكان موضوع العقد تشغيل مرفق الكهرباء.

ويقتضي أن يكون مانح التفويض شخصا عاما سواء كان الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية، وفي حال كان مانح التفويض شخصا خاصا فلا نكون بصدد عقد تفويض المرفق العام إلا أنه يستثني من ذلك العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لحساب وباسم الشخص العام وتحت إشرافه وتوجيهه، فنكون بصدد عقد تفويض مرفق عام بالرغم من إبرامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص.<sup>2</sup>

### 2- طبيعة العلاقة

إذا ارتبط المشروع الخاص برابطة عقدية مع الشخص العام، بشأن إدارة المرفق، فإننا نكون بصدد نظام تعاقدية، ومن أبرز التطبيقات عقد الالتزام Contrat de Concession.

وأسلوب التعاقد لإدارة مرفق عام، هو ما يطلق عليه " تفويض المرفق العام " وبالتالي فإن تفويض المرفق العام بالضرورة هو عقد، ويجب أن يكون موضوع التفويض إدارة المرفق، وقد أخذ قانون 29 يناير 1993 في فرنسا بهذا الاتجاه، ففرض نطاقا ضيقا للتفويض، وقصره فقط على العقود، فهو عمل تعاقدية، أو من طبيعة عقدية.

<sup>1</sup> - مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز -الشركات المختلطة - BOT- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 446.

<sup>2</sup> - مروان محي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 299-300.

ومن الملاحظ أن كل من قانون 6 فبراير 1992 وقانون 29 يناير 1993 يستخدم اصطلاح

" اتفاق تفويض المرفق العام " Convention de délégation de service public ولا يستخدم تعبير " عقد " Contrat. فهل هذا التمييز في الاصطلاحات له دلالة ما ؟

يرى بعض الفقهاء،<sup>1</sup> أن هذا التمييز بين الاصطلاحات هو صدى لمفهوم بعض الفقه عن التزام المرافق العامة. إذ يرى هؤلاء أن الالتزام ليس عقدا في حقيقة الأمر، وإنما اتفاق " له آثار لائحية، ولا يمكن وصفه أنه عقد، لأن العقود يجب أن تقتصر على الاتفاقات المنشئة لمراكز قانونية شخصية."<sup>2</sup>

### ج/ استغلال مرفق عام

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض استغلال مرفق عام، أي إدارة المرفق وتشغيله وفقا للغاية من إنشائه، تحت إشرافه ورقابة السلطة مانحة التفويض، فإذا كان صاحب التفويض يلتزم بتشغيل المرفق العام واستغلاله فإن ذلك يقتضي أن يتحمل مخاطر التشغيل، وأما إذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق دون تحمل مخاطر التشغيل بصورة كلية أو جزئية، فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، كأن يتولى الشخص الخاص إدارة المرفق لقاء بدل محدد دون أن يتحمل مخاطر استغلال المرفق كالعقود المبرمة مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل إنتاج الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء أو إدارة الحاويات في الموانئ، فلا تعد هذه العقود تفويض مرفق عام.<sup>3</sup>

### د/ ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

لقد أكد الفقه والاجتهاد على أن عقد تفويض المرفق العام يتضمن ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الاستثمار، ويعني ذلك أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار التي تنتج إدارته للمرفق وتشغيله على نفقته ومسؤوليته.

1- نقلا عن : محمد محمد .116 ;p.3743,Doct.1994,J.C.P.,Les contrats de delegation de service public ,C.Maugue ,J.B.AUBY -1.

عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 17.

2- د/محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 17-18.

3- د/سردو محمود، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر، المرجع السابق، ص 8.

ولا يعني ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار أن مصدر المقابل المالي هو للمستفيدين من خدمات المرفق العام، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال، وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق.<sup>1</sup>

وشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار معياراً للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العامة، وفي حال شكل المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمناً للخدمات المؤداة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام. وهذا ما أكد عليه القضاء الإداري الفرنسي الذي اعتبر في أحد أحكامه أن المقابل المالي الذي يدفعه الشخص العام المحلي الذي عهد إلى جمعية استغلال مركز للترفيه، بحيث يقوم الشخص العام بإعطاء الجمعية مقابلاً مالياً للخدمات المؤداة دون أن يتحمل أية مخاطر مالية، يشكل ثمناً للخدمات المؤداة، ويعني ذلك أن العقد لا يمكن اعتباره تفويض مرفق وإنما هو صفقة عامة.<sup>2</sup>

وأكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك في قضية<sup>3</sup> Commune de Guilhaud-Grange حيث أبرم عقد إدارة إدارة الشخص العام المحلي وشركة للمياه، عهد الأول إلى الثاني تنفيذ مرفق توزيع المياه الشفه، وحدد المقابل المالي بحيث تحصل مؤسسة التوزيع على جزء ثابت بدل استعمال العدادات وجزء آخر متغير حسب استهلاك المياه، والجزء الثابت يساوي عشرين بالمئة من المقابل المالي يدفعه

<sup>1</sup> - مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 451.

<sup>2</sup> - مروان مكي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 303

<sup>3</sup> - Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 7 avril 1999, 156008, mentionné aux tables du recueil LebonVu, enregistrée au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat le 10 février 1994, l'ordonnance en date du 31 janvier 1994 par laquelle le président de la cour administrative d'appel de Lyon transmet, en application de l'article R. 81 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, la requête présentée devant la cour par la COMMUNE DE GUILHERAND-GRANGES ; Vu la requête, enregistrée le 24 janvier 1994 au greffe de la cour administrative d'appel de Lyon, et le mémoire complémentaire enregistré le 18 mai 1994 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNE DE GUILHERAND-GRANGES et tendant :

1°) à l'annulation du jugement en date du 4 novembre 1993 par lequel le tribunal administratif de Lyon a annulé les contrats passés entre la COMMUNE DE GUILHERAND-GRANGES et la société Compagnie générale des eaux, pour le service de distribution publique d'eau potable et pour le service d'assainissement ;

2°) au rejet du déféré du préfet de l'Ardèche ;

3°) à la condamnation de l'Etat à lui payer la somme de 15 000 F en application de l'article L. 8-du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007984038&fastReqId=110410159&fastPos=1>

الشخص العام، في حين يشكل الجزء المتغير ثمانين بالمئة يدفعه المستفيدون من خدمات المرفق مقابل استهلاكهم للمياه الموزعة، وعلى الرغم من أن الجزء الأكبر من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين إلا أن مجلس الدولة اعتبر أن العقد يشكل صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام. لأن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لمخاطر الاستغلال، لاسيما وأن الخدمة المؤداة هي توزيع المياه، والمياه تشكل حاجة ضرورية لكل المواطنين، ولا يمكن الاستغناء عنها، وبالتالي فإن توفر العدد الكافي من المشتركين في الخدمة لا يشكل أية مخاطر اقتصادية.<sup>1</sup>

فلا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يعهد للمفوض إليه بإدارة المرفق العام واستغلاله، وإنما يجب أن يتحقق معه شرط آخر وهو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل المفوض له بنتائج الاستغلال، وهذا الشرط هو الذي يميز عقود تفويض المرفق العام عن العقود الإدارية الأخرى، لاسيما عقد الأشغال العامة وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المعروفة في القانون الفرنسي، ففي هذه العقود يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل "ثمن محدد" ويتم تحديد هذا الثمن في ضوء تكلفة الأعمال المنفذة، وهذا بخلاف عقود تفويض المرفق العام التي يتم تحديد المقابل المالي في ضوء نتائج الاستغلال وليس في صورة تكلفة الأعمال التي يتطلبها المرفق.<sup>2</sup>

وقد عرف القضاء الإداري المقابل المالي وربطه بنتيجة الاستغلال. فالمقابل المالي يجب أن يكون ناتجا عن تسيير واستغلال المرفق العام وعلى هذا الأساس استبعد في كثير من الأحيان "عقد التسيير" La gérance من عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل مدفوع من طرف الإدارة ويكون جزافيا ليس له ارتباط باستغلال المرفق، وجاء قرار مجلس الدولة ل 15 أفريل 1996<sup>3</sup> لتأتي في خلاصته "يجب أن

<sup>1</sup> - د/مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام)، (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 451-452.

<sup>2</sup> - د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 95.

<sup>3</sup> - أكد حكم مجلس الدولة الذي صدر في 15/4/1996 إن ارتباط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج الاستغلال يعد معيارا مميزا لعقود التفويض، وكان هذا الحكم قد صدر بمناسبة الطعن الذي قدمه أحد المحافظين ضد حكم المحكمة الإدارية بمدينة مرسيليا يرفض إحالة قرار أحد المجالس البلدية والتي تضمن أن يعهد إلى إحدى الشركات بجمع وتصريف النفايات المنزلية في المدينة وإدارة المخلفات البلدية، وقد رأى للمحافظ أن هذا ليس عقد تفويض المرفق العام، إنما هو عقد من العقود العمومية وكان يجب أن يخضع في إبرامه لقانون العقود العمومية وليس لقانون سابان Sapin لسنة 1993 الخاص بالوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة. وقد استند المحافظ في طعنه على أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد لا يتم دفعه من جانب المستفيدين لكنه عبارة عن ثمن قدر بشكل جزاف سنويا بمبلغ محدد ويتم تسديده على دفعات شهرية، وقد أيد مجلس الدولة المحافظ في طعنه وحكم بأن العقد محل النزاع لا يعد من عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل المالي للمتعاقد يستحق في صورة ثمن تدفعه المقاطعة.

يضمن دفع المقابل المالي في تفويض المرفق من نتيجة الاستغلال."، أي أن الموارد المتأتية من الاستغلال، في أغلب الأحيان تكون إتاوات من المرتفقين، ويمكن أن تدفع من الإدارة لكنها متأتية من استغلال المرفق مثلا من الإشهار..... إلخ.

ويمكن أن تكون هناك إعانات من الهيئات العمومية لكن هذا استثناء وبصفة تكميلية فقط، لأن الأساس أن يكون المقابل المالي مرتبطا بالاستغلال.<sup>1</sup>

### ثانيا: أنواع عقود تفويض المرفق العام

إن لتفويض المرفق العام صورا متعددة، فكل عقد تتوفر فيه الأسس التي يقوم عليها التفويض هو عقد تفويض مرفق عام، ويوجد مجموعة من العقود المتفق على اعتبارها من عقود تفويض المرفق العام، كامتياز المرفق العام وإجارة المرفق العام، كما توجد صور حديثة مازالت موضع نقاش حول طبيعتها.

#### أ/ امتياز المرفق العام Contrat de Concession

يعد عقد الامتياز من الطرق القديمة في إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة، ويشكل أحد الصور التقليدية لتفويض المرفق العام. وقد طرأ على عقد الامتياز العديد من التعديلات لاسيما فيما خص اختيار صاحب الامتياز، حيث كان اختياره يخضع لمبدأ الاختيار الشخصي من قبل الشخص العام مانح الامتياز، وأصبح في الوقت الحاضر خاضعا لإجراءات حددها المشرع كالإعلان المسبق واعتماد مبدأ المنافسة، وهذا يعني أن الصورة الحديثة لامتياز المرفق العام مختلفة عن الصورة التقليدية وأصبحت تشكل أحد أنواع تفويض المرفق العام.<sup>2</sup>

#### ب/ عقود مشاطرة الاستغلال Régie intéressée

يعرف بأنه "العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية (التي أنشأت المرفق العام) تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي، أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة

=...وإن مقتضى هذا الشرط يوجب أن يخضع هذا العقد للقواعد التي تنظم القوة العمومية، وحيث أنه لم يتم احترام هذه القواعد، فإن العقد وقرار المجلس البلدي الذي يتعلق به يعد مخالفا للقانون. نقلا عن - ابو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 96

<sup>1</sup>-د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 134.

<sup>2</sup>-د/ مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة، BOT، تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص 453..



العمومية أو المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح.<sup>1</sup>

وتتجنب طريق مشاطرة الاستغلال عيوب كل من الاستغلال المباشر من جهة، وعقود الامتياز وإيجار المرفق العام من جهة أخرى، لأنه قصد بهما علاج ما تتصف به طريقة الاستغلال المباشر من انعدام المصلحة الشخصية والدافع الشخصي لدى العاملين، وذلك بمنح القائمين على إدارة المشروع بعض المزايا وتقرير المسؤولية المادية مما يحملهم على العمل والابتكار، ويحصل هذا من خلال تقرير نسبة من الأرباح أو مبلغ معين أو مبلغ من هذا المال تضاف إليه نسبة من الأرباح أي القدر الثابت المضمون من الربح المادي والقدر الآخر المتفاوت وهو العائد الإضافي (الأرباح)، تقدر على أساس الربح الصافي للمشروع، أو على أساس الدخل الإجمالي للمشروع، كما أن جعل الإدارة بيد جهة خاصة يحررها من الأساليب المالية والإدارية والحسابية التي تقيد المشروعات التي تدار بطريقة الإدارة المباشرة.

وتتجنب طريقة مشاطرة الاستغلال أيضا بعض سلبيات امتياز المرفق العام، ولاسيما غاية تحقيق الأرباح مع إرهاق جمهور المنتفعين والاستئثار بأرباح المشروع، وقد تكون طائلة مع خطر توقف العمل عند حدوث أزمة اقتصادية، وإهمال الملتزم بالمشروع عند قرب انتهاء مدة الامتياز، إذ أن هذه العيوب تختفي في مشاطرة الاستغلال لأن المدير إنما يعمل بوصفه وكيلًا عن السلطة الإدارية ونياية عنها ولحسابها المالي.<sup>2</sup>

### ج/ الإيجار: L affermage

في هذا النوع من التفويض يقوم المفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام لحسابه وعلى مسؤوليته مقابل إتاوة سنوية يدفعها للسلطة المفوضة. أما إقامة وتمويل المرفق العام في حد ذاته فتكون على حساب السلطة المفوضة. من خلال الأتاوى المحصلة من مستعملي هذا المرفق يدفع من خلالها أجرة المفوض له لهذا فهو شكل من أشكال تدير المرفق العمومي يستأجر بموجبه الشرك الخاص أصول مرفق معين، ويعمل على استغلاله وصيانته مقابل أرباح يتحصل عليها من موارد استغلال المرفق. ويتعلق هذا النوع من العقود بالحصول على أرباح عملية دون الحاجة إلى القيام باستثمارات كبيرة في بناء المنشآت اللازمة لاستغلال المرفق العمومي السابق على إبرام العقد، كما أن

<sup>1</sup> -مشالي أمينة، خصوصية المرافق العامة، المرجع السابق، 120.

<sup>2</sup> -د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 115-116.

الشريكين يتقاسمان المخاطر التجارية. وخلافا لعقد الامتياز، فإن مدته قصيرة نسبيا ( من 7 إلى 12 سنة في المتوسط، مقابل 15 لعقد الامتياز).<sup>1</sup>

#### د/ الوكالة المحفزة

في هذا النوع من أساليب التسيير، إن السلطة المفوضة هي من يمول إنشاء وإنجاز المرفق العام وتوكل صيانة واستغلال المرفق العام للشخص المعنوي العام، أو الخاص الذي يتصرف لحساب السلطة المفوضة مقابل تلقيه أجر.

فالسلطة المفوضة هي التي تمول أجر المفوض له بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصصة من الأرباح عند الاقتضاء، وتحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني

#### التنظيم القانوني لتفويض المرفق العام في الجزائر (الأحكام والتطبيقات القانونية)

عرف النظام القانوني الجزائري أساليب شتى في مجال تسيير المرافق العامة كالأسلوب المباشر الذي هو الأصل، والأسلوب غير المباشر، وهذا الأخير عرف تطبيقات مختلفة أبرزها أسلوب المؤسسة العامة والذي شهد انتشارا وتوسعا في المرحلة الاشتراكية بصدور الأمر 74/71 بتاريخ 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، وبرز تدخل الدولة في تلبية الحاجات العامة عن طريق مؤسسات عديدة وطنية ومحلية تم إنشاؤها لهذا الغرض.

غير أنه وفي ظل التحولات الاقتصادية التي شهدتها الدولة، والتفتح على الأسواق العالمية، وبرز الأزمات المالية بات لزاما مراجعة دور الدولة ونطاق تواجدتها فيما خص تلبية الحاجات العامة للأفراد، وساد الاقتناع مع هذا التطور والرؤية الجديدة أن أسلوب إدارة المرافق العامة عن طريق المؤسسة العمومية لم يعد هو النظام الأنسب لأنه يرهق الخزينة العامة ويسبب لها ثقلا كبيرا خاصة إذ كانت المؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري.

<sup>1</sup>- أ. أمين بن سعيد، أ.نادية عبد الرحيم، إشكالية تفويض المرفق كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية، واقع التطبيق في المغرب وأفاهة في الجزائر، مجلة معهد العلوم الاقتصادية (مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة)، جامعة الجزائر 03، المجلد 21، العدد 01 تاريخ النشر 2018/06/01، ص 73.

<sup>2</sup>- د/ زوية سميرة، اتفاقية التفويض تجسيدا للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص المرجع السابق، ص 282.

لذلك برز للوجود في عديد الدول نظام التسيير المفوض، أو التدبير المفوض كما يطلق عليه في المملكة المغربية، مع الإشارة إلى أن الجزائر عرفت قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247<sup>1</sup> شكلا من أشكال التسيير المفوض يتمثل في نظام الامتياز والذي شهد تطبيقات مختلفة في مجال المياه والمحروقات والفلاحة والنقل البحري.<sup>2</sup>

فبعد التردد الذي وقع فيه المشرع الجزائري في الأخذ بنظرية تفويض المرافق العمومية تدخل ليكرس صراحة هذا الأسلوب القديم والجديد لتسيير المرافق العمومية وذلك سواء على المستوى المحلي أو على المستوى الوطني. وبمجرد أن تم إصدار قانون جديد للبلدية بموجب القانون رقم 10-11 تم النص فيه صراحة على أسلوب التفويض مع إبقائه على الأساليب التقليدية المتمثلة في الأسلوب المباشر وأسلوب الامتياز، والدليل على ذلك استعمال المشرع في هذا القانون لعبارة: الامتياز وتفويض المصالح العمومية ضمن الفصل الرابع الموسوم بالمصالح العمومية البلدية، لكن دون أن يفصل في مفهوم هذا التفويض.

بل أكثر من ذلك فقد تم التأكيد على أنه يجب أن يتم في شكل صفقة برنامج أو صفقة طلبية. قبل ذلك تم النص في المادة 150 الفقرة 2 منه على أنه "يمكن تسيير المصالح العمومية للبلدية بواسطة الطريق المباشر في شكل الاستغلال المباشر أو الطريق غير المباشر في شكل مؤسسة عمومية عن طريق الامتياز أو التفويض".

مع التذكير فقط أنه فيما يتعلق بالقانون الجديد للولاية لم ينص المشرع الجزائري على هذا التفويض للمرافق العمومية على المستوى الولائي.<sup>3</sup>

كما ولج مفهوم تفويض المرفق إلى قوانين وتنظيمات تخص مجالات عدة، منها مجال المياه، على مستوى القانون 17/83 المتضمن قانون المياه<sup>4</sup>، والنصوص التنفيذية التي تلتها نفس المجال لاسيما المرسوم 328/83 المتعلق بإنشاء مؤسسة تسيير وتوزيع المياه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مشار إليه سابقا.

<sup>2</sup> - أ/ د عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 التطور، المفهوم، المجال، الأنواع، طرق الإبرام واجراءاته (القسم الأول)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الخامسة 2017، ص 62-63.

<sup>3</sup> - أ/ أرزيل الكاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام في الجزائر، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، العدد 03، تاريخ النشر: جوان 2017، ص 13-14.

<sup>4</sup> - القانون رقم 83 / 17 المؤرخ في 16 يوليو 1983، المتعلق بالمياه، مشار إليه سابقا .

<sup>5</sup> - المرسوم 328/83 المؤرخ في 14 ماي 1983 المتضمن إنشاء مؤسسة توفير المياه وتسييرها وتوزيعها في الأغواط، ج ر ع 20، السنة العشرون، المؤرخة بتاريخ 17 ماي 1983.

والأمر رقم 13/96 المتعلق بالمياه<sup>1</sup>، والمرسوم 266/85 المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير<sup>2</sup>، والمرسوم التنفيذي 253/97 المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير<sup>3</sup>، وفي مجال الطرق نجد المرسوم التنفيذي 308/96<sup>4</sup>، وكذا في مجال الفلاحة نجد القانون 03/10<sup>5</sup> وفي مجال الأملاك نجد الأمر 04/08 المحدد لشروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية والمعدلة مادته 3 التي تناولت الامتياز<sup>6</sup> بالمادة 15 من القانون 11/11 المؤرخ في 18/7/2011 المتضمن قانون المالية التكميلي<sup>7</sup>.

غير أن كل هذه النصوص والصادرة قبل المرسوم الرئاسي، اتفقت جميعها في أنها أولت عنايتها بجوانب تتعلق بتفويض المرفق العمومي وبيان بعض الاحترازمات المتعلقة بالتفويض وما ينبغي للجهة المفوضة أن تستمر بالرقابة عليه وضوابط ذلك، وأهملت أساليب اختيار صاحب الامتياز كما احتوت بعضها مالا يتماشى بوضوح وتطابق مع ما يفرضه مجال الصفقات العمومية من صرامة في احترام المبادئ العامة وقواعد الشفافية<sup>8</sup>

فتقنية تفويض المرفق العامة في تسيير المرافق العمومية ليست بالتقنية الحديثة على صعيد التشريع الوطني، بل تعود جذورها إلى العديد من النصوص القانونية التي توطر القطاع العام والاقتصادي على السواء، غير أن عودة الاهتمام بتفويض المرفق العام بموجب أحكام المرسوم

<sup>1</sup> - الأمر 13/96 المؤرخ في 15 يونيو 1996 المتضمن قانون المياه، المعدل والمتمم للقانون رقم 17/83، مشار إليه سابقا .

<sup>2</sup> - المرسوم رقم 266-85 المؤرخ في 29 أكتوبر 1985، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، ج ر ع 45 السنة الثانية والعشرون، المؤرخة بتاريخ 30 أكتوبر سنة 1985.

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي 253-97 المؤرخ في 8 جويلية 1997، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير، ج ر ع 46 السنة الرابعة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 9 جويلية سنة 1997.

<sup>4</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 والمتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، مشار إليه سابقا .

<sup>5</sup> - القانون رقم 03/10 المؤرخ بتاريخ 15 أوت سنة 2010 المتضمن تحديد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، مشار إليه سابقا .

<sup>6</sup> - الأمر 04-08 المحدد لشروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، ج ر ع 49، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 3 سبتمبر سنة 2008. (اتنص المادة 03 منه : " يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء، عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد، أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية ويشترط احترام قواعد التعمير المعمول بها .

تخضع الأملاك العقارية التي تشكل الأصول المتبقية للمؤسسات العمومية المحلية والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية لنفس الشروط المحددة في الفترة أعلاه . تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم .)

<sup>7</sup> - القانون 11/11 المؤرخ في 18/7/2011 المتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر ع 40، السنة الثامنة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 01 سبتمبر سنة 2011 .

<sup>8</sup> - /أ- النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2018، ص 10.

247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية. تزامنت مع تطورات تحت تأثير ضغوط العديد من الأسباب الداخلية والخارجية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، حاجة الدولة إلى إمكانيات القطاع الخاص خاصة إثر أزمة أسعار النفط التي أدت إلى تراجع مواردها المالية، والبحث عن بدائل إضافية لتمويل استثماراتها وبنيتها التحتية، مشاطرا بذلك تجارب دول يعتبر التشريع الفرنسي في هذا المجال أعرقها على الإطلاق، وكذا تجارب دول مغربية أبرزها التشريع المغربي والتونسي.<sup>1</sup>

إن هذا ماسيتم بحته تباعا من ناحية تدخل سلطة التنظيم في الجزائر وفق الفرعين الآتيين

### الفرع الأول

#### تفويض المرفق العام في ظل أحكام المرسوم 247-15

تحريا لنجاعة مردودية المرافق العمومية في الجزائر، وتماشيا مع المتطلبات التي تفرضها متغيرات العصر الحديث، بات من الضروري تخلي الدولة ولو تدريجيا عن تسييرها لبعض المرافق العامة خاصة تلك التي تتمتع بالصفة التجارية والصناعية في تقديمها للخدمات، بغية إكسابها نوعا من المرونة في التسيير وإبعادها عن مظاهر البيروقراطية التي أثقلت كاهل هاته المرافق، لذا تم الالتفات إلى نوع خاص من طرق تسيير المرافق العمومية، ألا وهو "تفويض المرفق العام"، هذا الأخير الذي تم التشريع له عن طريق المرسوم الرئاسي 247-15.<sup>2</sup>

في البداية ينبغي الإشارة أن المرسوم الرئاسي 247-15 لم يعرف عقد تفويض المرافق العامة واكتفت المادة 207 بقولها أنه " بأنه يمكن للشخص المعنوي العام أن يقوم بتفويض تسيير مرفق عام للمفوض له" ويحكم هذه العملية اتفافية، وأحالت ذات المادة لمرسوم تنفيذي سيصدر منظما لهذه العملية.

و عليه يمكن تعريفه " بأنه أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام أمر تسيير مرفق عام وتلبية حاجات عامة عن طريق شخص آخر يدعى المفوض

<sup>1</sup> - أ/زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام المادة 209 من المرسوم 247-15، حوليات جامعة الجزائر 1 العدد 32، الجزء الأول 2018، ص 495.

<sup>2</sup> - أ/أمين بن سعيد، أ/نادية عبد الرحيم، إشكالية تفويض المرفق كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية، المرجع السابق، ص 72

له، وقد يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو الخاص لمدة محددة وتحت إشراف ورقابة المفوض".<sup>1</sup>

لذا يكون من الجدير بالدراسة التطرق للمبادئ التي تخضع لها اتفاقية تفويض المرفق العام عند إبرامها في ظل أحكام المرسوم 247-15 (أولا)، وتنفيذ اتفاقية التفويض في ظل المرسوم الرئاسي 247-15 في ظل المرسوم (ثانيا).

#### أولا: المبادئ التي تخضع لها اتفاقية تفويض المرفق العام عند إبرامها

تنص المادة 209 من قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام 247/15<sup>2</sup> على خضوع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها لجملة من المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم، إضافة إلى خضوعه إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية للتكيف عند تنفيذ اتفاقية تفويضه.

فالملاحظ إذن أن المشرع الجزائري قد أحال بخصوص هذه المبادئ إلى نص المادة 05<sup>3</sup> من المرسوم السابق الذكر من الباب المعنون بالأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، وبالتالي يخضع تفويض المرفق العام لنفس مبادئ إبرام الصفقات العمومية، وقد اعتبر مراعاة الصفقات العمومية لمبادئ ضمان حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم، تحقيقا ضمن نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

ولما كان هذا النص يتناول تفويض المرفق العام والذي يخضع مبدئيا لنفس المبادئ العامة فإنه وعضوا أن تحرر المادة كما حررت بما يوحي أن المبادئ هذه لا تخص إلا الصفقات العمومية، ينبغي أن تحرر بما يفيد أن إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام أيضا يجب أن تخضع لنفس المبادئ والإجراءات، رغم أن المادة 210 فيما يلي، تخضع التفويض إلى هذه المبادئ تطبيقا واحترامها.

<sup>1</sup> أ/ د عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247-15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 التطور، المفهوم، المجال، الأنواع، طرق الإبرام وإجراءاته (القسم الأول)، المرجع السابق، ص-63-64.

<sup>2</sup> تنص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مشار إليه سابقا، " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم.

وزيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف "

<sup>3</sup> تنص المادة 05 المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مشار إليه سابقا، على أنه : "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

إن التنبيه لهذه المسألة يفرضه كون أن الباب الأول كله، والذي يضمن احترام هذه المبادئ العامة، استثنى من التطبيق بصدد تفويض المرفق العام، على عكس ما فعلته تنظيمات مشابهة لكثير من الدول والتي أدرجت هذه المبادئ لا بصدد الصفقات العمومية بل وأيضا بصدد تفويض المرفق العام وكل العقود التي تكون الدولة أو أحد تفرعاتها طرفا فيها، أنظر على سبيل المثال ( قرار مجلس الدولة الفرنسي 2000/11/8 شركة " جون لويس برنار استشارات " <sup>1</sup> الذي خلص إلى أنه ليس هناك نص أو مبدأ يمنع لأي سبب على شخص عمومي أن يترشح للحياسة على صفقة أو تفويض المرفق العام).<sup>2</sup>

وهذا ثابت من قبل في تطبيق المشرع الفرنسي لهذه المبادئ في إطار قانون 6 فيفري 1992 للإدارة المحلية للجمهورية، الذي نص على وجود الشفافية في إجراءات تفويض المرفق العام، إلى جانب شروط الإشهار تطبيقا للتعليمات الأوروبية، لضمان المنافسة الأولية للمرشحين (المادة 52).<sup>3</sup>

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 38 من قانون سابان على خضوع تفويض المرفق العام لإجراءات الإعلان المسبق التي تسمح بتقديم أكثر من عرض منافس، وتشكل هذه المادة قيودا على مبدأ حرية الشخص العام في اختيار صاحب التفويض الذي كان سائدا في السابق. إضافة إلى أن فرض المشرع الفرنسي على السلطة مانحة التفويض الإعلان المسبق عن اختيار صاحب التفويض وفقا للمنافسة بين المؤهلين الذين يتقدمون بعروضهم لإدارة مرفق عام محدد، وذلك بهدف تحقيق شفافية إجراءات اختيار صاحب التفويض. وتشكل الإجراءات التي حددها المشرع لاختيار صاحب

<sup>1</sup> - Séance du 16 octobre 2000, lecture du 8 novembre 2000 N° 222208 - SOCIETE JEAN-LOUIS BERNARD Section du contentieux, 7ème et 5ème sous-sections réunies, sur le rapport de la 7ème sous-section, qui a rendu la décision suivante :

1°) Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. Aussi la personne qui envisage de conclure un contrat dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, ne peut elle refuser par principe d'admettre à concourir une personne publique.

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Section-du-contentieux-7eme-et-5eme-sous-sections-reunies-Seance-du-16-octobre-2000-lecture-du-8-novembre-2000>.

<sup>2</sup> - / النوي خرشي، الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، المرجع السابق، ص 25.

<sup>3</sup> - Jean -Paul Valette , Le Service public à la Française ,op cit ,p125.

التفويض تكرسا لمبدأ المساواة بين المرشحين لتولي إدارة المرافق العامة، وهذا المبدأ كرسه المجلس الدستوري الفرنسي.<sup>1</sup>

على هذا الأساس سنعرض تباعا هذه المبادئ.

### أ/ المبادئ التي على أساسها تبرم الإتفاقية

يتفق الفقه والتشريع على أن تفويض المرفق العام يتم في شكل اتفاقية تبرم في ظل منافسة حرة ونزيهة، ولذلك فقط اشترط المشرع الجزائري إبرام اتفاقية التفويض في إطار ثلاث مبادئ وهي :

- حرية الوصول للطلبات

- المساواة في المعاملة

- شفافية الإجراءات<sup>2</sup>

### 1/ حرية الوصول للطلبات العمومية

مقتضى مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام والخاص على السواء، والمختصين بنوع واحد من النشاط الذي ترمي السلطة المفوضة تفويض تسييره، أن يتقدموا قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول في العرض وتطبيق شروط غير متكافئة مما يحرمهم من منافع المنافسة، عملا بأحكام المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.<sup>3</sup> وفقا للشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط ولا يتحقق مبدأ

<sup>1</sup> - كما أن المشرع اللبناني قد فرض اختيار صاحب التفويض عن طريق استدراج العروض أو مناقصة عامة في العديد من النصوص القانونية بحيث يتحقق مبدأ المنافسة في اختيار المتعاقد مع الإدارة، ينظر: د/ مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 477.

<sup>2</sup> - د/ سردو محمود، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر، المرجع السابق، ص 15.

<sup>3</sup> - تنص المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية سنة 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، المؤرخة بتاريخ 20 جويلية سنة 2003 على أنه: " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها والإخلال بها في نفس السوق أو جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى : - الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني، عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها، تطبيق شرعة غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة، إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية .



حرية وصول المتعهدين إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواء من حيث إبرام عقد التفويض أو من حيث إجراءات إبرامه.<sup>1</sup>

وللوصول للطلبات العمومية من الضروري أن تقوم السلطة المفوضة بالإشهار، وذلك عن طريق نشر إعلان مسبق لأجل ضمان المنافسة بين المرشحين ولأجل اختيار أحسن عرض على أسس موضوعية. فقد نصت المادة 1/65 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع)<sup>2</sup> وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني."<sup>3</sup>

من خلال نص المادة أعلاه أشار المشرع الجزائري إلى ضرورة النشر الإجباري لإعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل وذلك في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) بالإضافة إلى جريدتين وطنيتين، وهذا حتى يتسنى لكل شخص الإطلاع عليها.

لقد جسد المشرع الجزائري مبدأ مهما في مجال إبرام الصفقات العمومية وهو تحقيق حرية المتعاملين في وصول الطلبات المراد إبرامها، ثم عمم هذا المبدأ على تفويض المرفق العام، ذلك أن التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة يخضع لمبدأ المنافسة، التي لا يمكن أن تتحقق في ظل غياب نشر المعلومات اللازمة التي تمكن المتعامل من الوصول إلى العقد الذي ترغب الهيئة العمومية إبرامه.

فمبدأ الحرية يقتضي إلزامية نشر الإعلان الخاص بتفويض المرفق العام الذي ترغب الدولة في منحه للخواص من أجل تسييره، ويجب أن يكون هذا النشر واسعا سواء عبر الوسائل وفي الأماكن التي تمكن الراغبين في التعاقد من الإطلاع عليه، كالنشر في الصحف أو الوسائل السمعية البصرية، وعلى

<sup>1</sup> - أ/زال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام المادة 209 من المرسوم 15-247، المرجع السابق، ص 501.

<sup>2</sup> - (ن.ر.ص.م.ع): نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، فهي نشرة دورية تصدر بمقرر عن وزير التجارة، تنشر كل الإعلانات القانونية أو التنظيمية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي لاسيما المناقصات والمزايدات والإنذارات وقرارات الفسخ. وكذا الأرقام الاستدلالية المتخذة أساسا في مراجعة أسعار الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، وعند الاقتضاء كل المعلومات الاقتصادية أو التقنية التي تتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، كما أن النشر فيها لا يعفي هذا الأخير من اللجوء الإجباري للإشهار عن طريق الصحافة في إطار أحكام المادة 45 من المرسوم رقم 45/82 المؤرخ في 15 أفريل 1982 المعدل والمتمم، لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: نصوص المواد 01-02-03-04، من المرسوم رقم 116/84 المؤرخ في 12 ماي سنة 1984 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج رع 20، السنة الواحدة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 15 ماي 1984.

<sup>3</sup> - د/ زوبة سميرة، اتفاقية التفويض تجسيدا للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، المرجع السابق، ص 283.

شبكات الانترنت وغيرها. كما يجب أن يتضمن إعلان التفويض جميع البيانات الخاصة بالمرفق العام والبيانات الخاصة بالعقد المراد إبرامه ومهلة تقديم العرض وإذا لم يتم نشر هذه البيانات فينبغي تمكين المترشح من الإطلاع عليها بأي وسيلة ممكنة.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يحدد إجراءات تحقيق هذا المبدأ، فإن قانون سابان نص على أن النشر يتم في إحدى الوسائل المؤهلة لنشر الإعلانات القانونية، وفي إحدى وسائل الإعلان المتخصصة والمتعلقة بالنشاط الاقتصادي.<sup>1</sup>

كما أن الإشهار أيضا إلزامي في حالة طلبات العروض المحلية التي لاتصل عتبة معينة إذ يستلزم نشرها في جرائد محلية أو جهوية وفي مقر الهيئات المحلية وغرف التجارة والصناعة والمديرية التقنية المعنية، إذ تقرر ذلك من خلال نص المادة 03/65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية:

" يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار (100000000 دج) أو يقل عنها وخمسين مليون دينار (50000000 دج) أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية :

-نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، وإصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية للولاية:

- لكافة بلديات الولاية.

-لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية، والفلاحة للولاية .

-للمديرية التقنية المعنية في الولاية.<sup>2</sup>

2/ المساواة في المعاملة

بعد إجراء كل من الإعلان المسبق والدعوة للمنافسة وتلقي الترشيحات، يتم فتح الأظرفة وتقييم العروض من طرف لجنة، وطبقا لنص المادة 160 من المرسوم 15-247، فإنه يمكن للمصلحة

<sup>1</sup> - د/سردو محمود، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> - نص المادة 03/65 من المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16/09/2015 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مشار إليه سابقا .

المتعاقدة (السلطة المفوضة) في إطار الرقابة الداخلية أن تحدث لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية تسمى بـ "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، وهي مشكلة من موظفين مؤهلين تابعين للسلطة المفوضة، ويختارون لكفاءتهم، بالإضافة إلى إمكانية إنشاء لجنة أخرى مهامها تقييم الجانب التقني وإعداد تقرير لتحليل العروض.<sup>1</sup>

والنتيجة المترتبة عن هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل التمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية. لذلك فاحترام المنافسة يعرض إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين، فالمساواة إذا هي في نفس الوقت أساس المنافسة الحرة ووسيلة لخدمة المنافسة النزيهة.<sup>2</sup>

### 3/ مبدأ شفافية الإجراءات

يعد مبدأ الشفافية عموماً من أهم آليات الحكم الرشيد، فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني ولا يجوز للإدارة أن تمارس تجاهه شكلاً من الممارسة السلبية فتحرمه مثلاً من الحصول على المعلومة التي تخصه وتمس مصالحه وشؤونه تحت ذريعة السريّة، لذلك شهدت الجزائر منذ مدة ظهور بوابات إلكترونية لوزارات ومراكز وهيئات عامة من أجل تمرير المعلومة وإضفاء مزيداً من الشفافية بخصوص تسيير الملفات.<sup>3</sup>

كما أن مبدأ الشفافية أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية، لأن الإدارة بفضل أعمال هذا المبدأ تكون قد حققت المعايير الدولية التي نصت عليها الإتفاقيات الدولية في مجال العقود الإدارية، ويعتبر قانون اليونسترال أحد هذه القوانين النموذجية التي تهدف إلى إحقاق هذا المبدأ

فقد عرفها الأستاذ سكوتر بأنها " النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار التعاقد مع الجهة الحكومية قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة .

<sup>1</sup> د- زوبة سميرة، اتفاقية التفويض تجسيدا للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، المرجع السابق، ص 284..

<sup>2</sup> د/الكاهنة زواوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 15-247، مجلة الشريعة والاقتصاد جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر قسنطينة، العدد الثاني عشر، المجلد 06، تاريخ النشر: 31 ديسمبر، ص 37.

<sup>3</sup> أ/ د عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 التطور، المفهوم، المجال الأنواع، طرق الإبرام وإجراءاته (القسم الأول)، المرجع السابق، ص 84.

وعرفها أروسمث "بأن تدار عملية الشراء وفق قواعد واضحة مفهومة من الأطراف ذوي المصلحة".<sup>1</sup>

ويجد هذا المبدأ تطبيقه في مرحلة تنفيذ اتفاقية التفويض كما في مرحلة إبرامها والمتعلقة أساسا بشفافية الإجراءات في اختيار المفوض له من بين عدد من المتعهدين أما في مرحلة التنفيذ فهو يرد كالتزام على المكلف بتسيير المرفق العام، ويعرفه الأستاذ Michel Bazex بأنه أي المبدأ "وسيلة لمراقبة الخدمات المقدمة بواسطة المرفق العام، بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين أو المستهلكين قد روعيت فعلا من قبل المكلف بتسيير المرفق العام."، وبالتالي تشكل الشفافية مركز صراع بين المنتفعين والمفوض له

إذ من مصلحة المنتفع أن يعلم كيفية تأدية المرفق العام نشاطه خصوصا من ناحية النوعية والرسم المرتبط بها، ومدى الرقابة المفروضة عليه. أما بالنسبة للمفوض له فمن مصلحته عدم إعلام المنتفعين عن كيفية تحقيقه للنشاط المرفقي وإخفاؤه كذلك للوضع المالي والاقتصادي له.<sup>2</sup> فلقد أصرّ المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في إطار نوع من الشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة بالنسبة لكافة المتقدمين للعطاء حتى تتحقق نجاعة الصفقة ويتاح للإدارة اختيار المتعاقد التي تتوفر فيه الشروط. وتحقق الإدارة صيانة المال العام وحمايته من الهدر.<sup>3</sup>

فقد نصت المادة 05 منه أنه لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.<sup>4</sup>

فضمانا لشفافية الإجراءات، يتم إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، مع تحديد السعر وأجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية، وهو الإجراء المنصوص عليه في المادة 65 من المرسوم 15-247، ويمكن للمتعهد الذي يحتج

<sup>1</sup> - أ/ شريفي الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمرست، الجزائر، العدد 03، تاريخ النشر جانفي 2018، ص 94-93.

<sup>2</sup> - زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام المادة 209 من المرسوم 15-247، المرجع السابق، ص 510

<sup>3</sup> - أ/ شريفي الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، المرجع السابق، ص 92-93.

<sup>4</sup> - نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16/09/2015 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مشار إليه سابقا .

على المنح المؤقت للصفقة، أو إلغائه، أو إعلان عدم جدوى. أو إلغاء الإجراء، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة، وهذا بموجب المادة 82 من المرسوم 15-247.<sup>1</sup>

ب/ المبادئ الخاضعة لها اتفاقية تفويض المرافق العامة عند تنفيذها :

### 1- مبدأ استمرارية المرفق العام

يحصل المواطن على خدمات أساسية تقدمها المرافق العامة يتوقف عليها تنظيم شؤون حياته وتعطيل هذه المرافق يؤدي إلى إحداث اضطراب في حياته وبالتالي استمرار عملها له أهمية كبرى، وسير المرفق العام لا بد أن يكون بصفة منظمة ومستمرة تحقيقا للغاية التي أنشئ لأجلها إلا في العطل الرسمية وحالة القوة القاهرة، وهذا المبدأ من صنع القضاء الفرنسي ويعد الفقيه رولان السباق لاستخلاص هذا المبدأ من أحكام مجلس الدولة.<sup>2</sup>

فمبدأ الاستمرارية كقيد يقع على عاتق المفوض له المتعاقد مع السلطة المفوضة، سواء كان شخصا من أشخاص القانون العام أو الخاص، له نتائج القانونية على صعيد كل من الالتزامات والمزايا والحقوق الناشئة عن عقد التفويض.

فالشخص المكلف بتسيير المرفق العام يخضع من جهة لحكم النصوص القانونية والتنظيمية والتعاقدية، إضافة إلى قرارات القاضي الإداري من جهة ثانية للقيد المتمثل بمبدأ الاستمرارية. في هذا الشأن تشير المادة 25 من المرسوم التنفيذي 54/08<sup>3</sup> يجب أن تسيير الخدمة العمومية للتزويد بالماء

<sup>1</sup> - د/ زوبة سميرة، اتفاقية التفويض تجسيدا للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، المرجع السابق، ص 284.

<sup>2</sup> - راضية سنقوقة، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد المرفق العام، المرجع السابق، 590.

<sup>3</sup> - تنص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المؤرخ في 09 فبراير 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة، مشار إليه سابقا، على: " الشروط الخاصة بالخدمة : يجب أن تسيير الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب باستمرار ماعدا في حالات الانقطاع الخاصة الأتية .

1- حالة القوة القاهرة :

بمفهوم التشريع والتنظيم المعمول بهما .

2- الإنقطاع الاستعجالي :

في حالة عملية إصلاح في الشبكة أو حوادث تتطلب تدخل فوري، يتعين على صاحب الامتياز اتخاذ الإجراءات الضرورية وإعلام السلطة المانحة للامتياز في أقرب الآجال .

3-1- الإنقطاع الخاص :

في حالة القيام بأشغال التدعيم والتحسين والتوسيع أو تجديد التوصيلات، يتم إعلام المستعملين بقطع الماء الشروب قبل يومين على الأقل .

4- التحديد الظرفي لاستعمال المياه :

عندما يفوق الطلب اليومي من مياه الإنتاج اليومي، يتعين على صاحب الإمتياز وضع برنامج توزيع للمياه يأخذ بعين الاعتبار متطلبات أمن وحماية المصالح الجماعية ويسمح بتوزيع دوري وعادل لمجموعة المشتركين المعنيين .

يتعين على صاحب الإمتياز بعد موافقة السلطة المانحة للإمتياز على برنامج تحديد إستعمال المياه بإعلام المشتركين بكل الوسائل " .

الشروب باستمرار ماعدا في حالات الانقطاع الخاصة الآتية : القوة القاهرة، الانقطاع الاستعجالي، الانقطاع الخاص والتحديد الظرفي لاستعمال المياه للمنتفع وإن كان لا يملك حق إنشاء المرفق العام أو بتحديد طرق تحقيقه أو تنظيمه، إلا أنه بالتأكيد له حق السير الطبيعي والمنتظم للمرفق العام طالما هو موجود.

كما يجب التزام الشخص المفوض له بإدارة وتسيير المرفق العام واتخاذ كل التدابير الكفيلة بمواجهة أي طارئ يعيق استمراريته كحالة الإضراب الذي يشكل حقا دستوريا لعمالة وموظفي المرفق العام.

لأن النشاط المرفقي يوجب الالتزام بالحد الأدنى من الخدمة Service minimum رغم إجازة الإضراب كاستثناء عن المبدأ، وإذا اقترن هذا الحد الأدنى بإهمال من المفوض له ينشأ الحق للمنتفع في المطالبة القضائية لإبطال أي تصرف مخالف للمبدأ، أو المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه.<sup>1</sup>

## 2- مبدأ المساواة أمام المرافق العامة:

يقصد بهذا المبدأ أن يتم تقديم خدمات المرفق العمومي لمن يطلبها من الأفراد بنفس الشروط المقررة لتقديم الخدمة دون تمييز لأية اعتبارات أي أنه على المرفق العمومي الالتزام بالمساواة في التعامل مع مستخدميه بحيث يكونون في مركز قانوني متماثل في الانتفاع من خدماته وتحمل نفقات الانتفاع، بصرف النظر عما قد يوجد بينهم من تفاوت لا يتعلق بشروط الانتفاع.<sup>2</sup>

## 3- مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف :

تنشأ المرافق العامة بغرض إشباع الحاجات العامة للمرتفقين. فإذا تطورت وتغيرت هذه الحاجات توجب على الإدارة المشرفة عليها التدخل لتكييف تلك المرافق ونظام سيرها لتواكب ذلك التطور والتغيير الذي يمنح للإدارة الحق في أن تكيف نشاطها مع المتغيرات حتى تلبي حاجات المرتفقين المتجددة والمتزايدة، ويعد هذا المبدأ تطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام بحيث يؤدي خدماته رغم تغير الظروف.

<sup>1</sup> - زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام المادة 209 من المرسوم 15-247، المرجع السابق، ص505.

<sup>2</sup> - د/ زان مريم، دور الحكومة الإلكترونية في عصنة المرافق العمومية وتجويد خدماتها (نماذج قطاعية من مشروع الجزائر الإلكترونية للإنجازات والتحديات)، المرجع السابق، ص56.

وتجلى مبدأ قابلية المرفق للتغيير (التكيف) وبشكل دقيق بموجب المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 1988/7/4 المتضمن تنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطن، بحيث نص في مادته 06 على أنه: "تسهر الإدارة دوماً على تكييف مهامها وهيكلها مع احتياجات المواطنين، ويجب أن تضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة". وهو نفس التوجه الذي يمكن أن نلمسه من خلال المادة 21 من نفس المرسوم والتي جاء فيها: "..... ويجب عليها أن تطور أي إجراء ضروري للتلاؤم دوماً مع التقنيات الحديثة في التنظيم والتسيير."<sup>1</sup>

### ثانياً: تنفيذ اتفاقية التفويض في ظل المرسوم الرئاسي 247-15

لقد تضمن المرسوم الرئاسي 247-15 لأول مرة الإشارة لتفويض المرفق العام من خلال الباب الثاني الذي تضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام إذ نصت المادة 207 منه " يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف...."

كما حددت هذه المادة كيفية تسديد أجر المفوض له والذي يكون بصفة أساسية من مردود استغلال المرفق العام، وتتكفل السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام كذلك بتفويض تسيير المرفق العام وجب اتفاقية، ومن خلال هذه الصفة التي تتمتع بها السلطة المفوضة وهي صفة التعاقد باسم الشخص المعنوي، تعهد للمفوض له بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام.<sup>2</sup>

إذ تنص المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 247-15 " يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم.

يعلن النص في هذه المادة على مبدأ تناوله للصفقات العامة وتفويضات المرفق العام في نفس النص، فلقد دأبت تنظيمات ونصوص كثير من الدول، لاسيما العربية منها على تخصيص تفويض المرفق العمومي بنص خاص ينظمه بمعزل عن النص المتعلق بالصفقات العمومية، وفي الجزائر ومنذ

<sup>1</sup> - أ/ خير الدين بن مشرن، الملك الوفي العام في الجزائر والمبادئ الأساسية المنظمة لسير المرفق العام، مجلة المعيار المركز الجامعي تسميسيلت العدد 16، تاريخ النشر ديسمبر 2016، ص 20.

<sup>2</sup> - أ/ ياسين حجاب، أ/ محرز مبروكة، الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، العدد 02، المجلد 01، تاريخ النشر 1 جوان 2016، ص 143.

الحقبة السابقة للاستقلال وحتى صدور هذا النص، ظل مجال الصفقات العمومية يشترط له أو ينظم مع إفراده بنص خاص به

لا يشترك فيه معه مجال آخر، وقد جاء هذا المرسوم الرئاسي أخيرا وفي مادته الأولى ليعلن على أن النص يخص في أن واحد الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي. ولقد اعتقد أن النص الجزائري أحسن فعلا حين أدرج تفويض المرفق العمومي ضمن نص الصفقات العمومية، الشيء الذي كان من شأنه أن يكفي مجال تفويض المرفق العام مئونة البحث عن صيغ وأساليب

إبرام العقود والاتفاقيات المتعلقة بالتفويض، والتي ظلت لسنوات عديدة تتم بأساليب وصيغ مختلفة دون مرجعية نصية مفصلة، غير أن المادة 06 من الباب الأول حصرت مجال تطبيق ما ورد في هذا الباب في حدود الصفقات العمومية حين نصت على أنه " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية....." علما أن الباب الأول هذا يحتوي كل الأساليب والكيفيات والأشكال التي من شأنها ضمان التطبيق الموحد للمبادئ التي أوجب الباب الثاني المتعلق بتفويض المرفق العمومي احترامها، والتي أشار إلى تواجدها على مستوى المادة 05 من الباب الأول الخاص بالصفقات.<sup>1</sup>

كما أنه بالرجوع للمادة 209 من المرسوم 15-247، فقد أرجعت طرق إبرام هذه الإتفاقيات للمبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من نفس المرسوم، والقاضية بمراعاة الصفقات العمومية لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات وأضاف على ذلك خضوع المرفق العام عند تنفيذ إتفاقية التفويض على الخصوص لمبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف كأصل عام<sup>2</sup>، غير أن ذات المرسوم وإن كان يحدد المبادئ العامة في مجال الشفافية والإشهار والمنافسة، فإنه لا يحيل إلى أي شكل خاص لإبرام هذا النوع من العقود كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية، بحيث نص المادة 217 منه، على أن تحديد كيفية ذلك سيكون بموجب مرسوم تنفيذي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أ/ النوي خوشي، الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، المرجع السابق، ص 08.

<sup>2</sup> - أ/ خلوط زينب، تفويض المرفق العام، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 05، تاريخ النشر 1 أفريل 2017، ص 54.

<sup>3</sup> - أ/ رقرقي محمد زكرياء، واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد الثامن، ص 63.



في هذا الصدد يقترح الأستاذ النوي خرشي بإكمال هذا الباب بمواد من شأنها أن توحد إجراءات إبرام الصفقات مع إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، ما لم يكن هناك مانع بسبب خصوصية كل عقد، وهذه المواد يقترح تحريرها كالتالي :

المادة 211 : "تبرم عقود تفويض المرفق العام من طرف الدولة والجماعات المحلية وحدهما".

المادة 212 : " يكون الغرض من تفويض المرفق العام تمويل وتصميم وبناء واستغلال وصيانة منشآت يتم التنازل عنها للمفوض له لتؤول هذه المنشآت إلى المفوض بعد انتهاء مدة استغلالها ."

المادة 213 : "تبرم عقود تفويض المرفق العام إجبارا عن طريق طلب عروض وطني أو دولي .وتعطى الأولوية لطلبات العروض الوطنية كلما كان ذلك ممكنا، وفي كل الحالات تحرر دفاتر الشروط الخاصة بطلبات العروض أخذا بعين الإعتبار القدرات الوطنية ". "يمكن، استثنائيا إبرام عقود تفويض المرفق العام عن طريق التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة إذا اقتضت ذلك اعتبارات تقنية واقتصادية واستراتيجية مؤكدة، وكذا في حالة عدم جدوى طلب العروض ."

المادة 214: يجب أن تتضمن الإتفاقية على وجه الخصوص البيانات التالية :

تحديد واضح ودقيق ومفصل لموضوع الإتفاقية، والموقع الجغرافي للتنازل، وبيان مدته واجراءات تمديد المدة أو تجديد الاتفاقية، رزنامة زمنية لإنجاز الأشغال والاستثمارات وتجديد المعدات والتجهيزات، التي يقتضيها استغلال وفتح المنشأة للاستعمال العام، مبلغ الإتاوة المدفوعة من طرف صاحب الامتياز للسلطة المتنازلة، ودورية دفعها وطريقة تحديدها ومراجعتها، طريقة تحديد الحقوق المطبقة على المستغلين وتعديلها مع الزمن، وعند الاقتضاء طريقة مراجعتها، حقوق صاحب الامتياز وواجباته وكذا حقوق السلطة المفوضة وواجباته، والمسؤولية عن المنشأة أثناء فترة استغلالها، وواجبات الصيانة الدورية والاستعجالية، مصير تجهيزات المنشأة بعد انقضاء مدة الإتفاقية، ورقابة تنفيذ الأشغال والاستغلال الممارسة على تطبيق صاحب الامتياز لشروط الاتفاقية، استلام المنشأة بعد انتهاء الأشغال، وإعادة تسليمها بعد انتهاء مدة الإتفاقية، العقوبات التي يمكن أن تنجر عن عدم احترام صاحب الإمتياز لشروط الإتفاقية، واجبات نقل التكنولوجيا واستعمال اليد العاملة المحلية، وكذا الكفالات والضمانات، اجراءات تسوية الخلافات والنزاعات، القوة القاهرة لإجراءات القسرية والفسخ، القانون المطبق على الإتفاقية ."

مع العلم أن كل هذه البيانات يجب أن يتولى النص الحالي تفصيلها في مواد تدرج ضمن الباب الثاني من النص الذي يفتقر في صياغته الحالية لتفاصيلها.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني

#### إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في إطار المرسوم التنفيذي 199/18

صدر المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام مبينا طرق إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام،<sup>2</sup> والجدير بالذكر أن هذا المرسوم قد أعطى تعريفا لتفويض المرفق العام في صلبه خلافا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي لم يعرفه.

فوفقا لمقتضيات المادة 02 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر يعرف عقد تفويض المرفق العام بأنه تحويل بعض المهام الغير السيادية<sup>3</sup> التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له المذكور في المادة 04 أدناه بهدف الصالح العام.<sup>4</sup>

بالرجوع للمادة 04 فإنها حددت المفوض له المتمثل في الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة

<sup>1</sup> - أ / النوي خوشي، الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، المرجع السابق، 427-428-429.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ع 48، المؤرخة بتاريخ 5 أوت 2018.

<sup>3</sup> - إن المرافق الغير السيادية تعتبر المجال المختار لتفويض المرفق العام، فالقاعدة هي عدم جواز التفويض في إدارة هذه المرافق، إذ أنه لا يجوز تخصيص المشروعات التي تستمد ضرورتها من مبادئ أو قواعد دستورية، ومن هذه المرافق التي لا يجوز تخصيصها المرافق السيادية، ومرافق التعليم والصحة، ولا شك أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن عدم جواز تفويض المرافق السيادية أو مرافق التعليم والصحة يقترب من قضاء مجلس الدستوري الفرنسي ومع ذلك فإنه يوجد اختلاف جوهري بينهما، فمجلس الدولة الفرنسي يمكن أن يعارض تفويض المرفق العام حتى ولو لم يتضمن مساسا بوجود المرفق العام بنفسه. بينما يعرض المجلس الدستوري الفرنسي نقل المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص إذا تضمن مساسا بوجود المرفق العام، ويترب على ذلك نتيجة هامة، وهي أنه إذا كانت الخصخصة غير جائزة دستوريا، فقد يكون التفويض ممكنا، وبناء على ذلك إذا كان لا يجوز خصخصة المرفق العام القومي أو المرفق الذي يمارس احتكارا واقعيًا، لأنه يجب أن يظل مملوكا للجماعة وفقا للفقرة من مقدمة دستور 1946، فإن إدارة المرفق عن طريق الالتزام يمكن أن تكون ممكنة، لأن المشروع ما يزال ملكا للجماعة، وإن كانت الأخيرة تعهد بإدارته إلى شخص خاص، إن السلطة مانحة الالتزام

لا تتخلى عن النشاط، لكنها تفوضه تحت رقابتها. باختصار إن تفويض لا يعنى الخصخصة وإطلاق الخصخصة على تفويض إدارة المرافق العامة هو مجرد استخدام الأسلوب السياسي وليس لأسلوب قانوني. ينظر: د/ محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 48.

<sup>4</sup> - ينظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مشار إليه سابقا.

المفوضة " أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص "المفوض له" بموجب اتفاقية التفويض.<sup>1</sup>

من خلال نص المادة (02) والمادة (04) يلاحظ أن تفويض المرفق العام هو عقد إداري بين المفوض له والذي يدعى في صلب النص (السلطة المفوضة) المتمثلة في الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة له، وبين شخص معنوي عام أو خاص الذي يدعى المفوض له في إطار ما يسمى إتفاقية التفويض ليتم في إطارها تحويل لبعض المهام الغير السيادية التابعة للسلطات العمومية، وذلك في مدة محددة إلى المفوض له وبالتالي فإن تفويض المرفق العام لا يمكن أن يكون بأي حال على مرافق عامة ذات طبيعة سيادية، وأنه لا يمكن أن يكون المفوض له شخصا أجنبيا بل اشترط المشرع الجزائري أن يكون المفوض له خاضعا للقانون الجزائري.<sup>2</sup>

كما نص بدوره المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي أعلاه، على إمكانية تفويض المرفق العام المنشأ أو المسير من قبل عدة أشخاص معنوية عامة خاضعة للقانون العام في إطار تجمع، على أن يعين الأشخاص العموميون المذكورون أعلاه ممثلا عنهم ضمن التجمع، بموجب "اتفاقية" ويحوز العضو المعين صفة السلطة المفوضة، ويمثل أعضاء التجمع تجسيد تفويض المرفق العام.<sup>3</sup>

#### أولا: إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

يتكون عقد تفويض المرفق العام من اتفاقية يوقع عليها كل من الشخص العام مانح التفويض والشخص الذي جرى اختياره لإدارة المرفق العام، ولا يخضع عقد التفويض فقط للأحكام الواردة في العقد، وإنما يخضع أيضا للنظام القانوني المحدد من قبل المشرع.<sup>4</sup>

فقد أقر المشرع الجزائري شروطا لاتفاقية تفويض المرفق بأن لا يمكن للمفوض له الاستفادة من تفويض المرفق العام القيام بتفويضه إلى شخص آخر، إلا في حالة إذا ما فرضت ذلك متطلبات

<sup>1</sup> ينظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام،

<sup>2</sup> - في هذا الصدد ينظر: المادة (22) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مشار إليه سابقا. " لا يمكن تفويض المرفق العام إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يكون قادرا على تحمل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلي احتياجات المستعملين. "

<sup>3</sup> - ينظر المادة (05) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>4</sup> - د/ مروان معي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 476.

التسيير بإمكانه اللجوء إلى مناولة<sup>1</sup> جزء من المرفق العام للمفوض، وذلك بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة على أن يكون بأي حال المرفق العام محل التفويض موضوعا لمناولة كلية بل جزء من المرفق العام للمفوض.<sup>2</sup>

كما يمكن المفوض له أن يعهد إلى مناوول أو عدة مناولين إنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات موضوع اتفاقية التفويض، حسب درجة تعقيدها، بعد الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة على اختيار المناوول أو المناولين. ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد اتجاه السلطة المفوضة، عن تنفيذ الجزء من اتفاقية التفويض موضوع المناولة، إذ لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك.<sup>3</sup>

#### أ/ صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام<sup>4</sup>

كانت الإدارة تتمتع في ظل النظام التقليدي لعقود تفويض المرفق العام بصورها المختلفة بحرية اختيار المفوض إليه، ولم تكن هناك قيود تفرض على الإدارة ترتب عليها اتخاذ إجراءات معينة عند اختيار المفوض إليه. إلا أن المشرع سواء في فرنسا أم في الدول التي أخذت بتطبيقات تفويض المرفق العام فرض في الآونة الأخيرة على مبدأ حرية اختيار الإدارة للشخص المفوض إليه بعض القيود التي تفرض على عملية الاختيار إذ أصبحت الإدارة ملزمة بضرورة الإعلان المسبق عن اختيار المفوض إليه وأن يتم هذا الاختيار في ظل منافسة تتعدد فيها العروض.<sup>5</sup>

ومن جهته أقر المشرع الجزائري إحدى الصيغتين لإبرام اتفاقية المرفق العام، وذلك حسب مقتضيات المادة 08 من المرسوم التنفيذي 18/199 المتعلق بتفويض المرفق العام، إما الطلب على

<sup>1</sup> - يقصد بالمناولة في مفهوم هذا المرسوم: الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى " المناوول " تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له، شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره، وذلك في حدود 40 من اتفاقية تفويض المرفق العام " ينظر: نص المادة 60 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>2</sup> - في هذا الصدد ينظر: المادة (07) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>3</sup> - ينظر نص المادة (61) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>4</sup> - ينظر نص المادة (48) التي تبين بيانات اتفاقية تفويض المرفق العام. من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 9.

<sup>5</sup> - د/ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 119.

المنافسة<sup>1</sup> كقاعدة عامة أو استثناء التراضي.<sup>2</sup> إذ بإمكان الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام و المسؤول عن مرفق عام أن يفوض مرفق عام وذلك بناء على تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له، وشكل التفويض والمزايا المحققة مقارنة مع أنماط التسيير الأخرى.<sup>3</sup>

### 1- صيغة الطلب على المنافسة (قاعدة عامة)

يتم الطلب على المنافسة والذي يكون وطنيا -وفقا لمرحلتين<sup>4</sup>:

1-1 المرحلة الأولى: يتم الطلب على المنافسة متمثلا في الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشيح، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشيح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط وعنوانه "دفتر ملف الترشيح" في لوح الإعلان عن العروض.

2-1 المرحلة الثانية: تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشروط.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - الطلب على المنافسة في صلب هذا المرسوم : إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض. من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقاؤهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة. يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 13 أدناه " نص المادة( 11 ) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مشار إليه سابقا .

<sup>2</sup> - تنص المادة (08) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام. " تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

-الطلب على المنافسة الذي يمثل القاعدة العامة.

-التراضي، الذي يمثل الاستثناء."

<sup>3</sup> - ينظر نص المادة (09) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>4</sup> - ينظر نص المادة (10-12) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>5</sup> - يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها. ويشمل دفتر الشروط جزئين :

الجزء الأول : وعنوانه " دفتر ملف الترشيح " يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كيفية تقديمها. إذ يحدد هذا الجزء معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يأتي :

\* القدرات التقنية : وهي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية.

\* القدرات المالية : وهي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية.

الجزء الثاني : وعنوانه " دفتر العروض " يتضمن : البنود الإدارية والتقنية : تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفية تقديم العروض واختيار المفوض له وكذا البنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

البنود المالية : التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه، عند الاقتضاء، مستعملو المرفق العام المعني، بالتفويض. يجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفية

حسابه. نص المادة (13) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص5

إذ أشار المشرع في هذا التنظيم إلى إمكانية تحديد دفتر شروط نموذجي لبعض المرافق العمومية عند الحاجة فقط، على أن يكون ذلك بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.<sup>1</sup>

في حالة الإعلان عن عدم جدوى طلب المنافسة للمرة الأولى<sup>2</sup> يعاد وللمرة الثانية وبنفس الأشكال نفس الإجراء.

وفي عدم الجدوى للمرة الثانية تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي<sup>3</sup>.

## 2-صيغة التراضي (استثناءا)

كما سبق بيانه، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أقر إمكانية اللجوء إلى التراضي كصيغة لإبرام اتفاقية التفويض استثناء في حالة عدم جدوى صيغة الطلب على المنافسة للمرة الثانية، على أن يأخذ صورتين: إما صيغة التراضي البسيط<sup>4</sup> أو التراضي بعد الاستشارة.<sup>5</sup>

### 1-2 حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة :

حدد المرسوم التنفيذي 18-199 حالات لجوء السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة، أنه في حالة إعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وفقا للحالات المشار إليها في نص المادة 15 من نفس المرسوم. إذ أنه في هذه الحالة يتم اختيار المفوض له الذي يكون من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة، وفي عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي بدورها إجراء الطلب على المنافسة، على أن يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، فيتم وفقا لهذه الحالة اختيار المفوض له

<sup>1</sup> ينظر نص المادة (24) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>2</sup> يتم إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة في حالة : إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى :-عدم استلام أي عرض -استلام عرض واحد - عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط. ينظر المادة (15) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

<sup>3</sup> في حالة ما إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية :

-عدم استلام أي عرض - عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

وعند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية يتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات. نص المادة (15) الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مشار إليه سابقا .

<sup>4</sup> التراضي البسيط: إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من القدرات المالية والمهنية والتقنية. نص المادة (18) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>5</sup> - التراضي بعد الاستشارة: إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوض باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين، على الأقل. نص المادة (17) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.<sup>1</sup>

## 2-2 حالات اللجوء إلى التراضي البسيط

إلى جانب نص المرسوم التنفيذي السابق الذكر على أسلوب التراضي بعد الاستشارة كصيغة للتراضي من أجل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، نص على صيغة أخرى ألا وهي صيغة التراضي البسيط والتي تتم في حالة تحقق إحدى الحالتين :

- إما في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية.

- وإما في الحالات الاستعجالية<sup>2</sup> التي أشار إليها المشرع الجزائري في صلب نص المادة 21 من المرسوم، والملاحظ أن هذه الحالات قد جاءت على سبيل الحصر لا المثال.

### ب/ إجراءات الإبرام :

تتضمن عملية اختيار المتعاقد في عقود تفويض المرفق العام القيام بمجموعة من الخطوات، إذ يتعين على الجهة العامة مانحة التفويض أن تحدد طريقة تفويض المرفق العام المناسبة، وبعد ذلك يتوجب عليها الشروع في اتخاذ مجموعة من الإجراءات وصولا إلى اختيار الشخص المفوض إليه، مع الإشارة إلى إمكانية إعفاء الجهة العامة مانحة التفويض من الإجراءات المتعلقة بالمنافسة والعلانية في بعض الحالات التي حددها المشرع.<sup>3</sup>

فقد نص المشرع الجزائري في إطار إجراءات الإبرام على وجوب نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع بكل وسيلة مناسبة ويجب إشراره، على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، مع إمكانية إعفاء بعض المرافق العمومية، نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطاتها من إجبارية الإشرار في الجرائد شريطة ضمان إشرار واسع بكل وسيلة أخرى، على أن يتعين على السلطة المفوضة تعليل لجوءها لهذا الإجراء.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ينظر نص المادة (19) من المرسوم التنفيذي 18-1999 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>2</sup> ينظر في هذا الصدد نص المادة (20) من المرسوم التنفيذي 18-1999 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>3</sup> د/ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 129.

<sup>4</sup> ينظر نص المادتين (25-26) من المرسوم التنفيذي 18-1999 المتعلق بتفويض المرفق العام.

من خلال نص هذه المادة يلاحظ أن إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام يخضع لأهم مبدأ في صفقات العمومية وهو حرية وصول الطلبات العامة وهذا ماتم الإشارة إليه بمناسبة التطرق لمبادئ إبرام الإتفاقية حسب مقتضيات المادة 05 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وهذا ما أكده المرسوم التنفيذي في المادة 25. فالمشروع الجزائري سار على نهج التشريعات الحديثة في فرنسا بخصوص اختيار المتعاقد لقواعد العلانية والمنافسة.

فبموجب التشريعات الحديثة التي صدرت في فرنسا (قانون Sapin) وقانون (Murcef) أدخلت عدة تعديلات على النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام، إذ أخضعت اختيار المتعاقد لقواعد العلانية السابقة والمنافسة، إذ تنص المادة 38 من قانون (Sapin) على أنه (تخضع عقود تفويض المرفق العام للأشخاص المعنوية للقانون العام وبواسطة السلطة المفوضة لإجراءات العلانية بما يؤدي إلى تقديم عروض منافسة وفقا للشروط الواردة في مرسوم مجلس الدولة).

وقد حدد مرسوم 1993/3/29 القواعد الخاصة بالعلانية السابقة، ففرض النشر مرتين، مرة في دورية لها نشر الإعلانات القانونية، ومرة في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض ولا يوجد أي التزام بالنشر في الجريدة الرسمية للجماعات الأوروبية لعدم وجود نص في القانون الأوروبي.<sup>1</sup>

ويجب أن يتضمن الإعلان كيفية تقديم العروض وتحديد الخصائص الأساسية للعقد المراد إبرامه لاسيما موضوعه وطبيعته، كما يقتضي تحديد مهلة تقديم العروض.<sup>2</sup>

### 1- إعلان الطلب على المنافسة

هذا بخصوص التشريع الفرنسي، أما التشريع الجزائري فقد أشار إلى بيانات إعلان الطلب على المنافسة في المرسوم التنفيذي 18-1999 وفقا لنص المادة 27 منه<sup>3</sup>، كما أشار إلى تاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض، لفسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، وربط حالة تمديد المدة المحددة إلى نفس قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من هذا المرسوم، مشيرا إلى إمكانية تمديد المدة المحددة لإيداع العروض مرة واحدة وذلك بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب

<sup>1</sup> - د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 131-132.

<sup>2</sup> - د/ مروان مكي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 484.

<sup>3</sup> - ينظر نص المادة (27) من المرسوم التنفيذي 18-1999 المتعلق بتفويض المرفق العام، التي جاءت ببيانات اعلان الطلب على المنافسة.



من أحد المترشحين على أن يكون معللا، وقد أشار إلى حالة الملفات التي يتم استلامها بعد التاريخ أو الساعة القصوى المحددة في إعلان الطلب على المنافسة بأنها لا تؤخذ بعين الاعتبار،<sup>1</sup> أما بخصوص ملف الترشح فقد أوجب المشرع توفر مجموعة من الوثائق.<sup>2</sup>

فعلى سبيل المثال حدد المشرع الفرنسي مدة عقد التفويض في مجال توزيع المياه والنظافة وجمع النفايات المنزلية والنفايات الأخرى بحيث لا تتجاوز العشرين عاما، ويقتضي التقييد بهذه المدة إلا في حال كانت مدة استهلاك الأصول والأموال المكرسة لتشغيل المرفق العام تتجاوز العشرين عاما فيمكن تجاوزها بعد أخذ رأي بعض الجهات التي حددها القانون.<sup>3</sup> وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة تحديد مدة عقود المرفق العام ويؤدي عدم تحديد المدة إلى بطلان العقد برمته.

وفي المغرب كانت مدة عقود التدبير المفوض للمرفق العام لا تتعدى ثلاثين سنة ولا تقل عن خمس سنوات انطلاقا من التطبيقات التي عرفها المغرب ابتداء من سنة 1997، إلا أن قانون التدبير المفوض للمرفق العام لسنة 2006، وفي مصر كان القانون رقم (129) لسنة 1974 المتعلق بالتزامات المرفق العام يحدد مدة الالتزام في ثلاثين سنة كحد أقصى.<sup>4</sup>

#### -انتقاء العروض :

يتولى في فرنسا القيام بإجراءات اختيار صاحب التفويض هيئة خاصة يطلق عليها، اسم هيئة تفويض المرفق العام La Commissions de la délégation de Service Public وهي تقوم بإعداد قائمة بالمرشحين المقبولين للمشاركة في تقديم العروض، وذلك بعد التحقق من تقديم الضمانات المهنية والمالية وقدرتهم على تأمين استمرارية تشغيل المرفق العام وتحقيق المساواة بين المستفيدين من خدماته.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - لمزيد من التوضيح ينظر نص المادتين (28-29) من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مشار إليه سابقا .

<sup>2</sup> - لمزيد من التوضيح والتفصيل ينظر المادة(30) المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>3</sup> -Barconnier , S Droit des Services Publics , Puf .Paris 2003.

نقلا - د / مروان معي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز –الشركات المختلطة – BOT -تفويض المرفق العام)دراسة مقارنة، المرجع السابق،ص491.

<sup>4</sup> - د/ ابو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة )، المرجع السابق، ص 141-142.

<sup>5</sup> - لمزيد من التفصيل ينظر: د/ مروان معي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز –الشركات المختلطة – BOT -تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق،ص484.

ومن جانبه فإن المشرع الجزائري قد أقر لجنة خاصة باختيار وانتقاء العروض<sup>1</sup>، وذلك في جلسة علنية وفي مرحلة أولى، بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين، وفي المرحلة الثانية تكون جلسة مغلقة إذ تقوم اللجنة بدراسة ملفات الترشح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة لتقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التعديل، وذلك طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة، على أن تدرس وتقيم اللجنة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين وذلك وفقا لسلم تنقيط محدد مسبقا في دفتر الشروط.

بعد أن تقوم بإعداد قائمة للعروض على أن تكون مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب "النقاط" المتحصل عليها، تقوم عندئذ السلطة المفوضة بكل وسيلة ملائمة بدعوة المترشحين الذين تم قبولهم من أجل سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم، على أن لا يقدم المترشح المقبول أكثر من عرض واحد، ويبقى أجل تقديم العروض خاضعا لنطاق وحجم المرفق العام. هذا من جهة، كما تقوم أيضا اللجنة بدعوة المترشح

أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا كل على حدى من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية بعد ذلك يحضر محضر مفاوضة وتقييم العروض من خلال كل جلسة مفاوضة، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبا تفصيليا، وتقرح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة المترشح الذي تم انتقاؤه وقدم عرضا، شرط أن تكون عروض المترشحين الذين تم انتقاؤهم مطابقا لدفتر الشروط.<sup>2</sup>

## 2- حالة التراضي بعد الاستشارة

وفقا لهذه الصيغة تقوم لجنة بدعوة (3) مترشحين مؤهلين على الأقل من أجل تقديم عروضهم وفقا لدفتر الشروط، مع الزامية للسلطة المفوضة اعتمادها على نفس دفتر الشروط وذلك في حالتين: التراضي بعد الاستشارة، وبعد عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> لجنة الاختيار وانتقاء العروض هي لجنة أنشأت في إطار الرقابة القبلية والبعديّة التي تخضع لها تفويضات المرفق العام (الرقابة الداخلية) تتكون هذه اللجنة من 6 موظفين مؤهلين من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة، ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة، كما للجنة الاستعانة بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن يبرها في أشغالها، على أن يتم اختيار أعضاء اللجنة نظرا لكفاءتهم لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، كما نص المشرع على مهام هذه اللجنة لمزيد من التوضيح والتفصيل ينظر نصوص المواد (74-75-76-77) المرسوم التنفيذي

199-18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>2</sup> في هذا الصدد ينظر: أحكام المواد (31 إلى 36) المرسوم التنفيذي 199-18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>3</sup> ينظر نص المادتين (37-38) المرسوم التنفيذي 199-18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

## 3- حالة التراضي البسيط

وفقا لهذه الصيغة تقوم اللجنة بدعوة المرشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه، على أن تتفاوض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، لاسيما مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء وكذا التعريفات، أو الأتاوى المدفوعة من قبل مستعملي المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوض أو المنح المدفوعة من قبل السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض، هذه المفاوضات يمكن أن تتطرق لاقتراحات بشأن تسيير المرفق العام محل التفويض مع مراعاة معايير تقييم العروض كاستثناء على أن لا تكون موضوع التفويض محلا للتفاوض.<sup>1</sup>

أما بخصوص المنح المؤقت للتفويض والإقصاءات من المشاركة في تفويض المرفق العام فإن المشرع الجزائري في هذا المرسوم نص على التوالي وفقا للمادتين ( 41-47) منه على خضوعه لأحكام المادتين 73 (بخصوص المنح المؤقت للتفويض ) و75(بخصوص إقصاءات المشاركة في تفويض المرفق العام ) من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

كما يمكن لأي مترشح شارك في طلب المنافسة، أو التراضي البسيط بعد الاستشارة الاحتجاج على هذا القرار بأن يرفع طعنا لدى اللجنة في أجل لا يتعدى 20 يوما من تاريخ إقرار المنح المؤقت للتفويض، كما للجنة دراسة الملف في أجل لا يتعدى 20 يوما من تاريخ استلامها للطعن، معللة قرارها للسلطة المفوضة وصاحب الطعن، وبعد انقضاء آجال الطعون تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض وتسلم نسخة من الاتفاقية للمترشح المقبول، كما يمكن للسلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، في أي مرحلة من مراحل التفويض مع إمكانية الاحتجاج على قرار الإلغاء من قبل المترشح الذي يقدم طعنا لدى اللجنة في مدة لا تتعدى 10 أيام من تاريخ إقرار الإلغاء.<sup>2</sup> أما في حالة رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت للتفويض رفض استلام إشعار تبليغ الاتفاقية أو رفض توقيعها، بعد إلغاء السلطة المفوضة للمنح المؤقت للتفويض على أن تلجأ إلى المترشح الموالي.<sup>3</sup>

كما أشار المرسوم إلى إمكانية السلطة المفوضة اللجوء لإبرام ملاحق بحيث لا يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية، مع مراعاة أحكام المادة 59 التي تنص بدورها على عدم إمكانية أن يتضمن

<sup>1</sup> - ينظر نص المادتين (39-40) المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>2</sup> - لتوضيح والتفصيل ينظر نص المادة (41—4244-45-47) المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>3</sup> - نص المادة (43) المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

الملحق تعديلا لموضوع الاتفاقية، أو إنجاز استثمارات، أو خدمات تكون على عاتق المفوض له، أو تعديلا لمدة الاتفاقية، باستثناء الحالات المذكورة في القسم الثاني أعلاه.<sup>1</sup>

ثانيا: نهاية عقد تفويض المرفق العام وفسخه

لا تختلف القواعد التي تحكم نهاية عقد تفويض المرفق العام عن القواعد التقليدية التي تطبق على العقود الإدارية باستثناء القواعد التي فرضها المشرع على عقد التفويض.

فقد تتضمن العقود الإدارية بندا يعطي المتعاقد مع الإدارة حق الأولوية لاختياره مجددا لإدارة المرفق العام بعد انتهاء مدة العقد، إلا أن هذا البند لا يمكن تطبيقه في ظل النظام القانوني لتفويض المرفق العام الذي فرض تحديد مدة العقد والتقييد بها، ولم يسمح بالتمديد إلا في حالتين استثنائيتين، كما أن اختيار صاحب التفويض يخضع للإعلان المسبق ولإجراء منافسة بين عدة عارضين، ويمكن لصاحب التفويض عند انتهاء مدة العقد أن يتقدم شأنه شأن أي عارض مؤهل من الناحية الفنية والمالية، ويمكن للإدارة التعاقد معه مجددا بالاستناد إلى عقد جديد.

وينتهي عقد التفويض بصورة طبيعية عند انتهاء مدته، وينتهي بصورة مبتسرة في ثلاثة حالات، هي: إنهاء العقد من قبل الإدارة بدافع المصلحة العامة، إنهاء العقد بسبب خطأ صاحب التفويض، وإنهاء العقد بسبب القوة القاهرة.<sup>2</sup>

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد نظم انتهاء اتفاقية تفويض المرفق العام وفسخها في إطار المرسوم التنفيذي 18-199 في أربعة حالات :

- حالة فسخ السلطة المفوضة للاتفاقية الناتج عن إخلال المفوض له بالتزاماته.

- حالة فسخ السلطة المفوضة للاتفاقية عند الاقتضاء لضمان استمرارية المرفق العام.

- حالة فسخ السلطة المفوضة للاتفاقية في حالة القوة القاهرة.

- حالة فسخ الاتفاقية باتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له.

<sup>1</sup> - نص المادة 58 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>2</sup> - د / مروان معي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 515-516.

أ/- حالة فسخ السلطة المفوضة للاتفاقية الناتج عن إخلال المفوض له بالتزاماته :

نص المشرع الجزائري بأنه في حالة ما إذا تبين للسلطة المفوضة أن المفوض له قد أخل بالتزاماته، وفقا لما تنص عليه الاتفاقية، فإن السلطة المفوضة تفرض عليه غرامات، لكن قبل اللجوء إلى الغرامات، لها توجيه إعدارين للمفوض له، بهدف تدارك أي نقائص تم تسجيلها في الآجال المحددة، فبعد هذه الآجال لها أن تطبق تلك الغرامات المنصوص عليها ضمن اتفاقية تفويض المرفق العام، لكن إذا

ما استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته فيمكن للسلطة المفوضة آنذاك أن تقوم باللجوء لفسخ الاتفاقية من جانب واحد دون تعويض المفوض له. وقد أحال نص المادة كفيات تطبيقها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية. إضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري منح الحق للمفوض له بالاحتجاج على قرار الفسخ بعد أن يقدم طعنا في أجل 10 أيام وذلك لدى لجنة التسوية الودية للنزاعات، وذلك ابتداء من تاريخ استلام قرار فسخ الاتفاقية، الذي تم تبليغه إياه، وتقوم اللجنة المذكورة سابقا بدراسة ملف الطعن وتتخذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى 20 يوما من تاريخ استلام الطعن.<sup>1</sup>

ب/ حالة فسخ السلطة المفوضة للاتفاقية عند الاقتضاء لضمان استمرارية المرفق العام نص على حالة فسخ السلطة المفوضة للاتفاقية تفويض المرفق العام من جانب واحد، عند الاقتضاء وذلك ضمانا لاستمرارية المرفق العام وحافظا على الصالح العام، مع تعويض المفوض له طبقا لبند الاتفاقية.<sup>2</sup>

ج- حالة فسخ السلطة المفوضة للاتفاقية في حالة القوة القاهرة :

نص على حالة فسخ السلطة المفوضة للاتفاقية تفويض المرفق العام من جانب واحد، عند الاقتضاء وذلك في حالة القوة القاهرة، دون أي تعويض للمفوض له.<sup>3</sup>

د- حالة فسخ الاتفاقية باتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له :

حالة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام باتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام، على أن يعرض المفوض له وفقا للاتفاقية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - ينظر نص المادة 62-63 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>2</sup> - ينظر نص المادة 64 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>3</sup> - ينظر نص المادة 64 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>4</sup> - ينظر نص المادة 65 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد عالج موضوع مآل ممتلكات المرفق العام المعني بنهاية اتفاقية تفويضه بأن تحول إلى السلطة المفوضة بعد جرد يقوم به الطرفان وفقا لبنود اتفاقية التفويض، وفي حالة عدم الاتفاق على الجرد فإنه يتم تعيين خبير باتفاق الطرفين بهدف القيام بالجرد وفقا للإجراءات الواجب إتباعها في بنود الاتفاقية، إذا ما لحقت الممتلكات المعنية أضرار.<sup>1</sup>

## المبحث الثاني

### عقود البوت B.O.T

تسعى معظم الدول وخاصة الدول النامية منها إلى استخدام أسلوب جديد في إدارة مشاريعها لاسيما المشاريع الضخمة، وذلك في سبيل توفير بنية أساسية قوية من مطارات وموانئ بحرية وشبكات للطرق وكهرباء وغيرها من المرافق التي ترتبط بحاجات الجمهور من خلال إبرام عقود لإقامة هذه المشاريع مع أشخاص، أو شركات من القطاع الخاص لإنشاء وتشغيل هذه المشاريع وتمويلها، بأسلوب حديث التطبيق يعرف بنظام البوت (B.O.T).<sup>2</sup>

لقد نشأت فكرة البوت وتم الترويج لها لخدمة أغراض التنمية في الدول النامية. إذ باتت هذه الدول تهتم بالمشروعات التي تنشئ وفق هذا النظام لتحقيق التنمية الاقتصادية فيها وتحسين بنيتها التحتية. وانحدرت هذه الفكرة من نظريات القانون الإداري، وذلك كتطور تاريخي لعقد التزام المرافق العامة.

ويعرف نظام (B.O.T) بأنه "النظام الذي يتم بموجبه تمويل المشروعات الاستثمارية العامة، وإنشائها وإدارتها، وصيانتها من قبل القطاع الخاص، الذي قد يكون شركة خاصة واحدة، أو عدة شركات خاصة محلية أو عالمية، تعمل من خلال شركة المشروع، المتعمدة بإنشاء وتنفيذ وإدارة وصيانة المشروع لفترة زمنية معينة هي فترة الامتياز الممنوحة من قبل الدولة المضيفة، وتمكن هذه الفترة شركة المشروع من استرداد ما تكبدته من تكاليف في المشروع، مع تحقيق نسبة مرضية من الربح، بعدها تقوم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع للدولة المضيفة".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - ينظر نص المادة 65 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام .

<sup>2</sup> - (B.O.T) هو اختصار للكلمات الإنجليزية الثلاث Built – Operate – Transfer

<sup>3</sup> - /عبد اللطيف نايف، دراسة في عقود التزام المرافق العامة (BOT) البناء والتشغيل والتحويل (نقل الملكية)، على الرابط الإلكتروني:

[https://carjj.org/sites/default/files/events/wrq\\_ml\\_lrq\\_-\\_qd\\_bot.doc](https://carjj.org/sites/default/files/events/wrq_ml_lrq_-_qd_bot.doc)

اطلع عليه : بتاريخ /10/11/2018 الساعة 23:05.

من هذا المنطلق سوف نعرض تباعاً في مطلبين إلى كل من : الإطار المفاهيمي لعقود البوت (B.O.T) (المطلب الأول) وكذا المراحل التي يمر بها عقد البوت (B.O.T) وتطبيقاته (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الإطار المفاهيمي لعقود البوت (B.O.T)

إن تزايد حاجة المواطنين إلى المرافق العامة والبنى التحتية، وضعف إمكانيات الدولة المالية، حمل هذه الأخيرة على اللجوء إلى القطاع الخاص لإقامة المرافق العامة، والبنى التحتية الجديدة. بحيث لا تتحمل الدولة أعباء التمويل، أو نفقات التشغيل. ويعد عقد البوت (B.O.T) من أهم الوسائل التي تمكن الدولة من إقامة بنيتها التحتية وإنشاء مرافقها العامة، وتشغيلها دون أن تتحمل أية أعباء مالية، لأن المتعاقد معها سيتحمل أعباء البناء والتشغيل، وعند انتهاء مدة العقد سيعيد المرفق العام إلى الدولة.<sup>1</sup>

إذ تمثل عقود البوت (B.O.T) بتقسيماتها الكثيرة صوراً جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية، وهذا أمر فرضه الواقع بما يستلزم معه وضعه تعريف محدد لهذه العقود.

فمصطلح البوت (BOT) هي اختصار لثلاثة اصطلاحات باللغة الإنجليزية (Build – Operate – Transfer) (بمعنى البناء والتشغيل ونقل الملكية (التحويل)). لذا فإن معظم التعريفات الفقهية لهذه العقود تدور حول هذا المضمون.

وقد قام الفقه بوضع تعريفات لعقد البوت، كما قامت بعض المنظمات الدولية بتعريف هذا الشكل من أشكال التمويل.<sup>2</sup>

على هذا الأساس لا بد من معرفة التطور التاريخي لعقود البوت (B.O.T) (أولاً) ومن ثم تعريف عقود البوت (B.O.T) (ثانياً).

<sup>1</sup> - مروان محي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، المرجع السابق، ص 192.  
<sup>2</sup> - حمادة عبد الرازق حمادة، التحكيم في عقود البوت (BOT)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، طبعة 2013، ص 13.

## الفرع الأول

## مفهوم عقود البوت (B.O.T)

كثير في الآونة الأخيرة استعمال لفظ أو مصطلح ال B.O.T و B.O.O.T فنقرأ في الصحف من حين لآخر إن إحدى الوزارات سوف تنفذ مشروعاً معيناً، أو مرفقاً معيناً بطريقة ال B.O.T أو أن أحد الوزراء، أو إحدى الهيئات العامة قد وقع مع إحدى الشركات عقد ال B.O.T. فما هو تعريف مصطلح ال B.O.T؟ هذا المصطلح له تعريف لغوي وتعريف اصطلاحى أو قانوني.<sup>1</sup>

على هذا الأساس لابد من معرفة التطور التاريخي لعقود البوت (B.O.T) (أولاً) ومن ثمّ تعريف عقود البوت (B.O.T) (ثانياً).

## أولاً: التطور التاريخي لعقود البوت (B.O.T)

من الناحية التاريخية لهذه العقود (B.O.T) يعتقد بعض الكتاب في الولايات المتحدة الأمريكية أن مشروع قناة السويس يعتبر المثال البارز لهذه العقود، بل هو أول مشروع لهذا النوع من العقود في العالم.<sup>2</sup>

فترجع نشأة التعاقد بنظام Build , Own , Operate, Transfer (BOOT) إلى القرن التاسع عشر عندما منحت الحكومة المصرية لشركة فرنسية حق امتياز لحفر وشق قناة السويس، وقد نصت المادة الرابعة من فرمان الامتياز الأول الصادر في 30 نوفمبر 1854 على أن: "تعهد إدارة القناة للشركة على أن تكون جميع الأعمال تجري على نفقة الشركة وحدها". كما قررت في مادته الخامسة أن منح الشركة بدون مقابل جميع ما يلزمها من أراضي ليست ملكاً للأفراد، ويكون من حق الحكومة الحصول على 15% من صافي الأرباح ماعدا الفوائد والحصص الخاصة بالأسهم التي تحتفظ الحكومة بحق الاكتتاب فيها لدى إصدارها، ويوزع الباقي من الربح على الشركة بنسبة 75% والأعضاء المؤسسين بنسبة 10%.

<sup>1</sup> -نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال(B.O.T) دراسة تأصيلية -تطبيقية - مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الجامعية 2007، ص 21.

<sup>2</sup> -Levy.s. build –operate –transfer ,Provin the way for tomorrow infrastructure 1998.p19.

مشار إليه د/كمال طلبية المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 15.



وبالإضافة لما سبق، فقد نص فرمان الامتياز الثاني الصادر في 5 يناير 1856 في المادة السابعة منه على "التزام الشركة بالقيام على نفقتها بصيانة القناة البحرية والمرافق التابعة لها والقناة المتصلة بالنيل والقناة المتفرعة عنها".<sup>1</sup>

وفي 19 مارس 1866 تم التصديق على العقد المبرم بين الخديوي إسماعيل وفرديناند ديليسبس، ثم أعقب ذلك الكثير من عقود امتياز المرافق العامة، كشركة ليبون للغاز وشركة سكك حديد الدلتا الضيقة وشركة مصر الجديدة، وواحات عين شمس، وشركة المقطم والمنزه، وشركة ماركوني للراديو والتليفونات وشركة الترام والأتوبيس، وشركة كافوري للنقل في الدلتا، وشركة ترام الإسكندرية، وشركة أبو رجيله للنقل العام في القاهرة في أوائل الثورة، وهذا ما تناوله التمهير ثم التأميم عامي 1956 ثم 1961 كما هو معروف.

ثم بدأت الحكومة المصرية في الوقت الحديث بانتهاج سياسية تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام ال(B.O.T) لما لهذا النظام من مزايا، وذلك في مجالات مختلفة مثل : توليد الطاقة والنقل.<sup>2</sup> كما شهد القرن التاسع عشر العديد من هذه المشروعات، في مختلف الدول، وكانت فرنسا من أول الدول التي سارعت إلى الأخذ بنظام مشروعات (B.O.T) وهناك أمثلة كثيرة منها :منح امتياز في عام 1782 إلى بيريه إخوان في مدينة باريس لإقامة مشروع مياه، ثم توسعت شبكة المياه. بشكل سريع إلا أن الأحداث السياسية سيطرت على الاتفاقية، وألغت مدينة باريس الامتياز بعد الثورة الفرنسية. وبعد ما يقرب من خمسين عاما امتدت هذه المشروعات إلى أكثر من دولة مثل اسبانيا وإيطاليا وألمانيا وغيرهما من الدول.<sup>3</sup>

وحديثا، وتحديدًا في منتصف الثمانينات، أخذت بنظام بوت BOOT كل من فرنسا وبريطانيا حيث تم إبرام عقد نفق المانش (The Channel Tunnel) -الذي يربط بين فرنسا وبريطانيا -بين الحكومتين الفرنسية والبريطانية، من جهة، وشركة يوروتانال (Euro tunnel) من جهة أخرى.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الجامعية، لايوجد، ص 06.

<sup>2</sup> -نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال(B.O.T)دراسة تأصيلية -تطبيقية - مقارنة، المرجع السابق، ص 19-20.

<sup>3</sup> - د/ كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 16.

<sup>4</sup> - مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، المرجع السابق، ص 06-07.

أما في تركيا فقد دعا رئيس وزراء تركيا وقتئذ (تورجوت أوزال)<sup>1</sup> لتurgotOzal لاستخدام هذا الأسلوب في تنفيذ مشروعات البنية التحتية، إذ يرجع إليه الفضل في استخدام تعبیر BOT لأول مرة وذلك سنة 1980م.<sup>2</sup>

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، على سبيل المثال، بات واضحا قيام سياسة الحكومة على تشجيع مشاركة القطاع الخاص في تشييد وتشغيل الطرق. وفي أستراليا أخذت الحكومة بهذا النظام لتمويل وتشييد خطوط سكك حديدية في نيوساوث ويلز، كما تم تشييد نفق ميناء سيدني بذات الطريقة، ومن هذه المشروعات مشروع النفق الأوروبي، وهو خط سكك حديدي يربط بين إنجلترا وفرنسا بتكلفة بلغت أكثر من ستة عشر مليار دولار.<sup>3</sup>

### ثانيا : تعريف عقود البوت (B.O.T)

يعد نظام ال " B.O.T " من الصور المستحدثة لنظام الالتزام المرافق العامة. فهو صيغة متطورة لعقد التزام المرافق العامة، وتميز بتحمل المستثمر لمخاطر أكثر في التمويل والتشغيل والصيانة وإجراءات أكثر مرونة في الترسية ودور أقل في الرقابة والإشراف من الدولة.<sup>4</sup> ونظرا لأهمية هذا العقد المستحدث سنتطرق إلى تعريفه لغة وفي الاصطلاح القانوني، ومن الجانب الفقهي.

<sup>1</sup> - تورجوت أوزال: 13 أكتوبر 1927 - 17 أبريل 1993، سياسي تركي ليبرالي هو الرئيس الثامن لتركيا حيث تولى رئاستها من 9 نوفمبر 1989 حتى تاريخ وفاته. تميزت فترة توليه للسلطة بتوجيه لاقتصاد تركيا نحو الخصخصة فهو من أطلق مصطلح ال BOT على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في العصر الحديث، وقد قصد به ذلك النموذج أو الهيكل الذي يتم بمقتضاه استخدام استثمارات القطاع الخاص في تمويل البنية الأساسية للدولة، وهي الوظيفة التي كانت تقع على عاتق القطاع العام تاريخيا، بحيث يمكن القول معه إن تمويل المشروعات من قبل القطاع الخاص هو حجر الزاوية بالنسبة لنظام القطاع العام تاريخيا. ينظر:

السيرة الذاتية لتورغوت أوزال : على الموقع الإلكتروني :  
[https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%83%D9%88%D8%AA\\_%D8%A3%D9%88%D8%B2%D8%A7%D9%84](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%83%D9%88%D8%AA_%D8%A3%D9%88%D8%B2%D8%A7%D9%84)

اطلع عليه يوم 2018/12/23 على الساعة 5:23

وينظر أيضا : حنان أحمد ضياء، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء - التشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام "القانون الإداري"، جامعة بيروت العربية، السنة الجامعية 2016، ص 08.

<sup>2</sup> - د/عكرمة سعيد صبري، عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعميم الأوقاف في المرافق العامة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، الدورة التاسعة عشرة، ص 02. على الرابط الإلكتروني :  
[efpedia.com/.../d8b9d982d8af-d8a7d984d8a8d986d8a7d8a1-d988d8a7d984d8aad8...](http://efpedia.com/.../d8b9d982d8af-d8a7d984d8a8d986d8a7d8a1-d988d8a7d984d8aad8...)

اطلع عليه بتاريخ 2018/12/01. على الساعة 17:02.

<sup>3</sup> - د/ كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 17-18.

<sup>4</sup> - د/ حسني عبد السمیع إبراهيم، إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 72.

## أ/ التعريف اللغوي لعقود البوت ال (B.O.T):

إن مصطلح ال (B.O.T) هو مقطع مكون من ثلاثة حروف لاتينية، B,O,T وهذه الحروف الثلاثة هي اختصار لكلمات باللغة الإنجليزية وهي أوائل حروف الكلمات المختصرة، فحرف B هو اختصار لكلمة Build وهي تعني باللغة العربية يبني أو يعمر ويقصد بها هنا إقامة أو إنشاء مشروعات البنية الأساسية.

والحرف الثاني: O هو اختصار لكلمة Operate وهي تعني باللغة العربية أو يدير ويقصد بها هنا تشغيل وإدارة المرفق العام موضوع العقد.

والحرف الثالث: T هو اختصار لكلمة Transfer وهي تعني باللغة العربية ينقل أو يحول ويقصد بها نقل إدارة وملكية وحياسة المرفق للجهة الإدارية مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد المتفق عليها.

وقد يأتي المصطلح مكونا من أربعة حروف B.O.O.T فهذا المصطلح يختلف عن المصطلح السابق B.O.T وهذا المصطلح يعني بناء -تملك - تشغيل - تحويل Build /Own /Operate /Transfer ولكل من المصطلحين النظام القانوني الخاص به، الأمر الذي يجدر بنا ألا نخلط بينهما ولا نعتبرهما مصطلحا واحدا.<sup>1</sup>

إن عقد (B.O.O.T) يعد من العقود المستحدثة التي أفرزتها التطورات الاقتصادية الحديثة والتوجه نحو تقليل الاعتماد على موازنة الدولة في تمويل الحاجات العامة، فهو عقد أوجدته الحاجة العملية.<sup>2</sup>

ففيه يمتلك المستثمر المرفق ملكية مؤقتة طوال فترة حيازه له على أن يلتزم بنقل الملكية للدولة بنهاية مدة الامتياز.

ومن الجدير بالذكر أنه توجد صور أخرى متعددة تتباين فيها التزامات وحقوق الأطراف مثل البناء والاستئجار والتشغيل والتحويل «B.R.O.T». لكن من الملاحظ أنه أصبح من المعتاد استخدام

<sup>1</sup> - نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال (B.O.T) دراسة تأصيلية -تطبيقية - مقارنة، المرجع السابق، ص 21-22.

<sup>2</sup> - ستار جبار البدري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 96.

مصطلح ال "B.O.T" للدلالة على هذه المجموعة الحديثة من صور المشاركة حتى ولو اختلفت التزامات الأطراف وحقوقهم.<sup>1</sup>

### ب/ التعريف الفقهي لعقود البوت B.O.T

#### 1- تعريف الفقه الفرنسي لعقود البوت B.O.T :

عرف الأستاذ J.M. Loncle عقد امتياز البوت بأنه عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها يجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وإنشاء واستغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على أن شركة المشروع تلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد.<sup>2</sup>

وقد عرفه الأستاذ J.B.auby بأنه عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيث يتولى الملتزم تمويل إنشاء المشروع (البناء) ثم يتولى استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الاستغلال) وفي نهاية المدة يلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة المانحة (تحويل).<sup>3</sup>

من خلال تحليل التعريف الأول نستنتج أن عقد البوت هو عقد امتياز بأسلوب حديث، عبارة عن أسلوب تعاقدى يجمع بين الشركات الخاصة من أجل تمويل وإنشاء واستغلال مرفق عام ممنوح من قبل الدولة في مدة محددة، مع التزام الشركة بإعادة المشروع إلى الدولة بعد نهاية المدة المقررة في العقد، والتالي فإن عقود البوت هي عبارة عن مشاريع لا تستهدف فقط استغلال المرفق العام بل تمويله وتنويعه.

أما التعريف الثاني فإن الفقيه قد أكد على الطبيعة التعاقدية لهذا العقد والطابع التمويلي لمشاريع القطاع العام، باعتباره التزام يقع على الملتزم بتمويل إنشاء المشروع مع توليه استغلال المشروع لمدة محددة مع التزامه عند نهاية المدة المحددة إرجاع المشروع إلى الجهة المانحة للمشروع.

<sup>1</sup> أ/د حسني عبد السميع إبراهيم، إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الامتياز، المرجع السابق، ص 71-72.

<sup>2</sup> Loncle (J.B), Grands projet d'infrastructures le montage Build ,Operate ,Transfer (B.O.T), " R.D.A.L ,N°8,1997,p.946.

مشار إليه :د/حمادة عبد الرازق حمادة، التحكيم في عقود البوت (BOT)، المرجع السابق، ص 14.

<sup>3</sup> -Auby(J.B), Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée Services public,in la gestion déléguée du services public,Actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat organisé par l'institut français des sciences administratives ,R.F.D.A,1997,N°3,p.30.

مشار إليه :د/حمادة عبد الرازق حمادة، التحكيم في عقود البوت (BOT)، المرجع نفسه، ص 14.

## 2 تعريف الفقه العربي لعقود البوت B.O.T :

لم يتفق الفقه على تعريف هذا النوع من العقود، ولكن تفرقت بهم وجهات النظر، فهو يعني في رأي البعض " أن تعهد الحكومة إلى إحدى الشركات، سواء أكانت وطنية أم أجنبية، من القطاع الخاص في الغالب أو القطاع العام، بامتياز أو بترخيص للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة أو تقدمه شركة المشروع، وغالبا

ما يكون من المشروعات الأساسية للدولة والمتعلقة بمرفق من مرافقها الهامة، وفي حالة الموافقة من قبل الحكومة تقوم شركة المشروع بتنفيذه (تصميمه وبنائه وتملكه واستغلاله تجاريا) لفترة معينة ينص عليها في العقد، وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف بنائه، بالإضافة إلى ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا، وفي نهاية المدة المحددة المتفق عليها بين الحكومة والشركة ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة وبحالة جيدة، دونما تحمّل الحكومة لأي تكلفة.<sup>1</sup>

أما الدكتور محمود الروبي فقد حاول الابتعاد عن الترجمة الحرفية لمصطلح البوت bot حيث استبدل:

-كلمة بناء بكلمة تشييد

-وكلمة تشغيل بكلمة استغلال

-ونقل الملكية بالتسليم

وبذلك عرفها بأنها " عقد يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها وطرف أجنبي." عادة ما يتخذ شكل شركة، يطلق عليها شركة المشروع بغرض تشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية على حساب تلك الشركة وقيامها مقابل ذلك باستغلال المرفق والحصول على عائد هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد، وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل وخاليا من كافة الأعباء وبحالة جيدة".<sup>1</sup>

كما عرفه الأستاذ محمد عبد المجيد إسماعيل بأنه "نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية حيث تعتمد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، يطلق عليه تسمية (شركة

<sup>1</sup> -/ كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 22-23.  
<sup>1</sup> -/ أمال بولغاب، عقد البوت (Bot) بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمغاست، الجزائر، العدد الثالث، جانفي 2013، ص 138-139.

المشروع) بموجب اتفاق بينهما يسمى (اتفاق الترخيص)، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي خاصة، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصولها المشروع وتشغيله بنفسها، أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا لها، على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع، وتحقيق هامش ربح طول مدة الترخيص.

كما يقدم الأستاذ محمد بوسماح تعريفا لعقد ال Bot" هو طريقة أخرى لامتياز المرافق العامة، معروفة خاصة في الدول الأنجلوسكسونية والذي يعد نظاما نوعيا يتمثل في إسناد لمؤسسة خاصة بناء واستغلال وتجهيز مرفق عام، خلال فترة محددة وإرجاعه مجانا للسلطة التي أبرمت العقد.<sup>1</sup>

### ج/ التعريف القانوني لعقود البوت B.O.T :

قامت العديد من التشريعات والمنظمات الدولية بوضع تعريف لعقد البوت غير أن المشرع الجزائري

وعلى غرار بعض التشريعات المقارنة لم يعرف تسمية عقود "البوت"، لكن يمكن القول أنه أخذ بها في نظامه القانوني صراحة في النصوص القانونية المنظمة لعقود الامتياز في مختلف المجالات، لكن المتفحص لمضمون هذه النصوص يجد أن المقصود ليس الامتياز بصورته التقليدية المتعلقة بإدارة المرفق العام فقط، وإنما إنشاء المرفق وإدارته تم تحويل ملكيته للدولة وذلك ما يعرف بعقود البوت، وهو الأمر الغير المعروف في الصورة التقليدية لعقد الامتياز.

فالجرائر قامت بإجراء العديد من التعديلات على منظومتها القانونية في المجال الاقتصادي تهدف في مجملها لتهيئة البيئة القانونية التي تضبط بشكل منظم عملية انسحاب الدولة من ممارسة النشاطات الاقتصادية تاركة المجال للقطاع الخاص للاستثمار فيها، وهو ما يتطلب بالضرورة السماح بانتشار عقود تفويض إدارة وتسيير المرافق العامة، والتي تعد عقود الامتياز بصورتها التقليدية، وعقود البوت أحد أهم صورها. لهذا الغرض أصدرت الجزائر العديد من القوانين في هذا الصدد على غرار: قانون الخوصصة سنة 1995، وعلى الرغم من خصوصية تسيير المرافق العامة إلا أنه عمليا كانت العديد من العوائق في تنفيذ الأمر رقم 22/95<sup>1</sup>، ولم يتغير الوضع مع صدور الأمر رقم 04/01<sup>2</sup>، وبناء

<sup>1</sup> - نقلا عن: د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 145.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995، المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج ر ع 48، المؤرخة بتاريخ 03 سبتمبر 1995.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وخصوصيتها، ج ر ع 47، المؤرخة بتاريخ 28 أوت 2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/08 المؤرخ في 28 فيفري 2008، ج ر ع 11.

على التطورات التشريعية بدأت الجزائر التوسع في الاعتماد على عقود تفويض المرافق العامة، لاسيما عقود الامتياز لإدارة مرافقها العامة.<sup>1</sup>

وعلى سبيل المقارنة فإن في الصين قد تضمنت المادة الثانية من القواعد الخاصة بالاستثمار الأجنبي لمشروعات ال (B.O.T) تعريف هذا النظام فنصت على أن "مشروعات ال (B.O.T) هي مشروعات البنية التحتية التي تبنى وتدار وتنقل ملكيتها بواسطة المستثمرين الأجانب حيث تمنح غالبا الحكومة من خلال اتفاقية امتياز ولمدة محددة السلطة في مشروع ال (B.O.T)، وتكون شركة المشروع مسؤولة عن تمويلها وإدارتها وصيانتها، وبعد انتهاء فترة الامتياز تقوم شركة المشروع بنقل المرفق الخاص بمشروع ال (B.O.T) إلى الحكومة في حالة جيدة وبدون أعباء"<sup>2</sup>

كما عرفه قانون الأونيسترال الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي في هيئة الأمم المتحدة عام 2001 بأنه: "شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة، ويدعى شركة المشروع امتيازاً لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتتسرد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة العقد تنتقل حيازة المشروع إلى الحكومة."<sup>3</sup>

وعرفته منظمة اليونيدو بأنه: "اتفاق تعاقدي، بمقتضاه يتولى أحد الأشخاص من القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط ألا يزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في طلب المشروع، لتتمكن تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها، ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى شخصية خاصة جديدة يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - بولقواس سناء، الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة - عقود البوت نموذجاً، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، السنة الجامعية 2016/2017 ص 81.

<sup>2</sup> - د/ حمادة عبد الرازق حمادة، التحكم في عقود البوت (BOT)، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> - أ/م/د عارف صالح مخلف - أ/م/د علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، ص 05.

<sup>1</sup> - كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 24.

## الفرع الثاني

## صور وأطراف عقود البوت (B.O.T)

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) هي إحدى صور مشاركة القطاع الخاص في تمويل إنشاء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية، وتقتضي هذه الصيغ من العقود قيام القطاع الخاص بتمويل وتصميم المشروع وتشغيله خلال مدة العقد، ثم يعود هذا المشروع إلى الدولة مرة أخرى بحالة جيدة وصالحة للتشغيل، وتختلف هذه الصورة عن عقود الشراكة (P. P.P)<sup>1</sup>، التي فيها تقوم شركة المشروع بإنشائه لحساب الدولة مقابل حصولها على ثمن ذلك في صورة أقساط تتعهد بدفعها الحكومة بطريقة متفق عليها، ويطلق البعض على هذه العقود "عقود التنمية الاقتصادية" ولها عدة صور.<sup>2</sup>

كما أنه قد تختلط هذه العقود بغيرها من العقود، ولهذا يتعين معرفة كيفية التمييز بين هذه الأنواع، ومعرفة المعيار أو المعايير التي تستخدم في هذا التمييز، ونحاول في ما يلي التمييز بين عقود البوت (B.O.T)، وأهم العقود التي تلتبس بها.<sup>3</sup> كما تعد عقود البوت في حقيقتها مجموعة من العقود المركبة إذ تعدد أطرافها.

على هذا الأساس سنتناول صور عقود البوت (B.O.T) (أولا)، وأطراف عقود البوت (B.O.T) (ثانياً).

<sup>1</sup> - عقود P.P.P: هي اختصاراً لمصطلحات - Public-Private Partnership، الشراكة لغة مأخوذة من لفظ أشرك - شرك - شارك يقال لأشركه في أمره: أدخله فيه، ويقال أشرك بالله: جعله له شريكاً في ملكه، شاركه كان شريكه، ويقال فلان يشارك في علم كذا: له نصيب منه.

والشراكة P.P.P هي مفهوم حديث بدأ الحديث عنه منذ عدة سنوات، ففي نمط جديد من العلاقات بين مؤسسات الدولة والإدارة العامة من جهة والقطاع الخاص من جهة أخرى وهي نهج تتبعه الدول في تأمين خدمات عامة كانت الدولة هي التي تضطلع بها بهدف رفع العبء عن الموازنة العامة وإلقاءه على عاتق القطاع الخاص وتحويل جهد القطاع العام إلى أوجه إنفاق أخرى يعزف عنها القطاع الخاص . كانت النشأة الأولى لعقود الشراكة (P.P.P) في المملكة المتحدة (بريطانيا) وظهرت بصورة أساسية عام 1990، تحت مسمى Private Finance Initiative (PFI)، وكان ذلك عندما أوصت بعض الدراسات في حكومة مارجريت تاتشر بضرورة السماح للقطاع الخاص بتمويل الإنشاءات العامة لتخفيف العبء عن الموازنة العامة، ثم تقدم الجهة الإدارية حقوق القطاع الخاص بطريقة مجزأة لا ترتب أعباء كبيرة على الموازنة العامة ولكن التطبيق العملي في إنجلترا لهذه العقود لم يبدأ عام 1995. لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: د/حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (P.P.P)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2014، ص 17-21-22.

<sup>2</sup> - د/ حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت (BOT)، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> - كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 36.



أولاً: صور عقود البوت (B.O.T)

إن عقود ال "B.O.T" تتضمن أشكالاً متعددة عددها البعض، بثلاثة عشر شكلاً ولكل شكل العقد الذي يلائمه وأكثر هذه الأشكال شيوعاً ما يأتي :

أ/ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ويعرف بنظام ال "B.O.T"

وهذا العقد يعتبر أساس جميع عقود "البوت" حيث يتفرع عنه مع اختلاف بسيط ترى الدولة المضيفة أن ذلك في صالحها، كما قد ترى الشركات المنفذة أن ذلك يخدم أغراضها، وفي هذا العقد يقوم الملتزم بتشديد المشروع ونقل حيازته بعد انتهاء المتفق عليها للمالك "الدولة مانحة الالتزام"<sup>1</sup>.

ب/ عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)

هو اختصار Build, Operate, Own and Transfer يقصد بهذا العقد : الاتفاق المتضمن إقامة المشروع واستغلاله وتملكه مؤقتاً لمدة محددة، ثم تحويله في نهاية تلك المدة إلى الدولة المتعاقدة.<sup>2</sup>

ج/ عقود البناء ثم نقل الملكية ثم التشغيل ل BTO:

وهو اختصار اصطلاح build, transfer, operate وهما بعد اتمام المشروع مباشرة من طرف المستثمر تنتقل ملكيته للحكومة مع إمكانية إبرام عقد جديد مع المستثمر (صاحب الإمتياز) وإعطائه الحق في تشغيل المشروع أي المرفق لفترة زمنية محددة.<sup>3</sup>

د/ عقود البناء الإيجار ونقل الملكية BLT:

Build, Lease, Transfer تقوم الشركة الخاصة ببناء المرفق العام وتملكه وتشغله، ثم تؤجره للدولة أو لهيئة عمومية والتي إما تشغله بنفسها أو توكل ذلك لغيرها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال(B.O.T)دراسة تأصيلية -تطبيقية - مقارنة، المرجع السابق، ص 21-22.

<sup>2</sup> - نويري عبد العزيز، عقود التزام المرافق العامة (Bot) (أنواعها وطرق الاستفادة منها)، ورقة عمل الجزائر- عقود ال BOT.docx المركز العربي للبحوث القانونية المرجع السابق، - على الموقع الإلكتروني:

[https://carjj.org/sites/default/files/.../wrq\\_ml\\_ljzr\\_-\\_qwd\\_l\\_bot.do..](https://carjj.org/sites/default/files/.../wrq_ml_ljzr_-_qwd_l_bot.do..)

اطلع عليه بتاريخ 2018/11/11 بتوقيت الساعة:00:00،

<sup>3</sup> - أ/ أمال بولغاب، عقد البوت (BOT) بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة، المرجع السابق، ص 140-141.

<sup>4</sup> - د/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، المرجع السابق، ص 149.

## ه/ عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O)

ومصطلح (B.O.O) هو اختصار لاصطلاحات (Build – Operate – Wnership) أي البناء وملكية الملتزم للمشروع طوال مدة العقد وحقه في التشغيل طوال فترة الامتياز، هذا الشكل من أشكال تمويل المشروعات الخاصة، يعني قيام القطاع الخاص بتصميم المشروع وتمويله وبنائه وتشغيله، على أن يكون لصاحب الامتياز (شركة المشروع) الحق في بيع جزء من حقوقها عند إتمام وإنجاز المشروع، بمعنى أن يقوم الملتزم بملكية المشروع لمدة معينة يكون له أن يستغله فيها استغلالاً كاملاً، ثم يتصرف فيه بعد انتهاء هذه المدة دون التزام بأن يحوله إلى الحكومة مانحة الالتزام.<sup>1</sup>

## و/ عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل: D.B.F.O

Design, Build, Finance and Operate, ويشار إليه اختصاراً D.B.F.O, وفيه يتولى منفذ المشروع تصميمه وتمويله وتشغيله وفقاً للضوابط التي تضعها الحكومة مقابل حصول الأخيرة على بدل الأرض وعلى نسبة من الإيرادات مقابل منح الامتياز، ويحق لها فيه تحويل الامتياز لمستثمر آخر مع دفع التعويض المناسب للمستثمر مالك المشروع.

ي/ عقد البناء والتملك والتأجير والتحويل: Build, own, Lease, and Transfer ويعرف اختصاراً B.O.L.T وبموجب هذا العقد تعهد الدولة إلى المستثمر بإنشاء مشروع على نفقته الخاصة وتشغيله وتأجيره للغير طوال فترة العقد بحيث يستطيع تغطية تكاليف المشروع وتحقيق نسبة من الأرباح من قيمة الإيجار على أن يلتزم في نهاية العقد بنقل المشروع إلى الدولة المتعاقدة.<sup>2</sup>

## -عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية M.O.O.T:

وهو اختصار للكلمات Modernize – Own – Operate – Transfer ويتضمن هذا العقد اتفاق الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع إحدى شركات القطاع الخاص على تحديث أحد

<sup>1</sup> - د/ حمادة عبد الرازق حمادة، التحكيم في عقود البوت (BOT)، المرجع السابق، ص 39-40.

<sup>2</sup> - د/عبد اللطيف نايف، دراسة في عقود التزام المرافق العامة (BOT) البناء والتشغيل والتحويل (نقل الملكية) على الرابط الإلكتروني

[https://carjj.org/sites/default/files/events/wr\\_q\\_ml\\_lrq\\_-\\_qd\\_bot.doc](https://carjj.org/sites/default/files/events/wr_q_ml_lrq_-_qd_bot.doc) اطلع عليه: بتاريخ 10/11/2018 الساعة 11:06.

المشروعات مقابل تملك المشروع وتشغيله فترة معينة والحصول على إيرادات المشروع على أن يتم نقل ملكية المشروع في النهاية إلى الدولة أو الشخص المعنوي العام.<sup>1</sup>

### ثانيا : أطراف عقود البوت (B.O.T)

تتميز عقود البوت بتعدد أطرافها، فإلى جانب الأطراف الرئيسية في العقد توجد أطراف تابعة، ومن ناحية أخرى، فإن هذه العقود تحتاج إلى سلطة مختصة تتولى منح الالتزام.

وعلى ضوء هذه المقدمة نعرض للأطراف الرئيسية في العقد، ثم الأطراف التابعة، وأخيرا السلطة المختصة بمنح الالتزام.<sup>2</sup>

### أ/ الأطراف الرئيسية المشاركة في إقامة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT:

تتميز المشاريع التي تكون محل الإنشاء وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بضخامتها من الناحيتين المالية والفنية، فمعظمها إستراتيجية وهي تمتد لفترات زمنية طويلة، وعلى غرار أطراف ثانوية. فعلى العموم هناك فئتين من الأطراف المشاركة في إقامة المشروعات وفق أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية.

### 1-الأطراف الأصليون :

عموما هناك الحكومة المضيفة أي صاحبة المشروع، وشركة المشروع أي التي تعمل على إقامة المشروع. فمن الباحثين من يعتبر أن شركة المقاوله التي تعمل على البناء من الأطراف الرئيسية. وهناك فئة تعتبر أنها ليست من الأطراف الرئيسية. وهذا الموضع يمكن اعتبار شركة المقاوله المكلفة بالبناء من الأطراف الأخرى أو الثانوية وذلك كون أن الاتفاق يتم بين الدولة المضيفة وشركة المشروع فقط، أما الاتفاقيات التي تتم بين شركة المشروع وشركة المقاوله وباقي الأطراف الأخرى من الممولين وشركات التأمين وغيرها تكون بعدم تدخل الحكومة المضيفة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أ / م سندس رضوي خوين، عقد البوت (BOT) تعريفه، مزاياه، عيوبه، وأشكاله، محاضرات موجهة لطلبة المرحلة الرابعة قسم إدارة الأعمال، للعام الدراسي 2018/ 2019، ص 16.

<sup>2</sup> - د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 128.

<sup>3</sup> - أ / محمد صلاح، البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية (تجارب دولية وعربية مختارة)، مجلة الأبحاث الاقتصادية والإدارية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 17، تاريخ النشر 2005/06/12، ص 183.

## 1-1 الحكومة المضيفة :

تعد الحكومة الضيفة هي المالكة الحقيقية للمشروع، وهي التي تقف خلفه تسانده، وتحل مشاكله، ولكنها تتنازل مؤقتاً عن هذه الملكية وذلك بمنح حق أو امتياز إقامة المشروع، وتحديد مدة الامتياز، كما تحدد ضوابط وشروط استخدامه، والعلاقة بينهما وبين الشركة المالكة مؤقتاً للمشروع.<sup>1</sup> ويتمثل دورها في الآتي :

- 1- إعداد الإطار القانوني الذي يعمل المشروع في نطاقه، ويتضمن تشريعات متعلقة بالإعفاء الضريبي وقوانين العمل، تحويلات الأرباح، الجمارك، وحماية المستثمر الأجنبي.
- 2- إعداد دراسة جدوى مبدئية توضح الجوانب المختلفة للمشروع .
- 3- إبرام إتفاقية امتياز مع شركة المشروع توضح كافة الحقوق والالتزامات لكل طرف .
- 4- تعيين ممثل حكومي يراقب تنفيذ بنود العقد.<sup>2</sup>

5- ممارسة حقوقها واختصاصاتها، مثل متابعة عمل الشركات، والتأكد من جديتها، والتزامها بالتنفيذ أو تحميلها بغرامات تأخير ينص عليها في العقد، أو سحب الامتياز مع مصادرة الضمانات، أو متابعة عملية الإنشاء، والتأكد من الجودة، ومطابقة المواد المستخدمة للمواصفات القياسية وبالنسب المعمارية، حرصاً على تلافي أو تلاعب أو قصور.

6- المتابعة الدورية والتفتيش الرقابي على سير المشروع بعد إنشائه، والعمل على ضمان حسن الإدارة والصيانة حتى يمكن تسليم المرفق بحالة جيدة في نهاية فترة الامتياز.

وقد تدخل جهات حكومية أخرى، مع شركة المشروع في بعض العقود المرتبطة بالعقد الأصلي، مثل عقد انتفاع شركة المشروع بالأراضي التي يقيم عليها المشروع.<sup>3</sup>

## 2-1 الملتمزم أوراخي المشروع (شركة المشروع)

تعتبر شركة المشروع الطرف الرئيسي الثاني في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية. وهي التي تلتزم بأن تبني وتشغل وتنقل ملكية المشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى وبحالة جيدة. إذ تنشأ

<sup>1</sup> - د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> - د/يوسف محمود، د/عدنان العريبي، أرامي كاسل لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العملية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 03، المجلد 30، تاريخ النشر 5 جوان 2008، ص 08.

<sup>3</sup> - د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 130.

شركة المشروع بموجب اتفاق أو عقد تأسيس ينص فيه على كافة المسائل الإدارية والمالية والأحكام الإجرائية والغرض الذي تنشأ الشركة من أجل تحقيقه وكيفية إدارتها، ومسؤولية أعضاء مجلس الإدارة وحجم رأس مالها والتزامات المساهمين فيها وحقوقهم وكيفية تسوية المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ العقد المنشأ لها والمحكمة القضائية المختصة.<sup>1</sup>

فهو الكيان الذي يشكله القطاع الخاص لتنفيذ وتمويل وتشغيل المرفق طيلة فترة الترخيص، فهي الوحدة صاحبة الامتياز، ويسبق إنشائها تكوين إتحاد مالي من مؤسسين من القطاع الخاص، يقوم هذا الإتحاد :

- إعداد دراسة جدوى للمشروع وتقديم عرض لتنفيذه.

- تكوين شركة المشروع حال وقوع الاختيار على عرضه وتحصيل حصة رأس المال من كل مؤسس.

- إبرام العقود مع الأطراف المعنية بالحكومة، شركات المقاولات، مشغلي المشروع وموردي المواد الأولية... إلخ.<sup>2</sup>

### 1-3 المستفيدون من المشروع :

على الرغم من عدم توقيع هذا الطرف على العقود المتصلة بعقد الامتياز، ولا يمكن أن يكون لهم الحق في مطالبة الشركة بالقيام بواجباتها استناداً إلى العقد، أو مطالبة الشركة لهم بالقيام بعمل ما (غير دفع الرسم المقرر لأداء الخدمة)، بالرغم من كل هذا فإن هذا الطرف يعد أهم الأطراف، من حيث أن المشروع قد أقيم لتوفير احتياجاتهم، وتحقيق مصالحهم، ومساعدتهم على بلوغ رغباتهم، ومعرفة مدى تناسب المشروع ورسوم الاستفادة منه مع الجزء المخصص من دخلهم للاتفاق على المنافع المتولدة من المشروع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - جار الله علي جار الله المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 196.

<sup>2</sup> - أ/ محمد صالح، أ/د البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشديد مشروعات البنية التحتية (تجارب دولية وعربية مختارة)، المرجع السابق، ص 184.

<sup>3</sup> - د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 133.

ب- الأطراف التابعة المشاركة في إقامة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT:

### 1- المقاولون (المقاولون الأصليون<sup>1</sup> والمقاولون من الباطن<sup>2</sup>):

بالإضافة إلى تلك الأطراف الرئيسية هناك جهات أخرى متداخلة كالمقاول، وهو الشركة، أو مجموع الشركات التي تستند إليها أعمال التشييد وبناء المرافق، ويربطها بشركة المشروع عقد المقاوله الأساسي ويتخذ عادة شكل تسليم المفاتيح. وهناك ما اصطلح على تسميته بالمشغل Operator وهي الشركة التي تتولى مسؤولية التشغيل التجاري للمشروع وإدارته بالإضافة إلى مجموعة المستشارين في مختلف التخصصات التمويلية والتشريعية والهندسية وشركات التأمين ومجموعة الموردين.<sup>3</sup>

وذلك لأن عقود البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) تتطلب إمكانيات مادية وتقنية كبيرة لا تتوافر لدى جميع المقاولين. فالتعاقد مع المقاول يتم بالنظر إلى صفته الذاتية واستعداده الشخصي، مما يعني عدم تخلي المقاول عن تنفيذ المشروع للغير (التعاقد من الباطن)<sup>4</sup>، والتواجد المستمر في مكان إنجاز المشروع أو أن ينوب عنه شخص مقبول من طرف الإدارة، ومؤهل للقيام مقامه ويضمن سير المشروع بلا انقطاع.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- المقاول الأصلي في عقود البوت هو ذلك الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يسند إليه تشييد المرفق وبنائه، ويكون هو المسؤول عن إعداد وتصميم وتشييد البناء وتوريد الآلات وتركيبها ونقل التكنولوجيا. نقلا عن د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (10)، العدد (38)، السنة (2008)، ص 372.

<sup>2</sup> - المقاول من الباطن : هو شخص طبيعي أو معنوي يتعهد بتنفيذ جزء أو أجزاء من الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع بموجب عقد يبرمه مع المقاول الأصلي وتنحصر علاقته بهذا الأخير دون أن يكون له أية صلة بالملتزم (شركة المشروع) نقلا عن د/ أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، المرجع نفسه، ص 373.

<sup>3</sup> - /أ/ محمد صالح، /أ/د البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية (تجارب دولية وعربية مختارة)، المرجع السابق، ص 184.

<sup>4</sup> - التعاقد من الباطن هو العقد الذي بمقتضاه يتخلى الحائز للصفقة أو المشروع للغير عن جزء من المشروع للغير مع بقائه مسؤول عن التنفيذ تجاه الإدارة.

فالمقاول من الباطن : بمعنى أن يتعاقد المقاول الأصلي باسمه دون تدخل صاحب الالتزام (الدولة المضيفة) مع مقاول ثانوي في تنفيذ جزء من المشروع فلا ينشأ عن التعاقد من الباطن أي نوع من العلاقات التعاقدية مع الإدارة، وتستطيع الإدارة ألا تمكن المتعاقد من المساهمة في تنفيذ العقد. نقلا عن أسامة مدلول خريص أبو هلبية المطيري، خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، مطبعة وزارة الإعلام، مصر، بدون سنة نشر، ص 104.

<sup>5</sup> - أسامة مدلول خريص أبو هلبية المطيري، خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، المرجع نفسه، ص 104-103.

## 2-الخبراء والاستشاريون (الفنيون والماليون والقانونيون):

تشعب مشروعات البنية الأساسية، وتتضمن عناصر قد تستعص على الحصر الدقيق عند التعاقد ويحتاج هذا النوع من الإنشاءات إلى دراسات تتضمن أدق التفاصيل التي تبدأ بدراسة الجدوى، مروراً بتقديم العطاءات، وعمل الرسومات والمواصفات، واختيار أعلى التقنيات، وإقامة المنشآت وتوريد الآلات، وانتهاءً بإجراء التجارب التي تدل أن مرحلة البناء تمت حسب المواصفات الفينة المطلوبة.

وغالبا ما يكون اتحاد الكونسرتيوم<sup>1</sup> مؤلفا من الاستشاريين المتخصصين القادرين على إتمام هذه الأعمال بنجاح.

إلا أن بعض أطراف هذه العقود قد يستعين بخبير مهندس أو أكابر، أو مكاتب هندسية، وبخبراء ماليين ومستشارين قانونيين، يتم التعاقد معهم العقد.

ويوجد في معظم دول العالم مكاتب هندسية كبرى تمارس نشاطها وتقدم الخدمات للجميع، وينطبق هذا القول أيضا على الاستشاري القانوني الذي يقوم بصياغة العقود.

هؤلاء المستشارون يلعبون دورا حيويا في مختلف مراحل المشروع، وتقوم الشركات بتعزيز خياراتها من خلال هؤلاء المستشارين المتخصصين، ولا تقتصر الاستعانة بهؤلاء المستشارين على شركة المشروع أو المقاولين بل إن الحكومة المضيفة تستعين بهم بنفس درجة استعانة شركة المشروع، حيث يساعد هؤلاء الخبراء والمستشارون سلطات الدولة المضيفة في إعداد الشروط والمواصفات التعاقدية وفي تقويم العطاءات والمفاضلة بينهما، وفي التفاوض بشأن إنشاء المشروع.<sup>2</sup>

وفي حالة عدم وجود هؤلاء الخبراء لدى أطراف البوت يتم الاستعانة بمكاتب الخبرة المتخصصة سواء المستشارين القانونيين، أو المكاتب الهندسية الاستشارية أو البنوك. كما أن هناك العديد من المنظمات الدولية التي تضم الخبراء الاستشاريون الأكفاء والتي أن تقدم المساعدة للدول المضيفة مثل

<sup>1</sup> - الكونسرتيوم: (كونسرتيوم المؤسسات) أنه عقد مبرم بين مؤسستين أو أكثر بغرض الحصول على صفقة توريد سلع، أو تقديم خدمات، أو تنفيذ صفقة مشتركة أو تضامنية، يتخذ عدة أشكال حسب طبيعة نشاطه، دون أن ينشأ عنه كيانا ذاتيا، أو شخصية قانونية عن الأشخاص الشركاء وهي المسألة الجوهرية في "الكونسرتيوم" الذي يهدف من وراء إنشائه إلى التقدم بعطاء مشترك، أو تنفيذ مشروع، أو مشاريع معينة، إن رسا عليهم العطاء، مع ضرورة التقيد بقواعد القانون -الخاصة بالشركات - وبما يؤدي إلى توزيع المخاطر الاقتصادية للمشروع فيما بينهم. لمزيد من التفصيل، ينظر: حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، السنة الجامعية 2011، ص 27.

<sup>2</sup> -د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 138.

منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو)، واللجان الاقتصادية التابعة للأمم المتحدة، والمؤسسات المالية الدولية (البنك الدولي)، أو أن تقوم هذه المؤسسات الدولية بمساعدة الدول المضيفة في العثور على مستشارين مؤهلين.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني

#### المراحل التي يمر بها عقد البوت (B.O.T) وتطبيقاته

إن مشاريع البنية الأساسية المنفذة بصيغة البوت لها أهمية خاصة، حيث تحل شركة المشروع محل الإدارة في توفير وتقديم حاجات أساسية للأفراد والتي قد تكون حساسة وخطيرة. في بعض الأحيان، ومن جهة أخرى تنسم عقود البوت بطبيعة مركبة، فلا يقتصر التزام الملتزم الذي تمثله شركة المشروع على نوع واحد من الالتزامات، وإنما تتعدد هذه الالتزامات بدءاً من الالتزام بتشييد مشروع المرفق مروراً بالالتزام بتشغيله وانتهاءً بتسليمه وتحويله إلى الجهة الإدارية التي يحددها القانون. لذا تتعدد المراحل التي تمر بها عقود البوت. فالمرحلة الأولى تتمثل بالإجراءات السابقة على التعاقد ثم تليها مرحلة إبرام العقد، ثم مرحلة تنفيذ العقد والتي تبدأ بتشديد وبناء مشروع المرفق، ثم القيام بتشغيله، وأخيراً تأتي مرحلة تسليم وتحويل مشروع المرفق.<sup>2</sup>

على هذا الأساس سوف نتطرق للمراحل التي يمر بها عقد البوت (B.O.T) (الفرع الأول). وكذا تطبيقاته وفق بعض التجارب الدولية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### المراحل التي يمر بها عقد البوت (B.O.T)

أدت خبرة منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) من خلال متابعتها للمشروعات المقامة في دول العالم المختلفة خاصة في الهند، الصين، الفلبين، بنجلاديش، باكستان، بنظام B.O.T ماليزيا، البرازيل، المكسيك، الأرجنتين، وفنزويلا أن هذا النوع من المشروعات يمر بعدد من المراحل.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أسامة مدلول خريص أبو هلبية المطيري، خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، المرجع السابق، ص 105.

<sup>2</sup> - د/أبوبكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، المرجع السابق، ص 374.

<sup>3</sup> - نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية العدد الخامس والثلاثون نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 السنة الثالثة، ص 09.



يمر تنفيذ مشروعات البنية الأساسية الممولة بنظام BOT بثلاثة مراحل زمنية أساسية، ويقتضى إتمام وتنفيذ كل مرحلة من المراحل السابقة القيام بمجموعة من الأعمال والتصرفات القانونية التي تتضمن عدداً مختلفاً من الأطراف.

### أولاً: الإجراءات السابقة على إبرام عقد البوت (B.O.T)

هناك مجموعة من الإجراءات الفعالة والمهمة التي تسبق إبرام العقد ولا بد منها. وهي تحديد المشروع ودراسة الجدوى الاقتصادية منه كالآتي :

#### أ/تحديد المشروع :

تقوم الحكومة بتحديد المجالات التي يمكن فيها منح الامتياز وفقاً لنظام البوت لإقامة وتشغيل المرافق العامة والمشروعات الضخمة. وهذه المرحلة من أهم المراحل المؤثرة في نجاح المشروع على جذب المستثمرين ومدى حاجة المواطنين له ويراعى في تحديد المشروع توافر عنصرين أساسيين لا بد من توفرهما وهي :

**العنصر الأول:** وهو مكان المشروع وما يتوفر فيه من موارد وإمكانيات ظاهرية ومستقبلية يمكن إحداثها بالمستقبل.

**العنصر الثاني :** وهو الزمن الذي ستستغرقه عملية إقامة المشروع ومدة العقد التي من خلالها يحصل على العائد. ويراعى فيها أن تكون كافية لتسديد التكاليف وتحقيق أرباح مناسبة.<sup>1</sup>

#### ب/دراسة الجدوى الاقتصادية:<sup>2</sup>

ويقتضي بعد تحديد العناصر التي تكون المشروع ومدى الحاجة إليها، إجراء دراسة جدوى اقتصادية لها تحدد الحاجات الأساسية للمشروع وتقدر نقاط القوة والضعف العائدة لتمويل المشروع على اعتبار أنه أساس وجوه عقد ال B.O.T .

<sup>1</sup> - نورا كاظم عواد، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، بحث مقدم كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون، جامعة القادسية، جمهورية العراق، السنة الجامعية 2017، ص 15-16.

<sup>2</sup> -دراسة جدوى المشروع : تعرف بأنها (مجموعة من الأسس العلمية المستمدة عن علوم الاقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات التي تستخدم في تجميع البيانات والمعلومات ودراستها وتحليلها في ضوء محيط ما، بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية تنفيذ المشروع، وذلك من عدة جوانب قانونية مالية، تسويقية، اجتماعية وبيئية). لمزيد من التفصيل أنظر : د/ستار جبار البدري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة )، المرجع السابق، ص 163-164.

ولا يمكن للدولة أو الشخص العام المعني وضع الإطار العملي لعملية اختيار المتعاقد مع الإدارة من دون دراسة الجدوى الاقتصادية، لأنه يقتضي أن تستجمع الهيئة التي تتولى عملية التلزم جميع أهداف المشروع بصورة تجعل الدولة في موقع قوة إزاء الشركة التي سيجري اختيارها لتنفيذ عقد ال B.O.T

دراسة الجدوى تأثير كبير على الطريقة التي ستعتمدها الدولة باختيار الهيئة الخاصة، وعلى مضمون دفتر الشروط الذي سيجري التلزم على أساسه، وعلى معايير المفاضلة التي تعتمد في عمليات التلزم لاختيار الهيئة الخاصة التي تتوفر لديها الخبرة والإمكانات المادية والفنية لإنجاز المشروع.<sup>1</sup>

تمر الدراسة الجدوى بالمراحل التالية :

-تحديد المشروع والغرض منه، والفوائد المترتبة على تنفيذه وأثره على المنطقة، التوسعات المستقبلية واختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعة وتحديد درجة ملائمة المرافق ومشروعات البنية الأساسية لنشاط المشروع وتشغيله .

-اختيار الموقع المناسب للمشروع فيما يعود بالفائدة المباشرة على المنتفعين وعلى الشركة صاحبة المشروع، وبيان عوامل الإنتاج المختلفة التي تمثل مجموع المدخلات في المشروع.<sup>2</sup>

-وصف تفصيلي لموقع المشروع يوضح توفر العوامل الرئيسية المطلوبة.

-التصميم الأولي للمشروع الذي يظهر إمكانية التنفيذ بسهولة ويسر، مشتملا على التكاليف المناسبة للمشروع.

-دراسة الجدوى الاقتصادية و المالية للمشروع، متضمنة دراسة دقيقة للمتغيرات الأساسية المؤثرة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د / مروان مكي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 329-330.

<sup>2</sup> - شماشمة هاجر، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2013/2014، ص 67.

<sup>3</sup> - د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 163-

## ثانيا : مرحلة طرح المشروع للتعاقد

عقد البوت يفتقر إلى نظام قانوني خاص به يبين كيفية طرح المشروع للتعاقد، لكن طالما اعتبر من العقود الإدارية فإنه يسري عليه ما يسري على إبرام العقود الإدارية فتسري عليه القواعد الخاصة بالمناقصات التي يتم فيها اختيار المتعاقد وطرح المشروع للتعاقد وعلى الإدارة إتباع هذه القواعد فهي ليست حرة في اختيار المتعاقد معها.<sup>1</sup>

## أ/القواعد والإجراءات الخاصة في اختيار المتعاقد (مرحلة اختيار الملزم "شركة المشروع")

الأصل أن الإدارة تلتزم في اختيار المتعاقد معها بإتباع إجراءات محددة تنص عليها قوانين المناقصات والمزايدات الخاصة بالعقود الإدارية، وهذا ما أخذت به الكثير من الدول في قوانينها ومنها العراق بموجب القانون رقم 132 لسنة 1986 الخاص ببيع وإيجار أموال الدولة، وقانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004<sup>2</sup> والتعليمات رقم (1) لسنة 2007. إلا أنه واستثناء من هذا الأصل فإن عقود التزم المرافق العامة لا تخضع للقوانين الخاصة بإبرام العقود الإدارية، بل تتمتع الإدارة وهي بصدد إبرام هذا النوع من العقود ومن بينها عقود البوت بحرية واسعة في اختيار المتعاقد معها والذي سيعهد إليه بمهمة إدارة المرفق العام نيابة عن الإدارة مما يقتضي توافر ثقة شخصية عالية في مقدرة الملزم على تنفيذ المهام الموكولة له بمقتضى العقد وبالأخص الثقة في الجانب المالي والفني.

وقد تبنى هذا الموقف قانون العقود العامة العراقي المشار إليه إذ أنه عندما حدد المشرع نطاق تطبيق القانون لم ينص على عقد امتياز المرافق العامة إلا أن عدم خضوع عقود البوت للإجراءات الخاصة بإبرام العقود الإدارية لا يحول دون الأخذ بها على الدوام طالما كانت محققة للمصلحة العامة. وسواء تم اختيار المتعاقد في عقود البوت على وفق أحكام قانون المناقصات والمزايدات، أو بطريقة أخرى فإن عملية الاختيار لمشروعات البنية الأساسية التي تتم بصيغة البوت تتم بطريقة معقدة في الغالب، وتحتاج لوقت طويل، وترتب على الراغبين بالتعاقد تكاليف كثيرة. ولغرض تخفيض هذه التكاليف يجب مراعاة بأن تكون الوثائق الخاص بالمشروع واضحة ومتضمنة لكافة التفاصيل،

<sup>1</sup> - أ/م/د عارف صالح مخلف - أ/م/د علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> - في العراق: نص قانون 87 لسنة 2004 المتعلق بالعقود العامة 2004 على (تطرح التعهدات العامة الحكومية على أسس تنافسية وبأقصى حد ممكن وقبل طرح التعهدات العامة لغرض التنافس..... إن تبين تحريرا ثمن التعهدات المقدمة كي تكون نزهة ومعقولة.) نقلا عن - أ/م/د عارف صالح مخلف وأ/م/د علاء حسين علي، دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، المرجع نفسه، ص 19.

لذلك وجد في الكثير من الدول أنه من المفيد تزويد الأشخاص الراغبين بالتعاقد بنموذج للعقد الذي في النية إبرامه بغية اطلاع المتقدمين للتعاقد على الالتزامات التي ستتوتب عليهم بموجب العقد، علما أن وجود تشريعات خاصة في الاستثمار وخصوصا في مجال البيئة الأساسية. ويعد من العناصر الجوهرية التي تساهم في جذب الراغبين والمهتمين بالتعاقد من جهة وفي تسريع وتسهيل عملية الاختيار والتعاقد مع المتعاقد الأفضل كفاءة.<sup>1</sup>

#### ب/ إجراءات طرح المشروع للتعاقد :

بعد الانتهاء من تحديد المشروع ودراسة الجدوى، وقبل إبرام العقد تقوم الإدارة بطرح المشروع للتعاقد متبعة في ذلك الإجراءات المنصوص عليها في قانون البوت للدولة.<sup>2</sup> إذ تسري على عملية طرح المشروع للتعاقد القواعد الخاصة بالمناقصات والتي تعدد أساليبها. فقد تكون مناقصات عامة أو محدودة، وقد تكون بمرحلة واحدة، أو بمرحلتين، أو تكون عن طريق العطاء المباشر أو العطاء الواحد، على أن ذلك يتطلب :

- تحديد وثائق المناقصة.

- الإعلان عن المناقصة.

- تقديم العطاء من قبل الشركات في المواعيد والإجراءات التي حددتها جهة الإدارة.

- البت في العطاء ويكون وفق معايير التقييم التي أعلنت عنها جهة الإدارة من كراس الشروط ويدخل في تقييم العطاءات مدى قدرة مقدم العطاء على التمويل اللازم والمؤسسات المالية الداعمة له.

بيد أنه أجاز للإدارة عندما يستلزم تنفيذ المشروع طابع السرية أن تتعاقد دون التزام المنافسة والعلانية لأن المصلحة العامة تقتضي ذلك. كما أنه يجوز لمقدم العطاء التحفظ على أحد شروط العطاء المعلنة وقد تكون هذه التحفظات مالية كتلك المتعلقة بالأداء المالي، أو تكون غير مالية كتلك المتعلقة بسريان العقد ويشترط حتى يكون التحفظ صحيحا أن لا يؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، المرجع السابق، ص 375-376..

<sup>2</sup> - شماشمة هاجر، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup> - أ/م/د عارف صالح مخلف - أ/م/د علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، المرجع السابق، ص 18-19.

## 1- مرحلة المفاوضات :

التفاوض هو تبادل للاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية، بل والاستشارات القانونية بين أطراف التفوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصالحه وتعرفه على ماسبق على الاتفاق من حقوق والتزامات، وإذا كانت القوانين واللوائح المنظمة إجراءات المناقصة كثيرا ماتحظر إجراء مفاوضات بين السلطة المتعاقدة والمقاولين بخصوص اقتراح مقدم منهم فإن الوضع يختلف في حالة إرساء مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بها منها مشاريع البوت ذلك أن تعقدها وطول مدتها يجعلان من غير المرجح أن تتفق السلطة المتعاقدة ومقدم العرض الذي يقع عليه الاختيار على شروط مسودة اتفاق المشروع دون إجراء مفاوضات أو إدخال تعديلات ملائمة<sup>1</sup>.

فالمفاوضات تقوم بدور أساسي في مجال هذه العقود استنادا إلى فكرة الحرية التعاقدية، والتي تعني أن كل أمر قابل للتفاوض، وينتج عن ذلك أعمال قواعد قانونية مستجدة وإثراء صيغ التعاقد. وعندما تبدأ جهة الإدارة بالتفاوض مع شركة المشروع، فإنها تحدد بدقة موضوع المشروع المطلوب إنجازه وتختار إحدى الشركات للدخول معها في مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع، والتي قد تؤدي بدورها إلى إبرام العقد وفقا للشروط والنتائج التي ينتج عنها التفاوض<sup>2</sup>. ويمكن أن تجرى المفاوضات بين الحكومة وشركة المشروع من جهة وبينها وجهات أخرى كالبنوك والموردين من جهة ثانية .

## 1-1 المفاوضات مع الحكومة :

نظرا لأهمية المشروعات التي تبرم بموجب نظام البوت، فإنه يتوجب على الحكومة أن تتفاوض مع المستثمر المرتقب للتوصل إلى أفضل الشروط لإنشاء المرفق وتشغيله للجمهور، وفي الوقت نفسه يقوم المستثمرون بالاستعانة بعدد من الخبراء والمحامين للمفاوضة مع الحكومة ومناقشة بنود العقد حول مختلف عناصر المشروع التي قد تؤدي إلى إبرام العقد وفقا للشروط والنتائج التي ينتهي إليها التفاوض.

<sup>1</sup> - حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، المرجع السابق، ص 78-79.

<sup>2</sup> - د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 176-177.

## 2-1/المفاوضات مع أطراف أخرى :

يتم هذا النوع من المفاوضات مثلاً مع البنوك التي ستتولى تمويل المشروع والموردين وكذلك المقاولين، ويلجأ هؤلاء إلى التفاوض للحصول على ضمانات أو تعهدات لنقل بعض المخاطر التي تقع على عاتقهم، ويمكن أن تتعلق هذه المفاوضات ببندين هما المخاطر والتأمينات العينية.<sup>1</sup>

ومن أهم هذه المخاطر:

-المخاطر السياسية وتعد من أكثر المخاطر التي ترتبط بمشروعات البنية الأساسية لذا تلجأ البنوك إلى الحصول على تعهدات من الحكومة المتعاقدة بالامتناع عن تأميم المشروع.

-مخاطر التشييد ويلجأ المقرضون إلى إبرام عقود طويلة المدى مع الموردين للمشروع وبأسعار ثابتة لتفادي هذه المخاطر.

-مخاطر السوق وتقوم البنوك بالاطلاع على دراسة الجدوى للاطمئنان على حالة السوق المحلية والعالمية.

-المخاطر المالية تتعلق بتذبذب سعر الصرف وسعر الفائدة في الأسعار ومعدل التضخم والرسوم الجمركية.

أما التأمينات العينية : تحاول البنوك الحصول من شركة المشروع على رهن لبعض الأصول المادية وذلك لضمان وفاء الشركة بمبلغ القرض إلا أن هذه الأصول لا تكفي في كل الأحوال لرد القرض وفوائده، لذل يعول على إيرادات المشروع.<sup>2</sup>

## ج/ مرحلة صياغة وإعداد العقد :

الصياغة القانونية هي الثمرة النهائية لكل ما يجري من المفاوضات، وكثيراً ما تتم مفاوضات على أعلى مستوى، ثم يحدث خلل أو عدم دقة في الصياغة يؤدي إلى ضياع كل الجهود التي بذلت في المراحل السابقة، ولهذا لا بد من اعتبار الصياغة أهم مرحلة من مراحل العقد، فمن خلالها تتحد

<sup>1</sup> -د/ نورة سعداني، الاستثمار وفق عقد البوت، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، العدد 02 المجلد 05، تاريخ النشر: 01ديسمبر 2017، ص 194-195.

<sup>2</sup> -د/عارف صالح مخلف -أ/م/د علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، المرجع السابق، ص 20-21.

الحقوق والالتزامات، ومن خلالها أيضا يعرف أطراف العقد كيف تحسم المنازعات التي تنشأ عن العقد.

والصياغة هي أداة يجري بمقتضاها نقل التفكير، والتعبير عنه بما يقيم تواسلا بين طرفي الرابطة العقدية عن حقيقة المعنى المراد التعبير عنه.

فإذا ما أفرغت الصياغة وفقا الأصول والقواعد القانونية تتضاءل كثيرا احتمال نشوء منازعات بين الطرفين ذلك بحرص رجال الأعمال والمستثمرين على تجنب سلوك طريق التقاضي، ولهذا يكون للقائم بأعمال الصياغة القانونية دور فعال ومؤثر من خلال التعرف والتنبؤ بنقاط الخلاف ومعالجتها في البداية .

والصياغة الدقيقة تقتضي تحديدا منضبطا ودقيقا للمصطلحات المستخدمة في العقد، مثل البطلان والانعدام، والفسخ، والانفساخ، والاسترداد، وإسقاط الالتزام، فهي وإن كانت تشير كلها إلى نهاية العقد إلا أن كل واحد من هذه المصطلحات يحمل معنى يختلف عن معاني المصطلحات الأخرى، وتترتب عليه آثار مغايرة لما يترتب على المصطلحات الأخرى من آثار.<sup>1</sup>

### ثالثا: مرحلة تنفيذ عقود البوت (B.O.T)

إن تنفيذ عقود البوت يشمل على ثلاث مراحل، المرحلة الأولى هي البناء والتشييد للمرفق، والمرحلة الثانية تشغيل المرفق، والمرحلة الأخيرة هي نقل المرفق وتسليمه للدولة وسنستعرض هذه المراحل فيما يلي :

#### أ/مرحلة البناء والتشييد للمرفق :

مرحلة البناء والتشييد هي المرحلة الأولى من مراحل تنفيذ عقود البوت، وتبدأ بعد إبرام العقد بصورة نهائية وتستغرق هذه المرحلة الجزء الأكبر من تكاليف الاستثمار في المشروع في وقت لا يدرفيه مشروع المرفق أي دخل بعد، ولذلك تعد المرحلة الأهم والأخطر بالنسبة للمشروع حيث أن السلامة المالية للمشروع تكون معلقة إلى حد كبير على تحقق النجاح في مرحلة البناء والتشييد.<sup>2</sup>

فتقوم الشركة التي أخذت على عاتقها تنفيذ المشروع بالتالي :

<sup>1</sup> -د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ( دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 182-

183.

<sup>2</sup> -د/أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، المرجع السابق، ص 376-377..

-البحث عن موارد لتمويل المشروع من خلال توقيع إتفاقات القروض مع البنوك أو دولية .

إبرام مجموعة من العقود المرتبطة والمتكاملة منها :

-عقود مع المقاولين لإقامة منشآت المشروع .

-عقود مع الموردين لتوريد المواد الخام والتجهيزات اللازمة للمشروع .

-عقود نقل التكنولوجيا .

-اتفاقات التأمين وإعادة التأمين للتأمين على المشروع في مختلف مراحلها ضد المخاطر المحتملة،

إتفاقات التشغيل والصيانة لتشغيل المشروع وصيانتته<sup>1</sup>.

بعد ذلك تأتي مرحلة التنفيذ الفعلي حيث يتم فيها :

-قيام المقاولين والموردين بتنفيذ التزاماتهم وإقامة وحدات المشروع وتركيب معدات وآلاته

وإعداده للاستغلال التجاري، ويتم إجراء بعض الاختبارات على المشروع للتحقق من دقة التنفيذ

ومراعاة المواصفات المطلوبة .

-تقوم شركة المشروع باستلام المشروع من القائمين على تنفيذه .

-من حق الدولة أو الحكومة أن تتابع عن طريق ممثليها تنفيذ المشروع مع القائمين على تنفيذه

وفقا للمواصفات المتفق عليها عن طريق ممثليها في لجان الاستلام<sup>2</sup>.

ب/مرحلة التشغيل والصيانة :

تشكل هذه المرحلة جوهر نظام البوت بالنسبة لشركة المشروع، لأن هذا التشغيل هو الذي

يؤمن لها استرداد ما أنفقته وتحقيق الربح الذي خططت له، ومرحلة التشغيل تعد المرحلة الأطول من

عمر عقد البوت<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د/يوسف محمود، د/عدنان العريبي، أ/رامي كاسل لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T. المرجع السابق، ص 183.

<sup>2</sup> /بوزيد بورنان، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) كألية لتمويل مشاريع البنية التحتية، مجلة الاقتصاد والتنمية البشرية، جامعة البليدة 02 علي لونيبي، العدد 01. المجلد 08، تاريخ النشر 30 جوان 2017، ص 230.

<sup>3</sup> -/ مانع صبرينة، د/بن منصور ليليا، إسهامات الشراكة العمومية وفق نظام البوت BOT في تمويل وتنفيذ مشروعات البنية التحتية: في ظل تحقيق الموازنة المثلى بين المزايا والمخاطر المحتملة، مجلة الباحث الاقتصادي، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد 07، تاريخ النشر: 29 جوان 2017، ص 169.



ففي هذه المرحلة يتم القيام بأعمال الصيانة لمختلف عناصر المشروع حيث يتم تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا وتدريب العمال على وسائل التقنية الحديثة .

كما يحق للدولة مانحة الامتياز متابعة المشروع في هذه المرحلة لتتأكد من جدية شركة المشروع في تنفيذ اتفاقات نقل التكنولوجيا وتدريب العمالة المحلية على استخدامها كما تتأكد أيضا من حسن تشغيل المشروع وصيانتته.<sup>1</sup>

### ج/مرحلة نقل الملكية :

مرحلة نقل الملكية هي المرحلة الأخيرة من مراحل عقد البوت، تبدأ فور انتهاء مدة العقد، إذ تلتزم شركة المشروع بنقل المرفق إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة، وتحصر عدد من القوانين على النص وبشكل تفصيلي على الأحكام الخاصة بنقل المرفق إلى الجهة الإدارية، في حين تترك قوانين أخرى هذه المسألة إلى العقد المبرم بين الحكومة وشركة المشروع ليتولى تنظيمها.

وتحصر الحكومات على تضمين عقود البوت نصوصا بانتقال جميع أموال المرفق العقارية والمنقولة إلى الجهة الإدارية، وكذلك إجراءات نقل المرفق وعلى تدريب العاملين على تشغيل المرفق ونقل التكنولوجيا وصيانة المرفق فترة محددة بعد انتهاء مدة العقد من قبل شركة المشروع. والقاعدة لأن ينتقل المرفق إلى الجهة الإدارية بدون مقابل إلى أن هنا لا يحول من مصادقة حالات تحصل فيها شركة المشروع على تعويض عادل أو رمزي.

ونذكر أخيرا في هذا الصدد أنه بانتهاء<sup>2</sup> عقد البوت تكون الحكومة ممثلة بالجهة الإدارية المتعاقدة أمام عدد من الخيارات. فإما أن تقوم بتشغيل المرفق بنفسها، أو تقوم باختيار شركة جديدة لتقوم بتشغيله، أو قد ترى الحكومة تجديد العقد لمدة أخرى شركة المشروع نفسها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/يوسف محمود، د/عدنان العريبي، أ/رامي كاسل لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، المرجع السابق، ص 183.

<sup>2</sup> - نهاية عقود البوت: تنتهي عقود البوت (BOT) شأنها شأن كل العقود الإدارية إما نهاية طبيعية بتنفيذ الالتزام موضوع العقد، وإما أن تنتهي نهاية غير طبيعية مبسرة.

النهاية الطبيعية: باعتبار عقد التزام المرافق العام بنظام (BOT) من طائفة العقود الزمنية والتي تنتهي بانتهاء المدة التي يحددها العقد، ملم يتفق الطرفان على تجديد العقد وعادة ما ينص العقد على هذه المدة.

النهاية الغير الطبيعية: تتمثل في الفسخ الاتفاقي أو الاسترداد التعاقدي، الفسخ القانوني، الاسترداد القانوني..لمزيد من التفصيل ينظر: أسامة مدلول خريص أبو هلبية المطيري، خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، المرجع السابق، ص 124 و مايلها.

<sup>3</sup> - د/أبوبكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، المرجع السابق، ص 380.

## الفرع الثاني

## بعض التطبيقات لعقود البوت (B.O.T)

## (تجارب دولية)

لقد زاد الوجة العالمي في تطبيق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية –BOT- لإقامة البنية التحتية في الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، على هذا سنحاول التطرق إلى بعض التجارب الدولية الأجنبية والعربية على حد سواء.<sup>1</sup>

## أولا: التجارب العربية لتطبيق نظام البوت (B.O.T)

سننتظر بالدراسة للتجارب العربية لتطبيق نظام البوت (B.O.T) فعلى سبيل المثال عرض نماذج لتجربة الجمهورية الجزائرية وتجربة جمهورية مصر العربية والجمهورية اللبنانية والتجربة السودانية.

## أ/ تجربة الجمهورية الجزائرية :

الجزائر وفي إطار تنفيذ السياسة العامة للمياه افترض البرنامج الطارئ للحكومة المقرر في نهاية سنة 2002 إنجاز 21 وحدة صغيرة للتحلية بسعة 2500 م<sup>3</sup> لكل وحدة، بطاقة إجمالية قدرها 57000 م<sup>3</sup> من الماء يوميا بتكلفة 80 مليون دولار ممول من ميزانية الدولة التي منحت احتكار التدخل في مجال إنجاز المصانع مصانع تحلية مياه البحر لمعاملين إثنين :

المؤسسة العمومية للجزائرية للمياه والتي تعمل لحساب وزارة الموارد المائية، وشركة المساهمة الجزائرية للطاقة AEC التي تتقاسم أسهمها مع كل من سونطراك وسونلغاز، وقد توصلتا لإبرام عقود شراكة مع شركات أجنبية متخصصة في هذا المجال بصيغة BOO أو BOOT من بينها :

-إبرام الجزائرية للمياه تحت وصاية وزارة الموارد المائية عن طريق مناقصة إبرام عقد بصيغة

BOT مع الشركة الأمريكية الإسبانية LEMNA / BARNAINYES لإنجاز مصنع بسعة 100000 م<sup>3</sup>

بوهران.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أ/ محمد صلاح، السياسات العمومية الحديثة لبناء وتحديث البنية التحتية –مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)

نموذجا، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية جامعة المسيلة العدد 12، المجلد 07، تاريخ النشر 15/12/2014، ص 141.

<sup>2</sup> - بولقواس سناء، الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة –عقود البوت نموذجا، المرجع السابق، ص 41.

- إبرام شركة كهرباء سكيكدة وشركة كهرباء حجر النوس "تيبازة"، التابعة لشركات عمومية وهي سونطراك وسونلغاز والوكالة الجزائرية للطاقة "AEC" عقدا مع مجموعة SNC بقيمة 600 مليون دولار، لتصميم وإنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء لمدة 12 سنة، مع إمكانية تحديد العقد لنفس المدة.<sup>1</sup>

بالإضافة إلى إبرام الجزائرية للطاقة AEC عقدا بصيغة BOO مع الشركة الأمريكية Black and Veatch والتي انبثق عنها مؤسسة جديدة هي كهرماء KAHRAMA تتدخل في مجال الكهرباء والماء وهي مخولة لإنجاز مصنع أرزيو بسعة 40000 م<sup>3</sup> يوميا.

- تم إبرام عقد بين AEC/ ADE والشركة الأمريكية IONICS لإنجاز مصنع الحامة الجزائرية بسعة قدرها 150000 م<sup>3</sup> يوم للمليون و500000 ساكن والذي قدرت تكلفته ب 210 مليون دولار، ولقد تم التعاقد في شكل BOO تساهم فيه AEC/ ADE ب 30% من رأس المال، و70% من طرف IONICS وانجاز المصنع واستغلاله يكون من قبل المستثمر الذي يكون مالكا له لمدة 24 سنة ولا تكون الدولة ضامنة للمشروع.<sup>2</sup>

كما أنه وفي ظل مشروع "DBOOT" لمحطة تحلية مياه البحر بتيبازة، وقعت كل من SONATRACH والجزائرية للمياه ADE على عقد لشراء الخدمة "TAK or Pay" مع شركة المشروع لشراء كامل المياه المنتجة طوال الفترة التعاقدية الممتدة 25 سنة.<sup>3</sup>

كما أخذت الجزائر بعقود البوت في إنجاز الطريق السيار (شرق - غرب) الذي ربط طرقا لمجموعة شركات صينية ويابانية، وبناء على هذا العقد قامت الشركة صاحبة الامتياز بمقتضى الاتفاقية بالبناء والاستغلال والصيانة حسب الحالة للطريق السريع أو مقطع منه، وهنا تقوم هذه الأخيرة بتنفيذ جميع الدراسات والإجراءات والأشغال والأعباء المالية المرتبطة بالامتياز على نفقتها وميزانيتها، بعد أن تكون الدولة سلمتها الأراضي المكتسبة والمنشآت الكبرى التي أنجزتها.

وقد أكد المشرع الجزائري دائما على أن الشركة صاحبة الامتياز تلتزم بتمويل جميع العمليات المحددة في الاتفاقية ودفتر الشروط. لقد تم تقديم 15 عرضا من قبل 5 مجموعات دولية قامت اللجنة المكلفة بدراية العروض، وأخذت لجنة التقييم في الاعتبار الخبرة المتوافرة في مقدمي العروض

<sup>1</sup> - شمشمة هاجر، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، المرجع السابق، ص 28-29.

<sup>2</sup> - بولقواس سناء، الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة - عقود البوت نموذجاً، المرجع السابق، ص 41.

<sup>3</sup> - حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، المرجع السابق، ص 46.

في إنجاز الأشغال الكبرى لاسيما فيما يتعلق بالطرق السيارة، وبناء على نتائج تقييم العروض تم تسليم الصفقة للمجموعات اليابانية (كوجال) والصينية (سيتيك، سي إرسى) على أن تقوم الشركة الأولى والمتكونة من 6 شركات بإنجاز 399 كلم المكونة للجزء الشرقي للبلاد بمبلغ إجمالي يفوق 376 مليار دينار وتم إسناد مهمة إنجاز منطقة الوسط والغرب للمجموعة الصينية على أن تقوم الشركة الأولى بإنجاز 169 كلم وتقوم الشركة الثانية بإنجاز 359 كلم بكلفة تبلغ 451 مليار دينار.<sup>1</sup>

ب/ تجربة جمهورية مصر العربية :

قد رأى الدكتور إبراهيم الشهاوي أن مصر تعد من أوائل الدول التي عرفت واستخدمت نظام البوت (BOT)، وأن هذا النظام يرجع جذوره إلى مشروع قناة السويس في حين وصفه بعض الباحثين في الولايات المتحدة الأمريكية أنه أول مشروع (BOT) في العالم.<sup>2</sup>

فحسبه الامتياز منحة من الحاكم : كان الحاكم في هذه المرحلة يدين بمقولة لويس الرابع عشر في فرنسا : " أن الدولة والدولة وأنا Moi est l'état l'état est Moi " فقد كانت الذمة المالية للدولة مختلطة، للذمة المالية للحاكم وكانت إرادته نافذة لا قيد عليها. فهو القاضي والجلاد والجميع يعتمرون بأمره، ولا يستطيع أحد أن يخاف مشيئته ويعد امتياز قناة السويس أبرز صورة لذلك وفقا مايلي :

- عقدي امتياز قناة السويس :

العقد الأول : أبرم في 30 نوفمبر سنة 1854 وكان ذلك بداية المتاعب المالية والتدخل الأجنبي (الأوربي) المخرب في شؤون البلاد، حين منح سعيد باشا صديقه مسيو ديليبس امتياز حفر قناة السويس.

العقد الثاني : أبرم في 6 يناير 1856، وبمقتضاة شركة قناة السويس البحرية صاحبة امتياز استغلال مرور السفن في قناة السويس، لمدة 99 عاما، وقد تضمن العقد امتيازات خفيفة منحها سعيد باشا لصديقه مسيو ديليبس بأن : " تمنح الحكومة المصرية إلى شركة الامتياز إمكانية استخراج جميع المواد اللازمة لأعمال البناء والصيانة من المناجم والمحاجردون أن تدفع عنها أية رسوم أو ضرائب أو تعويضات."

<sup>1</sup> - بولقواس سناء، الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة - عقود البوت نموذجا، المرجع السابق، ص 45-46.

<sup>2</sup> - حنان أحمد ضياء، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء - التشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 03.

كما تعفى الشركة من جميع الرسوم الجمركية المفروضة على الآلات أو المواد التي تستقدمها الشركة من الخارج خلال فترة الإنشاء أو الاستغلال.<sup>1</sup>

وكانت أرباح المشروع تقسم بنسبة 15% للحكومة المصرية و10% لأصحاب الفكرة و75% لشركة قناة السويس. وجاءت باقي نصوص العقد، الذي حددته مدته ب 99 سنة، لتؤكد على التزام الحكومة المصرية بأن تقدم 80% من العمال المستخدمين في أعمال الحفر اليدوي بنظام السخرة.

وأعقب مشروع قناة السويس العديد من المشروعات لإبرام عقود ال (BOT)، ومنها مشروع الحكومة المصرية بمنح المهندس Corrdier امتيازاً لتوريد المياه النقية إلى مدينة الإسكندرية ولمدة 25 عاماً. وفي العام 1865 منحت الحكومة المصرية البلجيكي شارل ليون امتياز الغاز في القاهرة والإسكندرية.

أيضاً منحت الحكومة المصرية رجل الأعمال الفرنسي Manury امتياز الغاز في مدينة بورسعيد.<sup>2</sup>

بالإضافة إلى مشروع إنشاء مطارين دوليين لمنطقة مرسى<sup>3</sup> والعلمين<sup>4</sup>، بالإضافة لمشروعات مختلفة في مجال الطاقة منها إنشاء " محطة بنظام – BOT – في الجزء الجنوبي في منطقة شمال غرب خليج السويس بقدرة 240×2 ميغاوات وبدأت التشغيل التجريبي في 18/8/2002.<sup>5</sup>

ما أن المدن الكبرى مثل القاهرة والجيزة والإسكندرية والتي تواجه الكثير من المشكلات نتيجة لتركز السكان بهم أخذت فكرة مشروعات B.O.T وبدأت في تنفيذها لحل بعض مشكلاتها. فمثلاً إن

<sup>1</sup> - إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، 41-42.

<sup>2</sup> - حنان أحمد ضياء، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء - التشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 04-03

<sup>3</sup> - قرار مجلس الوزراء رقم 1 لسنة 1998 بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام ال (BOT)، شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصرية"، وقد تم منحه بعقد محرر وموقع عليه بمقر مجلس الوزراء بالقاهرة يوم الأحد الموافق 1998/2/8. لمزيد من التفصيل والتوضيح ينظر: نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال (B.O.T) دراسة تأصيلية - تطبيقية - مقارنة، المرجع السابق، ص 326-327.

<sup>4</sup> - مطار العلمين على مساحة 64 كم ويقع على بعد 10 كم جنوب مدينة العلمين وقد تم التعاقد بين الهيئة والشركة الدولية للمطارات، وينفذ على ثلاث مراحل لمزيد من التوضيح والتفصيل ينظر: د/كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 297-298.

<sup>5</sup> - أ/ محمد صالح، أ/د البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية (تجارب دولية وعربية مختارة)، المرجع السابق، ص 198.

محافظة الجيزة هي الأولى التي بدأت بهذا البرنامج وطرحت عقداً لبناء موقف سيارات بنظام B.O.T وتبعها محافظة القاهرة.<sup>1</sup>

### ج/ تجربة الجمهورية اللبنانية :

نعرض هذه التجربة لبعض المجالات التي رأى المشرع اللبناني أنها من الأهمية بحيث تحظى بتنظيم خاص يسمح باستخدام هذا النوع من العقود باهظ التكلفة شديد المخاطر.

من أهم هذه النماذج ما نص عليه القانون رقم 218 في 13/5/1993<sup>2</sup> من أن لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إجراء عروض عالمية بهدف تحقيق مشروع الهاتف الخليوي مع اعتماد مبدأ التمويل الذاتي، على أساس كراسة شروط خاصة توضح لهذا الهدف وتحدد فيها الشروط الفنية والإدارية والمالية.<sup>3</sup>

بمقتضى نظام البوت B.O.T تعهد الإدارة إلى أحد أشخاص القانون الخاص لبناء مشروع عام على حسابه ومسؤوليته، فيديره ويتقاضى لقاء قيامه بهذه المهمة رسوماً من المنتفعين، على أن يعيد المشروع العام بكامل تجهيزاته بعد فترة معينة طويلة نسبية إلى الإدارة.

إن عقود البوت B.O.T هي من العقود القديمة التي أخذت بعداً جديداً في ميادين الاستثمار خاصة في بناء البنى التحتية والاعمار. لقد اعتمدت الدولة اللبنانية طريقة الاستثمار هذه لتمويل بعض المشاريع الكبرى في إطار إعادة الاعمار في كلفة تقدر بحوالي 30 مليار دولار أمريكي.

إن الخاصية الرئيسية لعملية تحويل المشاريع وفق طريقة الـ B.O.T والتي تميزها عن قاعدة التمويل التقليدية، هو ارتكاز هذه العملية على المردود الناتج عن تشغيل مشروع معين لأجل استرداد

<sup>1</sup> - محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الـ (B.O.T) مع التعرض لتجارب عربية. على الموقع الإلكتروني :

[www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed\\_Yossef/Research\\_Other/PDF/009.pdf](http://www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed_Yossef/Research_Other/PDF/009.pdf)

اطلع عليه : 2018/12/23 على الساعة 2:56

<sup>2</sup> - لمزيد من التوضيح والتفصيل أنظر : قانون رقم 218 - صادر في 13/5/1993 الإجازة لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إجراء استدرج عروض عالي لتحقيق مشروع النظام الراديو خليوي الرقمي معيار ج. أس. أم أو ما يعادله، مجلس النواب الجمهورية اللبنانية على الموقع الإلكتروني :

<https://www.lp.gov.lb/Resources/Files/803921f4-f553-4196-a3ef-3d402c306b2a.doc>

اطلع عليه : 2018/12/23 على الساعة 2:15

<sup>3</sup> - د/كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 275

نفقات التوظيف، وتسديد الديون المقترضة لتمويل هذه المشاريع. يبدو أن هذه الخاصية لم تحترم في عقود الB.O.T الموقعة مع شركتي الخليوي وفقا للقانون رقم 93/218.

تم توقيع عقد الB.O.T في الشهر الثامن من عام 1994، وكان للمشاركين 6 أشهر لإنجاز الشبكة وإعلام الوزارة بجهوزيتها لاستقبال المشتركين، لكن الذي حصل أن الشركتين قد قامتا بدعوة الجمهور إلى الاشتراك ودفع البدلات في فترة التجهيز بالذات، فحصلتا على ملايين الدولارات قبل تركيب الشبكة. (فقد كان استثمار إحداهما حتى شباط 95 يوازي 11.0000 خط، أما الثانية فقد وصل استثمارها إلى 23.000 خط).<sup>1</sup>

وهناك تطبيقات عديدة لنظام البوت تمت في لبنان منها إقرار مجلس الوزراء اللبناني في عام 1995 م لملخص النظام التعاقدية وعقد تنفيذ أو استرداد (طريق سريع) الحدث - الحدود السورية لينفذ وفقاً لنظام "البوت". ويمكن تلخيص المشكلات التي واجهت تطبيق نظام البوت في لبنان في غياب التشريع القانوني المنظم لمثل هذه التعاقدات، واتفاقات بعد التعاقدات للشفافية مما خلق رأي عام مضاد لهذه التعاقدات.<sup>2</sup>

وفي الفترة نفسها تتالى اعتماد هذا الأسلوب في تجهيز المرافق العامة وتطويرها، فمنحت الحكومة اللبنانية شركة ماباس الألمانية امتياز تجهيز مغارة جعيتا<sup>3</sup> وتأهيلها طبقاً لنظام الBOT، وعقد مشابه في البريد LIBAN POST، ثم شركة سودتيل لإنشاء الأكشاك الهاتفية المخصصة للعامة، وبالتعاقد مع شركة الخرافي الكويتية لبناء وإدارة واستثمار مرآب مطار بيروت الدولي، وعقد مع شركة أبيلا لإعادة تشغيل كازينو لبنان، ومستودع تخزين الوقود في مطار بيروت الدولي، والمناطق التجارية الحرة في مطار بيروت الدولي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د/ وليد حيدر جابر،، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، المرجع السابق، ص 128-129.

<sup>2</sup> - محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات ال (B.O.T) مع التعرض لتجارب عربية المرجع السابق. على الموقع الإلكتروني :

[www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed\\_Yossef/Research\\_Other/PDF/009.pdf](http://www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed_Yossef/Research_Other/PDF/009.pdf)

اطلع عليه : 2018/12/23 على الساعة 2:56

<sup>3</sup> - ينظر القرار 93/186 الذي منح بموجبه وزير السياحة الأسبق نقولا فتوش امتيازاً بالتراضي لشركة ماباس لاستثمار مرفق جعيتا السياحي. النص الكامل على الموقع :

[www.legallaw.ul.edu.lb/RulingFile.aspx?RuliID=72307&type=list](http://www.legallaw.ul.edu.lb/RulingFile.aspx?RuliID=72307&type=list) اطلع عليه : 2018/12/23 على الساعة 2:56

<sup>4</sup> - حنان أحمد ضيا، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء - التشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 07-06.

إن عقد البوت لا يمكن اعتباره من أساليب الخصخصة إلا إذا طبق على مشاريع جديدة تعتمز الدولة قيامها لكونها تفتقر إلى الموارد المالية اللازمة وينتج عنها مرفق عام كما هو الحال مع شركة الخليوي، اللتان أنشأتا مرفق الهاتف الخليوي وكذلك السوق الحرة والفندق في مطار بيروت و كارج المطار، وأيضا إذا تناول مرافق ومشاريع عامة موجودة مسبقا كما هو الحال في مغارة جعيتا، وكازينو لبنان.

إن ال B.O.T وانطلاقا من العناصر الثلاثة التي يركز عليها (بناء - تشغيل - تحويل ) ما هو إلا امتيازاً لأشغال عامة، وهذا مع أقره الاجتهاد الإداري اللبناني والأشغال العامة كما سبق البيان لا تنشئ بالضرورة مرفقا عاما إلا إذا أتت في سياق مهمة مرفقية، أو كانت ضرورية لقيام المرفق العام. وعليه فإن ال B.O.T إذا لم يتلائم مع امتياز لمرفق عام فهو لا يعد وسيلة من وسائل الخصخصة لأن الأخيرة وبحسب تبني المشرع اللبناني لها. لا تتناول سوى مشاريع ومرافق عامة موجودة مسبقا، أو كأداة لإنشاء هذه المشاريع أو المرافق العامة.

من مزايا هذا الأسلوب أنه يوفر على الدولة نفقات لاطاقة لها بها، وهي تستعيد في نهاية مدة الاستثمار هذه المشاريع. أما سلبياته فتكمن في قيام الشركات الخاصة صاحبة الاستثمار بتخفيض نفقات صيانة المشروع مع اقتراب موعد التسليم، كما أن التسليم يتم ضمن ظروف ومعايير صعبة تتطلب نفقات متزايدة. من بينها موجب تدريب العاملين الفنيين والإداريين اللذين قلما يحترم، الأمر الذي يؤدي إلى الدخول مجددا في مشاكل بين الدولة والمستثمر.<sup>1</sup>

#### د/التجربة السودانية :

في السودان تم التعاقد سنة 1988 م بين الهيئة القومية للطرق والجسور وإحدى الشركات الخليجية لتنفيذ لتنفيذ طريق سريع بين مدينتي عطبرة وهيا بطول 274,4 كيلومتر بنظام (البوت)، إلا الشركة المتعاقدة لم تتمكن من تنفيذ تعهداتها، وهو نفس الفشل الذي صادف تعاقد آخر تم مع شركة خليجية أخرى لتأهيل 126 كيلومتراً من الطريق السريع الرابط بين مدينة الخرطوم العاصمة ومدينة مدني في وسط السودان، وذلك رغم الامتيازات والتسهيلات العديدة التي منحها الجهة الحكومية المناحة الامتياز للمتعاقدين. وقد عزا المختصين في وزارة المالية السودانية الفشل إلى عدة أسباب يمكن إجمالها في " غياب القوانين المنظمة للتعاقد عن طريق (البوت) في البلاد، ومعارضة الرأي العام المحلي لفكرة (البوت) نتيجة جهلهم بها، وعدم جاهزية الجهات الحكومية المتعاقدة وإعدادها

<sup>1</sup> - د/ وليد جابر طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، المرجع السابق، ص 129-130.



للدراستات المصاحبة لتنفيذ مثل هذه المشاريع.<sup>1</sup>

لقد أدت التجارب الفاشلة السابقة بالجهات الحكومية السودانية الراغبة في تنفيذ مشروعات عن طريق (البوت) للتأني والتمحيص، حيث لوحظ ذلك في المفاوضات التي جرت لاحقا بين الهيئة القومية للكهرباء مع إحدى الشركات الماليزية حيث قدمت هذه الشركة عرضها في مارس 1998 لإنشاء محطة لتوليد 250 ميجاوات ديزل في جنوب مدينة الخرطوم العاصمة، ومن ثم استمر التفاوض بين الجهة الحكومية وهذه الشركة حتى مايو 2001م (ثلاث سنوات). إذ تم التوقيع بالأحرف الأولى على اتفاقيتي (شراء الكهرباء) و(اتفاقية التنفيذ)، ومن المفترض أن يكون قد بدأ تنفيذ المحطة في 2004. بالإضافة للمشكلات والعقبات التي عدتها الدراسة التي أعدتها وزارة المالية السودانية بشأن أسباب عدم نجاح الاستثمارات المنفذة عن طريق (البوت). إذ يلاحظ أنه لا توجد شفافية كافية في الإعلان عن المشروعات المقترحة تنفيذها بنظام البوت، سواء عند طرح هذه المشاريع أو عند إبرام الاتفاقيات الخاصة بها.<sup>2</sup>

#### ثانيا: التجارب الأجنبية لتطبيق نظام البوت (B.O.T)

سنتطرق بالدراسة للتجارب الأجنبية لتطبيق نظام البوت (BOT) فعلى سبيل المثال عرض نماذج لتجربة فرنسا - بريطانيا (مشروع المناش) وتجربة الولايات المتحدة الأمريكية وأخيرا التجربة التركية.

#### أ/ تجربة فرنسا - بريطانيا (مشروع المناش):

في فرنسا عرف نظام البوت في العام 1782، حيث أعطت الحكومة الفرنسية امتيازاً إلى شركة "بيريه" لتوزيع المياه في باريس، ولعل مشروع النفق الأوروبي Euro-Tunnel<sup>3</sup> الذي يربط بين بريطانيا

<sup>1</sup> - محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات ال (B.O.T) مع التعرض لتجارب عربية. المرجع السابق على الموقع الإلكتروني :

[www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed\\_Yossef/Research\\_Other/PDF/009.pdf](http://www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed_Yossef/Research_Other/PDF/009.pdf)

اطلع عليه : 2018/12/23 على الساعة 2:56

<sup>2</sup> - أ/ محمد صالح، أ/د البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية (تجارب دولية وعربية مختارة)، المرجع السابق، ص 195-196..

<sup>3</sup> - يتمثل نفق المناش في النفق الذي يقع تحت بحر المناش بين فرنسا وبريطانيا، ويعتبر هذا المشروع من أقدم مشاريع البنية التحتية التي تم إقامتها وفق أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية الممولة من طرف القطاع الخاص من الناحية المالية والفنية شركة مشروع 'EUROTUNNEL' وهي شركة مشاركة مكونة من عشر شركات وقدرت تكاليف المشروع 19 مليار دولار أمريكي وكانت مدة الامتياز 55 سنة تنتهي حتى سنة 2042، ساهمت شركة المشروع ب 19/ وقد تحصلت على 81 / كقروض من 20 بنك، وقد تأخر إنجاز المشروع بعامين أين انطلقت به الأشغال سنة 1987 إلى 1992، ينظر: أ/ بوزيد بورنان، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) كآلية لتمويل مشاريع البنية التحتية، المرجع السابق، ص 231-232.

وفرنسا من أهم التطبيقات الحديثة لمشروعات ال BOT وقد بلغت تكلفة المشروع أكثر من ستة عشر مليار دولار، أي حوالي أكثر من ضعف التكاليف المقدرة أصلا للمشروع.<sup>1</sup>

كما أقيم على سبيل المثال الملعب الأولمبي 2000 ونص العقد على أن مدة الامتياز ثلاثين سنة.<sup>2</sup>

#### ب/ تجربة الولايات المتحدة الأمريكية:

الولايات المتحدة الأمريكية أيضا عرفت نظام BOT منذ أيام الثورة الصناعية، حيث كان القطاع الخاص يبني الطرق ويشغلها بنظام البطاقات المدفوعة. وقد بات واضحا تشجيع القطاع الخاص للاستثمار في تشييد الطرق السريعة في ظل القانون الفيدرالي الخاص بالنقل الصادر في 18 كانون الأول ديسمبر 1999، وقد تأكد هذا الاتجاه في الإجراءات التشجيعية لنظام ال BOT التي تضمنها قرار الرئيس الأمريكي "بيل كلينتون" في القرار التنفيذي رقم 12893 الصادر في 28 يناير 1994.<sup>3</sup>

#### ج/ التجربة التركية :

إن نموذج الشراكة بين القطاع العام والخاص مستخدم على نحو واسع في أرجاء تركيا لمشروعات البنية التحتية والطاقة، حيث بعد تدعيم بنيتها التحتية الحديثة بمشروعات عالمية، تحصلت تركيا على ثاني ترتيب في مشاركة القطاع الخاص حسب إصدار قاعدة بيانات البنية التحتية في البنك الدولي لسنة 2015، فتأتي تركيا الثانية بعد البرازيل في الدراسة التي تناولت 139 دولة ناشئة، حيث بلغت قيمة المشروعات التركية الجديدة وعددها سبعة عشر، والتي تتضمن خصخصة مصانع الطاقة وإنشاء طرق سريعة جديدة وموانئ جديدة، استثمارات بقيمة 12.5 مليار دولار أمريكي.<sup>4</sup>

إذ منحت الحكومة التركية إحدى شركات القطاع الخاص امتياز مشروع إمداد المياه في مدينة IZMIT التركية عام 1987 بأسلوب ال BOT وقدرت تكاليفه الاستثمارية بـ 860 مليون دولار وساهمت شركة المشروع بنسبة 14/ من إجمالي تكلفة المشروع سنة 1996، وتتولى شركة المشروع بيع المياه

<sup>1</sup> حنان أحمد ضيا، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء - التشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 07-06.

<sup>2</sup> د/كمال طلبية المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 281.

<sup>3</sup> - حنان أحمد ضيا، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء - التشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 07.

<sup>4</sup> - د/سعود وسيلة، د/فرحات عباس، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إنشاء مشاريع البنية التحتية في تركيا، مجلة البشائر الإقتصادية، جامعة بشار، العدد الأول، ص 212.

للمدينة، أيضا من أهم مشاريع الجسور التي طبقت وفقا لنظام BOT الجسر المعلق في اسطنبول<sup>1</sup> والذي يربط بين جانبي المدينة الآسيوي والأوروبي.<sup>2</sup>

كما بدأت الخطوات الفعلية لإنشاء المطار في 3 أيار/ مايو 2013 حيث اشتركت خمس شركات في إنشاء وتشغيل مطار اسطنبول الجديد، الذي اصطلح على تسميته "مطار غراند اسطنبول"، وحيث ستقوم الشركات الخمسة KALYON.KOLIN.LIMAK.MAPA İNŞAAT.: CENGİZ İNŞAAT. وقد تم الاتفاق بين الحكومة التركية والشركات المستثمرة في المطار على إنشائه وتشغيله لمدة 25 عاماً منذ تاريخ افتتاحه، ثم يتم تحويل ملكية المطار للقطاع الحكومي التركي.

اعتمدت تركيا في الاتفاق مع المستثمرين نظام BOT والذي يسمى: "نظام البناء Build والتشغيل Operator ثم الإعادة Transfer"، إذ يقوم مبدأ الاستثمار هذا على تكليف شركات من القطاع الاقتصادي الخاص ببناء وتشغيل مشاريع في البنية التحتية، بشرط أن يكون التشغيل لمدة زمنية محدودة تكون مدروسة بحيث يستطيع المستثمرون استرداد رأس المال بالإضافة إلى عائد ربحي مناسب، ثم يتم بعد انقضاء مدة العقد نقل ملكية المشروع إلى الجهات الحكومية المختصة، وتنتقل بذلك وارداته بعد تاريخ النقل إلى خزينة الدولة.

لقد وقّر هذا الاستثمار في مطار غراند اسطنبول على الحكومة التركية أكثر من 26 مليار يورو "أي حوالي 30.65 مليار دولار أمريكي"، وستستفيد الدولة من واردات جانبية للمطار خلال الربع قرن القادم، وتستفيد من تأثيره على السياحة والعقارات وعموم قطاعات الاقتصاد بشكل إيجابي.

<sup>1</sup> -جسر اسطنبول أو ما يعرف بجسر البوسفور الثالث أو جسر السلطان سليم الأول: أنشئ كثالث جسر يربط بين ضفتي اسطنبول الآسيوية والأوروبية بعد جسر البوسفور وجسر السلطان محمد الفاتح، ويعد أطول جسر معلق في العالم، تم البدء بالعمل به عام 2013 وتم الانتهاء منه وافتتاحه في 26 أوت 2016، تمت الموافقة على خطط البناء للجسر الثالث من قبل وزارة النقل عام 2012، وقد تم منح رخص بناء المشروع إلى شركتي "أتش تاش" و"أستالدي"، وبدأ ببناء الجسر رسمياً في جوان 2013، يبلغ طوله 1408 أمتار فوق مضيق البوسفور، كما يضم 10 ممرات 8 منها للسيارات و2 آخرين لسكة الحديد، ويبلغ إجمالي طول الجسر 2164 متراً، وقد أتاح المشروع حوالي 6000 فرصة للعمل، كما أضافت أعمال البناء إلى الإقتصاد عوائد مالية بلغت 1.75 مليار ليرة تركية سنوياً. نقلا عن: - د/سعود وسيلة، د/فرحات عباس، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إنشاء مشاريع البنية التحتية في تركيا، المرجع نفسه، ص 213-241.

<sup>2</sup> - حنان أحمد ضياء، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء-التشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 07.

فكان تاريخ اليوم الاثنين 29 أكتوبر 2018 هو تاريخ اكتمال الاستعدادات النهائية لإطلاق المرحلة الأولى من المطار العملاق "مطار غراند اسطنبول"، وأقيم حفل كبير شهده كبار المسؤولين في الدولة التركية على رأسهم رئيس الجمهورية السيد رجب طيب أردوغان، إلى جانب الكثير من زعماء وسفراء وممثلين عن دول العالم، حضر أكثر من 50 ضيف رسمي من كبار الضيوف من أكثر من 18 دولة على الأقل، مع حضور شعبي واسع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>-لمزيد من التفصيل ينظر الموقع الإلكتروني :

<https://www.fanarrealty.com/istanbul-grand-airport-iga/>

اطلع عليه : 2018/12/23 على الساعة 05:05

## خلاصة الباب الثاني

إن تعدد واختلاف أنواع المرافق العامة أدى بطبيعة الحال إلى تباين طرق إدارتها. والجدير بالذكر أن هذا الاختلاف وإن دلّ على شيء فإنه يدل على اتساع مجال الخدمة العامة، ذلك لأن مسؤولية الإدارة العامة تقع على عاتق الدولة باعتبارها المسؤولة عن إشباع الحاجات العامة واستهداف المصلحة العامة، ولما كان من المسلم به أن للسلطة الإدارية سلطة تقديرية كبيرة بشأن إدارتها للمرافق العامة إذ لديها أكثر من خيار يمكنها من إدارة المرفق العام، لكن سلطتها في ذلك مقيدة في أنه يجب عليها استخدام أكثر الطرق توافقاً مع طبيعة النشاط الذي يؤديه المرفق العام باعتبارها مسؤولة عن كفاءة المرفق العام بانتظام واطراد، ولاشك أن هذا قد أدى إلى تعدد طرق إدارتها سواء باعتماد الأساليب التقليدية في ذلك أو الأساليب الحديثة لإدارتها التي أوجبه التطور الاقتصادي والمناداة بفكرة الخصوصية. حيث أثر هذا الاختلاف في طرق التسيير على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة أما بخصوص طرق التسيير التقليدية فسابقاً لم يكن يثار أي إشكال في هذا الشأن نظراً لكون الدولة كانت تستغل مرافقها استغلالاً مباشراً أي ما يعرف بنظام الريجي وبالتالي تخضع للقانون الإداري، وباعتماد الدولة لأسلوب المؤسسة العامة، ولما كانت هناك أنواع عديدة من المؤسسات العامة فهذا بضرورة يؤدي إلى عدم خضوعها إلى نظام قانوني واحد أي تعدد النظام القانوني لهذه الأخيرة فإما خضوعها لنظام القانون العام إذا كانت مؤسسة عامة إدارية ولنظام قانوني مزدوج من أحكام القانون العام والقانون الخاص إذا كانت بطبيعة الحال مؤسسة غير إدارية .

أما فيما يتعلق بعقد الامتياز فإنه يتميز عن طرق الإدارة السالفة الذكر (أسلوب الإدارة المباشرة، وأسلوب المؤسسة العامة) لأنه في الحالتين الأخيرتين يتولى الإدارة أشخاص القانون العام، في حين أن عقد الإمتياز من يتولى الإدارة به شخص من أشخاص القانون الخاص مع بقاء خضوعه لإشراف ورقابة شخص من أشخاص القانون العام، فهو عقد إداري، ومن المسلم أن أسلوب الإمتياز يعمل به أساساً في المرافق العامة الاقتصادية إذ أنه لا يلائم كأصل عام المرافق العامة الإدارية، ومنه يستنتج أن عقد الامتياز ونظراً لطبيعته فإن القانون الواجب التطبيق كان هو القانون الإداري ونتيجة لما لحق بهذا العقد من تطور وخضوعه للتحكيم فإن القانون الذي سوف يتم تطبيقه قد يكون القانون الخاص للدولة .

أما من جهة الأساليب الحديثة فنجد عقدي تفويض المرفق العام وعقد البوت. فكلاهما كذلك من العقود الإدارية فتعتبر عقود تفويض المرفق العام عقوداً إدارية مبرمة بين أحد أشخاص القانون

العام و هو مانح التفويض و أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين و هو صاحب التفويض من ناحية أخرى، أما موضوع العقد فهو تنفيذ مرفق عام خلال مهلة محددة.

و تخضع عقود التفويض لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الصفقات العمومية و التي تعد بدورها عقودا إدارية و بالتالي يقتضي تحديد طبيعة العقد لمعرفة النظام القانوني الذي تخضع له.

ولما تطورت وظيفة مشروعات البنية التحتية وازداد اتساعها من مجرد إشباع خدمة الاحتياجات الداخلية للدولة إلى خدمة معدة للتصدير أي إقامة مشروعات البنية الأساسية التي تربط بين الدولة والدول المجاورة أو المحيطة بها، أو مجموعة من الدول، أو إقامة مرفق من المرافق العامة لإنتاج وتقديم خدمة معينة للإشباع احتياجات السوق المحلي فحسب ولتصديرها إلى دول مختلفة. فقد شاع استخدام أساليب تمويل مشروعات البنية التحتية بواسطة القطاع الخاص في الدول النامية و المتقدمة على حد سواء، و بالتالي يعد نظام الـ BOT واحدا من أهم هذه الأساليب.

حائمه

## خاتمة:

من الحقائق الثابتة أن عملية إنشاء مرفق عام سيتم وفي غالب الأحيان بالنظر لارتباط أهدافه وأبعاده بالمصلحة العامة من طرف السلطات العامة في الدولة. لذا ونتيجة لذلك تحديدا، تضع الدولة مرافقها العمومية بكل أنواعها وتعدد أنظمتها القانونية، واختلاف أو تباين طرق تسييرها تحت سلطتها مع مراعاة نطاق ومدى رقابتها على سبل تأدية الخدمة العامة للمواطن. إن ذلك ما يقود إلى التقرير والقول بالتكامل بين وجود المرافق العمومية داخل الدولة، وتنفيذها لسياساتها العامة.

حينذاك يكون إنشاء تلك المرافق بمثابة الحتمية التي لا غنى عنها نتيجة الدور الهام والبارز المنوط بها. ولعل ذلك ما يصيب على تلك العلاقة صبغة سياسية بالدرجة الأولى وفقا لعملية خضوع المرافق العامة لسلطة وإرادة الدولة ممثلة في حكامها.

وبالمقارنة مع الحقيقة المتعارف عليها من أنه لا يمكن إنكار حق الدولة في فرض النظام داخل المجتمع من خلال ما تفرضه القوانين والتنظيمات من ضوابط على جوانب حياة المواطن أو بعضها فإن الوجه المقابل، أو الصورة الثانية لتلك الحقيقة هي إسناد تحقيق المصلحة العامة بمختلف أبعادها ومقوماتها إلى الدولة ومؤسساتها، وذلك ما يدعى بنشاط المرفق العام يتخصص ويتحدد بحسب نوع الخدمة العمومية التي يؤديه للمواطن، وهو ما يغير بطبيعة الحال من الطبيعة القانونية للمرفق العام، بالأساس على نوع النشاط المحقق في تأديته والقيام به للمصلحة العامة.

وأيا كان الاتجاه المعتمد أو المتبني في التطرق لمفهوم المرفق العام، سواء كان عضويا شكليا متمثلا بذلك في الجهاز الإداري، أو المنظمة، أو المؤسسة، أو الإدارة العامة. أو كان ماديا موضوعيا يأخذ صورة أو شكل النشاط العام الذي يستهدف تحقيق أهداف عامة، فإن التكامل بين نشاط المرفق العام كمفهوم ومضمون معين لنشاط عام، وبين السياسة العامة وتنفيذها هو تكامل يجد سنده وأساسه في الدستور من باب أولى.

وكواعدة من بين المسائل ذات الأهمية المتميزة، والتي هي تحقيق المصلحة العامة، وتأدية الخدمات المختلفة للمواطن عن طريق المرافق العامة، فإن السعي من طرف الدولة لبلوغ تلك الغايات سيكون متعدد الأنماط، لاسيما من حيث تبني طريقة تدخلها تحديدا.

إن ذلك التنوع في التدخل من طرف الدولة نتج عنه عديد الآثار سواء من حيث اختلاف المرافق العامة في حد ذاتها، أو من حيث تبني طبيعة معينة لنظام قانون يتلاءم ويتناسب مع تأدية تلك الخدمات العمومية وفق نمط معين.



بمعنى آخر أكثر دقة، إن وحدة النظام القانوني للمرافق العمومية قد أصبح أمراً نسبياً، بعيداً عن صفة الإطلاق التي برز فيها في بدايات نشأة المرافق العمومية. ومن ثم، سيكون من غير المنطق الواقعي والذي يصاحبه منطق قانوني إخضاع جميع المرافق العامة في الدولة لنظام قانوني موحد، وإن كانت تلك الوحدة حقيقة متعارف عليها من حيث المبادئ التي تحكم سير المرفق العام.

هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن اختلاف دور الدولة وتطوره المتزايد والمستمر أدى إلى بروز أثر آخر، يتعلق في هذا الموضوع بكيفية تدخل الدولة لتحقيق المصلحة العامة من خلال نشاط المرفق العام. والمقصود هنا هو التنازل أو التخلي - إن صح التعبير - من طرف الدولة عن مظهرها السيادي الواضح في تلبية الحاجيات العامة للمواطن، إلى أشخاص القانون الخاص في عديد المرات والأحيان مكتفية بدور الرقيب على مدى تحقيق الصالح العام من عدمه.

وذلك ما يعد مظهراً آخر من مظاهر الطابع السيادي للدولة العائد أساسه أو سببه إلى اختلاف النهج الاقتصادي المتبنى من طرف الدولة، وفق خصوصيات التأثير بالمستجدات المحلية التي تمر بها في تقرير وانتهاج سياسات معينة. ففي أية طريقة كانت من طرق تسيير المرفق العام من طبيعته وملكيته للدولة، إن ذلك لا يعني تنازل من طرف هذه الأخيرة عن المرفق العام، بل إن كل ما في الأمر هو أن مبتغيات المصلحة العامة من جهة، وتعدد مهام الدولة وتشعبها من جهة ثانية، هو الذي فرض عليها أحياناً تبني هذا الأسلوب أو ذاك.

ولابد من الإشارة في هذا المقام إلى أنه ليس من شأن الطريقة المعتمدة أن تؤثر على طبيعة المرفق العام، أو أن تزيل دور الدولة في الرقابة والإشراف وتحمل المسؤولية. وعليه فإن رقابة الدولة أو الشخص المعنوي العام تبقى قائمة، وفقدانها يعني فقدان ركن أساسي من أركان المرافق العامة - على حد قول البعض<sup>1</sup> الذي بدونه يفقد هذا المرفق صفة العمومية. عندئذ يمكن القول أن مدى الإشراف والرقابة يضيق أو يتسع باختلاف الطريقة المعتمدة في إدارة المرفق العام.

ووفقاً لما تم تناوله في ثنايا هذه الدراسة نختم بإلقاء الضوء على أهم ما أسفر عن البحث من

نتائج وتوصيات :

#### أولاً : النتائج

لما كان موضوع الأطروحة موسوماً بالنظام القانوني للمرافق العامة بين الوحدة والتعدد، والإشكالية المتمثلة في إيجاد قانون يوحد المرافق العامة تم تسجيل النتائج التالية :

<sup>1</sup> - الدكتور، وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، المرجع السابق، ص 05.

1- لا يوجد نظام قانوني موحد أو مشترك لكل المرافق العامة، ذلك راجع لأنه توجد فوارق عميقة وبخاصة المرافق العامة ذات التسيير العام والمرافق العامة ذات التسيير الخاص، كونها تخضع لقواعد ليست غير متشابهة ولكن شبه متعارضة .

2- في إطار معالجة الفقه والقضاء لإشكالية إيجاد قانون موحد للمرافق العامة وإيجاد الحلول والبدائل لهذه الإشكالية، تم البحث عن قواعد قانونية دقيقة التي تشكل العامل المشترك لكل المرافق العامة ترجمت من خلال إيجاد مبادئ عامة تشترك فيها جميع المرافق العامة لضمان الحد الأدنى من الوحدة أو ما تعرف بالنظام القانوني الموحد للمرافق العامة، أو قانون مصغر للمرافق العامة .

2- تأثير تعدد أنواع المؤسسات العمومية وخصوصية كل نوع منها على النظام القانوني الحاكم لها، مما يؤدي إلى تعذر توحيد النظام القانوني للمرفق العام، باعتبارها من أساليب إدارته .  
3- أثر الأساليب المستحدثة على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة، وبالتالي تعذر توحيد النظام القانوني لهذا الأخير راجع لخصوصية كل أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة أيا كان نوعها.

4- من خلال التطرق لقانون تفويض المرفق العام، تمت ملاحظة نوعا ما نظرة لتوجه المشرع الجزائري نحو إقرار وحدة للنظام القانوني للمرفق العام، في إطار تنظيمه لعقود تفويض المرفق العام، وهذا ما تم استنتاجه أو استنباطه من خلال النصوص القانونية المنظمة له في هذا الشأن .

#### ثانيا : التوصيات

1-وضع وإرساء أسس ديناميكية تشريعية من أجل تجسيد المبادئ الضابطة للمرافق العامة المعروفة بالنظام القانوني الموحد للمرافق العامة، التي تم استنباطها من قبل الفقيه Rolland الذي كان له السبق والفضل في استنباطها إذ تولى عرضها وشرحها في مؤلفاته بحيث أصبحت تنسب إليه، إلا أنها في الحقيقة من صنع القضاء الإداري الفرنسي .

2-من خلال بحث ودراسة المبادئ الضابطة للمرافق العامة خصوصا مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير، خلصنا إلى نتيجة مفادها تأثير الإدارة الإلكترونية على هذا الأخير، وعلى هذا الأساس نقترح في هذا الصدد توصية للمشرع الجزائري مناهة تفعيل الإدارة الإلكترونية للمرفق العام أو ما يعرف برقمنة الإدارة، من أجل خلق نوعية في إدارة المرفق العام، وبالتالي إصلاح المرفق العام هذا ما هو ثابت من خلال التجسيد العملي لمبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير في الجزائر، وذلك من خلال إقرار إدارة إلكترونية في مرافق الدولة الجزائرية .

إن هذا من الإيجابيات لتحقيق عصنة المرفق العام، وتقريب الإدارة من المواطن، لكن من النقائص المسجلة من خلال عرض تطبيقات الإدارة الإلكترونية، سجلنا عدم وجود تشريع منظم لها لتحل محل التقليدية .

بالتالي نوصي ب :

- ضرورة العمل من أجل إقرار تشريع منظم للإدارة الإلكترونية .
- خلق إدارة وأجهزة في الوزارات من أجل التطوير الإلكتروني وذلك لإنجاح مشروعات الإدارة الإلكترونية والحث على التغيير والقابلية للتكيف من خلال التحول من الأسلوب التقليدي إلى الأسلوب الإلكتروني.
- ولتطبيق الإدارة الإلكترونية على أكمل وجه، وجب تكوين الموظفين في المرافق العامة في مجال تكنولوجيا الإعلام .
- العمل على الأخذ بنظام التقاضي الإلكتروني بهدف إرساء عدالة إلكترونية بعد الأخذ بالتجارب الدولية في هذا الصدد .
- 3- نوصي المشرع بضرورة إرساء قانون من أجل اعتماد عقود البوت لإدارة المرافق العامة، وذلك من أجل مواكبة التشريعات المقارنة التي نظمت في ترسانتها القانونية هذا النوع من العقود تنظيما شاملا متناولا كل تفاصيله.
- ترجع أسباب دعوتنا وتوصيتنا للمشرع الجزائري لاعتماد هذا النمط من التسيير لإدارة المرافق العامة، هو أنه لما تم التطرق لتجربة الجزائر في اعتماد هذا النظام في مشاريعها التنموية خصوصا إدارة المرافق العامة منها، لاحظنا انعدام وجود نظام قانوني منظم لعقود البوت ضمن الترسانة التشريعية الجزائرية، هذا بخلاف عقد تفويض المرفق العام الذي حظي بأولوية هامة لدى المشرع الجزائري .
- الشيء الذي جسده الحكومة الجزائرية في إقرار تنظيم قانوني لعقود تفويض المرفق العام (المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 247/15، المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام).
- بعد اعتماد نظام قانوني لتنظيم عقود البوت لا بد من الاستفادة من التجارب التي مرت بها الدول المختلفة في هذا المجال سواء تجارب الدول العربية أو تجارب الدول الأجنبية .

انطلاقاً من التطبيقات التي وردت في صلب هذه الدراسة للاستفادة من نصوص عقود البوت لهذه الدول وما تضمنته، كمحصلة لهذه الدراسة نرى ضرورة اعتماد هذا النظام المتمثل في عقود البوت كأسلوب للتعاقد لأنه يعتبر الاتجاه الحديث الذي تتبعه دول العالم أجمع .

إن اللجوء إلى مشاركة القطاع الخاص في مجال البنية الأساسية والمرافق العامة الهامة في الدولة يعتبر ضرورة نظراً لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية والإستراتيجية، فالأهمية الاجتماعية تكمن في دورها في الحد من مشكلة البطالة باعتبار أن هذه المشاريع التنموية الكبرى تحتاج للآلاف من الأيدي العاملة، لكن بشرط أن تكون مؤهلة لاعتماد التكنولوجيا.

وتم بحمد الله

# قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

-القران الكريم

-السنة النبوية

المراجع باللغة العربية :

-الكتب :

-الكتب العامة :

1-د/ألبرت سرحان،أ/يوسف جميل، أ/زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2010.

2-د/ أنور أحمد رسلان،الوجيز في القانون الإداري،الناشر طبعة الطوبجي، مصر، طبعة سنة 1999.

3-د/السيد محمد مدني،القانون الإداري الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1964-1965.

4-بروسير فيل، غي بريبان،بيار دلفولفيه، برونو جينفوا،مارسو لونغ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ترجمة علي محمود مقلد،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2009.

5- بروسير فيل، غي بريبان،بيار دلفولفيه، برونو جينفوا،مارسو لونغ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي،ترجمة الدكتور أحمد يسري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة العاشرة سنة 1995.

6 -د/بلجيلالي خالد،الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية،دار بلقيس،الدار البيضاء، الجزائر، طبعة سنة 2017.

7-د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة سنة 2016.

8-د/حبشي لزرق،الجوانب النظرية والتطبيقية للإدارة المحلية في الجزائر،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2019.

9-د/حمدي قبيلات،القانون الإداري (الجزء الأول ماهية القانون الإداري،التنظيم الإداري،النشاط الإداري)، دار وائل للنشر، عمان،الأردن، الطبعة الثانية سنة 2010.

10 -د/حمدي أبو النور السيد، د/أمل لطفي حسن،أحكام القانون الإداري ( دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية،القاهرة، مصر، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.

11-جورج فوديل،بيار دلفولفيه،القانون الإداري (الجزء الثاني )، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع،بيروت،لبنان، الطبعة الأولى سنة 2001.

- 12-د/زهدي يكن، التنظيم الإداري (نظرية المرافق والمؤسسات العامة )، دار الثقافة، بيروت، لبنان، طبعة سنة 1963.
- 13-د/سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة )، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1986.
- 14-د/سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة )، مطبعة جامعة عين شمس، طبعة سنة 1981.
- 15-د/سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري (نظرية العمل الإداري تنفيذ القوانين الضبط الإداري، المرافق العامة، الأعمال المادية القرارات الإدارية، العقود الإدارية)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1998.
- 16- د/ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2007،
- 17-د/عبد المنعم محفوظ، القانون الإداري فلسفة وتطبيقا (دراسة تأصيلية في تنظيم ونشاط الإدارة العامة ) الكتاب الثاني في النشاط الإداري، الطبعة الثانية سنة 1996.(دار النشر غير مذكورة )
- 18-أ/دعمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الثالثة سنة 2013.
- 19- أ/ د عمار بوضياف، شرح قانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، دار جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2012.
- 20-أ/ د عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، دار جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2012.
- 21-د/ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري (دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 1991.
- 22-د/عصام علي الدبس، القانون الإداري (الكتاب الأول، ماهية القانون الإداري، النشاط الإداري )، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى سنة 2014.
- 23-أ/عباس محمود العقاد، إسلاميات، دار الشروق، بدون ذكر بلد النشر، ولا الطبعة.
- 24-د/عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2016.
- 25-د/عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الثاني، النشاط الإداري )، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2008.
- 26-د/عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الأول، النظام الإداري )، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة السادسة، سنة 2014.

- 27-د/علي خطار الشطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الأول)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى سنة 2009.
- 28-د/عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، المرافق العامة) (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية 2004،
- 29-د/غسان مدحت خير الدين الخيري، مدخل في القانون الإداري، دار الرياء للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى سنة 2012.
- 30-أ/فريجة حسين، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2010.
- 31-د/محمود حلمي، موجز مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1977.
- 32-د/محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري (القسم العام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون ذكر طبعة ولا سنة النشر.
- 33-د/محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثاني)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2017.
- 34-د/محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري (الجزء الثالث)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2017.
- 35-د/محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة سنة 2002.
- 36-أ/د مصلى ممدوح صرارية، القانون الإداري (الكتاب الأول لمبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، الضبط الإداري، المرفق العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، سنة 2014.
- 37-د/محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري الجمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، مصر، طبعة سنة 1973
- 38-د/ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، سلسلة القانون مذكرات، الجزائر، الطبعة الثانية سنة 2008.
- 39-د/محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر.
- 40-د/ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004.
- 41-د/محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري - النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، طبعة سنة 2004.



42-د/ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة سنة 2014.

الكتب المتخصصة :

1- د/ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة د/ محمد عرب صاصيلا)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 1998.

-أسامة مدلول خريص أبو هلبية المطيري، خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، مطبعة وزارة الإعلام، مصر، بدون سنة نشر.

2-د/ إبراهيم صالح الصرايرة، مشروعية الإضراب وأثره في العلاقات التعاقدية (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة سنة 2012.

3-د/أشرف جمال محمود عبد العاطي، الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة سنة 2016.

4-د/ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2014/ 2015.

6-د/الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان (الجزء الثاني)، طاكسيج.كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة طبع.

7-أ/ النوي خرشي، الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2018.

8-د/ جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز (دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى سنة 2013.

9-د/حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى سنة 2014.

10-د/ حمادة عبد الرازق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2012.

11-د/حمادة عبد الرازق حمادة، التحكيم في عقود البوت (BOT)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2013.

12-د/حمادة عبد الرازق حمادة، عقود الشراكة (P.P.P)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2014،

13-د/حماد محمد الشطا، تطور وظيفة الدولة (الكتاب الأول نظرية المرافق العامة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1984.

- 14-د/حماد محمد الشطا، تطور وظيفة الدولة (الكتاب الثاني نظرية المؤسسات العامة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1984.
- 15-د/حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2009.
- 16-أ/د/حسني عبد السميع إبراهيم، إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2013.
- 17-د/ستار جبار البدري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2018.
- 18-أ/سميحة لعقابي بشير الشريف، المساواة في تقلد الوظيفة العامة (المظاهر والضمانات)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2014.
- 19-د/سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1979.
- 20-د/سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة تطبيقها في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، طبعة سنة 1967.
- 21-د/سعيد علي غافل، الإضراب الوظيفي (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2015.
- 22-د/صلاح علي علي حسن، تنظيم الحق في الإضراب (دراسة في التشريعات العربية والمقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2012.
- 23-د/عبد السلام هابس السويقان، إدارة مرفق الأمن بالوسائل الإلكترونية، (دراسة تطبيقية على الإدارة العامة للمرور بدولة الكويت) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2012.
- 24-د/عبد الحكيم فودة، أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 1999.
- 25-د/عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 التطور، المفهوم، المجال، الأنواع، الإبرام وإجراءاته (القسم الأول)، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الخامسة سنة 2017.
- 26-د/عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخصوصية، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، طبعة سنة 2006.
- 27-د/ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، طبعة سنة 2010.

- 28-كمال طلحة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010،
- 29-د/محمد بكر القباني، نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى سنة 1962.
- 30-د/ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2015.
- 31-د/محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2015.
- 29-د/محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2000.
- 32-د/ محمد محمد عبد اللطيف، التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية، فهرس مكتبة الكويت الوطنية، جامعة الكويت، الطبعة الأولى سنة 1999.
- 33-د/محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر طبعة 1995.
- 34-د/محمد عويد العياضي، النظام القانوني لهيئات والمؤسسات العامة في قوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى سنة 2012.
- 35-د/محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة سنة 1987.
- 36-د/محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها (دراسة مقارنة)، مطبعة العشري، مصر، مطبعة 2012.
- 37-د/مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز-الشركات المختلطة – BOT – تفويض المرفق العام) (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية سنة 2015.
- 38-د/محمد متولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1997.
- 39-أ/مصطفى أحمد أبو عمرو، الحق في الإضراب بين القانون الفرنسي والقوانين العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2016.
- 40-د/ منير إبراهيم شلبي، المرفق المحلي (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى سنة 1977.

41-أ/ميثم غانم جبر المحمودي، حق الإضراب بين الحظر والإباحة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر طبعة سنة 2016.

42- د/محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، طبعة سنة 1981 - 1982.

43-د/ وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2009.

44-د/ نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية، في إدارة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2018.

45-د/هيام مروة، د/ طارق المجذوب، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2015.

### الرسائل الجامعية:

### أطاريح الدكتوراه:

1- إبراهيم الدسوقي عبد الطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية 2003.

2- إلهام أمين عبد العزيز الشافعي، انعكاسات مبدأ دوام سير المرفق العام على المركز القانوني للموظفين العموميين (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2017.

3- بولقواس سناء، الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة - عقود البوت نموذجاً، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، مصر، السنة الجامعية 2016/2017.

4- جار الله علي جار الله المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية 2014.

5- حسن حمدي الشمري، الإدارة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة طنطا مصر، السنة الجامعية 2014.

6- حسن محمد عبد المنعم حسن الخيبي، آثار عقد التزام المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الجامعية 2001/2002.

- 7-حنان أحمد ضيا، وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء -التشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام "القانون الإداري"، جامعة بيروت العربية، السنة الجامعية 2016،
- 8- د/ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 -بن يوسف بن خدة -الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
- 9-عبد العزيز بن سعد دخيل الغانم، المحكمة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، قسم الشريعة والقانون، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة الجامعية 2016.
- 10-عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية 1993.
- 11-عبد الوهاب خليفة الصويغي السائح، إضراب الموظفين بين الإجازة والتجريم (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2016.
- 12-مي محمد عزت علي شرياش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية لا توجد.
- 13-محمد علي محمد أبو عمارة، النظام القانوني للمرفق العام في قطاع غزة (دراسة تطبيقية لنظام الإدارة المحلية والتعليم العالي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية 1991.
- 14-مروان محي الدين القطب، إدارة أشخاص القانون الخاص للمرافق العامة الاقتصادية في لبنان، رسالة أدت لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جماعة بيروت العربية، لبنان، السنة الجامعية 2007.
- 15-محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة (دراسة مقارنة لوضع أموال المرافق العامة في ظل نظام الخصخصة بكل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية 2009.
- 16- محمد هاملي، آليات إرساء دولة القانون في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012.

- 17- ميادة عبد القادر أحمد، سياسة الدولة في مصر نحو خصخصة مشروعات المرافق العامة المشكلات والتنظيم القانوني الأمثل (دراسة مقارنة) رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الجامعية 2011
- 18- نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام (الB.O.T)دراسة تأصيلية -تطبيقية -مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية 2007.

### مذكرات الماجستير:

- 1-أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية )، مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، السنة الجامعية 2017.
- 2- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2013/2012.
- 3- بومزير باديس، النظام القانوني للأموال العامة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2012/2011.
- 4- بوعكاز يسرى، تطور نظام الوظيفة العمومية في مجال التوظيف في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، السنة الجامعية 2016/2015.
- 5- بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2010.
- 6- برتيمة عبد الوهاب، الإضراب ومبدأ استمرارية المرفق العام (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالجزائر وفرنسا)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، قسم التشريعات الاجتماعية، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية 2009.
- 7- حمزة ضاحي الحمادة، الحكومة الإلكترونية ودورها في تقديم الخدمات المرفقية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2014/2013.

- 8- حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، السنة الجامعية 2011، ص 27.
- 9- سليمان نسرين، إصلاح الميزانية وتحديث تسيير قطاع الخدمات (دراسة حالة تسيير الخدمات الجامعية بتلمسان )، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012.
- 10- شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية التنظيم والتسيير، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الجامعية 2004.
- 11- شماشمة هاجر، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2013/2014 .
- 12- صالح بن محمد بن إبراهيم الشعبي، حقوق الإنسان في وثيقة عمر بن الخطاب لأهل إيلياء (دراسة مقارنة بالمواثيق والمعاهدات الدولية)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، تخصص الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، السنة الجامعية 2015.
- 13- عتيقة بلجبل، الإضراب في المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2004/2005.
- 14- عبد الله شلاش المازمي، النظام القانوني للمرفق العام في ضوء تطبيق مشروع الحكومة الإلكترونية (دراسة في تطبيق مشروع الحكومة الإلكترونية في القانون المصري والكويتي)، رسالة مقدمة لكلية الحقوق لنيل درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، السنة الجامعية 2007.
- 15- عثمان بن عبد الله بن محمد السلطي، النظام القانوني لعقد الامتياز في القانون العماني (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2014.
- 16- محديد حميد، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر (دراسة حالة المؤسسة الجزائرية لتكييف الهواء SALCA)، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2015/2016.

- 17- مشتاق طالب ناصر، التنظيم القانوني لا استقالة الموظف العام في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 2015/2016.
- 18- مشالي أمينة، خصوصية المرافق العامة، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع دولة ومؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الجامعية 2015/2016.
- 19- مولاي بوعلام، سياسات سعر الصرف في الجزائر (دراسة قياسية في الفترة 01: 1991-04 : 2003)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية تخصص: اقتصاد كمي)، قسم علوم اقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، جوان 2005
- 20-نورا كاظم عواد، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، بحث مقدم كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون، جامعة القادسية، جمهورية العراق، السنة الجامعية 2017.

### المقالات:

- 1- د/ أشرف الرفاعي، مبدأ المساواة وتقلد المتجنس للوظائف العامة (دراسة مقارنة )، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 03 السنة الخامسة العدد التسلسلي 19، تاريخ النشر سبتمبر 2017.
- 2-د/المكي دراجي، أ/ راشدة موساوي، دور الإدارة الإلكترونية في تطوير الخدمة العمومية والمرفق العام في الجزائر -دراسة لنموذجين قطاعيين: العدالة -الداخلية والجماعات المحلية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة، الوادي العدد 17، جانفي 2018.
- 3-د/السيد خليل هيكل، نظرية المرافق العامة بين القبول والإنكار، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، السنة الأولى يناير 1979.
- 4-أ/م أسعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد (دراسة قانونية )، مجلة القادسية، كلية الحقوق، جامعة القادسية، العراق، العدد 21، سنة 2014.
- 5- بن يوسف نوة، أثر التضخم على سعر صرف الدينار الجزائري، (دراسة تحليلية قياسية لحالة الجزائر خلال الفترة 1970/2015)، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة المسيلة، الجزائر، العدد 16، المجلد 10، تاريخ النشر 2016/12/15.
- 6-د/ابن خليفة سميرة، المؤسسة العمومية الاقتصادية بين الوصاية الإدارية وتنمية الاقتصاد الوطني في القانون الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، العدد 01، تاريخ النشر 2018/09/14:



- 7-د/ الداوي الشيخ،الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر وإشكالية البحث عن كفاءة المؤسسات العامة،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني، تاريخ النشر: سنة 2009.
- 8-أ/أمال بولغاب،عقد البوت (BOT) بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بتمنراست،الجزائر، العدد الثالث، تاريخ النشر:جانفي2013.
- 9-د/أحمد فاضل، دستور العراق 2005 ودوره في حماية مبدأ المساواة،مجلة ديالى،العدد 41، تاريخ النشر:سنة2009.
- 10-أ/ أرزبل الكاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام في الجزائر،مجلة أبحاث قانونية وسياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل،العدد 03، تاريخ النشر:جوان 2017.
- 11-أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم، إشكالية تفويض المرفق كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية، واقع التطبيق في المغرب وآفاقه في الجزائر،مجلة معهد العلوم الاقتصادية (مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة )، جامعة الجزائر 03،المجلد 21، العدد 01 تاريخ النشر 2018/06/01.
- 12-أ/أكلي نعيمة، التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقد الامتياز،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية جامعة الحاج لخضر باتنة،،العدد 10، المجلد 4 تاريخ النشر:جوان 2017.
- 13-د/الكاهنة زاوي،إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 15-247، مجلة الشريعة والاقتصاد جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر قسنطينة،العدد الثاني عشر،المجلد 06، تاريخ النشر: 31ديسمبر 2017.
- 14-د/بدري مباركة،التنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري ضرورة للتوفيق بين مصلحة الموظف والمصلحة العامة،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست،الجزائر، تاريخ النشر01جوان 2014.
- 15-د/بن يكن عبد المجيد، المرافق العامة ونظامها القانوني في التشريع الجزائري،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية،جامعة زيان عاشور الجلفة،العدد 11، المجلد 03، تاريخ النشر:سنة 2018.
- 16-بوزيد بورنان،نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) كألية لتمويل مشاريع البنية التحتية،مجلة الاقتصاد والتنمية البشرية،جامعة البليدة 02 علي لونيبي، العدد 01، المجلد 08.تاريخ النشر 30 جوان 2017.
- 17-د/ بن منصور عبد الكريم، نظرة مفاهيمية للمرفق العام في الجزائر،المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، العدد الأول والثاني، تاريخ النشر:يناير-جوان 2016.

- 18- م جبار أتويه، م م نورس رشيد طه، دور القاضي الإداري في استنباط المبادئ القانونية، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بدون ذكر العدد والتاريخ النشر
- 19-د/جمال رواب، واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد 22، تاريخ النشر: أوت 2014.
- 20-د/حساني مراني، بعض الخصائص الأساسية للمؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مجلة المؤسسة جامعة الجزائر 03، العدد 05، تاريخ النشر: سنة 2016.
- 21-أ/ خير الدين بن مشرنن، الملك الوقفي العام في الجزائر والمبادئ الأساسية المنظمة لسير المرفق العام، مجلة المعيار المركز الجامعي تسيमित، العدد 16، تاريخ النشر: ديسمبر 2016.
- 22-أ/ خديجة حرم، النظام القانوني الخاص بتفويضات المرفق العام على ضوء قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 247/15، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، العدد 02، المجلد 03، تاريخ النشر 29 جوان 2017.
- 23/ خلوط زينب، تفويض المرفق العام، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 05، تاريخ النشر 1 أبريل 2017.
- 24-دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد زبانه بجليزان، العدد 06، تاريخ النشر جوان 2016،
- 25-أ/ راضية سنقوقة، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد المرفق العام، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، العدد 12، تاريخ النشر: جانفي 2010.
- 26-أ/ رقرقي محمد زكرياء، واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر، مجلة الدراسات الحقوقية جامعة الطاهر مولاي سعيدة، العدد الثامن، المجلد 04، تاريخ النشر: 30 جوان 2017.
- 27-رشا جواد جمعة، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الإداري، كلية الحقوق، الجامعة المستنصرية، جمهورية العراق، المجلد 04، الإصدار 13-14، تاريخ النشر: 2011.
- 28-رشا خليل عبد، مدى دستورية إضراب الموظف العام في ظل القانونية الفرنسي والمصري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جمهورية العراق، المجلد 04، السنة 04، العدد 13، تاريخ النشر 2012.
- 29-د/زوبة سميرة، اتفاقية التفويض تجسيدا للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 10، تاريخ النشر: جوان 2018.
- 30-د/زان مريم، دور الحكومة الإلكترونية في عصنة المرافق العمومية وتجويد خدماتها (نماذج قطاعية من مشروع الجزائر الإلكترونية: الإنجازات والتحديات )، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة الجلفة، العدد 01، المجلد 07، تاريخ النشر 10 أكتوبر 2018.

- 31-أ/ زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام المادة 209 من المرسوم 15-247، حوليات جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، العدد 32، الجزء الأول، تاريخ النشر 29 مارس 2018.
- 32- د/سردو محمود، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، العدد 02، تاريخ النشر: 29 جوان 2017.
- 33-د/ سعود وسيلة، د/ فرحات عباس، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إنشاء مشاريع البنية التحتية في تركيا، مجلة البشائر الاقتصادية، جامعة بشار، العدد 01، تاريخ النشر 11 ماي 2018.
- 34-د/شاشوا نور الدين، أثر الظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 2، تاريخ النشر: 4 جوان 2018.
- 35-أ/ م/د شورش حسن عمر، أ/م/د خاموش عمر عبد الله الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، جمهورية العراق، المجلد 32، العدد 02، تاريخ النشر: سنة 2017.
- 36- أ/ شكلاط زيوش رحمة، مكانة ومدى نجاعة عقد الامتياز في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للمالية العامة جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد الثالث، المجلد 03، تاريخ النشر: 20 ديسمبر 2013.
- 37-أ/ شريفي الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، العدد 03، تاريخ النشر جانفي 2018.
- 38-أ/ صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، تاريخ النشر جوان 2015.
- 39-د/ صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، تاريخ النشر: سنة 2012.
- 40-أ/عابد عبد الكريم، أ/شريف محمد، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد وتحسين الخدمة العمومية، المجلة الجزائرية للمالية العامة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 03، تاريخ النشر: ديسمبر 2013.
- 41-أ/عبدوني كافية، الإدارة الإلكترونية في العالم العربي وسبل تطبيقها (واقع وأفاق)، مجلة البحوث القانونية والإدارية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 02، تاريخ النشر: ديسمبر 2017.
- 42-أ/ د عمار بوضياف، عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحلية، مجلة الفقه والقانون، العدد الواحد والعشرون، تاريخ النشر جويلية 2014.

- 43-أ/م/د عارف صالح مخلف، أ/م/د علاء حسين علي، عقد البوت (دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد الأول، بدون سنة نشر.
- 44-د/ عصماني ليلى، نظام التقاضي الإلكتروني آلية إنجاح الخطط التنموية، مجلة الفكر جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 13، تاريخ النشر: 13 فيفري 2016.
- 45 - أ /فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، العدد 02، تاريخ النشر: 20 نوفمبر 2014.
- 41-أ/لعماري أمال، أ/بالة زهرة، عقد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام، مجلة صوت القانون جامعة خميس مليانة، المجلد الخامس، العدد 01، تاريخ النشر: أبريل 2018.
- 42-د/ محمد محمد عبد اللطيف، مفهوم تفويض المرفق العام، مقالة منشورة بمجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية الصادرة عن الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، جامعة القاهرة، مصر، العددان السابع عشر والثامن عشر، تاريخ النشر: أبريل 2002.
- 43-د/محمد بوسماح، الإرث الاستعماري للمفهوم القانوني للمرفق العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، تاريخ النشر: جوان 2014.
- 44-أ/مدون كمال، واقع النظام القانوني للمرافق العامة في ظل سياسة الخصخصة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 05، تاريخ النشر: سنة 2017.
- 45-د/محمد عبد المحسن المقاطع، نظرية الموظف الفعلي (دراسة في القضاء والفقہ في النظام الأنجلوسكسوني)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 01 و02، تاريخ النشر: سنة 1997.
- 46-د/مهند نوح، آثار قرار التعيين في الوظيفة العامة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 30، العدد الثاني، تاريخ النشر: سنة 2014.
- 47-محمد بن عراب، تجربة الإدارة الإلكترونية في الجزائر بين مقتضيات وتجويد الخدمة وإشكالية التخلص من منطلق التسيير التقليدي، مقال منشور بمجلة العلوم الاجتماعية، جامعة سطيف، العدد 19، تاريخ النشر: ديسمبر 2014.
- 48-د/ مانع صبرينة، د/بن منصور ليليا، إسهامات الشراكة العمومية وفق نظام البوت BOT في تمويل وتنفيذ مشروعات البنية التحتية: في ظل تحقيق الموازنة المثلى بين المزايا والمخاطر المحتملة، مجلة الباحث الاقتصادي، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد 07، تاريخ النشر: 29 جوان 2017.

- 49- محمد لكحل، الإدارة الإلكترونية وأثرها في تحقيق جودة الخدمة العمومية - حالة الجزائر - مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، المجلد 21، العدد 01، تاريخ النشر: سنة 2018.
- 50-أ/ محمد صلاح، السياسات العمومية الحديثة لبناء وتحديث البنية التحتية - مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) نموذجاً، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية جامعة المسيلة العدد 12، المجلد 07، تاريخ النشر 2014/12/15.
- 51-أ/ محمد صلاح، البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية (تجارب دولية وعربية مختارة)، مجلة الأبحاث الاقتصادية والإدارية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 17، تاريخ النشر 2005/06/12.
- 52-د/نورة سعداني، الاستثمار وفق عقد البوت، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، العدد 02 المجلد 05، تاريخ النشر: 01 ديسمبر 2017.
- 53-د/ نعيم عطية، الاستقالة، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، العدد 02، تاريخ النشر: سنة 1965.
- 54- نوال معزيلي، الإدارة الإلكترونية في الجزائر ضمن الخطاب السياسي كآلية لتحقيق الحكمانية الرشيدة: دراسة في الإنجازات وتشخيص للمعيقات مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 01، تاريخ النشر 2017.
- 55-هتاف جمعة صبحي أبوراشد، مبدأ المساواة في تولي الوظيفة بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 2014 .
- 56-د/ هشام عبد الحميد الصالح، مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة (دراسة تطبيقية)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 12، السنة الثالثة، تاريخ النشر: ديسمبر 2015.
- 57-د. هادي حسين عبد علي الكعبي، صيف جاسم محمد الكرعوي، التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد الأول، السنة الثامنة 2016.
- 58 -أ/ياسين حجاب، أ/ محرز مبروكة، الإطار القانوني المنظم لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، العدد 02، المجلد 01، تاريخ النشر 1 جوان 2016
- 59-د/يوسف مسعداوي، مساهمة الإدارة الإلكترونية في تحسين الخدمة العمومية في الجزائر -دراسة حالة قطاع البريد والاتصالات -، مجلة العدد الاقتصادي، جامعة الأغواط، العدد 21، تاريخ النشر: جانفي 2014.

60-د/يوسف محمود، د/عدنان العريبي، أ/رامي كاسل لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العملية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 03، المجلد 30، تاريخ النشر 5 جوان 2008،

### المدخلات:

1-أ/ أكلي نعيمة، الإطار القانوني الناظم للقطاع - عقود الشراكة، البحث أو الاستغلال والامتياز نموذجاً، مداخلة في إطار ملتقى دولي الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر: كيف يصبح الاستثمار الخاص الأجنبي؟ في خدمة التنمية الوطنية المنظم من قبل قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة.

2- د/ حبشي لزرق، الأسس الدستورية للعلاقة التكاملية بين المرفق العام وتنفيذ السياسة العامة للدولة، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الدولي المتعلق بالمرفق العام بجامعة المدية في إطار المحور الأول "الإطار المفاهيمي للمرفق العام"،

### المحاضرات:

1-أ/ بن عمار عبد الحليم، السوار الإلكتروني وتطبيقاته، محاضرة ملقاة في إطار التكوين المحلي لأمناء الضبط محكمة تسيمسيلت بتاريخ: 2018/01/15، محكمة تسيمسيلت، مجلس قضاء تسيمسيلت

2-أ/ م سندس رضوي خوين، عقد البوت BOT تعريفه، مزاياه، عيوبه، وأشكاله، محاضرات موجهة لطلبة المرحلة الرابعة قسم إدارة الأعمال، للعام الدراسي 2018/2019.

3-د/ عبد المجيد صغير بيرم، الوجيز في القانون العام الاقتصادي، مطبوعة في إطار محاضرات للسنة الثالثة - تخصص القانون العام الاقتصادي-، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، السنة الجامعية 2016/2017.

### المؤتمرات:

1-أ/ محمد محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية، السادس، "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" دبي - دول الإمارات العربية المتحدة، 9-12-2009.

### الدوريات:

1- نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأفطار العربية العدد الخامس والثلاثون نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 السنة الثالثة،

### المراجع باللغة الفرنسية :

- 1-André de Laubadère,Droit Administratif ,Librairie Générale De Droits et de Jurisprudence R.Pichon Et.R.Durand AUZIAS20 et 24 ,Rue Soffat 1970
- 2-Barconnier , S Droit des Services Publics , Puf.Paris 2003.\*2
- 3-Christian Bettunger , La Gestion Delegee Services Publics monde des ,Berger –Levrault , paris 1998 :
- 4-Didier LINOTE, Achille MESTRE, Raphael ROMI, SERVICE PUBLICS ET DROIT PUBLIC ECONOMIQUE , Libraire de la Cour de Cassation , paris ,France ,Trois:ième édition.
- 5-Gilles J. GUGLIELMI- UNE INTRODUCTION AU DROIT DU SERVICE PUBLIC- Collection « Exhumation d'épuisés s 1994»
- 6-Gilles J. GUGLIELMI, LES TRES GRANDES DECISIONS DU DROIT ADMINISTRATIF,Recueil de décisions juridictionnelles, cours Deuxième année de Licence (L2) Année universitaire 2009-2010, UNIVERSITE PANTHÉON-ASSAS (Paris-2) Document mis à jour au 1er sept. 2009 Utilisation strictement réservée aux travaux dirigés de l'université de Paris-2.
- 7-Gérard BELORGY , LE DROIT DE LA GREVE ER LES SERVICES PUBLICS , EDITION BERGER –LEVRAULT PARIS ,FRANCE 1964.
- 8-Jean –Paul Valette ; Le Service public à la Française,Ellipses Eition Markering , paris,France ,S.A2000.
- 9- Martine LONG, Faut' il maintenir le principe d'égalité ? ,Egalité et services publics territoriaux ,DAXIA Edition L.G.D.J ,France .
- 10-M. Long /P.Weil/ G.Braibant /P.Delvolvé /B.Genevois ,Les grands arrest de la jurisprudence administrative ,DALLOZ ,rue Froidevaux paris cedex 14,12<sup>e</sup> edition
- 11-Pièrre Esplogas , le service public ,Dallos ,paris , France 1998.
- 12-Virginie Donie- Les lois du service public : entre tradition et modernité à l'Université de Franche - RFDA 2006.
- 13- M. Long /P.Weil/ G.Braibant /P.Delvolvé /B.Genevois ,Les grands arrest de la jurisprudence administrative ,DALLOZ ,rue Froidevaux paris cedex 14,12<sup>e</sup> edition, p43.

### النصوص القانونية :

#### الدرساتير

- 1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .، المؤرخ في 10 سبتمبر 1963، ج ر ع 63، المؤرخة بتاريخ 10 سبتمبر 1963.
- 2- الميثاق الوطني الجزائري الصادر بالأمر رقم 76 / 57 المؤرخ في 5 جويلية سنة 1976، المتضمن نشر الميثاق الوطني .

- 3- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، الصادرة بموجب الأمر رقم 76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 ج رع 94، المؤرخة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.
- 4- المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، المتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج رع 09، المؤرخة بتاريخ 1 مارس 1989.
- 5- المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج رع 76 المؤرخة بتاريخ 8 ديسمبر 1996.
- 6- القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، ج رع 14 المؤرخة بتاريخ 2016/03/7 .

### الإعلانات والاتفاقيات الدولية على الروابط الإلكترونية

- 1- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أوت 1789 على الرابط :  
- [https://www.conseil-constitutionnel.fr/.../constitution\\_arabe.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/.../constitution_arabe.pdf)
- 2- إعلان الاستقلال الأمريكي أو إعلان استقلال الولايات المتحدة  
- <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8>
- 3- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،  
على الرابط : <http://www.un.org/ar/documents/udhr/history.shtml>
- 4- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. على الرابط :  
- <https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- 5- إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة (اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د22) المؤرخ في 7 تشرين الثاني /نوفمبر 1967. على الرابط  
- <https://genderation.xyz/.../> إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة

### القوانين:

- 1- القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج رع 57 السنة الواحدة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 8 سبتمبر 2004.
- 2- قانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد التشريع المعمول به إلى غاية 1962/12/31، باستثناء مع يتنافى منه بالسيادة الوطنية، ج رع 02، المؤرخة بتاريخ 11 جانفي 1963، المعدل والمتمم بالأمر رقم 29/73 المؤرخ في 05 جويلية 1973، ج رع 62 المؤرخة بتاريخ 1973.



- 3- قانون المالية رقم 21/84 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985، ج ر ع 72، السنة الواحدة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 31 ديسمبر 1984.
- 4- القانون رقم 10/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتضمن إنشاء المجمع الجزائري للغة العربية، ج ر ع 34، السنة الثالثة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 20 أوت 1986
- 5- القانون رقم 01/88 مؤرخ في 12 يناير سنة 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ع 02 المؤرخة بتاريخ 13 يناير سنة 1988 .
- 6- القانون 21/89 المؤرخ بتاريخ 12 ديسمبر 1989، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر ع 53، السنة السادسة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 13 ديسمبر 1989.
- 7- القانون رقم 02/90 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر ع 06، المؤرخة بتاريخ 7 فيفري 1990 المعدل والمتمم بموجب القانون 27-91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر ع 68، السنة الثامنة والعشرون المؤرخة بتاريخ 25 ديسمبر سنة 1991
- 8- قانون 08/90 المؤرخ في 7 أفريل سنة 1990، المتعلق بالبلدية، ج ر ع 15، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 11 أفريل 1990.
- 9- القانون رقم 09/90 المؤرخ في 7 أفريل سنة 1990 المتعلق بالولاية ج ر ع 15، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 11 أفريل 1990.
- 10- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر سنة 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر ع 52، المؤرخة بتاريخ 02 ديسمبر سنة 1999، والمعدل والمتمم بموجب القانون 14/08 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، ج ر ع 44، المؤرخة بتاريخ 03 أوت سنة 2008.
- 11- القانون رقم 11/ 98 المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002، ج ر ع 62، السنة الخامسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 24 أوت 1998.
- 12- القانون رقم 05/99 المؤرخ في : 04 أفريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج ر ع 24، السنة السادسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 07 أفريل 1999.
- 13- القانون 05 /99 المؤرخ في 4 أفريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج ر ع 24، السنة السادسة والثلاثون، المؤرخة في 17 أفريل 1999.
- 14- القانون 07/05 المؤرخ بتاريخ 28 أفريل سنة 2005، المتضمن قانون المحروقات، ج ر ع 50، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة بتاريخ 19 جويلية سنة 2005 .
- 15- القانون 14/08 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، ج ر ع 44، المؤرخة بتاريخ 03 أوت سنة 2008.

- 16- القانون رقم 03/10 المؤرخ بتاريخ 15 أوت سنة 2010 المتضمن تحديد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، ج ر ع 46، السنة السابعة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 18 أوت سنة 2010.
- 17- القانون رقم 10-11 المتعلق بقانون البلدية، المؤرخ في 22 جوان 2011، ج ر ع 37 المؤرخة بتاريخ 3 جويلية سنة 2011 .
- 18- القانون 11/11 المؤرخ في 18/7/2011 المتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر ع 40، السنة الثامنة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 01 سبتمبر سنة 2011.
- 19- قانون الولاية 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012، ج ر ع 12 المؤرخة بتاريخ 29 فيفري سنة 2012.
- 20- القانون رقم 08/14 المؤرخ في 19 أوت 2014، المعدل والمتمم للأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 49، السنة الواحدة والخمسون المؤرخة بتاريخ 20 أوت 2014. المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/17 المؤرخ في 10 جانفي 2017، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 02، السنة الرابعة والخمسون، المؤرخة بتاريخ 11 جانفي 2017.
- 21- القانون 06/14 المؤرخ في 09 أوت 2014 المتعلق بالخدمة الوطنية، ج ر ع 48، السنة الواحدة والخمسون، المؤرخة بتاريخ 10 أوت 2014.
- 22- قانون 03/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015 المتعلق بعصرنة العدالة، ج ر ع 06، السنة الثانية والخمسون، المؤرخة بتاريخ 10 فيفري 2015.
- 23- القانون 01/18 المؤرخ في 30 جانفي 2018، المتمم للقانون رقم 04/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005، والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج ر ع 05، المؤرخة بتاريخ 30 جانفي 2018.
- الأوامر :**
- 1- الأمر 182/65 المؤرخ في 10 جويلية سنة 1965 المتضمن تأسيس الحكومة الجزائرية، ج ر ع 58، المؤرخة بتاريخ 13 جويلية سنة 1965.
- 2- الأمر رقم 65 / 320 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1965 المتضمن قانون المالية لسنة 1966، ج ر ع 107، السنة الثانية، المؤرخة بتاريخ 31 ديسمبر 1965.
- 3- الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 2 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة بتاريخ 8 جوان 1966 المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الموافق بالقانون رقم 06-12 المؤرخ في 14-11-2006 ج ر ع 72 المؤرخة بتاريخ 15-11-2006.
- 4- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، لا سيما بالقانون رقم 16 / 02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016 .

- 5- الأمر رقم 24/67 المؤرخ في 18/1/1967 المتضمن القانون البلدي، ج ر ع 02 المؤرخة بتاريخ 1967/1/18.
- 6- الأمر رقم: 171/67 المؤرخ: في 31 أوت 1967 المتضمن تأسيس المركز الوطني التربوي الفلاحي، ج ر ع 76، السنة الرابعة، المؤرخة بتاريخ 15 سبتمبر 1967.
- 7- الأمر رقم 27/69 المؤرخ في 13 ماي 1969، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر ع 42 المؤرخة بتاريخ 16 ماي 1969.
- 8- الأمر 38/69 المؤرخ في 23/5/1969 المتضمن قانون الولاية، ج ر ع 44 السنة السادسة المؤرخة بتاريخ 23/5/1969.
- 9- الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16-11-1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ج ر ع 1011، المؤرخة بتاريخ 26 أكتوبر 1973.
- 10- الأمر رقم 29/73 المؤرخ في 05 جويلية 1973، المعدل للقانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد التشريع المعمول به إلى غاية 31/12/1962، باستثناء مع يتنافى منه بالسيادة الوطنية، ج ر ع 62، المؤرخة بتاريخ 1973.
- 11- الأمر رقم: 51/74 المؤرخ في 25 أفريل 1974، المتضمن إحداث المركز الوطني للدراسات ولتنشيط مؤسسة الأشغال ( كنات ) وتحديد قانونه الأساسي، ج ر ع 35، السنة الحادية عشرة، المؤرخة بتاريخ 30 أفريل 1974.
- 12- الأمر رقم: 93/74 المؤرخ: في 1 أكتوبر 1974 المتضمن إحداث معهد تنمية زراعة أشجار الفواكه، ج ر ع 82، السنة الحادية عشرة المؤرخة بتاريخ 11 أكتوبر 1974.
- 21- الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وخصصتها، ج ر ع 47، المؤرخة بتاريخ 28 أوت 2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/08 المؤرخ في 28 فيفري 2008، ج ر ع 11 .
- 22- الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية سنة 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، المؤرخة بتاريخ 20 جويلية سنة 2003.
- 23- الأمر 12/05 مؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بالمياه، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 03/08 مؤرخ في 23 جانفي 2008، الجريدة الرسمية، العدد 04 معدل ومتمم بموجب الأمر 02/09 مؤرخ في 22 جويلية 2009 ج ر ع 44 المؤرخة بتاريخ 22 جويلية 2009 .
- 24- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الموافق بالقانون رقم 06-12 المؤرخ في 14/11/2006 ج ر ع 72 المؤرخة في 15-11-2006.

25- الأمر 04/08 المحدد لشروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، ج ر ع 49، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 3 سبتمبر سنة 2008.

### المراسيم:

#### المراسيم الرئاسية:

1- المرسوم الرئاسي رقم 96 / 436 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1996، المتضمن إنشاء محافظة الطاقة الذرية وتنظيمها وسيورها، ج ر ع 75، السنة الثالثة والثلاثون، الصادرة بتاريخ 04 ديسمبر 1996.

2- المرسوم الرئاسي رقم : 86/99 المؤرخ في : 15 أبريل 1999 المتضمن إنشاء مراكز البحث النووي، ج ر ع 27، السنة السادسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 18 أبريل سنة 1999.

3- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 و المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ع 50 المؤرخة بتاريخ 20 سبتمبر 2015 .

4- المرسوم الرئاسي رقم 03/16 مؤرخ في 7 يناير 2016 المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام، ج ر ع 02 مؤرخة بتاريخ 13 يناير 2016.

#### المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم رقم 147/73 المؤرخ في 10 أوت 1973 المتضمن إحداث اللجنة الوطنية للتشريع، ج ر ع 71، السنة العاشرة، المؤرخة بتاريخ 04 سبتمبر 1973.

2- المرسوم رقم 07 /77 المؤرخ في 23 جانفي 1977 المتضمن إنشاء المدرسة الوطنية للأشغال العمومية، ج ر ع 11، السنة الرابعة عشرة، المؤرخة بتاريخ 6 فيفري سنة 1977.

3- المرسوم 200/83 المؤرخ في 19 مارس 1983، المتضمن تحديد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيورها، ج ر ع 12، السنة العشرون، المؤرخة بتاريخ 22 مارس 1983 .

4- المرسوم 328/83 المؤرخ في 14 ماي 1983 المتضمن إنشاء مؤسسة توفير المياه وتسييرها وتوزيعها في الأغواط، ج ر ع 20، السنة العشرون، المؤرخة بتاريخ 17 ماي 1983.

5- المرسوم رقم 457/83 المؤرخ : في 23 جويلية 1983 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية بحماية البيئة، ج ر ع 31، السنة العشرون، المؤرخة بتاريخ 26 جويلية 1983.

6- المرسوم رقم 497/83 المؤرخ في 13 أوت 1983 يتضمن إنشاء ديوان رياض الفتح ج. ر ع 34 السنة العشرون المؤرخة في 16 أوت سنة 1983 .

7- المرسوم رقم 116/84 المؤرخ في 12 ماي سنة 1984 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر ع 20، السنة الواحدة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 15 ماي 1984.

- 8- المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس سنة 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمل المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر ع 13 السنة الثانية والعشرون، المؤرخة بتاريخ 24 مارس سنة 1985.
- 9- المرسوم رقم 266/85 المؤرخ في 29 أكتوبر 1985، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، ج ر ع 45، السنة الثانية والعشرون، المؤرخة بتاريخ 30 أكتوبر سنة 1985.
- 10- المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 4/7/1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر ع 27.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم 38/91 المؤرخ في 16 فيفري 1991 المتضمن القانون الأساسي العام للغرف الفلاحية ج ر ع 8، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 20 فبراير سنة 1991.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 147/91 المؤرخ في 12 ماي 1991، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحدد كيفية تنظيمها وعملها، ج ر ع 25، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة بتاريخ 25 ماي سنة 1991.
- 13- المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ بتاريخ 29 يناير سنة 1994، المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر ع 07، السنة الواحدة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 06 فبراير سنة 1994.
- 14- المرسوم التنفيذي رقم 99/95 المؤرخ في 1 أبريل 1995 المتضمن إنشاء المعهد الوطني للإرشاد الفلاحي، ج ر ع 19 السنة الثانية والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 12 أبريل سنة 1995.
- 15- المرسوم التنفيذي رقم: 96/93 المؤرخ في : 3 مارس 1996، المتضمن الغرف التجارية والصناعية، ج ر ع 16، السنة الثالثة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 06 مارس سنة 1996.
- 16- المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 والمتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج ر ع 55، السنة الثالثة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 25 سبتمبر 1996 .
- 17- المرسوم التنفيذي رقم: 100/97 المؤرخ في : 29 مارس 1997، المتضمن إنشاء غرف الصناعة والتقليدية والحرف ج ر ع 18، السنة الرابعة والثلاثون المؤرخة بتاريخ 30 مارس سنة 1997.
- 18- المرسوم التنفيذي رقم 253/97 المؤرخ في 8 جويلية 1997، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير، ج ر ع 46، السنة الرابعة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 9 جويلية سنة 1997.
- 19- المرسوم التنفيذي رقم 141/98 المؤرخ في 10 ماي 1998، المتضمن حل المدرسة الوطنية للجمازك، ج ر ع 29، السنة الخامسة والثلاثون المؤرخ بتاريخ 10 ماي سنة 1998.
- 20- المرسوم الرئاسي رقم: 171/99 المؤرخ في 02 أوت 1999 يتضمن حل الوكالة الجزائرية للتعاون الدولي، ج ر ع 52، السنة السادسة والثلاثون المؤرخة بتاريخ 04 أوت 1999.

- 21- المرسوم التنفيذي رقم 258/98 المؤرخ في 25 أوت سنة 1998، المتضمن تحويل الديوان الوطني للأرصاد الجوية إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، ج ر ع 63، السنة الخامسة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 26 أوت سنة 1998
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 256/99 المؤرخ في 16 نوفمبر سنة 1999، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، ج ر ع، العدد 82، المؤرخة بتاريخ 21 نوفمبر 1999
- 23- المرسوم التنفيذي رقم : 101/01 المؤرخ في : 21 أبريل، 2001 يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر ع 24، السنة الثامنة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 22 أبريل سنة 2001.
- 24- المرسوم التنفيذي رقم 40/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002 المتضمن المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ع 04، السنة التاسعة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 16 يناير سنة 2002.
- 25- المرسوم التنفيذي رقم: 304/02 المؤرخ في : 28 سبتمبر 2002، المتضمن إنشاء الغرفة الوطنية للصيد البحري وتربية المائيات وسيرها ومهامها ج ر ع 64، السنة التاسعة والثلاثون، المؤرخة بتاريخ 29 سبتمبر 2002.
- 26- المرسوم التنفيذي رقم 373/04، المؤرخ بتاريخ 21 نوفمبر سنة 2004، المتضمن تحديد شروط منح الامتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكفاءات ذلك، ج ر ع 75، السنة الواحدة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 24 نوفمبر سنة 2004.
- 27- المرسوم التنفيذي رقم : 419/06 المؤرخ : في 22 نوفمبر 2006 المتضمن تنظيم المدرسة الوطنية للإدارة وسيرها، ج ر ع 75 السنة الثالثة والأربعون الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر سنة 2006.
- 28- المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المؤرخ بتاريخ 09 فيفري سنة 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للسير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر ع 08، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة بتاريخ 13 فيفري سنة 2008.
- 29- المرسوم التنفيذي رقم 203/08 المؤرخ في 9 جويلية سنة 2008، المتضمن إنشاء مركز جامعي بتسمسليت، ج ر ع 39، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة في 13 جويلية سنة 2008.
- 30- المرسوم التنفيذي رقم 204 /08 المؤرخ في 9 جويلية سنة 2008 المتضمن إنشاء مركز جامعي بميلة، ج ر ع 39، السنة الخامسة والأربعون، الصادر بتاريخ 13 جويلية سنة 2008.
- 31- المرسوم تنفيذي رقم 205/08 المؤرخ في 9 جويلية سنة 2008، المتضمن إنشاء مركز جامعي بعين تيموشنت، ج ر ع 39، السنة الخامسة والأربعون، الصادر بتاريخ 13 جويلية سنة 2008.
- 32- المرسوم التنفيذي رقم 206/08 المؤرخ في 9 جويلية سنة 2008، المتضمن إنشاء مركز جامعي بغليزان، ج ر ع 39، السنة الخامسة والأربعون، الصادر بتاريخ 13 جويلية سنة 2008.

33- المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، الصادر بتاريخ 2 أوت 2018، ج ر ع، العدد 48.

### القرارات الوزارية:

1- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 مارس 1967، المتضمن إنشاء دفتر الشروط المتعلقة بالامتياز الممنوح من الدولة إلى البلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، ج ر ع 26، السنة الرابعة المؤرخة بتاريخ 28 مارس سنة 1967

### التعليمات:

1- التعليمات رقم 3.94/ 842 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الصادرة عن وزير الداخلية .

### النصوص القانونية الأجنبية:

1- Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971

2- Circulaire du 7 août 1987 RELATIVE A LA GESTION PAR LES COLLECTIVITES LOCALES DE LEURS SERVICES PUBLICS LOCAUX: CHAMP D'APPLICATION ET CONDITIONS D'EXERCICE DE LA GESTION DELEGUEE DE CES SERVICES .

3- JORF du 20 décembre 1987 page 14863 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000848160&categorieLien=id>.

4- Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République JORF n°33 du 8 février 1992 page 2064

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006078688&dateTexte=19920206>.

5- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prevention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques-

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>.

6- Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction JORF n°34 du 10 février 1994 page 2271

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005615270&dateTexte=1994020>.

7- Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement NOR: ENVX9400049L. Version consolidée au 02 février 2019 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000055180>

8- LOI n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (1) JORF n°31 du 5 février 1995 page 1973

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000531809&dateTexte=19950204>

9- LOI n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public (1). JORF n°34 du 9 février 1995 page 2186

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350927&categorieLien=id>.

10- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) (1). JORF n°288 du 12 décembre 2001 page 19703 texte n° 1 NOR: ECOX0100063L Version consolidée au 26 juillet 2011

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005631803&dateTexte=2011072>.

11- Circulaire du 18 juin 1998 relative au recouvrement des recettes des collectivités territoriales et établissements publics locaux et à la forme et au contenu des titres de recettes .

12- JORF n°201 du 1 septembre 1998 page 13374 .

13- Circulaire du 18 juin 1998 relative au recouvrement des recettes des collectivités territoriales et établissements publics locaux et à la forme et au contenu des titres de recettes .

14- JORF n°201 du 1 septembre 1998 page 13374 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000391362&categorieLien=id>

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Section-du-contentieux-7eme-et-5eme-sous-sections-reunies-Seance-du-16-octobre-2000-lecture-du-8-novembre-2000>.

### المواقع الإلكترونية :

1-أ م أسعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد (دراسة قانونية )، مجلة القادسية، كلية الحقوق، جامعة القادسية، العدد 21، سنة نشر 2014

["أسعد+فا https://www.iasj.net/iasj?func=search&template=&uiLanguage=ar&query=au%3A](https://www.iasj.net/iasj?func=search&template=&uiLanguage=ar&query=au%3Aضل+منديل)

2-د/أحمد فاضل، دستور العراق 2005 ودوره في حماية مبدأ المساواة، مجلة ديالى، جمهورية العراق، العدد 41، سنة 2009.

<https://www.iasj.net/iasj?func=search&template=&uiLanguage=ar&query=%D8%A3%D8%AD%D9%85%D8%AF+%D9%81%D8%A7%D8%B6%D9%84+%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1+%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A7%D9%82+2005&x=0&y=0-3-->

<https://www.iasj.net/iasj?func=search&template=&uiLanguage=ar&query=3>



4-ماريا إسكندر البدرى - التقاضي والمحاكم الإلكترونية – الحوارالمتمدن، العدد 2483 2008/12/2

المحور دراسات وأبحاث قانونية، على الرابط الإلكتروني :

-www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=155127&nm=1

- [https://fr.wikipedia.org/wiki/Andr%C3%A9\\_de\\_Laubad%C3%A8re](https://fr.wikipedia.org/wiki/Andr%C3%A9_de_Laubad%C3%A8re)

5- مصطفى بن لطيف،مناظرة الدخول إلى المرحلة العليا (مراجع لإعداد الاختبار الكتابي في الاختصاص بالنسبة لحاملي الشهادة الوطنية لمهندس )-القانون «المحور 2: المؤسسات الإدارية والقانون الإداري » المدرسة الوطنية للإدارة، الوزارة الأولى، الجمهورية التونسية،2007، ص 96.  
على الرابط الإلكتروني :

[www.ena.tn/wp-content/uploads/2018/05/DroitAxe2.pdf](http://www.ena.tn/wp-content/uploads/2018/05/DroitAxe2.pdf)

7- / د عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري (النشاط الإداري )، قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة الدانمارك، ص 56. على الموقع الإلكتروني للأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك. على الرابط الإلكتروني :

<http://www.ao-academy.org/ar/2009/10/2132.html>

8- البناء والتشغيل والتحويل BOT-8 /أ/عبد اللطيف نايف، دراسة في عقود التزام المرافق العامة) على الرابط الإلكتروني : (نقل الملكية)

9-<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%83%D9%88%D8%A>

10-أ/ نويري عبد العزيز، عقود التزام المرافق العامة (Bot) ( أنواعها وطرق الاستفادة منها )، ورقة عمل الجزائر - عقود الBOT.docx المركز العربي للبحوث القانونية المرجع السابق، - على الرابط الإلكتروني [https://carjj.org/sites/default/files/.../wrq\\_ml\\_ljzr\\_-\\_qwd\\_l\\_bot.do](https://carjj.org/sites/default/files/.../wrq_ml_ljzr_-_qwd_l_bot.do).

11 - أ/محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات ال (B.O.T) مع التعرض لتجارب عربية. على الرابط الإلكتروني :

[www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed\\_Yossef/Research\\_Other/PDF/009.pdf](http://www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed_Yossef/Research_Other/PDF/009.pdf)

12-قانون رقم 218 - صادر في 13/5/1993 الإجازة لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية اجراء استدراج عروض عالي لتحقيق مشروع النظام الراديو خليوي الرقمي معيار ج. أس. أم أو ما يعادله، مجلس النواب الجمهورية اللبنانية على الرابط الإلكتروني :

<https://www.lp.gov.lb/Resources/Files/803921f4-f553-4196-a3ef-3d402c306b2a.doc>

<https://www.fanarrealty.com/istanbul-grand-airport-iga/-13>

14-أ/د مازن ليلو راضي،د/علي يونس إسماعيل، التطور الحديث في المبادئ الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، الإصدار 5، سنة 2017، ص8.  
على الرابط الإلكتروني :

<https://www.iasj.net/iasj?func=search&template=&uiLanguage=ar&query>

=&المبادئ+في+التطور+الحديث&y x=0

15-أ د/ ماهر صلاح علاوي الجيوري، نوعية الخدمة أو جودة خدمة المرفق العام، المبدأ الرابع (الجديد) من المبادئ التي تحكم المرافق العامة، على الرابط الإلكتروني :

<https://www.iasj.net/iasj?>

16-م/ فارس عبد الرحيم، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار، مجلة المحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق  
ص 227 على الرابط الإلكتروني :

<https://www.iasj.net/iasj?...%22> فارس20%عبد20%الرحيم20%حا

17-أ/ سامر أحمد موسى، إضراب العاملين في المرافق العامة دراسة في النظام القانوني الفلسطيني والفرنسي والجزائري على الرابط الإلكتروني :

[www.eastlaws.com](http://www.eastlaws.com)

[www.abonaf-law.com/download/GalleryServices/35\\_law%201.pdf](http://www.abonaf-law.com/download/GalleryServices/35_law%201.pdf)

18-د/راشد بن حمد البلوشي، مبدأ المساواة كأحد ضمانات المحاكمة المنصفة في النظام الأساسي لسلطنة عمان، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء.

على الرابط الإلكتروني: [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53)

19-أ/ميثم حسين الشافعي، مبدأ المساواة كضمان للحقوق والحريات العامة، كلية العلوم الإسلامية مجلة الباحث، المجلد 2، العدد 02، جامعة كربلاء، العراق، سنة 2012. على الرابط الإلكتروني :

<https://www.iasj.net/iasj?func=article&ald=62273> deميثم حسين الشافعي2012-

20-د/ علي حمزة عسل الخفاجي، د/علي هادي حميدي الشكراروي، مبدأ المساواة في الدستور العراقي لعام 2005، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء.

على الرابط الإلكتروني: [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53)

21-د/ منصور عبد السلام الصرايرة، الحماية القانونية لمبدأ المساواة في العمل : دراسة مقارنة، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 335. على الرابط الإلكتروني :

[www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53)

22-د/ مصطفى بن حمو أرشوم، " حقوق الإنسان في الوثائق الإسلامية "، ورقة بحثية للمشاركة في ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان بعنوان الفقه الإسلامي، المشترك الإنسان والمصالح تحت محور

حقوق الإنسان في المواثيق الدولية والفقهاء الإسلامي، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة - الجزائر 1435هـ / 2014م

74. على الرابط الإلكتروني: [https://www.mara.gov.om/nadwa\\_new/wp-content/.../10\\_2.docx](https://www.mara.gov.om/nadwa_new/wp-content/.../10_2.docx)

23-أ/ مصطفى فؤاد الخصاونة، مشروعية القيود الواردة على مبدأ المساواة في القانون الأردني والشريعة الإسلامية،، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 313.. على الرابط الإلكتروني :

[www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53)

24-د/جهد محمد عليان الكسواني، الحماية الجزائية للحق في المساواة أمام القانون، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، المرجع السابق، ص 335-336. على الرابط الإلكتروني :

[www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53)

25-د/ عبد الباسط علي الزبيدي، د/محمد يونس الصائغ، أ/محمد فوزي زيدان، وسائل تحقيق العدالة الضريبية، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 213. على

الرابط الإلكتروني: [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53)

<http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/-الولاية-469-ندوة-فخامة-رئيس-الجمهورية-مع-رؤساء-المجالس-الشعبية-البلدية-سياسة-التنمية-المحلية-21-يوليو-سنة->

<http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/-الولاية-469-ندوة-فخامة-رئيس-الجمهورية-مع-رؤساء-المجالس-الشعبية-البلدية-سياسة-التنمية-المحلية-21-يوليو-سنة->

<http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/-الولاية-469-ندوة-فخامة-رئيس-الجمهورية-مع-رؤساء-المجالس-الشعبية-البلدية-سياسة-التنمية-المحلية-21-يوليو-سنة->

<http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/-الولاية-469-ندوة-فخامة-رئيس-الجمهورية-مع-رؤساء-المجالس-الشعبية-البلدية-سياسة-التنمية-المحلية-21-يوليو-سنة->

27-عصرنة المرفق العام :

<http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/ملفات/242-عصرنة-المرفق-العام.html>

28-مداخلة السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية بمناسبة الاحتفال بالذكرى الخمسين للبلدية الجزائرية لما بعد الاستقلال

<http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/-الولاية-469-ندوة-فخامة-رئيس-الجمهورية-مع-رؤساء-المجالس-الشعبية-البلدية-سياسة-التنمية-المحلية-21-يوليو-سنة->

تصريحات/1421-مداخلة-السيد-وزير-الداخلية-والجماعات-المحلية-بمناسبة-الاحتفال-بالذكرى-الخمسين-للبلدية-الجزائرية-لما-بعد-الاستقلال.html

<https://edcarte.poste.dz/ar/terms.html>-29

- 30-أ/رمزي محمد، المحكمة الإلكترونية في تونس، حلم مشروع على الرابط الإلكتروني :  
<http://www.kadhanews.com/index.php/2014-01-27-23-23-04/item/4590-2016-11-16-08-52-45>
- 32-أ/ إسماعيل صعصاع البديري، فكرة التخصيصية في المرافق العامة، مجلة جامعة بابل، جامعة بابل، العراق، المجلد 14، العدد 02، سنة 2007. على الرابط الإلكتروني :  
<https://www.iasj.net/iasj?func=article&ald=37496> de إسماعيل صعصاع البديري 2007 -
- 33-أ/عبد الوهاب برتيمية، مداخله مبدأ استمرارية المرفق العام والحق في الإضراب، مداخله في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الأول الموسوم ب المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية -:مخبر الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة.. على الرابط الإلكتروني : [www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/\\_docx](http://www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/_docx)
- 34- فيصل بن حليلو، مداخله :إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من خلال المرفق العام، مداخله في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الأول الموسوم ب المرفق العمومي في الجزائر و رهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية -:مخبر الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة.. على الرابط الإلكتروني :  
[www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/\\_docx](http://www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/_docx)
- 35-د/ مازن راضي ليلو، القانون الإداري. منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، طبعة الثالثة لسنة 2008.. على الرابط الإلكتروني :  
<https://www.ao-academy.org/ar/2017/5/3080.html>
- 36- أحسن عمروش، مداخله ماهية المرفق العام، الملتقى الدولي المرفق العام في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن، دراسة قانونية وعملية، مداخله في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الأول الموسوم ب المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية -:مخبر الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة.. على الرابط الإلكتروني :  
[www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/\\_docx](http://www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/_docx)
- 37-CHIRON-ESCALLIER La notion de service public et ses évolutions Publié le 13 novembre 2007 par JÃ©rÃ©mie  
[thesededroit.over-blog.com/article-13773300.html](http://thesededroit.over-blog.com/article-13773300.html)  
La notion de service public et ses évolutions.
- 38- أ/د/ محمد الشافعي أبوراس، القانون الإداري. على الرابط الإلكتروني :  
[www.pdfactory.com](http://www.pdfactory.com)

39- حميس معمر، الإطار التاريخي و المفاهيمي للمرفق العمومي (التطور التاريخي)، مداخلة في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الأول الموسوم ب المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية و عملية -:مخبر الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة..  
على الرابط الإلكتروني:

[www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/\\_docx](http://www.univ-km.dz/LABORATOIRES/OECnew/files/_docx)

40- نادية بوبكر، المرفق العام بعد الاستقلال في الجزائر، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة خميس مليانة. على الرابط الإلكتروني :

<http://ecole-doc.alamontada.com/t2-topic>

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/.../constitution\\_arabe.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/.../constitution_arabe.pdf)

42-د/برهان زريق، عيب الشكل في القرار الإداري، وزارة الإعلام السورية، سوريا، الطبعة الأولى لسنة 2017، ص 73-74-75. على الرابط الإلكتروني

[www.zraik.info/downloads/post-96.pdf](http://www.zraik.info/downloads/post-96.pdf)

43-د/علي حسن محمد الطوالبة، حق المساواة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، مركز الإعلام الأمني. على الرابط :

[https://www.policemc.gov.bh/.../4e086770-7aec-49a8-9d88-b9441d0b1a00\\_l20%حق...](https://www.policemc.gov.bh/.../4e086770-7aec-49a8-9d88-b9441d0b1a00_l20%حق...)

44-أ/م/د عارف صالح مخلف، أ/م/د علاء حسين علي، عقد البوت (دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد الأول، بدون سنة نشر.

<https://www.iasj.net/iasj?func=search&template=&uiLanguage=ar&query>.

45/عكرمة سعيد صبري، عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف في المرافق العامة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، الدورة التاسعة عشرة، ص 02. على الرابط الإلكتروني :

[efpedia.com/.../d8b9d982d8af-d8a7d984d8a8d986d8a7d8a1-d988d8a7d984d8aad8...](http://efpedia.com/.../d8b9d982d8af-d8a7d984d8a8d986d8a7d8a1-d988d8a7d984d8aad8...)

46- /أبوبكر أحمد النعيمي، مبدأ الصلاحية في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة)، بحث في إطار فعاليات مؤتمر كلية الحقوق الدولي الثاني الموسوم بمبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية (2-3 نيسان 2014)، جامعة الإسراء، ص 12، على الرابط الإلكتروني :

اطلع عليه بتاريخ [www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53](http://www.iu.edu.jo/index.php/ar/conferences.../2015-08-26-18-56-53)

. 2018/12/29

# فهرس المحتويات

# فهرس المحتويات

شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

01	.....مقدمة
7	.....الباب الأول: التأصيل الفقهي للمرفق العام
10	.....الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمرفق العام
11	.....المبحث الأول: ماهية المرفق العام
12	.....المطلب الأول: مفهوم المرفق العام
14	.....الفرع الأول: تعريف المرفق العام حسب المدلولين الشكلي والموضوعي
23	.....الفرع الثاني: العناصر الأساسية للمرفق العام
31	.....المطلب الثاني : أنواع المرافق العامة
32	.....الفرع الأول: أنواع المرافق العامة بالنظر إلى طبيعة نشاطها
	.....الفرع الثاني: التصنيفات الأخرى للمرافق العامة (أنواعها بالنظر إلى نطاق اختصاصها وأداة إنشائها وتمتعها بالشخصية المعنوية)
46	.....المبحث الثاني: التطور القانوني للمرفق العام في الجزائر
52	.....المطلب الأول: المراحل التشريعية للمرفق العام في الجزائر
53	.....الفرع الأول: من حيث نشأة المرفق العام
54	.....الفرع الثاني: من حيث تنظيم المرافق العامة
62	.....المطلب الثاني : إنشاء وإلغاء المرافق العامة في الجزائر
67	.....الفرع الأول : إنشاء المرافق العامة في الجزائر
68	.....الفرع الثاني: إلغاء المرافق العامة في الجزائر
78	.....

## الفصل الثاني: النظرية العامة للمرفق العام من حيث المبادئ (النظام القانوني الموحد للمرافق

- 83.....(العامة)
- 84.....المبحث الأول: مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
- 87.....المطلب الأول: الضمانات القانونية لمبدأ استمرارية المرفق العام.
- 89.....الفرع الأول: التنظيم القانوني للإضراب.
- 104.....الفرع الثاني: التنظيم القانوني لاستقالة الموظفين في المرافق العامة.
- 111.....الفرع الثالث: عدم جواز حجز على أموال المرفق العام.
- 115.....المطلب الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ استمرارية المرافق العامة.
- 116.....الفرع الأول: نظرية الموظف الفعلي.
- 126.....الفرع الثاني: تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود المرافق العامة.
- 135.....المبحث الثاني: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة.
- 137.....المطلب الأول: مفهوم مبدأ المساواة.
- 138.....الفرع الأول: أساس مبدأ المساواة.
- 146.....الفرع الثاني: أنواع المساواة.
- 152.....المطلب الثاني: صور مبدأ المساواة.
- 152.....الفرع الأول: المساواة في الحقوق والحريات العامة.
- 161.....الفرع الثاني: المساواة في التكاليف والأعباء العامة.
- 165.....المبحث الثالث: مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير.
- 166.....المطلب الأول: مكانة مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير في التشريع الجزائري.
- 167.....الفرع الأول: مدلول مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير.
- 172.....الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير في التشريع الجزائري.
- 184.....المطلب الثاني: دور الإدارة الإلكترونية في تفعيل مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير.
- 185.....الفرع الأول: أثر الإدارة الإلكترونية مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير.
- 190.....الفرع الثاني: التفاضل الإلكتروني نموذج للإدارة الإلكترونية في مرفق العدالة.



201.....	الباب الثاني: أثر اختلاف طرق التسيير على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة
204.....	الفصل الأول: الأساليب التقليدية لإدارة المرافق العامة
205.....	المبحث الأول : المؤسسة العامة كأسلوب لتسيير المرافق العامة
206.....	المطلب الأول: ماهية أسلوب المؤسسة العامة
207.....	الفرع الأول: مفهوم المؤسسة العامة
215.....	الفرع الثاني: خصائص المؤسسة العامة وتمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها
224.....	المطلب الثاني : التنظيم القانوني للمؤسسة العامة في التشريع الجزائري
225.....	الفرع الأول : أنواع المؤسسات العمومية
245.....	الفرع الثاني : إنشاء وإلغاء المؤسسات العامة
254.....	المبحث الثاني : عقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة
255.....	المطلب الأول: ماهية عقد امتياز المرفق العام
255.....	الفرع الأول: مفهوم عقد امتياز المرفق العام
264.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام
269.....	المطلب الثاني : التنظيم القانوني للامتياز
270.....	الفرع الأول : أركان وإجراءات منح الامتياز
283.....	الفرع الثاني : نهاية و آثار عقد الامتياز
301.....	الفصل الثاني: الطرق الحديثة لإدارة المرافق العامة
303.....	المبحث الأول: عقود تفويض المرفق العام
304.....	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لعقود تفويض المرفق العام
304.....	الفرع الأول: مفهوم تفويض المرفق العام
314.....	الفرع الثاني: أسس وأنواع عقود تفويض المرفق العام
224.....	المطلب الثاني: التنظيم القانوني لتفويض المرفق العام في الجزائر(الأحكام والتطبيقات القانونية )
327.....	الفرع الأول: تفويض المرفق العام في ظل أحكام المرسوم 15-247
340.....	الفرع الثاني: إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في إطار المرسوم التنفيذي 18/199

352.....	المبحث الثاني: عقود البوت BOT.....
353.....	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لعقود البوت (BOT).....
354.....	الفرع الأول: مفهوم عقود البوت (BOT).....
362 .....	الفرع الثاني: صور وأطراف عقود البوت (BOT).....
370.....	المطلب الثاني: المراحل التي يمر بها عقد البوت (B.O.T) وتطبيقاته.....
370.....	الفرع الأول: المراحل التي يمر بها عقد البوت (BOT).....
380.....	الفرع الثاني: الدلالات التطبيقية لنظام عقود البوت (BOT) (تجارب دولية).....
394 .....	خاتمة.....
400.....	قائمة المراجع.....

## Summary

Treating the Subject as a doctoral thesis entitled the legal regime of Public Utilities between Unity and diversity as a legal issue its scope the administrative law and in particular administrative activity on the side of the Utility.

The basis of This research topic is problematique study that could not find the law which brings together all kinds of utilities ,as it highlights the problematic legaly controversial issue surrounds the relationship between fikh and justice and the law in finding solution and alternartive for this problem .

The idea to be processed is on the whole the general public utility and in particular the legal system of public utilities and that refer to serveral most important consideration for the site occupied by the public utility theory as attachmant theory occupies a central role in drafting the provisions of administrative law over the past century ;despite the criticismes addressed mainly those based on lacke of unity of the legal regime governing public utilities ,whether due to the different nature of the administrative utilities and commercial and industrial , or was due to the introduction of certain methods of private law in the management of public utility through addressing the special legal system and especially for public utilities , in other words the study of the common legal system and the basic legal system for each utility .

As well as the legal system of the unified public utilities , which governs all public utilities on the amous law code of Rolland and general principles of law are those which are the result of fikh and justice since these principles are derived from the judicial proceedings these latter's jurisprudence joint minimum utilities .

The Federation of all public utilities in the basic rules and general provisions find application in various fields of activity and which made up her mini law jurisprudence termed the utilities agreed to all of the principles of justice and today take for garanted in the theory .it should be noted that Algerian Lawmaker sought to reflect these principles and dedication ,trying to give legal foundation derive their existence and ensure legislative dynamics applied on the ground ,the age of many texts that have addressed these principles and these texts numerous and varied nature constitutional,legislative and regulatory ones .

And the study of effect of ways en the multiplieity of the legal system of public utilities and this through the study traditional methods of managing public facilities in two models :the public institution and privilege as well as the resent methods in two : The Methods of delegating contract of construction and operating and conversion or the BOT

## ملخص الأطروحة باللغة العربية:

يعالج الموضوع أطروحة دكتوراه الموسوم بالنظام القانوني للمرافق العامة بين الوحدة والتعدد إشكالية قانونية مجالها القانون الإداري وعلى وجه الخصوص النشاط الإداري في الجانب الخاص بالمرفق العام .

أساس البحث في هذا الموضوع هو دراسة إشكالية تعذر إيجاد قانون يجمع جميع المرافق العامة على اختلاف أنواعها، إذ أنه يسلط الضوء على إشكالية أثارت جدلا قانونيا فالموضوع يحيط بالعلاقة بين كل من الفقه والقضاء والقانون في إيجاد الحلول والبدائل لهذه الإشكالية .

الفكرة المراد معالجتها هي على العموم المرفق العام وعلى الخصوص النظام القانوني للمرافق العامة وهذا راجع إلى عدة اعتبارات أهمها الموقع الذي تشغله نظرية المرفق العام باعتبارها تشغل مكانا محوريا في صياغة أحكام القانون الإداري طوال القرن الماضي رغم ما وجه إليها من انتقادات أهمها تلك التي تستند إلى عدم وحدة النظام القانوني الذي تخضع له المرافق العامة سواء كان مرد ذلك إلى اختلاف طبيعة المرافق الإدارية منها وتلك الصناعية والتجارية أو كان مرد ذلك إلى الأخذ ببعض أساليب القانون الخاص في إدارة المرفق العام من خلال التطرق للنظام القانوني الخاص والأخص للمرافق العامة بمعنى آخر دراسة النظام القانوني المشترك والنظام الأساسي لكل مرفق .

وكذا التطرق للنظام القانوني للمرافق العامة الموحد الذي يحكم جميع المرافق العامة على حد سواء القانون الشهير بقانون رولان Loi de Rolan وهي تلك المبادئ القانونية العامة والتي هي نتاج عن الفقه والقضاء باعتبار أن هذه المبادئ مستقاة من أحكام قضائية هذه الأخيرة تمثل الحد الأدنى المشترك بين المرافق العامة المختلفة وهي اتحاد جميع المرافق العامة في قواعد أساسية وأحكام عامة تجد تطبيقها في شتى ميادين النشاط وهو ما يصطلح عليها بالقانون المصغر وفي الفقه بقانون المرافق العامة وهذه المبادئ اتفق عليها كل من الفقه والقضاء وأضحت اليوم من المسلمات في نظرية المرافق العامة .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري سعى إلى تجسيد هذه المبادئ وتكريسها محاولا إعطاؤها أسسا قانونية تستمد منها وجودها وديناميكيات تشريعية تضمن تطبيقها على أرض الواقع، فسن العديد من النصوص التي عالجت هذه المبادئ وقد تعددت هذه النصوص واختلفت طبيعتها فمنها الدستورية والتشريعية والتنظيمية .

ودراسة أثر طرق التسيير على تعدد النظام القانوني للمرافق العامة وذلك من خلال دراسة الأساليب التقليدية لإدارة المرافق العامة في نموذجين ألا وهما أسلوبا المؤسسة العامة والامتياز، وكذا الأساليب الحديثة في نموذجين هما أسلوبا عقد تفويض المرفق العام وعقد البناء والتشغيل والتحويل أو عقد البوت BOT.

### **Résumé :**

Le présent objet traité dans le contenu du présent doctorat est lié à l'organisation juridique des services publics entre l'unicité et la pluralité, et leur impacte dans le droit administratif et plus particulièrement l'activité administrative dans le domaine privé dans le service public.

Le fondement dans cette recherche du présent objet, c'est l'étude de la problématique face à l'inexistence de loi regroupant l'ensemble des services publics dans leur diversité et cela permettra de mettre toute la lumière sur cette influence et qui a soulevé un quiproquo judiciaire concernant la relation entre la jurisprudence et la justice et la loi quant à la recherche d'un consensus et les solutions palpable.

L'idée donc à étudier c'est en général le service public est partiellement l'organisation judiciaire des services publics et ceci est lié à divers considérations, dont la plus importante, reste à déterminer le lien qui occupe la théorie de le service public à cause de son importance et au rôle primordial dans l'élaboration des principes du droit administratif auquel sont assujettis.

Les services publics que ce soit par rapport à la diversité dans la matière des services publics administratives industrielle et commerciales ou en rapport avec les styles du droit privé dans la gestion de le service public à travers l'élaboration du système juridique privé et plus particulièrement.

Les services publics en d'autre formes ; l'étude de l'organisations judiciaire collectives et le système fondamentale de chaque service public et c'est aussi l'accès au système juridique des services publics et ce concernant l'ensemble des services publics dans un autre sens l'étude du système juridique collectif et l'organisation fondamentale de chaque services public.

L'étude du système juridique des services publics unies et qui coiffé l'ensemble des services publics conformément à la célèbre loi ROLAND dans les principe juridique sont liés à leur production par la jurisprudence et la justice.

Les principes sont tirés à partir des jugements prononcés par le tribunal judiciaire et qui constituent les minimums collectifs entre les services publics différents. Cette option vise à unifier l'ensemble des services publics dans leur règles essentielles et leur principes généraux et qui sont applicables fans les divers domaines et sont qualifiés sur le plan de la terminologie concernée étant une loi réduite et dans la jurisprudence comme étant la loi des services publics, les principes sont acceptés aussi bien par la justice que par jurisprudence et représentent aujourd'hui à un acquis dans la construction de la théorie des services publics.

Il est à rappeler que le législateur algérien a eu recours pour concrétiser les principes de les mettre en pratique afin de leur donner des fondements et des assises de droit afin de garantir leur donner des fondements et des assises de droit afin de garantir leur application dans la réalité.

Ceci a donné lieu à la naissance de plusieurs textes bien que leur nature de diversifiés, il y a ceux qui sont eu rapport avec la construction, la législation on organiques.