

## واقع النظام القانوني للمرافق العامة في ظل سياسة الخصوصية\* أ/ مدون كمال- أستاذ مساعد "أ"- بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ابن خلدون/ تيارت

### ملخص:

إن ظهور العولمة الاقتصادية كظاهرة كونية جديدة ، والتي تجسدت في زيادة التفاعل و الاندماج بين الأنشطة الاقتصادية في مختلف دول العالم ، وارتبطت بسيادة اقتصاد السوق فإذا هذا الارتباط بدوره يثير قضية العلاقة بالدولة وتأثير ذلك على المرفق العام عامة.

وإن من وسائل الاقتصاد الحر ظهور ما يسمى بالخصوصية التي تسارعت الدول المتقدمة كبريطانيا وفرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية ثم لحقتها الدول النامية أو دول العالم الثالث ، إلى أن أصبحت ظاهرة تبنتها كل دول العالم كأساس لتحقيق النمو الاقتصادي و التنمية الاجتماعية ، فكانت البداية بالمرافق الاقتصادية غير الناجحة فقط ثم توسعت إلى مجالات أخرى اقتصادية وإدارية واجتماعية.

غير أن الخصوصية و باعتبارها دخیل على النظام القانوني للمرافق العامة ورغم تقييدها لدور الدولة في المجال الاقتصادي غير أنها لم تستطع القضاء أو تجاوز المبادئ الأساسية التي يتركز المرفق العامة والمتمثلة في مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، ومبدأ استمرارية المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف .

### Résumé:

La mondialisation économique comme nouvelle forme de globalisation s'est concrétisée par l'interaction et la fusion entre les activités économiques dans les différents pays .Elle est liée à l'économie du marché .Mais cette relation pose le problème de son lien avec l'Etat et son impact sur le service public d'une manière générale.

L'un des moyens de l'économie libre est la privatisation à laquelle se sont précipités les pays développés comme les Etats unis l'Angleterre ,et la France et aussi des pays sous développés de tel sorte qu'elle devient un phénomène adopté par les Etats pour la réalisation du développement économique et sociale .Le début concernait les services économiques non rentables et puis le phénomène s'est élargi à des domaines administratives ,économiques ,et sociales .

Mais la privatisation est étrangère au régime juridique des services publics et malgré sa limitation du rôle de l'Etat ,elle n'a pas pu éliminer ou dépasser les principes fondamentaux

\* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/02

تاريخ تحكيم المقال: 2017 /02/14

du service public, à savoir le principe d'égalité devant les services publics ,la continuité et la mutabilité du service public

## مقدمة

منذ بداية القرن العشرين وحتى منتصفه ، تعاضم دور الدولة حيث تدخلت في تقديم كثير من الخدمات ولذلك أنشأت ونظمت المرافق العامة بأنواعها سواء أكانت إدارية أو اقتصادية أو مهنية وكان الأمر مقصورا عليها فقط دون تدخل أو مشاركة القطاع الخاص . فكان ذلك راجعا لأحداث متمثلة في التغيرات التي واكبت الحرب العالمية الأولى والكساد الاقتصادي الكبير الذي أصاب معظم دول العالم فضلا عن نشوب الحرب العالمية الثانية وما خلفته من دمار استدعى قيام الدولة بأعمال التعمير والبناء وإعادة الحياة إلى الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية في البلاد. ومع انتهاء عقد الثمانينات وبداية التسعينات من القرن الماضي شهد العالم عددا من المتغيرات السياسية و الاقتصادية التي أعادت صياغة دور الدولة من جديد .

هذه التراكبات أدت إلى بزوغ ما يسمى بظاهرة العولمة، والتي تجسدت في زيادة التفاعل و الاندماج بين الأنشطة الاقتصادية في مختلف دول العالم ، وارتبطت بسيادة اقتصاد السوق فإذا هذا الارتباط بدوره يثير قضية العلاقة بالدولة وتأثير ذلك على المرفق العام عامة. ومن وسائل الاقتصاد الحر ظهور ما يسمى بالخصوصية التي تسارعت الدول المتقدمة كبريطانيا وفرنسا و م أ ثم لحقتها الدول النامية أو دول العالم الثالث إلى أن أصبحت ظاهرة تبنتها كل دول العالم- إلا كوريا الشمالية كأساس تحقيق النمو الاقتصادي و التنمية الإجتماعية ، فكانت البداية للمرافق الاقتصادية غير الناجحة فقط ثم توسعت إلى مجالات أخرى اقتصادية وإدارية واجتماعية .

ومن خلال هذه نطرح الإشكالية التالية ما أثر الذي تخلفه الخصوصية على النظام القانوني للمرافق العامة لاسيما المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة ؟

وسيمم الإجابة على هذه الإشكالية بمناقشة: الإطار القانوني لمفهومي الخصوصية والمرفق العام في المبحث الأول، وأما الثاني يتطرق إلى أثر الخصوصية على المبادئ التي تحكم سير المرفق العام.

### المبحث الأول : الإطار القانوني لمفهومي الخصوصية والمرفق العام.

قبل التطرق لأثر الخصوصية على النظام القانوني للمرافق العامة ، لابد أولا من تحديد الإطار القانوني لكل من الخصوصية كمفهوم جديد دخيل على القانون الإداري ، وكذلك التعرف على المرفق العام الذي هو نواة نشاط الدولة الهادف إلى تحقيق المنفعة العامة.

### المطلب الأول : مفهوم الخصوصية

سيتطرق هذا المطلب إلى التطور التاريخي للخصوصية ، ثم تناول تعريف هذا المصطلح من الناحية الفقهية والتشريعية .

## الفرع الأول : تاريخ الخوصصة

يرجع بعض الفقه فكرة الخوصصة ، والتي تهدف إلى التحول نحو نمط الإنتاج الخاص إلى ابن خلدون ، عندما تحدث عن أهمية اضطلاع القطاع الخاص بالإنتاج منذ أكثر من ستمائة عام ، قد أنكر ابن خلدون على الدولة القيام بأعمال هي من صميم أعمال القطاع الخاص ، وأفرد عنواناً في كتابه المقدمة خاصاً في أن التجارة مع السلطان مضرّة بالرعايا ومفسدة للجباية ، ورأى ابن خلدون ان مزاحمة الدولة للرعايا تؤدي إلى اختلال السوق وتعوق الاستثمار الخاص لسببين :الأول : عجز الأفراد عن مسايرة الدولة لانعدام التكافؤ بينهم ، و الثاني : تآكل رؤوس أموال الأفراد لعدم استثمارها نتيجة لمزاحمة الدولة للأفراد<sup>1</sup> .

أما في الغرب فقد كان آدم سميث أول من دعا إلى الخوصصة ، حيث ذهب في عام 1776 ، لتدعيم فكرة الاعتماد على قوى السوق ، والمبادرة الفردية ، وذلك من اجل التخصص وتقسيم العمل وبالتالي تحقيق الكفاءة الاقتصادية<sup>2</sup> . وفي ضوء هذه الأفكار ظهر الاقتراح المؤيد للخوصصة من جرمي بنتام في كتابه بانوبيتكون عام 1791 بإسناد السجون إلى الخواص بواسطة العقود، وقد أثر هذا الاقتراح على تصميم مباني السجون وإدارتها<sup>3</sup> .

وبالنسبة لدول العالم الثالث فإن جانباً من مفكرتها واقتصاديات يتساءل عن جدوى الاستمرار في تعظيم دور الدولة إلى الحد الذي أصبحت فيه غير قادرة على ممارسة وظائفها الحيوية التقليدية فضلاً عن وظائفها الإنتاجية خاصة في ظل عجز مزمّن ميزانيتها العامة وركز أنصار الخوصصة على دورها في زيادة مستوى الكفاءة الاقتصادية وتحقيق التنمية التي عجز عن القيام بها القطاع العام<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - المقدمة لابن خلدون ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ص ص 286 ، 281.

<sup>2</sup> - ستيف هانكي ، ضرورة حقوق الملكية ، مؤتمر تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص والتنمية الاقتصادية والذي عقد في واشنطن سنة 1986 ، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، دار الشروق ، القاهرة ، 1990 ، ص 51. نقلاً عن عبد الله حسن رمضان حسن ، مرجع سبق ذكره ، ص 17.

<sup>3</sup> - وهذه المرحلة لم تقتصر على هذه المقترحات بل سبقتها أول عملية للخوصصة في العالم وكانت بالولايات المتحدة الأمريكية عندما سمحت بلدية نيويورك لشركة خاصة للقيام بأعمال النظافة لشوارع المدينة عام 1676 في حين أنها كانت تعد من الخدمات العامة التي يضطلع بها مؤسسة حكومية. ومن المؤكد أن هناك الكثير من الحالات والتجارب التي شارك فيها القطاع الخاص الحكومة في تقديم الخدمات العامة في فترات زمنية قديمة ن ولكنها تمت قبل بلورة الخوصصة كنهج أو برنامج حيث تعبر عن منطلقات إيديولوجية سياسية اقتصادية في إعادة توزيع الأدوار بين القطاعين العام والخاص ماجد بن عبد العزيز الفهيدان خصخصة قطاع النقل وانعكاساتها على الأمن الوطني ، رسالة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2008. ص 37

<sup>4</sup> - حسن رمضان حسن ، مرجع سابق ، ص 19.

## الفرع الثاني : تعريف الخصخصة

يستخدم الباحثون عدة مصطلحات للدلالة على عملية الخصخصة<sup>5</sup> privatisation - إن كلمة privatization في اللغة الإنجليزية، هي اسم مشتق من الصفة privat ومعناها " الخاص " لذلك نلاحظ أن معظم الترجمات العربية مشتقة من كلمة خاص كالخصخصة والخصخصة<sup>6</sup> ولعل هذين المصطلحين هو أكثر الاصطلاحات شيوعاً في الاستخدام . غير أن مصطلح الخصخصة<sup>7</sup> تأخر في الظهور، حيث ظهر أول مرة في الطبعة التاسعة لمعجم ويب شارس نيوكو ليجيت سنة 1983<sup>8</sup> .

وللخصخصة<sup>9</sup> مفهوميين ضيق وواسع ، إذ يرى بعض الفقه أن الخصخصة تعني بمفهومها الضيق نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص، و تعني كذلك انتقال النشاط أو القطاع من الرقابة أو الملكية العامة إلى القطاع الخاص<sup>10</sup> . ولقد عرف التحول إلى القطاع الخاص بأنه تقليص لدور الدولة في الاقتصاد ومن الواضح أن هذا التعريف يتركز على حقيقة إن التحول إلى القطاع الخاص هو وسيلة لدعم القطاع الخاص وتقليص دور القطاع العام<sup>11</sup> .

أما المفهوم الواسع فيقصد بها " تشجيع الإدارة الخاصة للمرافق العامة مع الاحتفاظ بملكيتها للقطاع الحكومي لاسيما عن طريق عقود الامتياز والتأجير والإدارة المحددة المدة " .فالخصخصة بهذا المعنى لا تعدو أن تكون

<sup>5</sup> - يرى علماء اللغة في تحديد المعنى المصدرى للإحداث ، استخدام صيغتي التفعيل والفعلة ، والصيغة الأولى كالتعميم والتخصيص ، على وزن تفعيل ، أما الصيغة الثانية بوزن فعلة ، كالتخصخصة وعلى ذلك فإن الاصطلاحين : التخصيص والخصخصة ، صحيحان من الناحية اللغوية. أحمد محمد محرز ، النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى القطاع الخاص-الخصخصة-، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، 2009 ، ص 5.

<sup>6</sup> - محمد فتوح محمد عثمان ، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام ، مجلة العلوم الإدارية ، المعهد الدولي للعلوم الإدارية ، مصر ، السنة السابعة والثلاثون ، العدد الأول ، يونيه 1995 ، ص 9 .

<sup>7</sup> - كذلك ، إست خدمت كلمات وتعابير أخرى للدلالة على هذه العملية إذ يستخدم البعض كلمة "الأهنة" للدلالة على هذه العملية ، كما أن بعض الدول استخدمت مصطلحات أخرى للدلالة على هذه العملية فعلى سبيل المثال استخدمت تونس تعبير خروج الدولة من الاقتصاد والتفويت استخدمت الشيلي وسريلانكا تعبير الرأسالية الشعبية واستخدمت كوستاريكا وجايبكا تعبير الديمقراطية الاقتصادية . محمد إبراهيم علي فندي الجبوري ، النظام القانوني لتحول إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار حامد للنشر- والتوزيع ، الأردن ، 2008 ، ص ص : 18-19.

<sup>8</sup> - عجة الجبالي ، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من الاشتراكية التسيير على الخصخصة ، دار الخلوونية ، الجزائر ، 2006 ، ص 357.

<sup>9</sup> - وقد إتجه البعض إلى إستخدام تعبيرات غامضة غير مستساعة من بينها الإستخصاص ، التخصضية ، الخاصخصة والإخصاص والمخاصة والتخاصية والتخصوص والتخصو وهي كلمات ومصطلحات ناشئة عن كلمة خاص . وقد لجأ البعض إلى كلمات ومصطلحات أكثر غرابة كان من بينها البرافنة ، الافرادية ، التفويت . محسن أحمد الحضيري ، الخصخصة منهج اقتصادي متكامل لإدارة عمليات التحول إلى القطاع الخاص على مستوى الإقتصاد القومي ، والوحدة الاقتصادية مكتبة الأنجلوا المصرية ، القاهرة ، طبعة سنة 1993 ، ص 18.

<sup>10</sup> - د أونيس ، الخصخصة : المفهوم ، الأساليب ، التحديات ، التجارب ، حالة الجزائر ، مؤتمر تحديات التنمية وتحديث الإدارة في الوطن العربي ، طرابلس ، ليبيا ، 15-17 مارس 2004 ، ص 8.

<sup>11</sup> - محمد إبراهيم علي فندي الجبوري ، النظام القانوني لتحول إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار حامد للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2008 ، ص 20.

عملية بحث عن دور جديد للدولة في إطار علاقة الحكومة بالقطاع الخاص لكن في النهاية لا بد من تحديد مضمون ثابت ومحدد لجوهر هذه السياسة يتفق مع أهداف الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية<sup>12</sup>.

ويرى آخرون أنها العملية التي تتمثل في زيادة كفاءة إدارة وتشغيل المرافق والمشروعات العامة من خلال الاعتماد على آليات السوق والتخلص من المركزية وهو ما يعني أن الخصوصية هنا تنصرف إلى إدارة المرافق والمشروعات وفقا لعقود الإدارة من القطاع الخاص على أن تحتفظ الدولة بملكيتها للمشروعات والمرافق العامة.

ويمكن تعريفها كذلك على الوجه التالي: بأنها " سياسة تقوم بها الدول لنقل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص يحكمها إطار قانوني منظم بغرض تحقيق أهدافها السياسية والاقتصادية والاجتماعية على أن يكون لها دور رقابي لمعالجة الآثار السلبية الناتجة عن هذه السياسة"، و تعتبر الخصوصية كذلك منها وأسلوبا تعتمد عليه الدول للتخلص من مشاكل البطالة والتضخم والخروج من الأزمات التي باتت تشكل تحديا خطيرا على كافة الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لهذه الدول<sup>13</sup>.

وقد حاول المشرع الجزائري طرح تعريف تشريعي لمصطلح الخصوصية حيث عرفه في الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من الأمر 22/95 على أنها " تعني الخصوصية القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد، إما في تحويل ملكية الأصول المادية او المعنوية في مؤسسة عمومية إلى أشخاص طبيعيين او معنويين تابعين للقانون الخاص ن وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كفاءات تحويل التسيير وممارسة شروطه".

وقد عرفها المشرع في الأمر 04/01<sup>14</sup> بموجب المادة 13 حيث نصت على أنه " يقصد بالخصوصية كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى الأشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية".

وتأسيسا على ذلك لا تقتصر الخصوصية في نظر المشرع على تحويل ملكية الجانب المادي او المعنوي للمؤسسة عمومية إلى أشخاص تابعين للقانون الخاص، ولكن نكون أمام خصوصية في حالة تحويل سلطة التسيير إلى هؤلاء الأشخاص في شكل عقود تسيير وهذا التوسيع لنطاق الخصوصية له ما يبرره حسب المنطلق السائد لدى السلطة والذي لا يعتبر الخصوصية مجرد عملية بيع لأصول عمومية، إنما أسلوب تقني اقتصادي الغاية منه إصلاح المؤسسة أو تحديثها، كما تقضي بذلك المادة الرابعة من الأمر 22/95 وهكذا تصبح الخصوصية حركة واعية تندرج في إطار غايات سياسة إعادة الهيكلة الصناعية، وتقويم الاقتصاد الوطني<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> وجيه إبراهيم عبده محمد غنم، أثر الخصخصة على النظام الضريبي في ظل النظم المالية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة بها، مصر، 2011، ص

22

<sup>13</sup> - وجيه إبراهيم عبده محمد غنم، المرجع السابق، ص 24.

<sup>14</sup> - الأمر 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصومتها، المنشور بالجريدة الرسمية رقم

47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001، ص 9.

<sup>15</sup> - مجلة الجليلي، المرجع السابق، ص 363.

## المطلب الثاني : مفهوم المرفق العام

المرفق العام يعتبر ركيزة أساسية في القانون الإداري لعلاقة مفهومه بالقانون الإداري تعريفاً وتطبيقاً ، وكذا علاقته الوظيفية بكل وسائل القانون الإداري المادية والبشرية والقانونية ، و تعتبر المرفق العام الوجه الإيجابي للنشاط الإداري ، إذ تسعى الإدارة من خلاله إلى تقديم خدمات عامة للأفراد ، ولذلك يقال النشاط المرفقي هو بمثابة الوظيفة الاجتماعية للإدارة ، وذلك بخلاف الوظيفة الأمنية المتمثلة في الضبط الإداري<sup>16</sup> .

وعلى سبيل التنوير إلى تعريف المرفق العام في الفرع الأول ، وعناصره في الفرع الثاني أما المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة سيتم التطرق لها في المبحث الثاني .

### الفرع الأول : تعريف المرفق العام

يعرف المرفق العام في أغلب الدراسات القانونية الإدارية وفق معيارين الشكلي أو المادي ، فالمرفق العام وفق المعيار الشكلي أو العضوي هو كل منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لإرادة هذه السلطة بقصد تحقيق حاجات جمهور العامة بطريقة منتظمة ومطرقة مع مراعاة مبدأ المساواة بين المنتفعين<sup>17</sup> ، والقانون الإداري هو قانون الإدارة العامة وعليه أصبح القانون الإداري و قانون المرافق العامة.

أما المرفق العام وفق المعيار الموضوعي أو المادي أو الوظيفي أو الموضوعي بأنه كل نشاط يحقق منفعة عامة دون النظر إلى المنظمة أو الهيئة التي تتولاه<sup>18</sup> .

ولكن كل من التعريفين غير دقيق في تحديد تعريف المرفق العام؛ فمعيار الشكلي يجعل كل منظمات مرافق عامة لكن ليس كل تصرفات التي تقوم بها الهيئات الإدارية تسعى إلى تحقيق منفعة عامة ، بمعنى أنها أنشطة لا تستهدف تحقيق النفع العام مباشرة مثل إدارة السلطة الإدارية لأموالها الخاصة التي لا تعتبر مالا عاما<sup>19</sup> ، كذلك قيام الخواص بإدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز أو التفويض ؛ فالذي يشرف على المرفق هو شخص خاص وليس إدارة عامة.

أما المعيار المادي أو الموضوعي هو كذلك غير دقيق ذلك أن النشاط الذي يستهدف المنفعة العامة ليس حكرا على الإدارة العامة فقط ، لأن هناك أشخاص خاصة سواء أكانوا أفراد طبيعيين او مؤسسات يسعون إلى تحقيق النفع العام ، مثال جمعيات التي تقدم خدمات تعليمية أو خدمات صحية هذا النشاط منفعة عامة لكن لا يمكن اعتباره مرفقا عاما<sup>20</sup> .

<sup>16</sup> - عبد الحفيظ الشبي ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2014 ، ص 341.

<sup>17</sup> - محمد فؤاد همنا ، الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة - ، مؤسسات المطبوعات الحديثة ، الإسكندرية ، مصر ، 1961 ، ص 6

<sup>18</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ص 268.

<sup>19</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ص 268.

<sup>20</sup> - لأن للمرفق العام عناصر يجب أن تتوفر فيها النفع العام أحدها لكنه غير كافي سيتم التطرق لذلك بالتفصيل في الفرع الثاني من هذا المطلب .

ومن هذا كل من معيارين يقدم جانب من مفهوم المرفق العام ولذا استقر الفقه والقضاء على ضرورة تبني معيار مزدوج يجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي ووفقاً لذلك يصبح المرفق العام هو كل مشروع<sup>21</sup> عام تنشئه الدولة بقصد إشباع الحاجات العامة<sup>22</sup>، سواء كانت إدارته عن طريق الدولة بنفسها، أو أن تعهد به للغير لإدارته تحت إشرافها أو توجيهاتها ورقابته<sup>23</sup>.

ويعرفه بعض الفقه على أنه "كل مشروع عام يستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام،...فتتولاه الإدارة العامة بنفسها مباشرة أو تعهد به إلى الأفراد يديرونه تحت رقابتها" أو هو مشروع تتولاه الإدارة، لأداء خدمة عامة<sup>24</sup>.

### الفرع الثاني: عناصر المرفق العام

من خلال التعريف السابق استنتج الفقه الإداري ثلاث عناصر أساسية يجب توفرها من أجل تحديد وجود مرفق عام.

#### أولاً : المرفق العام مشروع عام تنشئه الدولة

إما إنشاء المرافق العامة فقد نص الدستور في المادة 140 فقرتها 28 إذ جاء فيها: "بشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات التالية: 28 - إنشاء فئات المؤسسات<sup>25</sup>" ولم ينص في إي مادة أخرى من الدستور على إمكانية البرلمان إنشاء مرافق عامة أو هيئات إدارية أخرى، فمن خلال هذا يستنتج أن للبرلمان 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<sup>26</sup>.

والمقصود بفئات المؤسسات هو إنشاء نوع جديد من المؤسسات لم تكن موجودة سابقاً<sup>27</sup> وبرز مثال على ذلك استحداث مؤسسات ذات طابع العلمي والتكنولوجي نصت عليها المادة 17 من القانون 98-11 المتضمن

<sup>21</sup> - يقصد بالمشروع بصفة عامة هو كل نشاط تمارسه مجموعة بشرية توجهه وتقوم بالإشراف عليه و تسهر على تنفيذه مستعينة بوسائل مادية

وفنية وقانونية لتحقيق غرض معين، وهذا المفهوم ينطبق على المشروعات العامة والخاصة

<sup>22</sup> - ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص398

<sup>23</sup> - عبد الحفيظ الشنقي، المرجع السابق، ص 343.

<sup>24</sup> - محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 20 وما بعدها.

<sup>25</sup> - القانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ل، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016

<sup>26</sup> - قانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بقانون الولاية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 12 الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

<sup>27</sup> - القانون 01-88 القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المؤرخ في 12 جانفي 1988، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة

في 13 جانفي 1988. حيث نصت هذا القانون على 3 أنواع من المؤسسات؛ مؤسسات عمومية ذات طابع إداري، مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ومؤسسات عمومية إقتصادية.

القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي<sup>28</sup> بقولها " تنشأ مؤسسة عمومية خصوصية ذات طابع علمي وتكنولوجي لتحقيق نشاطات البحث العلمي والتطوير التكنولوجي . فقد أعطى القانون الإذن بإنشاء فئة جديدة من المؤسسات العامة ، ثم يبقى على الإدارة العامة أو السلطة التنفيذية العمل على إنشاء هذه المؤسسات من أجل تنفيذ البرامج الوطنية<sup>29</sup> .

ومن هذا يستنتج أن استحداث المرافق بصفة عامة من اختصاص السلطة التنفيذية<sup>30</sup> ويرجع السبب الأساسي في ذلك إلى المعرفة التقنية لإدارة العامة باحتياجاتها وكذا أعرف بالأساليب التي تمكنها من تحقيق أهدافها المتعلقة بالمنفعة العامة.

### ثانيا : تحقيق المنفعة العامة

يعنى هذا لا يمكن اعتبار أي مشروع مرفقا عاما إلا إذا كان يستهدف تحقيق النفع العام ، ويقصد بالنفع العام في صورته العامة ، سد حاجات عامة أو تقديم خدمات عامة للجمهور فقد تكون هذه الخدمات مادية كالترود بالمياه أو الكهرباء وقد تكون معنوية كاللعميم والأمن والصحة<sup>31</sup> .

والأصل أن المرافق العامة تقوم بأداء الخدمة العمومية دون مقابل، ومع ذلك قد تقوم بإدارة مرافق عامة نوعا من الرخ، لكن يشترط أن لا يكون الرخ هو الهدف الأساسي في إنشاء المشروع إنما الهدف الرئيسي هو تقديم الخدمة العامة ، ولا يتعارض استهداف النفع العام مع فرض رسوم مقابل الخدمة<sup>32</sup> ، مثل رسوم التسجيلات في المؤسسات الجامعية والرسوم المفروضة على الفحوصات والتحليل الطبية في المؤسسات العمومية الاستشفائية .

غير أنه وإن كان الهدف من المرفق العام هو تحقيق أكبر قدر كاف من المنفعة العامة ، وكان هو السبب الرئيسي في إنشائه ، لكن لا يعتبر عنصر المرفق العام عنصرا حاسما في تحديد المرفق العام ، إذ يجب إضافة عنصر آخر وهو وجود علاقة بين المرفق العام و السلطة العامة لتفادي فكرة المشروعات الخاصة التي تستهدف النفع العام، المدارس الخاصة للمستشفيات الخاصة ، والجمعيات التي تهتم بالفئات ضعيفة في المجتمع كالجمعيات الخاصة ذوي الاحتياجات الخاصة .

<sup>28</sup> - القانون 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998 ، يتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002 ، الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 24 أوت 1998 ، ص 7.

<sup>29</sup> - وجاء المرسوم التنفيذي 99-256 الورخ في 16 نوفمبر 1999 ، الذي يحدد كليات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها في الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 21 نوفمبر 1999 . تطبيقا لنص المادة 17 سابعة الذكر

<sup>30</sup> - كذلك يستنتج من المادة 143 من الدستور التي تنص على أن " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون . يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول " ، أنه يتجلى من هذه المادة أن المشرع الدستوري منح صلاحية للسلطة التنفيذية في إنشاء المرافق العامة وتركمها في عمومها من العمل التنظيمي للسلطة التنفيذية إلا ماتعلق بفتات المؤسسات الإستثناء المشار إليه سابقا .

<sup>31</sup> - محمد فؤاد ممنا ، المرجع السابق ، ص 9.

<sup>32</sup> - عبد الحفيظ الشبيبي ، المرجع السابق ، ص 348 وما بعدها .



### ثالثا : خضوع المرفق العام سلطة عامة

وهذا العنصر أساسي في قيام المرفق العام إذ أنه يشترط وجود علاقة تبعية بين السلطة الإدارية والمرفق المنشئ ويجب أن يخضع المرفق لتوجيهات وقرارات السلطة المنشئة ، إذ يكون الخضوع قويا والتبعية تصل على حد أن مصير إنشاء المشروع وتنظيمه والغائه بيد السلطة العامة.

و تكون العلاقة بالسلطة الإدارية مباشرة في الحالات التي تشرف فيها السلطة على إدارة المشروع بنفسها أو أن يقوم بإدارته عن طريق شخص معنوي عام باستعمال أسلوب المؤسسة العامة ، أو قد تكون غير مباشرة بان تعهد بإدارة المرفق العام إلى شخص خاص إدارة المرفق كما هو الحال بالنسبة لأسلوب الامتياز.<sup>33</sup>

### المبحث الثاني : أثر الخصوصية على المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة

من خلال هذا المبحث سيتم التطرق إلى مبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة؛ والمتمثلة في مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، ومبدأ الإستمرارية ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف ، ومدى تأثير مفهوم الخصوصية على كل مبدأ .

### المطلب الأول : أثر الخصوصية على مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

#### الفرع الأول : المقصود بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة

تعني المساواة<sup>34</sup> في صورتها المجردة عدم التمييز بين الأفراد بسبب الأصل واللغة أو العقيدة أو الجنس، فالبشر كلهم متساوون في التكاليف والأعباء العامة والحقوق والحريات العامة، لا فرق بين فرد وآخر في تحمل العبء أو التمتع بمزية معينة بسبب أوصله الاجتماعية أو ميوله العقائدية والدينية، ولكل شخص توافرت فيه الشروط التي تتطلبها القاعدة القانونية المقررة الحق أن يستفيد من الحقوق والخدمات التي ترتبها هذه القواعد<sup>35</sup>.

ثم بعد ذلك جاءت المواثيق الدولية وإعلانات الحقوق لتؤكد على أهمية مبدأ المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات العامة ، فقد نصت المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العاشر من ديسمبر 1948 على المبدأ بقولها " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز. بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر دون أي تفرقة ، كما أن لهم جميعا الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أي تفرقة بين الرجال والنساء.

كما أن قيام الدولة القانونية يعتبر شرطا لا غنى عنه في أي مجتمع ديمقراطي وضروريا ليمتتع الأفراد بحقوقهم وحرياتهم حيث بمقتضاه يصدر التشريع بقانون يحمل صفة العموم والتجريد إعمالا لمبدأ المساواة الذي يعتبر

<sup>33</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 272.

<sup>34</sup> - كلمة مساواة مأخوذة من سواء وتستعمل المساواة في اللغة في المعاني التالية التكافؤ و المشابهة و المائلة و المثل و النظير و العدل

<sup>35</sup> - محمد متولي ، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر. ، دادر النهضة العربية ، القاهرة ، مصر.

ضمانة محمة للأفراد وحجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات دون أي تمييز وتفرقة بين الأفراد بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أو أي شيء آخر يميز ما بين الأفراد<sup>36</sup>.

غير أن المساواة أمام المرافق العامة هي مساواة نسبية وليست مطلقة، فلا بد لإعمالها من أن تتوافر شروط التمتع بخدمات المرفق فحين يطلب الخدمة، وأن يكون الأفراد في ذات المركز القانوني وتتوافر بشأنهم ذات الضوابط التي فرضها القانون، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة، ولذا إذا كانت ظروف المنتفعين مغايرة من حيث المكان أو النوع أو الغرض أو كانت مغايرة من حيث البيئة أو الحالة الاجتماعية أو الثقافية كان طبيعياً أن يطلب المرفق من الراغبين الانتفاع بخدماته شروطاً خاصة تتفق وهذه الظروف المذكورة ولا تعد هذه الشروط قيدياً على مبدأ المساواة لأنها تهدف إلى الصالح العام<sup>37</sup>.

ومع ذلك "فإن هذا المبدأ لا يتعارض مع منح الإدارة بعض المزايا لطوائف معينة من الأفراد لاعتبارات خاصة كالساح للعجزة أو المعاقين بالانتفاع من خدمات مرفق النقل مجاناً أو بدفع رسوم مخفضة أو إعفاء أبناء الشهداء من بعض شروط الالتحاق بالجامعات، وإذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين بخدماته فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق على احترام القانون، إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم، فإن امتنعت الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فإن من حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبين إلغاء القرار الذي أخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب"<sup>38</sup>.

كما يمكن لطبيعة الخدمة العامة المقدمة أو طبيعة المرفق أن تكون سبباً في تقييد مبدأ المساواة، إذ تقتضي طبيعة الخدمة المقدمة حصرها على بعض الأفراد دون غيرهم وليس في ذلك إخلالاً لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة طالما كانت المساواة بين من تتوافر فيهم شروط الانتفاع بتلك الخدمة ومن ذلك تخصيص بعض المنزهات للأطفال فقط أو للأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة، أو تخصيص بعض المستشفيات لتخصصات بعينها بشرط ألا تخالف في تطبيق مبدأ المساواة بين من تتماثل مراكزهم القانونية في الانتفاع بخدماتها<sup>39</sup>.

### الفرع الثاني : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بعد الخصوصية

تعد قاعدة المساواة أمام المرافق العامة من القواعد التي يتعين احترامها بصرف النظر عن القائم على المرفق العام أو المستخدم لهذا المرفق، ، ومعنى آخر فإن قاعدة المساواة أمام المرفق غايتها وضع سائر المتعاملين في مرتبة

<sup>36</sup>- المواد 32 و34 و43 من الدستور الجزائري لسنة 2016 إذ تنص المادة 32 "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" أما المادة 41 فنصت على "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية".

<sup>37</sup> - محمد المتولي، المرجع السابق، ص 218

<sup>38</sup> د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق.

<sup>39</sup> - محمد متولي، المرجع السابق، ص 222

واحدة دون تفضيل أحد عن الآخر، ونبذ أي صورة من صور التمييز بين الأفراد حينما يكونون في مراكز قانونية متماثلة وينبغي وجود اختلافات بينهم تبرر الخروج عن قاعدة المساواة لمصلحة أي منهم<sup>40</sup>.

غير أن خصوصية تسيير مرفق عام وإشراف الخواص<sup>41</sup> على إدارته الذي ينتقل إليه عبء تنفيذ مهمة مرفق عام؛ لاسيما عندما يتعلق الأمر بمرفق تقدم خدمات أساسية للجمهور كما الحال بالنسبة لمرفقي الصحة والتعليم . ويكون أداء الشخص الخاص أو العام بنفس الطريقة أو أحسن من تلك التي كانت تدير بها الدولة المرفق . لا تمنع أو تنافي تطبيق المبادئ الدستورية التي كان يتبعها المرفق بل وبالعكس على المرفق السير على نفس الأحكام والنظم القانونية التي كان يسري عليها لاسيما فيما يتعلق بالخدمات التي يقدمها والمتنفعين منها<sup>42</sup>.

غير أنه ما يمكن استنتاجه وحتى إن كان المشرع الجزائري من خلال الأمر 04-01 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية<sup>43</sup> والنصوص التطبيقية له<sup>44</sup> ، أن اللجوء إلى الخصوصية كان الهدف الأساسي منه هو المحافظة الخدمة التي كان يقدمها المرفق العام ومحاولة ضمان الاستفادة كل المرتفقين .

وقد حرص المشرع الجزائري على ضمان قاعدة المساواة أمام المرافق العامة بعد الخصوصية والنص عليها صراحة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية<sup>45</sup> بموجب نص المادة 209 والتي تنص على " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم<sup>46</sup> .

زيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة والتكيف".

ورد في هذه الفقرة المبادئ الواجب على السلطة الإدارية مراعاتها في حالة خصوصية تسيير مرفق عام فقد نصت المادة على ضرورة تطبيق مبدأ المساواة إذ " يجب على الطرف المتعاقد معه في جميع الحالات عدم التمييز أو الانحياز دون مبرر قانوني بين الأشخاص والالتزام بالسياسة العامة للدولة لدى مباشرتها المهام المسندة إليها بموجب هذا القانون .

<sup>40</sup> - محمود أحمد سلمان البراشدي ، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصوصية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، 2009 ، ص 632.

<sup>41</sup> - يمكن أن يكون شخصا من أشخاص القانون العام .

<sup>42</sup> - محمود أحمد سلمان البراشدي ، المرجع السابق ، ص 632.

<sup>43</sup> - الأمر 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصيتها، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001 .

<sup>44</sup> \_ المرسوم التنفيذي 01 - 283 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها ، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 55 الصادرة في تاريخ 26 سبتمبر 2001.

<sup>45</sup> - المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 3 وما بعدها.

<sup>46</sup> - المادة 05 من تنص على " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم "

## المطلب الثاني : أثر الخصوصية على مبدأ استمرارية المرافق العامة.

### الفرع الأول : المقصود بمبدأ استمرارية المرافق العامة

مبدأ استمرارية المرافق العامة يعتبر من المبادئ الأساسية على الرغم من أنه لم يرد بشأنه نص في الدستور أو القانون ، لأن هذه النصوص سواء كانت واردة في الدستور أو المنخرطة في التشريع العادي أو الفرعي ، إنما تعتبر في حد ذاتها مقررّة لمبدأ أساسي من مبادئ القانون الإداري ، وليست منشأة له .

ولقد ذكر الفقه أن هذا المبدأ هو أهم المبادئ العامة التي تحكم عمل المرافق العامة وهناك من ذهب إلى أنه يعتبر القلب الذي يضخ الدم إلى بقية المبادئ وأوضح الفقه أهمية هذا المبدأ من حيث النتائج المترتبة على تطبيقه<sup>47</sup> . هذا المبدأ يتعلق بجميع المرافق العامة سواء كانت إدارية أو اقتصادية ومهما اختلفت طرق إدارتها . سواء كانت تدار بالطريق الإداري المباشر أو بطريق الالتزام ، أو طريق أخرى خلاف ذلك<sup>48</sup> .

فيمكن تصور الوضع لحظة انقطاع الكهرباء في المستشفى في أثناء قيام الأطباء بعملية جراحية لمريض والقلب أو البطن أو الرأس مفتوحا ، وكذلك الحال لو توقف مرفق نقل الطلبة المتأهبون لإجراء الامتحانات ، لا شك أن ذلك يؤدي إلى ارتباكهم واضطراب أحوالهم ، وصيهم كل غضبهم على المرفق المعهود إليه بنقلهم<sup>49</sup> .

ويترتب على المبدأ المذكور نتائج مختلفة ، تعتبر في ذاتها تطبيقا لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراب ، ومن أهمها تنظيم إضراب الموظفين ، تنظيم استقالتهم ، إقرار نظرية الموظف الفعلي ، نظرية الظروف الطارئة وحماية أموال المرافق العامة وغيرها :

### أولا : أحكام الإضراب في الجزائر :

أصبح الإضراب مسموحا به في الجزائر ؛ بعد دستور 1989 بعد تبني النظام الانفتاح الاقتصادي والتعددية الحزبية وحرية التعبير والصحافة وكذا الحقوق النقابية . فقد نص المادة 57 من الدستور الحالي على " الحق في الإضراب معترف به ، ويمارس في إطار القانون ، يمكن أن يمنع ممارسة هذا الحق ، أو يجعل حدودا لممارسته ، في ميادين الدفاع الوطني والأمن ، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع" .

و القانون 02-90<sup>50</sup> ، وضع قيودا وشروطا للممارسة للإضراب من طرف موظفي المرافق العامة ضامنا لاستمرارية تقديم خدماتها للجمهور ، على رأسها الالتزام بتقديم ما يسمى بالحد الأدنى من الخدمة بموجب نصوص المواد 37 ، 38 ، 39 و 40 حيث نصت المادة 37 على " إذا كان الإضراب يمس الأنظمة التي يمكن أن يضر انقطاعها التام استمرار المرافق العمومية الأساسية ، أو يمس الأنشطة الاقتصادية الحيوية أو تموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت والأماكن الموجودة ، فتعين تنظيم مواصلة الأنشطة الضرورية في شكل

47- فارس عبد الرحيم حاتم ، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار ، ص 220.

48 - محمد عبد الحميد ابو زيد ، منافع المرافق العامة وحماية استدامتها، المرجع السابق ، ص 308 . و محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 309.

49 - محمد ابو زيد ، مبدأ دوام سير المرافق العامة ، المرجع السابق ، ص 10 ..

50 \_ القانون 02-90 المؤرخ في 06-02-1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسيورها وممارسة حق الإضراب الصادر في الجريدة الرسمية رقم 06 الصادرة بتاريخ 7 فيفري 1990.

قدر أدنى من الخدمة إجباريا أو ناتج عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود كما نصت على ذلك المادتان 38 و 39 أذناه" ، إذ تضمنت المادة 38 المجالات التي يجب فيها تقديم الحد الأدنى من الخدمة أما المادة 39 عم كيفية تحديد الحد الأدنى من الخدمة .

### ثانيا :تنظيم استقالة

فقد اعترف المشرع الجزائري بحق الموظف في الاستقالة ، وأن الاستقالة يجب أن تكون في شكل طلب مكتوب يعلن فيه الموظف صراحة نيته بقطع العلاقة الوظيفية ، ويوجه هذا الطلب إلى السلطة المخولة بالتعيين ، ويتعين على الموظف مواصلة مهامه إلى غاية صدور قرار صريح هذه السلطة ، أو بعد مرور الأجل القانوني للرد على الاستقالة والمقدرة في الحالات العادية بشهرين ، غير أنه يمكن أن تمتد السلطة المخولة بالتعيين الموافقة على الاستقالة لمدة شهرين آخرين بعد انقضاء الأجل الأول وذلك لضرورة القصى المصلحة<sup>51</sup> .

وقد يعاقب القانون على الاستقالة إذ اكانت هذه الاستقالة الهدف منها المساس بالسير الحسن للمرفق العام كأن يقدم موظفين استقالة من أجل التأثير على الإدارة المستخدمة بالتسبب في علاقة السير الحسن للمرفق العام ، نص المادة 115 من قانون العقوبات<sup>52</sup> "القضاة والموظفون 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 "

### ثالثا : الاعتماد بنظرية الموظف الفعلي

القاعدة العامة أن القرارات الإدارية يجب أن تصدر من الموظف المختص والمعين بطريقة قانونية طبقا للإجراءات والشروط السارية المفعول، ومع ذلك، فإنه يرد على هذا الاختصاص الشخصي استثناء تتمثل في الأخذ بنظرية الموظف الفعلي أو الواقعي ، وهو الشخص الذي يكون قرار تعيينه باطلا ، أو الذي لم يصدر قرار تعيينه أصلا ، مع الاعتماد والأخذ بالعمل والقرار والتصرف الصادر عنه ، و اعتباره سليما وقانونيا ومنتجا لآثاره ، بغض النظر عن مدى احتمال متابعته شخصيا<sup>53</sup> .

قد ابتدع القضاء الفرنسي نظرية الموظف الفعلي التي يمكن تطبيقها في الظروف العادية وكذلك الظروف الاستثنائية ومن أهم التطبيقات العملية في الظروف العادية هي حالي إلغاء الصفة الوظيفية والتفويض غير

51 - المواد 217 ، 218 ، 219 ، 220 من الأمر 03-06

52 - الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

53 - محمد الصغير بعلي ، القانون الإداري ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، ص 229.

المشروع، وهذا ما أقرته الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي بشأن الأعمال التي باشرها الأفراد العاديون في فرنسا أبان الحرب العالمية الثانية<sup>54</sup>.

### الفرع الثاني : تطبيق قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد بعد الخوصصة

يمكن القول ابتداءً أن تطبيق قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد على المرفق بعد خوصصته من عدمه مرهون بمدى توافر الأساس الذي بنيت هذه القاعدة ، ويتحدد ذلك بطبيعة الخدمات التي يسديها المرفق والتي تجعل من النفع العام عنواناً لنشاطه ، وفيما إذا كانت وظيفة المرفق العام بعد الخوصصة تبقى بذات الأهمية التي تدعو إلى حمايتها و لضمان استمرار أدائها ، وبمعنى آخر فإن المناط في سحب قاعدة سير المرافق العام بانتظام واطراد للتطبيق على المرفق العام بعد الخوصصة هو مدى تلازم وظيفة المرفق وفكرة النفع العام التي يتوخاها.

والواقع أن مثل هذا التلازم لا ريب في تحققه ، بل إنه يعد من مقتضيات بقاء صفة العمومية للمرفق بعد الخوصصة . فمتى تحقق ذلك وثبت للنشاط وصف المرفق العام فإن هذه القاعدة تنطبق دون شك، ذلك أن هذه القاعدة تعد من مستلزمات قيام المرفق بنشاطه ، إذ هي مستوحاة من طبيعة النفع المحقق من نشاط المرفق والذي يتعين أن يكون دائماً ومستمرًا بلا انقطاع<sup>55</sup>.

وقد نص المشرع صراحة في نص المادة 16 من الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها صراحة على أنه عندما تكون مؤسسة اقتصادية تقدم خدمة عمومية موضوع خوصصة - تتكفل الدولة بضمان استمرارية الخدمة العمومية ، وذلك يكون من خلال شروط التعاقد بين الإدارة العامة والشخص الخاص<sup>56</sup>.

فالخوصصة لا يمكن النظر إليها على أنها سياسة لتحقيق الربح فحسب، بل هي سياسة تتعلق بالمصلحة العامة ومن الواجب أن تعمل تلك السياسة في المحافظة على تلك المصلحة ، ومن مقتضيات الحفاظ على المصلحة العامة أن تلتزم سياسة الخوصصة بضمان توفير الخدمات للجمهور والقيام بكل ما من شأنه بقاء هذه الخدمات و إستمرار أدائها على سالف عهدا دون انتقاص أو انقطاع<sup>57</sup>.

54 - نجد في فرنسا في حالة الظروف الاستثنائية أول تطبيق لها ابان غزو الحلفاء لفرنسا ومغادرة أعضاء المجلس البلدي بحيث خلت المدينة من جميع الموظفين بإدارة المرافق العامة وإزاء هذه الظروف قام بعض الأفراد - بدافع الحرص على سير المرافق العامة - بتأليف مجلس فعلي وقيام هذا الأخير بالاستيلاء على البضائع والأغذية وتوريدها للسكان وقضى مجلس الدولة بصحة تصرفات هؤلاء الأفراد ، ومن الحالات الأخرى للنظرية في ظل الظروف الاستثنائية حالات التفويض الضمني ، محمد محمود ابو زيد ، المطول في القانون الإداري ، المصدر السابق، ص 462. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 432.

55 - محمود أحمد سليمان البراشدي ، المرجع السابق ، ص 599-600.

56 - فمن المؤكد أن خوصصة المرفق العام عند منح تسييره للقطاع الخاص بأي أسلوب من أساليب التسيير لا يخلى ذمة الدولة من الوفاء بالحاجات العامة أو تحللها من المسؤولية تجاه أفراد المجتمع ، ومن ثم فإن ذات القواعد التي تطبق على المرفق في عهدة الدولة تطبق عليه بعد الخوصصة .

57 - وليد حيدر جابر ، طرق إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 131 .

وطالما أن سياسة الخوصصة طالت المرافق الإستراتيجية كالصحة والتعليم والنقل والمطارات والموانئ ، وهي مرافق بالغة الأهمية بالنسبة للجمهور فإن حماية حقوق المتعاملين مع هذه المرافق يقع على عاتق الدولة بما توفره من وسائل رقابية على المرفق العام بعد خوصصته ، وأول مراتب هذه الحقوق بقاء الخدمات التي تسديها هذه المرافق متاحة للجمهور دون توقف أو انقطاع.

### المطلب الثالث : أثر الخوصصة على مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف .

ويمكن استعراض مضمون هذه القاعدة ومدى تطبيقها على المرفق العام بعد الخوصصة وذلك من خلال الفرعيين التاليين.

#### الفرع الأول : المقصود بمبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف

إن الظروف والأحوال الاقتصادية تتغير مع تغيير الزمن والمتطلبات، و هذا التغيير قد يجعل النظام الذي وضع في ظروف معينة غير محقق للأغراض المقصودة منه في الظروف الجديدة. ولهذا كان من الطبيعي أن يسمح للسلطة العامة المختصة بتعديل النظم المقررة للمرافق العامة في كل وقت تحقيقاً للمصلحة العامة دون أن تنقيد بحقوق الأفراد الخاصة التي قد تتأثر بهذا التعديل.<sup>58</sup>

لإن القواعد القانونية و التنظيمية المنظمة لسير المرافق العامة توضع بقصد تمكين هذه المرافق من تحقيق النفع العام بأفضل طريقة ممكنة، وفقاً للظروف و الأحوال المصاحبة لوضعها<sup>59</sup> . لما كانت المرافق العامة منشأة لتحقيق النفع العام وكانت الحاجات العامة متعددة ومتطورة، فإن المرافق العامة القائمة على الوفاء بحاجات الجمهور ملتزمة بتعديل طرق أدائها لنشاطها حسبما تمليه اعتبارات النفع العام<sup>60</sup> .

وعلى ذلك فإن قابلية المرفق العام للتعديل تعد من القواعد الأساسية التي تحكم المرافق العامة نظراً لما تحققه من ضبط للخدمات التي يقدمها المرفق، ومعناها بإيجاز كما يذكر الأستاذ سليمان الطراوي هو تدخل السلطة العامة في أي وقت لتعديل قواعد سير المرافق العامة<sup>61</sup> ،

وقد استقر القضاء والفقهاء على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أياً كان أسلوب إدارتها بطريقة الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام<sup>62</sup> ، وبمعنى آخر فإن مضمون هذه القاعدة يتمثل في أحقية الإدارة في تعديل قواعد سير المرفق العام بما يتلاءم مع المستجدات واعتبارات المصلحة العامة<sup>63</sup> .

<sup>58</sup> - محمد فؤاد حنا ، المرجع السابق ، ص 190.

<sup>59</sup> - عبد الغني بسيوني ، المرجع السابق ، ص 440.

<sup>60</sup> - محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق ، ص 69

<sup>61</sup> - سليمان محمد الطراوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 394.

<sup>62</sup> - مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإدارية، الجامعة المفتوحة الدنمارك .

<sup>63</sup> - محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 482.

وعلى ذلك فإذا ظهر لجهة الإدارة في أي وقت أن التنظيم القائم للمرفق العام لا يحقق انتفاع الجمهور به على الوجه المنشود وأن هناك تنظيماً أفضل منه يحقق هذه الغاية، فإنها تملك تغيير التنظيم القائم للمرفق العام، ومن ذلك تغيير طريقة إدارته من أسلوب الإدارة المباشرة إلى أسلوب المؤسسة العامة أو العكس، كما أن لها أن تغير من الرسوم المفروضة لقاء الانتفاع بخدمات المرفق العام زيادة أو نقصاناً أو تعديل شروط تقديم الخدمات العامة وتولي الوظائف بالمرفق العام.<sup>64</sup>

ومن أهم النتائج التي تترتب على قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل وارتباطها بهدف المرفق العام وهو تحقيق النفع العام أنه ليس لأحد أن يحتج في مواجهة الإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية في تغيير النظام الذي يسير عليه المرفق العام طالما أن أعمالها لهذه السلطة يبتعد عن التعسف.<sup>65</sup> وينتج عن ذلك أنه لا يحق للمنتفعين بخدمات المرفق العام كما لا يحق أيضاً لموظفي المرفق وعماله التمسك بالقواعد والتنظيمات السابقة على التعديل، بحجة أنها كانت أصلح لهم، وبالتالي مقاومة سريان التعديلات الجديدة عليهم لأنها أكثر شدة.<sup>66</sup>

### الفرع الثاني : تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل بعد الخوصصة

يقول الأستاذ الطراوي في تحديد نطاق انطباق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل أنها "لا تقتصر على المرافق التي تدار بطريق الريجي وحدها، بل إنها تمتد لتشمل جميع أنواع المرافق العامة أياً كانت وسيلة إدارتها، لاسيما المرافق التي تدار بطريق الامتياز، فهذه المرافق، ولو أن إدارتها عملاً في يد الملتزم فرداً كان أو شركة، فإن للإدارة، بل عليها، أن تخضعها لإشرافها لتحقيق مصلحة الجمهور..".<sup>67</sup>

وعلى هذا الأساس تقوم فكرة تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل على المرفق العام بعد الخوصصة، فلا شك أن النفع العام الذي يتوخى المرفق العام تحقيقه قبل الخوصصة وبعدها يعد من المهام المنوطة بالإدارة التي تملك توجيه المرفق القائم على تحقيقه الوجهة التي تراها أكثر قرباً للوصول إلى الخدمات الأفضل للجمهور المنتفعين.

سبق الذكر أن الخوصصة لا تعفى الإدارة من مسؤوليتها في توفير الخدمات الضرورية للمواطنين، ولا يعد نقل الملكية العامة المتصلة بأصول أو نشاط يمثل مرفقاً عاماً خلاصاً من المحاسبة أما الرأي العام ومؤسساتها القانونية والقضائية عن أي تقصير في طبيعة الخدمات التي يقدمها المرفق بعد أيلولته للقطاع الخاص.

فالجمهور من المنتفعين لا يهيمه من يقدم الخدمة بقدر ما يهيمه الحصول عليها وفق أفضل المعايير وبأيسر السبل وأقل تكلفة، فإن لم تقض حاجته على هذا النحو ولم تؤد الخدمة بإتقان، فإنه يشير بأصبع الاتهام والتقصير إلى الإدارة التي يقع على عاتقها الوفاء بهذه الاحتياجات. وهذا أساس فلسفة نظرية المرفق العام التي كرس لجهة

<sup>64</sup> - سليمان محمد الطراوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 559، 590.

<sup>65</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 361، 362.

<sup>66</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحب الحقوقية، ص 319.

<sup>67</sup> - سليمان محمد الطراوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 559، 561.



الإدارة من المكثات ما يمكنها من سد حاجة الجمهور، والصلاحيات تقابلها المسؤولية على نحو ما هو معهود في  
فقه القانون الإداري.

وان قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير ذاتها ليست بقاصرة على المرافق الإدارية أو المرافق المسيرة  
بطريق مباشر وحدها بإجماع الفقه، ذلك أنه من المعلوم أن قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل تعد إحدى  
القواعد الدستورية الضابطة لسير المرافق العامة التي تنطبق على المرفق العام بوصفها هذا حتى بعد  
خصوصته<sup>68</sup>، إلى جوار القاعدتين الأخريين السابق ذكرهما، وأن أساس خضوع المرفق العام لهذه القواعد ليس  
اتفاق الخصوصية وإنما طبيعة المرفق العام ذاته والهدف المقود له تحقيقه وهو النفع العام.

وقد طبقت هذه القاعدة على المرافق العامة المسيرة بطريق الامتياز، ولم ينل من هذا التطبيق تعارض القاعدة  
مع نصوص عقد الامتياز، فاعتبارات المصلحة العامة وامتيازات الإدارة تمكها من إجراء التعديل والتغيير على  
المرفق متى اقتضت ذلك المصلحة العامة، ودون الإخلال بحق المتعاقد في عدم التأثير على حقوقه المالية<sup>69</sup>.

لا ريب أن القول بتطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير على حالة المرفق العام بعد أيلولته إلى  
القطاع الخاص لا يعني أن تكون هذه القاعدة سيقاً مسطاً على الشخص الذي انتقل إليه المرفق العام بموجب  
اتفاق الخصوصية، فلا نعتقد أن هذه القاعدة تخول الإدارة التدخل السافر في طريقة أداء المرفق العام على نحو  
يفرغ عملية الخصوصية من مضمونها وأحد أهم أهدافها وهو تحرير المرافق العامة من المفاهيم التقليدية للإدارة  
الحكومية.

كما أن هذه القاعدة لا يجتج بها لإهدار الشروط الاتفاقية التي يحويها اتفاق الخصوصية، فلا تعني بحال مراجعة  
الإدارة لالتزاماتها نحو الطرف الآخر بموجب هذا الاتفاق، بل إنها تظل ملتزمة بما يفرضه عليها الاتفاق. وهذا ما  
يظهر الاختلاف بين عقد الامتياز الخصوصية في نطاق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل، إن سلطان الإدارة  
على الملتزم في تعديل المرفق العام ينطبق بذات الكيفية على الشخص الخاص في ظل الخصوصية، وإنما ينحصر  
كما أسلفنا في تقييم أداء المرفق العام بوجه العام وتوجيه أدائه حفظاً للصالح العام.

#### خاتمة :

ومن خلال ما سبق رغم أن الخصوصية مفهوم اقتصادي دخيل على القانون الإداري إلا أنها كانت تأخذ بعير  
الاعتبار المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة و تحافظ على الهدف الذي أنشأ من أجله المرفق وهو  
تقديم خدمة أو تحقيق منفعة عامة .

<sup>68</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصوصية، مرجع سابق، ص 78.

<sup>69</sup> - وأساس هذه المكنة حسبا استقر عليه القضاء هو اتصال عقد الامتياز بمرفق عام واعتبارات انظام سير هذا المرفق، فحق الإدارة في تعديل  
عقد الامتياز كلما اقتضت المصلحة العامة تعديل خدمات المرفق العام مصدره ليس العقد، وإنما النظام الحاكم للمرافق العامة. فهذا الحق مرتبط في  
الأساس بالحاجة إلى التغيير التي تدعو إليها مصلحة الكافة من المنتفعين بالمرفق العام. د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة  
مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص 278 وما بعدها.

وأنة بالرغم من الإشادة بمسلك المشرع الجزائري في التأكيد على سريان المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة بعد الخوصصة في ضوء النصوص التي ساقها قانون الصفقات العمومية ، فإنه كان من الأولى وضع هذه القواعد في قانون جديد خاص بتنظيم الخوصصة بالمفهوم الجديد ، لأن القانون السابق قد تجاوزه الزمن ويجب تعديله وفق المتغيرات الجديدة الوطنية والدولية.

## I. قائمة المراجع

1. محمد إبراهيم علي فندي الجبوري ، النظام القانوني للتحويل إلى القطاع الخاص " الخوصصة " دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار حامد للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2008
2. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة، 2011.
3. ابن خلدون ، المقدمة طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان.
4. أحمد محمد محرز ، النظام القانوني لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص- الخوصصة- ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، 2009 .
5. ثروت بدوي ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2016.
6. عبد الحفيظ الشيمي ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2014.
7. عجة الجليلي ، قانون المؤسسات العمومية الإقتصادية من الإشتراكية التسيير على الخوصصة ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006 .
8. محمد الصغير بعلی ، القانون الإداري ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر .
9. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان .
10. محمد عبد الحميد ابوزيد ، منافع المرافق العامة وحقية إستخدامها دراسة مقارنة ، مطبعة العشري ، مصر ، 2012
11. محمد فؤاد مهنّا ، الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة - ، مؤسسات المطبوعات الحديثة، الإسكندرية ، مصر ، 1961.
12. محمد متولي ، مبدأ المساواة امام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر ، دادر النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1998.
13. محمود أحمد سليمان البراشدي ، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخوصصة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2009 ،
14. محمود محمد حافظ ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1982 ، ص 20 وما بعدها .
15. وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم ، أثر الخوصصة على النظام الضريبي في ظل النظم المالية المقارنة، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، مصر ، 2011
16. وليد بدر جابر ، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخوصصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2009

## II. الرسائل والمقتنيات

1. ماجد بن عبد العزيز الفهيدان خوصصة قطاع النقل وانعكاساتها على الامن الوطني ، رسالة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2008.
2. أونيس ، الخوصصة : المفهوم ، الأساليب ، التحديات ، التجارب ، حالة الجزائر ، مؤتمر تحديات التنمية وتحديث الإدارة في الوطن العربي ، طرابلس ، ليبيا ، 15-17 مارس 2004.

3. محمد فتوح محمد عثمان ، الحاصلة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام ، مجلة العلوم الإدارية ، المعهد الدولي للعلوم الإدارية ، مصر ، السنة السابعة والثلاثون ، العدد الأول ، يونيه 1995.

### III. النصوص القانونية

1. القانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري لدستور سنة 1996، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016
2. قانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بقانون الولاية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 12 الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.
3. الأمر 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001 .
4. القانون 11-98 المؤرخ في 22 أوت 1998 ، يتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002 ، الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 24 أوت 1998.
5. القانون 02-90 المؤرخ في 06-02-1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب الصادر في الجريدة الرسمية رقم 06 الصادرة بتاريخ 7 فيفري 1990
6. القانون 01-88 القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المؤرخ في 12 جانفي 1988، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 13 جانفي 1988.
7. المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015
8. المرسوم التنفيذي 01 - 283 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها ، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 55 الصادرة في تاريخ 26 سبتمبر 2001.
9. المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 ، الذي يحدد كيفية إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها في الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 21 نوفمبر 1999 .