ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

المبحث الثاني :
أنواع المرافق العامة

يمكن تقسيم المرافق العامة إلى عدة أقسام، والسبب في هذا التنوع هو نظرة كل فقيه إلى زاوية معينة من التقسيم. وعلى العموم فإن أهم أنواع المرافق العامة تتمثل فيما يلي:

أولا: تقسيم المرافق العامة طبقا لنوع النشاط الذي تزاوله :

يمكن تقسيم المرافق من هذه الزاوية إلى :

1- مرافق إدارية : وهي المسماة بالمرافق التقليدية، والتي شيدت على أساسها نظريات القانون الإداري .إن هذه المرافق تزاول نشاطا يختلف عن النشاط الذي يزاوله الخواص عادة. ومثال هذه المرافق: مرفق الأمن ، ومرفق الدفاع، ومرفق القضاء. إن هذه المرافق تستهدف الدفاع عن سلامة الدولة سواء من الناحية الداخلية، أو من الناحية الخارجية، على أن الذي يميز هذه المرافق هو خضوعها الكلي لقواعد القانون العام، وإن لجأت إلى قواعد القانون الخاص فإن ذلك لن يكون إلا على سبيل الإستثناء، وبرغبة الإدارة الخاصة.

2-مرافق صناعية وتجارية : وتقوم على أساس مزاولة الإدارة لنشاط من نفس النوع الذي يمارسه الخواص. إن هذه المرافق كانت تمثل في البداية طابع الدولة الإشتراكية التي لم تكتف بالقيام بالمهام التقليدية، بل تعدت ذلك إلى مزاولة الأنشطة الصناعية والتجارية، من ذلك مثلا مرفق النقل بالسكك الحديدية، أو بالطائرات، وتوريد المياه والكهرباء والغاز... على أن الذي يميز هذه المرافق هو خضوعها لمزيج من قواعد القانون الخاص والعام.

إن أساس خضوع هذه المرافق لقواعد القانون الخاص خاصة هو تمكينها من منافسة المشاريع الخاصة، لأنه لو طبقت عليها قواعد القانون العام كلية، لما تمكنت من منافسة تلك المشاريع، نظرا لان أساليب القانون العام بطئيه مقارنة مع أساليب القانون الخاص.

ولقد ترتب على ظهور هذه المرافق مشكلتين أساسيتين: الأولى تمثلت في كيفية التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الصناعية (أ)، أما الثانية، فتمثلت في تحديد ما يخضع من نشاط هذه المرافق لأحكام القانون الخاص، وما يخضع أحكام القانون العام (ب).

أ-معيار التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الصناعية والتجارية:

لقد اختلف الفقه في وضع معيار للتميز بين المرافق الإدارية، والمرافق الصناعية والتجارية، وذلك على الشكل التالي :

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

1-يذهب البعض من الفقه إلى القول بأن الذي يميز بين المرفقين هوالنظر إلى نوع القاعد التي يخضع لها المرفقين، وعليه فإن المرفق الإداري يخضع لأحكام **القانون العام**، أما المرفق الصناعي والتجاري، فيخضع لأحكام **القانون الخاص**.

إلا أن هذا الرأي غير صحيح لأنه يصادر على المطلوب، أي يذهب إلى النتيجة دون أن يبين لنا كيف توصل إليها. فخضوع المرفق العام الإداري لقواعد القانون العام، وخضوع المرفق العام الصناعي والتجاري لقواعد القانون الخاص أساسا، ما هو إلا نتيجة لكون المرفق إما إداري، أو صناعي وتجاري. فإن هذا المعيار ليس قاطعا في كل الأحوال.

2-ويذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن الذي يميز بين المرفق العامة الإدارية، والمرافق العامة الصناعية والتجارية هو **الغرض الأساسي** منهما. فبينما يكون الغرض من إنشاء المرافق الصناعية والتجارية هو تحقيق الربح، فإن الغرض من إنشاء المرافق الإدارية لا يتعلق بتحقيق الربح.

إن هذا المعيار على الرغم من بساطته وسهولته، وعلى الرغم من أنه يصدق في بعض الحالات، إلا انه غير صحيح على إطلاقه، لأن المرافق الإدارية بإمكانها هي الأخرى أن تحقق أرباحا. فلا يوجد أي مانع يحول بين لجوء الإدارة إلى الحصول على أرباح من وراء إدارة المرافق العامة الإدارية، وذلك من خلال اقتضاء رسوم مرتفعة من المنتفعين بخدمات هذه المرافق.

3-على أن أكثر المعايير شيوعا في الفقه هو ما نادى به الفقيه" CHAVANON" الذي ركز على **طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق العام**. بمعنى أنه لكي تعتبر المرافق العامة صناعية وتجارية، يجب أن تكون الخدمات التي تقدمها للأفراد مما يعتبره القانون الخاص ذا طبيعة تجارية فيما لو قام به الأفراد العاديين.

وإذا كان هذا المعيار قد شايعه الكثير من الفقهاء أمثال الفقيه "BONNARD" والفقيه "WALINE" وذلك نظرا لدقته ، إلا أنه على الرغم من ذلك فإن القضاء لم يأخذ به على إطلاقه في كل الحالات، ذلك لأن بعض أوجه النشاط الذي تمارسه المرافق الصناعية والتجارية لا يعتبر عند التحليل الدقيق مما يندرج ضمن الأعمال التجارية بمعناها الفني.

4-المعيار القضائي: إن معظم الأحكام القضائية الحديثة نسبيا والصادرة عن القضاء الإداري الفرنسي على وجه الخصوص تدل على أن القضاء الإداري يأخذ بعين الإعتبار في تحديده للمرافق الصناعية والتجارية بعنصرين أساسيين، الأول موضوعي، والآخر ذاتي، وذلك على الشكل التالي:

***العنصر الأول: عنصر موضوعي، ويتعلق بطبيعة النشاط** الذي يزاوله المرفق العام، بحيث يجب أن يكون هذا النشاط ذو طبيعة صناعية وتجارية. ومع ذلك ليس من الضروري التزام معيار القانون التجاري في هذا الخصوص، بل يكفي أن يدخل نشاط المرفق في باب الإنتاج أو التوزيع، لذلك يمكن أن يدخا ضمن هذا المجال النشاط الزراعي أو الصناعات الإستراتيجية.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

***العنصر الثاني: عنصر شخصي (ذاتي):** ويقوم على رغبة الإدارة في إخضاع المرافق الصناعي والتجاري لقواعد القانون الخاص. بمعنى أنه لا يكفي أن يتحقق في المرفق محل البحث العنصر الأول، بل يجب أن تكشف الإدارة عن رغبتها في إخضاعه للنظام القانوني للمرافق العامة الصناعية والتجارية، بأن تتولى إدارته وتسييره في ظروف شبيهة لإدارة المشروعات الخاصة، ذلك أنه لا يوجد أي مانع من أن تلجأ الإدارة إلى إدارة المرفق العام الصناعي والتجاري طبقا لقواعد القانون العام.

ثم إنه يمكن في جميع الحالات الإستهداء بفكرة احتمال تحقيق الأرباح. فالحقيقة أن فكرة الربح هذه، ولو أنها ليست من طبيعة المرافق العامة –التي يجب أن تحقق المصلحة العامة بالدرجة الأولى- إلا أنها تميز إلى حد كبير بين المرافق العامة الإدارية، والمرافق العامة الصناعية والتجارية. فالأولى تكلف الدولة نفقات كبيرة في إدارتها، أما الثانية، فإن نشاطها يأتي بموارد مالية تتساوى عادة مع النفقات التي تتطلبها إدارة هذه المرافق.

ب)- مدى خضوع المرفق الصناعي والتجاري لقواعد القانون الخاص:

اتضح لنا من خلال ما سبق أن المرفق الصناعي والتجاري يخضع لمزيج من قواعد القانون العام والخاص. إلا أن الإشكال المطروح الآن يتمثل في تحديد نصيب خضوعه لقواعد القانون العام، ونصيب خضوعه لقواعد القانون الخاص.

في البداية يمكن القول بأنه يصعب وضع معيار دقيق لتحديد نصيب خضوع المرفق العام الصناعي والتجاري لقواعد القانون العام والخاص، ومع ذالك وبالاعتماد على أحكام القضاء الإداري، الفرنسي على وجه الخصوص، يمكن وضع المبادئ التالية :

1- مستخدمي المرافق الصناعية والتجارية: وينقسم هؤلاء إلى قسمين: فأما الذين يشغلون وظائف الرئاسة والتوجيه " Direction "كالمدير والمحاسب، فهم موظفون عموميون يخضعون لقواعد القانون العام. وأما الباقي فهم عمال، يخضعون لقواعد القانون الخاص. 2- **النظام المالي للمرافق العامة:** تخضع المرافق العامة الصناعية والتجارية في الغالب للطرق المتبعة في المشروعات الخاصة كقاعدة، مع وجود بعض التحفظات ترجع أساسا إلى الطبيعة العامة للمرفق، كما أن هذه المرافق تشبه إلى حد كبير المشروعات الخاصة في خضوعها للضرائب. أما النظام المالي للمرافق العامة الإدارية، فتحكمه قواعد القانون العام أساسا.

3-**دعوى المسؤولية المدنية(التعويض) الناجمة عن نشاط المرافق العامة:** القاعدة العامة في المرافق العامة الصناعية والتجارية،أنها تخضع للقانون الخاص، أي أن الدعوى يختص بنظرها القاضي العادي، والذي يطبق في هذا الصدد قواعد القانون الخاص، مع وجود استثناءات وتحفظات ترجع إلى الطبيعة

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

العامة. أما دعوى المسؤولية الموجهة ضد المرفق العام الإداري، فيختص بنظرها كقاعدة القاضي الإداري، مطبقا عليها قواعد القانون العام.

4- **عقود هذه المرافق العامة:** القاعدة العامة في عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية أنها عقود خاصة، تحكمها قواعد القانون الخاص، مع وجود بعض الإستثناءات، إذ بإمكان هذه المرافق أن تبرم عقودا إدارية خاصة في علاقاتها مع الأشخاص العامة، أو أن تستعمل امتيازات السلطة العامة في عقودها. أما عقود المرافق العامة الإدارية، فإنها تعتبر عقود إدارية، خاضعة لأحكام القانون العام.

ثانيا: تقسيم المرافق العامة طبقا لمدى تمتعها بالشخصية المعنوية:

يمكن تقسيم المرافق العامة من هذه الزاوية إلى مرافق عامة متمتعة بالشخصية المعنوية ومرافق عامة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، أي مرافق تابعة لشخص معنوي عام. فأما المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، فإنها لا تتمتع بأية شخصية مستقلة عن عن الشخص العام الذي أنشأها، أو تتبعه، والمتمثل أساسا في الدولة، أو الولاية، أو البلدية. أما المرافق العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية، فإنها تعتبر شخصا مستقلا بذاته، أي أنها شخص قانوني جديد قائم بجوار الأشخاص القانونية الأخرى في الدولة.

ثالثا: تقسيم المرافق العامة طبقا لالتزام الإدارة بإنشائها:

يمكن تقسيم المرافق العامة من هذه الزاوية إلى مرافق اختيارية ومرافق إجبارية. فأما المرافق العامة الإختيارية، فإن إنشائها يخضع للسلطة التقديرية للشخص العام الذي يريد إنشاءها. أما المرافق العامة الإجبارية، فإنها تتمثل في المرافق التي يكون الشخص العام ملزما بإنشائها، إذ لا يملك في هذا الصدد أية سلطة تقديرية.

رابعا: تقسيم المرافق العامة طبقا لعلاقتها بالقطاع الخاص:

ومن هذه الزاوية يمكن تقسيم المرافق العامة إلى : مرافق تمارس نشاطا من نفس الأنشطة التي يمارسها الخواص، ومرافق محتكرة من قبل الشخص العام، بحيث لا يجوز للخواص القيام بنفس النشاط الذي تزاوله تلك المرافق.

خامسا: تقسيم المرافق العامة طبقا لامتدادها الجغرافي:

ومن هذه الزاوية يمكن تقسيم المرافق العامة إلى مرافق وطنية ومرافق محلية. فأما المرافق العامة الوطنية فهي المرافق التي ينتفع من خدماتها معظم سكان الوطن، حتى ولو تواجدت في مكان محدد، أو في

بعض أنحاء الوطن. ومن هذه المرافق مرفق الدفاع الوطني، والجمارك. ونظرا لأهمية هذه المرافق في حياة المواطنين، فإن الدولة هي التي تشرف عليها عادة. وأما المرافق العامة المحلية، فيقتصر نشاطها على جزء من إقليم الدولة، كالبلدية، أو الولاية. ومن أمثلة هذه المرافق، مرفق النقل داخل إقليم محدد من إقليم الدولة، أو توريد المياه داخل البلدية، أو الولاية. على أن هذه المرافق تختص بإنشائها المجالس الشعبية المحلية، وذلك لأنها أقدر من الدولة على أداء هذه المهمة، على أن يكون ذلك تحت رقابة الدولة.

على أن تمييز النشاط الذي يتم إدارته عن طريق مرفق محلي، أو مرفق وطني ليس من الأمور السهلة دائما. ويرجع السبب إلى صعوبة التفرقة بين ما يعتبر من الشؤون الوطنية، وما يعتبر من الشؤون المحلية من جهة، ومن جهة أخرى، فإن نشاطا معينا قد يتم إدارته في شكل مرفق محلي في البداية نظرا لأنه كان من بين الأنشطة التي تهم منطقة معينة من إقليم الدولة، ولكن بعد ذلك يكتسب ذلك النشاط أهمية بالنسبة لكل المواطنين، ومن يتم إدارته في شكل مرفق وطني. وبالإضافة إلى كل ذلك، فإن بعض المرافق العامة من تكون لها مصلحة وطنية، ومصلحة محلية في نفس الوقت، مثل مكافحة الأمية، وحفظ الأمن، والنظام العام.

ولكن على الرغم من صعوبة التمييز بين المرفق العام المحلي، والمرفق العام الوطني في بعض الأحيان، إلا أنه يمكننا أن نستخرج أوجه الشبه، وأوجه الإختلاف بينهما، وذلك على الشكل التالي:

1-أوجه الشبه بين المرفق العام الوطني، والمرفق العام المحلي:

تتمثل أوجه الشبه بين المرفق العام الوطني والمرفق العام المحلي فيما يلي:

أ- من حيث أداة الإنشاء:

إن المختص بإنشاء المرافق العامة، سواء المحلية، أو الوطنية، هو السلطة التنفيذية وليس السلطة التشريعية. وكما سبقت الإشارة، فإن المرفق الوطني يختص بإنشائه رئيس الجمهورية، أما المرفق العام المحلي، فتختص بإنشائه المجالس الشعبية المحلية، البلدية، أو الولائية

ب- من حيث الرقابة:

من المسلم به أن المرافق العامة سواء كانت وطنية، أو محلية، إنما تخضع لرقابة الدولة. حقيقة أن الرقابة على المرافق العامة الوطنية تكون أكثر تشددا من المرافق العامة المحلي'، وذلك حفاظا على استقلالية هذه الأخيرة، إلا أن الذي يهمنا هو أن جميع المرافق العامة في الدولة تخضع لرقابة هذه الأخيرة.

ج- من حيث الهدف:

يتشابه المرفق العام الوطني مع المرفق العام المحلي في أن كلاهما يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة. هذا وتجدر الإشارة إلى أنه من الخطأ تصور أن المرفق المحلي يحقق مصلحة خاصة ببعض المواطنين، ذلك أن الخدمة التي يقدمها المرفق المحلي، وإن كانت تهم بالدرجة الأولى سكان منطقة معينة من الوطن، إلا أن ذلك لا يعني بأن هذه الخدمة هي خدمة خاصة. فكلمة "عام" لا ينبغي إطلاقها فقط

على المصالح التي تهم كل سكان الوطن، وإنما يجب إطلاقها أيضا على كل مصلحة تهم عددا غير ضئيل من المواطنين، أو من سكان الإقليم. فإذا أخذنا بعين الإعتبار العدد المتزايد للسكان في الدولة لما أمكن القول بأن المصلحة التي تعود على إقليم يبلغ عدد سكانه مليون نسمة تعد من المصالح الخاصة، بل هي مصلحة عامة، وإن قلت درجة المصلحة التي تعود على سكان كل الوطن أو الإقليم. بل أكثر من ذلك، فإن المرافق المحلية بإمكانها أن تقدم خدمات يستفيد منها، ولو بطريق غير مباشر باقي سكان الأقاليم الأخرى في الدولة، وذلك كنتيجة لتداخل وتشابك المصالح في العصر الحديث.

د – من حيث القواعد التي تحكم سير المرافق العامة:

تخضع كل المرافق العامة لثلاث قواعد أساسية سنتطرق إليها بالتفصيل في الفصل الثاني. ومن أهم هذه المبادئ أو القواعد: مبدأ استمرارية خدمات المرافق العامة، ومبدأ تكيف المرفق العام مع الأوضاع الجديدة، ومبدأ المساواة أمام خدمات المرفق العام. إن هذه المبادئ، أو القواعد تسري على كل من المرافق العامة الإدارية، والمرافق العامة الصناعية والتجارية.

2-أوجه الاختلاف بين المرفق العام الوطني، والمرفق العام المحلي:

تتمثل أوجه الإختلاف من خلال المسائل التالية:

أ- من حيث نطاق أو مجال الخدمة:

إن المرفق العام الوطني هو مشروع أو خدمة يمتد نشاطه ليشمل معظم إقليم الدولة، بحيث يستفيد من خدماته عدد غير محدود من سكان الدولة، كمرفق الأمن والدفاع والقضاء. أما المرفق العام المحلي، فإنه وإن كان يهدف هو الآخر إلى تحقيق المصلحة العامة، إلا أن نشاطه ينحصر أساسا في نطاق إقليم أقل اتساعا من النطاق الذي تؤدى فيه خدمات المرفق العام الوطني. ويستتبع ذلك بالضرورة أن المستفيدين من خدمات المرفق العام المحلي، رغم كثرتهم، إلا أنهم يعتبرون أقل عددا من المستفيدين من خدمات المرفق العام الوطني.

ب- من حيث الجهة المسؤولة عن الأضرار الناتجة عن نشاط المرفق العام:

تعتبر المسؤولية من بين المجالات التي تبرز فيها أهمية التفرقة بين المرفق العام الوطني والمرفق العام المحلي. فإذا ترتب على نشاط المرفق العام الوطني ضررا للغير، فإن الدولة هي التي تتحمل عبء المسؤولية، وهذا بطبيعة الحال إذا كانت هي التي تدير هذا المرفق. أما في الحالات الأخرى التي يعهد فيها بإدارة المرفق إلى أحد أشخاص القانون العام الأخرين أو إلى أحد الأفراد العاديين، فإن المسؤولية في هذه الحالة تقع على الجهة القائمة على إدارة المرفق العام. أما بالنسبة للمرفق العام المحلي، فإن الدولة غير مسؤولة عن الأضرار التي يحدثها المرفق للغير. فهذه المسؤولية تتحملها الهيئة المحلية باعتبارها شخص

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

معنوي، وهذا طبعا في الحالات التي تتولى هي بنفسها إدارة المرفق العام المحلي، أما إن تركت الإدارة لشخص آخر –عام أو خاص- فإن هذا الأخير هو الذي يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي يحدثها للغير.

الفصل الثاني :
القواعد التي تحكم سير المرافق العامة

رأينا فيما سبق بأن للمرافق العامة أنظمة قانونية مختلفة، وهذا بسبب تعدد أنواعها، إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن هناك قواعد ومبادئ أساسية تخضع لها كل المرافق العامة أيا كانت طبيعتها، على أن تطبيق هذه المبادئ يكوم أكثر صرامة في المرافق العامة الإدارية مقارنة مع المرافق العمة الصناعية والتجارية.

إن القواعد أو المبادئ الأساسية التي تشترك فيها كل المرافق العامة تتمثل في قاعدة استمرارية الخدمة، وقاعدة المساواة أمام خدمات المرفق، وقاعدة التكيف مع الأوضاع الجديدة.

المبحث الأول:
قاعدة استمرارية خدمات المرفق العام
(La règle de continuité)

رأينا فيما سبق أن المرفق العام يجب عليه أن يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة للجمهور، وهذا يترتب عليه أن تكون تلك الخدمة متواصلة ومستمرة لا بشوبها أي انقطاع، لأن أي انقطاع أو أي توقف سيؤثر سلبا على المصلحة العامة، إذ قد يؤدي إلى إلحاق اضطرابات في حياة الجماعة، فمثلا لو انقطع مرفق الكهرباء أو مرفق الغاز أو مرفق الصحة العمومية عن أداء خدماته كلية للجمهور، فإن ذلك قد يؤدي إلى إحداث اضطرابات في حياة الجماعة، قد تكون عواقبها خطيرة على المجتمع، بل إن تلك الخطورة تكون كبيرة إذا كان المرفق محتكرا من قبل الشخص العام. ومن هنا فإن القضاء قد وضع مبدأ أساسيا يحكم جميع المرافق العامة، وهو مبدأ استمرارية خدمات المرفق العام، أو سير المرفق العام بانتظام واضطراد، والذي بواسطته لا يمكن لنشاط المرفق أن يعرف انقطاعا أو توقفا. إن هذا المبدأ يطبق حاليا حتى ولو لم ينص عليه المشرع صراحة.

إن هذا المبدأ يترتب النتائج التالية في مجال الوظيفة العامة (المطلب الأول)، والعقود الإدارية (المطلب الثاني)، والأموال العامة(المطلب الثالث)، وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول:

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

في مجال الوظيفة العامة:

يترتب على لمبدأ استمرارية خدمات المرفق العام ثلاثة نتائج أساسية في مجال الوظيفة العامة. تتعلق الأولى بالإضراب (الفرع الأول)، وتتعلق الثانية بالإستقالة (الفرع الثاني)، أما النتيجة الثالثة، فتتعلق بالموظف الفعلي(الفرع الثالث).

الفرع الأول:

أثر المبدأ على الإضراب:

الإضراب بصفة عامة هو اتفاق جماعي بين الموظفين على الامتناع عن العمل بصفة مؤقتة للمطالبة بالحقوق المهنية أو الاجتماعية، ودون أن تنصرف نيتهم إلى التخلي كلية عن وظيفتهم. فالغرض من الإضراب هو التعبير عن استياء الموظفين عن بعض الأوضاع المهنية، وذبك قصد الوصول إلى تحقيق بعض مطالبهم، خاصة ما تعلق منها بإصلاح أوضاعهم المهنية، كالمطالبة بالرفع من المرتب.

و الإضراب بهذا المعنى يعد من أخطر ما يهدد قاعدة أو مبدأ استمرارية خدمات المرفق العام، ولهذا فإن المشرعين في معظم دول العالم قد واجهوا هذا الخطر عن طريق إما تحريمه في القطاع العام، أو السماح به ولكن مع تنظيمه، وتقييده بشكل لا يؤثر على قاعدة استمرارية خدمات المرفق العام. وهذا هو السبب الذي أدى بمجلس الدولة الفرنسي في وقت لم يكن يوجد فيه أي نص يحرم الإضراب إلى القول بأن إضراب الموظفين أو الأشخاص الذين يشتركون في إدارة مرفق عام يعد عملا غير مشروع، وأنه " لا يعد خطأ فحسب، بل هو خروج عن القوانين واللوائح، ونقضا لعقد القانون العام الذي يربطهم بالإدارة، ويبرر فصلهم في الحال دون اتباع الضمانات التي وفرت لهم في الأصل". .

أما في الجزائر فإن الإضراب ارتبط بتطور التشريعي ، فطبقا لدستور 1963 كان الإضراب مسموحا به (المادة 20 من ذلك الدستور). ثم جاء بعد ذالك أمر 10 جويلية 1965 بدون إشارة إلى الإضراب، وهو نفس الموقف الذي اتبعه المشرع في الأمر المنظم للوظيفة العامة سنة 1966. إن هذا السكوت تم تفسيره على أنه رفض للإضراب. ثم جاء دستور 1976 الذي اعترف بالإضراب في القطاع الخاص، وسكت عن الإضراب في القطاع العام.(تنص المادة 61 من ذلك الدستور على ما يليك "تخضع علاقات العمل في القطاع الإشتراكي لأحكام القوانين والتنظيمات المتعلقة بالأساليب الإشتراكية للتسيير في القطاع الخاص، حق الإضراب معترف به وينظم القانون ممارسته") وهذا السكوت اعتبر بمثابة رفض للإضراب في القطاع العام . وبعد ذلك جاء دستور 1989 ، ونص في المادة 54 منه على أن" الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون

يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل له حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع"، وهو ما أكده المؤسس

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

الدستوري في المادة 57 من دستور1996. ولقد أكد القانون الأساسي للوظيفة للقطاع الحالي لسنة 2006 على حق الإضراب. على أن الذي ينظم حاليا الإضراب هو قانون 02/90 المؤرخ في6 فبراير 1990.

ونظرا لأن الإضراب قد يؤدي إلى المساس بالسير الحسن للمرافق العامة، فإن المشرع قد تدخل لتنظيمه، إذ حرم استخدامه بالنسبة لبعض المرافق العامة الحيوية، كما أحاط هذا الحق من جهة أخرى بالنسبة للمرافق العامة التي يمكنها استخدام هذا الحق بعدة ضمانات من شأنها أن تضمن استمرارية خدمات المرفق العام، وذلك على النحو التالي:

أولا:الوقاية من النزاعات الجماعية:

إذا وقع أي خلاف يتعلق بالعلاقات المهنية أو الإجتماعية، وعلاقة العمل والشروط العامة للعمل، فلا يمكن اللجوء إلى ممارسة حق الإضراب إلا بعد استنفاد طرق تسوية هذه الخلافات بين الموظف والمستخدم، والتي حددها المشرع ما يلي:

1-**<u>عقد اجتماعات دورية:</u>** بين ممثلي الموظفين والممثلين المخولين في المؤسسات والإدارات العمومية، وذلك من أجل دراسة المشاكل داخل المؤسسات والإدارات العمومية، وإيجاد حل لها.

<u>2-المصالحة:</u> إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل مرض بعد الإجتماعات الدورية، يرفع ممثلو الموظفين المسائل المستمر فيها الخلاف إلى:

- إما إلى السلطات المدنية المختصة على مستوى البلدية أو الولاية التي تنتمي إليها المؤسسة أو الإدارة المعنية.

- وإما إلى الوزراء أو ممثليهم المخولين قانونا، إذا كانت المؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية تدخل في نطاق اختصاصاتهم، أو إذا كان الخلاف الجماعي في العمل يكتسي طابعا جهويا أو وطنيا، وهذا من أجل إعطاء حل لمشاكلهم –المتبقية أو الكلية. فإذا لم يتوصلوا إلى حل، تستدعي السلطات السلمية في خلال ثمانية (8) أيام الموالية إخطارها طرفي لخلاف الجماعي في العمل إلى اجتماع المصالحة الذي يحضره ممثلي السلطة المكلفة بالوظيفة العامة، ومفتشية العمل المختصة إقليميا.

فإذا كان الخلاف يتعلق بعدم تطبيق التزام قانوني أو تنظيمي، تسهر السلطة السلمية العليا التي أخطرت على ضمان تطبيق ذلك الإلتزام في أجل لا يتعدى ثلاثين (30) يوما من تاريخ إخطارها.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

أما إذا كان الخلاف يتعلق بتأويل الأحكام القانونية أو التنظيمية، أو بمسائل لا يمكن التكفل بها في إطار الأحكام القانونية المعمول بها، تخطر السلطة السلمية، السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية قصد عرض نقاط الخلاف على المجلس المتساوي الأعضاء في الوظيفة العمومية.[1]

على أن إجراء المصالحة في كلتا الحالتين ، يجب ألا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ أول اجتماع. فإذا استمر الخلاف خلال هذه الفترة، تقوم السلطة السلمية العليا بإعداد محضر يوقعه الطرفان يتضمن النقاط المتفق عليها- إن حصل اتفاق- أو يتضمن المقترحات التي تتعلق بأشكال التكفل بالمسائل المستمر فيها الخلاف، وإجراءاته، وتبعثه إلى السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

ثانيا: ممارسة حق الإضراب :

إذا استمر الخلاف بعد استنفاد إجراءات المصالحة –سابق الإشارة إليها- وفي غياب طرق أخرى للتسوية، يمارس الموظفين حقهم في اللجوء إلى الإضراب. على أن المشرع قد وضع بعض الضوابط لممارسة هذا الحق، وذلك علة النحو التالي:

1- <u>التحكيم:</u> إذا اتفق الطرفان على عرض نزاعهما على لجنة التحكيم، فلا يمكن اللجوء في هذه الحالة إلى مماراية حق الإضراب. أما إذا وقع اتفاق على التحكيم بعد الشروع في الإضراب، فيجب إن يوقف الإضراب.

2-<u>مو افقة الموظفين على الإضراب:</u> إذا لم يقع التحكيم، فيجب دعوة الموظفين إلى جمعية عامة في أماكن العمل المعتادة –وذلك بعد إعلام المستخدم- قصد إعلامهم بالنقاط المستمر فيها الخلاف، والبت في احتمال التوقف الجماعي عن العمل. على أنه يجوز للموظفين أن يستمعوا –بناء على طلبهم- إلى ممثلي المستخدم أو ممثلي السلطة الإدارية المعنية.

وهنا لكي يكون الاجتماع صحيحا، لابد من حضور نصف عدد الموظفين على الأقل الذين تتكون منهم المؤسسة أو الإدارة العامة. ولا يجوز اللجوء إلى الإضراب إلا بعد موافقة أغلبية الموظفين الحاضرين للإجتماع، عن طريق الاقتراع السري.

ج-<u>الإشعار المسبق بالإضراب:</u> لا يمكن الشروع في الإضراب إلا بعد انتهاء أجل الإشعار المسبق بالإضراب الذي يودع لدى المستخدم. على أنه يجب إعلام مفتشية العمل المختصة إقليميا، وتحديد مدة الإشعار بالإضراب عن طريق المفاوضة. كما أن هذه المدة لا يمكن أن تقل عن ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ إيداعه.

[1] – يتكون المجلس المتساوي الأعضاء في الوظيفة العامة من ممثلي الإدارة وممثلي الموظفين، ويوضع لدى السلطة المكلفة بالوظيفة العامة. هذا المجلس يعتبر جهاز مصالحة في مجال الخلافات الجماعية في العمل داخل المؤسسات والإدارات العمومية، بالإضافة إلى أنه يعد هيئة استشارية فيما يتعلق بإعداد النصوص التشريعية والتنظيمية التي تخضع لها علاقات العمل ضمن المؤسسات والإدارات العمومية، وتكييف تلك النصوص.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

وبمجرد إيداع الإشعار المسبق بالإضراب، يلتزم المستخدم وممثلو الموظفين باتخاذ التدابير اللازمة لضمان المحافظة على المنشآت والأملاك وضمان أمنها. ويعين الطرفان الموظفين الذين يتكفلون بهذه المهام.

ثالثا: حماية حق الإضراب:

إذا تم ممارسة حق الإضراب دون مراعاة الشروط السابقة، فإن الإضراب يعد غير مشروع، كما أنه الموظفين الذين شاركوا فيه، يكونون قد ارتكبوا خطأ مهنيا جسيما. أما إذا تم الإضراب وفقا للإجراءات السابقة، فإنه يعد مشروعا ، أي أن القانون يحميه. ومعنى ذلك أنه لا يجوز للإدارة نقض عقد العمل الذي يربطها بالموظفين المضربين نتيجة إضرابهم. على أن الإضراب قد يؤدي إلى وقف أثر علاقة العمل طول مدة الإضراب، بحيث لا تلتزم الإدارة بدفع المرتب للموظفين المضربين، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنه لا يجوز للإدارة أن تقوم بتعين موظفين آخرين قصد استخلاف الموظفين المضربين، ما عدا الحالات المتعلقة بالتسخير التي تأمر بها السلطة الإدارية، أو إذا رفض الموظفون تنفيذ الإلتزامات الناتجة عن ضمان الحد الأدنى من الخدمة. كما أنه لا يجوز تسليط أية عقوبة على الموظفين المضربين بسبب مشاركتهم في الإضراب المشروع.

ولكن إذا كان القانون قد وفر حماية للموظفين المضربين خلال مرحلة الإضراب، إلا أنه من جهة أخرى فرض عليهم بعض الإلتزامات، بحيث لا يجوز لهم أن يمنعوا الموظفين الذين رفضوا الإضراب، الإلتحاق بمناصب عملهم، أو أرادوا بعد الإضراب استأناف عملهم، شواء كان ذلك عن طريق التهديد، أو المناورة الإحتيالية، أو العنف، أو الإعتداء، وإلا تعرضوا للعقوبات المنصوص عليها قانونا.

كما لا يجوز للموظقين المضربين احتلال المحلات المهنية للمستخدم عندما يكون الغرض من هذا الإحتلال هو عرقلة حرية العمل. وفي هذه الحالة يجوز للمستخدم أن يلجأ للقضاء لاستصدار أمر قضائي بإخلاء المحلات المهنية. هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت عرقلة حرية العمل ورفض الإمتثال لتنفيذ الأمر القضائي بإخلاء المحلات المهنية تعتبر أخطاء مهنية جسيمة، فمع ذلك، فإن الموظفين الذين قاموا بذلك قد توقع عليهم العقوبات الجزائية.

رابعا: تحديد ممارسة حق الإضراب:

ومن أخل ضمان عدم انقطاع خدمات المرفق العام بصفة نهائية ، حتى في وقت الإضراب، فإن المشرع قيد ممارسة حق الإضراب بما يلي :

1-الحد الأدنى من الخدمة (Le service minimum):

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

إذا كان الإضراب يمس الأنظمة التي يمكن أن يضر انقطاعها التام استمرارية خدمات المرفق العمومية،أو يمس الأنشطة الإقتصادية الحيوية في الدولة، أو تموين المواطنين، أو المحافظة على المنشآت والأملاك الموجودة، فيتعين مواصلة الأنشطة الضرورية في شكل قدر أدنى من الخدمة إجباري، أو ناتج عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود.

وتتمثل المصالح التي يجب القيام بالحد الأدنى من الخدمة فيها فيما يلي:

المصالح الإستشفائية، المناوبة ومصالح الإستعجالات وتوزيع الأدوية – المصالح المرتبطة بسير الشبكة الوطنية للمواصلات السلكية واللاسلكية والإذاعة والتلفزة – المصالح المرتبطة بإنتاج الكهرباء والغاز والمواد البترولية، والماء، ونقلها وتوزيعها – المصلح البلدية لرفع القمامة من الهياكل الصحية والمسالخ، ومصالح المراقبة الصحية، بما فيها الصحة النباتية والحيوانية في الحدود والمطارات والموانئ، والمصالح البيطرية العامة والخاصة، وكذا مصالح التطهير – المصالح المرتبطة مباشرة بإنتاج الطاقة المخصصة لتزويد شبكة المواصلات السلكية واللاسلكية، وكذلك المصالح الضرورية لسير مراكز العبور في المواصلات السلكية واللاسلكية الوطنية للإشارة – المصالح المكلفة بالعلاقات المالية مع الخارج في البنك والبنوك العامة – المصالح المكلفة بإنتاج المحروقات ونقلها عبر قنوات الشحن والنقل البحري – نقل المحروقات بين السواحل الوطنية – مصالح الشحن والتفريغ المينائية والمطارية، ونقل المنتوجات المعترف بخطورتها، وسريعة التلف، أو المرتبطة بحاجيات الدفاع الوطني – المصالح المرتبطة بأمن وسائل النقل (الإرصاد الجوي والإشارة البحرية والسكة الحديدية ومنها حراس حواجز المقاطع) – مصالح النقل والمواصلات السلكية واللاسلكية المرتبطة بحماية الأرواح، وعمليات الشحن وإنقاذ السفن مباشرة – مصالح الدفن والمقابر – المصالح المكلفة بمراقبة المرور الجوي (مراكز المراقبة الجوية والإستعداد للنزول وأبراج المراقبة) – مصالح كتابة الضبط في المحاكم والمجالس القضائية.

وبالإضافة إلى المصلح السابقة، فإنه يجوز للمستخدم أو السلطة الإدارية المعنية أن يقوم (أو تقوم) بتحديد ميادين النشاط التي تتطلب الحد الأدنى من الخدمة والموظفين الضروريين للتكفل به، وذلك بعد استشارة ممثلي الموظفين. فإذا رفض الموظفون القيام بالحد الأدنى من الخدمة المفروض عليهم، فإنهم يكونون قد ارتكبوا خطأ مهنيا جسيما.

2-التسخير (La requisition):

يمكن أن يؤمر بتسخير الموظفين المضربين الذين يشغلون في الهيئات والإدارات العمومية أو المؤسسات مناصب ضرورية لأمن الأشخاص والمنشآت والأملاك، لضمان استمرارية المصالح العمومية الأساسية في توفير الحاجيات الحيوية للبلاد، أو الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان. ويعد عدم الإمتثال لأمر التسخير خطأ جسيما، وهذا دون المساس بالعقوبات الجزائية.

3-تسوية الإضراب :

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

يجب على طرفي الخلاف الجماعي في العمل خلال فترة الإشعار المسبق بالإضراب، وبعد الشروع في الإضراب ،أن يواصلوا مفاوضاتهم لتسوية الخلاف الواقع بينهما، وذلك على الشكل التالي :

أ-الوساطة :

يمكن للإدارة (الوزير المكلف بالقطاع، أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي) أن تعين وسيطا كفء، يقدم لطرفي الخلاف اقتراحات لتسوية الخلاف الدائر بينهما، إذا ثبت من مواقفهما صعوبات في المفاوضات المباشرة.

ب-الجنة الوطنية للتحكيم :

إذا استمر الإضراب بعد فشل الإجراءات السابقة، يمكن للإدارة (الوزير المكلف بالقطاع، أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي)، أن تحيل الخلاف الجماعي، إذا اقتضت ذلك ضرورات اقتصادية واجتماعية قاهرة، بعد استشارة المستخدم وممثلي الموظفين على اللجنة الوطنية للتحكيم التي تتكون من عدد يتساوى فيه عدد الممثلين الذين تعينهم، وعدد ممثلي الموظفين. على أن هذه اللجنة يترأسها قاض من المحكمة العليا. وتكون قراراتها نافذة بأمر من الرئيس الأعلى للمحكمة العليا. ويبلغ رئيس اللجنة الوطنية للتحكيم هذه القرارات إلى طرفي النزاع خلال الأيام الثلاثة (3) الموالية لاتخاذها.

خامسا: موانع اللجوء إلى الإضراب:

لا يجوز لبعض القطاعات التي قد يعرض توقفها حياة المواطنين أو صحتهم للخطر، أو يعرض الإقتصاد الوطني للخطر، اللجوء إلى الإضراب. إن هذه القطاعات تتمثل في: القضاة، الموظفون المعينون بمرسوم، أو الموظفون الذين يشغلون مناصب في الخارج، وأعوان مصالح الأمن، والأعوان الميدانيين العاملين في مصلح الحماية المدنية، وأعوان مصلح استغلال شبكات الإشارة الوطنية في وزارتي الداخلية والشؤون الخارجية، و الأعوان الميدانيين العاملين في الجمارك، وموظفي المصالح الخارجية لإدارة السجون.

أما الخلافات الجماعية التي يمكن أن تنشأ في العمل و تمس هذه الطوائف من الموظفين، فإنها تكون خاضعة لما سبق ذكره من إجراءات (عقد اجتماعات دورية-مصالحة- لجنة التحكيم الوطني) دون لجوئهم إلى الإضراب.

أما الموظفون المدنيون والعسكريون التابعون لقطاع الدفاع الوطني، فلا تنطبق عليهم الأحكام السابقة، وبالتالي فإن الإضراب بالنسبة إليهم يعد ممنوعا.

الفرع الثاني:

تنظيم استقالة الموظفين

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

إن الاستقالة هي رغبة الموظف في ترك منصب العمل نهائيا. وبهذا تمتاز الإستقالة عن الإضراب في أن الإمتناع عن أداء الخدمة في الإضراب يكون مؤقتا، أما في الإستقالة، فإن الإمتناع عن أداء الخدمة يكون بصفة نهائية.

وإذا كانت الإستقالة عبارة عن حق للموظف، إلا أن هناك اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، والتي تقيد من استعمال هذا الحق، بحيث لا يكون الموظف في نفس مركز العامل في القطاع الخاص. فالموظف يقوم بوطيفة ليسش لصالح شخص معين بالذات، بل من أجل المصلحة العامة، ولهذا من الواجب التوفيق بين حقه في الإستقالة وترك منصب العمل الذي يشغله، وبين حق المجتمع في الحصول على الخدمة العمومية. و هذا هو السبب الذي أدى بالفقه والثضاء إلى الإستقرار حول فكرة مفادها أن علاقة الموظف بالإدارة لا تنقطع بمجرد تقديمه الاستقالة، بل تبقى قائمة مدة من الزمن تسمح للإدارة بالبحث عن خلف، وذلك ضمانا لعدم انقطاع الخدمة.

إن حكمة هذه القاعدة واضحة، ذلك أن امتناع الموظف عن أداء عمله عقب تقديم استقالته مباشرة، قد يؤدي إلى اختلالات كبيرة في المرفق إذا لم تتمكن الإدارة من إيجاد خلف له مباشرة بعد تقديمه للإستقالة.

إن هذا هو السبب الذي أدى بالقضاء الإداري الفرنسي على وجه الخصوص إلى تطبيق هذه القاعدة قبل أن يتم النص عليها تشريعيا.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص على هذه الآثار في المواد من 217 إلى 220 من القانون رقم 06-12 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة.

الفرع الثالث:

تبرير نظرية الموظف الفعلي:

تنفيذا لقاعدة استمرارية خدمات المرفق العام، وضع القضاء الإداري الفرنسي نظرية الموظف الفعلي. والموظف الفعلي هو الشخص الذي يوجد عيب جسيم في قرار تعينه، أو أن قرار تعينه لم يصدر على الإطلاق، إلا أنه مارس مهام إدارية.

فالأصل أن أعمال هذا الموظف تعتبر غير مشروعة، وبالتالي يجب أن تلغى. إلا أنه حفاظا على مصالح الأشخاص الذين تعاملوا مع الموظف الفعلي، اعتبر القضاء أن ما يصدر عنه من أعمال تجاههم يعد صحيحا ، وذلك إما على أساس فكرة الظاهر، واحترام الغير حسن النية، وإما على أساس فكرة الضرورة.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

على أن فكرة الظاهر تطبق من المفروض في الظروف العادية. وعليه إذا كان يبدو للغير بأن قرار تعيين الموظف لا يشوبه أي عيب ، فإن ما يصدر منه من أعمال تجاه هؤلاء يعد مشروعا، من ذلك مثلا أن يشغل فردا وظيفة على أساس أنه نجح في المسابقة الخاصة بالتوظيف، ويصدر بهذه الصفة أعمالا تجاه الغير، ولكن بعد ذلك يقوم القضاء بإلغاء نتائج المسابقة-بعد الطعن قضائيا في تلك النتائج طبعا-، أو أن يمارس موظفا اختصاصاته تجاه الغير بناء على تفويض غير صحيح. أما في الظروف الإستثنائية، ونقصد بها الأوقات التي يختل فيها انتظام السلطة العامة في أداء وظائفها، كأوقات الحروب والأوبئة والكوارث العامة، فإن الأعمال الإدارية قد يقوم بها أفراد عاديين لا يتمتعون بصفة الموظف العام، وإنما الذي دفعهم إلى القيام بها هو ضمان استمرارية الخدمة العمومية، فإن أعمال هؤلاء تعد مشروعة وصحيحة تطبيقا لفكرة الضرورات تبيح المحظورات.

المطلب الثاني:

في مجال العقود الإدارية:

يرتب هذا المبدأ استمرارية خدمات المرفق العام نتيجة هامة في مجال العقود الإدارية، تتمثل في نظرية الظروف الطارئة (La théorie de l'imprévision).

فالمبدأ في العقود الخاصة التقليدية، هو أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يعفي المتعاقد من الوفاء بالتزاماته إلا بالقوة القاهرة -وهي الحادث الذي لا يمكن توقعه كما لا يمكن دفعه، والذي يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا-. هذه القاعدة لم يكن بالإمكان الأخذ بها على إطلاقها في مجال العقود الإدارية، لذلك أنشأ القضاء الإداري الفرنسي بين القوة القاهرة التي يستحيل فيها على المتعاقد الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وبين الظرف العادي الذي يمكن فيه للمتعاقد الوفاء بالتزاماته التعاقدية، حالة وسطى وهي نظرية الظروف الطارئة، بحيث يجب على المتعاقد مع الإدارة الوفاء بالتزاماته التعاقدية ما دام أن ذلك ممكن، على الرغم من أن فيه مشقة وإرهاق مالي شديد، ولكن في المقابل فإن الخسارة التي تحملها يجب أن توزع بينه وبين الإدارة.

على أن الحادث المفاجئ يشبه القوة القاهرة في بعض الأمور، في أن كلاهما لا يمكن توقعهما، وأنهما إذا وقعا فلا يمكن دفعهما. إلا أن الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، أي أن تنفيذ الالتزام ليس مستحيلا بل ممكنا، ولكنه يحمل المتعاقد مع الإدارة خسارة كبيرة هذه الخسارة تتوزع بينه وبين الإدارة، وهذا على خلاف القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا.

وعليه، طبقا لنظرية الظروف الطارئة، وضمانا لمبدأ استمرارية خدمات المرفق العام، يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ التزاماته، مع حصوله على تعويض جزئي عن الخسارة التي تحملها، هذه الخسارة توزع بينه وبين الإدارة.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لإمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يشترط أن يكون الظرف الطارئ عارضا، وأنه هو السبب المباشر في قلب التوازن المالي للعقد. أما لإذا كان الظرف الطارئ قد أخذ شكلا دائما، أي ليس من المنتظر أن يعود العقد إلى حالته الأولى، فلا بد أن يعدل العقد تعديلا يجعله يساير الظروف الجديدة، أما إذا كان ذلك غير ممكن، فيجب فسخ العقد الذي يربط الطرفين

المطلب الثالث:

في مجال الأموال العامة:

يترتب على مبدأ استمرارية خدمات المرفق العام في مجال الأموال العامة، نتيجة هامة تتمثل في عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام. (الكلام هنا ينطبق على الدومين العام ولا يتعلق بالدومين الخاص). فالمرفق يحتاج إلى أموال عامة تمكنه من القيام بالمهام الملقاة عليه. فإذا ما حصل أن استدان المرفق وعجز مثلا عن التسديد، فإنه لا يجوز الحجز على أمواله، وذلك ضمانا لاستمرارية خدماته. على أن هذه القاعدة تصدق على إطلاقها بالنسبة للمرافق العامة الإدارية (التقليدية)، أما المرافق العامة الصناعية والتجارية، فباستثناء رأسمالها التأسيسي الذي يعتبر من الأموال العامة، فإن الأموال الأخرى تكون قابلة للحجز عليها.

المبحث الثاني:

قاعدة مساواة المنتفعين أمام المرفق العام

(La règle d'égalité)

هذا هو المبدأ الثاني الذي يحكم جميع المرافق العامة. وطبقا لهذا المبدأ يجب على المرفق العام أن يؤدي خدماته إلى الجمهور بنفس الشروط، بحيث لا يكون هناك تمييز بينهم لا مبرر له. إن هذه القاعدة تعد مستمدة من مبدأ آخر يسود تقريبا جميع دساتير العالم، والذي يقضي بمساواة الجميع أمام أحكام القانون سواء في الحقوق أو في الواجبات. وهذا ما نص عليه المؤسس الدستوري في المادة 29 حيث جاء فيها أن "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط آخر شخصي أو اجتماعي". إن هذه المادة وضعت الأصل العام في مساواة

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

الأفراد أمام القانون. فالقانون بطبيعته يضع قواعد عامة ومجردة، لا يراعي فيها أفرادا بذواتهم. ولهذا كان الجميع لديه سواء. ولما كانت المرافق العامة تنشأ لفائدة الجميع، فقد ترتب على ذلك بالتبعية تساوي الأفراد لديها.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المساواة أمام خدمات المرافق العامة ليست مطلقة. فهي لا تعني بأنه يجوز لأي فرد أن يتحصل على الخدمة من المرفق العام بدون أي شرط مسبق، بل إن هذه المساواة، شأنها شأن جميع المراكز القانونية، لا يمكن أن تكون حقا للشخص إلا إذا توفرت شروطها. ومن هنا فإنه لا يتنافى مع قاعدة المساواة وضع الإدارة لشروط عامة لا بد أن تتوفر في الشخص الذي يريد الحصول على خدمة من المرفق العام، كتحديد رسم معين فيمن يريد الحصول على خدمة معينة من المرفق، أو تحديد شهادة معينة لإمكانية الإلتحاق بوظيفة عامة.

فالأصل إذن هو إعمال قاعدة المساواة بين من يستوفون شروط الإنتفاع. ومع ذلك فإن هذه القاعدة تحتاج إلى بعض التوضيحات. فلا يمكن إعمال قاعدة المساواة بين المنتفعين إلا إذا كانوا في نفس المركز والظروف، أما إذا اختلفت مراكزهم، فإنه يمكن التمييز بين المنتفعين من خدمات المرفق العام، وعليه فإنه يجوز الإدارة أن تغاير في المعاملة بين المنتفعين في الحالات التالية:

أ-لاختلاف ظروف المكان، كالتمييز في المعاملة في سكان المدينة الواحدة، بين من يقطن داخلها وبين من يقطن في ضواحيها، فيما يتعلق بتوزيع المياه والكهرباء، باقتضاء رسم إضافي من الذي يسكن داخل المدينة، مقارنة مع من يسكن في ضواحيها.

ب-أو لاختلاف نوع الخدمات التي يطلبونها، كاقتضاء رسم إضافي ممن يريد أن تصل رسائله مستعجلة، أو باختلاف الدرجة التي يسافرون فيها بالطائرة أو بالقطار.

ج-أو باختلاف الغرض الذي تخصص له الخدمة، كاستخدام المياه للشرب، أو استخداما للسقي، واستخدام الكهرباء للإضاءة، واستخدامه للصناعة.

ففي كل هذه الحالات، وعلى الرغم من أن المنتفعين قد استوفوا شروط الإنتفاع بالخدمة، إلا أنه توجد ظروف أخرى أدت إلى التفرقة في المعاملة. إلا أن هذه التفرقة لا تعني بأي حال من الأحوال أنها تمييز ذاتي بين المنتفعين، طالما أن ظروف أداء الخدمة ليس واحدا.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه قد يرد على قاعدة المساواة استثناء آخر مرده إلى النصوص القانونية، من ذلك إعفاء المسنين والعجزة من دفع المقابل لقاء الحصول على خدمة من المرفق العام. وهذه الإستثناءات لا يقصد بها في حقيقة الأمر تمييز فئة من الناس عن غيرهم، طالما أن هناك ظرف خاص توجد فيه طائفة معينة من الناس.

ويجب أن نشير في الأخير إلى أن السلطة التقديرية الممنوحة الإدارة، لا تتنافى مع مبدأ مساواة المنتفعين من خدمات المرفق العام، لذلك إذا توفرت شروط الإنتفاع من الخدمة، وميزت الإدارة بين

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

المنتفعين، فإنه يجوز مقاضاتها، سواء بدعوى تجاوز السلطة إذا توفرت شروطها، أو بدعوى التعويض إن ترتب على ذلك التمييز ضرر بالمنتفعين الذين لم يستفيدوا من الخدمة.

المبحث الثالث :

قاعدة تكييف المرفق العام مع الأوضاع الجديدة

(La règle de mutabilité)

وهذه ثالث قاعدة تحكم جميع المرافق العامة، والتي يعبر عنها بقابلية المرفق العام للتبدل والتغير في أي وقت، وذلك تماشيا مع الظروف الجديدة. ومقتضى هذه القاعدة أنه يجوز للإدارة أن تتدخل في أي وقت، وتعدل من قواعد سير المرفق العام، ولكن مع مراعاة فكرة المصلحة العامة، أي أن هذا التعديل تمليه فكرة المصلحة العامة.

فالأصل أنه بعد أن يتقرر إنشاء المرفق العام بالوسيلة القانونية، تتولى الإدارة تنظيمه، فتختار طريقة إدارته. والإدارة تراعي هنا طبيعة المرفق ونوع الخدمات التي يقدمها للجمهور. ولكن إذا ما تبين للإدارة في أي وقت من الأوقات، بأن تنظيم المرفق بالشكل القديم لم يعد يتفق مع المصلحة العامة، أو أن هناك تنظيما آخر يحقق بطريقة أفضل المصلحة العامة ،جاز للإدارة هنا أن تغيير في طريقة تنظيمه أو إدارته، كأن تفرض رسوما على الانتفاع بالخدمة، لم تكن موجودة من قبل، أو أن تفرض رسوما إضافية على الرسوم السابقة.

ومع ذلك يجب أن نؤكد على أن حق الإدارة هذا مقيد بشرط وحيد هو مراعاة المصلحة العامة. وهنا لا يمكن للغير الاحتجاج بفكرة الحق المكتسب .

الفصل الثالث :

طرق إدارة المرافق العامة

لقد اتضح لنا من خلال ما سبق أن هناك عدة أنواع من المرافق العامة، وهذا يترتب عليه بالضرورة تباين أو اختلاف طرق إدارتها. على أنه لكي تحسن الإدارة في طريقة إدارة المرفق، عليها أن تأخذ بعين الإعتبار عدة اعتبارات، منها ما هو سياسي، ومنها ما هو اجتماعي، ومنها ما هو اقتصادي. فالمرافق التي تمس الدولة في كيانها كمرفق الدفاع الوطني، ليست كغيرها من المرافق قليلة الأهمية، كمرفق توريد المياه أو الكهرباء، كما أن المرافق الصناعية والتجارية تحتاج بطبيعتها إلى وسائل تختلف عن الطرق المتبعة في إدارة المرافق التقليدية. ولهذه الإعتبارات وغيرها تعددت طرق إدارة المرافق العامة، لا سيما من حيث درجة تدخل الدولة. فمن الطرق ما تنطوي على هيمنة الدولة على المرفق العام، هيمنة على جميع

النواحي، كما هو الحال في طريقة الإدارة المباشرة. ومن الطرق ما تقل درجة هيمنة الدولة على المرفق، بحيث يكون الأفراد مجالا كبيرا في تمويل المرفق العام، وإدارته، كما هو الحال في طريقة الإمتياز. وبين هاتين الطريقتين، هناك طرق أخرى مشتقة منهما، بحيث تتفاوت فيها رقابة الدولة على المرفق. على أنه مهما كانت الطريقة المتبعة لإدارة المرفق، فإنها لا تؤثر على طبيعته. كما أن رقابة الدولة تكون دائما موجودة، إلا أن درجة ومدى هذه الرقابة تختلف من طريقة لأخرى، وهذا هو المميز الأساسي للمرفق العام. وفيما يلي نتعرض لأهم طرق إدارة المرفق العام، والمتمثلة فيما يلي:

المبحث الأول:
الإدارة المباشرة أو (التسيير المباشر)

إن هذه الطريقة هي من أهم طرق إدارة المرافق العامة، وهي تطبق عادة على المرافق التقليدية التي تقوم بأعباء عامة. على أن هذه الطريقة ظهرت في ظل الدولة الحارسة. وتتميز هذه الطريقة من طرق إدارة المرافق العامة بما يلي:

1-إن المرافق التي تسير بهذا الشكل لا تعتبر شخصا قانونيا متميزا، ذلك أن الجهة التي يتبعها المرفق (الدولة، أو الولاية، أو البلدية) تبقى هي صاحبة الحقوق والإلتزامات الناتجة عن نشاط تلك المرافق. فالتعاقد مثلا لا يتم مع المرفق الذي يقدم الخدمة، ما دام أن هذا الأخير لا يعد شخصا مستقلا متمتعا بالشخصية المعنوية، بل إن التعاقد يتم مع الجهة التي يتبعها المرفق.

2-ومن ناحية التنظيم فإن المرافق التي تدار بهذا الأسلوب، تكون خاضعة بصفة كلية للجهة التي تكون تابعة لها. فمرافق الدولة في الحقيقة هي مرافق مختلف الوزارات، وتبعا لذلك، فإن موظفيها يعتبرون خاضعين إداريا للوزير. أما مرافق الجماعات المحلية، فإنها تكون خاضعة مباشرة للجماعات المحلية التابعة لها، وبالتالي فإن موظفيها يكونون تابعين مباشرة للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

3-ومن الناحية المالية فإن المرافق التي تدار بهذا الأسلوب، لا تتمتع بأية استقلالية. فالقروض التي تبرمها من أجل القيام بمهامها المختلفة يتم تقديرها في الميزانية العامة لنفقات الجهة الإقليمية التي تتبعها. وإذا حصلت هذه المرافق على إيرادات، فإنها تدخل في إطار الإيرادات التي تعود على الجهة الإقليمية التي تتبعها.

إن الخصائص السابقة يترتب عليها نتيجتين أساسيتين هما:

أ-فالمفروض أن المرافق التي تدار بأسلوب الإدارة المباشرة تعتبر مرافق إدارية(تقليدية). ومن هنا فإن كل قواعد وإجراءات القانون الإداري تنطبق عليها، فمن يعمل في هذه المرافق يعد موظفا عاما، وأموال المرفق هي أموال عامة، ومنازعات المرفق يفصل فيها القاضي الإداري.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

إن دراسة أسلوب الإدارة المباشرة في الحقيقة، يؤدي إلى عدم التمييز بين هذه المرافق وبين القانون الإداري.

ب-على أن أسلوب الإدارة المباشرة لا يقتصر على المرافق الإدارية وحدها، بل يجوز استثناء أن يطبق على المرافق الصناعية والتجارية، خاصة في إطار الجماعات الإقليمية. وفي هذه الحالة، فإن القواعد السابقة تتعرض لبعض التعديلات، إذ قد يتمتع المرفق ببعض الإستقلالية من الناحية المالية، كما أن القانون الخاص هو الذي يطبق في علاقة المرفق بمموليه ومستخدميه.

المبحث الثاني :
امتياز أو التزام المرفق العام

يقصد بهذه الطريقة تنازل الإدارة بمقتضى عقد، عن إدارة مرفق عام صناعي وتجاري أو اقتصادي بمفهومه الواسع لفائدة شخص خاص، يقوم بتسيير المرفق وإدارته لمدة معينة، مع تحمله أعباء المرفق (عماله وأمواله) في مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين من خدمات المرفق. و تتميز هذه الطريقة بما يلي:

1- لا تتولى الإدارة بنفسها إدارة المرفق، بل الذي يقوم بذلك هو شخص خاص، سواء كان فردا أو شركة.

2- إن الأموال اللازمة لإدارة المرفق، لا تقدمها الإدارة، بل يقدمها الشخص الخاص(الملتزم).

3- إن المشرفين على إدارة المرفق لا يعدون موظفين عموميين، بل هم عمال يخضعون للقانون الخاص.

4- إن هذه الطريقة لا تنطبق إلا على المرافق التي يشترط فيها الحصول على مقابل مالي لقاء الإنتفاع بالخدمة، ومن هنا فإن هذه الطريقة لا تطبق على المرافق التي تؤدي خدماتها بالمجان، والمرافق التي يصعب معها معرفة المنتفعين.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد فرق كبير بين عبارة التزام المرافق العامة، وبين عبارة التزام الأشغال العامة (Concession de travaux publics) إلا أن الإلتزام الأخير، إذا كان يعتب طريقة من طرق إدارة المرافق العامة، فإنه يختلف عن التزام المرافق العامة في أن الملتزم في التزام الأشغال العامة، يتعين عليه بالإضافة إلى تسيير المرفق، القيام بالأشغال العامة، المتمثلة في بناء المسائل الضرورية لتسيير المرفق. إن معظم طرق السكك الحديدية وطرق الترام تمت في فرنسا بهذا الأسلوب. إن هذا الأسلوب أصبح مستعملا اليوم في بناء واستغلال الطرق السريعة ذات الإستعمال بمقابل (péage) وأماكن توفق السيارات.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.
سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك
أتمنى السلامة للجميع

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للالتزام

إن تحديد الطبيعة القانونية للإلتزام، يتطلب التوفيق بين نوعين من المعطيات الأساسية للإلتزام. تتمثل الأولى في أننا بصدد مرفق عام خاضع لمتطلبات الصالح العام، أي يجب أن يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة. أما الثاني، فيتمثل في أن الشخص الذي يقوم بإدارة المرفق لا تحركه إلا المصلحة الشخصية، أي تحقيق الربح. لذلك يجب ضمان حق السلطة مانحة الإلتزام باعتبارها الأمينة على المصلحة العامة، بالإضافة إلى ضمان أرباح الملتزم التي تعتبر هي الأخرى مشروعة. إن التوفيق بين هذين الإعتبارين المتناقضين هو الذي يحدد لنا الطبيعة القانونية للإلتزام. هذه الطبيعة اختلفت الآراء في تحديدها، وذلك على النحو التالي :

1-**ذهب بعض الفقهاء** إلى القول بان الالتزام هو عمل ناتج عن أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الإلتزام بما لها من ولاية آمرة، ويرضخ له الملتزم اختيارا لقبوله شروط الإلتزام.

إن هذه النظرية سادت في الفقه الألماني، وأخذ بها إلى حد ما الفقه الإيطالي في أواخر القرن التاسع عشر (19). وهذا الرأي وإن كان يحتفظ للإدارة بحقها في التندخل للتعديل في قواعد الإلتزام، وإلغائه دون حاجة لموافقة الطرف الآخر، لإلا أنه غالى في إغفال نصيب الملتزم في العقد مغالاة قد تؤدي إلى زعزعة مركزه في العقد.

2-**وذهب رأي آخر** لا سيما في فرنسا إلى القول بأن الالتزام هو عقد من عقود القانون الخاص، يخضع لما تخضع له هذه العقود من قواعد.

ولقد تبين خطأ هذا الرأي، نظرا لأن الأخذ به على إطلاقه يحول دون تدخل الإدارة في تعديل شروط الإلتزام بمجرد إقرارها، وفي هذا تعطيل للقواعد الواجب تطبيقها على جميع المرافق العامة، من ضرورة تعديلها في كل وقت لأداء خدماتها على أكمل وجه. ومن ناحية أخرى، فإن الملتزم يتمتع في إدارته للمرفق العام بمزايا لا يتمتع بها الأفراد العاديون، كشغل الدومين العام، وفرض أعباء على الأفراد تقتضيها إقامة منشآت المشروع.

3-**وذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء(الفرنسي)**، تزعمه العميد Duguit إلى القول بأن الالتزام عمل قانوني مركب يحتوي على نوعين من النصوص:

أ- نصوص يقتصر آثرها على الإدارة والملتزم، ولا تهم المنتفعين مباشرة. إن هذه النصوص تعد نصوصا تعاقدية. إن هذه النصوص تشمل الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الإلتزام من ناحية، وبين الملتزم من ناحية أخرى، من ذلك مدة الإلتزام، وكيفية استرداده، وكيفية تنقيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الإلتزام.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

ب- ونصوص لا يقتصر أثرها على الإدارة والملتزم، بل تمتد إلى المنتفعين. إن هذه النصوص تعد نصوصا تنظيمية ، إذ بإمكان الإدارة أن تلغيها، أو تعدلها بإرادتها المنفردة. إن هذه النصوص تتعلق بتنظيم المرفق وسيره، كتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها، والإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة المنتفعين، وشروط الإنتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق.

وعلى العموم يعتبر نصا تعاقديا كل ما أمكن الإستغناء عنه لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة المباشرة. بينما يعتبر شروطا تنظيمية النصوص التي تبقى لو أدير المرفق عن طريق الإدارة المباشرة، ذلك أن طريقة الإدارة لا يمكن أن تغير من طبيعة المرفق العام.

هذا وتجدر الإشارة إلى وجوب التمييز في كيفية منح الإلتزام بين المرافق الوطنية والمرافق المحلية. فبينما يختص رئيس الجمهورية بمنح الإلتزام إذا كان المرفق وطنيا، مع إمكانية التفويض في هذا الصدد، فإن منح الإلتزام بالنسبة للمرافق المحلية، يختص به رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للمرافق البلدية، والوالي بالنسبة للمرافق الولائية.

المطلب الثاني : آثار الالتزام

إذا كنا قد انتهينا فيما سبق إلى أن الإلتزام هو عقد تتنازل الإدارة بمقتضاه عن إدارة مرفق عام اقتصادي لفائدة شخص من أشخاص القانون الخاص، لمدة محددة مع تحمله أعباء المرفق في مقابل تقاضيه رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق، فإن هذا التعريف يؤدي بنا إلى القول بأن الإلتزام يمس ثلاثة أطراف هي: السلطة مانحة الإلتزام، وهي صاحبة المرفق، والملتزم الذي يتولى إدارة المرفق وأداء خدمات للجمهور، والمنتفعون أي الجمهور الذين ينتفعون من خدمات المرفق. لهذا السبب، فإن آثار الإلتزام تمتد لتشمل هذه الأطراف الثلاثة، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول :

آثار الإلتزام بالنسبة للسلطات الإدارية المانحة للالتزام صاحبة المرفق

يمكن حصر الحقوق التي تتمتع بها السلطة مانحة الإلتزام في الأمور التالية:

أولا: حق الرقابة على إعداد المرفق العام وإدارته: وهذا الحق مستمد من طبيعة المرفق العام، ولا يمكن للإدارة أن تتنازل عنه كله أو بعضه. على أن النصوص التي تتكلم عن الرقابة هي نصوص تنظيمية، ومعنى ذلك أن الإدارة بإمكانه مباشرة هذه الرقابة أثناء إعداد المرفق، وأثناء استغلاله، بحيث يكون لها أن تجبر الملتزم على تنفيذ كافة شروط العقد إذا ما أخل بها، كما أنه بإمكانها أن توقع عليه العقوبات، سواء من تلقاء نفسها، أو باستصدار حكم قضائي، كما أنه بإمكان الإدارة أن تراقب الإدارة المالية للمرفق، مع كل ما يترتب على ذلك من نتائج.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

ثانيا: حق الإدارة في تعديل النصوص اللائحية بإرادتها المنفردة: إن هذا الحق مستمد كذلك من طبيعة المرفق، الذي يجب أن يساير الظروف الجديدة من أجل أداء الخدمات على أحسن وجه.

ثالثا: استرداد المرفق قبل نهاية المدة المحددة في العقد: من حق السلطة مانحة الإلتزام، إذا ما تبين لها بأن طريقة الإلتزام لم تعد تحقق المصلحة العامة، أو لأي سبب آخر يتعلق بالمصلحة العامة، أن تقوم باسترداد المرفق من خلال شرائه من الملتزم، وتعويضه عما يلحقه من أضرار. ولا يجوز للملتزم أن يحتج بفكرة العقد سريعة المتعاقدين، أو بفكرة الحق المكتسب، بل كل ما لديه هو المطالبة بالتعويض، إذا ما تضرر من جراء استرداد الإدارة للمرفق.

الفرع الثاني :

آثار الإلتزام بالنسبة للملتزم:

يهيمن على آثار الإلتزام بالنسبة للملتزم فكرة أن هذا الأخير يسعى للحصول على الربح. ولكن نظرا لأن الملتزم يشرف على تسيير مرفق عام، فإنه ترتب على ذلك ضرورة احترامه لبعض الإلتزامات، وذلك على النحو التالي:

1- واجبات الملتزم : تتمثل واجبات الملتزم في التزامه بتأمين سير المرفق العام، وهذا يفترض احترامه للقواعد الموجودة في دفتر الشروط، بالإضافة إلى احترامه للقواعد العامة التي تحكم كل المرافق العامة، لذلك يتعين عليه:

أ-ضمان استمرارية خدمات المرفق العام : فلا يجوز له أن يتنصل من هذه المسؤولية بإثارة مثلا خطأ الإدارة ، أو الصعوبات المالية أو الإقتصادية، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة قد وجدت من أجل مواجهة هذه الصعوبات، وعلى ذلك لا يعفي الملتزم من الوفاء بالتزاماته سوى القوة القاهرة.

على أن هذا الإلتزام يمتد ليشمل كل المستخدمين الذين يستعين بهم الملتزم للوفاء بالتزاماته، فهؤلاء على الرغم من أنهم عمال خاضعين لقانون العمل، إلا أنه فيما يتعلق بمماريتهم لحق الإضراب عليهم أن يلتزموا بالأحكام المنظمة للإضراب في القطاع العام.

ت- احترام قاعدة المساواة بين المنتفعين في أداء الخدمات: فيتعين عليه أن يؤدي الخدمة لكل من استوفى شروط الإنتفاع بالخدمة، بدون أي تمييز.

ث- احترام قاعدة قابلية المرفق العام للتبدل والتغير في أي وقت: وفي هذا الصدد يتعين غلى الملتزم أن يخضع لكل التعديلات التي تفرضها عليه الإدارة مانحة الإلتزام.

ج- تقديم الخدمة بصفة شخصية: فيجب عليه أن يقدم هو بنفسه الخدمة، بحيث لا يجوز له أن يتنازل عن أدائها لشخص آخر، أو أن يبرم عقدا من الباطن دون موافقة الإدارة مانحة الإلتزام.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

وفي حالة مخالفة الملتزم للإلتزامات الملقاة على عاتقه فإنه يجوز للإدارة مانحة الإلتزام أن توقع عليه جزاءات، كالغرامات، أو الوضع تحت الحجز والتي بمقتضاها تحل الإدارة محل الملتزم المخل بالتزاماته مع حرمانه من التعويضات.

2- حقوق الملتزم : تتمثل حقوق الملتزم فيما يلي:

أ- الحق في استعمال أملاك الدومين العام أو الخاص: فإمكان السلطة مانحة الإلتزام أن تضع تحت تصرف الملتزم الوسائل المادية أو القانونية التي تكون ضرورية لتسيير المرفق.

ب-الحق في استعمال امتيازات السلطة العامة بعد مو افقة الإدارة.

ج-الإستفادة من الحقوق المالية: وهي أهم الحقوق في نظر الملتزم الذي يسعى إلى تحقيق مصلحته الشخصية. ومن المفروض فإن المقابل الذي يتقاضاه الملتزم يتمثل في الرسوم التي يدفعها المنتفعون من خدمات المرفق- على أن تحديد أسعار هذه الرسوم يعتبر من الشروط التنظيمية- ومع ذلك وخارج النصوص التعاقدية بإمكان الملتزم أن يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد، إما على أساس نظرية الظروف الطارئة، أو على أساس نظرية فعل الأمير.

الفرع الثالث:

آثار الإلتزام بالنسبة للمنتفعين:

لا يتلقى المنتفعون الخدمات من مشروع خاص، بل من مرفق عام، حتى ولو كان الذي يديره شخص خاص. لهذا فإن الإلتزام ينشئ علاقات بين المنتفع والسلطة العامة مانحة الإلتزام من جهة، وبينه وبين الملتزم من جهة أخرى، وذلك على الشكل التالي:

أولا: بين المنتفع والسلطة الإدارية مانحة الإلتزام: رأينا فيما سبق أن للإدارة سلطة كبيرة على المرفق العام، خاصة فيما يتعلق بإعداده، وتشغيله. إلا أن هذه السلطة لا تعد حقا مطلقا للإدارة مانحة الإلتزام، تستعملها كيفما شاءت ومتى ساءت، بل هي سلطة مقررة من أجل المحافظة على حقوق المنتفعين الذين لا تربطهم بالملتزم أية علاقة مباشرة. ومن هنا فإنه يجوز للمنتفعين أن يطالبوا الإدارة مانحة الإلتزام بالتدخل لإرغام الملتزم على احترام شروط الإلتزام، أو احترام القواعد المتعلقة بسير المرفق العام، كالمساواة في أداء الخدمة. فإذا رفضت الإدارة التدخل، فإنه يجوز للمنتفعين الذين توفرت فيهم شروط الإنتفاع بالخدمة أن يلجؤوا إلى القضاء لإرغام الملتزم على أداء الخدمة كما ينبغي.

ثانيا: بين المنتفع والملتزم: قد يلتزم المنتفع بأداء الخدمة للمنتفع بمقتضى عقد، في مقابل تقاضيه لرسوم من المنتفع. وفي هذه الحالة يلتزم الطرفان بأحكام العقد الذي يربطهما.

وفي حالة عدم وجود مثل هذا العقد، فإن كل من استوفى شروط الإنتفاع بالخدمة التي يؤديها الملتزم، بإمكانه أن يطالبه، أو أن يطالب الإدارة مانحة الإلتزام قضائيا بتنفيذ جميع الشروط المنصوص عليها في عقد الإلتزام الذي يربط الإدارة مانحة الإلتزام بالملتزم.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الفقه قد اختلف في تحديد الأساس القانوني لحق المنتفعين في هذه الحالة.

فقد ذهب الفقه في أول الأمر إلى إرجاع هذا الحق إلى **نظرية الإشتراط لمصلحة الغير** المعروفة في القانون المدني (La stipulation pour autrui) على اعتبار أن السلطة مانحة الإلتزام عندما تعاقدت مع الملتزم، اشترطت لمصلحة المنتفعين شروطا يتعين على الملتزم الإلتزام بها. إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا قد تراجع عن هذه النظرية لعدة أسباب منها: أن المنتفع بخدمات المرفق العام لا يمكن تحديده مقدما. كما أن قبول المنتفعين دفع المقابل المنصوص عليه لا يجعل هذا المقابل نهائيا، ما دام أن الإدارة بإمكانها أن تعدله بإرادتها المنفردة. وبالإضافة إلى ذلك فإن المنتفعين بإمكانهم مقاضاة كل من الإدارة والملتزم. وكل هذه المسائل تخالف نظرية الإشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون المدني.

ومن هنا **يذهب الفقه الحديث** إلى القول بأن أساس حقوق المنتفعين هو **الطبيعة الإدارية لعقد الإمتياز**. فهذا الأخير موضوعه إدارة مرفق عام، ولهذا فإن معظم نصوصه تعتبر نصوصا تنظيمية، بحيث يمتد أثرها إلى المنتفعين، وهذا لوحده كاف لتبرير حقوق المنتفعين.

المبحث الثالث:

الادارة غير المباشرة (مشاطرة الاستغلال) (La régie interessée)

يقصد بالإدارة غير المباشرة، أن تعهد الإدارة لفرد أو شركة بإدارة أحد المرافق الإقتصادية في مقابل عوض يتقاضاه منها. ومن هنا فإن هذه الطريقة تعبير وسط بين الإدارة المباشرة وبين الإلتزام. فهي تمتاز عن الإدارة المباشرة في أن الإدارة لا تتولى بنفسها وموظفيها إدارة المرفق، بل يقوم بذلك فرد أو شركة. ولكنها تقترب من طريقة الإدارة المباشرة في أن الإدارة هي التي تتحمل مخاطر المشروع، فتقدم المال اللازم لإعداده، وإدارته كله أو بعضه. ولكن في مقابل ذلك تكون الأرباح غن وجدت من حق الإدارة. وتختلف هذه الطريقة عن الإلتزام في أن الملتزم يقدم رأس المال اللازم لإعداد المشروع وإدارته. أما في هذه الطريقة، فإن الشخص الذي تعاقدت معه الإدارة لا يقدم رأي المال، وإذا شارك في ذلك فإنه يقدم جزء فقط. ومن ناحية أخرى فإن المقابل الذي يتقاضاه لا يحصله لحسابه، بل لحساب الإدارة. وتقترب هذه الطريقة من طريقة الإمتياز في أن الهيئة المديرة تزاول عملها في مقابل عوض تضمنه الإدارة يتكون عادة

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

من عنصرين: عنصر ثابت مضمون، وهو نسبة معينة من رأس المال الذي قدمته الشركة (إذا كانت شاركت في رأس المال)، وعنصر متغير، وهو مكافأة إضافية سنوية بنسبة النشاط الذي يبذله الشخص أو الشركة في الإدارة.

وهذا النظام نادر في الوقت الحالي، لأنه لم يحقق الآمال التي كانت مرجوة منه، لأن الإدارة تتدخل دائما. كما أن هذه الطريقة تعد مكلفة جدا.

المبحث الرابع:

الاستغلال المختلط .

تقوم هذه الطريقة على أساس اشتراك الإدارة مع الخواص في إدارة مرفق عام، وذلك في شكل شركة تكتسب الإدارة - بمفهومها الواسع- بجزء كبير من رأسمالها، لذلك فإنها تشترك في إدارتها وتتحمل مخاطرها.

وهذه الطريقة حديثة نسبيا مقارنة مع الطرق الأخرى، فلقد ظهرت خاصة من أخل تفادي عيوب الإدارة المباشرة (البطء، والروتين، وقتل روح الإبتكار)، وعيوب الإمتياز(انصراف الملتزم إلى تحقيق الربح). ومن هنا تمت محاولة إشراك الإدارة في رأس مال المشروع حتى لا تقتصر رقابتها على الناحية الخارجية للمشروع، بل تمتد تلك الرقابة إلى داخل المجلس، فتمثل الإدارة لا بوصفها حامية المصلحة العامة فقط، بل كذلك بصفتها مساهمة أيضا. وللتوفيق بين الإعتبارات السابقة، فإن نظام الإقتصاد المختلط يقوم على الأركان التالية:

1- تتخذ المشاركة بين الإدارة والأفراد صورة شركة مساهمة عادية من شركات القانون التجاري، تكتتب فيها الإدارة بحيث تكون مساهمة أو حاملة لسندات الشركة.

2- ولكن ونظرا لأن هذه الشركة أنشئت من أجل إدارة مرفق عام، فإنه يجب ألا ينظر للإدارة على أنها مساهمة فقط، بل يجب أن تتمتع بحق الرقابة. ولهذا لم يكن بالإمكان الأخذ بنظام شركات المساهمة العادية، فإذا كان الأصل في شركات المساهمة العادية أن تحكمها هيئتان: الجمعية العامة للمساهمين –التي تمثل كل من ساهم في رأسمال الشركة- ومجلس الإدارة الذي تنتخبه هذه الجمعية، فإنه ليس بالإمكان تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها في شركات الإقتصاد المختلط، ذلك أن الجمعية العامة للمساهمين في شركات الإقتصاد المختلط إذا كانت تعتبر الهيئة الأساسية، فإنها لا تنتخب كل أعضاء مجلس الإدارة، بل تقوم الإدارة بتعيين بعض أعضائها، ولا سلطان للجمعية العامة على هؤلاء الأعضاء المعينين، وذلك حتى لا تصبح الإدارة، إذا كانت لا تحوز أكثر من 50% من الأسهم، تحت رحمة الجمعية العامة.وإذا كان للمساهم العادي صفة واحدة –هي سعيه لتحقيق الربح-، فإن الأعضاء المعينين من الإدارة لهم صفتين: الأولى كنائبين عن الإدارة المساهمة، وبهذه الصفة يسعون إلى تحقيق الربح، والثانية باعتبارهم مدافعين عن المصلحة العامة في مواجهة الرأسماليين الذين لا يسعون إلا إلى تحقيق

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

الربح. وهنا يجب على هؤلاء الأعضاء أن يوفقوا بين هاتين الصفتين قدر المستطاع، وعند التعارض، يجب ترجيح المصلحة العامة بلا تردد، ما دام أن الأمر يتعلق بمرفق عام.

3- على أن إنشاء شركة الإقتصاد المختلط يجب أن يكون بقانون، لأن إنشاءها يتضمن خروجا على القواعد العامة لقانون التجاري.

ملاحظة حول التأميم(La nationalisation) :

هل يعتبر التأميم طريقة من طرق إدارة المر افق العامة ؟

هناك بعض الفقه من اعتبر التأميم طريقة من طرق إدارة المرافق العامة، إلا أن الحقيقة عكس ذلك ، لأن التأميم ما هو إلى طريقة من طرق نقل الملكية الخاصة وتحويلها إلى ملكية عامة، وبعد تأميم تلك الملكية، فإن الإدارة تديرها بإحدى طرق إدارة المرافق العامة المعروفة.

المبحث الخامس:

الهيئةالعامة والمؤسسة العمومية

(L'établissement public et l'entreprise publique)

أولا : التصور التقليدي للهيئة العامة:

إن الهيئة العامة طبقا للتعريف التقليدي أو الكلاسيكي، هي عبارة عن مرفق العام يدار عن طريق منظمة عامة، ويتمتع بالشخصية المعنوية. إن هذا التعريف الذي ساد منذ النصف الثاني من القرن 19 كان يتركز على ثلاثة عناصر هي:

- الهيئة العامة هي شخص معنوي .
- هي تنتمي إلى شخص من أشخاص القانون العام.
- وتقوم بإدارة مرفق عام .

وإلى جانب الأشخاص العامة الإقليمية التقليدية –الدولة والولاية والبلدية- التي تتمتع بالشخصية المعنوية، هناك الهيئة العامة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام، والتي تعد تطبيقا لفكرة النظام اللامركزية المرفقية، طالما أنها تخضع لقيد التخصص. فعندما يتضح للسلطات العامة أن طريقة إدارة مرفق معين تكون أكثر فاعلية إذا ما تمتع باستقلالية معينة –استقلال قانوني ومالي وإداري- تنشئ هيئة عامة وتعطيها هذا الإستقلال من أجل إدارة موفق عام معين.

إن منح الشخصية المعنوية لمرفق معين، يجب أن يراعى فيه اعتبارين هما:

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

-السماح له بقبول الهبات والوصايا، طالما لم تكن متعارضة مع هدفه.

-التخفيف من عبء الرقابة المفروضة عليه، وإعطائه نوعا من الإستقلالية تمكنه من الإبداع في نشاطه.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الأشخاص العامة المحلية (الولاية والبلدية) خاضعة لنفس النظام القانوني –أي لنفس النص التشريعي مهما تعددت في الدولة- فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للهيئة العامة، إذ يتم تحديد نظام كل هيئة على حدة بنص خصوصي (un texte particulier) . ومع ذلك فإن اختلاف الهيئات العامة باختلاف مهامها، لم يترتب عليه اختلافات جوهرية في النظام القانوني الذي تخضع له. فالقواعد التي تحكم النظام القانوني للهيئات العامة استخلصه الفقه والقضاء والعمل الإداري من العنصرين السابقين، والداخلين في تعريف الهيئة العامة، والمتمثلين في صفة الشخص العام، وإدارة مرفق عام. فترتب على ذلك أن أصبح نظام الهيئة العامة هو نظام القانون العام. ومبدئيا فإن القانون الإداري هو الذي يحكم الهيئة العامة فيما يتعلق بتنظيمها وسيرها، كما أن منازعاتها يختص بالفصل فيها القاضي الإداري.

ثانيا : مدى صحة المفهوم التقليدي للهيئة العامة:

إن التصور التقليدي للهيئة العامة ظل سائدا لغاية تقريبا سنة 1940، بحيث لم يعرف القانون أنواعا أخرى من الأشخاص العامة ماعدا الهيئات الإقليمية والهيئات العامة. فكل شخص لا يمكن اعتباره شخصا عاما إقليميا، يعتبر بالضرورة هيئة عامة.

إلا أن التطور الذي حدث لنشاط الأشخاص العامة، والمتمثل في عدم اقتصارها على مباشرة الأنشطة الإدارية البحتة فقط، وإنما قيامها كذلك بمباشرة أنشطة اقتصادية، أدى إلى المساس بالتعريف التقليدي للهيئة العامة إذ وجدت أنواع أخرى من المرافق العامة امتد نشاطها إلى المجال التجاري والصناعي. فإذا كان منح الشخصية المعنوية والإستقلال المالي والإداري للمرفق العام الإداري يؤدي إلى تحويله من مرفق عام "إداري" إلى هيئة عامة "إدارية"، فإن المشكل قد ثار فيما يتعلق بالمرافق الصناعية والتجارية إذا ما منحت الشخصية المعنوية والإستقلال المالي والإداري، فهل يصدق عليها وصف الهيئة العامة؟

في البداية كان وصف الهيئة العامة يعطى كذلك للمرافق الصناعية والتجارية إذا ما منحت الشخصية المعنوية، طالما أنه في بداية ظهور تلك المرافق لم يكن يعرف القانون الإداري أنواعا أخرى من الأشخاص العامة غير الإقليمية، فيما عدا الهيئة العامة، وبالإضافة إلى ذلك، فإن غياب نظام عام للهيئة العامة كان يسمح باعتبار هذه الهيئات الجديدة الصناعية والتجارية هيئات عامة.

إلا أن هذا النوع الجديد من الهيئات تترتب عليه تطور في الخصائص الثلاثة الأساسية

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

لفكرة الهيئة العامة-التي أشرنا لها فيما سبق- فالنظام القانوني لمختلق الهيئات العامة لم يعد منسجما كما كان في البداية، كما أن تعريف الهيئة العامة كما ظهر في البداية فقد كل قيمته، وذلك على النحو التالي:

1-اختلاف النظم القانونية: إن النظم القانونية للهيئات العامة الأولى الصناعية والتجارية، بالرغم من طابعها الإقتصادي، ظلت في معظمها خاضعة لمبادئ القانون الإداري المطبقة على كل الهيئات العامة. ولكن بمرور الزمن، ونظرا لتزايد أهمية الهيئات العامة الصناعية، وضرورة إخضاعها لقواعد القانون الخاص –حتى تتمكن من منافسة النشاطات الخاصة- اضطر المشرع إلى تقريب نظامها القانوني من النظام القانوني للهيئات الخاصة.

2-نسبية تعريف الهيئة العامة: إن التعريف الكلاسيكي للهيئة العامة كان يرتكز على أساسين: أحدهما إيجابي، والثاني سلبي. فأما الإيجابي فمفاده أن الهيئة العامة تسير مرفقا عاما. أما السلبي فمفاده أن الهيئة العامة هي شخص معنوي غير إقليمي. إلا ان التطور الذي أشؤنا إليه آنفا، أدى إلى المساس بهذين العنصرين، وذلك على النحو التالي:

أ-الهيئة العامة والمرفق العام: حتى في الفترة التقليدية، فإن العلاقة بين هاتين الفكرتين لم تكن دائمة، ذلك أن صفة الهيئة العامة أعطيت للجمعيات النقابية للملاك (associations syndicales de propriétaires) التي تعتبر تجمعات أنشأها الخواص من أجل القيام بأشغال ذات نفع عام على ملكياتهم وعلى حسابهم. وهذه الجمعيات لا يمكن اعتبارها بأي حال من الأحوال مرفقا عاما.

إلا أن هذا الوضع، أي عدم وجود علاقة بين الهيئة العامة والمرفق العام، قد اعتبر لمدة طويلة بأنه استثناء وارد على القاعدة العامة. ومع ذلك يمكن القول بأن ما اعتبر استثناء تم التوسع فيه بشكل كبير، بحيث توجد حاليا هيئات عامة لا تدير مرافق عامة.

وعلى خلاف ذلك، فإن القضاء الفرنسي يرفض منح وصف الهيئة العامة لبعض الأشخاص المعنوية التي تدير مرفقا عاما، خاضعا بدرجة قليلة لرقابة الإدارة، بالرغم من أن نظم تلك الأشخاص يسمح لها باستعمال امتيازات السلطة العامة.(T.C., 20/11/1961,Bourget).

ومن هنا يمكن القول بأن الهيئة العامة والمرفق العام هما فكرتان منفصلتان عن بعضهما البعض.

ب-ظهور أنواع جديدة من الأشخاص العامة: لقد امتنع المشرع الفرنسي لأسباب مختلفة عن إعطاء وصف الهيئة العامة لأشخاص أنشأها هو من أجل القيام بنشاط ذي نفع عام. ولقد تعلق الأمر في بداية الأمر بلجان التنظيم (Les comités d'organisation)، والتنظيمات المهنية (Les ordres professionnelles). فلقد أعطتها النصوص الشخصية المعنوية دون أن تفصل في طبيعتها القانونية. ولقد تدخل مجلس الدولة الفرنسي وأكد على طابع المرفق العام للنشاط الذي تمارسه تلك التنظيمات، ولكن

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

دون أن يعتبرها هيئات عامة. ’ن موقف مجلس الدولة الفرنسي هذا تعرض بعد ذلك لتفسيرين، وذلك على الشكل التالي:

-**فلقد فسر البعض** موفق مجلس الدولة على أن الأشخاص العامة تتمثل فقطفي الجماعات الإقليمية، والهيئات العامة، وبالتالي ما دام أن التنظيمات المهنية لا تدخل ضمن هذين الصنفين، فلا يمكن إلا اعتبارها شخصا خاصا.

-**إلا أن التفسير المقبول حاليا** هو أن التنظيمات المهنية هي أشخاص عامة جديدة. إن هذا التفسير تم التأكيد عليه في حالات أخرى أين رفض المشرع الفرنسي إعطاء وصف الهيئة العامة لمؤسسات أنشأها هو، والتي لا يمكن اعتبارها من أشخاص القانون الخاص، من ذلك: (l’agence la régie Renault, France presse).

ثالثا: النتائج المترتبة على التطور: لقد ترتب على التطور في الأفكار السابقة ما يلي:

1-إن وصف الهيئة العامة قد فقد تقريبا كل قيمته القانونية. فالهيئة العامة أصبحت لا تعني بالضرورة نشاط المرفق العام، كما أنها لم تعد فكرة أساسية لتمييزها عن الأشخاص الإقليمية. فالهيئة العامة أصبحت لا تقدم سوى معلومات فيما يتعلق بالنظام القانوني للتنظيم الذي نكون بصدده. وكل ما يمكن استخلاصه في هذا الصدد هو طابع الشخص العام للتنظيم الذي نكون بصدده، والذي يترتب عليه خضوعه لرقابة تمارسها عليه جهة الرقابة التابع لها، وخضوعه كذلك لبعض قواعد القانون العام. إلا أن درجة الخضوع هذه تختلف باختلاف الهيئات، فهي تكون كلية بالنسبة للهيئات التقليدية، وتكون أقل من ذلك بالنسبة للهيئات التجارية.

2-إن القواعد التي تشترك فيها كل الهيئات العامة تتمثل في كيفية إنشائها وخضوعها لمبدأ التخصص. ففيما يتعلق بإنشاء الهيئات العامة، نقول بصفة عامة أنها من اختصاص السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية بالنسبة للهيئات الوطنية، والوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للهيئات المحلية). أمات فيما يتعلق بمبدأ التخصص، فإن نشاط الهيئة العامة محدد بالهدف الذي أنشئت من أجله.

3-’ن نسبية مفهوم الهيئة العامة أدى ببعض الكتاب إلى التمييز داخل الهيئة العامة بين الهيئة العامة التي تشبه التجمع البشري، كغرف التجارة والصناعة، وبين الهيئة التي يكون الغرض من إنشائها فقط هو منح الشخصية المعنوية للمرفق. لإلا أن هذا التصنيف يعد بعيدا في الحقيقة عن القانون الوضعي.

إن القانون الوضعي يعرف حاليا التمييز التقليدي بين مختلف الهيئات العامة من جهة: الإدارية، ومن جهة أخرى ذات الطابع الصناعي والتجاري. فالهيئات الأولى تتعلق بمرافق عامة، أو بمرافق طابعها الإقتصادي لم يظهر بصفة واضحة. وهذه هي وحدها التي تخضع للقواعد المشتركة لكل الهيئات العامة. ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن هناك هيئات عامة على الرغم من أنها إدارية، إلا أنها تمارس بعض

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

النشاطات الصناعية والتجارية في إطار القانون الخاص. ولكن على الرغم من الطابع الصناعي والتجاري الذي تمارسه فإنها تعتبر هيئات عامة إدارية.

أما الهيئات العامة الصناعية والتجارية التي تخضع بدرجة كبيرة لقواعد القانون الخاص، فإنها تدخل في فئة جديدة هي المؤسسات العامة (Les enterprises publiques)، والتي تضم الهيئات الإقتصادية التي رفض إعطاؤها وصف الهيئة العامة، وشركات الدولة. وعلى الرغم من اختلاف النظم القانونية (les statuts) لهذه المؤسسات، فإنها تشترك كلها في بعض الخصائص فيما يتعلق بنظامها القانوني.

المطلب الأول :

الهيئات العامة (التقليدية) ذات الطابع الإداري(L'établissement public)

أولا : خصائص الهيئة العامة:

يمكن استخلاص خصائص الهيئة العامة من خلال التعريف السابق والذي جاء فيه أن "الهيئة العامة هي عبارة عن مرفق عام يدار عن طريق منظمة عامة، ويتمتع بالشخصية المعنوية". من خلال هذا التعريف يمكن القول بأن خصائص الهيئة العامة تتمثل فيما يلي:

1- **الهيئة العامة هي شخص معنوي عام:** أي أنها أهل للتمتع بالحقوق وتحمل الإلتزامات، فلها ذمة مالي مستقلة عن مالية الدولة، بحيث تستقل بإيراداتها ونفقاتها، فيكون لها الفائض وعليها الديون، كما يكون لها كذلك الحق في قبول الهبات والوصايا التي لا تتعارض مع أغراضها، كما ترفع عليها الدعاوى، ويكون لها حق التقاضي والتعاقد، كما تتحمل وحدها المسؤولية عن أفعالها الضارة. كما أنها تتمتع بنوع من الإستقلالية في مباشرة أعمالها، إلا أن هذه الإستقلالية ليست مطلقة، بل تخضع لقواعد الرقابة الإدارية.

2- **الهيئة العامة هي شخص من أشخاص القانون العام:** إن هذه الخاصية فرضت وجودها تدريجيا. ففي النصف الأول من القرن التاسع عشر (19)،كانت صفة الهيئة العامة تعطى بدون تمييز، حتى بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة ذات النفع العام (L'établissement d'utilité publique). ولكن بمرور الوقت فإن وصف الهيئة العامة أصبح لا يطلق إلا على الأشخاص العامة ذات النفع العام فقط.

والفرق بين الهيئة العامة، والهيئة الخاصة واضح، ذلك أنه إذا كنا بصدد هيئة عامة، فمعنى ذلك أنها شخص من أشخاص القانون العام، وبالتالي يجب أن تخضع مبدئيا إلى قواعد القانون العام، وبالتالي اختصاص القاضي الإداري. فالهيئة العامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، كما أن قراراتها هي قرارات تنفيذية، وعقودها هي عقود إدارية، ومستخدميها هم موظفون عموميون، وأعمالها هي أشغال عامة،

ومسؤوليتها تتقرر بناء على قواعد القانون الإداري. أما إذا كنا أمام هيئة خاصة، فمعنى ذلك أنها شخص من أشخاص القانون الخاص، بالرغم من الإعتراف لها بصفة النفع العام، وبالتالي يجب أن تخضع لقواعد القانون الخاص، وبالتالي اختصاص القاضي العادي.

إن مشكل التمييز بين هذين النوعين من الهيئات هو مشكل قديم. وهذا المشكل لا يثور إذا كانت نية المشرع واضحة في إضفاء صفة الشخص العام أو الخاص على الهيئة المعنية. أما إذا لم تكن نية المشرع واضحة في تكييف الهيئة، فإن القاضي هو الذي يقوم بذلك عن طريق تفسير إرادة المشرع مع الإستعانة بالمعايير التي فيلت بشأن التمييز بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص، والتي سبق أن تعرضنا لها عند دراسة فكرة الشخصية المعنوية.

3- **الهيئة العامة هي شخص معنوي عام يقوم بإدارة مرفق عام:** إن هذه الخاصية هي التي تميز الهيئة العامة عن غيرها من الأشخاص العامة المحلية، التي يمتد نشاطها ليشمل كل الشؤون المحلية. وعلى خلاف ذلك، فإن الهيئة العامة هي شخص متخصص، ذلك أن اختصاصها محدد بالغرض الذي أنشئت من أجله، وهذا ما يعرف بقيد التخصص.

ومن ناحية أخرى، فإن هذه الخاصية هي التي تعطي للهيئة العامة مدلولها الحقيقي. فالهيئة العامة هي طريقة من طرق إدارة المرافق العامة، أو هي إجراء لتنظيم المرافق العامة، وذلك باعتبارها نوعا من أنواع اللامركزية الإقليمية، نظرا لأن إنشاءها كان من أجل أغراض فنية، وهذا هو السبب الذي يجعل الهيئة العامة لا تأخذ في الغالب الأعم بفكرة الإنتخاب على خلاف الجماعات المحلية.

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أنه حتى بالنسبة للهيئات العامة التقليدية، فإن هذه الخاصية – الربط بين الهيئة العامة والمرفق العام- يرد عليها بعض الإستثناءات، ذلك أن هناك هيئات عامة لا توجد بينها وبين المرفق العام أية علاقة، وإنما هي في الحقيقة نشاطات خاصة ذات نفع عام، من ذلك الجمعيات النقابية للملاك التي اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي هيئة عامة، أو هي مصالح جماعية خاصة من ذلك مثلا غرف التجارة والفلاحة والحرفيين. ومع ذلك فإن هذه الهيئات تخضع لمعظم القواعد التي تخضع لها الهيئات العامة.

ثانيا : النظام القانوني للهيئة العامة: يمكن حصر النظام القانوني للهيئة العامة فيما يلي:

1- **الخصائص العامة:** ويمكن حصرها فيما يلي:

أ- إن لكل هيئة –سواء كانت من نوع واحد أو من أصناف مختلفة- نص خاص يحدد نظامها. ولكن على الرغم من تعدد هذه النظم، فإنه يمكن استخراج مجموعة من القواعد المشتركة التي تخضع لها كل الهيئات العامة.

ب- تخضع الهيئة العامة التقليدية للقانون الإداري، واختصاص القاضي الإداري، ولا يوجد أي استثناء في هذه النقطة، إلا إذا تعلق الأمر بالهيئات الصناعية والتجارية.

ت- ومبدئيا فإن كل الهيئات العامة ترتبط بشخص إقليمي، إما الدولة، إذا كان نشاط الهيئة يمتد ليشمل كل إقليم الدولة أو معظمه، وإما الولاية أو البلدية إذا كان نشاطها محليا. إن هذا الإرتباط هو الذي يحدد جانبا من الرقابة التي تمارس على الهيئة العامة.

2- **النظام الإداري:** ويمكن حصره فيما يلي:

أ- **الإنشاء:** إن الجهة المختصى بإنشاء الهيئة العامة الوطنية هي رئيس الجمهورية، أما الهيئات العامة المحلية، فتختص بإنشائها المجالس الشعبية المحلية.

ب- **التنظيم:** تتمتع الهيئة العامة بنوع من الإستقلالية، لذلك فإنها لا تخضع مبدئيا للرقابة الرئاسية. فطالما أنها تتمتع بأجهزة خاصة بها وإدارة خاصة بها ، بإمكانها اتخاذ القرارات تحت رقابة الجهة التي تتبع لها. وفي الغالب الأعم تتمثل هذه الأجهزة في مجلس للمداولة (مجلس إدارة)، وهيئة تنفيذية (المدير).

ت- **التسيير:** تخضع الهيئة العامة للقانون الإداري. فالقاعدة العامة أن الهيئ العامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، كما أن قراراتها تعتبر قرارات تنفيذية، وعقودها عقود إدارية-إلا إذا لجأت إلى وسائل القانون الخاص-، ومستخدميها هم موظفون عموميون، وأشغالها أشغالا عامة، أما منازعاتها فيختص بالفصل فيها القاضي الإداري.

3- **النظام المالي:** تتمتع الهيئة العامة بذمة مالية مستقلة خاصة بها. وهذا هو الشيء الذي يسمح لها بقبول الهبات والوصايا من الخواص، في حدود الغرض الذي أنشئت من أجله. كما أن إيراداتها تدخل في ميزانيتها، ولا تندرج مع إيرادات الجهة التي تتبع لها. ومع ذلك فإنها قد تستفيد من دعم من طرف الدولة.

ويقوم جهاز مداولة الهيئة العامة بالمصادقة سنويا على ميزانيتها. ولكن من الناحية العملية،فإن درجة استقلالية الهيئة تختلف باختلاف حصيلة إيراداتها، فإذا كانت تعتمد بصفة أساسية على دعم الدولة، فإن استقلالها المالي ليس له إلا مظهرا شكليا.

المطلب الثاني:

المؤسسة العامة الاقتصادية: (L'entreprise publique)

على الرغم من أن المؤسسة العامة –أو العمومية- لم تعرف لحد الآن بصفة دقيقة، إلا أنها تحتوي على مجموعة من العناصر التي تمكننا من التعرف عليها، والتي تؤدي بنا إلى إعطاء التعريف التقريبي التالي لها: "إن المؤسسة العامة هي مؤسسة صناعية وتجارية لا تعتمد على الرأس المال الخاص، بل تعود غي نهاية المطاف للسلطة العامة".

« Par entreprise publique, on entend des entreprises industrielles et commerciales qui échappent à l'appropriation par le capital privé et relèvent en dernière analyse de l'autorité de l'Etat ».

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

فهناك مجموعة من القواعد العامة التي يمكن الإعتماد عليها لإعطاء فكرة صحيحة على المؤسسة العامة. إن هذه القواعد تتمثل فيما يلي:

<u>أولا: الخضوع مبدئيا للقانون الخاص:</u> إن الصفة الأساسية التي تميز كل المؤسسات العامة هو خضوعها –مبدئيا- للقانون الخاص بصفة عامة، والقانون التجاري بصفة خاصة. إن هذه القاعدة تنطبق على كل أنواع أنشطة المؤسسة العامة:

- فمستخدمي المؤسسة العامة هم عبارة عن عمال يخضعون لقانون العمل، كما أن المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة ومستخدميها يختص بالفصل فيها القاضي العادي.

- كما أن نشاط المؤسسة العامة (علاقتها بالممولين والزبناء والغير) يمارس في إطار القانون التجاري والقانون المدني.

- أما فيما يتعلق بالنظام المالي، فإنه لا يخضع كلية لقواعد المحاسبة العامة، ذلك أن المؤسسة تخضع في هذا الصدد بقدر المستطاع للطرق المتبعة في المشروعات الخاصة –كقاعدة- مع وجود بعض التحفظات التي ترجع إلى الطبيعة العامة للمؤسسة.

وإذا كان تحقيق الربح ليس هو الهدف الأساسي للمؤسسة العامة –على خلاف المؤسسة الخاصة- فإنه يتعين على المؤسسة العامة أن تعمل على تحقيق الربح من أجل تطوير نشاطها، وحتى تتمكن من تغطية نفقاتها. على أن بعض أجزاء الربح تعود –حسب النصوص- إما للدولة، وإما للمستخدمين.

<u>ثانيا: الطابع الإداري للمؤسسة العامة:</u> إذا كانت المؤسسة العامة تخضع كقاعدة للقانون الخاص، إلا أن هناك بعض الإستثناءات التي ترد على هذه القاعدة والمتمثلة فيما يلي:

1- إن بعض مسيري المؤسسة العامة يعينون ويفصلون بقرارات إدارية.

2- كما يمكن للمؤسسة العامة أن تستفيد من امتيازات السلطة العامة كنزع الملكية من أجل المصلحة العامة.

3- تخضع المؤسسة العامة لمجموعة من القواعد التي تحد من حرية نشاطها (توجيه النشاط).

4- وإذا كانت ملكية الأموال الخاصة للمؤسسة العامة لا تثير أي إشكال، فإن مسألة ملكية أموالها العامة تثير بعض المشاكل هنا فباستثناء بعض أموال المؤسسة العامة التي تعتبر أموالا عامة –كالأصول التي هي جزء من رأس المال- يثور التساؤل حول الأموال التي تستخدمها المؤسسة في نشاطها- كالرأسمال التأسيسي- هل تدخل في ملكية المؤسسة أم في ملكية الدولة؟ الحقيقة أن للمؤسسة العامة كل الحقوق على تلك الأموال، وهي نفس الحقوق التي تتمتع بها المؤسسة الخاصة. فبإمكانها بيعها، أو استبدالها، مع احترام الشرط الذي يضعه المشرع، والمتمثل في عدم تخفيض قيمتها الأساسية إلى ما يقل عن الرأسمال التأسيسي.

ما تبقى من محاضرات المحور الأول من السداسي الثاني، الخاص بالمرفق العام كنشاط عام.

سنشرح كالعادة هذه المحاضرات في أول فرصة سانحة وملائمة لذلك

أتمنى السلامة للجميع

5- وأخيرا تخضع المؤسسة العامة للرقابة الإدارية. إن هذه الرقابة متنوعة. فقد تمارس أثناء العمل بواسطة الوزراء المختصين أو ممثليهم، وقد تماري بعد القيام بالعمل.

ثالثا: المؤسسة العامة وصفة التاجر: إذا كانت هذه المؤسسات تقوم بالصناعة والتجارة فهل يمكن القول بأنها تعتبر تاجرا بمفهوم القانون التجاري؟

إن الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب بالنسبة لبعض المؤسسات ناتج إما عن شكلها القانوني- شركة مساهمة أو شركة ذات المسؤولية المحدودة- وإما نتيجة وجود نص قانوني صريح اعترف لها بصفة التاجر.

أما في حالة سكوت النص، فإن الجدل يبقى قائما. وعلى كل يظهر بأنه من الصعب استبعاد صفة التاجر بالنسبة للمؤسسات العامة، لأن الغرض من وجودها هو ممارسة أنشطة تجارية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه الفرنسي (VEDEL) من اقترح إنشاء نوع جديد من التجار هم التاجر العموميون ، بالإضافة إلى التجار الخواص، حيث اعتبر بأن هذا الحل هو حل منطقي، وذلك من أجل إضفاء صفة التاجر على المؤسسة العامة، وخضوعها في نفس الوقت لقيود القانون العام.