

جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في المرفق العمومي

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر
تخصص إدارة وتسيير الجماعات المحلية

من إعداد الدكتور: بودربالة إلياس

السنة الجامعية 2021/2020

المقدمة:

إن المرفق العام نشاط منظم تمارسه مجموعة بشرية تستعين بوسائل قانونية ومادية وفنية من أجل تحقيق هدف معين. ويستخدم المرفق في سبيل تحقيق أهدافه وسائل قانونية أهمها القرارات الإدارية والعقود ووسائل مادية تتمثل في الأدوات والأموال العقارية والمنقولة، ووسائل فنية تختلف من مرفق لمرفق آخر كما أنه يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة.

وتتنوع الحاجات العامة التي تنشأ الدولة المرافق العامة من أجل إشباعها، فقد تكون هذا الحاجات ذات طبيعة مادية كالحاجة إلى خدمة المياه والكهرباء والغاز وخدمة النقل، وقد تكون الحاجات العامة من طبيعة معنوية أو ثقافية كالتعليم والإعداد المهني أو الحرفي والإرشاد الديني، ويترتب على تنوع الحاجات العامة التي تسعى الدولة إلى إشباعها عن طريق المرافق العامة تعدد في الأسباب التي تدفع الدولة إلى إنشاء هذه المرافق.

تقوم الإدارة في الدولة الحديثة بأنشطة متعددة، وهذه الأنشطة تختلف من حيث نوعها وتدرج من حيث مدى تدخلها في الحياة الاقتصادية، فقد يقف تدخل الإدارة في نشاط الأفراد عند حد تنظيم هذا النشاط، وأحيانا تذهب إلى حد أبعد قليلا عندما توجه النشاط الاقتصادي وجهة معينة عن طريق تشجيع من يقوم بنشاط اقتصادي معين وتقديم التسهيلات له، وأحيانا تقوم الإدارة بالذهاب بعيدا بتنظيم هذا النشاط الاقتصادي بنفسها، وتقوم الإدارة أيضا بمراقبة النشاط الفردي وتلزمه بممارسته وفقا لضوابط وقيود معينة.

ولطالما كان التسيير المباشر للمرفق العمومي أو التسيير عن طريق مؤسسة عمومية من أقدم الطرق وأكثرها تداولاً في التشريعات التي تحكم تسيير المرافق العمومية بصفة عامة، لكن النتائج المترتبة عن هذا النوع من التسيير كانت غير مرضية خاصة أن هذه المرافق تحتاج في إدارتها للمرونة بسبب طبيعتها الاقتصادية التي تخضع لقواعد المنافسة، وكذا تغير المعطيات الاقتصادية وصعوبة تمويل المرافق العمومية، كل هذه الأسباب أدت بالمشرع إلى تبني أسلوب

التسيير غير المباشر عن طريق اللجوء إلى القطاع الخاص لإدارة هذه المرافق، بهدف تطوير تسييرها واضفاء المرونة اللازمة لتقديم خدمات ترقى إلى المستوى المطلوب.

وتعتبر تفويضات المرفق العام من أهم أساليب التسيير غير المباشرة التي تلعب دورا فعالا ومزدوجا في تخفيف عبء التسيير على الدولة من جهة، وتحقيق وتلبية الحاجات العامة للجمهور بالجودة والسرعة المطلوبة من جهة أخرى، وأول من استحدث هذا الأسلوب هو المشرع الفرنسي، ثم تبنته مجموعة من الدول الأخرى من ضمنها الجزائر وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، وعلى ضوء هذا الأخير سنحاول التطرق بالدراسة والتحليل لتفويضات المرفق العام كأسلوب جديد لإدارة المرفق العام في الجزائر.

وقد تبني المشرع الجزائري أسلوب التسيير غير المباشر في العديد من النصوص القانونية من بينها قانون البلدية 10-11 وقانون الولاية 07-12، وكذلك قانون تسيير الموارد المائية، وأخيرا المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية 15-247 الذي تبني فيه المشرع الجزائري صراحة أسلوب التسيير غير المباشر للمرافق العامة عن طريق تفويض المرفق العام، هذا المرسوم الأخير الذي صدر في ظروف اقتصادية وسياسية تسعى الجزائر فيها لبناء دولة القانون، ومكافحة الفساد وترشيد النفقات العمومية، والبحث عن سبل جديدة لتمويل المرافق العامة.

الفصل الأول: ماهية المرفق العمومي

إن فكرة المرفق العام لها علاقة وثيقة بالقانون الإداري كفرع من فروع القانون. حيث استندت مدرسة المرفق العام لهذه الفكرة القانونية واعتبرتها أساسا لتحديد نطاق القانون الإداري وتطبيق أحكامه.

كما اعتمد عليها أيضا لرسم مجال اختصاص كل من القضاء العادي والقضاء الإداري. واعتبرت مدرسة المرفق العام الدولة بمثابة جسم خلاياه المرافق العامة، ويعتبر المرفق العام أكثر المفاهيم القانونية غموضا وإثارة للجدل¹.

المبحث الأول: مفهوم المرفق العام

إن مهام ووظائف الإدارة عديدة ومتنوعة وتختلف حسب النظام السياسي، وهي محل اهتمام كل من علماء الإدارة والقانون الإداري والمهتمين بالعلوم السياسية. وإذا كان علم الإدارة يهتم خاصة بوظيفة التخطيط والتنفيذ، فإن فقهاء القانون الإداري يهتمون بالإدارة من حيث نشاطها وأموالها وموظفيها ومنازعاتها باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الإداري.

والحقيقة أيا كانت وظائف الإدارة ومهامها فإن نشاطها يظل مرصودا لخدمة الجمهور، وإلا لماذا عمدت السلطة العامة إلى تزويد الإدارة بالجانب البشري والجانب المادي وأحاطتها بنسيج من النصوص القانونية بما يساعدها على القيام بمهمتها. فتوفير الخدمة للجمهور يمكن أن يتم من خلال إنشاء مرفق عام تعود منافعه عليه، ويمكن أن يتم بإلزام الإدارة للأفراد بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن سلوك محدد².

¹ محمد فؤاد العشوري، محاضرات في مادة المرافق العامة الكبرى، السنة الرابعة قانون عام، كلية الحقوق، 2004، ص 14 /جامعة مكناس، السنة الجامعية 20

² سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة، القاهرة 1979، ص 2

المطلب الأول: تعريف وعناصر المرفق العمومي

الفرع الأول: تعريف المرفق العمومي

إذا كانت فكرة المرفق لم تحظ في الماضي باهتمام الباحثين، ولم يتناولها الفقهاء المحدثون بطريقة مباشرة، فإنه تقديراً لأهمية هذه الفكرة، ودورها الذي يمكن أن تؤديه في التنظيم الإداري القائم لرفع المستوى الاجتماعي، والنمو والتقدم الحضاري. إذ على هدي هذه الفكرة تتعود الجماعة ممارسة الديمقراطية على الصعيد الإداري، بإدارة شؤونهم المحلية بأنفسهم، وإشباع حاجاتهم من الخدمات الضرورية والأساسية، الأمر الذي ظلوا محرومين منه ردحا من الزمان.

عرفت العلاقات الإنسانية نظام المرفق العام، حيث أقرته القوانين العالمية والمحلية، كما أقره القانون الجزائري.¹

وسأقوم بتعريف المرفق العام في اللغة وفي اصطلاح فقهاء وشرح القانون على النحو الآتي:

أولاً: لغة

تعني الشيء الذي يرتفق به أو ينتفع به.

قال في مختار الصحاح: المرفق والمرفق من الأمر وهو ما ارتفعت به وانتفعت.

قَالَ تَعَالَى: وَإِذِ اعْتَرَلْتُمُوهُمْ وَمَا يُعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ فَأَوْوُوا إِلَى الْكَهْفِ يَنْشُرْ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ رَحْمَتِهِ وَيَهَبِيْ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ مَرْفَقًا.²

فالمرافق العامة كل نشاط يُدار لمصلحة الجمهور ووفق أساليب القانون العام كمرافق النقل وبذلك فإن معنى المرفق العام لغة هو الشيء العام الذي ينتفع به.

ثانياً: اصطلاحاً

تعتبر نظرية المرفق العام من النظريات القضائية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وذلك وفقاً لما جاء في قضية بلانكو، ولقد اعتبرت من أكثر النظريات تعقيداً، وإثارة للجدل، ما جعل منها مجالاً لاختلاف الفقهاء في شأن

¹ بعلي محمد الصغير، الوجيز في القانون الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2002، ص205

² سورة الكهف الآية 16

إيجاد تعريف جامع مانع للمرفق العام، فمن الفقهاء من اعتمد في ذلك على المعيار الموضوعي، ومنهم من اعتمد على المعيار العضوي، فيما قام فريق بالمزج بين المعيارين.

1- المعيار العضوي:

ذهب أنصار هذا المعيار إلى تعريف المرفق العام، على أنه المؤسسة التي تديرها الإدارة بهدف تحقيق النفع العام. ويقصد بالمرفق العام حسب المعيار العضوي الهيكل أو الهيئة أو المؤسسة أو التنظيم المتكون من مجموعة من الأشخاص والأموال والأشياء الذي ينشأ ويؤسس لإنجاز مهمة عامة معينة مثل: الجامعة، المستشفى، وحدات وأجهزة الإدارة العامة.

وبمفهوم أعم فإن تعريف المرفق العام، وفقاً لهذا المعيار يتركز على المظهر الخارجي، فإذا كان هذا الأخير يدل على وجود مؤسسة إدارية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة فهذا يعني وجود مرفق عام، ومن الفقهاء الفرنسيين الذين عرفوا المرفق العام، مستنديين على هذا المعيار، نجد العميد موريس هوريو الذي عرفه على أنه: " منظمة تقدم خدمة عامة باستخدام أساليب السلطة العامة"¹.

يستنتج من هذا التعريف أن المرفق العام ما هو إلا جهاز أو هيكل يعمل بشكل منتظم ومستمر قصد تحقيق نشاط معين للجمهور.

يقول الأستاذ لوبدار في هذا الشأن: يستعمل المرفق العام في اللغة العادية ليس للدلالة على نشاط معين أو مهمة معينة وإنما يقصد به المنظمة بمعنى الجهاز الإداري للمرفق، المنظمة التي تتولى إدارته.

يلاحظ من خلال التعريفات السابقة الذكر للمرفق العام أنه رغم سهولة ووضوح المعيار العضوي، إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه إلى حد بعيد في تعريف المرفق العام، لأن هذا الأخير ليس مجرد هيئة أو مؤسسة أو منظمة تقوم الدولة بإنشائها فحسب أو مجرد بناء هيكلي يخلو من النشاط والحركة لتقديم خدمة عامة للجمهور.

¹ محمد بعلي الصغير، المرجع السابق ص 206

أما في الفقه الجزائري فلم نستطع إيجاد تعاريف للفقهاء الجزائريين يعتمدون فيه المعيار العضوي، وهذا ربما أن الفقه الجزائري لم يقتنع بفكرة أن تعريف المرفق العام يستند إلى المعيار العضوي.

2- المعيار الموضوعي:

يقصد بالمرفق العام تبعا لهذا المعيار، كل مشروع تديره الدولة بنفسها أو تحت إشرافها لإشباع الحاجات العامة، بما يحقق المصلحة العامة. وبمفهوم المخالفة، إذا لم يكن هدف النشاط تحقيق المصلحة العامة أو إشباع حاجة جماعية للجمهور، فلا يمكن اعتباره مرفقا عاما.

وتحدث عنه أحمد محيو بقوله: " مفهوم المرفق العام ليس ولا يمكن أن يكون مفهوما قانونيا مجردا وحياديا، وليس له من معنى إلا في ضوء محتواه والغايات الاقتصادية والاجتماعية التي أسندت له، والتي يجب تحديدها مسبقا قبل إعداد النظام القانوني للمرفق العام، وتعيين الجهة المؤهلة لإحداث هذا المرفق أو ذاك "1.

3- المعيار المختلط:

إزاء الانتقادات الموجهة لكل معيار من المعايير السابقة، وعجزها في أن تكون أساسا وحيدا للقانون الإداري ومعيارا لتحديد اختصاص القضاء الإداري، لم يعد الفقه والقضاء يتمسكان بفكره واحدة، واتجهوا نحو الجمع بين فكري السلطة العامة والمرفق العام.

وفي هذا المجال حاول الأستاذ De Laubadere تجديد معيار المرفق العام بعد ما أصابه من تفكك نتيجة الأزمات التي تعرض لها، وذلك عن طريق الجمع بين فكري المرفق العام والسلطة العامة، لكنه جعل الأولوية للمرفق العام، ثم يأتي استخدام أساليب القانون العام في المرتبة الثانية لسد الفراغ في المجالات التي عجز معيار المرفق العام عن القيام بدوره فيها.

¹ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص 320.

بينما ذهب الأستاذ شابوي Chapus إلى تغليب فكرة السلطة العامة على فكرة المرفق العام، فقال: أنه يجب أن لا نعتقد أن معيار الشروط المخالفة " السلطة العامة " دائما معيارا مساعدا، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائما معيار مبدأ، ففي كثير من الأحيان يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المألوف وهذا يكون أسهل أو مناسبا أكثر.

وعلى هذا الأساس فإن المرفق العام وأن كان عنصرهما في تحديد أساس القانون الإداري، إلا أنه لا يكفي لأداء هذا الدور بعد أن أتضح سعة مفهومه وعدم اقتصره على المرافق الإدارية فظهرت فكرة المعيار المزدوج التي أيدها جانب كبير من الفقه وأخذ بها القضاء الإداري في فرنسا في أغلب أحكامه.

وعلى ذلك فإن أساس القانون الإداري لا يرجع لمعيار واحد من المعايير السابقة، إنما يجب الجمع بين المعيارين المهمين المرفق العام والسلطة العامة، ومن ثم ليكون العمل إداريا وخاضعا للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، يجب أولا أن يكون عملا إداريا أو نشاطا متعلقا بمرفق عام (نظرية المرفق العام)، وأن تكون الإدارة في هذا النشاط قد استخدمت امتيازات أو وسائل وسلطات استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص (نظرية السلطة العامة) مع ضرورة التنبيه أن السلطة العامة لا تبرز من خلال الامتيازات الممنوحة للإدارة فحسب، وإنما تشمل القيود الاستثنائية المفروضة عليها في أحيان أخرى.

الفرع الثاني: أركان وعناصر المرفق العمومي

أولا: المرفق مشروع أو تنظيم عام

يقتضي وجود المرفق العام إقامة تنظيم أو تنسيق بين مختلف مكوناته (البشرية والمادية) بالشكل الذي يسمح له بأداء دوره في تلبية الاحتياجات العامة.

ثانياً: هدف المرفق العام تحقيق الصالح العام

إن مبرر وجود المرفق العام هو تلبية الحاجات العامة للجمهور، المادية منها كالمواصلات الكهرباء والصحة أو المعنوية كالأمن والحماية من المخاطر. هذا يعني أن نشاط الدولة الذي لا يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، لا يعتبر نشاط مرفق عام. والمثال على ذلك إستغلال الدولة لأموالها الخاصة بهدف الربح عملية التنازل عن أملاكها الخاصة للأفراد بمقابل مالي¹، ثم إن تحقيق بعض المرافق العامة للربح كالمرافق الصناعية والتجارية من خلال تحصيلها لمقابل مالي لقاء تقديمها خدمات للمواطنين كما هو الحال بالنسبة لمرفق المياه أو الكهرباء والغاز لا يعني حتماً فقدانها لصفة المرفق العام، طالما أن هدفها الرئيسي هو تحقيق المصلحة العامة والتي تظهر من خلال مراعاة المعقولية في تحديد الأسعار² كما أن بعض أشخاص القانون الخاص (أفراد أو شركات)، قد يمارسون أنشطة تتصل كذلك بالمصلحة العامة مثل الصحة والتعليم والنقل... إلخ، ولكنها لا تشكل مرفقاً عاماً.

من خلال ما تقدم نستنتج ما يلي:

- كل نشاط يتعلق بمرفق عام يحقق مصلحة عامة، ولكن ليس كل نشاط يحقق المصلحة العامة هو نشاط المرفق العام.
- إذا كانت المصلحة العامة تمثل الغاية الأولى من النشاط الذي يقوم به الشخص القانوني وتوفرت الأركان الأخرى يتكون المرفق العام. أما إذا كانت المصلحة العامة تمثل غاية ثانوية لهذا النشاط فإن الوظيفة لا ترتقي إلى منزلة المرفق العام.

¹ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (د ارساء مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 3008، ص 34.

² في هذا المعنى أنظر ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، لباد، 3004، ص 181.

ثالثا: خضوع المرفق لسلطة الدولة

إن الدولة هي من تنشئ المرفق، وهي من تحدد له نشاطه وقواعده تسييره وعلاقته بجمهور المنتفعين، ومن حيث بيان سبل الإنتفاع ورسومه (السلطة على نشاط المرفق) والدولة هي من تضع التنظيم الخاص بالمرفق وتبين أقسامه وفروعه وتعين موظفيه وتمارس الرقابة على النشاط والأشخاص (السلطة على المرفق كهيكل)، وعلى الرغم من مساهمة الأشخاص الخاصة أحيانا في إدارة المرافق العامة، فإن ذلك يبقى تحت إشراف ومراقبة الإدارة العامة.

رابعا: خضوع المرفق لنظام قانوني متميز

يقصد بالنظام القانوني المتميز "مجموعة الأحكام والقواعد والمبادئ القانونية التي تختلف اختلافا جذريا عن قواعد القانون الخاص بصفة عامة وعن قواعد النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة بصفة خاصة. وتجدر الإشارة إلى 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.

المطلب الثاني: أنواع المرافق العامة

لا تتخذ المرافق العامة نسقا أو شكلا واحدا، وإنما تتعدد أشكالها وتتنوع بذلك تبعا للزاوية التي ننظر منها إلى المرفق للتعرف عليه، فالمرافق تختلف من حيث النظر إلى موضوع نشاطها أو طبيعة النشاط، ومن حيث المعيار الإقليمي الذي يمتد إليه نشاطها، وكذلك من حيث أداة الإنشاء ومن حيث الشخصية المعنوية من ناحية تمتعها أو عدم تمتعها بها.

الفرع الأول: تقسيم المرافق من حيث طبيعة النشاط

من حيث هذه الزاوية يمكن تقسيم المرافق إلى مرافق إدارية وأخرى اقتصادية ومرافق إجتماعية وأخرى مهنية.

أولاً: المرافق الإدارية:

يطلق عليها الفقه اسم "**المرافق الإدارية البحتة أو المحضة**"¹، وهي المرفق العامة التقليدية التي لازمت الدولة منذ زمن طويل، وعلى أرسها مرفق الدفاع والأمن والقضاء ثم مرفق الصحة والتعليم. وهذه المرفق عادة ما تتسم بارتباطها بالجانب السيادي للدولة الأمر الذي يفرض قيامها بهذه النشاطات وأن لا تعهد بها للأفرد بما في ذلك من خطورة كبيرة² وللمرافق 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 تنوعاً، إلا أن الفقه وجد صعوبة في تعريفها ولجأ جانب من الفقه إلى تعريفها عن طريق التحديد السلبي، بحيث عرفها بأنها "**تلك المرافق التي لا تعتبر مرافق صناعية أو تجارية أو مهنية.**"

وتتميز هذه المرافق عن غيرها بأنها تخضع من حيث الأصل للقانون العام في سائر نشاطاتها لأنها تستخدم وسيلة القانون العام واستثناء لقواعد القانون الخاص.

ثانياً: المرافق الاقتصادية:

وهي مرافق حديثة النشأة نسبياً ظهرت نتيجة تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي، بحيث أصبحت الدولة تزاوّل نشاطات تجارية أو صناعية مماثلة لنشاط الأفراد وتعمل في ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الخاصة، ومن أمثلتها مرفق النقل، مرفق البريد والمواصلات ومرفق الكهرباء.

¹ ناصر لباد، المرجع السابق، ص 184.

² عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 3012، ص 330.

وبسبب طبيعة النشاط الذي تؤديه هذه المرافق دعا الفقه والقضاء إلى ضرورة تحرير هذه المرافق من الخضوع لقواعد القانون العام.¹

ولقد أثار ظهور المرافق الاقتصادية إشكالا على المستوى القانوني، تمثل في إيجاد معيار فاصل بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية على النحو التالي:

موقف الفقه : اختلف الفقه حول تحديد المعيار الذي يميز المرافق الاقتصادية عن المرافق الإدارية، فتعددت معايير التمييز.²

1- المعيار الشكلي: يعتمد هذا المعيار على أساس شكل المشروع أو مظهره الخارجي، فإذا اتخذ المشروع شكل المشروعات الخاصة كما لو تمت إدارته بواسطة شركة، فإنه مرفق اقتصادي وبعكس ذلك لو تمت إدارته بواسطة الإدارة أو تحت رقابتها واش ارفها وباستخدام أساليب السلطة العامة، فهو مرفق عام إداري.

2- معيار الهدف: اتجه هذا المعيار إلى تمييز بين المرافق الإدارية والاقتصادية على أساس الغرض الذي يستهدفه المرفق، فالمرافق الاقتصادية تقوم بنشاط صناعي أو تجاري يهدف إلى تحقيق الربح، مثلما هو الحال في المشروعات الخاصة. في حين لا تسعى المرافق الإدارية إلى تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة واشباع حاجات الأفراد.

3- معيار القانون المطبق: يعتمد هذا المعيار على النظام القانوني الذي يخضع له المشروع فإذا كان يخضع لأحكام القانون الخاص اعتبر المرفق اقتصاديا، وعلى العكس من ذلك إذا كان يخضع لأحكام القانون العام فهو مرفق عام إداري.

4- معيار طبيعة النشاط: وهو أكثر المعايير الفقهية شيوعا بالنظر لدقته. ويقوم هذا المعيار على أساس

¹مازن ارضي ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك، 3009، ص 41.

²عمار بوضياف، مرجع سابق ص333.

طبيعة النشاط الذي ي ازوله المرفق. فإذا كان هذا المرفق يمارس نشاطا يعتبره القانون تجاريا فيما لو قام به الأفرد ارد عد المرفق على هذا النحو تجاريا، ويعتبر المرفق العام إداريا إذا كان النشاط الذي يمارسه إداريا ومما يدخل في نطاق القانون الإداري.¹

موقف القضاء الإداري : إن عملية تصنيف المرفق العام من قبل القاضي، تجرى على مرحلتين، ففي المرحلة الأولى يفترض أن المرفق العام له الطابع الإداري، إلا أن هذا الافتراض يمكن إثبات عكسه. وفي المرحلة الثانية يعمل القاضي على البحث عن مدى توفر معايير المرفق العام الإقتصادي وهي ثلاثة²

طبيعة نشاط المرفق العام: بمعنى أن يكون نشاط المرفق مماثلا للنشاط الممارس من قبل الأفراد والمنشآت الخاصة.

مصادر التمويل: أي أن يمول المرفق من قبل موارد متأتية، من تأدية المستفيدين من خدماته بدلات (مقابل مالي)، تشكل ثمنا للخدمات المقدمة.

طريقة التشغيل: وهو أن يدار المرفق العام وفقا لأساليب القانون الخاص.

* التمييز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية:

يمكن حصر أهم أوجه الاختلاف بين هذين النوعين من المرافق من خلال الجدول التالي:

¹ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري) دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 3001، ص 313.

² مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 3008، ص 29.

من حيث القانون الواجب التطبيق	من حيث العاملين به	من حيث الجهة القضائية المختصة
المرفق العام	هم موظفون عموميون يخضعون لقانون الوظيفة العامة	القضاء الإداري ممثلاً في المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة
المرفق الاقتصادي العام	هم عمال يخضعون لتشريع العمل	القضاء العادي ممثلاً في المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية والمحكمة العليا

ثالثاً: المرافق المهنية:

تقوم هذه المرافق بتنظيم ومراقبة بعض الأعمال لمهن مختلفة في الدولة، ويقوم بهذا التنظيم أصحاب المهن أنفسهم أي المنخرطين فيها، وتتخذ شكل التنظيم النقابي يشرف على إدارته مجلس منتخب عن طريق الانتخاب المباشر من المنخرطين¹، ومن أمثلة هذه المرافق نقابة المحامين والصيدالة والمهندسين.

إن السمة البارزة في المرافق المهنية أن انضمام أفراد المهنة إليها، ليس أمراً اختيارياً وإنما هو أمر إجباري مما يجعلها نوعاً من الجماعات الجبرية.

وتتمتع النقابات المهنية بالشخصية المعنوية وبعض امتيازات السلطة العامة، وتنفرد باختصاصات واسعة أهمها:

- تمثيل المهنة والدفاع عنها أمام الدولة وغيرها من السلطات العامة.

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 322.

- تختص بوضع القواعد المنظمة لم ازولة المهنة والخاصة بواجبات المهنة وآدابها والعقوبات التي يمكن أن تفرضها في حال مخالفتها.

- النظر في طلبات انضمام الأعضاء الجدد.

ومن ناحية أخرى يخضع المرفق المهني لقواعد مزيج من القانون العام والقانون الخاص فيخضع لنظام قانوني مختلط، فالقرارات التنظيمية المتعلقة بسير المهنة أو توقيع الحج ازياءات على الأعمال، هي تصرفات قانونية تخضع للقانون العام أما البعض الآخر من الأنشطة يخضع للقانون الخاص، مثل العلاقات التي تربطه بالأفراد والمحاسبات والذمة المالية. ثم إن المشرع الجزائري قد أخضع بعض الم ارفق المهنية للمنظمة الوطنية للمحامين، فيما يتعلق بمنازعاتها لجهة القضاء الإداري سواء فيما يتعلق بالمنازعات الناتجة عن التسجيل في المهنة، أو أي منازعة أخرى تطبيقاً للمادة 30 من قانون المحاماة.

رابعاً: المرافق الاجتماعية:

وهي المرافق التي تستهدف تحقيق خدمات اجتماعية للجمهور، مثل الم ارفق المخصصة لتقديم اعانات للجمهور ومراكز الضمان الاجتماعي والتقاعد ومراكز الراحة.

يحكم هذا النوع من الم ارفق مزيج من قواعد القانون العام والخاص، كما تمثل منازعتها أمام القضاء الإداري وأحياناً أخرى أمام القضاء العادي. مثل ما جاء في القانون رقم 92-11 المؤرخ في 3 جويلية 1892 والذي تناول المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي حيث وزع المشرع الحج ازياءات الاختصاص بين القضاء العادي والإداري.¹

الفرع الثاني: تقسيم المرافق من حيث المعيار الإقليمي

تقسم المرافق عامة استناداً على هذا المعيار إلى:

أولاً: المرافق العامة المركزية:

¹ لمزيد من التفصيل أنظر: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث د.م.ج، الحج ازر، 3001، ص 332.

وهي مجموع المرافق التي يمتد نشاطها ليشمل جميع إقليم الدولة، كمرفق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق الصحة. ونظرا لعمومية وأهمية النشاط الذي تقدمه هذه المرافق، فإنها تخضع لإشراف الإدارة المركزية في الدولة من خلال الوزارات أو ممثلها في المدن، ضمانا لحسن أداء هذه المرافق لنشاطها وتحقيقا للمساواة في توزيع خدماتها¹.

ثانيا: المرافق العامة الإقليمية:

وهي المرافق العامة التي تنشئها وحدات الإدارة المحلية البلدية والولاية، حيث تمارس نشاطها في الحيز الجغرافي لإقليم الوحدة المحلية مثل: مرفق النظافة البلدية، الديوان البلدي للرياضة مؤسسة النقل الولائي. ويتنفع من خدمات هذا المرفق سكان الإقليم. وتتولى السلطات المحلية أمر تسييره والإشراف عليه لأنها أفدر من الدولة.

الفرع الثالث: تقسيم المرافق من حيث أداة الإنشاء

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

أولا: مرافق عامة تنشأ بنص تشريعي:

وهي عادة مجموع المرافق ذات الأهمية الوطنية القصوى، التي يفرض المشرع أمر إنشائها بموجب نص تشريعي ويمكن أعضاء السلطة التشريعية من الاطلاع على نشاط المرفق وضرورته وقواعده. والحقيقة أن أهمية المرفق واحتلاله لهذه المكانة مسألة يتحكم فيها طبيعة النظام السياسي السائد في الدولة.

ثانيا: مرافق تنشأ بنص تنظيمي:

عادة ما يخول التشريع الأساسي في الدولة للسلطة التنفيذية صلاحية إنشاء المرافق العامة، سواء على المستوى المركزي بمرسوم رئاسي أو بمرسوم تنفيذي، كما يحق للولاية أو البلدية بقرارات إدارية، إنشاء مرافق عامة على المستوى المحلي التي من شأنها تلبي حاجات الجمهور.

الفرع الرابع: تقسيم المرافق من حيث الشخصية المعنوية

أولا: مرافق عامة ليست لها شخصية معنوية :

¹ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري) دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 3001، ص 311.

إن هذه المرفق التي تدار بواسطة هيئة عامة ليس لها شخصية معنوية، تكون ملحقة مباشرة بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية " الدولة، الولاية، البلدية" ومندمجة فيها وتابعة لها تبعية كاملة، ولا يكون لهذه المرافق أي ذاتية خاصة بها وإنما تذوب في كيان الشخص المعنوي العام سواء كان ذلك الشخص هو الدولة أم شخص إقليمي آخر¹.

ثانيا: مرافق ذات شخصية معنوية:

إن هذه المرافق تدار من هيئة ذات شخصية معنوية عامة تسمى بالمؤسسات العامة مع ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية كاستقلال المرفق بذمة مالية بعيدة عن مالية الدولة، وبالتالي يتحمل نفقاته وأرباحه وخسائره، وترفع عليه الدعاوى القضائية بصفة مستقلة أي له حق التقاضي. فيكتسب المرفق في هذه الحالة نوعا من اللامركزية، ولقد اتفق الفقه على تسميتها باللامركزية المرفقية أو المصلحية، وذلك لعدم الخلط بينها وبين اللامركزية الإقليمية².

المبحث الثاني: النظام القانوني للمرافق العمومية

بداية ينبغي الإشارة أنه من الصعب سن قانون واحد يحكم المرفق، لأن ما صلح من القواعد والآليات لمرفق قد لا يصلح لمرفق آخر. فمرفق القضاء مثلا يختلف في طبيعته عن مرفق التعليم، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى تخصيص كل قطاع بقانونه الأساسي، حتى أنه نجم عن صدور قانون الوظيفة العامة الجديد، صدور أكثر من 90 مرسوما منظما لقطاعات مختلفة.

وإذا كان يتعذر سن قانون عام يحكم كل المرافق، فقد اتفق الفقهاء على أن هناك مبادئ أساسية مشتركة ما بين مختلف المرافق العامة.

وتقتضي دراسة النظام القانوني للمرافق العامة، التطرق لقواعد إنشائها والمبادئ الأساسية التي تحكمها وكذا طرق وقواعد سيرها. وذلك فيما يلي:

المطلب الأول: إنشاء وإلغاء المرافق العامة

سوف نتعرض هنا إلى المقصود بإنشاء المرافق من جهة وإلغائها من جهة ثانية.

¹ هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 311.

² سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ص 11.

الفرع الأول: إنشاء المرافق العامة:

عندما تقدم السلطة العامة على إنشاء المرفق العامة، عندها تقدر أن هناك حاجة عامة للجمهور يجب إشباعها، ولا يستطيع النشاط الفردي القيام بهذه المهمة على الوجه المطلوب أو يعجز كلياً عن القيام بها، وقد تقوم الدولة على القيام بإنشاء المرافق العامة بصرف النظر عن قدرة النشاط الفردي وامكانياته، وذلك من خلال تدخلها في الميدان الاقتصادي .

وانشاء المرافق العامة يدخل في سلطة الإدارة التقديرية كمبدأ عام، وقد تلتزم الإدارة أحيانا "وعلى سبيل الاستثناء"، بإنشاء بعض المرافق العامة وتكون سلطتها مقيدة بهذا الشأن¹. كما أن إنشاء المرافق العامة يختلف حسبما إذا كانت هذه المرافق عامة وطنية أو المرافق عامة محلية .

أولاً: إنشاء المرافق العامة الوطنية

مبدئياً إن تحديد السلطة المختصة لإنشاء وتنظيم المرفق العام، على المستوى الوطني يخضع لمعيار توزيع السلطات بين الهيئة التشريعية أي البرلمان والهيئة التنفيذية أي الحكومة فهي مسألة تخضع معالجتها لطبيعة النظام السياسي السائد في الدولة.

فإذا كان دستور الدولة قد قطع بأن إنشاء مرفق ما، بالنظر لأهميتها يعود للسلطة التشريعية فإن هذا النوع من المرفق ينشأ بنص تشريعي، وإذا كان الدستور عند استعاضه لصلاحيات السلطة التنفيذية قد حكم بأنه يعود إليها إنشاء بعض المرفق، فإن قاعدة إنشاء المرفق تكون بموجب نص تنظيمي²

أما بالنسبة للوضع في الجزائر، فإن إنشاء المرافق العامة الوطنية يقي "أصلاً" من اختصاص التنظيم بموجب إصدار مراسيم رئاسية أو تنفيذية، ماعدا مجال فئة المؤسسات والذي يدخل ضمن مجال اختصاص السلطة التشريعية .

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 للجهة الأقدر على تقدير لزوم الإنشاء من عدمه، كما يضمن السرعة الكافية لاتخاذ قرار الإنشاء مراعاة للمصلحة العامة، أمام تعقيدات واجراءات وآليات عملية إصدار القانون من طرف البرلمان.

¹ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1893، ص 110.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 324.

ثانيا: إنشاء المرافق العامة المحلية:

يخول كل من قانون البلدية رقم 10/11 وقانون الولاية رقم 04/13 لهيئتي الإدارة المحلية إنشاء واحداث مرافق عامة محلية بلدية وولائية.¹

1- المرافق العامة البلدية: تنص المادة 138 من قانون البلدية على ما يلي:

"..... تضمن البلدية سير المصالح العمومية البلدية التي تهدف إلى تلبية إحتياجات مواطنيها وادارة أملاكها، وبهذه الصفة فهي إضافة إلى مصالح الإدارة العامة، مصالح عمومية تقنية قصد التكفل على وجه الخصوص بما يأتي:

التزود بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة،

النفايات المنزلية والفضلات الأخرى،

صيانة الطرقات و اشارات 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 لأملاكها،

فضاءات الرياضة والتسلية التابعة لأملاكها

المساحات الخضراء."

¹ أنظر كلا القانونين: - قانون رقم 10/11 المتضمن قانون البلدية المؤرخ في 33 جوان 3011، ج ر العدد 24 المؤرخة في 4 مارس 3011.

وتجدر الإشارة أنه يشترط لصحة قرار إنشاء المرافق العامة البلدية، إجراء مداولة من طرف المجلس الشعبي البلدي حسب المادة 13 من قانون البلدية والمصادقة عليها من طرف الوالي حسب المادة 11 منه.

كما أنه يجوز للمجالس الشعبية البلدية لبلدتين أو أكثر، أن تقرر الاشتراك في إطار مؤسسة عمومية مشتركة بين البلديات لأجل تحقيق الخدمات والتجهيزات أو المصالح ذات النفع المشترك بينها.

2 - المرافق العامة الولائية:

تنص المادة 131 من قانون الولاية الحالي على مايلي: "يمكن للولاية أن تنشئ قصد تلبية الحاجات الجماعية لمواطنيها بموجب مداولة المجلس الشعبي الولائي مصالح عمومية ولائية للتكفل على وجه الخصوص بما يأتي: الطرق والشبكات المختلفة،

مساعدة ورعاية الطفولة والأشخاص المسنين أو الذين يعانون من إعاقة وأم ارض مزمنة، النقل العمومي،

النظافة والصحة العمومية وم ارقبة الجودة

الصناعات التقليدية والحرف.

يكيف عدد هذه المصالح العمومية وحجمها حسب إمكانيات كل ولاية ووسائلها واحتياجاتها"...

كما نصت المادة 131 على أنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مؤسسات عمومية ولائية، تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي قصد تسيير مصالح عمومية، وحددت المادة

134 أنواع المؤسسات العمومية الولائية بأن تكون إما مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حسب الهدف المرجو منها.

الفرع الثاني: إلغاء المرافق العامة

إن مسألة إلغاء المرفق العام مسألة تقديرية، تندرج ضمن إختصاص السلطة المختصة بلا معقب عليها من القضاء، معنى ذلك لا يملك المنتفعين من خدمات المرفق الذي تم إلغاؤه المطالبة ببقائه لأن هذا الإلغاء يتعلق بالمصلحة العامة.

وسنحدد أولا ما المقصود بعملية الإلغاء والآثار القانونية التي تترتب على ذلك فيما يلي:

أولا: المقصود بإلغاء المرفق العام:

يقصد بإلغاء المرفق العام هو وضع حد لنشاطه، وذلك لإعتار السلطة المختصة بأنه لم تعد هناك حاجة لاستمرار وجود المرفق العام. وهو مجال متروك لتقدير الإدارة، أي تقدر مدى الحاجة أم عدم الحاجة إلى المرفق والمقارنة بين ما يحققه من فائدة وما يتخلف عنه من ضرر واختيار الوقت المناسب للإقدام على إلغاءه ووزن ملائسات وظروف ومبررات الإلغاء. ويمكن رد أسباب إلغاء المرافق العامة إلى ما يلي:

1- دمج مرفق عام مع مرفق عام آخر يمارس ذات النشاط أو نشاطا مماثلا.

2- إشباع حاجة جماعية عارضة ومؤقتة لا تتسم بطابع الديمومة، حيث تحقق الغرض الذي انشأ من أجله المرفق العام.

3- ترك إشباع الحاجات العامة التي كان يتولاها المرفق العام للنشاط الخاص¹.

ثانيا: الجهة المختصة بإلغاء المرفق العام:

لم يحدد المشرع الجزائري كيفية إلغاء المرافق العامة، وتطبيقا للقواعد العامة فإن الإلغاء يتم بنفس الأداة التي اتبعت في الإنشاء من حيث المرتبة والقوة، بمعنى أنه إذا تم الإنشاء بقانون فيجب أن يكون الإلغاء بقانون كذلك، أو بأداة أعلى فإذا تم الإنشاء بقرار بلدي مثلا، فقد يكون الإلغاء بقرار ولائي بما أن الولاية هي جهة وصاية بالنسبة للبلدية.

ثالثا: آثار إلغاء المرفق العام:

عندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغاءه، فإن لم ينص على ذلك فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق.²

¹ يتحقق ذلك من خلال الخصومة والتي يمكن تصنيفها إلى فئتين: الفئة الأولى وتتمثل في إسناد مهمة تسيير المرفق العام إلى القطاع الخاص دون نقل للملكية. مثل عقد البوت الذي ينصب على بناء وإدارة وتمويل المشاريع الهامة ثم نقل ملكية المشروع إلى الدولة بعد مرور مدة معينة من الزمن (والفئة الثانية تشمل عمليات البيع أو نقل ملكية المشاريع أو حصص المساهمة من القطاع العام إلى القطاع الخاص).

² مازن ارضي ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك، 3009، ص 44.

وإذا كان مصدر أموال المرفق العام تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة، فإن الأموال تقول إلى أحد المرافق العامة التي لها نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرضاً مقارباً له احتراماً لإرادة المتبرعين.

أما مصير الموظفين فإنه يتم نقلهم إلى مرفق عام آخر، أو إنهاء خدماتهم وتسوية حقوقهم الوظيفية وتعويضهم بناءً على مبدأ تحقيق المساواة بين المواطنين أمام التكاليف والأعباء في هذه الحالة المسؤولة دون خطأ.

المطلب الثاني: المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العمومية

تخضع المرافق العامة لمجموعة من المبادئ استقر عليها القضاء والفقهاء، وأضحت اليوم من المسلمات في نظرية المرافق. وتتمثل أهم هذه المبادئ في ما يلي:

الفرع الأول: مبدأ المساواة أمام المرفق العام

إن مبدأ المساواة أمام المرفق العام، هو امتداد للمبدأ العام وهو مساواة الأفراد أمام القانون. والذي بات يمثل اليوم حقاً من حقوق الإنسان وحقاً دستورياً أعلنت عنه مختلف الدساتير. ولعل أهم تطبيقات مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة إنما يتمثل في ما يلي:

أولاً: مساواة المنتفعين من خدمات المرفق:

يقتضي هذا المبدأ وجوب معاملة المرفق لكل المنتفعين معاملة واحدة دون تفضيل البعض على البعض الآخر، لأسباب تتعلق بالجنس أو اللون أو الدين أو الحالة المالية وغيرها. وتجدد الإشارة إلى أن مبدأ المساواة يطبق عندما يتساوى المنتفعين في المركز القانوني ومثال ذلك الإلتحاق بالدراسة الجامعية ليس مفتوحاً لجميع المواطنين، وإنما يقتصر على الحاصلين منهم على البكالوريا، كما لا يتنافى هذا المبدأ مع سلطة المرفق في فرض بعض الشروط التي تستوجبها القوانين والتنظيمات كالشروط المتعلقة بدفع الرسوم أو إتباع بعض الإجراءات أو تقديم بعض الوثائق.

ثانياً: المساواة في الإلتحاق بالوظائف العامة:

ويقصد به إلزام المرافق العامة لدى لجوئها للتوظيف مراعاة شروط عامة، يجب توافرها في جميع المترشحين من جهة والتقيد بإجراءات وكيفية التوظيف التي تقوم على أساس نظام المسابقات المبنية على الشهادات أو الاختبارات.

ولقد تم النص على المبدأ في الدستور: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي حددها القانون".

وكذلك نصت عليه المادة 34 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة بقولها: "لا يجوز التمييز بين الموظفين بسبب آرائهم أو أصلهم أو بسبب أي ظرف من ظروفهم الشخصية أو الاجتماعية".

ثالثاً: حياد المرفق العام:

يقصد بحياد المرفق العام أن يراعى في أداء مهامه وتسييره مقتضيات تحقيق المصلحة العامة، بحيث يجب على مسير المرفق أن لا يستعمله لدعم مصالح أخرى.

إن هذا المبدأ قد كرسه بصفة صريحة المادة 00 من الدستور التي نصت على أن "عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون". كما نصت عليه المادة 31 من القانون الأساسي للوظيفة العامة بأنه: "يجب على الموظف أن يمارس مهامه بكل أمانة وبدون تحيز".

الفرع الثاني: مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد - الاستمرارية -

إن أساس مبدأ الاستمرارية يكمن في تمكين المرفق العام من إشباع الحاجات العامة للمواطنين دون إنقطاع، وعلى السلطات الإدارية تأمين تشغيل المرافق العامة بصورة منتظمة¹.

وتعد هذه القاعدة من أهم القواعد التي تحكم سير المرفق العامة سواء كانت إدارية أم اقتصادية وتستند إلى أهمية وحيوية الخدمات التي تؤديها المرفق العامة ومدى جسامته الأضرار التي تصيب الدولة والأفراد جراء توقف مرفق ما، أو تعطله عن تقديمها وكفي تصور مدى الاضطراب الذي يصيب حياة الأفراد إذا انقطع التيار الكهربائي لمدة طويلة، أو نشاط مرفق النقل ليوم أو يومين، فالمواطن يخطط لتصرفاته معتمداً على وجود مرفق تعمل بانتظام².

¹ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 34.

² زكريا المصري، أسس الإدارة العامة (التنظيم الإداري - النشاط الإداري)، دار الكتب القانونية ودار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر، 3004، ص 813.

على أن مضمون مبدأ الاستمرارية ليس واحدا في جميع المرافق العامة والخدمة التي يقدمها فيعني لدى بعض المرافق العمل والتشغيل الدائم، مثل الشرطة والدفاع والمستشفيات والحماية المدنية ويعني لدى البعض الآخر العمل المستمر وفقا لدوام وتوقيت يومي محدد، مثل مرفق الحالة المدنية، البريد، المدارس والجامعات.

ويعود للقاضي الإداري تحديد مضمون الاستمرارية بشكل يسمح للمواطنين من الحصول على الخدمات من المرفق. فهو يعتبر أكثر المبادئ وزنا لأن القضاء الإداري كثيرا ما اعتمد عليه في صياغة بعض النظريات، منها نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الموظف الفعلي، وهو ما سنبينه لاحقا.

كما أن مبدأ الاستمرارية يفترض العمل الدقيق والمنتظم للمرفق، بحيث يجب أن يفتح في الساعة المحددة ولا يمكن أن يقفل بطريقة مسبقة، والا عد خطأ مرفقي ولا يمكن أن ينقطع الرفق عن العمل إلا في الحالات المنصوص عليها في القوانين والأنظمة وحالات القوة القاهرة.

ولقد جسد الدستور هذا المبدأ في المادة 00 منه، والتي تنص على أن: "الوزير الأول يسهر على حسن سير الإدارة العمومية". وبذلك أصبح للمبدأ قيمة دستورية ويقتضي مبدأ الاستمرارية توافر جملة من الضمانات، تعمل جميعها على تجسيده في أرض الواقع. ومن هذه الضمانات ما وضعه المشرع ومنها ما رسخه القضاء الإداري.

أولا: الضمانات التشريعية: تتمثل في:

1- تنظيم ممارسة حق الإضراب:

يقصد بالإضراب عموما توقف أو امتناع الموظفين أو العمال عن القيام بوظائفهم و أعمالهم لمدة معينة دون تركهم لوظائفهم بصفة نهائية .

ولكن الإضراب باختلاف صورته وأشكاله أمر خطير يؤثر سلبا على سيرورة المرفق العام كونه المتسبب الرئيسي في شلله و عدم تحقيقه للمنفعة العامة و كذا عدم تقديم الخدمات العامة للأفراد وبعد أن كان الإضراب جرما يعاقب عليه القانون إلا أنه تطور و أصبح أكثر حماية من القانون إذ أصبح يستعمل من اجل الدفاع على المصالح المهنية كونه عنصر من عناصر الحريات العامة الأساسية و التي توصلت إليه الكثير من دساتير العالم.¹

1-1 تكريس حق الإضراب في الدستور الجزائري

¹ بلمهدي إبراهيم مبدأ استمرارية المرفق العمومي في النظام القانوني الجزائري

إن المؤسس الدستوري قد اعترف بحق الإضراب في النص الدستوري الجزائري الصادر بتاريخ 1963/09/10 بموجب المادة 20 التي نصت على مايلي: **"الحق النقابي و حق الإضراب ومشاركة العمال في تسيير المؤسسات معترف بها جميعا وتمارس هذه الحقوق في نطاق القانون "** يستخلص من نص المادة أن المؤسسة الدستورية قد اعترف بحق الإضراب دون التمييز بين القطاع العام والقطاع الخاص، لكن بما أن الجزائر كانت وإلى وقت قريب تتخذ الاشتراكية أسلوبا و منهجا وكان الموظفون و العمال الدعامة الأساسية التي تركز عليها الدولة في تحقيق المساعي و الأهداف الكبرى الاشتراكية ، فعملت على توفير كافة الوسائل والمعدات من اجل تهيئة ظروف العمل عبر جميع القطاعات ،ومن اجل تحقيق هذه الأهداف حرص المشرع الجزائري على تحريم الإضراب في القطاع العام وهو في الأساس تحقيق لمبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد لأن قيام الموظفين أو عمال القطاع العام بهجر عملهم قصد تحقيق مطالبهم يتنافى ومبدأ سيرورة واستمرارية المرفق العام .

ولقد حرص الدستور الجزائري الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1976 الذي خطى خطوة أكثر تقدما في مجال الإضراب على منع الإضراب في القطاع العام واقتصر ممارسة حق الإضراب فقط على القطاع الخاص ، حيث نصت المادة 61 في الفقرة الثانية منه والتي تقضي على أنه "تخضع علاقات العمل في القطاع الاشتراكي لأحكام القوانين والتنظيمات المتعلقة بالأساليب الاشتراكية للتسيير. وفي القطاع الخاص حق الإضراب معترف به وينظم القانون ممارسته "يتبين من نص المادة أن الإضراب حق غير معترف به لعمال المرافق العامة وهذا لإشباع الحاجات العامة للمنتفعين من المرفق الحيوية للدولة .

ثم جاء دستور 23 فيفري 1989 في ظل الإصلاحات السياسية والاقتصادية و التعددية الحزبية وقد اعترف صراحة بحق ممارسة الإضراب في المرافق العامة و لكن في إطار قانوني ، حيث نصت المادة 54 منه على أن "

"وهو نفس مضمون المادة 57 من التعديل الدستوري لسنة 1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 وكذلك نفس محتوى المادة 71 من التعديل الدستوري لسنة 2016 كما اعترف أيضا للمتعاقد بهذا الحق .

وفي دستور 2020 نصت المادة 70 على: الحق في الإضراب معترف به و يمارس

في إطار القانون.

يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأنشطة العمومية ذات المصلحة الحيوية للأمة.

لم يضع أي من هذه الدساتير نصوصا توضيحية لكيفية ممارسة هذا الحق.

1- 2 تكريس حق الإضراب في القوانين

جاء أول قانون أقره المجلس الشعبي الوطني رقم 90-02 حيث تضمن هذا القانون كيفية ممارسة حق الإضراب، كما جاء بشروط و ضوابط بهدف حماية المصلحة الخاصة للموظف المضرب مع ما يتماشى و النظام الجديد الذي تصبو إليه السياسة العامة للدولة وذلك حرصا منه على استمرارية بعض الأنشطة في المرافق العامة ذات الحركية في المجتمع بتوفير حد أدنى من الخدمة حسب طبيعة و نشاط كل مرفق من جهة و عدم حرمان الموظف من المطالبة بحقه من جهة أخرى .

وبعدها صدر الأمر 06-03 حيث اعترف للموظف بممارسة حق الإضراب بموجب المادة 36

التي نصت على أنه "يمارس الموظف حق الإضراب في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما" وعليه فإن المشرع الجزائري قد اعترف صراحة للموظف و المتعاقد بممارسة حق الإضراب باعتباره وسيلة لمطالبة الهيئة المستخدمة بتحقيق مطالبه المهنية حرصا على إحاطته بالحماية القانونية، إذن فالإضراب يعتبر حقا دستوريا مكفولا للموظف والمتعاقد على حد سواء و بالتالي لا يمكن المساس به لكن مع الحفاظ على ديمومة المرفق العام و استمراريته تحقيقا للمصلحة العامة¹.

1- 3 شروط ممارسة الإضراب.

وضع المشرع الجزائري قانون رقم 90/02 السابق الذكر بعد أن أقر أنه حق من حقوق العمال ألا أن هذا الحق ليس مطلق بل يخضع عند ممارسته لشروط تضمن عدم التجاوز في ممارسته لحماية للمصلحة العامة و ضمانا لاستمرارية المرفق العام والمتمثلة في:

- استنفاد إجراءات التسوية الودية.

- موافقة جماعة العمال على الإضراب.

- الإشعار المسبق بالإضراب.

- ضمان أمن وسلامة أماكن العمل.

أ- استنفاد إجراءات التسوية الودية :

يقصد بها وجوب استنفاد وفشل جميع الطرق الودية الممكنة لمحاولة التسوية الودية و الإرضائية، كإجراءات المصالحة و الوساطة و كافة الوسائل المنصوص عليها في الاتفاقيات الجماعية كما جاء في نص المادة 24 من القانون 90-02 ففي الوساطة التي تعتبر طريقة سلمية لمعالجة النزاع والتي تعتبر شكلا من أشكال التوفيق حيث يقوم وسيط بإقناع الأطراف المتنازعة حول حل و سيط للفصل في النزاع بعد سماعه للطرفين ويدعوها لقبول الحل الذي اقترحه أو يمكن رفضه .

¹ سعيد علي غافل، حق الإضراب الوظيفي، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة زين الحقوق والأدبية، لبنان، 2015، ص 87.

ومن الطرق السلمية نجد المفاوضات الجماعية في التفاوض المباشر بين ممثلي العمال وممثلي الإدارات العمومية كونها تقوم على أساس الحوار و ترجع أهمية التفاوض لوجود تنظيمات تعرف باسم النقابات العمالية.

كما يسبق قرار الإضراب اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم حيث أنه يوقف قرار الإضراب بل و يوقف الإضراب إذا كان قد شرع فيه،

حيث تنص المادة 25 من القانون 90-02 بأنه "لا يمكن اللجوء إلى ممارسة الإضراب و يوقف الإضراب الذي شرع فيه بمجرد اتفاق الطرفين في الخلاف الجماعي في العمل على عرض خلافهما على التحكيم" ومعنى هذا أن اللجوء إلى التحكيم يعتبر أداة من أدوات إنهاء الإضراب وليس فقط توقيفه لأن قرار التحكيم يفرض تطبيقه والالتزام به من قبل الطرفين بحكم القانون وفق ما جاءت به المادة 13 الفقرة 2 من القانون 90-02 والتي تنص على أنه " يصدر قرار التحكيم النهائي خلال 30 يوما الموالية لتعيين الحكام، وهذا القرار يفرض نفسه على الطرفين الذين يلزمان تنفيذه" أي أن اللجوء إلى التحكيم أمر اختياري إلا أن بمجرد الاتفاق على اللجوء إليه يفقد المتنازعين الحرية و يلزمهم مسبقا بالامتنال لقرار التحكيم و الالتزام به وتنفيذه.¹

ب - موافقة جماعة العمال على الإضراب:

يقصد بها أن يكون قرار اللجوء إلى الإضراب شرعيا إذا كان صادرا عن أغلبية العمال بإرادتهم الحرة دون أي إكراه أو ضغط و يتم ذلك عن طريق جمعية عامة تضم كافة العمال أو نصفهم على أقل تقدير ، تعقد خصيصا لهذا الغرض يعبرون فيها عن رغبتهم أو عدم رغبتهم في الإضراب عن طريق الاقتراع السري و يشترط أن يكون القرار النهائي للجوء إلى الإضراب صادر عن الأغلبية المطلقة للعمال الحاضرين لهذه الجمعية حسب نص المادة 28 من القانون 90-02 السالف الذكر، أما أقلية العمال الراضين فيحق لهم متابعة العمل ولا يجوز للعمال المضربين أن يجبروا العمال غير المضربين على التوقف عن العمل.

فكما يحمي القانون حق العامل عند ممارسة الإضراب فإنه يحمي حريته في القيام بعمله وهو ما نصت عليه المادة 34 من نفس القانون والتي نصت على "يعاقب القانون عرقلة حرية العمال، ويعد عرقلة حرية العمل، كل فعل من شأنه أن يمنع العامل أو المستخدم أو ممثله من الالتحاق بمكان عمله المعتاد أو يمنعهم من استئناف ممارسة نشاطهم المهني أو من مواصلته بالتهديد أو المناورة الاحتيالية أو العنف أو الاعتداء".

¹ سليمان أحمية ، آليات تسوية منازعات العمل و الضمان الاجتماعي في القانون الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د

ج - الإشعار المسبق بالإضراب:

نظم المشرع الجزائري الإشعار المسبق بالإضراب في المواد 29 إلى 31 من القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية وتسويتها وممارسة حق الإضراب.

ويقصد بالإشعار المسبق بالإضراب قيام ممثلي العمال الموافقين على الإضراب بإعلام صاحب العمل عن نية العمال في التوقف الجماعي عن العمل ، من أجل تحقيق المطالب المهنية لهم ، التي مزال الخلاف بشأنها مستمرا.¹

يعتبر الإشعار المسبق بالإضراب شرطا إلزاميا يترتب على إهماله أو مخالفته عدم شرعية الإضراب حيث يجب الإشعار مسبقا بتاريخ ومدة الإضراب وذلك بإعلام صاحب العمل سواء كان إدارة أو سلطة عامة مسبقا بقرار اللجوء إلى الإضراب مع تحديد بداية الشروع فيه ومدته إذا كان محدد المدة أو إذا كان مفتوحا ، مما يعني أن بداية الإضراب ليس من تاريخ إقراره وإنما يبدأ نفاذه من التاريخ الذي يلي نهاية مهلة الإخطار المسبق ، وتحسب مدة الإشعار المسبق للإضراب بدءا من تاريخ إيداعه لدى الهيئة المستخدمة وإعلام مفتشية العمل المختصة إقليميا ، وتحدد المدة عن طريق التفاوض والتي يجب ألا تقل عن 08 أيام ابتداء من تاريخ إيداعه على أن تمديد هذه الفترة جائز قانونا سواء بموجب الاتفاق بين طرفي النزاع أو بإرادة ممثلي العمل فلهما الحرية التامة في هذا الصدد وذلك وفقا لنص المادة 30 من القانون 02/90.

وبالتالي فإن عدم مراعاة شرط الإشعار المسبق بالإضراب وعدم احترام الميعاد يؤدي إلى إضفاء صفة عدم مشروعية الإضراب مما يؤثر سلبا على سيرورة المرافق العامة .

د - ضمان أمن وسلامة أماكن العمل :

إضافة إلى ما سبق من شروط ممارسة حق الإضراب هناك شرط أساسي وضعه المشرع الجزائري ينبغي مراعاته وهو ضمان أمن وسلامة أماكن العمل أي عدم احتلال أماكن العمل بالقوة وذلك باتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات اللازمة لضمان المحافظة على وسائل وأدوات وأماكن العمل وعدم تعريضها لأية أضرار أو تخريب أو إتلاف أو مساس بالأموال العقارية والمنقولة والمنشآت التابعة للمستخدم² فتعريضها للضرر يعيق سير المرفق العام بانتظام واطراد .

وأن أي تصرف من هذا القبيل من طرف العمال المضربين يترتب عليه المسؤولية المدنية أو الجزائية حسب جسامة الضرر وفق ما نصت عليه المادة 55 الفقرة 02 من القانون 02/90 التي تقضي برفع العقوبة إلى حدود الثلاث سنوات حسب حالة الاعتداء على الأشخاص والممتلكات.³

¹ عبد الرحمن خليفي، الوجيز في منازعات العمل و الضمان الاجتماعي ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2014 ص71.

² سليمان أحمية، مرجع سابق، ص151

³ نفس المرجع ص152

فرفض العمال للامتنال وتعتهم يعد عرقلة لحرية العمل وهي التصرفات التي يعتبرها القانون أخطاء جسيمة حيث ينص القانون من خلال المادة 35 منه على أنه*يمنع العمال المضربين عن احتلال المحلات المهنية للمستخدم، عندما يهدف هذا الاحتلال إلى عرقلة حرية العمل.

1 - 4 القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب:

بالرغم من الاعتراف بحق الإضراب ضمن قائمة الحقوق الأساسية للمواطن ودستورته إلا أنه حق مقيد وليس حقا مطلقا ، وهذه القيود مقررة دستوريا ، فأغلب الدساتير الحديثة تنص على هذه القيود وتحيل تنظيمها وتحديدتها للقانون وكذلك يعتبر الإضراب مقيدا بعدة اعتبارات أمنية واقتصادية وسياسية ومهنية وكذا تنظيمية هدفها الحفاظ على ديمومة المرفق العام من جهة و من جهة أخرى الحفاظ على حقوق الموظف.

أ- القيود الكلية الواردة على ممارسة حق الإضراب:

منع القانون الجزائري مثله مثل باقي القوانين الأجنبية وخاصة القانون الفرنسي ممارسة حق الإضراب في بعض ميادين الأنشطة الأساسية، حيث نصت المادة 43 من القانون 02/90 على مجموعة القطاعات التي لا يمكن ممارسة حق الإضراب فيها فقط حيث " :يمنع اللجوء إلى الإضراب في ميادين الأنشطة الأساسية التي قد تعرض توقفها حياة أو أمن أو صحة المواطنين أو الاقتصاد الوطني للخطر وبهذه الصفة يمنع اللجوء إلى الإضراب على:

-القضاة.

- الموظفين المعيّنين بمرسوم أو الموظفين الذين يشغلون مناصب في الخارج.

-أعوان مصالح الأمن.

-الأعوان الميدانيين العاملين في مصالح الحماية المدنية.

-أعوان مصالح استغلال شبكات الإشارة الوطنية في وزارتي الداخلية والشؤون الخارجية.

-الأعوان الميدانيين العاملين في الجمارك.

-عمال المصالح الخارجية لإدارة السجون.

ب - القيود الجزائية الواردة على ممارسة حق الإضراب:

وردت هذه القيود في القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب تعتبر من أهم القيود التي أوردها المشرع الجزائري على ممارسة الحق في الإضراب في هذا القانون وهو إلزام العمال المضربين بتقديم الحد الأدنى من الخدمة الدائمة الضرورية بالنسبة لبعض القطاعات وفقا لنص المادة 37 من نفس القانون حيث نصت على أنه إذا كان الإضراب يمس بالأنظمة التي يمكن أن يضر انقطاعها التام باستمرار المرافق العمومية الأساسية، أو يمس بالأنشطة الاقتصادية الحيوية، أو بتموين المواطنين، أو المحافظة على المنشآت والأموال الموجودة فيتعين تنظيم مواصلة الأنشطة الضرورية فيشكل قدر أدنى من الخدمة إجباري، أو ناتج عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود .

ولقد نص المشرع على إقامة هذا الحد الأدنى من الخدمات في حالة ما إذا شمل الإضراب أنشطة يخل توقفها الكامل باستمرارية المرافق العامة الضرورية¹.

كما جاء في مضمون المادة 39 من نفس القانون على أن تحدد كمية ونوعية هذا القدر الأدنى من الخدمة بمقتضى الاتفاقيات الجماعية وإذا لم يكن ذلك فيمكن أن تحدد من طرف المستخدم أو السلطة الإدارية المعنية بعد استشارة ممثلي العمال.

ولم يكتف المشرع الجزائري بالنص على هذا المبدأ فحسب، بل إنه وتفاديا لأي إخلال بتفسير هذه الأحكام أو أي تقصير أو إهمال أو تفسير ضيق لهذه المادة، من جهة وضمانا لتطبيق وتقديم الحد الأدنى الإجباري في بعض القطاعات الاقتصادية والاجتماعية والأمنية من جهة ثانية، فقد أوجب بعض مصالح هذه القطاعات الحيوية على إلزامية تقديم حد أدنى إجباري من الخدمة بغض النظر عن وجود أو عدم وجود اتفاقية أو عقد ينظم ذلك، واعتبر رفض العمال القيام بهذا الواجب، خطأ مهنيا جسيما وهو ما تضمنته المادة 40 من القانون 90-02.

كما نصت المادة 38 من القانون 90-02 على أنه ينظم قدر الأدنى من الخدمة الإجبارية في بعض المجالات كان الغرض من المشرع هنا الحفاظ على مصالح المواطنين وذلك لما يخلفه الإضراب من ضرر على تموين الأفراد بما يحتاجونه من سلع وخدمات والمساس بالأمن العام للبلاد وضياح المصالح المالية أو الاقتصادية للبلاد ويستوي في هذه القيود كل من المؤسسات والمرافق المسيرة بصفة مباشرة من طرف الإدارة أو تلك المسيرة أو المدارة عن طريق عقود الامتياز، حيث يفرض على الحائزين على عقود الامتياز التزام ضمان الحد الأدنى من الخدمة في حالة الإضراب تطبيقا لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

¹ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الج ازئر، ترجمة رجال بن امر-رجال مولاي ادريس ،ديوان المطبوعات الجامعية، الج ازئر، 1995،

إن سلطة الإدارة المعنية والامتيازات التي منحها لها القانون لا تتوقف عند فرض الحد الأدنى من الخدمة في بعض القطاعات والنشاطات الحيوية، بل منها وسيلة قانونية أخرى تتمثل في أمر التسخير كآلية استثنائية تحد من الآثار المترتبة عن الإضراب.

قرار التسخير:

لقد نصت المادة 41 من القانون 90-02 السالف الذكر على أنه "عملا بالتشريع الساري المفعول يمكن أن يؤمر بتسخير العمال المضربين الذين يشتغلون في الهيئات أو الإدارات العمومية أو المؤسسات لضمان استمرار المصالح العمومية الأساسية بتوفير الحاجيات الحيوية للبلاد أو الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان". ونصت كذلك المادة 42 من نفس القانون على أنه: "يعد عدم الامتثال لأمر التسخير خطأ جسيم دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجزائري".

2 — تنظيم الاستقالة :

الاستقالة هي رغبة الموظف في ترك الوظيفة بإرادته و بصفة نهائية لأسباب شخصية و لا يمكن إجبار أي شخص يعمل ما دون رغبته و لهذا فهي من الحقوق المشروعة للموظف العام، و إذا كانت الاستقالة أمرا مباحا إلا أنه لا يجوز في الظروف العادية على الأقل إرغام فرد على القيام بعمل لا يريد، فإن هذا الحق أن يقيد رعاية المصالح العامة ، حيث كان من حق الموظف أن يستقيل من عمله بالمرفق العام ، و ليس من حقه أن يترك و يتخلى عن أداء مهامه فجأة أو كما يشاء و بدون إجراءات.

وسعيا منه لضمان استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد نصت مختلف التشريعات الوظيفية الوطنية والمقارنة المتعلقة بالوظيفة العامة على حق الاستقالة فقد اعترف المشرع الجزائري للموظف بحقه في الاستقالة ومغادره المرفق العام بناء على رغبته، ونظم شروط ممارستها وقيدتها وذلك في كل التشريعات الوظيفية التي عرفتها الوظيفة العامة في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا.

لقد اعترف المشرع الجزائري للموظف بحقه في ترك الوظيفة العامة في الوقت الذي يقدر فيه أن مصلحته تقتضي ذلك ، وهذا بإقراره للاستقالة كحق ثابت و كسب مشروع من أسباب انتهاء الخدمة الوظيفية ، لذلك نص عليه في مختلف التشريعات المتعلقة بالوظيفة العمومية التي عرفتها الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ، و عليه عرف تنظيم حق الاستقالة تطوار ملحوظا بداية من الأمر رقم 133/66 السالف الذكر ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية إلى غاية الأمر رقم 03/06 القانون الحالي للوظيفة العامة ، حيث نص الأمر رقم 133/66 على الاستقالة كحالة إنهاء خدمة الموظف ، حيث نظم استقالة الموظف العمومي من المواد 62 إلى غاية 66، فنصت المادة 62 منه

على مايلي "إن انتهاء المهام الذي يترتب عليه فقدان صفة الموظف ينتج عن : - الاستقالة".

ليصدر الأمر رقم 12/78¹ المتضمن القانون الأساسي للعامل ، حيث نص هذا القانون على الاستقالة كحالة من حالات إنهاء علاقة العمل المحددة بالمادة 92 ، ثم تطرق للاستقالة لوحدها في المادة 93 التي نصت على مايلي " الاستقالة حق معترف به للعامل و

يتعين على العامل الذي يرغب في إنهاء علاقات العمل مع المؤسسة المستخدمة أن يقدم استقالته".

كما نص القانون 06/82 ، على الاستقالة في الفصل الثالث المتعلق بالأحكام المشتركة المتعلقة بانتهاء علاقة العمل، حيث اعتبرها حالة من حالات انتهاء علاقة العمل و تتم بناء على طلب مكتوب طبقا لمادتين 68 و 69 منه .

كما نظم أيضا المرسوم 59/85 ، المتضمن القانون الأساسي لعمال و الإدارات العمومية حق الاستقالة في الباب الثامن المتعلق بانتهاء علاقة العمل في المواد 133، 134، 135 منه و لم يأتي هذا المرسوم بجديد مقارنة بما ورد في الأمر 133/66 إلا في بعض النقاط منها أنه نص صراحة على أن الاستقالة هي حق معترف به لكل موظف يرغب في إنهاء علاقة العمل طبقا للمادة 33.

كما أشار القانون 11/90 إلى الاستقالة في مادتين ذكرت أولها الاستقالة ضمن حالات إنهاء علاقة العمل و هي المادة 66 ، ثم المادة 68 التي اعترفت بالاستقالة كحق إذ نصت على أن " الاستقالة حق معترف به للعامل".

كرسها أيضا المشرع في ظل الأمر رقم 03/06 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الحالي ، حيث أن الموظف يعتبر مستقيل عندما يعلن إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية و هي عقد معترف به و خص هذا الحق بأربعة مواد كاملة من المادة 217 إلى المادة 220 في الوقت الذي اكتفي فيه المشرع بالإشارة إلى حالات الانتهاء التام لخدمة الموظف دون التفصيل فيها و ذلك في المادة 216 ، و هذا دليل على خطورة الإجراءات على الموظف و الإدارة.

2- 1 شروط ممارسة حق الاستقالة

يمارس الموظف حقه في الاستقالة عن طريق تقديم طلب يعلن فيه عن رغبته في إنهاء العلاقة الوظيفية حيث تنص المادة 218 من الأمر 03/06 .

¹ انون 12/78 المؤرخ في 05 أوت 1978 ، المتضمن القانون الأساسي للعامل ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 32 ، الصادرة بتاريخ 05 أوت 1978 ، ص 724 .

سالف الذكر " لا يمكن أن تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف يعلن فيه عن إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية " كما نصت المادة 1/63 من الأمر 133/66 سالف الذكر "لا يمكن أن يكون للاستقالة مفعول إلا بطلب خطي يقدمه المعني و يعبر فيه عن إرادته بدون غموض في قطع الصلة التي تربطه بالإدارة إلا فيما

يتعلق بالإحالة على التقاعد" و نصت أيضا المادة 2/133 من المرسوم 59/85 سالف

الذكر " يرسل الموظف طلبه عبر الطريق السلمي إلى السلطة التي لها صلاحية التعيين و يبقى ملزما بتأدية الواجبات المرتبطة بمهامه حتى صدور قارر السلطة المذكورة " ، و

بذلك يكون المشرع قد أخذ بالاستقالة الصريحة أو المكتوبة دون الأخذ بالاستقالة الضمنية ، و قد أحسن فعلا في عدم أخذه بالاستقالة الضمنية أو الحكمية لأنها لا تعبر عن المعنى الصحيح للاستقالة التي تقوم على ضرورة إبداء الموظف لرغبته الواضحة و الصريحة في ترك الوظيفة كما أبدأها حينما ترشح للانتحاق بها ، و بالتالي انقطاعه عن العمل لا يعتبر في كل الأحوال قرينة مؤكدة على انصراف نيته للاستقالة من جهة ، و من ناحية أخرى يعد الانقطاع عن العمل بمثابة خطأ مهني نظرا لإخلاله بمبدأ سير المرفق العام بانتظام و اطراد ، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حينما اعتبر غياب الموظف بدون مبرر بمثابة خطأ مهني يعاقب عليه بالخصم من الراتب .

و بالتالي لا يمكن الاعتداد بطلب الاستقالة إلا بتوافر مجموعة من الشروط والمتمثلة في :

أ- أن يكون الطلب كتابي :

أكد المشرع الجزائري أنه لا يمكن أن تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف الملزم بالتصريح فيه و بدون غموض في اتجاه إرادته الصريحة إلى قطع علاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية ، و قد ذهبت النصوص السابق المنظمة للوظيفة العمومية بالجزائر لا سيما الأمر 133/66 سالف الذكر إلى حد اشتراط أن يكون طلب الاستقالة خطيا ، إدراكا من المشرع أن الموظف المقبل على الاستقالة لا يكون في وضعية نفسية لائقة ، أي تحت تأثير عوامل خارجية كالإكراه أو التوتر و بما يلزم تحرير طلب استقالته بخط يده الذي قد يمنحه الفرصة في التريث و التفكير مليا في هذا الإجراء الخطير الذي يكون له انعكاسات سلبية على حياة الموظف¹ أو في استمرارية المرفق العام بانتظام .

¹ رشيد حباني ، دليل الموظف و الوظيفة العمومية ، دار النجاح للكتاب ، الجازنر ، 2012 ، ص 78 .

و قد تقرر اشترط الكتابة في الاستقالة لمصلحة الموظف باعتبارها دليل على رغبته الأكيدة في ترك الوظيفة وأنه أقدم عليها بعد تفكير و إمعان للنظر، كما أن الاستقالة المكتوبة من جهة أخرى تمكن الإدارة من التأكد من رغبة الموظف في الاستغناء عن الوظيفة.

كما تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معيناً لطلب الاستقالة مكتفياً بشرط الإعلان عن الإرادة الصريحة في إنهاء الخدمة ، و بالتالي يكون الطلب صحيحاً بمجرد إرساله إلى السلطة المختصة بالتعيين عن طريق السلم الإداري و تضمينه ألفاظ و عبارات واضحة و دالة على انصراف إرادة الموظف الصريحة إلى إنهاء العلاقة الوظيفية بصفة نهائية .

ب - عدم تعليق الاستقالة على شرط :

يشترط الفقه لصحة طلب الاستقالة المقدم من الموظف العام أن يخلو من أية شروط يعلق عليها صدور القرار الإداري بقبول الاستقالة ، و ذلك لأن الشروط قد تثير الشك في رغبة الموظف العام في الاستقالة ، فقد يكون هدفه من تقديم الاستقالة ليس إنهاء خدمته و إنما حث الإدارة على تحقيق مطالبه ، و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أن المواد الأربعة التي نظمت الاستقالة من المادة 217 إلى المادة 220 من الأمر 03/06 لم تتضمن مسألة الاستقالة المشروطة ، و عليه يتوجب على الإدارة التأكد و فحص بدقة طلب الاستقالة و مراعاة الألفاظ و العبارات التي يتضمنها هذا الطلب للتأكد من الرغبة الحقيقية للموظف في ترك الخدمة .

ج- أن تكون استقالة الموظف صادرة عن إرادة حرة :

يجب أن تكون استقالة الموظف صادرة عن إرادة حرة أي بمحض إرادته و اختياره ، و بالتالي إذا ثبت أن الاستقالة تحت ضغط أو إكراه كانت الاستقالة باطلة ، و كذلك لو صدر طلب الاستقالة عن إرادة غير واعية أو غير مدركة لنتائج أفعالها ، كما لو صدرت تحت تأثير المرض الشديد الذي يمنع التعبير الصحيح عن الإرادة كإصابة الموظف بمرض ، أو أن الاستقالة تمت بإرادة غير مدرك للنتائج المترتبة عنها .

و لذلك و نظراً لأن الاستقالة تصرف قانوني مبني أساساً على إرادة الموظف العام و رغبته في إنهاء العلاقة الوظيفية ، كان لا بد أن تخلو هذه الإرادة من كل العيوب لا سيما عيب الإكراه سواء المادي أو المعنوي ، و بالتالي يجب أن يكون طلب الاستقالة صادر عن إرادة الموظف الصحيحة بحيث أن لا يكون قد شابها أي عيب من عيوب الإرادة ، فغالبا ما يقوم القاضي الإداري بإلغاء القرارات الصادرة بقبول استقالات الموظفين إذا ثبت عدم إعلام الموظف بنتائج تصرفه أو أنه قد تعرض لضغوطات ، و ذلك راجع للآثار الهامة عن الاستقالة و تأثيرها عن الحياة المهنية للموظف¹ ، و يترتب على إلغاء قبول الاستقالة اعتباره كأن لم يكن، و بالتالي يزول

¹ أنور أحمد رسلان ، مرجع سابق ، ص 442

القرار و كافة الآثار القانونية المترتبة عنه ، مما يلزم الإدارة بتمكين الموظف من كل الحقوق و الامتيازات التي كان يتمتع بها قبل قبول الاستقالة، فضلا عن حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر .

د- أن يكون طلب الاستقالة فردي :تعتبر الاستقالة حق ثابت للموظف يجب أن يمارس في إطار القانون ، حيث يلتزم بتقديم طلب فردي و ليس جماعي يعلن فيه أن إرادته الصريحة في قطع علاقته بالوظيفة بصفة نهائية ، كما يجب أن يمارس هذا الحق بصفة فردية في الوقت الذي يقدر فيه أن مصلحته تكمن في مغادرة الوظيفة العامة ، لأن ممارسة هذا الحق بشكل جماعي يعد خروجا عن المنطق القانوني الذي شرعت من أجله الاستقالة ، كما يعد تعسفا في استعمال هذا الحق و يتعارض بشكل صارخ مع مبدأ ثابت و هو مبدأ استمرارية المرفق العامة و سيرو رتھا بانتظام و اطراد ، لذلك فقد جرمت الاستقالة الجماعية في أغلب التشريعات المقارنة ، كما جرمها المشرع الج ازتري في قانون العقوبات المادة 115 منه .

هـ-استمرار الموظف في أداء عمله إلى حين صدور قرار الجهة المختصة:

حيث أجمعت مختلف قوانين الوظيفة العامة السابقة ، على وجوب استمرار الموظف المستقيل في أداء مهامه إلى حين صدور قرار الجهة المختصة بالتعيين ، و ذلك من أجل الحفاظ على استمرارية المرفق العام ، و هذا ما أقرته المادة 219 من الأمر 03/06 ، و قد حدد المشرع مدة شهرين للسلطة المختصة لاتخاذ قرارها بشأن طلب الاستقالة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب حسب المادة 1/220 ، الملاحظ من هذه المادة أن المشرع عندما أعطى الإدارة مدة شهرين لاتخاذ قرار الاستقالة هو الحفاظ على مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد أولا ، لان بمجرد قبولها الطلب يؤدي إلى توقف المصالح العمومية و بالتالي يختل التوازن المرفقي ، كما أضاف مدة شهرين آخرين إذا استدعت الضرورة القصوى في حالة عدم تمكن الإدارة من البديل، و أن المعنى بالاستقالة يجب أن ينهي معاملاته الواجبة عليه و تمريرها إلى غيره حسب ما تقتضيه الإجراءات القانونية ، و بالتالي أربعة أشهر كافية للحفاظ على سير المرفق العام .

ثانيا: الضمانات القضائية:

إضافة إلى الضمانات التشريعية التي وضعها المشرع لاستمرار المرفق العام وتحقيق المنفعة العامة التي أوجد من أجلها، توجد ضمانات قضائية أوردها القضاء الإداري من أجل حماية ديمومة المرفق العام و سيره بانتظام واطراد في حالة الظروف الاستثنائية والعادية، وهذا بهدف تفادي حدوث أي انقطاع أو تعطيل في سير المرفق العام لأنه سيؤدي حتما إلى نشوب أضرار بالمصلحة العامة من جهة و بحقوق الأفراد من جهة أخرى .

لهذا أوجد القضاء الإداري نظريتين كضمانات قضائية للحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد وهما نظرية الظروف الطارئة التي أقرها القضاء الفرنسي لضمان استمرار نشاط المرفق العام في الحالات المفاجئة مع

الحفاظ على التوازن المالي بين الإدارة وصاحب الالتزام و نظرية الموظف الفعلي الهادفة إلى تفادي توقف سير المرفق العام في الحالات الاستثنائية والعادية كحالة وجود عيب في تعيين الموظف أو في تفويضه لتسيير المرفق العام.

1 - نظرية الظروف الطارئة:

إن من بين الضمانات القضائية التي تضمن دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد نجد نظرية الظروف الطارئة والتي يقصد بها ظهور حوادث مفاجئة أثناء تنفيذ العقد أو ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد فيترتب عليها إرهاب للمتعاقد مع الإدارة يخشى معه باستمرار هذه الظروف أن يعجز الملتزم عن الاستمرار في إدارة المشروع و استغلاله مما يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام فالعقود الإدارية هي من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة عن طريق تنفيذها على أحسن وجه من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.¹

لقد عرفت نظرية الظروف الطارئة تطوار ملحوظا بدءا من العصور القديمة إلى العصور الوسطى فالعصور الحديثة، ولقد كانت نشأتها في بادئ الأمر في ظل القانون العام، إذ لم يكن القضاء المدني ليوافق على تطبيقها على علاقات القانون الخاص، وقد بذلت محاولات لتطبيقها في المحاكم الفرنسية و المصرية فباءت بالفشل، أما بالنسبة للقانون العام فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن 19 وكانت أول قضية طبقت فيها هذه النظرية هي قضية غاز مدينة بوردو، الصادر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1916/07/30.

فقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي بهذه النظرية وطبقها خلال الحربين العالميتين بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتغيرها وتأثيرها في تنفيذ عقود التزم المرافق العامة. كما اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار قوانين اوجد فيها صراحة حلولاً تقوم على مبدأ نظرية الظروف الطارئة تنص على فسخ العقد أو تعديله بسبب الظروف الاقتصادية منها: قانون فايو بتاريخ 1918/01/21، قوانين متعلقة بالإيجار سنة 1925 و سنة 1927 و قانون شبيه بقانون فايو² سنة 1949.

وبالتالي فهناك علاقة وطيدة بين نظرية الظروف الطارئة وسير المرفق العام وهذا من أجل تحقيق المصلحة العامة و تقديم الخدمات للمنتفعين .

1 مبدأ استمرارية المرفق العام في القانون الجزائري دراسة مقارنة منكرة لنيل شهادة الماستر قانون إداري للطالبتين لوط عائشة و بن زعباط حورية
2 عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة والشريعة الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، بيروت، سنة 1971، ص 26-29، نقلا عن أحمد يوسف عبد الرحمان بحر، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على العقد الإداري - دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الشريعة و القانون في الجامعة الإسلامية غزة، 2017، ص 63.

نظرية الظروف الطارئة أصلا هي من القضاء الإداري وبالتحديد مجلس الدولة الفرنسي الذي اقرها بتاريخ 1916/05/30 بشأن إنارة مدينة بوردو.

وتتلخص وقائع هذه القضية كون الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بوردو وأثناء تنفيذها للعقد وجدت الأسعار التي تتقاضاها ابعدها بكثير من أن تغطي النفقات بعد ارتفاع أسعار الفحم المستخرج منه الغاز ارتفاعا كبرى ارفعها عند نشوب الحرب العالمية الأولى بحيث ارتفع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاث أمثاله حيث كان مبلغ طن الفحم عند إبرام العقد سنة 1904م 23 فرنك فرنسي ... وفي عام 1916 كان 73 فرنك فرنسي مما استحاله معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها التعاقدية فطلبت الشركة من بلدية بوردو المتعاملة معها رفع الأسعار من المنتفعين فرفضت هذه الأخيرة ذلك (البلدية) وتمسكت بشروط العقد استنادا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فعرض هذا النزاع على مجلس الدولة الذي أقر فيه نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد .

ومن هنا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلا مثل ما هو عليه في حالة القوة القاهرة، فالنظرية في الظروف الطارئة تبقى ممكنا ولكنه مرهق وعلى ذلك لا يعفى المتعاقد من تنفيذ العقد وله الحق في الطلب من الإدارة أن تساهم في تحمل بعض الخسائر التي تلحق به ضمانا لحماية المرفق العام واستمراره في أداء الخدمة دون انقطاع تطبيقا لمبدأ السير الحسن للمرفق العام بانتظام واطراد.

ونصت المادة 107 من القانون المدني التي تقضي " يجب أن ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام ، غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

فمن خلال هذه المادة في فقرتها الثانية فإن القضاء الإداري الجزائري أخذ دائما بنص هذه المادة في أحكامه الخاصة بهذا الموضوع وأعطى في نفس الوقت السلطة التقديرية لاجتهاد القاضي في تقييم الظروف الطارئة ورد التوازن المالي للعقد الإداري حفاظا منه على رفع الضرر الذي يلحق أطراف العقد من جهة وتطبيقا لمبدأ سير حسن المرفق العام بانتظام واطراد من جهة أخرى .

شروط تطبيق النظرية.

ومن خلال ما سبق في ما تقدم ولاسيما نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري فإنه يشترط لتحقيق هذه النظرية توافر شروط منها:

وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ولا يمكن دفعها أو تداركها مثل : الظروف الاقتصادية، ارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا، أو الظروف السياسية كالإعلان عن الحرب وما إلى ذلك أو الظروف الطبيعية كحدوث الزلازل أو الفيضانات فهذه الظروف غير متوقعة لا يمكن دفعها وهي من باب المفاجأة.

أن يكون الحادث الطارئ خارج عن إرادة المتعاقد ومستقلا عن إرادته فلا يستطيع أن يستفيد من هذه النظرية إذا كان متسببا في إحداث هذا الظرف الذي جعل تنفيذ التزامه مرهقا وكذلك يلزم أن لا تكون الإدارة هي المتسببة في إحداثه أو فعلها فإذا كان هذا القبيل فنكون أمام مسؤولية تقصيرية تستوجب التعويض وليس ظرفا طارئا.

أن يؤدي الظرف الطارئ إلى خسائر غير مألوفة من شأنها أن تؤدي اضطراب في التوازن المالي للعقد و إرهاب المتعاقد وعلى ذلك فإن حدوث الخسائر البسيطة للمتعاقد لا تسمح الاستفادة من هذه النظرية التي تستلزم أن تكون الخسارة ناشئة عن الظرف الطارئ جسيمة تجاوز الخسارة العادية المألوفة أي تؤدي إلى إرهاب الملتزم ولكي يتم تقييم هذه الخسارة يستلزم على القاضي أن يرى هذه الخسارة على مجمل العقد.

أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد مادامنا أمام تمثيل عقد خاص بالمرفق العام فيجب أن يكون الملتزم قائما ولم يتم تنفيذه نتيجة هذا الإرهاب بمعنى أن تكون المدة الزمنية للعقد مستمرة وإن تنفيذ العقد في هذه المدة يؤدي إلى تحقيق الظروف الطارئة وهذا ما يحصل غالبا في عقود الامتياز وعقود التوريد والأشغال العامة ، لأن الاستمرار في تنفيذ العقد رغم الإرهاب الذي حصل للملتزم يعطي الأحقية للملتزم في طلب تدخل القضاء وتخفيف حدة الإرهاب فإذا توقف يحق له الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة بفسخ العقد ولا يحق له المطالبة بالتعويض لأن الهدف الرئيسي في هذه النظرية هو مساعدة المتعاقد على تنفيذ التزامه التعاقدية وتحقيق المصلحة العامة حفاظا على استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد ولهذا يكون التعويض هنا في هذه الحالة تعويضا جزئيا عن الخسارة المحققة وبقيمة الإرهاب ولا يمكن له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت.

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

— التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد.

— حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة .

2 — نظرية الموظف الفعلي.

إضافة إلى نظرية الظروف الطارئة نجد من بين الضمانات القضائية التي تضمن دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد نظرية الموظف الفعلي وهي من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة عن طريق تنفيذها على أحسن وجه من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

والموظف الفعلي هو الشخص الذي يقوم بأعمال الوظيفة العامة سواء صدر بتعيينه قرار خاطئ أو معيب أو لم يصدر بتعيينه قرار إطلاقاً.¹

و عرفه البعض بأنه شخص لم يصدر قرار تعيينه في الوظيفة العامة أو صدر قرار لكنه صدر معيباً، وقام بممارسة بعض التصرفات أو الاختصاصات المعهودة لموظف عام.

و أضاف البعض بأنه " الذي يقوم ببعض الأعمال دون أن يصدر قرار بتعيينه أو صدر القرار و لكن كان معيباً.

الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي.

نظرية الموظف الفعلي هي نظرية خلقها و طبق أحكامها مجلس الدولة الفرنسي حفاظاً على مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد، و ذلك في ظرف الاستثنائية و العادية على حد سواء، فمن خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى تطبيقات هذه النظرية.

أولاً- في الظروف العادية : إن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية هو فكرة الظاهر ، فأساس الاعتراف بشرعية الأعمال و التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي و ترتيبها لمختلف الآثار القانونية يعود إلى ما يتمتع به ذلك الموظف في الظروف العادية من مظاهر خارجية تؤدي لإيهام المتعاملين معه و تدفعهم هذه المظاهر إلى الاعتقاد بصحة شغل الموظف للوظيفة ، إذ لا يعقل أن نطلب من كل شخص يتعامل مع موظف عام أن يتأكد من صحة شغله للوظيفة العامة ، فالاعتداد بالظاهر يستهدف توفير الأمن و الاستقرار في المجتمع ، و ضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد ، لأن توفير الأمن يتعلق بالثقة في التعامل مع الإدارة ، و هذه الثقة قد تختل إذ لم ترتب تصرفات الإدارة مع الأف ارد مختلف آثارها في الأحوال التي توحى بصحة تلك التصرفات ، الأمر الذي قد يدفع الأف ارد إلى العدول عن التعامل مع الإدارة ، و هذا بلا شك سيؤثر على المرفق العامة ، و يفقد الثقة بها من جانب الأفراد.

ثانياً- في الظروف الاستثنائية : إن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية تتمثل في ظرف الاستثنائي ذاته ، و في ضرورة سير المرفق العام بانتظام و اطراد ، ففي حالة قيام الثورات و الحروب و الكوارث الكبرى تحتل الأمور ، و قد يتولى الوظيفة العامة أشخاص عاديون و يتعامل معهم الجميع و هم يعلمون

¹ أنور أحمد رسلان ، مرجع سابق ، ص 215 .

أنهم ليسو موظفين عموميين ، و ليس لهم أي مظهر من مظاهر الوظيفة العامة ، و مع ذلك يعترف بأعمال و تصرفات هؤلاء المواطنين ضمانا لسير المرفق العام بانتظام و اطراد في هذا الظرف الاستثنائي .

و بالتالي في هذا التطبيق نجد مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام و اط ارد هو الأساس الوحيد لشرعية أعمال الموظف الفعلي ، و يقصد بالظرف الاستثنائي هذا معناه الدقيق كحالة الحرب أو الفتنة المسلحة أو الثورات ، ففي هذه الحالة كما أشرنا سابقا يحتل نظام الدولة العام و يحدث أن يهجر بعض الموظفين وظائفهم في المدينة أو بعض المناطق ، فيقوم بعض المواطنين العاديين بتسيير المرافق العامة في المدينة أو المنطقة تطوعا منهم لخدمة الآخرين .

فالقضاء الإداري أقر بشرعية أعمالهم و قراراتهم رغم عدم تنصيبهم الرسمي ، و كان الأساس الذي استند إليه القضاء هو مبدأ ضرورة سير المرفق العامة بدوام و انتظام حتى لا تتعطل مصالح الناس ، و لا شك أن هذا الدور التطوعي للموظف الفعلي في هذه الظروف الاستثنائية ينتهي بمجرد عودة الموظفين الرسميين أو تعيين غيرهم .

و لكي يتم إضفاء صفة المشروعية على أعمال الأفراد العاديين في الظروف الاستثنائية لا بد من توفر عدة شروط: *أن تختفي السلطات الشرعية كليا.

*أن يكون تصدي الأفراد العاديين لمزاولة مهمات الوظيفة العامة ضروريا لسير المرفق العامة الأساسية.

*أن تنطوي الظروف الاستثنائية على درجة عالية من الخطورة و الجسامة.

*يجب أن تقتصر مباشرة هؤلاء الأفراد على إصدار القرارات التي تندرج ضمن اختصاص الموظف القانوني فقط.

و من هنا يتعين على القضاء قبل الحكم بمشروعية القرارات الإدارية الصادرة في الظروف الاستثنائية التحقق و التثبت من طبيعة القرارات الإدارية الصادرة و الظروف و الملابس الواقعية التي صدرت في ظلها هذه القرارات الإدارية و هكذا يكون مبدأ دوام سير المرفق العامة بانتظام و اط ارد هو الأساس القانوني لإضفاء المشروعية على القرارات الصادرة على الموظفين الفعليين في الظروف الاستثنائية .

و قد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في الظروف الاستثنائية في عدة مناسبات منها حكمه الصادر في 05 مارس سنة 1948 في قضية ماريون (MARION) و التي تلخص وقائعها في أن مجموعة من الأشخاص قاموا بتكوين لجنة لرعاية مصالح لأحد الأقاليم ، على إثر تعرض هذا الإقليم للغزو من قبل الجيش الألماني ، و الذي أدى إلى فرار أعضاء المجلس البلدي خوفا من الوقوع في أيدي سلطات الاحتلال ، و قامت هذه اللجنة المشكلة بالاستيلاء على البضائع و الأغذية لضمان توفيرها للمواطنين ، و على أثر ذلك قام المذكور أعلاه و آخرون بالظعن بهذه القرارات الصادرة عن اللجنة ، مستندين على أن تصرفاتها لا تستند إلى أي أساس قانوني ، و كان رد مجلس الدولة الفرنسي على هذه الدعوى برفض هذا الظعن المقدم إليه رغم تسليمه بأن هذه اللجنة تشكل سلطة فعلية ليس لها أي صفة إدارية ، و ذلك استنادا إلى أن الظروف الاستثنائية التي نجمت عن

هذا الغزو لهذا الإقليم من شأنها إضفاء طابع الضرورة و الاستعجال على التصرفات التي قامت بها هذه اللجنة ، مما يستتبع اعتبار هذه الق ارارت صحيحة و سليمة و قانونية و كأنها صادرة عن سلطة إدارية .

الآثار المترتبة على نظرية الموظف الفعلي.

في الظروف العادية:

1 - آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة بطلان قرار التعيين :

و يحدث ذلك عندما يتولى الموظف مهام الوظيفة ، ثم يتبين عدم توافر الشروط اللازمة لشغل الوظيفة أو بطلان ق ارر التعيين لأي سبب من الأسباب ، و هو ما بنجم عنه إلغاء ق ارر التعيين ، حيث إن المركز القانوني للموظف الذي فوض تفويضا غير مشروع ، لا يختلف كثيرا عن المركز القانوني للموظف الذي عين تعيينا غير مشروع ، لذلك يجب إعمال نظرية الموظفين الفعليين في مجال التفويض غير المشروع ، بغية إسباغ الشرعية على الأعمال التي قام بإنجازها الموظف الذي فوض تفويضا مخالفا للقانون ، حرصا على مصلحة الغير حسني النية الذين أكد لهم الموظف الظاهر أنه الموظف المختص ، و يؤدي من حيث النتيجة إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعيين ، إلا أن القضاء العربي و الفرنسي أضفى الشرعية على التصرفات الصادرة على الموظف الذي تقرر إلغاء قرار تعيينه تطبيقا لفكرة الظاهر و تفادي الإض ارر بالغير حسن النية و الم ارفق العامة، و بذلك فإن القضاء قد فضل فكرة استقرار المراكز القانونية و حسن سير الم ارفق العامة ، على فكرة الحجية المطلقة للحكم بالإلغاء .

2- آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة الاستمرار غير المشروع في الوظيفة :

تتحقق في هذه الحالة عندما يكون قرار تعيين الموظف صحيحا ، ثم ينتهي لأي سبب من الأسباب إلا أنه يستمر في القيام بمهام الوظيفة ، على الرغم من انفصام ال اربطة الوظيفية بينه و بين الإدارة ، فما الآثار المترتبة على ذلك ، يجمع الفقه على الاعت ارف بصحة التصرفات الصادرة عن الموظف في هذه الحالة ، و ذلك لا يقتصر على الأعمال التي يقوم بها مثل هذا الموظف في المدة من صدور ق ارر إنهاء خدمته ، ذلك أن ترتيب تلك التصرفات لمختلف آثارها لا يرجع إلى حسن نية الموظف أو عدم عمله بق ارر إنهاء الخدمة، و لكنه يقوم على اعتبارات حماية الغير حسن النية و ضرورة حسن سير المرافق العامة، و قد استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على إمكانية أن يبقى الموظف شاغلا لوظيفته بعد انتهاء قرار تعيينه ، حتى يتم تعيين خلفه ، و ذلك إذا كان هذا البقاء ضروريا لم ارة ظروف خاصة مرتبطة بمسؤوليات الوظيفة التي يشغلها هذا الموظف ، و استنادا إلى متطلبات سير المرافق العامة بانتظام و اطراد .

آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة انعدام سند الوظيفة :

في هذه الحالة يشغل أحد الأشخاص الوظيفة دون صدور قرار بتعيينه فيها ولو كان باطلاً ، و من المفترض أن تكون التصرفات التي تصدر عن هذا الموظف معدومة لكونها تشكل عيب عدم اختصاص جسيماً ، و تعد صحيحة ، حماية للغير حسن النية ، و مراعاة لحسن سير المرافق العامة بانتظام و اطراد ، و تتحقق هذه الحالة أكثر ما تتحقق عندما يباشر الموظف بأعمال وظيفته قبل صدور قرار تعيينه.

في الظروف الاستثنائية .

كما سبق و اشرنا أن الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية هو الشخص الذي يباشر الوظيفة العامة تحت ضغط ظروف استثنائية أو دوافع سياسية أو اجتماعية أو بدافع المصلحة الوطنية و بهدف عدم توقف المرفق العامة خاصة في أوقات الحروب و غياب السلطات العامة أو انحسارها ، و استناداً إلى القاعدة العامة ، فإن قرار الموظف الفعلي التي يتخذها تعد منعدمة و باطلة قانوناً لأنها صادرة من غير مختص لكن الفقه و القضاء بوصفها صحيحة لاعتبارت تتعلق باستقرار المراكز القانونية و ضرورة سير المرفق العامة بصفة منتظمة و دائمة و بذلك فإن القرار تعد صحيحة وفقاً لشروط معينة و هي أن تكون عملية تقلد هذا الشخص للوظيفة متسمة بمظهر المعقولية ، بمعنى أن من يتولى وظيفة معينة على أساس من عمل منعدم و هو القرار المتسم بالمخالفة الجسيمة و الواضحة كل الوضوح لا يمكن أن يكون موظفاً فعلياً و من ثم تكون قرارته منعدمة .

فضلاً على توفر مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام و اطراد يسوغ الاستثناء من هذه القاعدة و إجازة الأعمال الصادرة عن الشخص الذي يمارس وظيفة عامة دون سند قانوني صحيح استناداً لفكرة الظاهر و لحماية حقوق الأفراد الذين يتعاملون مع الشخص بحسن نية، معنى ذلك أن هذا الشخص يعد موظفاً فعلياً برغم أنه ليس موظفاً من الناحية القانونية.

الفرع الثالث: مبدأ عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام:

أجمع قانوناً و فقهاً و قضاءً على عدم الحجز على المال العام و تعتبر هاته القاعدة من النظام العام ، ذلك أن الحجز ينتهي ببيع المال العام ببيعاً قضائياً و الحال أن البيع الاختياري ممنوع فيه ، لذلك تعتبر هاته القاعدة من النظام العام ، بمعنى آخر فالمرفق العمومية تحتاج في أدائها للخدمة المنوط بها تحقيقاً للنفع العام ، كل أموال التي تعتبر الوسائل المادية التي تستعين بها على ممارسة نشاطها سواء العامة أو الخاصة فقد كان من المتفق عليها أن المرفق العام يجب أن يحال بكل الضمانات التي تمكنه من أداء وظيفته بصورة مضطربة و منتظمة لجمهور المنتفعين بخدماته تحقيقاً للمصلحة العامة التي تدوب فيها كل مصلحة شخصية و تطبيقاً لمبدأ عدم تعطيل المرفق العام لا يجوز التنفيذ على الأموال اللازمة لسيره عن طريق الحجز .

إذا فالأموال العامة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة لا يجوز الحجز عليها تحفظيا كان أو تنفيذيا على اعتبار أن هذا الإجراء يتعارض مع مبدأ تخصيص تلك الأموال للمصلحة العامة و أن الحجز بهذا الشكل يعطل سير المرفق العام و يحول دون تنفيذه لوظيفته المتمثلة في النفع العام.

وبالتالي فلا يجوز الحجز على المال للوفاء بما قد يكون مستحقا على المرفق العام من ديون و ذلك حتى لا يعيب المرفق العام فلا من الناحية المالية في مواصلة نشاطه دون انقطاع و تسري هذه القاعدة أي كانت الطريقة التي يديرها المرفق العام سواء عن طريق الاستغلال المباشر أو عن طريق الامتياز ، رغم أن في الحالة الأخيرة بعض الأمور المستغلة في إدارة المرفق العام تكون أصلا مملوكة للملتزم لأن قيام الملتزم هنا على تسيير النشاط الخاص بالمرفق العام يضيفي على أمواله المخصصة لتسيير المرفق العام بصيغة العمومية هذا حتى لا يتعطل النشاط الخاص بالمرفق العام باعتبار هذه الأموال و ان كانت خاصة و لكنها تشغل المرفق العام و هذا ما كرسه القضاء و العديد من النصوص القانونية منها على سبيل المثال المادة 689 من القانون المدني الجزائري ، و كذا المادة 04 من القانون 90/30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالأموال الوطنية التي تنص على أن الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف و لا للتقادم و لا للحجز .

الفصل الثاني: طرق تسيير المرفق العام

رأينا فيما سبق أن المرافق العامة أنواع مختلفة، لذا كان من الطبيعي أن تتباين أساليب تسييرها، في اختيار طريقة من الطرق تراعي الإدارة اعتبارات متعددة : سياسية واجتماعية واقتصادية، ففي الدولة الليبرالية الكلاسيكية كانت الأساليب تنحصر في الإستغلال المباشر، وفي استلزام بعض المرافق الإقتصادية ثم تنوعت طرق إدارة المرفق العامة، تحت تأثير الأفكار الإشتراكية وتدخل الدولة المكثف في المجال الإقتصادي والاجتماعي، فظهرت أساليب جديدة في التسيير، تعتمد التأميم والمؤسسات والمنشآت العمومية والإقتصاد المختلط، ومع تراجع الأفكار الإشتراكية إثر انهيار المعسكر الشيوعي وتفوق الأفكار الليبرالية التي تنادي بخصوصية طرق تسيير المرافق العامة واخضاعها لقواعد المنافسة، قامت الدولة بإفساح المجال للقطاع الخاص بالمشاركة في تسيير المرافق العامة.

المبحث الأول: الأساليب الكلاسيكية و التقليدية لإدارة المرافق العامة

يرتبط المرفق العام بالدولة من حيث إنشائه وتسييره، حيث أن أول ما ظهرت من المرافق العمومية كانت مقتصرة على مجالات محددة استطاعت الدولة السيطرة عليها من خلال الاستغلال المباشر من طرف الدولة والجماعات المحلية وذلك بخلق مرفق عامة تابعة مباشرة لها ولا تملك هذه المرافق شخصية معنوية، لكن بتعدد مجالات تدخل الدولة وتزايد المرافق العمومية لم تعد الدولة والجماعات المحلية قادرة على مواكبة هذا التحول سواء من حيث الكم أو النوع مما ولد اختلالات كبيرة .

كما ظهرت نقائص عديدة أثقلت كاهل الدولة وأثرت سلبا على الخدمة العمومية. لذلك حاولت أغلب الدول ومنها الجزائر اللجوء إلى طريقة أكثر مرونة في تسيير المرافق العمومية ذلك بخلق مؤسسات مستقلة عن الدولة والجماعات المحلية متخصصة في مجالات معينة، وبذلك مراعاة خصوصية كل قطاع وإعطائه مجالات متخصصة، وتنوعت الأنظمة القانونية لهذه المؤسسات العمومية حسب طبيعة كل نشاط، ورغم النجاح الذي حققته هذه المؤسسات خاصة في بعض المجالات إلا أن ارتباطها بالقطاع العام ولد عدة نقائص شابت هذا النوع من تسيير المرفق العام وأثرت سلبا على فعاليته وعلى نوعية الخدمة التي يقدمها.

إذ يعتبر كل من أسلوب الاستغلال المباشر أو أسلوب المؤسسة العمومية من أقدم أساليب تسيير المرفق العام، وهي من الأساليب الكلاسيكية التي لم ولن تتخلى الدولة عن تسييرها، فهناك بعض المجالات يجب أن تبقى مسيرة من طرف أشخاص عمومية نظرا لخصوصيتها وطبيعتها التي تفرض بقاءها في يد الدولة.

المطلب الأول: الاستغلال المباشر

الفرع الأول: تعريفه

وهو الشكل العادي لتسيير المرفق العمومي، ويقصد به أن تقوم الدولة أو الجماعة المحلية بإدارة المرفق مستعينة بأموالها وموظفيها ومستعملة في ذلك وسائل القانون العام.

إن أسلوب الإدارة المباشرة، يتبع عادة في إدارة المرفق العمومية التقليدية أي الإدارية في الوقت الحاضر، وذلك لأنها غير مربحة من جهة، ومن جهة أخرى ترى الدولة أنه من الخطورة التنازل عنها سواء بإخضاعها للتخصص أو بتوكيلها للأفراد ففي السابق كانت الدولة تحتكر كل نشاطات المنفعة العامة سواء الإدارية أو التجارية والصناعية.

إلا أن هذا لا يمنع من استخدام أسلوب الإدارة المباشر في عدد من المرفق العامة التجارية والصناعية سواء كانت تابعة للدولة أو الجماعات المحلية، إذا أرت هذه الأخيرة مصلحة في ذلك.3

وتجدر الإشارة أن الميزة الأساسية في أسلوب التسيير المباشر في مختلف أشكاله أن المرفق العام ضمن هذا الأسلوب لا يتمتع بالشخصية المعنوية، بحيث تتولى الإدارة سواء كانت إدارة مركزية كالوزارت أو إدارة لا مركزية إقليمية كالبلديات، القيام بالنشاط (المرفق العام) بنفسها ولحسابها، فتتولى تنظيم المرفق وتشغيل وتعيين موظفيه وتمويله وتحمل مخاطر التشغيل والمسؤولية عن الأضرار التي يسببها المرفق للغير وتدخل في علاقة مباشرة بالمتفاعلين بخدمات المرفق العام الذي تسييره تسييرا مباشرا.

الفرع الثاني خصائص أسلوب الاستغلال المباشر

يتمتع أسلوب الاستغلال المباشر بجملة من الخصائص تميزه عن باقي الأساليب الأخرى التي تتمثل في مجانية المرافق العامة وتحقيق المنفعة العامة.

أولاً: مجانية المرافق العامة

ليس هدف المرفق العامة الربح الذي يبحث عنه الأفرد، وإلا فما هو هدف إنشائها، وعندما وجدت المرفق العامة وجدت الخدمة العامة ومجانيتها ويمكن أن يحصل عليها الجميع دون مقابل، فالجانية هي القاعدة وهي الأصل، خاصة تلك المرفق الإدارية التي تسيرها الدولة مباشرة.

كما أن العبء الكبير للمرفق العمومي المسير من قبل الدولة والجماعات المحلية وعجز المالية العمومية في تغطية الحاجات المتزايدة يوجب إخضاع المرفق لمبادئ النجاعة والفعالية، رغم كل هذا فالطبيعة الخاصة لهذه المرفق

وضرورتها بالنسبة للأف ارد جعلها تدخل في النظام العام الذي يجب أن تتحمله الدولة، لذلك يجب إبعادها عن قواعد الربح.

ثانيا: تحقيق المنفعة العامة

لا يمكن اعتبار أي مشروع مرفقا عاما إلا إذا كان يستهدف تحقيق النفع العام، ويقصد بالنفع العام في صورته العامة إشباع حاجات عامة أو تقديم خدمات عامة للجمهور وهذه الخدمات قد تكون مادية كإيصال المياه والكهرباء أو توفير وسائل المواصلات، وقد تكون حاجات معنوية كالتنظيم الإداري، غير أن غالبية فقهاء القانون يرون أن شرط روط النفع العام الذي يترتب عليه اعت بار المشروع مرفقا عاما لا يتحقق إلا إذا كان نوع النفع العام من النوع الذي يعجز الأف ارد والهيئات الخاصة عن تحقيقه أولا يرغبون في تحقيقه أو لا يستعطون تحقيقه على الوجه الأكمل، ولهذا فإن المشروعات الصناعية والتجارية التي تنشئها الدولة لا تعتبر مرفقا عاما إذا كانت تستهدف تحقيق الربح عن طريق منافسة المشروعات الخاصة.

الفرع الثالث: نتائج الاستغلال المباشر

يترتب على طريقة الاستغلال المباشر النتائج الأساسية والتي تتمثل من حيث الموظفين ومن حيث الأموال ومن حيث الأعمال ومن حيث المنازعات

أولا: من حيث الموظفين

يعتبر موظف و المرافق العامة التي تدار بهذا الأسلوب موظفين عموميين، يخضعون للأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، وكل النصوص التنظيمية المطبقة له، حيث تبقى علاقة العمل بين الموظف والجهة الإدارية المنشئة للمرفق قائمة إلا في حالة إلغاء المرفق العام

ثانيا: من حيث الأموال

القاعدة العامة أن الأموال المخ ص صة لإدارة المرفق العام المسيرة في شكل استغلال مباشر هي ملك للإدارة التي أنشأت المرفق، إذ أنه لا يتمتع بذمة مالية مستقلة، كما ت وكدته قوانين الإدارة المحلية مثلا حيث تنص المادة 151 من قانون البلدية لسنة 2011 على ما يلي: "يمكن للبلدية أن تستغل مصالحها العمومية عن طريق الاستغلال المباشر. تقيد إيرادات ونفقات الاستغلال المباشر في ميزانية البلدية. ويتولى تنفيذها أمين خزينة البلدية طبقا لقواعد المحاسبة العمومية."

كما تنص المادة 144 من قانون الولاية لسنة 2012: "تسجل إيرادات ونفقات الاستغلال المباشر في ميزانية الولاية حسب قواعد المحاسبة العمومية".

ومع ذلك فإن مقتضيات التسيير وفعاليته قد تقتضي منح المرفق العام "مي ازنية مستقلة" Budget "autonome"، إذ تنص المادة 152 من قانون البلدية على ما يلي: "يمكن للبلدية أن تقرر منح ميزانية مستقلة لبعض المصالح العمومية المستغلة مباشرة".

وهو ما ذهبت إليه المادة 145 من قانون الولاية لسنة 2012، حينما نصت على ما يلي:

"يمكن المجلس الشعبي الولائي أن يقرر ميزانية مستقلة لمصالح بعض المصالح العمومية الولاية المستغلة عن طريق الاستغلال المباشر ويجب عليه ضمان توازنها المالي".

ثالثا: من حيث الأعمال

كقاعدة عامة جميع التصرفات التي تتعلق بالمرفق العام (قرارات، عقود)، وسواء كانت قرارات إدارية (تنظيمية أو فردية)، تصدر أو تبرم من الناحية القانونية من طرف السلطة المختصة بالجهة الإدارية المنشئة للمرفق العام (رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي)، وبالتالي فإن:

- القرارات التي تصدرها قرارات إدارية سواء كانت تنظيمية أو فردية.

- العقود التي تبرمها هي عقود إدارية.

- كما تسري على جميع أعمالها وتصرفاتها المسؤولية الإدارية.

اربعاً: من حيث المنازعات

نظرا لعدم اكتساب المرفق العام المدار المسير بطريقة الاستغلال المباشر للشخصية المعنوية، فإنه لا يتمتع بأهلية التقاضي، حيث يمثل أمام القضاء الإداري لدى الطعن في أعماله وتصرفاته أمام الجهة القضائية المختصة - بواسطة الممثل القانوني للجهة الإدارية المنشئة- الوالي، رئيس البلدية.

واستنادا إلى ما سبق ذكره فإن النتائج المترتبة على التسيير المباشر هي: - موظفو المرافق العمومية المسيرة تسييرا مباشرا هم موظفون عموميون يخضعون لقانون الوظيفة العامة بكل ما يحمله من حقوق والتزامات.

- تعتبر كل أملاك المرفق العام أملاكاً عمومية تخضع لأحكام الدومين العام.

_ القرارات التي تصدرها قرارات إدارية.

_ العقود التي تبرمها عقود إدارية.

_ القضاء الإداري هو المختص المنازعات المتعلقة بها.

- تعتمد في تمويلها على المي ازنية العامة للدولة أو على ميزانية الجماعة المحلية، ومن ثم تخضع لقواعد المحاسبة العمومية وللرقابة على المالية العمومية.

ويقوم بالإستغلال المباشر كل من الدولة، وذلك عن طريق الوزارت أو مصالحها الخارجية، وتدعى كذلك الم ارفق الوطنية التي ينص على إنشائها القانون العدالة، الأمن... والتي تستهدف قضاء حاجات مشتركة لجميع سكان الدولة. أو الجماعات المحلية (البلدية والولاية) لسد حاجات مشتركة ومنافع معينة لسكان إقليم معين، ومن أمثلة ذلك مرافق النقل المحلية والنظافة....، وهو ما أجازته المشرع للولاية بموجب المادة 133 من قانون الولاية استغلال مصالح عمومية بصفة مباشرة، كما نصت المادة 111 من قانون البلدية على أنه يمكن للبلدية أن تستغل مصالحها العمومية عن طريق الاستغلال المباشر .

الفرع الرابع: تقييم أسلوب الاستغلال المباشر

يتميز أسلوب الاستغلال المباشر بجملة من المزايا والعيوب.

أولاً: مزايا أسلوب الاستغلال المباشر

- 1- إن أسلوب الاستغلال المباشر وجد له مكانة طبيعية في ظل ما يسمى بالدولة الحارسة، أين كانت المرافق العمومية تقتصر على ما يسمى بمرافق السيادة، ولكن يعد تطور وظائف الدولة وانتقالها من مرحلة الدولة الحارسة إلى دولة الخدمات، أصبحت هذه الأخيرة حرك ار على الأشخاص العاديين.
- 2- ارتباط المرافق المسيرة بأسلوب الاستغلال بكيان الدولة وعدم تركها للخواص لأن نشاطها لا يحقق أرباحا أو مكاسب مادية لهم.
- 3- المرافق العامة المسيرة لهذا الأسلوب، يحسن تديبرها بوسائل القانون العام وأساليب الضبط الإداري، وبذلك تترك للتديبر المباشر من قبل الإدارة.
- 4- ازدياد تدخل الدولة في الكثير من المجالات على حساب الأفراد، فإنه ومن الناحية النظرية سيعرف هذا الأسلوب ازدهارا وتطورا كبيرا على اعتبار أنه الأسلوب الخصب لسيطرة واستغلال الدولة لمرافقها استغلالا مباشرا لتدخل الأفراد فيه.

5- عجز الخواص عن تدبير بعض المرافق العامة الإدارية لأنها تحتاج إلى أجهزة إدارية ضخمة ووسائل مالية كبيرة.

6- يستدعي أسلوب الاستغلال المباشر في إدارة المرافق العامة موارد ضخمة مستمدة من ميزانية الدولة.

7- يتطلب هذا الأسلوب أن تكون للإدارة حق التصرف المطلق في إدارة نشاطها فهي التي تتفرد باتخاذ القرارات التنظيمية.

8- تقتضي طريقة الاستغلال المباشر أن يكون للإدارة المشرفة على النشاطات في تدبير شؤون موظفيه تدييرا يتفق مع القانون.

ثانيا: عيوب أسلوب الاستغلال المباشر

مما لا شك فيه أن الاستغلال المباشر له أهمية كبيرة لا يمكن الاستغناء عنها في تسيير بعض القطاعات التي تعتبر من الوظائف الكبرى كقطاع الدفاع الوطني، العدالة والأمن، غير أنه تعثره بعض النقائص خاصة في المجالات الأخرى انعكست سلبا على إدارة المرافق العامة، أهمها:

1- الثقل المالي للاستغلال المباشر للمرافق العامة وعدم السيطرة على توسع هذه المرافق:

يعتري أسلوب الاستغلال المباشر للمرافق العامة مشاكل عديدة، إذ لهذه هذه الأخيرة ضغط من الناحية المالية وزيادة النفقات الموجهة للمرافق العامة في ظل ندرة الموارد، فخلق هذه المرافق من جهة هو في حد ذاته عبء مالي ضخم لأنها في الغالب مكلفة جدا وتحتاج هياكل قاعدية ضخمة كما يحتاج تسييرها كذلك إلى أموال كبيرة مما ولد ضغطا كبيرا على ميزانية الدولة والجماعات المحلية خصوصا أن الجائز كانت في نظام اشتراكي يعتمد على الدولة في تسيير كل المرافق العمومية بكل ما تحمله من أعباء مالية، والسبب هو عدم وجود قطاع خاص وبرجوازية تستطيع تحمل عبء تسيير المرفق العام. كما أن خضوع هذه المرافق للإجراءات المالية الحكومية في الاتفاق تتسم عادة بالتعقيد وشدة الرقابة وكثرة مراحله مما يحول بين هذه المرافق وبين التطور والتقدم. والدولة من خلال التسيير المباشر مقيدة بقوانين ولوائح تحد كثر من نشاطها، وهذا ما يجعل الموظفين يخشون الابتكار والتجديد، ويميلون ارتباع الدورتين الحكومي تجنبا للمسؤولية لأن ترقيتهم في النهاية تخضع للأقدمية أكثر مما تخضع للابتكار والتجديد.

2- الاختلالات ذات الطابع التنظيمي:

- المركزية الشديدة: حاولت الجائز الجمع بين نظام المركزية واللامركزية، لكن الواقع أظهر سيطرة المركزية في جميع المرافق، خاصة في الجانب الإداري، فنجد أن السلطة المركزية تحتكر عملية صنع القرارات منها والاستراتيجية وهذا أدى إلى تهميش المرافق المحلية.

– **تضخم الجهاز الإداري:** يتجسد في وجود توسع أفقي على مستوى التنظيم من خلال التزايد المستمر لعدد الوزارت والذي يترتب عنه:

– صعوبة إحكام عملية الإشراف والتوجيه، وما ينجر عنه من صعوبة في توصيل البيانات والمعلومات، وكذا بطء وصول الأوامر والقارير من قمة التنظيم إلى قاعدته، وما تحدته هذه العملية من بطء في عملية صنع القرار وتنفيذ البعث والخطط.

– كثرة أجهزة الرقابة وما يترتب عنها من تضارب بشأن مسائل محتوى التقارير التقييمية.

– كثرة الأجهزة واللجان الفرعية التي تزيد من حجم نفقات الدولة المرتبطة خاصة بالأجور.

– تضخم عند الموظفين على مستوى المرفق المسيرة من قبل الدولة والجماعات المحلية، وتتجسد أهم المظاهر السلبية في العدد الهائل للموظفين الذين يفتقدون إلى مهام واضحة ودقيقة إلى جانب غياب كفاءة الموظفين.

– التقليد في إنشاء بعض المرفق العامة من القانون المقارن كالهيئات الوطنية والدواوين العامة...

غير أن عدم ضبطها لنظام قانوني أدى لوجود صراع بين هذه المرفق العامة وتسايقها دون حدود قانونية للخدمة العمومية.

3- الاختلالات المتعلقة بالجانب التسييري:

وتتمثل أساسا في:

- مشكل التشريع

ترتبط نجاعة القانون بمدى ارتباطه بالواقع أو انفصاله عنه، حيث يزداد احترامه كلما كان أكثر تعبيرا والتحاما بالواقع، والجزائر كغيرها من الدول النامية تعاني من اختلالات مرتبطة بالتشريع تظهر في عملية وضعه ثم كيفية تطبيقه وممارسته.

- غياب أساليب حديثة للتسيير:

يعتمد تسيير المرافق العمومية من طرف الدولة وبصفة عامة الإدارة على المناهج التقليدية مما انعكس سلبا على أدائها ومردوديتها، وشكل عائقا حقيقيا أمام التحولات الجديدة للمرافق العمومية، إضافة إلى افتقار هذه الأخيرة إلى الأدوات الحديثة لسير عملها وضمان لها فعالية أكبر.

- عدم التحكم في النفقات وارتفاع التكلفة الاقتصادية للخدمة

يعتبر الإسراف من أهم مظاهر التخلف الإداري سواء كان مستوى القطاع العام أو على مستوى المرفق العامة خاصة منها المحلية، فما يلاحظ هو الارتفاع النسبي في تكلفة الخدمة مما يترتب عليه رفع أسعارها مقارنة بمنفعتيها للمستهلك.

4- الاختلالات المتعلقة بالموارد البشرية:

عدم الفعالية التي تشهدها المرافق العمومية المسيرة من قبل الدولة والجماعات المحلية في الوقت الراهن لا تقتصر على أسبابها التنظيمية والتسييرية فقط بل تتعداها إلى الموظف الذي يساهم في الخلل من خلال سوء أدائه الوظيفي، وهذا ارجع إلى:

- غياب الكفاءة: رغم توفر الموظفين على شهادات عليا إلا أنهم يفتقرون إلى الدراية الكافية بالمهام والوظائف المسندة إليهم مع استبعاد إلمامهم بكيفية التصرف في حال وقوع إشكال يتعلق بمجريات أداء مهامهم.
- غياب التحفيز: وهذا راجع إلى غياب سياسات تكوين واضحة وعدم تماشيه مع التطور.
- حصر المعلومات على فئة معينة لا تتجاوز المسؤولين وانسداد القنوات الاتصالية.
- أجور محددة مسبقا.
- الترقية التي تعتمد فيها المرافق العمومية على معيار الأقدمية مما يؤدي إلى تسرب الكفاءات إلى قطاعات أخرى.

المطلب الثاني: أسلوب المؤسسة العامة

أولاً: مفهوم المؤسسة العامة:

المؤسسة العامة هي شخص معنوي عام، الهدف من إنشائها هو التسيير المستقل والمتخصص للمرفق العام، إلى جانب الدولة والمجموعات المحلية وعليه فإن تسيير المرافق العامة قد يعهد إلى أشخاص عمومية أخرى، والتي أطلق عليها اسم المؤسسة العامة.

وتعرف المؤسسة العامة على أنها: " شخص معنوي خاضع للقانون العام وهي مكلفة بتسيير مرفق عام".

ويعرفها سليمان الطماوي بأنها: " مرفق عام يدار عن طريق مؤسسة عامة، يتمتع بالشخصية المعنوية"

ولقد أطلق عليها الفقه باللامركزية المرفقية التقنية كمقابل للامركزية الإقليمية، حيث تفوض الدولة لشخص

معنوي عام تسيير مرفق عام، وذلك بمنحها استقلالية مالية وإدارية وفي إطار التخصص بهدف تحسين الخدمة العمومية. وهي بذلك تختلف عن التسيير المباشر، كونها تتمتع بالشخصية المعنوية.

و تتمتع المؤسسة العامة بذمة مالية مستقلة عن الدولة أو الجماعة الإقليمية المنشئة لها، فهي مستقلة في تحصيل إيراداتها وفي الإنفاق .

و حتى تعمل بصورة منتظمة ومستمرة، تقوم المؤسسة العامة على أجهزة إدارية خاصة بها وتتكون هذه الأجهزة

بصفة عامة، من جهاز تداولي يتمثل في مجلس الإدارة مكون من ممثلي الوزارت المعنية بالمجال، معينة من قبل

الوصاية وهو المسؤول عن اختيار الإستراتيجيات وتحديد برنامج النشاط وكذا اتخاذ كافة القرارات، وجهاز تنفيذي

يتمثل في المدير وقد يساعده معاونون وهو المسؤول عن تنفيذ قرارات مجلس الإدارة ويمارس السلطة السلمية

على الموظفين وهو كذلك الأمر بالصرف فيما يخص ميزانية المؤسسة العامة.

أن يكون لها حق قبول الهبات والوصايا.

أن يكون لها حق التعاقد دون الحصول على رخصة.

أن يكون لها حق التقاضي.

أن تتحمل نتائج أعمالها وتسأل عن الأفعال الضارة التي تلحق بالغير.

ولقد نصت المادة 131 من قانون الولاية بأنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، قصد تسيير المصالح العمومية. كما نصت المادة 112 من قانون البلدية بأنه يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها.

ثانيا: قيود نظام المؤسسة العامة:

1 - قيد التخصص:

تنشأ المؤسسة العامة مهما كان مجال تدخلها محلي أو وطني، من أجل القيام بأعمال محددة في نص إنشائها، فهي ملزمة بأن لا تتجاوز مجال نشاطها أو استعمال ذمتها لمهام أخرى فالجامعة مثلا مهمتها التكوين في مجال التعليم العالي، فليس لها أن تخرج عن هذا الإطار، فهي بذلك لا يمكنها أن تقبل الهبات أو الهدايا المخصصة لتحقيق نشاط خارج عن إطار تدخلها، فالقانون أو التنظيم يحدد بدقة مجالات التدخل وقد تكون هناك مجالات أساسية ومجالات ثانوية مكملة للنشاط الرئيسي ومساعدة له، ولا يجوز أن تكون منفصلة عنه تماما .

2 - نظام الوصاية

إذا كانت المؤسسة العامة تتمتع بالاستقلالية بما أنها تمثل اللامركزية في جانبها المرفقي فإن ذلك لا يعني قطع كل علاقة بينها وبين سلطة الوصاية، بل تبقى المؤسسة خاضعة لنظام الوصاية كفكرة مقابلة للاستقلالية المطلقة²، فمن حق الإدارة العامة المركزية أن تراقب نشاطها بهدف التأكد من عدم خروجها عن المجال المحدد لها³. وضمنا لسلامة ومشروعية أعمال المؤسسات العمومية، وحفاظا على متطلبات وحدة نظام الدولة الإدارية⁴ ولكن يجب أن تمارس الإدارة العامة المركزية الوصاية، في حدود القانون تطبيقا لقاعدة " لا وصاية بدون قانون". وقد تكون هذه الوصاية على الأشخاص أو الأعمال (المصادقة على المداولات ذات الأهمية)، فهي وصاية مالية وتقنية أي حسب طبيعة نشاط المؤسسة.

ثانيا: النظام القانوني للمؤسسة العامة:

إن تطور دور الدولة وتعدد المرافق العمومية وتنوعها حسب المجال، فرضت بالضرورة تنوع طبيعة النظام الذي تخضع له، سواء من حيث الإنشاء أو النظام القانوني الذي يخضع له كل نوع من أنواع المؤسسات حسب نوعية الخدمات العمومية والمرفق الذي تسييره، فلكل خصوصيته المميزة، سنحاول معالجة النظام القانوني للمؤسسة العمومية من خلال التعرض لطريقة إنشائها والغائها وأصنافها. فيقصد بإنشاء المؤسسة العمومية تدخل السلطة المختصة قانونا لإنشاء مرفق عام جديد، واختيار أسلوب المؤسسة العامة أسلوبا لإدارته، ويتغير إنشاء المؤسسات العمومية حسب امتدادها.

فالمؤسسات العمومية الوطنية يتم إنشاؤها من قبل السلطات الإدارية المركزية المختصة الوزير الأول، الوزير، وبناء عليه فإن إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية، يبقى أصلا من اختصاص التنظيم، ماعدا مجال فئات المؤسسات الذي يعد مجالا محصورا للبرلمان.

أما المؤسسات العمومية المحلية

فللمجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي الإختصاص في إعداد وتنظيم المؤسسة العمومية والمحلية، فتنص المادة 112 على أنه: "يمكن للبلدية أن تنشأ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها.

وقد تأخذ المؤسسة العمومية البلدية الطابع الإداري أو الصناعي و التجاري.

أما في قانون الولاية فتنص المادة 131 منه على أنه: " يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن ينشأ مؤسسات

عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية."

وقد تأخذ المؤسسة العمومية الولائية شكل المؤسسة العمومية ذات طابع إداري ومؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

إلغاء المؤسسات العمومية:

تعتبر المؤسسة العمومية كائن قانوني تتمتع بالشخصية المعنوية تبدأ حياته

القانونية منذ إنشاء المؤسسة العامة، ويستمر حتى ينتهي نهاية قانونية أيضا.

وتنتهي وتنقضي المؤسسة العامة لعدة أسباب من أهمها، سحب الشخصية المعنوية من المرفق العام، فالمرفق العام يبقى قائما في هذه الحالة لكن يتحول من مرفق عام مدار بأسلوب المؤسسة العامة إلى مرفق عام تتولى السلطة الإدارية تسييره تسيير مباشر، فمن حق السلطة العامة إختيار أسلوب الإدارة التي تراه مناسبة، فذلك يعد من الأمور التقديرية التي تدخل في مجال السلطة الإدارية المختصة بلا معقب عليها من القضاء.

وتجدر الإشارة إلى أن إلغاء المؤسسة العامة يكون بنفس طريقة إنشائها، أي أن يتم بأداة قانونية لها نفس القوة القانونية لأداة إنشائها أو أقوى منها، إحتراما لقاعدة توازي الأشكال .

رابعا: أنواع المؤسسات العامة

إن تنوع نشاط ومجالات تدخل الدولة، يفرض بالضرورة تنوع أصناف المؤسسات العامة منها الكلاسيكية، ومنها ما ظهر حديثا لتخصص بعض المرافق العامة. لذلك لا تتخذ المؤسسات العامة شكلا واحدا بل يختلف شكلها حسب طبيعة نشاطها .

والدارس للتشريع الجزائري خاصة ابتداء من سنة 1899 بصدر القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية والإصلاحات التي توالى فيما بعد، يلاحظ مدى التطور الكبير الذي عرفه أسلوب المؤسسات

والتصنيفات التي طرأت عليه، والتي يمكن إرجاعها إلى ما يلي:

1 - المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري: EPA

إن المؤسسات العمومية الإدارية هي المؤسسات التي تمارس نشاطا، ذا طبيعة إدارية محضة تتخذها الدولة والمجموعات الإقليمية، كوسيلة لإدارة بعض مرفقها الإدارية من خلال إعطائها الشخصية المعنوية وتخضع للقانون العام.

ويعرفها سليمان الطماوي بأنها: "مؤسسات تتناول نشاطا يختلف عما يازوله الأفراد عادة." فهي بصفة عامة تخضع لمبدأ التخصص ولنظام المحاسبة العمومية، فهي لا تملك طابعا مرنا يخص محاسبتها، وتخضع للقانون العام كما تعرض منازعاتها على القضاء الإداري ويعتبر العاملين بها، موظفون عموميون وق ارارثها ق ارارت إدارية وتخضع عقودها لقانون الصفقات العمومية، وتعتبر أموالها أموالا عامة تتمتع بالحماية القانونية التي فرضها المشرع.

ولقد استعملت منذ الاستقلال بشكل واسع جدا وهي تمثل اليوم 80% من مجموع المؤسسات العمومية. والأصل في عمل هذه المؤسسات هو مبدأ المجانية مالم تقرر النصوص الخاصة خلاف ذلك. ومن أمثلتها: المدارس والمعاهد والديوان الوطني للخدمات الجامعية، المستشفيات...

2 - المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري: EPIC

نشأت المؤسسة العامة الصناعية والتجارية عندما تميزت عن المؤسسة العامة الإدارية وعندما تطور دور الدولة وازد مجال تدخلها للميدان الاقتصادي، فقد تبين أن صيغة المؤسسة العامة التقليدية لم تعد تتماشى وهذه المهمة الجديدة للدولة مهمة النشاط ضمن اقتصاد السوق لذلك لجأت لهذه الصيغة. إن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا للمؤسسة العمومية الصناعية والتجارية من خلال القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، إلا أنه تطرق إلى أهم الخصائص التي تتميز بها، وهذا من خلال نص المادة 33 التي نصت على أن: "المؤسسة العمومية التي تتمكن من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري يحقق طبقا التعريف، معدة مسبقا ودفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين."

نستنتج من خلال المادة المذكورة أعلاه أنه حتى تصنف المؤسسة على أنها مؤسسة أو هيئة عمومية صناعية وتجارية، يتوجب أن تتوفر فيها ثلاث معايير : الإنتاج التجاري التسعير المسبق، دفتر الشروط العامة.

ومثال هذا النوع من المؤسسات، بريد الجزائر المنشئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 32/03 ومؤسسة الجزائرية للمياه المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي 101 - 01.

المطلب الثالث: عقد الامتياز

عقد الامتياز هو أن تعهد الإدارة (الدولة، الجماعات المحلية) إلى أحد الافراد أو الشركات بإدارة مرفق عام وإستغلاله لمدة محددة، في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام، ومن منطلق أن تعريف الموضوع يسبق عناصره، و تمييزه عن بعض العقود المشابهة له.

أولاً: تعريف عقد الامتياز:**1. التعريف التشريعي لعقد الامتياز**

لقد عرّف المشرع الجزائري عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية و تنظيمية أهمها ما يلي:
 قانون المياه لسنة 1983: (القانون رقم 17/83¹ عرّفت المادة 21 منه عقد الإمتياز كما يلي: "عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام، و على هذا الأساس لا يمكن ان يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات و المؤسسات العمومية"
 ما يمكن ملاحظته من خلال المادة أنّ عقد الامتياز لا يمكن أن يمنح إلا لأشخاص عامة، وهذا يعكس رغبة الدولة في تقديس القطاع العام و هيمنته على مختلف المرافق العمومية، و يعود السبب إلى التّهج الاشتراكي الذي كانت تتبعه الدولة الجزائرية في السبعينات إلى غاية أواخر الثمانينات.
 -الأمر رقم 96-13² الذي يعدل و يتمم القانون 11-83 السالف الذكر، حيث أتى بتعريف جديد لعقد الامتياز من خلال المادة 04 التي تنص: "..... عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية."
 يلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع أدمج أشخاص أخرى يمكن ان يمنح لها الامتياز و هي الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الخاص.

-قانون المياه لسنة 2005: (القانون رقم 50-21) جاء هذا القانون ليكرّس أكثر مجال عقد الامتياز، حيث أصبح عقد الامتياز وسيلة و تقنية لإستغلال الموارد المائية³، و نجد أنّ المادة 76 منه عرفت عقد الإمتياز كما يلي: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص....."

¹ . قانون رقم 17-83 مؤرخ في 16 يوليو 1983 يتضمن قانون المياه ج ر عدد 30 صادرة في 19 يوليو 1983
² أمر رقم 96-31 مؤرخ في 15 يونيو 1996، يعدل و يتمم القانون رقم 17-83 المتعلق بالمياه، ج ر عدد 73 صادرة في 16 يونيو 6991.

³ تنص المادة 71 من القانون 12-05 بأنه: " لا يمكن القيام بأي استعمال للموارد المائية إلا بموجب رخصة أو امتياز يسلم من قبل الإدارة المختصة....."

من خلال النصوص القانونية و التنظيمية السالفة الذكر، يتضح لنا مدى اتجاه المشرع الجزائري نحو اعتبار عقد الإمتياز من العقود الإدارية، التي يرم بين الإدارة المانحة الإمتياز من جهة، و بين أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص كصاحب إمتياز من جهة أخرى، وذلك لتسيير و إستغلال مرفق عمومي مقابل إتاوات يتقاضاها من المنتفعين.

2التعريف الفقهي لعقد الامتياز

لقد أجمع فقهاء القانون الإداري أن عقد إمتياز المرفق العمومية من أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله من أهمها على الإطلاق خاصة في الدول الليبرالية، وسنحاول في هذا الصدد أن نسرد بعض التعريفات الهامة لأبرز الفقهاء:

يعرّف الأستاذ أحمد محيو عقد الإمتياز على أنّه : " هو اتفاق تكلف الادارة بموجبه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام، يسمى صاحب الإمتياز خلال فترة زمنية، فيتحمل النفقات و يتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق"¹ أما الأستاذ ناصر لبّاد فيعرّف عقد الإمتياز على أنّه: " عقد أو اتفاق تكلف الإدارة مانحة الامتياز سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الإمتياز بتسيير و إستغلال مرفق عمومي لمدة محدّدة و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله و متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الإمتياز مقابل مبلغ مالي يحدّد في العقد، يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق"²

وهناك من عرفه بأنه: " إتفاق يبرم بين أحد أشخاص القانون العام، وأحد أشخاص القانون الخاص، أين يلتزم المتعاقد وهو الملتزم بتسيير المرفق العام على نفقته الخاصة مقابل ما يتقاضاه من رسوم من المنتفعين وتحمله لكل المخاطر و الخسائر و إكتسابه لكل الأرباح"³

¹ بارة زيتوني ، عقد الامتياز في التشريع الجزائري مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 17، المدرسة العليا للقضاة العليا، الجزائر، 2006/2009، ص.61.

² لبّاد ناصر، المرجع السابق، ص.122.

³ شتاتحة وفاء أحلام، المرفق العام للخدمات الاجتماعية الجامعية-التنظيم والتسيير - مذكرة ماجستير، فرع دولة ومؤسسات عمومية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص.37.

وفي الجزائر نجد أنّ أهم قرار عرّف عقد الإمتياز الصادر عن مجلس الدولة الجزائري الغرفة الثالثة بتاريخ 9 مارس 2004¹ في قضية بين شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" و بين رئيس المجلس الشعبي البلدي وهران² بعد استئناف قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، حيث تناول عقد الامتياز كما يلي: ".....وحيث أن عقد الإمتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه.....".

من هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة إعتترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها تجاه الطرف المتعهد.

ثانيا: عناصر عقد الامتياز :

1- أطراف عقد الإمتياز:

يتم إبرام عقد الإمتياز عن طريق إتفاق إرادتي الأطراف المتعاقدة، و المتمثلة في الإدارة المتعاقدة كمانحة للإمتياز من جهة، والطرف المتعاقد معها كصاحب إمتياز من جهة أخرى.

1-1 الشخص المانح للإمتياز:

إن صاحب الإمتياز يكون شخص من أشخاص القانون العام كالدولة، الولاية، البلدية أو مؤسسة عمومية، و يجب أن يتوفر لدى الإدارة (مانحة الإمتياز) شرط الإختصاص في منح الامتياز المقرّر لها بموجب نصّ قانوني أو تنظيمي حتى يصبح العقد صحيحا، ففي المرافق العموميّة الوطنيّة، يكون الإختصاص عادة للوزير المكلف بالقطاع كمنح إمتياز إستغلال المياه المعدنيّة من طرف الوزير المختصّ بقطاع المياه³، لكن الأمر يختلف بالنسبة للمرافق العموميّة الوطنيّة الإستراتيجية⁴ لأن قوانينها تشترط المصادقة على إتفاقيّة الإمتياز في مجلس الحكومة أو في مجلس الوزراء، أما فيما يخص عقود الإمتياز المرافق العمومية المحلية فيمنح الإختصاص لسلطة المختصّة محليا، فالمرافق العمومية الولائية تمنح من طرف المجلس الشعبي الولائي مع مصادقة الوالي عليها، أما المرافق التابعة

¹ مجلس الدولة الجزائري الغرفة الثالثة، قرار رقم 11950/11952، الصادر بتاريخ 09/03/2004، شركة نقل

المسافرين "سريع جنوب" ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران، انظر الملحق رقم 02 ص.4.

² تعود وقائع القضية بين رئيس بلدية وهران "مدعى" و شركة نقل المسافرين "مدعى عليها"، حيث يتعلق النزاع بمطالبة المدعي رئيس البلدية مسير الشركة نقل المسافرين بإخلاء المحطة لإنهاء مدة عقد الإمتياز، فبموجب عقد الإمتياز تم الترخيص لهذه الشركة باستغلال محطة نقل المسافرين لمدة ثلاثة سنوات ، وقد قررت البلدية عدم تجديد عقد الإمتياز لعرض المحطة للمزايدة، لكن مسير الشركة بقي يستغل المحطة رغم إنقضاء مدة العقد.

³ وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة: (المؤسسة العامة والخصخصة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.31.

⁴ المرافق العموميّة الوطنيّة الإستراتيجية الوطنيّة مثل: النقل العمومي الجويّ و البحريّ و المحروقات و الطرقات السريعة و غيرها.

للبلديات فإمтиازها يمنح للمجلس الشّعبى البلدى مع مصادقة الوالى عليها.

1-2 الشخص المستفيد من الامتياز:

صاحب الامتياز قد يكون شخص خاص أو عام و يجب عليه إستفاء شرط الأهلية وفقا للقواعد القانونيّة العامّة، و شرط الإختصاص لإبرام العقد سواء شخص طبيعى أو معنوي عام أو خاضعن طريق ممثله القانوني أو الشّخص المفوض له.

كما يجب عليه إستفاء شروط أخرى تتعلق بالقد ارت الفنيّة و الماليّة و التجاريّة، و المنصوص عليها في دفتر الشّروط، التي تؤهله لتسيير و إستغلال المرفق العمومي محل الامتياز بفعالية و نجاح¹، وفي هذا الإطار نجد التعليم رقم 94/842-03، المتعلقة بامتياز المرافق العموميّة المحليّة و تأجيرها، لم تشترط الجنسية الجزائريّة في المستفيد من الامتياز و هذا يعني أنّها فتحت المجال أمام الوطنيين والأجانب، و هذا دليل على أن هناك تفتح أكبر، و تراجع للتخوّف الذي كان يسود تدخّل الخواص في تسيير المرافق العموميّة و خاصة الأجانب منهم.²

2- موضوع عقد الامتياز

ويتعلق الأمر بموضوع التصرف بين الإدارة و الملتزم، أي العلاقة التي تربط مانح الامتياز بالملتزم و المتمثل في تكليف الإدارة للملتزم بإدارة مرفق عام، و إستغلاله و تعهد الملتزم بذلك.

إن موضوع عقد الامتياز هو تسيير مرفق عام و إستغلاله و بناء المنشآت الضّرويّة لتسيير المرفق و كذا التجهيزات اللازمة للإستغلال، فصاحب الامتياز لا يقتصر دوره على التسيير، بل يتعداه إلى إنشاء المرفق في حدّ ذاته ثمّ إدارته، و إستغلاله لتحصيل ما أنفقه في البناء، أي يتحمّل صاحب الامتياز كلّ الاستثمارات المبدئيّة المتعلقة بالمرفق العام.³

3- المقابل المالي

يتحصّل صاحب الامتياز على المقابل المالي عن طريق الإتاوات والرّسوم التي يدفعها المنتفعون مقابل الخدمة في سييره وإستغلاله للمرفق، فالإدارة لا تدفع لصاحب الامتياز مقابلًا للتسيير مباشرة، بل عن طريق السّماح له باستغلال الأرباح التي يديرها المرفق.⁴

¹ زيتوني بارة، المرجع السّابق، ص.35.

² بن مبارك ارضية، التعليق على التعليم رقم 94.3/842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق "بن عكنون"، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص.24.

³ ضريفي نادية، المرجع السّابق، ص.861.

⁴ تغريب رزيقة، "الطبيعة القانونية لعقد الامتياز"، ملتقى حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاصية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الج ائر، 2011، ص.24.

ووفقا للتشريع الفرنسي يتحصّل صاحب الإمتياز على المقابل المالي إما مباشرة من طرف المتفرقين (إتاوات) أو عن طريق الإدارة و يكون مرتبطا مباشرة باستغلال المرفق العام¹، و يتمثل هذا الجانب في الأموال التي تدفع للملتزم مقابل تيسير المرفق، أما الجانب الآخر فيتمثل في الأموال اللازمة لإنشاء المشروع، و تسيير المرفق العام فالملتزم يتحمّل وحده جميع مصاريف الإنشاء و تسيير المرفق العام، و إن لهذا فائدة اقتصادية كبيرة بالنسبة للجماعات الإقليمية المحليّة²، و يعتبر هذا القسم من الجانب المالي لعقد الإمتياز معيار للتفرقة بين و بين طرق التسيير المباشرة للمرفق العامة حيث أن الإدارة هي التي تتحمّل كلّ المصاريف المتعلقة بإنشاء و تسيير المرفق العمومية المحليّة³.

4- مدة الإمتياز مدّة الإمتياز محدّدة، رغم أنّها طويلة فتتأرجح ما بين 30 إلى 50 سنة، و الهدف هو أنّها كافية ليستردّ الملتزم خلالها ما أنفقه في إنشاء المرفق العام و الهدف من تحديد المدّة هو جعله ليس مؤبدا ليحتفظ بصفة المرفق العام و بذلك فلا يعتبر تنازلا عن المرفق العام فهو مجرد طريقة لتسييره⁴، لكن بالمقابل لا تكون هذه المدّة قصيرة جدّا إلى الحدّ الذي لا يسمح لصاحب الإمتياز باستغلال المرفق العمومي و إسترداد المبالغ المالية التي أنفقها في تشغيله و تحقيق قدر معقول من الأرباح، و مدة الإمتياز مختلفة من عقد لآخر بإختلاف الأهمية المالية للمرفق العمومي محلّ الإمتياز.

ثالثا: إبرام وتنفيذ عقد الإمتياز:

1- إبرام عقد الإمتياز:

ما دام عقد الإمتياز يعتبر أحد أساليب تسيير المرافق العمومية، فإن نظامه القانوني متعلق أساسا بفكرة المرفق العام بهدف تحقيق المصلحة العامة والحفاظ عليها، وهي الوسيلة التي تسعى الإدارة لتحقيقها من خلال إستعمال كلّ الأساليب المناسبة لإبرام عقد الإمتياز لإختيار المتعاقد المناسب الذي يضمن إستمرارية المرفق العام، والمساواة باستقراء جملة من النصوص القانونية و التنظيمية التي تضمنت شروط و كفاءات منح عقود امتياز المرافق العامة، نجد منها ما يفرض على الإدارة إتباع إجراءات المزايدة أو إجراءات التراضي، ونذكر على سبيل المثال المرسوم

¹ ضريفي نادية، المرجع السابق، ص. 961.

² الفائدة الاقتصادية تتمثل في: الأعباء الماليّة المتعلقة بالمرافق العموميّة المحليّة التي يتوجّب عليها إنشائها لتلبية الحاجيات المحليّة للمواطن، التخلص من مشاكل التسيير اليوميّة للمرافق العامّة، استنزاف الأموال الحاصل بسبب عدم توفر الكفاءة اللازمة في التسيير بحيث تصرف أموال كثيرة لإنشاء مرافق لا تؤدّي عملها و لا تحقق الهدف منها و هو إشباع حاجات المواطن بالجودة المطلوبة .

³ حداد باديس، عقد الإمتياز آلية لتسيير المرافق العامة المحليّة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص. 01-11.

⁴ بن مبارك ارضية، المرجع السابق، ص. 54-64.

التنفيذي رقم 94/320¹، المتعلق بالمناطق الحرة، حيث تنص المادة 05 منه، على ما يلي: "يمنح إمتياز تسيير المنطقة الحرة و استغلالها عن طريق مزايدة وطنية و دولية مفتوحة أو محدودة أو عن طريق التراضي، تقوم بهما وكالة ترقية الإستثمارات ودعمهما...."

ونفس الأمر أكده المرسوم التنفيذي رقم 03/280²، المحدد لكيفية منح إمتياز الأملاك الوطنية لإستغلال بحيرتي "أوبيرة و ملاح" بولاية الطارف وذلك بموجب المادة 02 منه والتي تنص: "يتم منح امتياز الأملاك الوطنية لاستغلال بحيرتي أوبيرة وملاح عن طريق مازيدة حسب دفتري الشروط الخاصين بكل بحيرة من البحيرتين..."

2- تنفيذ عقد الامتياز:

إن عملية تنفيذ عقد إمتياز المرافق العامة تترتب عنها آثار قانونية هامة تكون بين الإدارة مانحة الإمتياز و صاحب الإمتياز من جهة، و المنتفع من المرفق العام من جهة أخرى.

2-1 بالنسبة للإدارة مانحة الامتياز:

نجد في المقدمة حقّ الإدارة في الرّقابة على إنشاء و إعداد المرفق و سيره و يتمثل أساس هذه الرّقابة في أنّ الإدارة مسؤولة عن تنظيم المرفق، بالتالي يجوز لها توسيع هذه الرّقابة لأنها من النظام العام، كما أن سلطة الرّقابة معترف بها للإدارة حتى لو لم يتم النص عليها في دفتر الشروط، لأن هذه السلطة مستمدة من مقتضيات المرفق العمومي و الرّقابة هنا تكون على تنفيذ مجمل شروط العقد³، ونجد في هذا الصدد رقابة تقنية⁴ ورقابة مالية⁵. أما الحقّ الثاني فيتمثل في حقّ تعديل العقد و يقتصر على الشّروط اللائحة دون التعاقدية، فليس للإدارة أن تعدّل من جانبها الحقوق المالية للمتعاقد الملتزم و تحلّ بالتوازن المالي للعقد، و لكن حقها في التعديل قائم فقط بشأن تلك الشّروط التنظيمية لاتصالها بقواعد تنظيم المرفق العام للصالح العام و لصالح المنتفعين بخدمات المرفق و

¹ مرسوم تنفيذي رقم 320 94 - مؤرخ في 17 أكتوبر 1994، يتعلق بالمناطق الحرة، ج ر عدد 67 صادرة في 91 أكتوبر 1994.

² رسوم تنفيذي رقم 280 - 03 مؤرخ في 23 أوت سنة 2003، المحدد لكيفية منح امتياز الأملاك الوطنية لاستغلال بحيرتي أوبيرة وملاح، ج ر عدد 51 مؤرخة في 24 أوت 2003.

³ حدّاد باديس، المرجع السابق، ص. 38 - 93.

⁴ الرّقابة التقنية: تتعلق بأشغال إنشاء وإعداد المرفق كما أن الإدارة تراقب احترام الملتزم لقواعد سير المرفق العام، وغالبا ما تتضمن دفاتر الشروط الملحقة بعقد الامتياز هذا النوع من الرّقابة، مثلا ما نصت عليه المادة 18 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة: "يتم ضمان المراقبة في مرحلة الاستغلال بما فيها المراقبة التقنية للمنشآت الكبرى من طرف السلطات والمصالح المعنية لهذا الغرض من طرف مانح الامتياز....."

⁵ تتمثل في سلطة الجهة الإدارية مانحة الامتياز في إجراء تفتيش في أي وقت على حسابات صاحب الامتياز، والتأكد من مطابقتها.

ذلك تطبيقاً للمبدأ الأساسي الذي يقضي بحق الإدارة بتعديل نظام و لوائح المرافق العامة في كل وقت استجابة لدواعي الصالح العام و التطورات المستحدثة.

إلا أن هذه التعديلات عادة ما تضع أعباء مالية على الملتزم، لذلك يمنح له القانون الحق في المطالبة بالتعويضات المالية لتحقيق التوازن المالي للعقد و هو ما يثبت أن حق الإدارة هنا ليس حقاً مطلقاً¹. هناك أيضاً حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها فإذا أخل الملتزم بالتزاماته جاز للإدارة أن تستعمل هذه السلطة و توقع بعض العقوبات و هذا الحق يستند إلى ضرورة الحفاظ على سير المرافق العامة لكن دون الإخلال بالتوازن بين التزامات الطرفين، و أن لا تتسم بالطابع الردعي وفي هذا الصدد نجد أن هناك جازات عقديّة² و أخرى غير عقديّة³.

بالإضافة إلى حق الإدارة في إسترداد المرفق، س واء كان ذلك بعد انتهاء مدة العقد، أو قبل نهاية مدته وفي هذه الحالة الأخيرة، تعطي الإدارة للمتعاقد معها تعويضاً عن ذلك، ويتم الإسترداد بصدور قرار إداري⁴، و قد يكون الاسترداد اتفاقي⁵ أو غير اتفاقي⁶، كما قد يكون إسترداد قانوني⁷.

غير أنه لما كان الإسترداد هو حق محوّل للإدارة فلها أن تستعمله دائماً سواء نصّ عليه العقد أو لم ينص عليه فتحديد مدة معينة لا يعني عدم إستعمال الإدارة لهذا الحق خلال تلك المدة⁸.

ومن خلال عرض حقوق السلطة مانحة الإمتياز، يمكننا القول أن هذه الحقوق تسمح للإدارة بأن تسيطر على المرفق العامة على الرغم من أنها لا تقوم بتسييرها مباشرة فهي تراقب و تعاقب، و تسترد المرفق بإرادتها المنفردة بما لها من إمتيازات السلطة العامة، و ما على الملتزم إلا تطبيقها⁹.

2.2 بالنسبة لصاحب الامتياز:

¹ حدّاد باديس، المرجع السابق، ص. 04 .

² الجزاءات العقديّة: هي تلك التي ينصّ عليها في العقد و إذا لم يوجد هناك نصّ فالإدارة لها فقط أن تفسخ العقد

³ الجزاءات الغير العقديّة: هي تلك التي لا ينصّ عليها العقد، وإنما تستلزمها ضرورة المصلحة العامة.

⁴ سماعين نادية، عقد الإمتياز في المرفق العمومية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16، المدرسة العليا للقضاة، 2005-2008، ص. 18.

⁵ الاسترداد الاتفاقي: و هو المنصوص عليه في العقد فالإدارة عليها ان تعذر الملتزم قبل ممارسته ولا يعفيها من التعويض.

⁶ الاسترداد الغير الاتفاقي: و يكون غير منصوص في العقد، بل بالإرادة المنفردة للإدارة .

⁷ الاسترداد القانوني: الإدارة هنا تلجأ إلى المشرع لإصداره لقانون يستردّ المرفق و ينهي الالتزام، و مثاله على ذلك: في عقود الامتياز مع الشركات الأجنبية التي تثير الكثير من المنازعات سواء في الجوانب التجاريّة أو الإدارية فالغاء الامتياز ينبع من سيادة الدولة على إقليمها و ثرواتها الطبيعية.

⁸ حدّاد باديس، المرجع السابق، ص. 34.

⁹ . حدّاد باديس المرجع نفسه ص 34

للملتزم كذلك حقوق أهمها ما يلي: الحق في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه من المنتفعين، و هذا الحق يتم إخضاعه لقواعد تنظيم المرفق و هو من إختصاص الإدارة مانحة الإمتياز، كما أن تحديد المقابل و م ارجعته يخضعان في الأساس المصلحة العامة وليس لتحقيق الربح الذي هو هدف الملتزم، وهنا الإدارة تمارس رقابة على الملتزم حتى لا يزيد ربحه على الحد المعقول¹.

حق الملتزم في الحصول على الم ازيا والمساعدات المالية المتفق عليها، في حالة تضمن عقد الإمتياز إلت ازم الإدارة بمنح المتعاقد معها بعض الم ازيا المادية والقانونية الهامة لمساعدته على تشغيل المرفق العام محل الإمتياز ومثال ذلك إلت ازم الإدارة بتقديم قرض لحامل الإمتياز، أو تخصيص بعض الأموال لمشروعه، أو تمنحه احتكاكاً قانونياً بحيث تلتزم بعدم الترخيص لغيره بممارسة النشاط الذي يقوم به، وإذا لم تقم الإدارة بذلك تكون قد أخلت بإلتزامها التعاقدية².

حق الملتزم في التوازن المالي للعقد، إن الملتزم عندما يقبل بإدارة المرفق العمومي تكون لديه فكرة عامّة عن حقوقه و الت ازماته و يكون المساس بالتوازن المالي للعقد إما بتعديلات تدخلها الادارة على الشّروط اللاتجّية كأن تنقص الرّسوم المقرّرة أو تزيد من أعبائه، أو تتخذ إج اراءات عامّة إدارية، أو تشريعية تصدرها الدّولة و قد لا تعني بها الملتزم بالذّات و إنما تعني بها الكافة، و لكن يترتب عنها زيادة في أعباء الملتزم فيكون له الحق في أن يعوّض عنها تعويضاً كاملاً لا يشمل فقط ما لحقه من خسارة ، بل وما فاته من كسب³

3.2 بالنسبة للمنتفعين من خدمات المرفق العام:

للمنتفعين حقوق في مواجهة الملتزم، كما لهم حقوق أخرى في مواجهة الادارة وهي:
حقّ المنتفعين في الإستفادة من خدمات المرفق، فالمنتفعين في إطار إنتفاعهم بخدمات المرفق يدخلون دائماً في علاقة عقديّة مع الملتزم، وهذا الأخير لا يستطيع رفض تقديم خدمة لهم إذا توافرت فيهم شروط الإنتفاع بالمرفق تنفيذاً لعقد الإمتياز الذي يربط الملتزم مع الإدارة، لأنّه يتقاضى أج ار من المنتفعين مقابل ما يقدم لهم من خدمات.

حقّ المنتفعين في المطالبة من الإدارة بالتدخّل، و ذلك لإجبار الملتزم على تنفيذ الت ازماته إذا قصّر في كيفية أداء الخدمة أو عدم أدائها وفقاً لشروط العقد، فمن واجب الملتزم تقديم خدمات المرفق على أحسن وجه للمنتفعين وبالرسوم التي تقرّها الإدارة، و إلا سينتج عنه مخالفة لقاعدة تنظيميّة عامّة لأنّ عقود الإمتياز تحتوي

¹ حذاد باديس المرجع نفسه ص 44

² حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص.723.

³ سماعيل نادية، المرجع السابق، ص.12.

على شروط تنظيمية تبين كيفية أداء الخدمة للمتفاعلين¹، فإذا تقاعست الإدارة عن ذلك فيمكن للمتفاعلين اللجوء إلى القضاء للحكم عليها بالتدخل²

رابعاً: نهاية عقد الامتياز:

ينتهي عقد الامتياز إما بصورة طبيعية، أو بصورة غير طبيعية

1. النهاية الطبيعية لعقد الامتياز:

لما كان الإمتياز طريقة لتسيير المرافق العامة من طرف أحد الأشخاص الخاصة لمدة و فترة معينة، فإن انقضاء و إنتهاء هذه المدة سيؤدي حتما إلى نهاية الإمتياز بفك ال اربطة بين كل من الإدارة مانحة الإمتياز والملتزم³، وهذه المدة عادة تكون طويلة تمكن الملتزم من تغطية نفقاته و تحقيق الربح⁴، و قد حددت أقصى مدة لتنفيذ عقد الإمتياز من 30 إلى 50 سنة يبدأ سريانها من تاريخ المصادقة النهائية للعقد، و بإنقضاء المدة المحددة من هذا التاريخ ينقضي العقد بقوة القانون، و لكن تحديد المدة لا يحول دون تجديد عقد الامتياز عند نهاية مدته⁵، سواء عن طريق تجديد المدة بعقد جديد⁶، أو عن طريق تمديد مدة العقد القديم، و في كلتا الحالتين يجب أن تكون نية الطرفين واضحة، وأن يصدر التجديد أو التمديد من السلطة المختصة بإبرام العقد الأول أو الأصلي مع مراعاة الطرق المتبعة في إبرامه⁷

2. النهاية غير الطبيعية لعقد الامتياز

من بين الصور غير الطبيعية لنهاية عقد امتياز المرافق العامة نجد:

1.2. فسخ العقد من طرف الإدارة (إسقاط الامتياز):

فسخ العقد يكون على حساب الملتزم نتيجة لخطأه، و هو ج ازه توقعه السلطة مانحة الإمتياز على صاحب الإمتياز جراء أخطاء جسيمة ارتكبها أثناء إدارته للمرفق العام بحيث يصبح من المتعذر الإطمئنان إلى إستمراره في إدارة المرفق العام و تسييره⁸، بالتالي على الإدارة أن تعذر الملتزم بتصحيح الخطأ قبل إسقاط الإلتزام، وإذا رفض

¹ سماعين نادية المرجع نفسه، ص.12.

² بعلي محمد الصغير، القانون الإداري: (التنظيم الإداري- النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الج ائر، 2004، ص.452.

³ بعلي محمد الصغير المرجع نفسه، ص.552.

⁴ سيدمو ياسين، المرجع السابق، ص.73.

⁵ سماعين نادية، المرجع السابق، ص.23.

⁶ تجديد العقد: إذا انقضى عقد الامتياز فيجوز للملتزم التقدم للتعاقد مرة أخرى ولمدة جديدة.

⁷ سماعين نادية، المرجع نفسه، ص.23.

⁸ سماعين نادية، المرجع السابق، ص.33.

فعليتها تحرير محضر بعدم الإمتثال و في هذه الحالة يكون فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة، و يمكن للملتزم إذا أرى أن الإدارة قد تعسّفت في استعمال هذه السلطة فله أن يرفع دعوى أمام القضاء المختص للمطالبة بالتعويض ج اء الضّرر الذي قد يصيبه¹.

2.2 الفسخ الاتفاقي(الإرادي):

تطبيقا للقواعد العامة، يمكن لطرفي الإمتياز (الإدارة و الملتزم) الاتفاق بينهما، إذا توفرت إعتبارات معينة على وضع نهاية للالتزام قبل انقضاء مدّته².

3.2 الفسخ القضائي:

يتحقق الفسخ القضائي بصدور حكم قضائي من المحكمة المختصة، بناءً على طلب يقدمه الملتزم عادة بسبب إخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية، فيحق للملتزم تقديم طلب إلى القضاء المختص لتقرير فسخ عقد الإمتياز. كما يتحقق الفسخ القضائي أيضا في حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، خاصة إذا إستمرت الظروف الطارئة لمدة طويلة³، كما يمكن أن يتحقق أيضا في حالة وجود أض ارر تؤثر على التوازن المالي للعقد.

¹ سيدمو ياسين، المرجع السابق، ص.73.

² بعلي محمد الصّغير، المرجع السابق، ص.552 .

³ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص.013 .

المبحث الثاني: الأساليب الحديثة لإدارة المرفق العام

المطلب الأول: تفويض المرفق العام

لظالما كان التسيير المباشر للمرفق العمومي او التسيير عن طريق مؤسسة عمومية من اقدم الطرق وأكثرها تداولا في التشريعات التي تحكم تسيير المرافق العمومية بصفة عامة، لكن النتائج المترتبة عن هذا النوع من التسيير كانت غير مرضية خاصة أن هذه المرافق تحتاج في إدارتها للمرونة بسبب طبيعتها الاقتصادية التي تخضع لقواعد المنافسة، وكذا تغير المعطيات الاقتصادية وصعوبة تمويل المرافق العمومية، كل هذه الأسباب أدت بالمشروع إلى تبني أسلوب التسيير غير المباشر عن طريق اللجوء إلى القطاع الخاص لإدارة هذه المرافق، بهدف تطوير تسييرها واضفاء المرونة اللازمة لتقديم خدمات ترقى إلى المستوى المطلوب.

وتعتبر تفويضات المرفق العام من أهم أساليب التسيير غير المباشرة التي تلعب دورا فعالا ومزدوجا في تخفيف عبء التسيير على الدولة من جهة، وتحقيق وتلبية الحاجات العامة للجمهور بالجودة والسرعة المطلوبة من جهة أخرى، وأول من استحدث هذا الأسلوب هو المشروع الفرنسي، ثم تبنته مجموعة من الدول الأخرى من ضمنها الجزائر وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 15-247.

وقد تبني المشروع الجزائري أسلوب التسيير غير المباشر في العديد من النصوص القانونية من بينها قانون البلدية 10-11 وقانون الولاية 07-12، وكذلك قانون تسيير الموارد المائية، وأخيرا المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية 15-247 الذي تبني فيه المشروع الجزائري صراحة أسلوب التسيير غير المباشر للمرافق العامة عن طريق تفويض المرفق العام، هذا المرسوم الأخير الذي صدر في ظروف اقتصادية وسياسية تسعى الجزائر فيها لبناء دولة القانون، ومكافحة الفساد وترشيد النفقات العمومية، والبحث عن سبل جديدة لتمويل المرافق العامة.

الفرع الأول: مفهوم تفويض المرفق العام.

من أهم أسباب ظهور أسلوب تفويض تسيير المرفق العام، هو تحسين أداء المرافق العمومية، وهذا في ظل تزايد

الوعي المدني وعجز الدولة على حسن التسيير والوفاء بكل المطالب العمومية، هذا الوضع الذي أدى إلى خلق نوع جديد من تسيير المرفق العام يتلاءم مع تطور التسيير الاقتصادي الحديث للمرافق العمومية، وكذلك الأوضاع الاقتصادية للدولة، وهو ما يطلق عليه تفويض تسيير المرفق العام، أي تنازل الدولة عن تسيير المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص، وقد فرض تبني الدولة لهذا النوع من التسيير وجوب السهر على احترام المبدأ الأساسية التي تحكم إدارة المرافق العامة.

أولاً: تعريف تفويض المرفق العام.

مازال تعريف تفويض المرفق العام في تطور لذلك فمن الصعب إيجاد تعريف جامع مانع له، إذ أن له صور متعددة ومفهوم واسع يشمل كل العقود التي تتنازل الدولة من خلالها عن تسيير مصلحة عمومية، ولهذا تعددت التعريفات. إن التسيير المفوض يعد مصطلحا جديدا عرف في فرنسا من خلال نص القانون 93-122 المؤرخ في 9 جانفي 1993، واستعمل أول الأمر من قبل الأستاذ جون فرانسوا، إذ هو إطار عام يجمع كل العقود التي تتضمن تفويض التسيير وبهذا اللفظ لم يستعمل حتى التسعينات من خلال القانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية، كما تجدر الإشارة إلى أنه وقبل هذا القانون كان التفويض موجودا بتسمياته المعروفة كالامتياز والإيجار لكن النص أعطى إطارا قانونيا للاتفاقيات المتعلقة بالتفويض.¹

والتفويض حسب الاستاذ «carole» هو تقنية من شأنها تمكين التعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود الموجودة والمعروفة باسم الامتياز والتسيير، فهو يعني تنازل سلطة أعلى لسلطة أدنى في مجال تسيير المصالح العمومية.»

كما يعرف التسيير المفوض أو المنتدب بأنه أسلوب قانوني تعاقدية بين طرفين أو عدة أطراف، يهدف الى خصوصية أسلوب تسيير المرفق العام الصناعي والتجاري من قبل شركة خاصة لمدة محدودة من أجل توسيع

¹ بودراف مصطفى، التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه، رسالة ماجستير في قانون المؤسسات، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، 2011، ص45.

وتحسين الخدمات المقدمة للمستخدمين، وذلك تحت مراقبة السلطات المانحة للتدبير بهدف تجنب أي خلل من أنه أن يؤثر سلباً على المردودية، ويلتزم الطرفان، كل فيما يعنيه، بتنفيذ اتفاقية التدبير المفوض ضمن التوازن لاقتصادي والمالي لاستغلال المرافق المفوضة وكذا ضمن احترام المبادئ الأساسية للاستمرارية وقابلية التكيف بالنسبة للمرافق المفوضة وكذا المساواة في معاملة المستعملين.¹

ويُعَدُّ تفويض المرفق العمومي النظام الأكثر انتشاراً في مجال التدبير المفوض للمرافق العمومية، غير أنه بإمكان الجماعة المحليّة اختيار التدبير المباشر للمرفق، أو بواسطة التدبير المفوض، تعهد الجماعة المحليّة إلى شريك من القطاع الخاص أو العام أو المختلط، عن طريق عقود إدارية شاملة وطويلة الأمد، عموماً، مسؤولية إنجاز أعمال تتعلق بالتصميم والبناء والتمويل، الكليّ أو الجزئيّ، وصيانة أو إعادة تأهيل واستغلال منشأة أو بنية تحتية ضرورية لتوفير خدمة عموميّة، ويُشار إلى تفويض وتدبير هذه الأخيرة ضمن بنود عقد التفويض. وتجدُّ الإشارة إلى أنه لا يوجد تعريف متفق عليه للتدبير المفوض على الصعيد الدولي: فقد وضعت اللجنة الأوروبية أربعة معايير يتم بموجبها تعريف التدبير المفوض: مدة العقد التي تكون طويلة نسبياً، طريقة تمويل المشروع، الذي يمول جزءاً منه القطاع الخاص، الدور الهام الذي يلعبه الفاعل الاقتصادي في تصميم المشروع وإنجازه وتفعيله وتمويله، بينما يتركز اهتمام الشريك العمومي على تحديد الأهداف التي ينبغي بلوغها (المصلحة العامة، جودة الخدمات، سياسة التسعير، تقاسم المخاطر).، أما صندوق النقد الدولي فقد عرفه بأنه هو الاتفاقيات التي يوقَّر بموجبها القطاع الخاص بنيات تحتية ومرافق كانت عادة من مسؤولية الدولة، أما منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية فكان تعريفها هي اتفاقيات يتم إبرامها ما بين الدولة وبين شريك أو شركاء متعددين من القطاع الخاص، يقوم بموجبها الشركاء الخواص بتوفير خدمات، بحيث أنّ أهداف مردوديتهم ترتبط بالنقل الكافي للمخاطر إلى الشريك الخصوصي. وبذلك فتفويض المرفق مصطلح واسع يضم كل العقود التي تتنازل الهيئات العمومية من خلالها عن تسيير مرفق

¹ أحمد بوعشيق، الأساليب الحديثة لتدبير المرافق العامة المحلية بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ص 481، أنظر

الموقع <http://www.4shared.com/document/OXKOXsoE/html> تم الاطلاع عليه يوم 12-09-2016

عام دون أن تتنازل عنه كلياً، والتفويض بصفة عامة أستعمل في اللغة القانونية، بمعنى تخلي سلطة إدارية عليا عن بعض الصلاحيات والاختصاصات لسلطة إدارية دنيا، وهناك نوعان من التفويض (الاختصاص، الإمضاء)، ويمكن تعريف « تفويض المرفق العام بأنه عقد يتم من خلاله يتم تسيير واستغلال مرفق بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض له، يدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة، ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق وهو معيار يعرف تفويض المرفق العام.»

وقد أعطى المشرع المغربي كذلك تعريفا لتسيير المفوض، وذلك في إحداث قانون منظم له قانون (54-05)

حيث عرفه على أنه: «يعتبر التسيير المفوض عقدا يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى « المفوض» لمدة محددة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى «المفوض إليه» يخول له حق تحصيل أجره من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا، ويمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشأة عمومية أو هما معا تساهم في مزاوله نشاط المرفق العام المفوض.

تبين مختلف هذه التعاريف، المتعلقة بالتدبير المفوض، بأنه مفهوم قابل للتطوير، وأنه بإمكانه التكيف مع طبيعة وتعقيدات العمليات التي يتعين إنجازها.

كما يجب الإشارة هنا أن تفويض التسيير للمؤسسة العمومية في ظل اقتصاد السوق يعد أحد مفاهيم الخصوصية في مختلف أنحاء العالم، حيث تعتمد الدول استراتيجيات مشتركة لخصوصية هذه المؤسسات، والتي لا يمكن أن تخرج عن أسلوب إنهاء ملكية الدولة، والتفويض، والإحلال، وتعد استراتيجية التفويض، من أهم أساليب الخصوصية، وتعني استراتيجية التفويض أن تقوم الدولة بتوكيل القطاع الخاص بتقديم نفس الخدمة أو إنتاج نفس السلعة التي كانت تقوم الدولة بتقديمها أو إنتاجها، وهذه الاستراتيجية تشابه مع استراتيجية إنهاء ملكية الدولة، كما أنه يعبر عن نية الدولة الصادقة في التحول إلى القطاع الخاص، إلا أنه يختلف عن استراتيجية إنهاء ملكية الدولة في أنها تتم بصورة تدريجية، وهذا التحول التدريجي يعني أن الدولة تتحكم في نسبة التحول وسرعة التحول

حسب الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للشركات وللدولة نفسها وبمقتضى التفويض تقوم الدولة بتوكيل القطاع الخاص للقيام بجزء أو كل النشاط المتعلق بإنتاج السلع والخدمات، ولكن تُبقي الدولة على حقها في الإشراف والرقابة والمساءلة للقطاع الخاص فيما تقدمه من نتائج.

ثانياً: طرق التفويض .

العقود: يمكن للدولة أو القطاع العام أن يفوض القطاع الخاص بتقديم خدمة أو إنتاج سلعة من خلال تعاقد الدولة مع القطاع الخاص بهذا الخصوص، كما تدعي بالتعاقد من الباطن وفي هذه الطريقة يتم الإبقاء على الشركة كما هي حيث لا يتم تغيير في هيكل رأس المال، فإذا كان رأس المال مملوكاً كلياً بواسطة الدولة، تم الإبقاء عليه إلا أن أداء العمليات والأنشطة الإنتاجية والخدمية يتم تحويل جزء منها إلى القطاع الخاص.

الامتياز: هو عبارة عن حق تمنحه الحكومة والقطاع العام للقطاع الخاص وذلك في أداء الخدمة أو استغلال

الموارد، إنتاج السلعة أو بيعها، وفي المقابل يدفع القطاع الخاص مقابل حق الامتياز، وهناك شكلان لحق الامتياز، حق الامتياز الخاص باستخدام الموارد الطبيعية للدولة مثل: حق استغلال الأراسي، والبحار والأجواء، ويدفع مقابل لهذا الاستغلال أو حق الامتياز، الإيجار الشركات الخاصة لممتلكات مادية وأصول ملموسة مملوكة للحكومة أو للقطاع العام، مثل إيجار المباني، الآلات، الأراسي، ويدفع القطاع الخاص قيمة إيجار هذه الأصول¹، ويعتبر عقد الامتياز الإداري من العقود غير المسماة التي ابرمها الإدارة حيث تقوم هذه الأخيرة بإبرام تصرفات قانونية في شكل عقود مسماة أفردتها المشرع باسمها الخاص ونظامها القانوني المميز الذي يحكمها في إطار ما يسمى بالصفقات العمومية.

3-المنح: هي عبارة عن إعانة مالية تقدمها الدولة للقطاع الخاص للدخول في أنشطة هي في الأصل تتم بواسطة

الدولة أو القطاع العام، وعادة ما تجتم الدولة عن الاستمرار في أداء نفس النشاط لعلمها بفشلها أو احتمال

¹ رفعت عبد الحلیم الفاعوري، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2004، ص 28.

تدهور الأداء بواسطة أجهزتها وموظفيها، فتقوم الدولة بتشجيع وتحفيز القطاع الخاص لكي يضطلع بالتنفيذ تحت إشراف الدولة، ويأتي هذا التشجيع والتحفيز من خلال قيام الدولة بتقديم منحة مالية للقطاع الخاص لأداء الأنشطة، مثال ذلك قطاع النقل

4-الدعم: شبه المنح، لكنها لا تقدم للمنتجين بل للمستهلكين، وذلك لشراء خدمات أو منتجات و سلع إما من القطاع العام أو القطاع الخاص، وبالتالي فهذا الأسلوب يمثل نوع من التفويض أو التوكيل (الجزئي) للقطاع الخاص في تقديم الخدمة أو السلعة، وفكرة الدعم الأساسية هي أنها تعطي الخيار للمستهلك في أن يقبل أو يرفض الخدمة أو السلعة.

5-الإلزام: وتقوم الدولة في هذه الطريقة بإلزام المنظمات بتقديم خدمات إلى العاملين أو المستهلكين (بصورة قانونية)، وذلك بدلا من أن تقوم بها الدولة بنفسها ومن أمثلة هذه الأنشطة: التأمينات على العاملين، مثل تأمين العجز، الإصابة، الحياة، البطالة والمعاش.¹

الفرع الثاني: أسس تطبيق التفويض على المرافق العامة.

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا في حالة شكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما قابلا 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، وتتمثل أسس تطبيق التفويض على المرافق العامة فيما يلي:

أولا/ وجود مرفق عام قابل للتفويض: ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة، و التي قررت

السلطات العامة و القانون وجودها وضرورة ضمانها كمرفق عام ، مع وجوب تلبية طالبات الافراد بخصوصها إما

¹ برياش حورية، تفويض المرفق العمومي المحلي. مذكرة تخرج المدرسة الوطنية للإدارة. السنة الدراسية: 2003/2004، ص 17

كمسيرة مباشرة أو تفويضها للخواص.¹

حيث تشكل 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 القول أن كل المرافق العمومية قابلة للتفويض سواء كانت إدارية أو صناعية أو تجارية، لكن هناك بعض المرافق المنشأة بسبب طبيعتها الخاصة أو من طرف المشرع إلا أن الفقه والاجتهاد قد حددها في مجموعة نقاط وهي:²

لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة، نظرا لإرتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها كمرفق الدفاع والعدل والشرطة والتعليم والصحة.

1- يجوز تفويض بعض الأنشطة الملحقة بالمرافق العامة التي لا يجوز التفويض فيها، مثل إدارة المطاعم في مرفق التعليم، لكن لا يجوز أن يؤدي إبرام العقد إلى تفويض إدارة المرفق برمته .

2- لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتيازات السلطة العامة كسلطة الضبط مثل الانتخابات والأحوال الشخصية.

3- لا يجوز تفويض إدارة المرافق العامة التي تحتكر الدولة إدارتها واستغلالها، أو أحد أشخاص القانون العام كمرفقي توزيع الغاز والكهرباء.

4- لا يجوز أن يكون موضوع عقد تفويض المرفق تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها الطابع الضريبي.

ثانيا/ وجود علاقة تعاقدية:

1 أطراف عقد التفويض: يبرم عقد التفويض عادة بين شخص عام هو مانح التفويض وشخص خاص هو

¹ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 130.

² سرحان ألبرت، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 95.

صاحب التفويض.

صاحب التفويض: ويمكن أن يكون المفوض إليه (صاحب التفويض): شخص طبيعي، مؤسسة تجارية، مؤسسة مختلطة، شخصا عام من أشخاص القانون العام، أي عن طريق اتفاقية أو عقد إداري خاضع للقانون الإداري مع التزام المفوض إليه باحترام المبادئ الأساسية للمرفق العمومي « مبدأ المساواة، مبدأ استمرارية المرفق العمومي، مبدأ التكيف»، كما أن مسؤولية المفوض هي مسؤولية مباشرة لأنه نظرا لكونه الواجهة أمام المستعملين فهو مسؤول على استمرارية الخدمات العمومية مع احتفاظ الإدارة بحق الرقابة.

مانح التفويض: يقتضي أن يكون مانح التفويض شخصا عاما سواء كان الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية، وفي حالة كان مانح التفويض شخصا خاصا فلا يكون عقد تفويض مرفق عام إلا أنه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لحساب وبإسم الشخص العام وتحت إشرافه وتوجيهه.

2 طبيعة العلاقة:

إن العلاقة القائمة بين صاحب التفويض والسلطة المانحة هي علاقة تعاقدية وبالتالي يخضع طرفا العقد إلى بنود الأحكام المدرجة في العقد، ويعتبر عقد تفويض المرفق العام من العقود الإدارية، لأن أحد أطرافه شخص عام وهو مانح التفويض، ويتضمن امتيازات السلطة العامة كحق الدولة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة بدافع تحقيق المصلحة العامة، أذن العلاقة بين الطرفين هي علاقة تعاقدية بشروطها التنفيذ المقابل المالي الرقابة إذ أنه اتفاق بين إرادتين السلطة العمومية والمتعامل الخاص أو العام،³⁰ كما عرفت العلاقة بأنها عقد وكالة توكل من خلاله الإدارة شخصا

آخر يتولى استغلال المرفق العام، فالإدارة العمومية تنسى المرفق العام وتوكله وتفوضه لشخص آخر، مع إبقائها

لدور أساسي وهو الرقابة.¹

¹ضريفي نادية، مرجع السابق، ص 130.

3 - استغلال مرفق عام:

يعتبر استغلال المرفق كعنصر لاتفاقية تفويض المرفق ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له سلطاته الكاملة في تسيير المرفق، فهو بهذه الصفة يملك عدة سلطات، حيث يملك نوعاً من الاستقلالية بالرغم من احتفاظ الإدارة المفوضة لسلطة تنظيم المرفق، وجود علاقة مباشرة بين المرتفقين و المستغل للمرفق، للمفوض له علاقة مباشرة مع الموردين و المقاولين، يضمن المستغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر و الأرباح (مالية و تقنية)، توفير الوسائل والمنشآت الضرورية لتسيير المرفق والقيام بكل الأعمال الضرورية لذلك.¹

ويتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق العام واستغلاله، ويقتسي عليه أن يتحمل مخاطر التشغيل وإذا 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 العام لقاء بدل محدد دون أن يتحمل مخاطرة استغلال المرفق كالعقود المبرمة مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل إنتاج الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء، و يترتب على ضرورة قيام صاحب التفويض بإدارة واستغلال المرفق العام مجموعة من النتائج أهمها:

يقتضي أن تعطي اتفاقية التفويض صاحب التفويض الحق في تحديد القواعد والأنظمة الداخلية التي يخضع لها المرفق عام.

يجب على صاحب التفويض استخدام الأجراء والعاملين من أجل تأمين الأعمال المتعلقة بالتشغيل، وتقوم مع هؤلاء العاملين علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص.

تقوم علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض من ناحية والمستفيدين من خدمات المرفق العام من ناحية أخرى، وتخضع هذه العلاقة لأحكام القانون الخاص.

¹ ضريفي نادية، مرجع السابق، ص 130.

يقتسي أن يمنح صاحب التفويض بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضيها حسن التنفيذ.

يجب على صاحب التفويض تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام، وهذه الأموال يقتسي إعادتها إلى

الشخص العام عند الانتهاء من تنفيذ العقد.

4/ وجود مقابل مالي متعلق مباشرة باستغلال المرفق العام:

يعتبر كيفية دفع المقابل المالي لتسيير و استغلال المرفق العام المعيار المحدد لوجود تفويض المرفق، ففي التفويض

يتحصل صاحب التفويض على إتاوات من قبل المرتفقين مقابل الخدمة المؤداة من طرفه، وقد عرف القضاء

الإداري المقابل المالي وربطه بنتيجة الاستغلال، وعلى هذا الأساس استبعد في كثير من الأحيان عقد التسيير من

عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل مدفوع من طرف الإدارة ويكون جزافيا ليس له ارتباط باستغلال المرفق.

ويشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العامة في

حالة

شكل المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض ثمنا للخدمات المؤداة دون أن يتحمل صاحب التفويض

أية مخاطرة، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عاما.

كما أن دفع المقابل في الصفقة عن طريق سعر تحدده الإدارة بعد تقديم العروض من طرف المشاركين ويكون هذا

السعر محددًا في العقد وتدفعه الإدارة وليس له علاقة بمردودية استغلال المرفق.

أما بالنسبة لتفويض المرفق العام فإن المقابل المالي له علاقة بنتيجة الإستغلال وله علاقة مباشرة بتسيير و إستغلال

المرفق، كما يقول الأستاذ « Claudie Boteau ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه بإستغلال المرفق لا

غير» في أغلب الأحيان هي إتاوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة.³⁷

5/ مدة التفويض:

يجب أن يحدد عقد التفويض مدة معينة لتفويض المرفق، لأنه ليس مدى الحياة، ومن المتفق عليه أن الامتياز

يكون طويل المدى، وهذا لأن صاحب الامتياز يقوم باستثمارات تلزم مدة طويلة لاسترجاع خسائره و تحقيق

أرباح ، بينما عقد الإيجار وعقد التسيير فيكونا في أغلب الأحيان قصيرا أو متوسط المدى.

الفرع الثالث: تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247¹.

مع الانفتاح الذي تعرفه الأسواق العالمية في شتى المجالات، وفي ظل الأزمة المالية الخائفة، أصبح من الضروري تخلي الدولة ولو تدريجيا عن تسيير بعض المصالح العمومية لاسيما تلك التي تتمتع بالصفة التجارية والصناعية لإمكانية دخولها عالم المنافسة، وهذا لتفادي النقائص والاختلالات التي يعرفها التسيير العمومي ضمن ما يسمى حاليا بالتسيير المفوض، وهي وسيلة جديدة من أجل مواكبة التحولات الاقتصادية التي تعرفها الجزائر من أجل تبني رؤية جديدة وتقليص دور تدخل الدولة في تسيير الخدمات العمومية، ومنحه لفائدة أعوان وهيئات جديدة، وهو ما أملته الحاجة الملحة إلى نماذج جديدة بإمكانها دخول المنافسة على أساس تحقيق المردودية والنجاعة.

ولقد تضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أول مرة الإشارة لتفويض المرفق العام من خلال الباب الثاني الذي تضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام حيث 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.

أما المادة 208 فقد حددت آثار نهاية عقد تفويض المرفق العام، حيث تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد تفويض المرفق العام ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المعني، كما أشارت إلى أن

¹ المرسوم الرئاسي 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

اتفاقية التفويض لتسيير المرافق العمومية تخضع للمبادئ التي تحكم تسيير المرفق العام، وعلى الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف، وهذا من خلال نص المادة 05 والمادة 209 من المرسوم الرئاسي. أما المادة 210 فقد أوضحت أشكال الاتفاقيات والعقود التي يمكن أن يأخذها تفويض المرفق العام، وذلك حسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له، ومنحت هذه المادة كذلك السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام صالحة رقابة السلطة المفوض لها، حيث يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام حسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة شكل الامتياز، أو الإيجار، أو الوكالة المحفزة، أو التسيير....

ويتضح مما سبق أن هناك تعدد في العقود الإدارية الخاصة بتسيير المرافق العمومية، وهذا نتج بالدرجة الأولى عن عدم استقرار مفهوم هذا المرفق، لاسيما بعد ظهور ما يسمى بالمرافق العامة الصناعية والتجارية إلى جانب المرافق العامة الإدارية، أدى إلى بروز دور القطاع الخاص في إدارة هذه المرافق مع تطبيق واسع للقانون الخاص كمظهر من مظاهر تعدد وتنوع وسائل إدارة المرافق العامة، حيث تتعدد هذه الأخيرة بين الأساليب التقليدية المتمثلة في الاستغلال المباشر والتسيير عن طريق المؤسسة العمومية، والأساليب الحديثة مثل الامتياز، التسيير، الإيجار، الإدارة غير المباشرة، وسنحاول فيما يلي التطرق إلى طرق وأشكال التفويض الواردة ضمن المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بمزيد من التفصيل .

1: الامتياز

بالنسبة للامتياز فقد نصت المادة 210 على أنه «... تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام. يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاسى عن ذلك أتاوى من مستخدم المرفق العام.

يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه»... .

والملاحظ أن عقد الامتياز لم يخصص له المشرع الجزائري أحكاما خاصة في مراسيم الصفقات العمومية السابقة، أما تناوله بالذكر في كل من قانون الولاية والبلدية لسنة 1990¹، وبعد النص عليه وتخصيصه بإحكام خاصة ضمن نصوص المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام 15-247، من باب توسيع وتأكيده إدراجه ضمن العقود الإدارية التي تخضع لإحكام وتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر .

وقد عرّف الدكتور عمار بوضياف عقد الامتياز على أنّه «اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملتزم يتعهد بمقتضاه هذا الأخير - فردا كان أو شركة- بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين».

كما أنه عبارة عن حق تمنحه الحكومة والقطاع العام للقطاع الخاص وذلك في أداء الخدمة أو استغلال الموارد، إنتاج السلعة أو بيعها، وفي المقابل يدفع القطاع الخاص مقابل حق الامتياز، وهناك شكلان لحق الامتياز، حق الامتياز الخاص باستخدام الموارد الطبيعية للدولة مثل: حق استغلال الأراسي، والبحار والأجواء، ويدفع مقابل هذا الاستغلال أو حق الامتياز، إيجار الشركات الخاصة لممتلكات مادية وأصول ملموسة مملوكة للحكومة أو للقطاع العام، مثل إيجار المباني، الآلات، الأراسي، ويدفع القطاع الخاص قيمة إيجار هذه الأصول.²

لعقد الامتياز شروط لائحية وشروط عقدية، حيث تختص الإدارة المعنية بالتعاقد دون أدنى مشاركة من المتعاقد معها وضع الشروط اللائحية، والتي يلتزم بها المتعاقد إذا رغب في التعاقد، وتنصب هذه الشروط عادة على كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، كما يجوز للإدارة المعنية التعديل في هذه الشروط على حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، ويكمن السر في ذلك إلى إن عقد الامتياز من العقود الإدارية، فمن خلاله تتمتع الإدارة بسلطة أحادية في وضع الشروط اللائحية بإرادتها المنفردة، كما ان لها حق تعديل هذه الشروط إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك دون أن يكون للملتزم حق الاحتجاج عن هذا التعديل، أما الشروط والأحكام العقدية فيتولى صياغتها كل من الإدارة المتعاقدة والملتزم أو المتعاقد معه

2: الإيجار

ولقد عرّف المشرع كذلك الإيجار باعتباره عقد من عقود تفويض التسيير بقوله هو « تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانتته مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها . ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته، وتمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام».

¹ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 85.

² رفعت عبد الحليم الفاعوري، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2004، ص 28.

ويعرفه الأستاذ C.Boiteau: « هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا إستغلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر بإستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون، متعلقة مباشرة باستغلال المرفق»، ونكون أمام عقد إيجار عندما تكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد و يتولى المستأجر بعض أعمال الصيانة و التجهيزات فقط، فكل من المستأجر و الهيئة العمومية المؤجرة مسؤول عن التجهيزات بنسب متفاوتة محددة في عقد الإيجار، فالهيئة العمومية هي المسؤولة عن توسيع المرفق، تجديده وتجهيزه إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة ويكون ذلك عن طريق إبرام صفقات عمومية.

ورغم التقرب الكبير بين عقد الإيجار والامتياز ألا أن الفرق بينهما يكمن في كون المستأجر يقوم باستغلال المرفق و تسييره فقط فهو غير مسؤول عن إنشاء الهياكل الأساسية و تجهيز المرفق، في حين أن الامتياز يمكن لصاحب الامتياز إنشاء المرفق و تجهيزه ثم استغلاله، وبذلك فإن الامتياز يحوي الإيجار، و لايعتبر سوى جزء منه، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء بالنسبة للامتياز فقد نصت المادة 210 على أنه«... تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاسى عن ذلك أتاوى من مستخدمى المرفق العام.

يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه»... .

والملاحظ أن عقد الامتياز لم يخصص له المشرع الجزائري أحكاما خاصة في مراسيم الصفقات العمومية السابقة، أما تناوله بالذكر في كل من قانون الولاية والبلدية لسنة 1990 ، ويعد النص عليه وتخصيصه بإحكام خاصة ضمن نصوص المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام 15-247، من باب توسيع وتأكيده إدراجه ضمن العقود الإدارية التي تخضع لإحكام وتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر .

وقد عرّف الدكتور عمار بوضياف عقد الامتياز على أنّه «اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملتزم يتعهد بمقتضاه هذا الأخير -فردا كان أو شركة- بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين».

كما أنه عبارة عن حق تمنحه الحكومة والقطاع العام للقطاع الخاص وذلك في أداء الخدمة أو استغلال الموارد، إنتاج السلعة أو بيعها، وفي المقابل يدفع القطاع الخاص مقابل حق الامتياز، وهناك شكلان لحق الامتياز، حق الامتياز الخاص باستخدام الموارد الطبيعية للدولة مثل: حق استغلال الأراسي، والبحار والأجواء، ويدفع مقابل هذا الاستغلال أو حق الامتياز، إيجار الشركات الخاصة لممتلكات مادية وأصول ملموسة مملوكة للحكومة أو للقطاع العام، مثل إيجار المباني، الآلات، الأراسي، ويدفع القطاع الخاص قيمة إيجار هذه الأصول.

لعقد الامتياز شروط لائحية وشروط عقدية، حيث تختص الإدارة المعنية بالتعاقد دون أدنى مشاركة من المتعاقد معها وضع الشروط اللائحية، والتي يلتزم بها المتعاقد إذا رغب في التعاقد، وتنصب هذه الشروط عادة على كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، كما يجوز للإدارة المعنية التعديل في هذه الشروط على حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، ويكمن السر في ذلك إلى إن عقد الامتياز من العقود الإدارية، فمن خلاله تتمتع الإدارة بسلطة أحادية في وضع الشروط اللائحية بإرادتها المنفردة، كما ان لها حق تعديل هذه الشروط إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك دون أن يكون للملتزم حق الاحتجاج عن هذا التعديل، أما الشروط والأحكام العقدية فيتولى صياغتها كل من الإدارة المتعاقدة والملتزم أو المتعاقد معه

ولقد عرّف المشرع كذلك الإيجار باعتباره عقد من عقود تفويض التسيير بقوله هو « تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها . ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته، وتمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام».

ويعرفه الأستاذ C.Boiteau: « هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا إستغلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر بإستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون، متعلقة مباشرة باستغلال المرفق»، ونكون أمام عقد إيجار عندما تكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد و يتولى المستأجر بعض أعمال الصيانة و التجهيزات فقط، فكل من المستأجر و الهيئة العمومية المؤجرة مسؤول عن التجهيزات بنسب متفاوتة محددة في عقد الإيجار، فالهيئة العمومية هي المسؤولة عن توسيع المرفق، تجديده وتجهيزه إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة ويكون ذلك عن طريق إبرام صفقات عمومية.

ورغم التقرب الكبير بين عقد الإيجار والامتياز ألا أن الفرق بينهما يكمن في كون المستأجر يقوم باستغلال المرفق و تسييره فقط فهو غير مسؤول عن إنشاء الهياكل الأساسية و تجهيز المرفق، في حين أن الامتياز يمكن لصاحب الامتياز إنشاء المرفق و تجهيزه ثم استغلاله، وبذلك فإن الامتياز يحوي الإيجار، و لا يعتبر سوى جزء منه، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين.

3: الوكالة المحفزة أو الإدارة غير مباشرة

ولقد عرفه المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بأنه « تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام.

ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.

ويعرف بأنه « هو 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 العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق من استغلال المرفق، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح، وكذلك يعرفه بأنه طريقة من طرق تسيير المرفق العمومي يضمن فيه المسير استغلال المرفق، يكون له علاقة مباشرة بالمرتفقين، ينفذ العمليات لحساب الهيئة المفوضة، ويحصل لحسابها الإيرادات وينفذ النفقات ويتلقى المقابل المالي من الهيئة العمومية، وهو أجر يدخل في أعباء الهيئة ويكون إذن مرتبط بإستغلال المرفق .

ومن خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص الخصائص التالية لهذا النوع من العقود:¹

- الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة.
- الهيئة العمومية هي المكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات الضرورية لسير المرفق العام.
- إستقلالية محدودة للمسير وبالمقابل صلاحيات واسعة للإدارة.
- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بالاستغلال بنسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات إنتاجية، وبذلك فهذا المقابل مرتبط بأرباح وخسائر.

4 - التسيير

وهو تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية.

¹ عبد الله طلبة و آخرون، المدخل إلى القانون الإداري، ط 1، منشورات جامعة دمشق، 2004، ص 102.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاسى أجرا جزائيا، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.

ويعني تسيير المرافق العامة، تقديم خدمات مباشرة للمجتمع، وأن تتولى الإدارة سواء كانت الإدارة مركزية كالوزارات أو الإدارة اللامركزية الإقليمية كالبلديات التي تقوم بالنشاط بنفسها ولحسابها.

تعريف عقد التسيير: ويتم تعريف عقد التسيير بأن « يفوض شخص من القانون العام للغير) الخواص / شخصا طبيعيا أو معنويا (تسيير مرفق عام فقط لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزائي، فهو يضمن التسيير اليومي والعادي للمرفق بكل عناصره. »

التسيير هو عقد مبرم بين هيئة عمومية وشخص من القانون الخاص، هدفه ضمان سير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء و التجهيز، بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام، وهناك من يعتبر أن عقد التسيير ليس تفويض للمرفق العام بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير جزائيا، فليس له ارتباط باستغلال المرفق ولا يتحمل خسائر وأرباح التسيير، المسير يسير المرفق لحساب الجماعة العمومية ويضمن السير العادي للمرفق العام، والجماعة العمومية هي التي تتحمل مخاطر التسيير التقنية والمالية، وحتى المقابل المالي غير مرتبط بالاستغلال وكيفية التسيير بل هو مبلغ جزائي محدد مسبقا في العقد.¹

النتائج المترتبة على عقد التسيير:

- موظفو المرافق العمومية هم موظفون عموميون يخضعون لقانون الوظيفة العمومية من حقوق والتزامات .
- تعتبر كل أملاك المرفق العام أملاكا عمومية تخضع لأحكام القانون العام في التنازل.
- تسري على أعمالها وتصرفاتها المسؤولية الإدارية.
- العقود التي تبرمها عقود إدارية.
- تعتمد في تمويلها على الميزانية العامة للدولة أو على ميزانية الجماعة المحلية بطريقة مباشرة حسب الإطار الإداري.
- تخضع لقواعد المحاسبة العامة وللرقابة على المالية العمومية (المفتشية العامة للمالية).

¹ ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 159، 160.

-القرارات التي تصدرها قرارات إدارية (تنظيمية أو فردية) إن عجز الأشخاص العامة في تسيير كل المرافق العامة بطريقة مباشرة، أدى إلى ظهور ضرورة تفويض هذا المرفق لشخص آخر (عام أو خاص) يتولى تسييره واستغلاله وهو ما يسمى تفويض المرفق العام.

الفرع الرابع: الرقابة على تفويض المرفق العام

إن الرقابة هي وسيلة لتحقيق نوع من التنظيم و الفعالية داخل المؤسسة ، فالرقابة الإدارية هي الوسيلة التي تستطيع بها السلطات الإدارية معرفة كيفية تسيير العمل داخل المنشأة ، و ذلك للتأكد من حسن سير العمل لتحقيق الأهداف و كشف الأخطاء و التصيير أو الإنحراف ، و تهدف بالأساس إلى حماية الصالح العام و توعية القيادة الإدارية و منع الإنحراف و تقليل الأخطاء. و ما لا شك فيه أن العملية الرقابية تتخذ أشكال مختلفة حسب نظام الحكم في الدولة و عليه سنحاول التطرق إلى الآليات الرقابية.

أولاً: الآليات الرقابية

لقد حدد المرسوم التنفيذي 199/18 الاليات الرقابية التي تخضع لها تفويضات المرفق العام , حيث نصت المادة 74 منه " تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية و رقابة بعدية، بمجرد دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ كما يخضع تفويض المرفق العام لرقابة السلطة المفوضة"

1 - الرقابة الداخلية

يقصد بالرقابة الداخلية تلك الرقابة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة بنفسها بواسطة أعضائها وموظفيها ، هذا النوع من الرقابة الذاتية لها أهمية كبيرة فيها يتعلق بالسير الحسن للإدارة و حماية المصالح المالية و إضفاء الشفافية على أعمالها . و هو ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة 75 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي تنص " تنشئ السلطة المفوضة في إطار الرقابة الداخلية لجنة لإختيار و إنتقاء العروض" ... و تقوم هذه اللجنة بصلاحياتها وفقا للمادة 77 منه تكلف لجنة أختيار و إنتقاء العروض بما يلي:

- عند فتح العروض:

- التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص
- القيام بفتح الأظرفة
- إعداد القائمة الإسمية للمترشحين أو المترشحين الذين تم انتقاؤهم ، حسب الحالة ، و تاريخ وصول الأظرفة.

- إعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل ملف تعهد وكل عرض.
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.
- تحرير محضر عدم جدوى ، عند الإقتضاء يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.
- تسجيل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص مرقم و مؤشرويه من مسؤول السلطة المفوضة.

ب- عند فحص ملفات التعهد:

- دراسة الضمانات المالية و المهنية و التقنية للمرشحين و كذا كفاءاتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط.
- إقصاء ملفات التعهد غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط.
- إعداد قائمة المرشحين المقبولين لتقديم عروضهم و تبليغها للسلطة المفوضة.
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الاعضاء الحاضرين خلال الجلسة.
- تحرير محضر عدم الجدوى عند الاقتضاء يوقعه كل الاعضاء الحاضرين خلال الجلسة.
- تسجيل اشغالها المرتبطة بدراسة الملفات في سجل خاص مرقم و مؤشرويه مسبقا من مسؤول السلطة المفوضة.

ج- عند فحص العروض:

- دراسة فحص عروض المرشحين المنتقين اوليا.
- اقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط.
- اعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط مرتبة ترتيبا تفضيليا.
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الاعضاء الحاضرين خلال الجلسة.
- تحرير محضر عدم الجدوى عند الاقتضاء يوقعه كل الاعضاء الحاضرين خلال الجلسة.
- تسجيل اشغالها المتعلقة بدراسة العروض في سجل خاص مرقم و مؤشرويه من طرف مسؤول السلطة المفوضة.
- دعوة المرشحين الذين تم انتقائهم كتابيا و عن طريق مسؤول السلطة المفوضة لاستكمال عروضهم عند الاقتضاء.

د- عند المفاوضات:

- دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم، المعنيين بالمفاوضات كل على حدة ، مع إحترام بنود اتفاقية التفويض المحددة في المادة 48 اعلاه.
- اعداد محضر المفاوضات على اثر كل جلسة تفاوض.
- تحرير محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبا تفضيليا.
- اقتراح المترشح الذي قدم احسن عرض على السلطة المفوضة لمنحة التفويض".

2: الرقابة الخارجية:

تتمثل الرقابة الخارجية في إطار العمل الحكومي التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع و التنظيم المعمول بهما و ترقى الرقابة الخارجية إلى التحقيق من مطابقة إلتزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامه و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 78 على هذه الآلية حيث تنص "

تنشئ السلطة المفوضة في إطار الرقابة الخارجية لجنة تفويضات المرفق العام" ،

أما المادة 81 فلقد نصت على على صلاحياتها " تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بمايلي :

الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام.

الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، و ذلك من خلال مراقبة الاجراءات المتبعة في اختيار المفوض له.

الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام.

منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة.

دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين و الفصل فيها" .

ثالثا: الرقابة الوصائية :

تستمد هذه الوصاية وجودها من خلال نص المادة 169 من المرسوم الرئاسي 247/15 و قوانين الجماعات المحلية و تنقسم إلى نوعين : رقابة نوعية و رقابة ملائمة ، تهدف هذه الرقابة إلى تأمين الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام.

تعتمد هذه الرقابة على الصلاحيات الموكلة للوصاية بموجب قوانين الإدارة الإقليمية و التي تعطي للوالي صلاحيات الرقابة الشرعية على مداوات المجالس المنتخبة.

يرسل إلى الوالي ملف عقد التفويض كاملا و كذا المداولة الخاصة بها.

يمكن من خلال الملف للسلطة الوصية أن تدفع بعدم شرعية إبرام عقد التفويض في حالة مخالفة الإجراءات للأحكام التشريعية لا سيما المبادئ التي تقوم عليها إبرام عقد تفويض المرفق العام ، كما يمكن أيضا الدفع بعدم شرعية المداولة ، مثل عيب الإنحراف في إستعمال السلطة أو الخطأ في تطبيق القانون.

و من العيوب التي يمكن أن تكتنف مداولة خاصة يذكر على سبيل المثال:

إتخاذ مداولة مخالفة للأحكام الدستورية و للقوانين و التنظيمات.

المداولات التي تجري خارج الإجتماعات الشرعية.

المداولة التي يشارك فيها أعضاء من المجلس لهم مصلحة شخصية. و الملاحظ تحديد هذا النوع من الرقابة حسب المادة 164 من المرسوم الرئاسي 247/15 هو إرسال نسخة من التقرير المعد من طرف المصلحة المتعاقدة إلى سلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام .

رابعا - الرقابة المالية :

تستمد هذه الرقابة من أجهزة و هيئات وزارة المالية أساسها القانوني من التشريع والتنظيم المعمول بهما فالوزارة تعمل على تحضير ومتابعة ورقابة الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات ذات الطابع الإداري .

يؤدي قسم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام بوزارة المالية دورا هاما فيما يخص التحضير لإعداد قانون الصفقات العمومية ، و كذا الإجابة على التساؤلات و الإشكالات التي تواجه المصالح المتعاقدة أثناء إبرام أو تنفيذ العقد أو الصفقة، أما عن المهام الرقابية قبل و أثناء التنفيذ، فيمارسها أعوان يخضعون لسلطة الوزير المكلف بالمالية و هم، المراقب المالي و المحاسب العمومي ، أما الرقابة البعدية فهي من إختصاص المفتشية العامة للمالية SOF .

الرقابة القبلية للمراقب المالي : تقوم هذه الهيئة لمراقبة الإلتزامات التي تقوم بها الإدارة ، سواء تعلق الأمر بالنفقات أو التعاقدات و هذا قبل أن توضع النفقة حيز التنفيذ ، أي قبل تصفية الأمر بتسديدها. إن هذه الرقابة هي عمل وقائي لقد نص المشرع الجزائري على أن أي مشروع أو ملحق يخضع لتأشيرة المراقب المالي.

الرقابة المالية اللاحقة : تباشر الرقابة المالية اللاحقة بعد تنفيذ التصرفات المالية و إتخاذ القرار بصرف النفقات و تحصيل الإيرادات ، و هي لا تحول دون أن يصبح الأمر بالتحصيل أو الأمر بالدفع نافذا ، كما هو الحال بالنسبة لرقابة المحاسب العمومي و لا يكون إلا بعد إستيفاء الإجراءات القانونية اللازمة و تمارس من طرف المفتشية العامة للمالية و مجلس المحاسبة .

رقابة المفتشية العامة للمالية : هي جهاز أنشئ للرقابة المالية البعدية ، أحدثت بموجب المرسوم رقم 53/80 المؤرخ في 1980/03/01 المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية و الذي ألغى بالمرسوم التنفيذي رقم 78/92 المؤرخ في 1992/02/22 و الذي ألغى بدوره بموجب المرسوم رقم 272/08 المؤرخ في 2008/09/06 المحدد لاختصاصات المفتشية العامة للمالية.

رقابة مجلس المحاسبة : يعد مجلس المحاسبة مؤسسة للرقابة المالية اللاحقة ، أحدث لأول مرة بموجب القانون 05-20 المؤرخ في 1980/03/01 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة و تمت مراجعته و تعديله عدة مرات آخرها الأمر رقم 10-02 المؤرخ في 2010-08-26

خامسا: الرقابة القضائية:

تمارس الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام من قبل القضاء الإداري، و ذلك من خلال قضاء الإستعجال في حالة الإخلال بإعلان أو توفير المنافسة عند إختيار صاحب التفويض ،أو عن طريق الطعن في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود لتجاوز السلطة .

كما يمكن اللجوء إلى قاضي العقد عند إخلال أحد طرفيه في الالتزامات المترتبة عليه ، أو عند حدوث ظروف طارئة من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

1- قضاء الإستعجال : إن قضاء الاستعجال تفرضها ضرورة الحفاظ على حقوق و مصالح أحد الأفراد أو حماية المصلحة العامة ، و لها طابع وقائي احتياطي مؤقت تكون قابلة للتطبيق واقعا ، و لذلك لا يجوز أن تتعرض لأصل الحق أو أساس الدعوة فقضاء الإستعجال ، يختلف عن طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بمناسبة دعوى إبطال القرار الإداري ، ولأعمال الرقابة القضائية ينبغي توفر الشروط التالية:

مخالفة المبادئ التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام.

اللجوء إلى القضاء الإستعجالي من قبل صاحب المصلحة.

يقتضي أن لا يكون العقد قد تم توقيعه .

2- الطعن لتجاوز السلطة : يوجد عدد من القرارات التي تتخذ قبل إبرام العقد و هذه القرارات تعد منفصلة عن عقد التفويض نفسه و منها القرار بإبرام العقد ، إذا كان صادرا عن سلطة إدارية أو القرار بالتصديق على

إختيار صاحب التفويض و هذه القرارات تجعل إبرام العقد ممكنا يمكن الطعن فيها لتجاوز السلطة بالبنود التنظيمية لعقد تفويض المرفق العام، وهذه البنود هي المتعلقة بتنظيم و تشغيل المرفق العام. و يمكن للمستفيدين من خدمات المرفق العام أن يطعنوا بالإجراءات المتخذة في إطار تنفيذ العقد .

المطلب الثاني: عقد البوت

يعتبر هذا النوع من العقود مطلبا للبنك الدولي في إطار الخصخصة للدول الراغبة في التعامل معه، حيث وجدت العديد من الدول العاجزة ماليا عن إدارة المرفق العامة الاقتصادية بسبب الخسائر الضخمة في القطاع العام، ومن هذا الأساس اتجهت إلى القطاع الخاص لتسييرها وعلى أرسها الدولة الجزائرية.

أولا: تعريف عقد البوت

لقد فرض القطاع الخاص وجوده في بعض المشاريع التي كانت في الماضي حكرا للدولة، حيث أصبح يقوم بتمويل إنشائها وتشغيلها لمدة محددة من الزمن ثم إعادتها للدولة، وهو ما يعرف بعقد البوت (BOT) " هو عقد إداري حديث، يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية والأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص، مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة، أو الهيئة العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها.¹ واصطلاح ال B.O.T هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية وهي:

البناء بمعنى (Build): إنجاز هذه المهمة يقع على عاتق المستثمر من القطاع الخاص الذي يسمى في إطار عقد البوت بشركة المشروع وتبرم في العادة هذه الشركة اتفقا مع شركة مقاولات متخصصة لغرض بناء المرفق².
التشغيل بمعنى (operate): إذ تتولى شركة المشروع وبعد انتهاء مرحلة بناء المرفق وتشبيده إدارته واستغلاله. وغالبا ما يجري الاتفاق مع مقاولات متخصصة لغرض بناء المرفق.

نقل الملكية بمعنى (Transfer) وفي هذه الناحية يتشابه عقد البوت مع عقد تفويض المرفق العامة من جهة، ويتميز بها عن الخصوصية، إذ أنه بانتهاء مدة العقد تلتزم شركة المشروع بإعادة المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة من دون مقابل وبحالة جيدة.

¹ إلياس ناصيف، عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 81.

² أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرفق البنية التحتية عقود البوت وعقود الشراكة دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 21.

منهم من عرفه أنه: " تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع)، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية.

أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية - BOT - هو: " نظام من نظم تمويل مشروعات البنية التحتية حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل شركة المشروع بموجب اتفاق يرم بينهم يسمى الترخيص تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرفق البنية التحتية ذات الطابع الاقتصادي و يرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير ويكون عائدا تشغيل المرفق خالصا لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية الترخيص بالأوضاع والشروط المتفق عليها

ثانيا: خصائص عقود البوت

1: إبرام العقد بين الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها من طرف خاص

تبرم هذه العقود بين طرفين أولهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية وثانيهما قد يكون شخصا طبيعيا أو شركة أو مجموعة من شركات وطنية أو أجنبية، وقد ظهرت هذه العقود في الأساس كوسيلة لتمويل المشروعات العامة، وهي بذلك تعد وسيلة هامة تساعد في انتعاش الاقتصاد وتعزيز التنمية وانطوت على الشروط والضمانات التي تحافظ على المصلحة العامة للدولة المضيفة، ولقد عرف القطاع الخاص كذلك التعاقد وفق هذا الأسلوب، إلا أن هذا لن ينال من المستقر عليه في العمل الدولي لهذه العقود باعتبار وجود السلطة العامة كطرف رئيسي في العقد.¹

2: الهدف من هذه العقود هو إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام

إن الهدف من إقدام الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية على التعاقد وفق أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية هو إنشاء مرافق عامة اقتصادية، وذلك لتقديم خدمات ذات نفع عام لجمهور المتفاعلين كمرفق الطرق، تحلية مياه البحر، الكهرباء، المطارات، الموانئ والاتصالات وغيرها.

3 : إشراف الدولة على المرفق طوال مرحلتي التشييد والاستغلال

من حق الجهة الإدارية المتعاقدة القيام بمهمة الإشراف والرقابة على شركة المشروع أثناء قيامها بمهمة بناء وتشييد المرفق محل العقد، وذلك للتأكد من التزمها بالمواصفات الفنية والهندسية المتفق عليها في العقد، كما ينشأ الحق

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت BOT، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، 2008، ص 21

للجهة الإدارية المتعاقدة في الإشراف والرقابة على شركة المشروع طوال مرحلة تشغيل المرفق وذلك للتأكد من قيام شركة المشروع ببيع خدمات المرفق للجمهور بأسعار والجودة المتفق عليهما وذلك في الحالة التي تتولى خلالها شركة المشروع تقديم الخدمة مباشرة لجمهور المنتفعين، وذلك أن الشركة المنفذة للمشروع في هذه الحالة تنوب عن الجهة الإدارية في تقديم خدمة المرفق العام للجمهور، وبالتالي فإن هذا الحق ينشأ للجهة الإدارية المتعاقدة، من أجل حماية مصالح المواطنين من جهة والحفاظ على مصلحة الدولة من جهة ثانية.¹

4: ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمرفق طوال مدة العقد

ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمرفق العام طوال مدة العقد تثبت في عقد ال BOT وأغلب صوره ومشتقاته، حيث تتخلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في هذا النوع من العقود، عن إدارة واستثمار المشروع فقط، على اعتبار أن ذلك بعد من صلاحيات وحقوق شركة المشروع، غير أن ذلك لا يمنع من كون المرفق العام المنجز وفق هذه العقود يتصف بالعمومية، وهو ما يخول للإدارة طيلة مدة الامتياز الاحتفاظ بحقي الملكية والتنظيم فضلا عن حق الرقابة على التنفيذ والاستغلال تطبيقا لمبادئ دوام سير المرفق العام بانتظام وإط ارد ومساواة المنتفعين من خدماته.²

5: عقد ال BOT آلية لتمويل وإنشاء المرافق العامة

يتولى المستثمر، ممثلا في شركة المشروع، بموجب الاتفاق المبرم وفقا لهذه العقود، تمويل إنشاء وتشغيل المشروع محل العقد سواء كان هذا المشروع من مشاريع البنية التحتية أو المرافق العامة.

ويمثل تمويل المشروع حجر الأساس الذي يقوم عليه هذا النظام التعاقدية، ويستند هذا النوع من التمويل على ثبوت الجدارة الانتمائية لشركة المشروع، أي قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية تجاه المقرضين، وكذلك قدرتها على استقطاب التمويل حتى قبل بدء البناء، أو جني أي إيرادات، ويكون الاقتراض على أساس ذلك الائتمان.

وتكون مشاركة المستثمر في تمويل المشروع بصفة كلية أي أنه يتحمل على عاتقه مسؤولية توفير التمويل اللازم لإنشاء وتشغيل المشروع بصفة كلية وأحادية، وقد تكون مشاركة المستثمر في التمويل جزئية وبنسب محددة في شركة المشروع، والتي يمكن أن يمثل إحداها كما أن مصادر التمويل قد تكون بنوكا أو مؤسسات مالية أجنبية كما يمكن أن تكون بنوكا أو مؤسسات مالية وطنية أي تابعة للدولة المضيفة.

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 22 - 23.

² يعرب محمد الشرع، المرجع السابق، ص 17.

6: تنفيذ عقد ال BOT في شكل امتياز يمنح لمدة محددة تسمى مدة الامتياز

عادة ما تكون هذه المدة طويلة نسبيا، وذلك تمكينا لشركة المشروع من تغطية نفقات إنشاء المشروع أو المرفق، أو صيانتها أو تجديده، إضافة إلى الحصول على إي ادرات مالية وأرباح، كنتيجة لاستغلال المرفق، ويتم ذلك في شكل رسوم تتقاضاها شركة المشروع من المنتفعين من المرفق بدل الخدمات المؤداة لهم، بما يتيح لها تحقيق هامش معقول من الربح.

ثالثا: نهاية عقد البوت

ينتهي عقد البوت بتنفيذه تنفيذًا صحيحًا وفق الاتفاق فتنقل ملكية الأرض إلى الدولة في نهاية المشروع، إلا أنه توجد حالات ينتهي بها هذا العقد دون تنفيذ والتي تكون في الغالب إنهاء العقد بالاتفاق أو إنهاء العقد بالإدارة المنفردة.

1: إنهاء العقد بالاتفاق

يمكن أن ينتهي عقد البوت نهاية طبيعية وذلك عند انتهاء المدة المتفق عليها، وهذه المدة تعد من الشروط التعاقدية للاتفاق، حيث يجوز للإدارة تجديد العقد لمدة ماثلة بشرط إخطار الطرف الثاني قبل نهاية العقد بمدة زمنية كافية ومعقولة، كما قد يتفق أطراف العقد على أنه توجد حالات أخرى ينتهي فيها هذا العقد دون تدخل إدارة الأطراف¹ وهي كما يلي:

- حالة الظروف الطارئة والقوة القاهرة

قد يتفق طرفا عقد البوت على أنه يجوز لأحدهما أو كلاهما طلب إنهاء العقد نظرا لوجود قوة القاهرة خارجة عن إرادتهما، وبالتالي يعرض الطرف المتضرر أي الملتزم لما لحقه من خسارة جراء ذلك الانتهاء، ومثال ذلك ما جاء في نص المادة 15 من اتفاق عقد البوت المبرم بين هيئة كهرباء مصر أنترجن سيدي كرير، بأن المقصود بالقوة القاهرة أي حادث أو مجموعة أحداث أو ظروف خارجة عن الإدارة المعقولة لأحد الأطراف ولم يكن توقعها أو وضع الاحتياطات المناسب لها، وتؤثر تأثرياً أساسياً على تنفيذ ذلك الطرف لالتزاماته المناسب لها.

ومن الحالات التي تدخل في مفهوم الظروف الطارئة والقوة القاهرة، حالة حرب أو نزاع مسلح أو عدوان أجنبي أو ثورة، أي شغب أو تمرد أو عمليات إرهابية أو أي تشدد ديني أو عنصري على مستوى الدولة. إضافة إلى التلوث الكيماوي أو الانفجارات النووية والصواعق والحداثق والزلازل والبراكين ... والأمراض والأوبئة. وهكذا يصبح

¹ مصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، ط1، الأفاق المشرفة ناشرون، الأردن، 2011، ص 362.

الاتفاق بين الطرفين ضمن القانون الذي ينظم العلاقة القائمة بين هذان الطرفين، أما عندما يتم الحديث عن القوة القاهرة في العقد دون تحديد مضمونها ونطاقها، فإنه في هذه الحالات لا يوجد ما يمنع من اللجوء لقانون الدولة المقرر.

- حالة الفسخ

ينتهي عقد البوت قبل مدته المحددة في الحالات التالية:

- انتهاء العقد باتفاق الطرفين: وهو أمر مشروع، فالعقد يتكون بإرادة طرفيه، ولا مانع من أن ينتهي قبل ميعاده باتفاق طرفيه. على أن ذلك يقتضي أن تعبر الإدارة عن رغبتها في ذلك بصورة صريحة، وأن يكون لديها من الأسباب ما يبرر ذلك.
- انتهاء العقد بنص القانون: ينتهي العقد بقوة القانون، في حالات متعددة، لعل أهمها: الإعلان عن إعسار الملتزم أو إفلاسه، وكذلك حالة نشوب حرب أدت إلى تدمير المرفق العام موضوع العقد أو ما يطلق عليها مصطلح القوة القاهرة، وأيضاً وفاة الملتزم إذ تضمن العقد شرطاً يقضي بفسخه حالة وفاة الملتزم.
- إنهاء العقد من قبل الإدارة: ويتجلى حق الإدارة الأصيل في إنهاء عقد الالتزام دون أن يرتكب المتعاقد أي خطأ، حيث تقع هذه الحالة في مرحلة متوسطة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، وهنا لا يتطلب القضاء استحالة في التنفيذ بل مجرد قلب التوازن المالي للعقد نهائياً.
- إنهاء العقد بإسقاط الالتزام أو سحبه: إسقاط الالتزام أو سحبه يعني إنهاء الالتزام قبل نهاية مدته نتيجة لخطأ الملتزم الجسيم وعلى حسابه، ولتوقيع هذا الإجراء لابد من توافر مجموعة من الشروط مجتمعة قبل استخدام الجهة الإدارية لهذا الحق.
- فسخ العقد قضائياً ويتم ذلك بناء على طلب المستثمر المتعاقد مع الإدارة لإخلال الإدارة بأحد التزاماتها التعاقدية المنصوص عليها في العقد.¹

2: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

الأصل العام هو عدم جواز تصرف أي من الطرفين بإرادته المنفردة، إلا استثناء فإنه توجد حالات تقوم فيها الدولة أو شركة المشروع بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

• - إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للدولة

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 175.

ففي هذه الحالة لا يجوز ذلك إلا بوجود نص في عقد البوت يعطي الإدارة أو الدولة هذا الحق وذلك لأنه لا يجب الخروج عن الشروط التعاقدية الواردة بهذا العقد اقتضاء للصالح العام، لأن جهة الإدارة تتحلل بفكرة المصلحة العامة لإنهاء العقد.

● - إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لشركة المشروع

لا يتصور في غالب الأمور أن تقوم شركة المشروع بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة إلا في بعض الحالات كقيام الشركة بعدم تنفيذ العقد بعد أن تبين لها عدم وجود تمويل كافي أو عدم جدوى المشروع من الناحية الاقتصادية، أو في حالة قيام شركة المشروع بارتكاب أخطاء جسمية قد تكبدها تعويضات باهظة للدولة فتعمد إلى ترك مقر المشروع وتسليمه للدولة تفاديا للخسائر.

وفي الأخير يمكننا القول إن عقود البوت تنتهي كسائر العقود الإدارية الأخرى إما نهاية طبيعية بانقضاء المدة المتفق عليها، وقد تنتهي نهاية غير طبيعية عن طريق الفسخ وذلك باتفاق أو عن طريق القضاء أو بقوة القانون.

رابعاً: تقييم عقود البوت

يتميز عقد البوت كغيره من العقود الإدارية بمجموعة من المزايا التي تميزه عن غيره من العقود، غير أن ذلك لا يعني خلوه من العيوب .

1: مزايا عقد البوت

- - تخفيض العبء على الميزانية العامة للدولة وتنشيط المرافق العامة: حيث يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء المرافق العامة واستغلالها، فهو يخفف من عجز الميزانية، وبذلك تجنب الديون الداخلية والخارجية وبذلك فالمخاطرة يتحملها القطاع الخاص.
- - إيجاد فرص عمل وتخفيض نسبة التضخم: تهدف عقود ال BOT إلى إنشاء مرافق عامة وتسييرها، مما ينتج عنه إتاحة المزيد من فرص العمل، مما يحد من البطالة والتضخم، وخلق قاعدة صناعية وخدمية، كإنشاء الطرق ومحطات الكهرباء والمرافق العامة، وخلق إطار جديد للعمال والإطارات والتي تستطيع تحمل مسؤولية تسيير المرفق بعد نهاية العقد وانتقال الملكية للدولة.
- يؤدي عقد البوت إلى جذب الاستثمارات الخارجية، كون هذا العقد يتعلق بمشروعات البنية الأساسية، وهو ما يجعلها تتميز بنوع من الضخامة بحيث تحتاج في أغلب الأحيان لمستثمر أجنبي.
- مساعدة الدولة على توجيه مواردها العامة نحو الكثير من القطاعات الاستراتيجية التي يعجز القطاع الخاص عن تنفيذها.

- الاعتماد على أرسمال القطاع الخاص وتقنياته وخب ارته، وذلك من أجل تحقيق تكاليف إنشاء المشاريع.¹
- توسيع فرص عمل التنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا: تعتبر عقود ال BOT، فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والإدارة الخاصة بلا شك هي أكثر فعالية وكفاءة من إدارة الدولة.
- تعدد المشاريع ذات المنفعة العامة.
- تصحيح فعالية القطاع العام عن طريق القطاع الخاص.
- صيغة الحل الوسط في الشراكة بين القطاع العام والخاص، تجعله متقبلا بصورة أسهل طريقة البوت

2: عيوب عقد البوت BOT:

- بالرغم من المزايا الكثيرة التي يتمتع بها عقد البوت إلا أن هناك بعض العقبات التي قد تواجهه أثناء تطبيقه، ويمكن أن نجمل أهم العيوب الناتجة عن تنفيذه فيما يأتي:
- - توظيف عائدات الاستثمار في الخارج: قد لا يؤدي نظام ال BOT إلى جذب رؤوس الأموال، بل يكون العكس تحويل العائدات للخارج، مع حصوله على قروض من المؤسسات المالية الوطنية.
- - التزام الدولة بشراء الخدمات وضمان تسديد المقابل: قد يؤدي نجاح هذه الطريقة إلى منح هذه الشركات ضمانات مت ازيدة، قد تؤثر سلبا، كما لو التزمت الدولة بش اراء الخدمة التي تقدمها الشركة وبضمان تسديد مقابل الخدمة.
- - عمليات الاحتكار وما ينتج عنها من مساوئ: تتضمن العقود في الغالب على شروط الاحتكار التي يجب على الدولة الالتزام بها، تشترط الشركة على الدولة، مما يؤثر على المنافسة.
- - طوال مدة العقد وما قد ينتج عنها من حسنات في مصلحة المستثمر وسيئات في مصلحة الدولة المانحة.
- - التزام المنتفعين بتكاليف إضافية خاصة بسبب طول مدة العقد.
- - تراجع سيطرة الدولة على المرفق: بسبب طول مدة عقد ال BOT، تتراجع مع الوقت سلطة الدولة على المرفق، فتقل الرقابة ومطابقة المعايير والمواصفات، وهذا يؤثر سلبا على حسن سير المرفق ونوعية الخدمة العمومية المقدمة.

¹ وهيبية غربي، "الشاركة بين القطاعين بين العام والخاص في إدارة المرافق العامة من خلال عقد البوت BOT"، خصوصية المؤسسات العامة في الجزائر في ظل الإصلاحات التشريعية والحكم الراشد، جامعة 08 ماي 1945، قالمة،

- - تأثير عدم استقرار النظام السياسي الذي يؤثر سلبا على فعالية المرفق العام

الخاتمة

تعد المرافق العامة بما تشمله من إشباع للحاجات العامة الأساسية سبب وجود الإدارة العامة وغايتها، فقد منحت امتيازات القانون العام لضمان حسن سير هذه المرافق على أكمل وجه وتقديمها للخدمات الموكلة إليها بأفضل صورة ممكنة، وبأعلى مستوى من الجودة الممكنة، لذا تمثل المرافق العامة أهمية خاصة وحيوية في حياة الأفراد اليومية فنعتمد جميعا عليها في تنظيم حياتنا اليومية على ما تقدمه المرافق العامة من خدمات، فإذا كان البعض منا لا ينتفع من خدمات مرفق النقل الداخلي فإنه ينتفع من خدمات مرفق الماء والكهرباء والتلفون وغيرها.

ولما كانت هذه الخدمات تمس حياة الأفراد في صميم حياتهم ويتوقف عليها إلى حد كبير أداء واجباتهم كان من الضروري أن تخضع لقدر معين من القواعد يضمن تحقيق الغرض المرجو على أتم وجه. لهذا استقر الرأي الفقهي على إخضاع المرافق العامة لعدد من القواعد الأساسية التي تملئها الاعتبارات العملية والعدالة الاجتماعية قبل كل شيء، ونظرا لاختلاف طبيعة نشاط المرفق العام أصبح من الصعب سن قانون واحد يحكم المرافق جميعا غير أن ذلك لا يمنع من إخضاع كل المرافق لمبادئ معينة اتفق الفقه والقضاء بشأنها.

وبما أن حاجات الجمهور تزداد وتتطور نوعا وكما يوميا، فيجب أن تواكب تطور المرافق العامة خاصة من حيث طرق تسييرها والتي تسير وتتماشى مع نوعية النظام وإيديولوجية.

وعلى غرار معظم الدول التي أخذت بتنوع وطرق إدارة المرافق العامة، أخذت الجزائر هي الأخرى بمذهب التعدد في الأساليب القانونية لتسيير المرافق العامة، إذ لا يوجد نوع واحد من التسيير إنما هناك تنوع حسب طبيعة المرفق العام وتخضع السلطة المختصة في أثناء تسييرها لهذا الأخير لاعتبارات متعددة سياسية اقتصادية اجتماعية... فاختيار المشرع الجزائري لأسلوب الاستغلال المباشر أو الوكالة المباشرة كان بمثابة الخطوة الأولى في تسيير المرافق العامة، نظرا لكون هذا الأسلوب الموروث عن نظام الدولة القديم بحيث تتولى الدولة إدارة وتسيير المرافق العامة بنفسها وتأخذ على عاتقها القيام بكل الأنشطة اشباعا للحاجات العامة ولم تكن تسمح لأي جهة أخرى أن تديرها.

ومع تطور دور الدولة أدى إلى إحداث طريقة جديدة تبقى فيها المرافق العامة تحت إدارتها لكن مع إعطائها نوعا من الاستقلالية والتخصص، فاختيار المشرع الجزائري لأسلوب المؤسسة العامة إنما يرجع إلى أنها الشخص القانوني الوحيد من أشخاص القانون العام الذين يسمح لهم بممارسة نشاط عام على نحو مستقل عن الجهاز الإداري للدولة مع إمكانية تحريره من مساوئ الروتين الإداري.

غير أن تنوع وظيفة الدولة وتدخلها في الميدان الاقتصادي والاجتماعي والثقافي... ومع نطاق الخدمة وفرض عليها التفكير في طرق جديدة لإدارة المرافق العامة خاصة في ظل النقائص التي واجهتها التسيير الكلاسيكي من نوعية التسيير والتنظيم كما لعب الجانب المالي دورا في هذا المجال... لذلك حاولت الجزائر خاصة بعد 1989 في إطار سياستها الانفتاحية عن طريق الإصلاح الإداري بتطوير وإيجاد أساليب جديدة يسمح بتماشي هذه المرافق العامة مع متطلبات الفعالية والنجاح.

وبعد اختيار المشرع لأسلوب الامتياز التي لجأت إليه الدولة لإقناعها بصلاحيه الوسائل ال ارسالية الخاصة في تسيير المرافق العامة، فنجد الدولة تكلف في إطار القانون أحد أشخاص القانون الخاص للقيام بأداء المرفق على نفقته وأن يتكفل بتوفير اليد العاملة وكل ما يلزم لقيام المرفق بالخدمة للجمهور، على أن يتقاضى رسوما من هؤلاء لفترة زمنية معينة، دون أن تتنازل الدولة عن ملكيتها للمرفق. وسعت الجزائر في عدة مجالات لجعله الوسيلة المفضلة وهي تسيير في هذا السياق في عدة مجالات مثل الموانئ.

ومع توسع دائرة العمل وتزايد اتجاه الدول نحو سياسة الاقتصاد الحر والاعتماد على القطاع الخاص بالإضافة إلى اتجاه النظام الدولي إلى العولمة، وتحرير التجارة الدولية بين الدول وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال بين الدول المختلفة، خاصة في أن الحياة المدنية حديثا تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية قد تعجز عنها ميزانيات الدول فالحل الأمثل هو التوسع في هذه المشاريع عن طريق أساليب وعقود جديدة للتعاقد، وتعتبر عقود البوت أسلوب مغري وجذاب كون الحكومة تمنح الترخيص لشركة خاصة أو شركة قطاع عام بعد أخذ التراخيص من الجهة الإدارية بتشديد المشروع من مالها الخاص الذي يخفف العبء على الحكومة خاصة في الدول الفقيرة منها. لمدة معينة يتم الطرفان الاتفاق عليها مسبقا وتتحمل شركة المشروع إدارة المشروع وكافة التكاليف وجميع الرسوم والعوائد من الجمهور المستفيد من المشروع وتنقل الملكية إلى الجهة الإدارية بعد انتهاء المدة بدون مقابل.

نجحت طريقة تفويض المرافق العامة عن طريق أسلوب الامتياز وعقود البوت في مجالات عديدة إلا أنها فشلت في أخرى سواء على المستوى الوطني أو على المستوى المحلي. إذ نرى أن أسلوب التفويض في الجزائر ليس مزدهرا كفاية مقارنة بالدول الأخرى حيث أن تقلبه لم يسمح بتكوين فكرة عامة عنه وذلك نتيجة إلى ضعف تنظيميه ومحدودية تطبيقه في الواقع العملي.

وتأسيسا على ما تقدم نرى أن تنوع المرافق العامة واختلاف طبيعتها يفرض تنوع أساليب إدارتها بالجزائر وذلك ارجع إلى أن:

هناك مرافق عامة تتطلب في إدارتها نهج طريقة مباشرة من جانب الأشخاص العامة وحدها نظرا لطابعها السيادية كمرفق العدالة والأمن والقضاء، فهذا النوع من المرافق لا تستطيع الدولة التخلي عنها لكن هذا لا يعني عدم محاولة إدخال تقنيات حديثة وذلك عن طريق الإصلاح الإداري.

كما لا تستطيع الدولة التخلي عن بعض الخدمات وتفويضها التي تعتبر من صميم المجتمع بالنظر لأهميتها عن طريق المؤسسات العمومية (الإدارية، الصناعية والتجارية). مثل الصحة (مستشفيات، جامعات...) وهذا بسبب خصوصية هذه الخدمات.

كما أن هناك مرافق عامة تسمح طبيعتها بأن تعهد الدولة إن الأشخاص الخاصة إلى الأشخاص الخاصة بإدارتها في ظل سياسية تعظيم دور القطاع الخاص وهذه نتيجة فرضتها التحولات الجديدة خاصة منها المرافق الاقتصادية ويتم تسييرها وفقا لأسلوب الامتياز وعقود البوت، إضافة إلى أسلوب عقد الإيجار، الوكالة المحفزة وعقد التسيير.

وخلاصة ذلك يمكن القول إن التحولات الجديدة التي عرفتها الجزائر أثرت على طرق تسيير المرافق العامة وفرضت أساليب جديدة، لكن هذا لا يعني التخلي عن الأساليب التقليدية تماشيا مع التحولات الجديدة، لذا وجب القيام بالإصلاح الإداري لأن الهدف الأساسي للمرفق العام هو تقديم خدمة عمومية راقية تتماشى مع المستجدات الطارئة.

ومن خلال النتائج التي توصلنا إليها في بحثنا هذا نود أن نقترح بعض الاقتراحات التي نعتقد أنها ضرورية: إخضاع إدارة المرافق العامة لرقابة شاملة تتعلق بمختلف الجوانب الإدارية، المالية والفنية وتفعيل أجهزة الدولة الرقابية لاسيما ديوان المحاسبة وإخضاع حسابات الإدارة الخاصة للمرافق العامة لرقابته.

كما أن انفتاح الدول خاصة النامية منها على عقود البوت واندفاعها لإقامة البنية الأساسية بموجبها نتيجة للأهمية التي يتمتع بها هذا النظام لما يوفره من تمويل مالي من القطاع الخاص دون أي تكلفة من الدولة فإن ذلك يوجب الحذر ويولد مخاوف اقتصادية وسياسية من سيطرة المال الأجنبي على موارد هذه الدول لذلك كان لزم على هذه الأخيرة وضع آلية لتعامل والتقليص من المدد الزمنية للعقود.

وللمرافق العامة مكانة هامة في القانون الإداري كونها تؤدي دورا هاما في إشباع الحاجات العامة للمجتمع و عن طريقها تتمكن السلطة العامة من تحقيق المصالح العامة.

و كان السائد في الفترات الماضية أن الدولة هي التي تتولى إدارة المرافق العامة بنفسها و لم تكن تسمح لأي جهة أخرى أن تديرها إلا على سبيل الإستثناء ، ذلك أن الدولة تأخذ على عاتقها القيام بكل الأنشطة إشباعا لحاجيات أفراد المجتمع.

و لسير هذه المرافق يمكن الإعتماد على تقنية تفويض المرفق العام فهو أسلوب حديث لإدارة و استغلال المرافق العامة، بحيث يعهد بموجبه شخص معنوي عام للغير سواء شخص عام أو خاص بإدارة المرفق العام و إستغلاله لمدة محددة من الزمن فهي طريقة من طرق إدارة المرفق العام ، فيتضمن عقد التفويض عدة أشكال منها كإمتياز مرفق عام و إيجار المرفق حيث مازال النظام القانوني لتفويض المرفق العام في طور البناء و هو نظام حديث و قابل للتطور.

فقد كرس المشرع الجزائري تقنية التفويض سعيا لتسوية و إستكمال الثغرات للوصول إلى التسيير الفعال من جهة و الإستجابة لمتطلبات الأفراد المتزايدة من جهة أخرى.

فقد تناول المشرع الجزائري عقد تفويض في مجموعة من النصوص القانونية نجد أهمها قانون المياه رقم 12/05 .

و المرسوم الرئاسي 247/15 و هو أول قانون الذي نظم أحكام التفويض و الذي أتى بمفهوم عقد تفويض المرفق العام.

و المرسوم التنفيذي رقم 199/18 الذي حدد القواعد العامة المطبقة على عقد التفويض و إجراءاته و كيفية تنفيذه .

كما تخضع الإدارة أثناء اختيارها للمفوض له إلى جملة الإجراءات تهدف إلى ضمان الشفافية و المساواة بين المتنافسين، وكثيرا ما تؤدي عقود التفويض إلى نشوب نزاعات بين أطراف العقد نتيجة إخلال أو تماطل احدهما . في حين يتمتع كل طرف في العقد بمجموعة من الحقوق و اللاتزامات تخص كل واحد منهم دون غيرهم، كما يعتبر الزمن العنصر الجوهرى الذي تتميز به عقود تفويض المرفق العام مما يجعل لها نهاية والتي تكون إما نهاية عادية أو نهاية مبسترة.

فتقنية تفويض المرفق العام تشكل و بدون شك أحد الاستراتيجيات التي تنتهجها معظم الدول المتقدمة كانت أم في طريق التنمية، لكونها شكلت الدعامه و الحل القانوني و الاقتصادي للالتزامات و الضغوطات المالية و التقنية التي تواجه المرافق العامة.

وعلى هذا الاساس لاحظنا من خلال عقود تفويض المرفق العام التي قامت الدولة الجزائرية بإبرامها كانت معظمها مع متعاملين أجانب ، و ذلك تماشيا مع الإصلاحات التي عرفتتها الدولة من أجل مسايرة التطور الحاصل في مجال المرافق العامة بغية تحقيق أكبر فعالية .

المشعر الجزائري و رغم تكريس عقود تفويض المرفق العام من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15 و المرسوم التنفيذي رقم 199/18 ، إلا إن الدولة و الأشخاص المحلية ما زالت لم تعمل به بصفة جدية و هذا راجع لعدم تكوين الموظفين في هذه التقنية الحديثة على الإدارة الجزائرية .

كما يجب على المشعر الجزائري تفضيل أسلوب المنافسة في إختيار المفوض إليه في جميع القطاعات بغية تشجيع المنافسة و ضمان الشفافية و الجودة . و ذلك من خلال التخلي عن إحتكار القطاع العام و إحترام المبادئ التي نص عليها المرسوم الرئاسي 247/15 .

كما يجب إعادة النظر في وسائل الرقابة الحالية و ذلك بأرفاق تقنية التفويض بمجموعة من الآليات الرقابية التي تضمن متابعة دائمة ، بغية مراعاة المفوض إليه للمصلحة العامة.

و عليه حقيقة ، فإن تقنية تفويض المرفق العام تجسدت في المنظومة القانونية الجزائرية ، إلا أنها يجب إرفاقها بإرادة سياسية حتي تدر ثمارها . و ينبغي ان يصاغ محتوى عقود تفويض المرفق العام بعيدا عن المحاباة و ان يتم بمراعاة مجموعة من المعطيات و العوامل المميزة لكل قطاع و تماشيا مع نمط عيش المواطنين.

قائمة الكتب

- 1/ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- 2/ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
- 3/ إسماعيل نجم الدين زنكنة : القانون الإداري البيئي - دراسة تحليلية مقارنة -، ط6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2012.
- 4/ بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، دون ذكر دار نشر، 1993.
- 5/ بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، (التنظيم الإداري- النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2013.
- 6/ حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011 .
- 7/ حسن محمد علي حسن البنان مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتبديل (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدار القانونية، القاهرة، 2014.
- 8/ حسين طاهري، شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية الجزائر 2005.
- 9/ حسين طاهري، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 10/ حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، الكتاب الأول، نظرية المرفق العام، د.م. ج الجزائر 1984.
- 11/ رضوان بوجمعة، قانون المرفق العامة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، المغرب 2000.
- 12/ رياض عيسى، نظرية المرفق العام في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر . 1985
- 13/ زكريا المصري، أسس الإدارة العامة (التنظيم الإداري- النشاط الإداري) دار الكتب القانونية ودار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2007.
- 14/ سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

- 15/ سعاد الشراوي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1984.
- 16/ سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام في ظل قانون الخدمة المدنية الكويتي دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007
- 17/ سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1992.
- 18/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة 81، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991.
- 19/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- 20/ عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر .، 2002
- 21/ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، منشأة المعارف، الإسكندرية .، 2004
- 22/ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- 23/ عادل السعيد محمد أبو الخير، القانون الإداري (القرارات الإدارية- الضبط الإداري- العقود الإدارية)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008.
- 24/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، 2008.
- 25/ عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- 26/ عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 27/ عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء 8، منشورات جامعة دمشق دمشق، 2013.
- 28/ عبد الوهاب محمد رفعت، مبادئ و أحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، . 2003
- 29/ عصام علي الدبس، القانون الإداري (الكتاب الأول ماهية القانون الإداري- التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

- 30/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2013.
- 31/ عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، د.م.ج.، الجزائر، 2000.
- 32/ فؤاد العطار، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- 33/ كمال طلبة المتولي سلامة، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(د ارسه مقارنة)، الطبعة الأولى مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2014.
- 34/ حسين بن شيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، " الجزء الثاني"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2005.
- 35/ ماجد ارغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 36/ مازن راضي ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك، 2008.
- 37/ محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري، (د ارسه المقارنة)، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة 2003.
- 38/ محمد أمين بوسماح : المرفق العام في الج ازئر، د م ج، الجزائر، 1995.
- 39/ محمد رضا جنيح، القانون الإداري، طبعة ثانية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008.
- 40/ محمد عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1992.
- 41/ محمد علي ماهر محمد علي، وكالة المرفق العام (د ارسه المرفق)، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون والنشر والتوزيع القاهرة، 2015.
- 42/ محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الج ازئري بين مفهومين التقليدي والإشترافي، ديوان المطبوعات الجامعية 1987.
- 43/ محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 44/ محمد محمد عبده إمام ، المبادئ العامة في الضبط الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، 2014.

- 45/ محمد يوسف المعداوي، دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة والتشريع الج ائري الطبعة الثانية، د. م ج. الج ائري، 1988.
- 46/ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- 47/ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 48/ مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث د.م.ج، الج ائري، 2005.
- 49/ مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012.
- 50/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، لباد، 2007.
- 51/ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري) ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري(، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2001.

الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
03	الفصل الأول: ماهية المرفق العمومي
03	المبحث الأول: مفهوم المرفق العام
04	المطلب الأول: تعريف وعناصر المرفق العمومي
04	الفرع الأول: تعريف للمرفق العام
07	الفرع الثاني: أركان وعناصر المرفق العمومي
09	المطلب الثاني: أنواع المرافق العامة
09	الفرع الأول : تقسيم المرافق من حيث طبيعة النشاط
14	الفرع الثاني: تقسيم المرافق من حيث المعيار الإقليمي
15	الفرع الثالث: تقسيم المرافق من حيث أداة الإنشاء
15	الفرع الرابع: تقسيم المرافق من حيث الشخصية المعنوية
16	المبحث الثاني: النظام القانوني للمرافق العمومية
16	المطلب الأول: إنشاء وإلغاء المرافق العامة
17	الفرع الأول: إنشاء المرافق العامة
19	الفرع الثاني: إلغاء المرافق العامة
21	المطلب الثاني: المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة

21	الفرع الأول: مبدأ المساواة أمام المرفق العمومي
22	الفرع الثاني: مبدأ الإستمرارية
41	الفرع الثالث: مبدأ عدم جواز الحجر على أموال المرفق العام
42	الفصل الثاني : طرق تسيير المرفق العام
43	المبحث الأول : الأساليب الكلاسيكية لإدارة المرافق العامة
44	المطلب الأول الإستغلال المباشر
44	الفرع الأول : تعريفه
44	الفرع الثاني: خصائص أسلوب الإستغلال المباشر
44	الفرع الثالث : نتائج الاستغلال المباشر
47	الفرع الرابع : تقييم أسلوب الاستغلال المباشر
50	المطلب الثاني: أسلوب المؤسسة العامة
51	الفرع الأول : مفهوم المؤسسة العامة
52	الفرع الثاني: قيود نظام المؤسسة العامة
54	المطلب الثالث: عقد الإمتياز
54	الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز
56	الفرع الثاني : عناصر عقد الامتياز
58	الفرع الثالث: إبرام وتنفيذ عقد الامتياز
62	الفرع الرابع: نهاية عقد الامتياز
64	المبحث الثاني: الأساليب الحديثة لإدارة المبحث العام

64	المطلب الأول: تفويض المرفق العام
64	الفرع الأول : مفهوم تفويض المرفق العام
69	الفرع الثاني : أسس تطبيق تفويض على المرافق العامة
74	الفرع الثالث: تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247
81	الفرع الرابع: الرقابة على تفويض المرفق العام
86	المطلب الثاني : عقد البوت
86	الفرع الأول : تعريف عقد البوت
87	الفرع الثاني : خصائص عقد البوت
89	الفرع الثالث: نهاية عقد البوت
94	الخاتمة
99	قائمة المراجع